منشورات الجامعة الليبية
كلية الحقوق

دراسات قانونية

تصدرها اللجنة الثقافية بكلية
الحقوق - الجامعة الليبية - بنغازي

المجلد الأول
يونيو ١٩٧١



كلية القانون
المكتبة
لا يعار

منشورات الجامعة الليبية
كلية الحقوق

دراسات قانونية

مجلد سنوي يصدر عن اللجنة الثقافية بكلية الحقوق



كلية القانون
المكتبة
لا يعار

جامعة قاريونس
مكتبة كلية الحقوق
رقم التسجيل ٧٩٨٦
رقم التصنيف

١٩٧١
السنة الأولى
المجلد الأول

المحتويات

تقديم عميد الكلية ٧

تقديم اللجنة الثقافية ٩

القانون الجنائي

المدارس الفقهية في القانون الجنائي — الدكتور مأمون محمد سلامة ١٣

قانون العقوبات بين الفكر المحافظ وبين الفكر المتطور — الدكتور مأمون محمد سلامة ٢٧

جرائم الخمر في التشريع الجنائي الليبي دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية — عبد السلام المجبري ٥٣

القانون العام

الرأي العام والطبيعة الإقناعية للسلطة — الدكتور عبد الرضا الطعان ١٤١

شروط قبول دعوى الإلغاء في القانون الاداري الليبي — عبد السلام المجبري ١٧٥

القانون التجاري

النظام القانوني للقطاع العام في ليبيا — الدكتور محمود سمير الشرقاوي — ٢٥١

تأميم الحصص الأجنبية في المصارف ومساهمة الدولة في شركات التأمين — الدكتور خالد الشاوي — ٢٨٥

قانون المرافعات

عناصر الدفع بالشيء المقضى في القانون الانجليزي — الدكتور محمد عبد الخالق عمر — ٣٤٣

حول تعديل قانون المرافعات الليبي — الدكتور مصطفى كامل كيرة — ٤١١

القانون الدولي الخاص

سحب الجنسية الليبية — الدكتور محمد عبد الخالق عمر — ٤٣٩

تنبيه : يشار إلى هذه المجلة على النحو الآتي : دراسات قانونية – بنغازي – المجلد الأول (١٩٧١).

بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم عميد الكلية

لم تعد رسالة الجامعات قاصرة على قبول الشباب المؤهلين للالتحاق بها ، ولم تعد سمعة الجامعات تقدر بعدد خريجيها وتنوع تخصصاتهم فقط ، بل اصبح البحث العلمي يمثل الهدف الأول والغاية المثلى لكل جامعة تسعى الى رفع شأنها وعلو سمعتها ، وقيامها بما تؤمن به من انه من اهم واجباتها وأنبل غاياتها .

فوظيفة الكليات الجامعية اذن يجب الا تقتصر على مجرد تخريج اعداد من الشباب يحملون مؤهلات معينة لشغل وظائف خاصة أو سد فراغ في مصلحة او مؤسسة .

ولقد جعلت كليتنا هذه منذ انشائها من اهم اهدافها البحث العلمي الأصيل ، وتطوير القانون بما يتناسب مع الحاجات المتجددة ، فعملت منذ حداثة عهدها على ايجاد صلات بينها وبين المجتمع ، وذلك بما تنظمه سنوياً من مواسم ثقافية يلتقي فيها اساتذة الكلية بالمشتغلين بالقانون والمهتمين به ، وتلقى فيها محاضرات في مختلف الموضوعات .

وقد لاقت هذه المحاضرات نجاحاً ملحوظاً مما دعا الكلية الى نشرها حتى تستفيد منها الأجيال القادمة وحتى يتسنى الاطلاع عليها لأكبر عدد ممكن من المتخصصين في الدراسات القانونية وطلاب القانون .

ولقد رؤي — اتماماً للفائدة — أن ينشر ايضاً مع المحاضرات التي القيت بالفعل أية دراسة تم اعدادها وحالت ظروف الوقت او المكان من القائها .

وقد جاءت الدراسات في المجموعة التي نقدمها اليوم شاملة لموضوعات متعددة لفروع مختلفة .

والكلية — وهي تعتز بما تقدمه لقرائها — ترحب بكل نقد او اقتراح يتعلق بشكل وتنظيم هذه المجموعة من الدراسات التي تعتبر الأولى من نوعها في تاريخ كليتنا الفتية ، ونرجو في السنوات القادمة ان نخصص قسماً أكبر للتعليق على احكام القضاء .

والله ولي التوفيق .

ابرهيم لطفي المهدوي
عميد كلية الحقوق

بنغازي في ١٦ ربيع الأول ١٣٩١ هجرية .
الموافق ١١ مايو ١٩٧١ ميلادية .

تقديم اللجنة الثقافية

في الوقت الذي نقدم فيه هذه المحاضرات والدراسات التي ألقاها أو أعدها أساتذة الكلية وخريجوها في الموسم الثقافي لكلية الحقوق في السنة الجامعية ١٩٧٠ ـ ١٩٧١ ، نرجو أن نكون قد أسهمنا في تشجيع البحث الجاد والدراسة المتعمقة والمتنوعة في مجال القانون ، آملين أن نحظى بتعاون أكبر في السنوات القادمة من جميع المشتغلين بالقانون والمهتمين بالعلوم القانونية .

واللجنة الثقافية اذ تقدم هذا المجهود المتواضع ، تأمل أن تكون قد أدت بعضاً مما ترى لزاماً عليها القيام به من أجل الرفع من شأن وطننا الحبيب . وتنتهز اللجنة هذه الفرصة لتعبر عن شكرها لكل الذين أسهموا بطريقة أو بأخرى في إنجاز هذا العمل .

والله هو الموفق .

بنغازي في ٢١ محرم ١٣٩١ هجرية
الموافق ١٨ مارس ١٩٧١ ميلادية

اللجنة الثقافية

اللجنة الثقافية في العام الجامعي ١٩٧٠ — ١٩٧١

رئيس اللجنة : مفتاح المهدوي

أمين اللجنة : عبد الحفيظ عبد الجليل ديكنه

أمين الصندوق : الهادي التريكي

أعضاء اللجنة : عبد الرحمن أبو توته

الكوني الحميدي

سالم العوامي

الهادي الشتيوي

الصديق المصراتي

رائد اللجنة : دكتور محمد عبد الخالق عمر

القانون الجنـائي

المدارس الفقهية في القانون الجنائي*

للدكتور مأمون محمد سلامة
أستاذ مساعد بكلية الحقوق بالجامعة الليبية

ان التطور الذي لحق الفكر العالمي منذ اواخر القرن الماضي كان له اثره الكبير في الفكر الجنائي . وقد استشعر هذا الفكر ذبذبات المذاهب الفلسفية المختلفة وظهر هذا بوضوح في الخـــلافات المتأججة حول منهج البحث في موضوع القانون الجنائي وأي من جوانبه المختلفة تكون له الغلبة : اهي القاعدة الجنائية وما تتصف به من تحديد ام للجريمة كما تظهر في العالم الخارجي باعتبارها حدثاً طبيعياً يقوم على سلوك مادي للانسان ، ام في النهاية المجرم . وفي محيط الجريمة باعتبارها سلوكاً انسانياً هل يتعين فهم السلوك الاجرامي كأي واقعة مادية طبيعية ذات فاعلية سببية معينة أم يجب فهمه على انه فقط واقعة قانونية يأخذها المشرع بعين الاعتبار ويرتب عليها آثاراً قانونية معينة ام في النهاية ، يتعين على الباحث في السلوك الاجرامي ان يركز على العنصر النفسي في السلوك باعتباره تعبيراً عن ارادة صاحبه والتي تخر لنا في العالم الخارجي في صورة فعل انساني ؟.

(*) محاضرة ألقيت في الموسم الثقافي للجنة الثقافيـــة بكلية الحقوق بالجامعـــة الليبية في العام الجامعي ١٩٧٠ – ١٩٧١ .

ولا شك انه على ضوء المفهوم الذي يجب ان يحمل عليه السلوك الاجرامي يقوم التنظيم القانوني للجريمة ، اي العناصر المكونة لها وما يجب ان يفهم عليه كل عنصر من عناصرها . كما انه على ضوء هذا المفهوم ايضاً يتحدد منهج البحث الذي يتعين اتباعه .

وقد كان التركيز على دراسة القاعدة الجنائية على حساب الجريمة كحدث مادي والمجرم هو الذي ادى الى استخدام المنطق القانوني في دراسة الموضوعات المختلفة لقانون العقوبات . والى نفس النتيجة وصل الفقه الجنائي حين ركز على الجريمة باعتبارها واقعة قانونية مفضلاً وجهها الطبيعي كما تبدو في العالم الخارجي .

وهذا كان هو منطق المدرسة التقليدية التي انتهجت المذهب الشكلي متبعة في البحث منهج الفن القانوني الذي ساد وما زال الحقل الجنائي . ولقد تعرض المذهب الشكلي لهزات عنيفة من نظريات حديثة تماسك أمامها لامرين: **الأول :** هو القوة المستمدة من التقاليد . **والثاني :** هو لان انصاره حاولوا تطويره وتلافي العيوب التي شابته وادت الى الهجوم عليه من قبل الباحثين الحديثين وخاصة في الثلاثينات من هذا القرن حيث ظهرت المدرسة الغائية والمنهج الواقعي للبحث .

وقد كانت اولى الهجمات التي تلقتها المدرسة التقليدية ومنهجها الشكلي هي من انصار الفكر الوضعي . منذ عابت المدرسة الوضعية على التقليدية مقالاتها في الشكلية وما ترتب على ذلك من تجريد في دراسة الجريمة بحيث أضحى هم الباحث متركزاً في اجراء أنظمة شكلية لها فاصلاً اياها عن محيطها الواقعي الذي تبرز فيه وقد كان من نتيجة ذلك ان وقع شبه فصل تام بين النظريات والتطبيق وبعد الفقه عن وضع الحلول العملية الملائمة .

ولا شك ان نتيجة كهذه لم تلق قبولاً لدى انصار الفكر الطبيعي . فالجريمة

في نظرهم هي واقعة مادية قائمة قبل التدخل التشريعي ، ومن ثم فتفهم البنيان القانوني لها لن يتأتى الا عن طريق دراستها باعتبارها ظاهرة مادية قبل ان تكون قانونية . وعلى هذا الاساس نادى انصار المذهب الطبيعي الى وجوب طرح الشكلية جانباً والاخذ بمذهب مادي يحلل الجريمة كما تظهر في العالم الخارجي وليس كما يراها المشرع ويرتب عليها نتائج قانونية ومعنى ذلك ان دراسة الجريمة ودراسة السلوك الاجرامي يجب ان يتبع فيها المنهج الطبيعي المتبع في العلوم الطبيعية وليس المنهج الشكلي . فالسلوك الاجرامي يكتسب أهميته القانونية من حيث قوة سببية تدفع عملية السببية الى احدث آثار مادية خارجية . ومن هنا كانت الفاعلية السببية هي المحور الذي يقوم عليه البنيان القانوني للجريمة والعناصر المكونة لها .

وقد ترتب على التركيز على الفاعلية السببية للسلوك الاجرامي ان زاد — الاهتمام بالنتيجة وعلاقة السببية على حساب الفعل الاجرامي ومقوماته النفسية . فالفيصل في تحديد الركن المادي للجريمة هو بالفاعلية السببية للسلوك وما تحدثه من نتائج خارجية . واضحى الفعل الانساني شأنه شأن أي قوة طبيعية تساهم في عجلة السببية لترتيب نتائج معينة يأخذها المشرع بين الاعتبار . وفقد بذلك الفعل الصفة الانسانية اي باعتباره تعبيراً عن ارادة واعية .

وحتى في محيط الركن المعنوي للجريمة دأب انصار الفكر الطبيعي على دراسة الارادة متبعين منهج العلوم الطبيعية وانتهوا الى أن الركن المعنوي للجريمة ما هو الا علاقة سببية نفسية بين الارادة وما تحقق من نتائج مادية .

وقد ترتب على هذا المنهج الطبيعي في دراسة عناصر الجريمة ان وجد الباحث نفسه عاجزاً عن تفسير الكثير من الظواهر القانونية والتي تقوم فيها المسئولية الجنائية رغم تخلف الارادة بالمعنى الطبيعي وكذلك تلك التي تنتفي فيها المسئولية العمدية رغم اتجاه الارادة الى تحقيق النتيجة غير المشروعة .

ومثال الحالة الأولى المسئولية الجنائية عن الخطأ غير الواعي وخاصة النسيان بصدد جرائم الامتناع ومثال الثانية المسئولية الجنائية عن الاباحة الظنية .

وازاء هذا الاخفاق في تفسير وفهم عناصر الجريمة بما يتفق والواقع العملي ظهرت تيارات فقهية جديدة تعبر عن اتجاه واقعي في دراسة الجريمة وعناصرها يوفق بين الوجه النظري لها والوجه الواقعي وذلك بالبحث عن الغاية من القاعدة القانونية ودراسة الخلفيات الاجتماعية لها . فالقانون يجب الا يفهم على انه مجرد شكل خالٍ من الموضوع وانما فهمه يتعين تفريد الغرض الذي تهدف اليه القاعدة القانونية وفهم الوقائع والعلاقات والمصالح الاجتماعية التي يحكمها .

وقد كان من اقوى التيارات التي ظهرت في محيط القانون الجنائي تمرداً على المنهج الطبيعي وايضاً على منهج الفن القانوني هي النظرية الغائية التي وان كانت تمتد جذورها الى آراء الكثيرين من المفكرين القدامى والحديثين الا ان فضل بلورتها في محيط الفقه الجنائي يرجع الى هانز فلتسل الذي وصل ببحوث السابقين الى نهاية المطاف .

والواقع ان النظرية الغائية للسلوك لم تأت بمنهج جديد في البحث وانما اعادت بناء البنيان القانوني للجريمة مستفيدة في ذلك من المنهج الواقعي من ناحية ومن تصور منهج الفن القانوني من ناحية اخرى .

ومن هنا كان من الضروري لفهم الاساس الجديد الذي نادى به انصار النظرية ان نعرض سريعاً للفكر التقليدي حول اركان الجريمة والتطور الذي لحق به في المرحلة السابقة لظهور النظرية ومدى نجاح هذا الفكر في وضع الحلول المناسبة للمشكلات الجنائية .

والسلوك الاجرامي وعناصره من الفكر الطبيعي حتى ظهور الاتجاه الغائي استقر الفقه التقليدي حتى مطلع هذا القرن على ان الجريمة تقوم على عنصرين

منفصلين : الاول : مادي والثاني : معنوي . وينـــدرج تحت الاول جميع العناصر المادية على حين يتكون الركن المعنوي من الارادة . وبطبيعة الحال يندرج الفعل الاجرامي في الركن المادي باعتبار انه حدث خارجي يدفع سلسلة السببية الى تحقيق نتيجة مادية ملموسة في العالم الخارجي .

ولكن كيف وصل الفقه التقليدي الى هذا الفصل بين الركنين بينما الجريمة ما هي الا ارادة تتحقق في العالم الخارجي عن طريق السلوك الانساني .

كي نستطيع الاجابة على هذا التساؤل يجب ان نضع في الاعتبار المفهوم الذي يعطى للسلوك بوصفه المحور الذي تدور حوله الجريمة وجوداً وعدماً وهذا المفهوم للسلوك اختلف باختلاف الخلفيات الفلسفية لفقهاء القـــانون الجنائي .

واول ما يصادفنا في هذا الصدد هو مفهوم السلوك باعتباره ارادة انسانية متحققة في العالم الخارجي ، أي انه تحقيق لارادة الشخص في احداث اثـــر خارجي معين .

ولا يخفى ، كيف ان مفهوماً للسلوك بهذا الشكل لن يصلح لاعطاء مدلول سليم للفعل الاجرامي في نظر المشرع الجنائي . فهو ان صلح لتفسير السلوك العمدي فهو يقف عاجزاً عن تفسير الجريمة غير العمدية وعن المسئولية الجنائية بالنسبة لجريمة الشروع . ففي الجريمة غير العمدية يحقق الجاني نتيجة تخرج عن مضمون ارادته ، وفي الشروع لا تتحقق ارادة الجاني كاملة بل على العكس قد تتحقق نتيجة مغايرة تماماً لما أراده .

ازاء هذا وجد الفقه الجنائي نفسه أمام طريقين : اما ان يظل متمسكاً بمفهوم الفعل السابق ويستبعد منه السلوك غير العمدي والشروع ، واما ان ينبذ هذا المفهوم ويعطى للسلوك مفهوماً آخر وان كان اقل تحديداً من سابقه .

ولقد انتحى الفقه المنحى الثاني . وحاول جاهداً ان يضع مفهوماً للسلوك يقف به عند حدود الركن المادي ولا يهـــدر في الوقت ذاته العنصر النفسي المستمد من الارادة والتي تجد موضعها في الركن المعنوي للجريمة .

وقد تصدى انصار المدرسة الطبيعية لتلك المهمة وصاغوا في هذا الصدد نظرية عامة ما زالت آثارها راسخة في الفقه المعاصر .

وتقوم افكار هذه المدرسة على وجوب التفرقة بين امرين فيمـــا يتعلق بالارادة : الاول : هو مضمون الارادة والثاني هو ما تسببت فيه الارادة أي الحدث الخارجي الذي يتصل بالارادة برابطة سببية . فمضمون الارادة هو الواقعة محل التخيل بينما الحدث المادي الخارجي المطابق لمضمون الارادة لا يعتبر ارادة متحققة وانما فقط حدث تسببت فيه الارادة .

وقد لقيت هذه النظرية رواجاً كبيراً باعتبار انها تحل مشكلة الجمع بين الجريمة العمدية وغير العمدية من حيث الركن المادي . ويكون الخلاف بينهما فقط هو في محيط الركن المعنوي .

غير ان نجاح النظرية السابقة لم يكن سوى نجاحاً ظاهرياً . ذلك أن ارادة الفعل ليست مجرد ارادة للحركة العضوية وانما ما يترتب على تلك الحركة من نتائج مادية في العالم الخارجي . هذا فضلاً عن انها لم تستطع تفسير الفروض التي تقوم فيها المسئولية الجنائية رغم عدم وجود فعل ارادي بالمعنى الطبيعي ، ومثال ذلك أفعال العادة وفروض الامتناع الراجع الى السهو والنسيان . وازاء هذا التصور ظهرت محاولة جديدة من احد انصار المذهب الطبيعي مؤداهـــا وجوب التفرقة بين التسبيب الارادي من ناحية وبين مضمون الارادة من ناحية اخرى . فالسلوك الاجرامي هو حدث تتسبب فيه الارادة . فاذا كان الحدث قد وقع في العالم الخارجي ليس بسبب الارادة وانما لأي عامل طبيعي آخر فلا نكون بصدد سلوك انساني . اما مضمون الارادة وهو الواقعة التي تهدف

الارادة الى تحقيقها فعلاً فليس عنصراً من عناصر السلوك وانما هو موضوع الركن المعنوي والذي على ضوئه تكون المسئولية عمدية او غير عمدية .

وعلى هذا الاساس اقام بيلينج نظريته المعروفة في البناء القانوني للجريمة باركانها الثلاث . الواقعة المطابقة ، عدم المشروعية ، الاذناب . فالسلوك الاجرامي هو حدث مادي خارجي له فاعلية سببية معينة من شأنها الاضرار بالحق أو المصلحة محل الحماية الجنائية . ولا يمكن ان ندخل في الواقعة المادية مضمون الارادة . ذلك ان السلوك يكفي فيه لكي يكون موضع تقييم قانوني ان يكون متسبباً عن الارادة لا أن يكون مضمونها . فهو عبارة عن طاقة لهـا فاعلية معينة من حيث ترتيب النتائج ، وعليه فحينما يرتب المشرع الجنائي آثاراً قانونية على وقوع نتيجة معينة ترتبط بالسلوك برابطة السببية فان هذا التقييم التشريعي للسلوك يندرج تحت العنصر الثاني للجريمة وهو عدم المشروعية اما تحديد مسئولية الشخص عن السلوك ونتائجـه فيتوقف على مضمون الارادة وموضعه الركن الثالث وهو الاذناب الذي يختص ويبحث رابطة السببية النفسية بين الفاعل والواقعة التي حدثت .

وقد ركز بيلنج على عنصر المطابقة بين الواقعة المادية والواقعة النموذجية بوصفه الاساس الذي يقوم عليه البنيان القانوني للجريمة . فمطابقة الواقعة المادية للواقعة النموذجية هي اولى درجات البحث والتي يليها بعد ذلك البحث في توافر عدم المشروعية وفي توافر الركن المعنوي للجريمة .

والواقع ان نظرية بيلنج هذه قد أحدثت دوياً في محيط الفقه الجنائي وخاصة في التنظيم القانوني للجريمة . فالتركيز على اهمية عنصر المطابقة وفصل الواقعة عن عدم المشروعية وعن الركن المعنوي للجريمة قد شكل مرحلة جديدة من مراحل تطور الفكر الجنائي اعطت مجالاً بعد ذلك لظهور الجديد من الافكار التي يزخر بها الفقه الجنائي المعاصر .

غير ان نجاح نظرية بيلنج سرعان ما انطفأ بريقه ازاء الانتقادات التي حمل لواءها استاذه بندنج وماير وينشر وغيرهم من الفقهاء المعاصرين .

فقد لاحظ بندنج بحق ان تحديد المطابقة بالنظر فقط الى الواقعة المادية دون ادخال العناصر النفسية للسلوك هو امر يجافي جوهر السلوك الاجرامي بوصفه سلوكاً انسانياً . فالواقعة المادية هي دائماً تحقيق للارادة وليست مجرد حدث خارجي . ومعنى ذلك ان الارادة تتصل بالواقعة ولا تنفصل عنها . وذات الفاعلية السببيه للسلوك ترتبط بالشخص الذي حققه ويستحيل فصل ارادة الشخص عن سببية الفعل حين نريد فهم السبب في معناه القانوني .

الا ان اهم ما يوجه الى نظرية بيلنج من نقد ان فكرته في المطابقة لا تتفق والواقع التشريعي . فالواقعة النموذجية لا تتحدد فقط بماديات السلوك والنتيجة ورابطة السببية . فالمشرع كثيراً ما يلجأ في تحديد الواقعة الى الاستعانة بعناصر نفسية بحيث يستحيل الوصول الى المطابقة الا عن طريق تلك العناصر ، كما ان هناك عناصر اخرى معيارية او قاعدية تدخل فيها وتحـــدد اطارها ولا يمكن فصلها عنها دون ان نميع تحديد المشرع للواقعة .

والواقع ان اكتشاف هذه العناصر النفسية والقاعدية للواقعة الاجرامية وان شكل دليلاً قاطعاً على اخفاق نظرية بيلنج الا انه شكل في الوقت ذاته طفرة جديدة في تطور الفقه الجنائي والذي اعطى مجالاً بعد ذلك لنظرية عدم المشروعية النفسية والنظرية المعيارية للاذناب واللتين كانتا من اهم العوامل التي ساعدت على ظهور النظرية الغائية .

تطور الفقه وظهور نظرية العوامل النفسية لعدم المشروعية :

من المعلوم ان مطابقة الواقعة المادية للنموذج التشريعي لا تكفي وحدهـــا لقيام الجريمة بل لا بد ان تكون هذه الواقعة المطابقة متعارضة مـــع النص

التجريمي . او بعبارة اخرى متعارضة مادياً مع اوامر المشرع ونواهيه . ومن هنا جاء العنصر الثاني من عناصر الجريمة وهو عدم المشروعية المادية . وقد استقر الفقه في الجانب الأكبر منه على ان عدم المشروعية التي هي عملية تقييم وحكم على الواقعة لها صفة مادية ، بمعنى أنه لا يدخل فيها سوى ماديات الواقعة التي تكون محلاً للتقييم . اما تقييم العناصر النفسية للجريمة فتدخل في الركن الثالث وهو الاذناب . ومن هنا جاءت الصفة المادية لعدم المشروعية باعتبار انها حكم على ماديات الجريمة اي السلوك والنتيجة وعلاقة السببية دون النظر الى العوامل النفسية .

ودون الدخول في تفصيلات التيارات المختلفة حول عدم المشروعية ووضعها في الجريمة وما اذا كانت هي تقييم للركن المادي وحده ام للمادي والمعنوي معاً ، يكفي ان نشير هنا الى ان الرأي السائد والمتمسك بالصفة المادية لعدم المشروعية سرعان ما تعرض لهجوم ينال من سلامته . فقد تبين ان هناك كثيراً من الجرائم يستحيل فيها الحكم على الفعل بأنه غير مشروع مادياً دون ان ندخل في الاعتبار العوامل النفسية التي صاحبت الفعل .

وبعبارة أخرى توجد هناك حالات يعلق فيها المشرع الحكم على الفعل المادي بعدم مشروعيته على تقييم الارادة التي رافقته أي على لحظة الاذناب .

ومثال تلك الحالات جميع الجرائم التي يربط فيها المشرع تجريم الفعل بغاية معينة يجب أن تتوافر لدى الفاعل ، بحيث أن تخلف تلك الغاية من شأنه أن ينفي عن الفعل الصفة غير المشروعة أو يجعل الواقعة تتدرج تحت نطاق نص تجريمي آخر .

وقد ادى ذلك كله الى ظهور اتجاه جديد في الفقه حول مفهوم عدم المشروعية باعتبارها تقييم لماديات الواقعة والعوامل النفسية التي رافقت حدوثها .

وقد استفادت النظرية الغائية من هذا الاتجاه ، وذلك حينما نادت بادخال

القصد الجنائي والخطأ غير العمدي كعناصر للسلوك وقاصرة الركن المعنوي على عملية التقييم القانوني للارادة فقط .

تطور الفقه وظهور النظرية المعيارية للاذناب :

رأينا كيف ان الفقه في دراسته لاركان الجريمة قد ادخل في الركن المادي السلوك الاجرامي بوصفه قوة ذات فاعلية سببية وارجع كل ما هو نفسي الى الركن المعنوي ، وانتهى الى انه اذا كانت هناك علاقة سببية مادية بين السلوك والنتيجة بوصفها الركن المادي ، فان علاقة السببية النفسية بين الفاعل والواقعة الاجرامية هي التي تكون ركن الاذناب او الركن المعنوي في الجريمة . واذا كان السلوك الاجرامي يجب تفسيره بمنهج البحث الطبيعي اي باعتباره طاقة تدفع سلسلة السببية لاحداث النتيجة فكذلك الحال بالنسبة للاذناب يتعين فهمه ايضاً وفقاً لمعايير طبيعية . فهو عبارة عن الرابطة بين ارادة الفاعل والواقعة المادية المكونة للجريمة ومن هنا جاءت النظرية النفسية للاذناب . فالركن الثالث للجريمة يتوافر متى قامت لدى الفاعل ارادة تحقيق الواقعة . فهذه الارادة هي الاساس الذي يقوم عليه الركن المعنوي المتمثل في الاذناب .

غير انه سرعان ما استبان عجز هذا المفهوم النفسي للاذناب . فاذا كانت ارادة تحقيق الواقعة هي الفيصل في تحديد توافر الاذناب من عدمه فمعنى ذلك خروج الخطأ غير العمدي من نطاق الاذناب حيث تقوم المسئولية الجنائية ليس على الارادة التي هي مخالفة لما حدث وانما على معايير اخرى قاعدية يقدرها القاضي بعيداً عن ارادة تحقيق الواقعة والتي هي معدومة في الخطأ غير العمدي . ولقد حاول الكثيرون من انصار النظرية النفسية للاذناب محاولات كثيرة للجمع بين القصد الجنائي والخطأ غير العمدي تحت فكرة الاذناب الا أنها محاولات كان حظها الفشل نظراً للاختلاف الجوهري من الزاوية النفسية بين كلا الصورتين من صور الركن المعنوي .

ولقد ظهر اخفاق النظرية النفسية للاذناب في جانب آخر وهي انها تعترف بانعدام ركن الاذناب بالنسبة لمعدومي الاهلية رغم انهم يحققون الشكل النفسي للقصد الجنائي والخطأ غير العمدي . كذلك ايضاً قد تتوافر ارادة تحقيق الواقعة ومع ذلك يستحيل القول بأن الشخص قد توافر لديه القصد الجنائي (الدفاع الشرعي والمتجاوز) .

ومعنى ذلك ان القصد الجنائي ليس مجرد علاقة نفسية بين الارادة والواقعة والتي تحققت . والدليل على ذلك انه قد يتوافر لدى الفاعل ارادة تحقيق الواقعة الاجرامية ومع ذلك لا يتوافر لديه القصد الجنائي وانما تقوم مسئوليته على الخطأ غير العمدي . ثم ماذا نقول بصدد الخطأ غير العمدي وهل هو فعلاً مجرد علاقة نفسية من الفاعل والواقعة ؟ نشك في هذا بل نقطع بصحة الاجـابة العكسية . فالحكم بتوافر الخطأ من عدمه لا يقوم على توافر الرابطة النفسية وانما على اساس معايير قاعدية اخرى تصل في بعض الصور الى حد افتراض انعدام الارادة كما هو الشأن في الخطأ غير الواعي .

هذه الانتقادات التي واجهتها النظرية النفسية للاذناب لفتت انظار الكثيرين الى ان هناك عنصراً آخر خلاف العلاقة النفسية هو الفيصل في تحديد قيـام الاذناب من عدمه . وهذا العنصر متوافر بالنسبة للقصد الجنائي والخطأ غير العمدي على حد سواء الا وهو قاعدية الظروف المحيطة بمباشرة الارادة . ذلك ان الاذناب هو حكم على ارادة الشخص يقوم به القاضي مراعياً الظروف التي باشر فيها الجاني ارادته . فاذا كانت هذه الارادة قد بوشرت في ظروف تسمح للشخص بمكنه الانصياع لاوامر المشرع فانه يكون مذنباً باعتباره اتى بارادة ما كان يجب ان تكون . وبعبارة اخرى فان الاذناب هو لوم يوجه الى الارادة الآثمة . ويتدخل بطبيعة الحال في مقومات الحكم على الارادة الاهلية الجنائية والظروف الاخرى التي تحقق فيها الفعل الاجرامي . ومعنى ذلك ان الاذناب

اصبح كركن عدم المشروعية يتمثل في الحكم على شيء معين وهو الارادة دو
ان تدخل في تكوينه كعنصر من عناصره .

ظهور النظرية الغائية :

انتهى حال الفقه الجنائي بخصوص عناصر الجريمة الى الوضع السابق عرض
وكما استبان من التحليل سالف الذكر ان التنظيم القانوني للجريمة وعناصر
وفقاً للفقه التقليدي قد اصبح في مسيس الحاجة الى اعادة بنائه بما يتفق والتطو
الذي لحق الفكر الجنائي .

والحقيقة هي ان السلوك الاجرامي والمفهوم الذي يجب ان يحمل هو المحو
الذي يدور حوله اي تنظيم قانوني لعناصر الجريمة . ومن اجل ذلك نجد ا
المفهوم الطبيعي للسلوك وما ترتب عليه من فصل للعنصر النفسي له عن ماديا
قد بات عاجزاً عن مسايرة التطور الذي وصل اليه الفقه الجنائي في خصوص
عدم المشروعية والاذناب .

فالسلوك الانساني يجب النظر اليه ليس كقوة طبيعية وانما كظاهرة اجتماعي
تدخل في اطار القيم الاجتماعية وليس في اطار الظواهر الطبيعية فالانسا
باعتباره كائناً عاقلاً يتصرف دائماً للوصول الى هدف معين ، وكذلك الحا
بالنسبة لسلوكه الذي يعبر به عن تلك الغاية ويهدف به الى تحقيقها . وهو حين
يدفع عجلة السببية بسلوكه فانما يفعل ذلك وهو مدرك للآثار التي تترتب عل
وبالتالي فهو يوجه بسلوكه سلسلة السببية المادية لتحقيق النتيجة التي يريدها
ومن هنا كان الفصل بين الفعل وبين العناصر النفسية التي يقوم عليها كما يرى
انصار الفكر الطبيعي متعارضاً مع جوهر السلوك الانساني الذي ما هو إلا
تحقيق لغاية معينة يريد الشخص الوصول اليها . فالحقائق القانونية عامة هي حقائ
اجتماعية وليست طبيعية . ولذلك لا يجوز اللجوء الى منهج العلوم الطبيعي
لدراستها كما فعلت المدرسة التقليدية .

كما ثبت فشل المدرسة التقليدية في تفسير الاذناب . فاذا كان القصد الجنائي هو ارادة النتيجة فكيف يتوافر في عناصره بالنسبة لجرائم السلوك المجرد ؟.

انها بمفهومها الطبيعي للأذناب بوصفه علاقة نفسية بين الفعل والإرادة من شأنه ان يصل الى نتيجة تتعارض مع المنطق القانوني وهو ادماج القصد الجنائي في ارادة الفعل التي هي مفترضة في جميع انماط السلوك حتى تلك التي تقوم عليها جرائم الاهمال والمسئولية المفترضة .

وانقاذاً للسلوك الاجرامي للجريمة من براثن المنهج الطبيعي والذي ادى الى عدم تفهم الجريمة باعتبارها واقعة اجتماعية قامت النظرية الغائية لتعيد بناء عناصر الجريمة بما يتفق وحقيقتها الاجتماعية وآخذة في الاعتبار المحافظة على حقيقتها المادية كما تظهر في العالم الخارجي في الوقت ذاته ، وهذا ما آمل ان نبينه في وقت آخر ، ان شاء الله .

١

قانون العقوبات بين الفكر المحافظ وبين الفكر المتطور *

للدكتور مأمون محمد سلامة

أستاذ مساعد بكلية الحقوق في الجامعة الليبية

١ – تمهيد

اذا كان قانون العقوبات يمثل أقصى درجات الحماية التشريعية للقيم والمصالح الاجتماعية من وجهة نظر المشرع ، فمن الطبيعي أن يتأثر في سياسته الجنائية وأسلوبه في حل المشكلات القانونية بالأفكار الفلسفية والسياسية التي تقوم عليها الدولة . فالمشرع بوصفه معبراً عن القوة السياسية للدولة في جوانبها المتعددة يملي ارادته عن طريق التشريع الذي به يكفل الحماية الفعالة لمصالح المجتمع ، وعن طريقه يحقق الأهداف التي يراها صالحة لتطوير المجتمع . ومن أجل ذلك فإن تأثر التشريعات بالمدارس الفقهية المتباينة انما يتوقف على مدى مواءمة الفكر القانوني الذي نادت به مع الأهداف التي تسعى الدولة إلى تحقيقها .

وإذا كانت هذه الحقيقة هي التي قامت وتقوم عليها السياسة الجنائيـــة في

(*) محاضرة ألقيت في المركز الثقافي العربي ببنغازي .

التشريعات المختلفة ، فإن دراسة الأفكار التي تقف وراء كل تشريع هو أمر لازم وضروري لفهم الأبعاد المختلفة لتلك التشريعات خاصة اذا كنا قد تأثرنا ببعضها في قوانيننا الوضعية . ولذلك ، فإننا سنحاول ، بجهد متواضع ، عرض المذاهب الفكرية المختلفة وانعكاساتها على قانون العقوبات كي نتمكّن بعد ذلك من تحديد دور القاضي في تطبيق القانون .

٢ — ان المتأمل للمذاهب الفكرية في القانون الجنائي يجد أنها تندرج تحت طائفتين كبيرتين : الأولى هي طائفة الفكر الطبيعي والثانية هي طائفة الفكر الوضعي : كل ذلك بحسب الفلسفة التي تعكس أصل القانون في المجتمعات ، وهل هو تعبير عن قاعدة عامة وجدت مع الوجود الانساني أم هو تعبير عن ارادة الاقوى مع ما يترتب على ذلك من التفرقة أو عدمها بين ما هو كائن وما يجب أن يكون . وإذا كان الفكر الطبيعي قد أخذ حظه في السيطرة على الفكر القانوني مدة طويلة ، فإن الفكر الوضعي قد ازدهر منذ أواخر القرن الماضي وتأثر به الكثير من الفقهاء فضلاً عن بعض التشريعات . فالقانون ، وفقاً للفكر الوضعي ، هو فقط القانون الوضعي ، أما القانون الطبيعي فهو مجرد فكرة الغرض منها النهوض بالقانون الوضعي دون أن تملك الكفاءة اللازمة لكي تتحول إلى قوة ملزمة . وبالتالي فهي فكرة تندرج تحت ماوراء الطبيعة . فالقانون الوضعي هو الوحيد الموجود والذي يعبر عن فترة من فترات التطور الاجتماعي يعكس فيها قانون العقوبات عن طريق الحماية الجنائية المتطلبات الاجتماعية للمجتمع في فترة تاريخية معينة .

ومع ذلك ، فقد ظهرت في محيط الفكر الوضعي تيارات متعددة حول الدور المنوط بقانون العقوبات في المجتمع يمكن ردها إلى اتجاهين : الأول هو الاتجاه المحافظ والثاني هو الاتجاه التقدمي أو الحركي . وبينما يعطى الاتجاه المحافظ للقانون فكرة ثابتة مؤداها أن القانون يهدف بحكم طبيعته إلى الحيلولة

دون أي تطوير اجتماعي يختلف عن قواعده الثابتة ، نجد أنصار الفكر الحركي للقانون ينظرون إليه بوصفه نقطة الانطلاق نحو التقدم الاجتماعي . وقد أثر ذلك على منهج البحث الذي يلتزمه الباحث في فهم وتفسير القاعدة الجنائية وكذلك الحدود التي يعمل في اطارها مبدأ الشرعية ومدى الاعتداد بالجوانب السياسية والاجتماعية والاخلاقية التي لم يرد ذكرها بالوصف القانوني للواقعة كما سنرى بعد قليل .

ولم يكن الفكر الطبيعي أحسن حظاً من الفكر الوضعي . فقد ظهرت في محيطه تيارات متعددة بل ومتباينة تلتقي في كثير من نتائجها مع ما انتهى إليه الفكر الوضعي ونقصد بذلك مدرسة القانون الحر ومدرسة القضاء الاجتماعي ومدرسة الواقعية القانونية ، وهي تلتقي في كثير من نتائجها مع الاتجاه التقدمي او الحركي للفكر الوضعي . ولا غرابة في هذا اذا ما أخذنا في الاعتبار أنهما يستمدان مصدرهما من فكر قانوني واحد ولذلك فقد أطلق عليهما بحق أحد فلاسفة القانون أنهما أخوين متعاديين . ذلك أن أساس المدرسة الطبيعية الحديثة والمدرسة الوضعية القانونية هو الفكر التوضيحي الذي يرى في القانون ضماناً للحريات وتثبيتاً للحدود ما بين نطاق الفرد ونطاق تدخل الدولة القانوني .

وما دام الأمر كما سبق ، فلا نرى بأساً في معالجة مدى تأثر قانون العقوبات بتلك الافكار مظهرين السمات التي تميزه في اطار الفكر القانوني الحر والفكر التقدمي ومبرزين في الوقت ذاته نقط الالتقاء والافتراق ما بين الاتجاه الطبيعي والإتجاه الوضعي حول ما يثور من مشاكل في هذا الصدد .

٣ ـ الفكر القانوني الحر

يقوم هذا الفكر على التركيز على الفرد . غير أن هذا التركيز وما يستتبعه من نتائج في محيط القانون الجنائي يختلف من حيث قوته بحسب التيارات الفكرية الداخلة في هذا النطاق .

ففي تيار الفردية العقدية المستندة إلى العقد الاجتماعي كان التركيز على الفرد في معناه المجرد والذي منحه ارادته مع أمثاله تحقيقاً للمنفعة المتبادلة . ولذلك فإن وظيفة قانون العقوبات لا تخرج عن كونها الوسيلة الفعالة لحفظ هذا التعاقد والمحافظة على مصالحه ومنافعـــه . فالدولة تتدخل بالعقاب فقط حيث يضر السلوك بمنفعة للفرد . أما القيم الفردية فلا تحظى بالحماية الجنائية إلا حيث تنزل إلى درجة المنفعة الفردية .

وبطبيعة الحال ، لم يكن من المتصور إقامة قانون العقوبات فقط على فكرة المنفعة الفردية . فإلى جانب المنفعة هناك قيم أخرى مستمدة من واقعه الاجتماعي ومن طبيعة الانسان ذاته . فالعقوبة لا تقوم فقط على المنفعة وانما أيضاً ترضي الشعور الطبيعي والثابت في ضمير كل انسان والمتمثل في الجزاء العادل . هذا بالاضافة إلى أن فكرة المنفعة لن تسمح بتأصيل سلطة الدولة في العقاب باعتبار أنها تباشر العقاب ضد ذات المصالح الفردية اذا اخذناها من زاوية التجريد .

ومن أجل ذلك تطور الفكر الحر من تيار الفردية العقدية الى تيار الفردية الطبيعية والذي حاول أن يعطي تفسيراً عقلياً ومنطقياً لقانون العقوبات مستبعداً التفسير العقدي له .

وقد قاد لواء هذا التيار انصار الفكر الحر اليميني . فالدولة في نظرهم هي ضرورة طبيعية متواجدة إلى جانب الفرد وليست من خلقه . اذ لو كان الأمر كذلك لما سمح الفرد لنفسه بإنكار ذاته إلى حد الاستئصال الكلي المتمثل في عقوبة الاعدام . انما الدولة وجدت لخدمة الفرد كي يستطيع تحقيق مصالحه وتطوير نفسه ، ومن ثم فهي تخدمه في الجانب المادي والمعنوي على حد سواء .

ولقد تلقف هذه الأفكار أنصار المدرسة التقليدية في قانون العقوبات . وحاولوا تبرير قانون العقوبات استناداً إلى أنه ، اذا كانت الدولة هي ضرورة طبيعية وجدت لخدمة الافراد ومصالحهم ، فإنها يجب عليها أن تضمن وتحمي

هذه المصالح عن طريق منع وعقاب الأفعال التي تهدد النظام الاجتماعي والاخلاقي للدولة والذي فيه يجد الافراد سبب وجودهم .

غير أن الدولة في سلوكها هذا عليها دائماً أن تراعي مصلحة الفرد . وبعبارة أخرى يجب عليها أن تضع الحدود لتدخلها لهذه الحماية حتى يكون هذا التدخل مشروعاً . ولذلك فإنه لا يوجد سلطة للدولة في العقاب وانما هو حق شخصي لها .

ونتيجة لهذه الأفكار ظهر مبدأ الشرعية في صورة منطقية في غير حاجة إلى تبرير . فالدولة يجب عليها أن تحدد الأفعال التي تعطيها حق التدخل بالعقاب وتحدد العقوبة التي توقعها سلفاً ضماناً للحرية الفردية من ناحية وارضاء الشعور العام بعدالة الجزاء الجنائي ، اذ ان التحديد السابق للعقوبة انما يباشر أثره على ارادة الفرد قبل الاقدام على الجريمة . ولما كان القياس في النصوص التجريبية وسريان قانون العقوبات على الوقائع التي حدثت قبل صدوره انما يمثل خرقاً لمبدأ الشرعية فقد حرصت التشريعات المتأثرة بهذا الفكر على النص على تحريم ذلك .

كما ظهرت أيضاً فكرة الواقعة النموذجية والتي تحول دون امكان اعمال القياس . كما أن أي تفسير لقانون العقوبات يعتبر ضاراً بالمصالح الفردية وبالتالي يجب استبعاده واحلال عملية الاستخلاص الميكانيكية والتي بمقتضاها تدخل الواقعة تحت نموذج تشريعي معين بطريقة آلية دون أدنى تفسير . ومعنى ذلك أن الواقعة المجردة النموذجية والواقعة المادية يجب أن يتحقق القاضي من تطابقهما فقط دون امكان تقييمهما لأن أي تقييم يؤدي إلى الدخول في السلطة التقديرية والتي تشكل خطورة بالغة للحرية الفردية . ولما كان التحقيق من التطابق بين الواقعة المادية والواقعة النموذجية المنصوص عليها يكون ميسوراً بطريق الحواس ، فقد جاء التركيز على الركن المادي للجريمة كسمة مميزة للفكر التقليدي

على حساب الأركان الأخرى للجريمة . فقد حاول هذا الفقه اثبات وجـــود النتيجة المادية كعنصر لازم للركن المادي في كل جريمة . فالواقعـــة المادية هي المحور الذي تدور حوله القاعدة الجنائية باعتبارها تجسيداً لارادة محدثها . أما الركن المعنوي في الجريمة فيجب أن يستخلص هو الآخر من ماديات الواقعة. كما اجتهد هذا الفقه أيضاً في إبراز التفرقة بين الأعمال التحضيرية والبدء في التنفيذ باعتبارها ضابطاً للتفرقة بين تدخل الدولة بالعقاب من عدمه . وباختصار فإن قانون العقوبات وفقاً لهذا الاتجاه يجب أن يتجه إلى النتيجة المادية وليس إلى الارادة . فالارادة مهما كانت خطورتها لا تسمح بتدخل الدولة إلا حينما تتجسد في شكل واقعة مندرجة تحت النص التجريمي . وأيضاً في محيط العقوبة تم الربط بينها وبين مبدأ الشرعية بأن أضفي عليها وظيفة أساسية خلاف الردع ألا وهي المنع العام عن طريق ما تحدثه من أثر مانع للارادة من ارتكاب الجريمة وذلك بالنص عليها سلفاً من قبل المشرع . ومعنى ذلك أن مبدأ الشرعية ينتج آثاره ليس فقط بالنسبة للقاضي إنما أيضاً بالنسبة للفرد .

أما عن دور القاضي الجنائي في تطبيق القانون وتفسيره فلا بد وأن يكون محدوداً للغاية حتى لا يضر بمبدأ الشرعية . فالقانون ، وفقاً للفكر الذي نحن بصدده ، هو دائماً كامل لا يوجد به أي نقص . ولذلك ما على القاضي ان يفعله هو البحث عما تضمنه القانون ذاته دون أن يلجأ إلى الخلفيات الاجتماعية أو الاقتصادية للقاعدة أو يضع في اعتباره أية مفاهيم أخرى خارج القاعدة . وهنا يلتقي الفكر الطبيعي بالفكر الوضعي . فالقاضي يكتشف القانون ولا ينشئه او أن القانون لا يمكن أن يكون ناقصاً بأية حال من الاحوال . وقد يجد القاضي مضموناً أوسع أو أضيق مما وجده غيره . إلا أنه مضمون موجود وقائم من قبل ولذلك فإن التفسير هو عملية معرفة يكرر القاضي فيها في ذهنه ما تواجد في ذهن المشرع وقت وضع القاعدة . وهو في هذه العملية يجب أن يستبعد أي تقييم

للقاعدة على ضوء ما استجد من ظروف اجتماعية أو اقتصادية لم تكن قائمة وقت التشريع حتى لا يخلط بين وظيفته في التطبيق ووظيفة المشرع في التشريع. وعليه ، فالقاضي هو عبارة عن آلة تستنتج حكم القانون على الواقعة . ولا يجب أن يمنح أكثر من هذا في التفسير وإلا فتح الباب لعدم الثبات والاستقرار القانوني . وغني عن البيان أن هذا الفكر انما يستمد جذوره من التيارات التي رافقت الثورة الفرنسية والتي حاولت التركيز على جعل القانون هو الوسيلة الوحيدة لحماية الحريات الفردية . فهو ان كان حداً لهذه الحريات إلا أن في ذلك وسيلة لحمايتها . وحرية القاضي بذلك تتعارض مع حرية المواطن وبالتالي يجب الغاء السلطة التقديرية للقاضي ووضع عقوبة واحدة لكل جريمة غير قابلة للتغيير أو التعديل ضماناً أيضاً للمساواة أمام القانون .

٤ ـ الفكر التقدمي

وعلى نقيض الفكر الحر المحافظ في صورته السابقة نجد الفكر التقـــدمي المستند إلى الوضعية القانونية . فقانون العقوبات يجد مبرراته في كونه وسيلة لحماية الجماعة في مصالحها المتطورة والمتجددة . ولذلك فإن مبدأ الشرعية بصورته السابقة لا بد وأن يحول دون قيام القانون بوظيفته الأساسية . فأساس التجريم ليس في النص التشريعي وانما في الخطورة الاجتماعية للفعل عـــلى المصالح الاجتماعية والاقتصادية والسياسية للجماعة . ومن أجل ذلك لا يجب على القاضي ان يقف مكتوف اليدين أمام الفعل المتسم بالخطورة الاجتماعية دون أن يندرج تحت نص تجريمي ، وانما عليه أن يعمـــل القياس حتى يحقق الحماية الفعالة المنوطة بقانون العقوبات . ومن ناحية أخرى يتعين الاعتداد بالخطورة الاجتماعية للفاعل . ذلك أن الخطورة الاجتماعية للفعل هي تعبير عن الشخصية الاجرامية للفاعل ومن ثم يكفي لقيام الجريمة تحقيق سلوك خطر على المصالح محل الحماية اما لخطورته الفعلية او لخطورة مرتكبه حتى ولم لم

يكن هناك ضرر فعلي . ولذلك يلاحظ أن التشريعات التي تأخذ بهذا الفكر لا تتطلب في معظم الجرائم المنصوص عليها فيها وقوع نتيجة مادية ترتبط بالسلوك برابطة سببية وإنما هي من جرائم السلوك المجرد والتي تتمثل النتيجة القانونية فيها في شكل خطر حكمي أو فعلي وطالما أن العبرة هي بالخطورة الاجتماعية للفعل والفاعل فإن الركن المعنوي للجريمة المتمثل في القصد الجنائي والخطأ غير العمدي يفقد قيمته القانونية . ذلك أن قيمة الركن المعنوي تبرز في محيط الفكر الطبيعي الذي يعتد بالارادة كأساس للمسئولية الأدبية تمشياً مع فكرة العدالة كقاعدة أزلية . أما العدالة في مفهوم الفكر التقدمي فأساسها القواعد الوضعية التي تحمي مصالح المجتمع والتي تتحقق بعزل الخطرين ووقايته منهم حتى لا يرتكبوا أفعالاً تضر أو تهدد هذه المصالح بالضرر . ويترتب أيضاً على كون الخطورة هي أساس التجريم أن تنعدم أهمية التفرقة بين الشروع والجريمة التامة . فالجريمة هي كل فعل معبر عن الخطورة الاجتماعية للفاعل وبالتالي ليس هناك من مبرر لتطلب تحقق النتيجة طالما أن ما تحقق من سلوك كاف لابراز هذه الخطورة . ولما كانت هذه الخطورة تبرز حتى ولو كان تحقق النتيجة مستحيلاً فإن الجريمة المستحيلة في محيط هذا الاتجاه تندرج أيضاً تحت نطاق التجريم . وأخيراً فإن الأهلية الجنائية لن تكون مفترضاً للمسألة الجنائية وانما مجرد ضابط أو معيار يتحدد على أساسه التدبير الذي يجب اتخاذه . سواء أكان الجاني كامل الأهلية أو معدومها ، فإن خطورته الاجتماعية تقتضي وقاية المجتمع منه وذلك بعزله في شكل تدبير تتوقف نوعيته على مقدار أهليته الجنائية .

وظاهر مما سبق ، أن هذا الفكر التقدمي قد تأثر كثيراً بالنتائج التي وصلت إليها المدرسة الوضعية في محيط القانون الجنائي . ولذلك ، فإن الجريمة فقدت صلتها بالنص التجريمي وأصبحت الشرعية ليست مجرد شكل يتحقق منه القاضي عن طريق مطابقة الفعل مع النص وانما أصبحت شرعية موضوعية .

فالسلوك يعتبر جريمة أو لا يعتبر كذلك تبعاً لما اذا كان ضاراً أو خطراً على المصالح الأساسية للجماعة . فإذا تحققت فيه هذه الخطورة فإن خلو التشريع من نص لا يحول دون التجريم وذلك عن طريق اعمال القياس والتوسع في مفهوم قصد الشارع . أما اذا لم يملك الفعل تلك المقومات فلا يعاقب عليه حتى ولو كان هناك نص يجرمه . فعدم مشروعية السلوك من الناحية الجنائية لا تتوقف على التعارض مع النص التشريعي وانما تتوقف على التعارض مع المصالح الجديرة بالحماية . ولما كانت المصالح دائماً متجددة والتدخل التشريعي قد يكون لاحقاً لهذا التجدد والتطور ، فإن سلطة القاضي تتفادى الكثير من النقص التشريعي . وما دام القياس جائزاً ، فلن يكون هناك مجال لمبدأ عدم رجعية القوانين الجنائية التي تسيء الى مركز المتهم .

٥ ــ الفكر المطلق

يقوم هذا الفكر على أساس أن الفرد هو ملك للدولة كلية ، بمعنى أنه خارج النطاق الذي تحميه الدولة لا يمثل الفرد أية قيمة قانونية أو اجتماعية . فليس للفرد أية حقوق طبيعية في الحرية يمكنه الاحتجاج بها في مواجهة الدولة . فهو يتمتع فقط بتلك الحقوق التي تمنحها له وتعترف له بها ، وما تمنحه الدولة للفرد لا يعتبر حقاً بالمعنى الدقيق وانما هو واجب يباشر لمصلحتها . والفرد في مباشرته هذا الواجب لا يكفي اتيانه افعالاً تمثل في ماديتها صالحاً للدولة وانما يلزم أن تتواجد ايضاً الارادة التي تهدف الى تلك الغاية ، أي الارادة المخلصة . ولما كانت الدولة هي مستودع الأخلاق العامة فلا مجال للاعتراف بمبادىء أخلاقية خلاف تلك المدرجة في قوانينها . ولذلك فإن القوانين تكون ملزمة أيضاً من الناحية الأخلاقية باعتبارها تجسيداً لمبادئها .

وعلى ذلك ، فإن الجريمة من حيث مضمونها لا تمثل اعتداء على المصالح المحمية بالنصوص التجريمية بقدر ما هي مخالفة لواجب اخلاص الفرد للدولة .

ومن هنا كان التركيز على الركن المعنوي للجريمة المتمثل في الارادة المخالفة ولم يعد هذا الركن يمثل العلاقة النفسية بين الفاعل والسلوك الذي حققه، وانما يتمثل في تقييم الارادة وهل هي محل لوم من قبل المشرع من عدمه . فالأذناب هو المكون للركن المعنوي أما القصد الجنائي والخطأ غير العمدي فهما عناصر نفسية للسلوك الاجرامي ذاته . ويترتب أيضاً على ما سبق ، أن ضابط التجريم هو الارادة غير المخلصة وليس السلوك . وكل ما للسلوك من قيمة هو فقط في اثبات الارادة محل التجريم . ومعنى ذلك أن فاعلية السلوك من حيث الاضرار أو الخطورة لا قيمة لها في التجريم طالما أنه كاف بذاته للتعبير عن الارادة المخالفة . ولذلك فإن الجريمة المستحيلة تستوجب العقاب رغم استحالة تحقق النتيجة . كذلك فإن التفرقة بين الجريمة التامة والشروع تغدو معدومة القيمة . وتفادياً للنتائج غير المرضية التي يمكن أن يؤدي إليها مثل هذا الفكر القانوني فقد وضع أنصاره حداً لتجريم الارادة، وذلك يتطلب العلم بعدم مشروعية الفعل . بمعنى أن الارادة تكون غير مستوجبة للوم المشرع كلما كان الجاني لا يعلم بالواجب المفروض عليه أو كان لا يعلم بصفة السلوك غير الاجتماعية في الأحوال التي لا يعتد فيها المشرع بالجهل بقانون العقوبات .

واذا كان مبدأ الشرعية في الفكر الحر مؤسس على فكرة العدالة المستمدة من القانون الطبيعي ، فإن الشرعية في الفكر المطلق تؤسس على العدالة الواقعية والتي مناطها الضرورة الاجتماعية . فالعدالة والضرورة الاجتماعية هما وجهان لعملة واحدة . وترتيباً على ذلك فإن القاضي ، حينما يطبق القانون ويفسره ، عليه الالتزام بالضرورات الاجتماعية ولا يتقيد في هذا السبيل بأي قيد كان ولو أدى به الأمر إلى أعمال القياس أو إلى تطبيق قانون على وقائع لم تحدث في ظله ولو كان ضاراً بالمتهم .

وفي مجال العقوبة نجد تبريرها في كونها وسيلة لحرمان الفرد وضعه الاجتماعي

والقانوني الممنوح له من الدولة ، وأيضاً بوصفها وسيلة لتنقية المجتمع من العناصر الممثلة لاردات غير مخلصة لأهداف الدولة . ولذلك فهي لا تهدف أساساً إلى الوقاية الخاصة المتمثلة في اصلاح الجاني وتأهيله وإنما إلى الوقاية العامة للمجتمع بعزل الجناة الخطرين على أهدافه ومصالحه . كما أن الزجر والردع الخاص يمثل أهمية ثانوية باعتباره يدور أساساً حول فكرة العدالة في المفهوم الشكلي لها المستند إلى الفكر الطبيعي ، ولا يتناسب مع العدالة المؤسسة على الضرورة الاجتماعية . وإلى جانب العقوبة في مفهومها السابق ، هناك التدابير الاحترازية والتي تطبق حيث لا يمكن توقيع العقوبة ، اي بالنسبة للأشخاص ذوي الخطورة الاجتماعية والذين لا تسمح ظروفهم النفسية أو العقلية باعتداد بارادتهم المخالفة وبالتالي الآثمة .

٦ ــ الفكر الحر اليساري

لقد كان لتطرف النتائج التي وصل إليها الفكر اليميني المحافظ والفكر التقدمي أثره في وجوب اعادة النظر بالنسبة لوظيفة قانون العقوبات في المجتمعات . فالشكلية التي اتسم بها الاتجاه المحافظ كادت تقضي على المبررات التي من أجلها نودي بمبدأ الشرعية وذلك بالهبوط بالقاضي إلى مستوى الآلة في تطبيقه للقانون بحرمانه من أية سلطة تقديرية . وهذا يضر بمبدأ المساواة امام القانون الذي يتطلب بالضرورة الأخذ في الاعتبار للتغييرات الاجتماعية والظروف الواقعية التي احاطت بارتكاب الجريمة . ومن ناحية أخرى نجد أنه يخرج العقوبة عن أن كونها وسيلة اصلاح وعلاج وذلك بربطها بفكرة العدالة المجردة . بينما العدالة يجب أن تكون واقعية يراعى فيها الظروف الشخصية المتعلقة بالجاني وتلك الموضوعية المتعلقة بالجريمة حتى يمكن اصلاح الجاني واعادته الى الحياة الاجتماعية عضواً صالحاً ومنتجاً . كما أن الفكر المحافظ باستبعاده التدابير الاحترازية يضع الجماعة في موقف لا تستطيع فيه الدفاع عن مصالحها

بالنسبة للأشخاص الذين لا تتوافر فيهم الأهلية الجنائية اللازمة لتوقيع العقوبة .

كما ولم تكن النتائج التي قدمتها المدرسة الوضعية وتبناها الفكر التقدمي من ناحية وأساء استخدامهـــا الفكر المطلق من ناحية أخرى لتتفق مع مقتضيات العدالة . فهي وان كانت تمثل حماية فعالة لمصالح الدولة إلا أنها تهدر كلية القيمة الانسانية للفرد وذلك بتأسيس المسئولية على الخطورة الاجتماعية المستندة إلى الجبرية في السلوك وليس إلى الارادة .

ومن أجل ذلك حاول البعض ، في محيط المذهب الطبيعي ، البحث عن أساس جديد لقانون العقوبات يختلف عن فكرة القاعدة الأزلية التي تمسك بها أصحاب المذهب الحر اليميني ، وعن فكرة الحدث الاجتماعي التي نادت بها المدرسة الوضعية وتلقفها الاتجاهين التقدمي والمطلق . والأساس الجديد هو فكرة القيم . فالقانون يجب النظر إليه باعتباره قيمة . وليس معنى ذلك انكار المقدمات العقلية له ، بل انه يعتبر تكملة لها . ذلك ان القيمة تتضمن بالضرورة الاشارة الى معيار معين . وهذا المعيار أو الضابط لا يمكن إلا أن يكون من طبيعة عقلية بوصفه تعبيراً عن شخص لديه القدرة على الاختيار الغائي ، أي الاختيار الحر الواعي . والفرد يمثل ، بالنسبة لهذا الاتجاه ، المركز الذي منه تستمد القيم الأخرى سبب وجودها وتساهم معها في تكوين الكيان الثقافـــي والاخلاقي والذي فيه يمارس الفرد نشاطه تحقيقاً لأغراض واعية . ولذلك فإن العلاقة بين الدولة والقانون ليست علاقة انشاء وانما علاقة ايجـــاد . فالدولة ليست هي التي تخلق القانون وانما تبحث عنه إلى أن تجده . وعدالة القانون هي تعبير عن القيم الواقعية وليست تعبيراً عن قيمة مجردة . وتكون القيم واقعية حينما تنطق بها الضرورات الاجتماعية . ومن أجل ذلك فإن العدالة القانونية يجب أن تهمل الجوانب الاجتماعية والاقتصادية والسياسية للمجتمع . كما أن القاضي في تفسيره للقاعدة الجنائية وتطبيقه لها عليه أن يفعل ذلك في محيط التغيرات المتعلقة

بالظروف الاجتماعية . وهذا ما كان ينكره الاتجاه المحافظ ويسرف فيه الفكر التقدمي والمطلق . وبالنسبة لمبدأ الشرعية فإنه يجب التخفيف من حدته باعطاء القاضي سلطة تقديرية واسعة ، ان لم يلغ كلية . وقد انعكس الفكر السابق ايضاً على مفهوم المطابقة في الجريمة . فمطابقة الواقعة المادية مع الواقعة النموذجية للجريمة لم تعد مجرد عملية آلية ، وانما اصبحت عملية تقييم للواقعة التي تندرج تحت نطاق التجريم . بمعنى أنه تم الفصل ما بين المطابقة الشكلية والتي لا تعني التجريم وبين المطابقة الموضوعية ومعيارها الاضرار بالمصالح المحمية بالقاعدة الجنائية . وبذلك ظهرت فكرة عدم المشروعية الموضوعية باعتبارها عنصراً من عناصر التكوين في الجريمة وهو ما يطلق عليه البعض عنصر البغي . وأساس ذلك هو أن المشرع في وضعه القاعدة الجنائية يقيم السلوك أولاً من حيث علاقته بالهدف أو الغرض المراد تحقيقه بحماية مصلحة معينة ثم بعد ذلك يأمر المخاطبين بالقاعدة بابقائه أو بالامتناع عنه تحقيقاً للحماية المطلوبة . ومخالفة السلوك المادي للغرض المرصود من القاعدة هو الذي يضفي عليه الصفة غير المشروعة . أما مخالفة المخاطب بالقاعدة للأمر التشريعي فهو الذي يكون الركن المعنوي للجريمة . وترتيباً على ذلك فإن اتيان السلوك المادي المكون للجريمة مع انعدام الاضرار بالمصالح المكونة للهدف من القاعدة ينفي عن الفعل الصفة غير المشروعة رغم مطابقته الشكلية للنموذج الاجرامي للواقعة . وهذا ما يفسر لنا عدم العقاب على الجريمة المستحيلة بوصفها شروعاً ، كما أنه يعطى لنا تبريراً لأسباب الاباحة والتي هي ظروف من شأنها اذا ما رافقت السلوك المادي ، أن تجعله غير متعارض مع أهداف المشرع . وطالما أن عدم المشروعية لها الصفة الموضوعية أو المادية فمعنى ذلك أن القاضي في تكييفه لها لا يأخذ في حسبانه الحالة النفسية للجاني وانما يعتد فقط بماديات الواقعة في علاقتها بالمصالح المكونة للهدف من القاعدة .

غير أنه سرعان ما تكشف أن عملية التقييم للسلوك الاجرامي بالنظر إلى الغ
من القاعدة تبعاً لقصد المشرع لايمكن القيام بها الا اذا أُخذت في الحسبان العو
النفسية للجاني والتي صاحبت الفعل . بمعنى أنه كثيراً ما يصبح من العسير الح
بعدم مشروعية الفعل دون الحكم على الارادة واتجاهها . فتطورت بذلك فك
عدم المشروعية من الموضوعية المجردة إلى عدم المشروعية الموضوعية النف
في الوقت ذاته . وقد ترتب على ذلك ظهور نظريات لتصنيف المجرمين بو
نماذج لهم تقابل نماذج الجريمة . وانشغل الفكر القانوني بالمجرم وليس ف
بالجريمة وأخذ يهتم بالظروف المحيطة بالمجرم تماماً كما فعل من قبل بالنسبة للجر
كما أن الاهتمام بالعوامل النفسية لعدم المشروعية أدى إلى تفريغ الركن المعنو
من مضمونه بحيث انتهى إلى كونه مجرد حكم على الارادة بالاذناب وذ
بظهور النظرية المعيارية للأذناب لتحل مكان الصدارة في فقه الجريمة بدلاً
النظرية النفسية . وأصبح اتجاه الارادة المتمثل في القصد الجنائي أو الخطأ
العمدي يعتد به كعنصر من عناصر السلوك الاجرامي . وبذلك انفصل الف
الجنائي كلية عن الفكر الآلي الذي تمثل فيه الاتجاه الحر اليميني. فالسلوك الان
أصبح ينظر إليه ليس كقوة من قوى الطبيعة وإنما كظاهرة اجتما
يتم تكييفه وفهمه في اطار القيم الاجتماعية وليس في اطار الظواهر الطبيع
فالفرد بوصفه كائناً عاقلاً يتصرف دائماً بغية الوصول إلى هدف معين يخ
بسلوكه . وهو حينما يدفع عجلة السببية بسلوكه الواعي فإنه يفعل ذلك و
يدرك للآثار المترتبة عليه . وقد أدى ذلك إلى وجوب اعادة النظ
في المعايير المختلفة لعلاقة السببية بحيث هُجرت نظريات السببية المادية البح
وأُدخل في تقدير السببية عناصر نفسية متمثلة في التوقع وفقاً للمجري العاد
للأمور، وأصبح من الميسور للفقه والقضاء تحديد المعايير التي تنقطع على أساس
علاقة السببية بين السلوك والنتيجة . ومن ناحية أخرى ، كان لاعادة النظر
دور البواعث الاجرامية أثره على مفهوم العقوبة . فالبواعث لم يعد ينظر إل

نظرة آلية بوصفها متعارضة مع بعضها البعض بحيث يخرج لنا السلوك الاجرامي حيث تتقلب البواعث الدافعة على الجريمة على البواعث المانعة لها ومن ثم يكون لمبدأ الشرعية أثره في المنع العام بتقوية البواعث المانعة ، وانما أصبح النظر الى البواعث في مجموعها بوصفها جزءاً لا يتجزأ من الكيان الروحي والمعنوي للفرد والمتبلور في سلوكه الخارجي . ولذلك فإن العقوبة يجب أن يكون لهـــا هدف خاص وهو إصلاح المجرم وعلاجه اجتماعياً ونفسياً ومن هنا جاءت الدعوة إلى وقف التنفيذ والافراج الشرطي والعفو القضائي والعمل داخل السجون ، والمعاملة الخاصة بالأحداث وغير ذلك من الأنظمة الأخرى التي تهتم باصلاح الجاني وعلاجه .

واذا كان الفكر المحافظ ينكر التدابير الاحترازية بوصفها اعتداء عـــلى الحريات الفردية ، فإن انصار الفكر الحر اليساري نادوا بوجوب توقيع التدابير الاحترازية كلما أظهر الاعتداد بشخص الجاني أن العقوبة تصبح عاجزة عن تحقيق الغرض منها خاصة بالنسبة لمعدومي الأهلية وناقصيها ، وذوي الخطورة الاجرامية .

ـ الاتجاهات الديمقراطية في القانون الجنائي .

لقد انطلقت تلك الاتجاهات من المبدأ الذي نادى به الفكر الحر اليساري والذي مؤداه أن الفرد هو المركز الذي منه تستمد أية قيمـــة أخرى سبب وجودها ؛ وأن العدالة الجنائية لا بد وأن تكون واقعية لا تهمل الضرورات الاجتماعية . وللتوفيق بين الحرية الفردية وبين الضرورات الاجتماعية هناك حدود تتمثل في مبدأ الشرعية ومبدأ المساواة أمام القانون . ومبدأ الشرعية يجد أساسه المنطقي في أن تحديد الأفعال المجرمة سلفاً هو الذي يحد من التحكم الذي قد ينتهي بالارهاب الجنائي . غير أن استبعاد التحكم ليس معناه استبعاد السلطة التقديرية للقاضي وإلا لانتهى الحال إلى الآلية القضائية والتي يجب أن يتفاداها

أي نظام جنائي يقوم على اعتبارات انسانية. كما يجد مبدأ الشرعية تبريراتـه السياسية في ضمان حريات الافراد بتحديد الاطار الخاص بحق الدولة في التدخل بالعقاب . وأخيراً يجد تبريره النفسي في أن الفرد اذا ما علم بالأفعال المجرمة سلفاً والعقوبة المقررة لها يمكنه أن يكيف سلوكه بما يبعده عن حظيرة التجريم وذلك بالامتناع عن اثبات السلوك الذي يسمح للدولة بالتدخل لعقابه . والنتيجة المنطقية لمثل الأسس السابقة هي ضرورة الاعتداد بالعلم بعدم مشروعية السلوك حتى يتوافر الركن المعنوي للجريمة المتمثل في القصد الجنائي .

ومبدأ المساواة ليس معناه ردع الجميع بنفس الوسيلة ، كما يعتقد أنصار الفكر المحافظ ، وانما توقيع العقوبة المناسبة للفرد والمتلائمة مع الظروف التي أحاطت بارتكاب الجريمة . ذلك ان استبعاد السلطة التقديرية للقاضي وغض الطرف عن الظروف التي وقعت فيها الجريمة معناه الوقوع في شكلية الفكر المحافظ . فإذا كانت المساواة مفادها وجوب استبعاد الامتيازات المتعلقة بوضع الجاني ، فليس معنى ذلك أن تتساوى كل واقعة إجرامية مع الأخرى في ظروف ارتكابها . ومعنى ذلك أن القاضي يجب أن يتمتع بقدر من السلطة في التقدير مرتبط بالقيم والأهداف التي توخاها المشرع في النصوص التشريعية .

وفي محيط الجريمة والعقوبة ، يجب أن تؤسس المسئولية الجنائية على الارادة الحرة الواعية . فالمسئولية الأدبية هي فقط المناط لتوقيع العقوبة . أما فكرة الخطورة الاجتماعية والاجرامية فيجب استبعادها كأساس لاتخاذ التدابير الجنائية . كل ما هنالك هو أنه في الأحوال التي تقع فيها الجريمة من شخص غير مسئول جنائياً نظراً لظروفه الشخصية فيمكن اتخاذ تدبير احترازي في مواجهته يهدف لعلاجه . أما العقوبة فهي ليست من وظائفها الأساسية الاصلاح والعلاج وانما الزجر والردع ارضاء لفكرة العدالة المجردة ، أما دورها في الاصلاح فيأتي في المرتبة الثانية . وقد أطلق أنصار هذه الاتجاه على أنفسهم المدرسة التقليدية

الجديدة الخالصة تمييزاً لها عن المدارس الاخرى التي ظهرت في مجال التوفيق ما بين الفكر المحافظ والفكر اليساري المتمثل في المدرسة الوضعية . والمبادىء التي تقوم عليها المدرسة محل البحث تخلص في أن أساس المسئولية الجنائية هي حرية الفرد . ذلك أن الركن المعنوي المتمثل في الاذناب يفترض وجود الأهلية الجنائية والتي لا تتوافر إلا بحرية الارادة . غير أن حرية الارادة هنا لا تحمل على مفهوم مجرد كما حملتها المدرسة التقليدية القديمة القائمة على الفكر المحافظ ، وانما تحمل على مفهومها الواقعي الذي يأخذ في الاعتبار الظروف الواقعية التي أحاطت بالجاني وأثرت في آرائه . فإذا كان التأثير كاملاً انعدمت المسئولية ، وإذا كان جزئياً كنا في محيط الظروف المخففة أو المشددة تبعاً لنوعية الظروف . فالفرد حينما يبلغ سن النضوج الجنائي تكون ارادته حرة بوصفها مكنة عامة ومجردة ، أما في واقعها فإنها تتناسب مع الظروف التي تباشر فيها ، وبالتالي يكون تقييمها تبعاً لمدى سيطرتها على تلك الظروف . فالأسباب المؤدية للجريمة لا تنفي حرية الارادة ، على عكس الجبرية التي نادت بها المدرسة الوضعية ، وانما تدخل تلك الأسباب في الاعتبـــار عند تقييم الارادة ومدى سيطرتها على الظروف التي بوشرت فيها . ونتيجة لذلك ، فإن التدبير الذي يتخذ حيال الجاني انما يتوقف على مدى فاعلية الارادة الحرة . فالعقوبة تقابل الارادة الحرة ، بينما التدبير الاحترازي يطبق حينما تنعدم حرية الارادة اما حكماً او فعلاً ، أو تتواجد الخطورة الاجتماعية أو الاجرامية . ومعنى ذلك أن التدبير الاحترازي لا يعتبر بديلاً للعقوبة أو مضافاً إليها وانما هو اجراء يتخذ لحماية المجتمع من خطورة الشخص . ولذلك يرى أنصار هذا الاتجاه أن طائفة التدابير الاحترازية لا تنتمي إلى قانون العقوبات وانما الى القانون الاداري . ذلك لأن العقوبة تمثل الزجر للارادة الآثمة في استخدام حريتها استخداماً سيئاً ومخالفاً لأوامر المشرع ونواهيه . أما التدبير الاحترازي فهو يطبق بهدف آخر وهو تحرير الارادة من الأسباب التي اعدمتها حريتها وحالت دونها وبين سيطرتها

على الظروف الواقعية التي يوشر فيها السلوك .

وبذلك اعتقدت هذه المدرسة أنها قد اعطت الفرد القيمة المناسبة وذلك بربط مسئوليته بارادته حتى في الاحوال التي يحاسب فيها على خطورته ، وغير مدركة أنها بذلك قد أفسحت المجال لنقض الأسس التي قامت عليها وذلك حينما برزت إلى حيز الوجود نظرية اطلق عليها اذناب الفاعل والتي تحاسب الشخص على سلوكه في الحياة بتوقيع عقوبات رادعة قلما تحدث تأثيراً يذكر بالنسبة لطوائف المجرمين معتادي الاجرام ومحترفيه والمتشردين والمشتبه فيهم. على حين أنه كان في الامكان الجمع ما بين العقوبة والتدابير الاحترازية وربط لأولى بالمسئولية الأدبية القائمة على حرية الارادة وربط الثانية بفكرة الخطورة الاجرامية والاجتماعية . وبذلك يمكن الجمع ما بين مصلحة الفرد في حريته الفردية وبين ضرورات المجتمع في حماية مصالحه التي تضار أو تهدد بالضرر من السلوك الفردي . أما محاولة الفصل التام بين العقوبة من نـــاحية والتدابير الاحترازية من ناحية أخرى والحاق تلك الأخيرة بالقانون الاداري فإنه قد أدى إلى نتائج غير مقبولة ان لم يؤد إلى اهدار مقومات الحرية الفردية والتي قامت هذه المدرسة لضمانها . ومن أجل ذلك ركزت تيارات في محيط الاتجاهات الديمقراطية على فكرة الخطورة الاجتماعية والاجرامية كأساس لرد فعل المجتمع سواء تمثل في صورة العقوبة أو في صورة التدابير الاحترازية دون أن تهمل الأساس الأدبي للمسئولية الجنائية وتدخل بذلك التدابير في نطاق قانون العقوبات ليشكل مع العقوبة التدابير التي يجب اتخاذها لمواجهـــة الاجرام في المجتمع . وهذا ما فعلته مدرسة الدفاع الاجتماعي الحديث والاتجاهات الجديدة في المدرسة التقليدية في سبيل التوفيق بين اعتبارات الحرية الفردية واعتبارات المصالح الاجتماعية . وهذا هو الفكر السائد في فرنسا والمانيا وبلجيكا وايطاليا وتأثرت به كثير من التشريعات الجنائية الحديثة .

كانت هذه هي الملامح الأساسية لقانون العقوبات في تأثراته المختلفة بالفكر

١٩

السياسي . وأياً كانت المذاهب والأفكار ، فإن هناك حقيقة يجب مراعاتها في السياسة الجنائية ألا وهي ضرورة استبعاد الفكر المحافظ وما يضفيه على قانون العقوبات من جمود . فالنشاط الاجتماعي للدولة المتزايد في وقتنا المعاصر يفرض على قانون العقوبات وظيفة أساسية لا تقف فقط عند حد حماية المصالح القائمة وقت التشريع وانما ايضاً التطور بالمجتمع نحو التقدم وتحقيق الأهـداف التي رسمها لنفسه . ولذلك فإن الأنشطة المختلفة للدولة في هذا المجال لا بد لها من حماية جنائية حتى تدفع المجتمع نحو التقدم المنشود . ومن ناحية أخرى فإن تغير المصالح وتطورها يقتضي أيضاً تغييراً في أساليب البحث في قانون العقوبات بحيث يكون المنهج المتبع يمكنه ملاحقة التطورات الاجتماعية وما يتبعها من تغير في مفاهيم المصالح .

وتفصيل ذلك ، هو أن الملاحظ على منهج البحث المسيطر على جزء كبير من الفقه المعاصر هو المنهج الشكلي والذي يطلق عليه منهج الفن – القانوني . وقد كان اتباع هذا المنهج هو المسؤول عن جمود قانون العقوبات وعجزه عن ملاحقة التطورات الاجتماعية . فالخلفيات السياسية التي كانت وراء الفكـر القانوني الحر ، وكذلك ظهور الوضعية القانونية في النصف الأخير من القرن الماضي ، هي التي ساهمت في ظهور هذا المنهج . ومن أجل ذلك نجـد أن الأسس القائم عليها تتمثل في الاعتراف فقط بالقانون الوضعي مجرداً من أية اعتبارات أخرى . فالقانون هو القانون الوضعي . وهو بذلك نظـام مغلق ومتكامل باعتباره متضمناً مبادىء متجانسة ومنطقية . وهو من حيث كونه نظاماً مغلقاً لا يجب أن يدخل في دراسة نصوصه أية اعتبارات اجتماعية أو اقتصادية أو سياسية لم ترد صراحة فيها . أما كونه نظاماً كاملاً فمؤداه أنه غير ناقص وبالتالي لا يسمح لرجل القانون بأي تفسير يكون من شأنه تكملة أوجه النقص القائمة . ونتيجة لذلك أعطى أنصار هذا المنهج للألفاظ في التشريع الأهمية البالغة ومهملين كلية روح القاعدة القانونية والغاية منها ، ومن هنا جاء قصور

القانون عن مسايرة متطلبات الحياة الاجتماعية وتم الفصل التام بين الضوابط القانونية وبين تلك السياسة الاجتماعية والاقتصادية ، وانتهى الأمر بذلك إلى عزل القانون عن المجتمع بحيث أصبح عقبة كؤود في سبيل التطور وتحقيق الأهداف . ومن ناحية أخرى ظهر الاسراف في المنطق المجرد وفي الاستدلال بحيث تجمد القانون وأصبح في واد والجماعة ومصالحها في واد آخر .

ومن هنا كان من الضروري اعادة النظر في سلامة هذا المنهج . فقد ظهر فساد الأسس التي قامت عليها مدرسة الفن — القانوني . فالقول بأن القانون هو مجموعة مبادىء منطقية ومتجانسة هو قول لا يستند إلى واقعه الفعلي . ذلك أنه إذا نظرنا إلى أي تشريع كان نجد كثيراً من ظواهر عدم المنطقية بحيث يستحيل اضفاء التجانس والتناسق على قواعده . فالمشرع عند وضع القواعد القانونية لا يولي اهتماماته لاقامة نظام منطقي متكامل بقدر ما يوليها لتحقيق أغراض وأهداف معينة عن طريق القاعدة القانونية . فضرورات المصالح الاجتماعية وكذلك مسايرة المشرع لمبادىء العدالة والمساواة ، كثيراً ما تجعله يتجنب أعمال المنطق في الصياغة حتى لا يصطدم بالضمير الجمعي والمصالح الأساسية للجماعة. ولهذا السبب كانت انحرافات المشرع عن المنطق واسرافه في الاستثناءات على القواعد هو أمر عادي في كل تشريع بل ومرغوب فيه في كثير من الأحيان . فمثلاً بينما يبنى المشرع المسئولية الجنائية على الارادة نجده في فروض معينة يقيمها على أساس علاقة السببية المادية وفي فروض أخرى يفترض هو من جانبه وجود الارادة كما هو الشأن في المسئولية الموضوعية والمفترضة . وبينما يقيم القصد الجنائي على العلم والارادة نجده ينص في الوقت ذاته على عدم الاعتداد بالجهل بقانون العقوبات .

هذا من ناحية عدم منطقية القانون بوصفها ظاهرة طبيعية بل ومستحبة في بعض الأحيان . أما من ناحية نقصان القانون فهو أمر لا يحتاج إلى تدليل .

فالمشرع مهما أوتي حسن تقدير فلن يستطيع الاحاطة بكل الفروض والصور التي تهدد المصالح المراد حمايتها . فتطور الحياة بطبيعته يفرض تجدداً في الأشكال والنماذج للتصرفات الجديرة بالتجريم . ومن جانب آخر يبدو نقصان القانون في كثير من الأفكار والمفاهيم غير المحددة التي يستخدمها المشرع للتعبير عن ركن في الجريمة أو في تحديد السلوك الاجرامي ذاته . ولن تجدي نفعاً في هذا المجال النظرية الشخصية للتفسير والتي تنادي بوجوب استعادة القاضي لفكر المشرع وقت وضع القاعدة . فهذه النظرية تقوم على افتراض لا وجود له من الناحية الفعلية . فالمشرع هو فكرة مجردة . وكما عبر البعض بحق أن المشرع من دم ولحم لا وجود له ، وانما يخرج القانون في صورة تشريع معبراً عن وجهات نظر واضعيه والتي كثيراً ما تكون متباينة ويصاغ النص بالشكل الذي يوفق بين اتجاهات واضعيه .

والنتيجة التي يمكن الوصول إليها من العرض السابق هي أن المبالغة في أعمال المنطق في منهاج الفن القانوني أدى به إلى التجريد وإلى عدم تفهم حقيقة الواقع القانوني بحيث أضحى القضاء مجرد آلة لتطبيق القانون يمكن ابداله بأي جهاز إلى آخر . وحتى يكون لقانون العقوبات دوره الفعال في المجتمع فلا بد من طرح منهج الفن القانوني أو المنهج الشكلي جانباً والأخذ باعتبارين : الأول هو اتباع منهج بحث واقعي يعتد بالواقع الاجتماعي للقاعدة القانونية ؛ والثاني هو الاعتراف للقاضي الجنائي بدور فعـــال في تكملة النص التشريعي عن طريق التفسير .

أولاً المنهج الواقعي .

ان القانون بصفة عامة والجنائي بصفة خاصة ليس مجرد شكل يتخذ وانما هو تعبير عن الواقع الانساني والاجتماعي والذي يكوّن مضمون القـــاعدة القانونية . ولذلك فإن تجريد الدراسة القانونية بالبحث الشكلي فقط على نمط

الرياضيات سوف يؤدي بالضرورة الى فصل الشكل عن المضمون وبالتالي إلى عزل القانون عن المجتمع . فالبحث القانوني ليس للتنظير فحسب واستخلاص الانظمة والمفاهيم العامة له باعتبارها غاية في ذاتها وانما يجب أن يكون التنظير بقصد التبسيط . فكل قاعدة قانونية هادفة ، بمعنى انها ترمي إلى غاية معينة لتحقيقها . وبالتالي فلا يمكن فهم القاعدة وتحديد محمولات النص دون فهم وتحديد الغاية المرصودة من أجلها . ولذلك فإن دراسة الغرض من القاعدة يدخل بالضرورة ضمن دراسة القاعدة ذاتها . وما دام الغرض من القاعدة هو ضروري لفهم مضمونها ، فإن تحديده لا يمكن أن يتم إلا اذا أخذنا في اعتبارنا الواقعة الاجتماعية المنظمة بالقاعدة والتي تكون مضمونها في الوقت ذاته . فإذا كان القانون هو تنظيم للعلاقات الاجتماعية فهو لا يخلقها وانما ينظمها كما تبدو في واقعها الاجتماعي فيأخذها ويضع لها القواعد الخاصة التي يراها محققة لغرض معين والذي لا بد وأن يكون بالضرورة اجتماعياً هو الآخر .

واذا كان الأمر كذلك ، فإن الواقعة الاجتماعية موضوع القاعدة وكذلك الغرض أو الهدف الذي ترمي إليه القاعدة لا يمكن اعتبارهما عناصر خارجة عنها وانما داخلة في نطاقها . واذا كان الاعتداد بالواقع الاجتماعي ضروري بالنسبة لفروع القانون المختلفة فهو أساسي بالنسبة لقانون العقوبات الذي يدرس الجريمة والمجرم . وهذا يتطلب دراسة الجريمة كواقعة اجتماعيـــة والمجرم والظروف البيئية والنفسية التي أحاطت ارتكابها والسبل التي تجعل الجزاء الجنائي يحقق أغراضه . ومعنى ذلك أن الحقيقة الاجتماعية التي يأخذها الباحث الجنائي في اعتباره تقوم على عناصر ثلاث : هي الجريمة والمجرم والمجتمع ، وذلك حتى يتسنى له فهم القاعدة الجنائية .

غير أنه لا يكفي في دراسة القاعدة الجنائية أن يلمس الباحث الخلفيات الاجتماعية لها، وانما يلزم فوق ذلك أن يكون لمقتضيات الحقائق الاجتماعيةالثقل

الأكبر في تقديراته وتقييماته وما يصل إليه من نتائج . فلايجب أن يستسلم للمنطق المجرد بل عليه أن يراقب النتائج التي وصل اليها ومدى اتساقها مع الواقع الاجتماعي لمعرفة ما اذا كانت تخدم الغرض الذي من أجله وضعت القاعدة ، وما اذا كانت متفقة مع الخطوط العامة للنظام القانوني ككل . ومعنى ذلك أنه يجب رفض جميع النتائج التي لا تتمشى مع تلك الأهداف حتى ولو كانت من الناحية المنطقية سليمة . فالعدالة الجنائية التي تتفق والمنطق وتضر في الوقت ذاته بمصالح المجتمع لا تعتبر عدالة حقيقية وانما عدالة خادعة .

وما دمنا قد أخذنا في اعتبارنا الواقع الاجتماعي ، فمعنى ذلك أن القانون ومبادئه العامة لا ينظر إليهما بوصفهما ظواهر ثابتة وانما القانون دائماً يتسم بالحركية لكي يتلاءم ومقتضيات التطور والتقدم . وهنا يبدو خطأ المنهج الشكلي الذي خيل لانصاره انه في الامكان وضع مبادىء لها قيمة مطلقة صالحة لكل زمان ومكان ، على حين أنه قدم لنا فقط مجرد مبادىء وأنظمة متفقة فقط مع الظروف الاجتماعية والسياسية والاقتصادية التي تواجدت في اطارها .

ثانياً ـ القاضي الجنائي وتكملة النقص التشريعي .

على الرغم من أن القانون كثيراً ما يكون ناقصاً بل عاجزاً عن مسايرة التطور الاجتماعي ، فإننا نجد الفقه التقليدي لا يريد الاعتراف بتلك الحقيقة مقرراً بأن القاضي سوف يجد دائماً الضوابط التي تحدد المفاهيم المرنة وأوجه النقص الظاهرية وذلك اذا ما تعمق بنظره في النظام القانوني . وعلى الرغم من أن مظاهر النقص في التشريع هي حقيقة فعلية غير منكورة ، فإن الفقه التقليدي لا يعترف القاضي بمكنة ملئها باعتبار أن عمل القاضي لا يمكن أن يكون منشئاً . ولكن اذا كان الفكر التقليدي المحافظ قد بذل قصارى جهده بعدم منح القاضي أية مكنة في ملىء الفراغات التشريعية منادياً بمبدأ الفصل بين السلطات ، فقد ظهر قصوره عن التمسك به حتى النهاية بصدد المسائل غير التجريمية . فإذا كان القاضي ليس

من اختصاصه خلق القانون وانشائه ، فإن له على الأقل أن يساهم في هـ الانشاء بتطوير القاعدة القانونية بما يتلاءم وتطور الحقائق الاجتماعيـة التي تنظمها القاعدة القانونية .

ولكن هل يجوز للقاضي الجنائي أن يلجأ إلى القياس لتكملة النقص التشريعي ان الشكل الذي ظهر به مبدأ الشرعيـة في الفقه التقليدي ونصت عليه بعض التشريعات يسمح بنوع من القياس ولايسمح بالنوع الآخر . فالقياس الجائز في محيط قانون العقوبات هو ما يطلق عليه القياس لصالح المتهم أي الذي يحد من تدخل الدولة بالعقاب . ولذلك فإن المستقر عليه فقهاً وقضاء هو اجازة القياس بصدد أسباب الاباحة وموانع المسئولية والعقاب .

أما النوع الثاني من القياس فهو المتعلق بالتجريم والعقاب . والمتمسكون بمبد الشرعية في مفهومها التقليدي يعارضون فيه بشدة ويرون في ذلك خرقاً للمبد وانتهاكاً للحرية الفردية .

وهذا القول الذي سيطر على أذهان الغالبية العظمى من رجال القانـون التقليديين والمعاصرين يحتاج الى اعادة نظر على ضوء التغييرات الاجتماعي والاقتصادية والسياسية للمجتمعات المعـاصرة . فالنقص التشريعي وقصور التشريعات القائمة عن ملاحقة التطور السريع للمجتمعات يتطلب اعادة تقيي للاعتبارات التي دفعت الكثيرين إلى المغالاة في التمسك به.

وبعبارة أخرى نقول الغاء المبدأ باباحة القياس ليس بالضرورة أن يكون تعبيراً عن فكر سياسي معين . فهناك من التشريعات الملتزمة بالفكر المحافظ من ألغى النص الصريح على المبدأ المذكور ومثال ذلك الدنمرك ؛ كما أن هناك أنظمة قانونية ملتزمة أيضاً بمبادىء الفكر المحافظ لا تعرف حظر القياس. ومثال ذلك النظام الانجليزي . ومن ناحية أخرى فقد نُص على مبدأ الشرعية وحظر القياس في ظل النظام الفاشيستي .

ولذلك فالرأي عندنا هو أن ربط المبدأ وحظر القياس بالأنظمة السياسية هو أمر مرفوض . ويتعين تقييم المبدأ على ضوء السياسة الجنائية . ومن الثابت أن الضرورات الاجتماعية هي التي تحدد سياسة المشرع الجنائية . واذا كانت هذه الضرورات متغيرة ومتحركة فمن الخطأ تقييد القاضي الجنائي بمبدأ الأصل فيه أنه يحمي المصالح الاجتماعية فيصبح عبئاً عليها وضاراً بها . ومن ناحية أخرى يلاحظ أن المشرع مهما أوتي من دقة فإنه لن يتمكن من حصر جميع الأفعال الجديرة بالتجريم لضررها بالمصالح والأهداف التي يرمي إلى تحقيقها . ولذلك فإن التمسك بالمبدأ في صورته التقليدية لن يفيد سوى الأشخاص الذين يعرفون كيف يتصرفون على هامش القانون دون أن يناهم بنصوصه التجريمية . وإذا قيل بأن مبدأ الشرعية بالمفهوم التقليدي له دوره في منع الافراد من اتيان السلوك المخالف للقاعدة التجريمية عن طريق التأثير على الارادة سلفاً ، فإن قاعدة لا يعذر أحد بجهله قانون العقوبات تعدم أي أثر من هذا النوع للمبدأ المذكور . ومن الغريب أن يسلم الفقه التقليدي بقاعدة عدم الاعتداد بالجهل أو الغلط في قانون العقوبات ويتمسك في الوقت ذاته بمبدأ الشرعية كضمان للحريات الفردية . ومما لا شك فيه أن وجود قاعدة عدم الاعتـــداد بالجهل بقانون العقوبات لا يقل خطورة عن مخالفة مبدأ الشرعية بجواز القياس . والقول الحق في تبرير مبدأ الشرعية يتمثل في ضمان الثبات والاستقرار القانوني . غير أن الثبات القانوني لا يتوقف دائماً على وجود مثل هذا المبدأ . فلم يَشْكُ أحد من انعدام الثبات القانوني في التشريعات والأنظمة التي لا تنص على مبدأ الشرعية ومن ناحية فإن خطورة اهتزاز الثبات القانوني تظل قائمة رغم الاعتراف بالمبدأ وذلك في محيط القواعد المرنة والعناصر القاعدية والتقسيمية التي كثيراً ما يستعين بها المشرع في تحديد النموذج التشريعي للجريمة .

وما دام الأمر كذلك فإن الشرعية الشكلية التي أرادها الفكر المحافظ وتبعه

فيها الفقه التقليدي قد فقدت مبررات وجودها وأصبحت تشكل عبئاً عـ
العدالة الجنائية التي يجب أن تؤسس على شرعية موضوعية مناطها الضرورا
الاجتماعية حتى يكون القانون تعبيراً عن عدالة حقيقية وليست مجرد عدا
شكلية . فإذا اقتضت تلك الضرورات أباحة القياس أو عدم سريان القانو
الأصلح للمتهم فليس معنى ذلك الوقوع في نطاق عدم الشرعية، بل بالعكس
نكون قد أصبنا جوهر الشرعيـة الحقيقية . وغني عن البيان أن الضرورات
الاجتماعية يقدرها المشرع ويحدد الضوابط التي يستعين بها القاضي في تحديا
مطابقة الواقعة المادية للواقعة محل التجريم ، وبذلك يتم التوفيق بين الشرعي
وبين العدالة الحقيقية ، ونكون قد مكّنا قانون العقوبات من أداء وظيفته في
تطوير المجتمع وحماية مصالحه الجوهرية المتجددة .

١

جرائم الخمر في التشريع الجنائي الليبي
دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية

للأخ عبد السلام المجبري
وكيل النيابة العامة وعضو بعثة وزارة العدل
بجامعة القاهرة

مقدمة

أهمية الدراسة :

١ ــ تعتبر جرائم الخمر من الجرائم التي يمكن وصفها بأنها يومية في بلادنا، وقد كانت الخمارات والحانات والفنادق العامة من العوامل المساعدة على ارتكابها . حيث كانت تلك الحانات تستند في وجودها على مسوغ شرعي هو الرخصة ، الأمر الذي كان يعتبر ثغرة هامة في تطبيق القانون بالنسبة للمواطنين الليبيين ويحول دون متابعتهم إذ أن تلك الخمارات (أو البارات) التي توجد بالفنادق العامة أو غيرها من المنتديات الليلية كانت تمهد السبيل نحو الجريمة بالتسهيلات التي تمنح للجميع ، خلافاً للقانون ، بالتقديم والبيع . وبذلك

أصبح الحانة وسيلة للتحايل على القانون وخرق الشرعية بشكل مستمر.

وإذا كان المشرع قد خول غير المسلمين تعاطي الخمر والتعامل فيها فيما بينهم فان ذلك مردّه الى وضعهم الخاص في البلاد وبسبب اختلافهم عن المسلمين في الدين والعقيدة.

وأمام ازدياد موجة الجريمة، وأضرار الخمر ومفاسدها وما ثبت من الارتباط الوثيق بين الخمر وغيرها من الجرائم مما يترتب عليه زيادة حجم الجريمة بصفة عامة، فان ذلك الاستثناء الذي يخص غير المسلمين لم يعد له مبرر أمام هذه الأسباب التي ذكرناها.

ولقد كان الثابت تاريخياً – ابتداء من الدولة الاسلامية التي وضعها وأسس دعائمها النبي صلى الله عليه وسلم – حتى الآن هو أن الخمر لا تقتصر أضرارها على النفس الانسانية فحسب وإنما يمتد تأثيرها على السلوك الانساني عموماً (فردياً واجتماعياً) فتشمل بذلك المجتمع وتؤثر في الجوانب الاجتماعية والاقتصادية والأخلاقية.

ولقد فطن الأعداء لذلك فكانت الخمر والمخدرات من بين الأسلحة التي استعملتها القوى المعادية في حربها ضد أمتنا وشعبنا.

ولقد كان الاسلوب الاسلامي في العلاج والوقاية أسبق في حظر الخمر وتحريمها وقفل كل الأبواب والمنافذ التي تؤدي إليها ولهذا السبب ذهب جمهور الفقهاء إلى عدم اباحتها لضرورة التداوي.

وكان الاسلوب الاسلامي ناجحاً في حين فشلت أمم أخرى عندما أرادت أن تمنع الخمر. ومما تقدم تظهر لنا أهمية هذه الدراسة وضرورتها لمواجهة الواقع وما نقابله في العمل، وإذا كان القانون الخاص بشأن الخمر (رقم ٣ لسنة ١٩٥١) لم تمتد إليه أيدي الباحثين ولم تتطرق إليه وتتناوله بالشرح

والتفسير فان هذا يعطي لهذه الدراسة أهميتها من الناحية العلمية . ونحن بهذه الخطوة إنما نحاول مجرّد محاولة لاجراء هذه الدراسة حتى نلفت نظر المختصين لأهمية الموضوع فلعله سيكون جديراً بالعناية والاهتمام .

خطة البحث :

٢ — وإذا كان التشريع الجنائي الليبي قد تناول مسألة الخمر فان بلادنا لم تكن هي الدولة الوحيدة التي تنفرد بوضع تشريع خاص بالمشروبات الكحولية والمواد المسكرة فهناك بلاد عربية واسلامية تحظر التعامل بالخمر أو صدرت فيها تشريعات مماثلة ومنها الكويت والجزائر بالأضافة إلى اليمن العربية والسعودية والباكستان وأفغانستان[1] .

غير أنه ما دام مصدر التجريم والحظر مؤسس على الشريعة الاسلامية فان هذا يكفي في أن تكون الدراسة المقارنة بين الشريعة والقانون الليبي ،

وبما أن للخمر مضارها ومفاسدها ، ونظراً لأن هناك بعض التجارب التي أجرتها بعض الأمم في العصر الحديث وفشلت في منع الخمر وتطبيق مبدأ التجريم في حين نجح الاسلام في ذلك فان هذا يقتضي أن يكون هذا الموضوع مبدأ ومدخلاً لهذه الدراسة .

وهكذا ستكون دراستنا مقسمة على النحو الآتي : —

القسم الأول : المدخل

ونتناول فيه اضرار الخمر ومفاسدها وكيف عالجها الاسلام مع المقارنة بالتجربة الأمريكية .

---

(١) كانت فكرتنا أن تكون دراستنا مقارنة مع القانون الكويتي ولكننا لم نتحصل على أصل القانون ، أما في الجزائر فلقد صدر الأمر ابان عهد الرئيس بن بلا ولكنه عطل بحجة النشاط السياحي وفتح البلاد في وجه السياحة .

القسم الثاني : جرائم الخمر في الشريعة الاسلامية ونبحث فيه : —

١ — جريمة الشرب .

٢ — جريمة السكر .

٣ — العقوبة المقررة .

القسم الثالث : جرائم الخمر في التشريع الجنائي الليبي ونبحث فيه : —

— التطور التشريعي — والمحل المادي « الموضوع » في ج
الخمر .

— الجرائم التي يرتكبها المسلمون وغير المسلمين .

— أسباب الاباحة .

القسم الأول

مدخل

أضرار الخمر ومفاسدها في المجتمع وكيف عالجها الإسلام

نظرة تاريخية :

٣ ــ تعتبر الخمر من المواد التي يتولد عن تعاطيها واباحة بيعها وصناعتها أضرار خطيرة ليس على المستوى الفردي فقط وانما لتصل آثارها وتشمل المجتمع. ولقد كانت أمة الاسلام أسبق الامم في تطبيق مبدأ تحريم الخمر ولقد كان قانون التحريم يشمل جميع صور التعامل فالحظر لا يقتصر على البيع فقط وانما يتسع ليشمل الصناعة والحيازة والشراء والتعاطي .

ولقد استطاعت الدولة الاسلامية التي تحكمها الشريعة الغراء وتتحاكم اليها الجماعة المسلمة في كل أمورها أن تفرض حظراً على جميع أنواع المسكرات . وكانت هناك استجابة من المجتمع مع تنفيذ فوري يصحبه وعي كامل بلا خوف من السلطة وانما نتيجة للتصور السليم الذي أسسته العقيدة ، فلقد كان سلوك الانسان المسلم في ذلك الوقت ترجمة عملية للعقيدة .

واستمر الوضع — فيما يتعلق بالخمر — على ما هو عليه حتى أواخر القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين ، عندما تم ابعاد الاسلام عن تنظيم حياة المسلمين وابتعد المسلمون عن عقيدتهم وتقاعسوا عن تحكيم شريعتهم في نظام مجتمعهم وكان ذلك الانفصام بين الاسلام كعقيدة والاسلام كنظام حياة وظهرت تلك التفرقة المفتعلة بين الدين والدولة .

وتأسست على أنقاض دولة الخلافة (الرجل المريض) الدولة العلمانية وجزئت دار الاسلام الى عدة دويلات . وكانت هذه العملية احدى النتائج المترتبة عن الهجوم الذي شنته القوى الاستعمارية المتحالفة مع الصهيونية العالمية على المعسكر الاسلامي في معاقله ، ولقد نجحت تلك الحملة في تحقيق ما أرادت وتساندت عدة أسباب في تحقيق ذلك النجاح وليس مجالها هذا البحث.

ثم كانت الخمر والمخدرات من بين الوسائل التي استعملتها القوى الاستعمارية لتحطيم الأمة المسلمة وذلك بتحطيم الأساس الذي تقوم عليه أي بتحطيم التكوين النفسي والبدني والعقلي للأفراد . وانتشرت الخمور والخمارات وكذلك المخدرات ، في معظم أقطار العالم الاسلامي .

ثم تم تطبيق القانون الوضعي — بدلاً من الشريعة — ذلك القانون الذي لم تقع تحت طائلته حيازة أو صناعة أو شراء أو تعاطي تلك المواد الخثيرة ..

هذه نتيجة وغيرها كثير بسبب تعطيل الشريعة الاسلامية .

غير أننا — مع ذلك — اذا نظرنا الى التاريخ الحديث وجدنا أن أمماً لا تربطها بالاسلام أية صلة حاولت جاهدة أن تحظر بيع الخمر وتمنع رعاياها ومواطنيها من تعاطيها وتعمل على التبشير بمضارها وتدعو الى خطرها وتجند امكانياتها ووسائل اعلامها وأجهزتها لتوعية جماهير الأمة الى الاضرار التي اثبتتها الدراسات العلمية .

فالولايات المتحدة أصدرت من عدة سنين قانوناً يحرم الخمر تحريماً تاماً ، وقد أصدرت الهند قانوناً آخر مماثلاً وهاتان هما الدولتان اللتان حرمتا الخمر ، أما أكثر الدول فقد استجابت للدعوة استجابة جزئية فحرمت تقديم الخمر وتناولها في المحلات العامة في أوقات معينة من النهار أو أيام معينة من العام ، كما حرمت تقديمها أو بيعها لمن يبلغوا سناً معينة[١] .

ولقد آمن كثير من الحكومات بأضرار الخمر على الأفراد والأسر والأوطان ومنهم من حاولوا ان يمنعوها بقوة القانون والسلطان كأمريكا ففشلوا على حين نجح الاسلام وحده في محاربتها والقضاء عليها[٢] .

ويقدرون ما أنفقت الدولة في أمريكا للدعاية ضد الخمر بما يزيد على ٦٠ مليون دولار وأن ما نشرته من الكتب والنشرات يشتمل على ١٠ ملايين صفحة وما تحملته في سبيل تنفيذ قانون التحريم في مدة أربعة عشر عاماً لا يقل عن ٢٥٠ مليون جنيه وقد أعدم فيها ٢٠٠ نفس وسجن ٥٣٢,٣٣٥ نفساً وبلغت الغرامات الى ١٦ مليون جنيه وصادرت من الأملاك ما يبلغ ٤٠٠ مليون وأربعة ملايين جنيه[٣] .

ومع ذلك فقد فشلت الولايات المتحدة الامريكية في تنفيذ قانون التحريم فلم تكد تغلق الحانات العلنية حتى فتحت من ناحية أخرى مجموعات كبيرة من الحانات السرية . ثم قامت السلطة بعد ذلك بالغاء النص الذي تضمنه الدستور والذي يقضي بتحريم بيع وشراء الخمور وانتصر الخمر على الأمر مع بداية عهد الرئيس روزفلت[٤] .

---

(١) التشريع الجنائي الاسلامي ج ٢ جريمة الشرب – عبد القادر عودة ص ٤٩٦ .
(٢) الحلال والحرام في الاسلام – الخمر – يوسف القرضاوي .
(٣) فقه السنة ج ٩ – الخمر ص ٣٥ – ٤٢ ، السيد سابق . قارن – المودودي ص ٥٣ .
(٤) نحن والحضارة الغربية ص ٥٢ – أبو الأعلى المودودي (فصل بين الشريعة الربانية والقانون الوضعي) .

نظرة علميـــة :

٤ – العلم يؤيد وجهة الشريعة :

لقد أثبت العلم أن الخمر تضر بالصحة وتضعف الكيان البدني للانسان كما تضعف عقله كما أنها تؤدي الى الأمراض النفسية والعقلية كالعته والجنون وهي في الغالب من الأحوال تؤدي الى العقم أو قلة النسل[١] .

ان الخمر تعطي انساناً منحطاً هزيل الجسم والعقل والروح كما أنها تطبع آثارها على المجتمع في النواحي الأخلاقية والروحية والاجتماعية والاقتصادية[٢].

(١) الناحية الروحية والأخلاقية :

٥ – ان النتيجة المباشرة لتعاطي الخمر أو المواد المسكرة تكون في ابتعاد الفرد بسلوكه عن دينه وايمانه فهو يتحلل من الالتزام – بوعي أو بدون وعي – بعقيدة الاسلام ، ويعني ذلك أنه يبتعد في كل تصرفاته عن السلوك القويم بفقدانه الواعز الديني « الرقيب الداخلي » . ان الابتعاد عن الايمان يكون منذ اللحظة التي يشرب فيها الخمر لأنه لا يشربها وهو مؤمن[٣] . فالخمر هي أم الكبائر .

ان الفساد الروحي واضح كل الوضوح من سلوك مدمن أو شارب الخمر وعدم تورعه من اقتران أي فعل ينافي الأخلاق أو يرتكب أية جريمة أخرى .

ولقد أثبتت الدراسة الاحصائية التي قام بها المركز القومي للبحوث التشريعية والجنائية في ليبيا أنه من الأمور الملفتة للنظر هو زيادة عدد جرائم السكر الظاهر

---

(١) الحلال والحرام في الاسلام – الخمر – يوسف القرضاوي .

(٢) نفس المرجع السابق .

(٣) قال صلى الله عليه وسلم : « لا يزني الزاني حين يزني وهو مؤمن ولا يشرب الخمر حين يشربها وهو مؤمن ولا يسرق السارق حين يسرق وهو مؤمن ... الخ الحديث » . ص ٢١٥ هداية الباري الى ترتيب أحاديث البخاري ج ١ طبعة سنة ١٣٤٠ هـ .

٥

وتعاطي الخمر وتتركز أغلب هـــذه الجرائم في محافظات طرابلس والزاوية وبنغازي كما أثبتت هذه الدراسة أن تفشي ظاهرة السكر بهذا الشكل له علاقة بزيادة عدد الجرائم المرتكبة ضد العرض والاخلاق[١] .

ان الخمر الى جانب ما تقدم تمنع الشخص المسلم عن القيام بواجبـــاته والتزاماته العقيدية من صلاة وذكر لله[٢] . وهي بهذا تهدم روح الانسان وتقف بينه وبين ربه ، إن وجود هذا الفرد الذي انهارت أخلاقه وأصبح محطماً من الناحية الروحية يعتبر خطراً على المجتمع نظراً لكونه مريضاً ويخشى منه على غيره .

(٢) الناحية الاجتماعية :

٦ ــ يقول أحد الباحثين ان الانسان لم يصب بضربة أشد من ضربة الخمر ولو عمل احصاء عام عمن في مستشفيات العالم من المصابين بالجنون والأمراض العضال بسبب الخمر ، وعمن يشكو في العالم من آلام عصبية ومعنوية بسبب الخمر ، وعمن انتحر أو قتل غيره بسبب الخمر ، وعمن أورد نفسه موارد الافلاس بسبب الخمر ، وعمن تجرد من أملاكه بيعاً أو غشاً بسبب الخمر ، لوعمل احصاء بذلك أو ببعضه لبلغ حداً هائلاً نجد أن كل نصح بازائه صغير[٣] .

---

(١) المركز القومي للبحوث التشريعية والجنائية الكتاب الأول ص ١٥ ، ١٦ وقد جاء فيها : « ان الذي يلفت النظر هو زيادة عدد جرائم السكر الظاهر وتعاطي الخمرة (١٥٩٤ جريمة أي ٩,٠١ ٪) وتتركز أغلب هذه الجرائم في محافظات طرابلس والزاوية وبنغازي ، كما يتضح من الجدول الخاص بتوزيع الجرائم على المحافظات المختلفة وتكاد تجزم بأن تفشي ظاهرة السكر بهذا الشكل له علاقة بزيادة عدد جرائم المرور والجرائم المرتكبة ضد العرض والأخلاق » .

(٢) قال تعالى : « يا أيها الذين آمنوا انما الخمر والميسر والانصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه انما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل انتم منتهون » الآيتين ٩٠، ٩١ المائدة .

(٣) الحلال والحرام في الاسلام ــ الخمر ــ يوسف القرضاوي .

ولقد أذاعت احدى وكالات الأنباء في سنة ١٩٥٦ أن معهد الاحصاء القومي في فرنسا قرر أن الخمور بدأت تقتل من الفرنسيين أكثر مما يقتل مرض السل ، ففي عام ١٩٥٥ مات ١٧,٠٠٠ فرنسي من الخمر بينما لم يمت من السل سوى ١٢,٠٠٠ فرنسي في نفس السنة[١] ومن هذا يتضح لنا بكل جلاء الهلاك الذي تجره الخمر على جسم الأمة والى جانب ذلك فان الخمر تعتبر من الأسباب الدافعة الى ارتكاب الجريمة وقد تكون عاملاً رئيسياً في ارتكاب بعض الجرائم .

ويترتب على تعاطي الخمر وإدمانها قطع الصلات الاجتماعية بين أفراد الأسرة الواحدة بسبب ما يتخلف عنها من بعض بغضاء وعداوة وأحقاد وهذا ينعكس تأثيره على المجتمع .

(٣) الناحية الاقتصادية :

٧ – ان المجتمع يحتاج الى الانسان الصحيح المنتـــج ، وبدون شك فان الخمر تعطي انساناً مريضاً أقل في قدراته الانتاجية من المستوى الذي يستطيعه الانسان العادي ، وبناء عليه فان اباحة الخمر يترتب عليه زيادة عدد المرضى وعدد العاطلين مما يجعلهم عبئاً على المجتمع ويعوقون المسيرة بدلاً من دفعها ويعرقلون تقدم المجتمع .

ومن ناحية أخرى فان السماح بتعاطي الخمر يجعل من بلادنا سوقاً جديدة تفتح أبوابها أمام المنتجات الكحولية للبلاد الأجنبية ، مما يترتب عليه اهدار جزء من الدخل القومي والعملات الصعبة بدون عوائد ، فالمال الذي يخرج لا يكون له عائد من الأرباح اذا ما قورنت بالنتائج المترتبة عن تعاطي الخمر في المجال الاجتماعي والاخلاقي .

---

(١) دراسة عن الخمر – صحيفة الثورة الليبية – عاشور الشامس .

ان الاتفاق بين علماء الطب والاجتماع والاقتصاد يلتقي عند نتيجة هامة هي : ان الخمر يجب أن تمنع بسبب مضارها ومفاسدها[١] وهذا يعني أننا عندما نمنع الخمر نُمكّن المجتمع من الحصول على الانسان الصالح وبالتالي نرفع من المستوى الاخلاقي والاقتصادي والاجتماعي للجماعة وهي دعامات أساسية في بناء الدولة القومية .

لقد سبق لنا القول بأن الولايات المتحدة الأمريكية قد فشلت في تنفيذ قانون تحريم الخمر في حين أن الدولة الاسلامية قد نجحت في ذلك .

فلماذا كان ذلك الفشل (في أمريكا) وهذا النجاح (في الاسلام) ؟!

ان السبب في ذلك مرتبط بالقاعدة الفكرية والعقائدية التي يقوم عليها البناء الاجتماعي والقانوني في الدولة الامريكية (الرأسمالية) وتلك التي تقوم عليها الدولة الاسلامية .

وهذه المسألة الهامة تجعل نجاحنا (عندما نطبق الاسلام) وفشلهم يتحدد في سببين[٢] :

السبب الأول : الاختلاف في المنهج :

٨ ــ ان الفرق بين المنهج الأمريكي الذي يرتبط أساساً بالفكرة الرأسمالية (وركيزتها الحرية الفردية في كل شيء) وبين المنهج الاسلامي الذي يعتمد بالدرجة الأولى على الايمان بعقيدة الاسلام .

هذا الفرق هو نفسه الفيصل بين الاسلام كشريعة ربانية والقانون الوضعي (كتشريع بشري) في تنظيم السلوك الانساني . ان التشريعات الوضعية تعتمد

---

(١) فقه السنة الجزء التاسع ص ٣٢ – ٤٢ ، الخمر – سيد سابق .

(٢) راجع في تفصيل ذلك كتاب نحن والحضارة الغربية ص ٥٢ و ما بعدها – أبو الأعلى المودودي .

على الرأي البشري (الارادة الشعبية أو الارادة الفردية) مع ما يصحبه من تفسيرات ، وبدون ريب أو شك فان هناك ارتباطاً أكيداً ووثيقاً بين الرأي الانساني والعوامل الذاتية (العواطف والنزعات الانسانية) وبين الرأي الانساني والعوامل الموضوعية المحيطة به . وهذه العوامل ليست ثابتة اذ أنها قابلة للتغيير وبالتالي فان الرأي الانساني الذي يقوم بسن القوانين وتقنينها لا يمكن أن يكون صواباً في كل الأحوال لأنه محكوم بمقاييس ومعايير غير ثابتة ومضطربة (تغير الظروف والأوضاع) .

ان هذه الحيثية تعتبر من الأسباب القوية التي يبنى عليها تعديل والغاء القانون الوضعي وبموجب هذا تتبدل مقاييس الصحيح والخطأ والمحظور والمباح فيتلون القانون ويتشكل ويتغير تبعاً لتلون الطبع الانساني وحسب الظروف المتغيرة .

وعلى العكس من ذلك فان جميع القواعد العامة وأكثر القواعد الفرعية التي تنظم السلوك البشري (فردياً وجماعياً) في المسائل الجزئية أو الكلية ، ليست قابلة للتعديل أو التغيير في المجتمع المسلم الذي يحكمه المنهج الاسلامي ، انها نصوص محددة ومقررة بالارادة الالهية التي لا تتغير ولا تتأثر بأي عامل من العوامل فأهم صفة في تلك النصوص هي الثبات والدوام .

صحيح أن هناك مجالاً للرأي الانساني المتغير بحسب ظروف وحاجات المجتمع ولكن هذا المجال محدود ببعض المسائل الفرعية والجزئية أو التفصيلية التي لا تخرج عن القواعد العامة والأصول الكلية ، وكذلك فان ما يستنبطه الانسان في المسائل المتعلقة بالاخلاق أو الاجتماع أو المدنية يجب أن ينطبق على أصول الشريعة فلا مجال للتبدل والتغير في التشريع الاسلامي خصوصاً ما يتعلق منه بالحرام والحلال .

٩

السبب الثاني : الاختلاف في القاعدة التي بنى عليها المنهج :

٩ ــ ان طبيعة الاسلام كشريعة ربانية في تنظيم السلوك البشري في ميادين الاخلاق والاجتماع والاقتصاد ، تختلف عن القانون الوضعي . ففي الأخير تحتاج السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية الى استرضاء الجماهير في كل ما تصدره من قوانين تنظم بها مسألة ما . وكل ما يخالف رضاهم يكون مصيره الالغاء أو التعديل طبقاً لما تشير اليه وقائع التاريخ وتجارب الأمم ، والتجربة الأمريكية التي نحن بصددها في هذه الدراسة خير دليل على ذلك ، فلقد أُلغي قانون حظر الخمر ومن ثم حذف النص من الدستور الأمريكي نزولاً عند رغبة الشعب .

كذلك فان المصلحة (لفئة أو طبقة) والاهواء تلعب دوراً خطيراً في سن التشريعات الوضعية واذا كان في الجزاء رادع قوي وعنصر فعال للتنفيذ والحماية في كل القوانين الا أنه لا يمنع الناس من مخالفته كما أن ذلك لا يعني ثبات القانون وعدم تأثره بالظروف الاجتماعية المتغيرة .

أما في الاسلام فان هناك اعتماداً على عنصر آخر أكثر قوة وفعالية من تنفيذ التشريعات وهو العنصر الروحي ويمكن أن نسميه بتعبير أكثر دقة العنصر المعنوي أو العقائدي ؛ فالسلوك الفردي والجماعي « في المعاملات والأخلاق والعلاقات » يرتبط في مجمله بالعقيدة .

فالاسلام قبل المطالبة باطاعة القوانين الشرعية يدعو الانسان الى الايمان وله الخيرة في هذا فمن شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر . ومتى آمن بالاسلام عقيدة ونظاماً وثبت في مكنونه هذا الأصل جرى على الانسان (الفرد والجماعة) القانون الشرعي ولم يعد هناك مجال أو دخل للرضاء أو السخط .

فالقاعدة الايمانية ركيزة أساسية في التشريعات الاسلامية ، وتنفيذ الأوامر

واجتناب النواهي يعتبر نوعاً من الانضباط العقائدي في الجماعة المسلمة و
شك في أن الانضباط العقائدي يكون أكثر ايجابية اذا كان معززاً بقوة السلط

الأسلوب القرآني في التحريم :

١٠ ــ ذكرنا فيما تقدم الأسباب التي أدت الى فشل التجربة الامريكية
تطبيق قانون التحريم وأوضحنا نجاح الاسلام وعزونا ذلك الى الاختلاف بينه
في القاعدة والمنهج والاختلاف في المنهج يستتبع في الغالب الاختـــلاف
الطريقة أو الاسلوب الذي اتبع في التطبيق .

التدرج[١] :

١١ ــ لقد كان العرب في الجاهلية القديمة يتعاطون الخمر ويدمنونها فـ
الاسلام وتولى علاجهم وتربيتهم بالمنهج القرآني الحكيم على مراحل :

أ) المرحلة الأولى : بيان خطورتها وضررها :

١٢ ــ طرحت الجماهير المسلمة مسألة الخمر على النبي صلى الله عليه وس
تطلب منه الفتوى وبيان الرأي فيها فنزل القرآن يجيب في بعض آياته على ذا
التساؤل حيث قال تعالى :

« يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما اثم كبير ومنافع للناس واثمه
أكبر من نفعهما[٢] » وهذه الآية لا تتضمن أمراً أو نهياً وكل ما فيها بيان
لما في الخمر من نسبة الضرر ونسبة النفع فقام بعض المسلمين فتركها لأن ضرر
أكثر من نفعها بينما قام البعض الآخر فشربها استناداً على قوله تعالى « ومنا
للناس » .

---

(١) راجع في تفصيل ذلك نفس المرجع السابق ، والحلال والحرام في الاسلام ــ الخمر .
(٢) الآية ٢١٩ من سورة البقرة .

ب) المرحلة الثانية : تحريم الخمر وقت الصلاة (للمنع الجزئي) :

١٣ ــ فلقد كان بعض الناس يقوم بأداء الصلاة وهم بحالة سكر مما نتج عنه الهذيان وقراءة الآيات والسور بدون وعي وتكسير القراءة[١] فنزل قوله تعالى:

« يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون[٢] »

وبهذه الآية تم تحريم الخمر والسكر في أوقات الصلاة .

وعندئذ تركها بعض المسلمين الى غير رجعة ولسان حالهم يقول لا خير فيما يحول بيننا وبين الصلاة . وقال آخرون نشربها ونجلس في بيوتنا فكانوا يتركونها وقت الصلاة ويشربونها في غير ذلك من الأوقات .

ج) المرحلة الثالثة : المنع النهائي :

١٤ ــ بعد أن تم في المرحلتين الأولى والثانية تهيئة المجتمع المسلم من الناحيتين النفسية والعقيدية للامتناع عن تعاطي الخمر أصبحت الجماعة المسلمة في حاجة الى الأمر الحازم والحاسم الذي يفصل في أمر الخمر بعد أن أصبحت مضرتها باقية ومؤكدة فنزل قوله تعالى :

« يا أيها الذين آمنوا انما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون . انما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم منتهون وأطيعوا الله وأطيعوا الرسول واحذروا . فان توليتم فاعلموا انما على رسولنا البلاغ المبين »[٣] .

---

(١) روي في بيان سبب نزول هذه الآية التي حرمت الخمر في وقت الصلاة أن بعض المسلمين شرب الخمر ثم قام الى الصلاة وقرأ سورة الكافرون كالآتي : « قل يا أيها الكافرون لا أعبد ما تعبدون ونحن نعبد ما تعبدون » .

(٢) الآية ٤٣ من سورة النساء .

(٣) الآيات ٩٠ ، ٩١ ، ٩٢ من سورة المائدة .

فقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه : انتهينا يا رب .

وقام المسلمون بعد أن سمعوا بهذا الأمر الرباني والنداء الالهي وذهبوا ا
الطرقات يهرقون فيها ما عندهم من الخمر وبقيت أزقة المدينة بعد ذلك حـ
كلما أمطرت السماء ظهر فيها لون الخمر وفاحت رائحتها[١] .

ان هذه الواقعة يسجلها التاريخ لأولئك الرجال من أبناء الرعيل الاسلا
الأول الذين بنوا مجد الأمة وعزتها .

لقد كانت أمتنا هي القوامة على العالم عندما كانت السيادة فيها لله
عندما كانت تتحاكم الى الاسلام وتحكمه كدستور في منهج حياتها السياس
والاجتماعية والاقتصادية وتؤسس نظامها القانوني انطلاقاً منه . كانت أمتنـ
خير أمة أخرجت للناس عندما كانت مرتبطة بالاسلام في تصورها وسلوكهـ
ومنهج حياتها ولقد كانت كذلك لأنها تنطلق من مصدرى العزة والقوة في كـ
عصر « الكتاب والسنة » .

---

(١) نحن والحضارة الغربية – المرجع السابق ص ٦٢ .

القسم الثاني

جرائم الخمر في الشريعة الإسلامية

١٥ ــ ان مسألة الخمر وما يتعلق بها من جرائم مما نتناوله في هذا البحث تعتبر من المسائل التي سبق الفصل فيها ، فلقد فصلت الشريعة في أمر الخمر منذ السنوات الأولى للدعوة الاسلامية وتم تنفيذ أمر النهى القاضي بتحريم الخمر بصورة فورية انضباطاً بالعقيدة قبل أن يكون ذلك خوفاً من السلطة وأصبح قانون التحريم ساري المفعول منذ نزول النص الشرعي وكانت لهذا القانون مبرراته وأسبابه العقلية والعقيدية التي سبق بيانها في القسم الأول من هذه الدراسة .

ولما كانت هناك مواد أخرى غير الخمر تسكر الانسان وتتسبب في غياب عقله وتفقده الوعي نتيجة تناولها أو تعاطيها أو شربها ، وبسبب وجود رعايا أجانب في بلادنا ونظراً للاختلاف القائم بين الفقهاء حول جريمتي الشرب والسكر ، فاننا سوف ندرس جريمة الشرب وجريمة السكر كلاً على حدة ، ونبين ما اذا كانت هذه الأفعال تعتبر من الناحية الشرعية جرائم أم لا ؟

والقاعدة العامة في الشريعة الاسلامية أن قانون تحريم الخمر خصوصاً والقوانين

الشرعية الأخرى على وجه العموم مبناها النص الشرعي فاذا غاب النص فلا جريمة[١] .

ولهذا السبب فنحن نرى أن شريعتنا كانت قد سبقت في تقرير مبدأ (لا جريمة ولا عقوبة الا بنص) قبل أن يأخذ القانون الوضعي بهذا المبدأ .

النصوص الشرعية :

١٦ – ان الشارع الحكيم قد أصدر قانون تحريم الخمر بموجب نصوص تضمنها الكتاب ثم جاءت السنة تمنع الخمر وما يتصل بها من أفعال وتصرفات .

(أ) **الكتاب** : يقول الله تعالى في كتابه العزيز « يا أيها الذين آمنوا انما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه »[٢] .

(ب) **السنة** : السنة كما هو معروف تعتبر المصدر الثاني من مصادر التشريع الاسلامي وفيما يتعلق بالخمر جاءت تكمل ما ورد في الكتاب فأكدت التحريم ثم خطرت أفعالاً أخرى بسبب اتصالها بالخمر ، وفيما يلي توضيح لذلك :

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :

١ – (كل مسكر حرام وكل خمر حرام) .

---

(١) قال تعالى : « و ما كنا معذبين حتى نبعث رسولا » .
وقال جل شأنه : « وما كان ربك مهلك القرى حتى يبعث في أمها رسولا يتلو عليهم آياتنا » كما أن القاعدة المقررة في الفقه الاسلامي هي « أن الاسلام يجب ما قبله » فلا جريمة ولا عقوبة الا بنص . الى أكثر من هذا يذهب الاسلام الى عدم معاقبة الشخص الذي يرتكب الجرائم التي حظرتها النصوص اذا كان ذلك الشخص قد ارتكبها قبل أن يسلم ثم دخل الاسلام . راجع – الجريمة و العقوبة في الفقه الاسلامي – الجريمة ص ١٨٢ وما بعدها الاستاذ محمد أبوزهرة .

(٢) الآية ٩٠ المائدة .

٢ – (ما أسكر كثيره فقليله حرام) (كل مسكر حرام وما أسكر الغُرْق[١] منه فملء الكف منه حرام) .

٣ – (حرمت الخمر لعينها والسكر من غيرها) .

٤ – (روي عنه صلى الله عليه وسلم أنه لعن في الخمر عشرة ، عاصرها ومعتصرها وشاربها وحاملها والمحمولة اليه وساقيها وبائعها وآكل ثمنها والمشترى لها والمشتراة له) .

ولقد اختلف الفقهاء في تحديد معنى الشرب[٢] .

فهو عند مالك والشافعي وأحمد شرب المسكر سواء سمي خمراً أم لم يسمى خمراً وسواء كان عصيراً للعنب أو لأي مادة أخرى كالبلح والزبيب والقمح والشعير والأرز وسواء أسكر قليله أو أسكر كثيره .

أما أبو حنيفة : فالشرب عنده قاصر على شرب الخمر فقط سواء ما شرب كان كثيراً أم قليلاً[٣] . ونستطيع أن نقسم المادة المسكرة الى نوعين :

(١) المادة المستخرجة من عصير العنب وشربها محرم بالاتفاق القليل والكثير سواء أسكر أو لم يسكر .

(٢) والمستخرج من التمر والزبيب والحبوب كالحنطة والشعير والذرة وشرب القليل الذي لا يسكر مباح في مذهب أبي حنيفة[٤] .

---

(١) إناء يكتال به .

(٢) راجع في تفصيل ذلك التشريع الجنائي الاسلامي الجزء الثاني جريمة الشرب – ص ٤٩٨ وكذلك انظر الجرائم في الفقه الاسلامي دراسة مقارنة ص ١٨٣ وما بعدها .

(٣) التشريع الجنائي الاسلامي ج ٢ ص ٤٩٩ للاستاذ عبد القادر عودة .

(٤) الجرائم في الفقه الاسلامي دراسة فقهية مقارنة ص ١٨٣ الاستاذ أحمد فتحي بهنس . ويضيف الاستاذ بهنس الى ذلك قول أبو حنيفة :

« لو أعطيت الدنيا بحذافيرها لا أفتى بحرمته لأن فيه تفسيق لبعض الصحابة . و لو أعطيت الدنيا بحذافيرها ما شربته لأنه لا ضرورة فيه » .

المَبحَث الأول

جريمـــة الشرب

١٧ – يلزم في جريمة الشرب توفر ركنين ، هما الركن المادي والر
المعنوي ، ويتحقق الركن الأول (المادي) بتحرك الجاني وقيامه بسلوك ارا
منحرف « التعاطي أو التناول أو الشرب » يخالف به النص الشرعي الذي يقف
بتحريم شرب أو تعاطي أو تناول الخمر وكل مسكر[١] .

أما الركن المعنوي فهو أن يقوم الجاني بنشاطه الارادي قاصداً تنـا
وتعاطي الخمر أو غيرها من المسكرات مع علمه بطبيعة المادة المشروبة وتأثير
المسكر .

أولا : الركن المـــادي

التعاطي (الشرب)

١٨ – يتحقق هذا الركن بأن يقوم الجاني بشرب المادة المسكرة « سـ
كانت مصنوعة من عصير العنب أو كان اعدادها وتصنيعها من مواد اخرى
ويكفي أن يتناول الفاعل كمية بسيطة سكر منها أو لم يسكر وأياً كانت الم
المشروبة فاسم المشروب وكميته ومادته لا ينظر اليها لأن المقياس الوحيد في تح
جريمة الشرب هو قوة الاسكار بالمادة المشروبة ، فاذا كان كثيرها مسكراً

---

(١) ولقد سبق بيان النصوص الشرعية التي تبين الأفعال غير المشروعة وهي ما يسميها شراح القا
بالركن الشرعي للجريمة .

(٢) و نحن بهذا نأخذ بمذهب الجمهور و المخالف لرأي الامام أبي حنيفة .

الجريمة تتحقق بتناول القليل منها (فما أسكر الغُرْق[١] منه فملء الكف منه حرام[٢] فلا يحول دون عقاب الجاني أن يكون ما شربه فعلاً لا يؤدي الى الاسكار .

غير أن من يتعاطى مشروباً مسكراً ظناً منه أنه غير مسكر كمن يشربه اعتقاداً منه أنه ماء فان فعله لا جريمة فيه[٣] اما من يشرب شيئاً يعتقد أنه خمر أو مسكر ويكون فعله مع وجود الماء وفي غير حالات الضرورة أو الاضطرار فانه يعتبر مذنباً ويحد . أما المضطر فلايكون فعله (شرب الخمر أو المشروب المسكر) جريمة ولا يعاقب عليه اذا توفرت الشروط اللازمة لحالة الضرورة تطبيقاً للقاعد الشرعية (الضرورات تبيح المحظورات) كما في حالة الغصّة والعطش .

ومن يدفع بأنه قد شرب الخمر أو استعملها كدواء بقصد العلاج أو التداوى فلايقبل منه ذلك ويقام عليه الحد لأنه عليه الصلاة والسلام قدقال (ان الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم) ، وقال أيضاً (من تداوى بالخمر فلا شفاه الله) ويؤكد ذلك كله ما روي من أن رجلاً قد جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم يسأله عن الخمر فنهاه عنها فقال الرجل انما أصنعها للدواء فقط فرد عليه النبي قائلاً : « انه ليس بدواء ولكنه داء »[٤] .

ويرى الامام أحمد وهو الرأي الراجح في مذهب الامام مالك والشافعي أن الحد يقام على المريض الذي يشرب الخمر للتداوي[٥] .

واذا كان الجاني قد تناول الخمر على غير هيئة شراب بخلطها بمادة أخرى

---

(١) الغرق إناء يكتال به .

(٢) حديث شريف .

(٣) فمن يجهل طبيعة المادة المشروبة تأثيرها المسكر نسقط عنه العقوبة ويكون جهله مانعاً من عقابه فهو لا يحد أسوة بمن وطىء أجنبية يظنها امرأته . راجع الجرائم في الفقه الاسلامي ص ١٩١ أحمد فتحي بهنس .

(٤) راجع في تفصيل ذلك الحلال والحرام في الاسلام – الخمر – الاستاذ يوسف القرضاوي .

(٥) التشريع الجنائي الاسلامي ج ٢ ص ٥٠٣ الاستاذ عبد القادر عودة طبعة ١٩٦٠ .

بحيث تغيرت طبيعتها السائلة فان الحد يقام عليه فالعبرة ليست بطبيعة المادة التي يقوم الجاني بتعاطيها وانما بما تحدثه تلك المادة من أثر على العقل والسلوك وهو الاسكار .

فان ثرد الخمر أو طبخ به لحماً فأكل من مرقته فعليه الحد لأن عين الخمر موجودة[١] .

ثانياً : الركن المعنوي

(القصد الجنائي)

١٩ – جريمة شرب الخمر من الجرائم العمدية ويستلزم هذا أن يتوفر فيها القصد الجنائي بأن يتعاطى الفاعل أو يشرب الخمر أو المادة المسكرة قاصداً من فعله الشرب أو السكر مع علمه بطبيعة ما يتناوله وما تحدثه من تأثيرات . ونحن نبحث في هذا الركن مسألتين : مسألة العلم بالوقائع ، ومسألة العلم بقانون التحريم .

(١) ضرورة العلم بالوقائع :

٢٠ – يعرف شراح القانون ، القصد الجنائي بأنه قيام الجاني بتوجيه ارادته لارتكاب الفعل أو الامتناع مع علمه بأن ما يقوم به من نشاط أو سلوك يعد مخالفاً للقانون[٢] .

ويتحقق القصد الجنائي في جريمة الشرب – باعتبارها من الجرائم العمدية –

---

(١) الجرائم في الفقه الاسلامي ص ١٨٤ الاستاذ أحمد فتحي بهنس . راجع أيضاً التشريع الجنائي الاسلامي ج ٢ ص ٥٠٢ .

(٢) يرى الاستاذ الدكتور محمود مصطفى بأنه لا محل لاشتراط انصراف علم المجرم الى أن قانون العقوبات يعاقب على الفعل . راجع شرح قانون العقوبات – القسم العام سنة ١٩٦٩ ص ٤٠٣ .

عندما يقوم الجاني بشرب أو تعاطي الخمر أو المسكر وهو يعلم بطبيعتها وقوة الاسكار فيها وبأنها محرمة شرعاً .

فلا عقاب اذا اقترن فعل الشرب بالغلط أو الخطأ أو الغفلة لأن الفعل في هذه الاحوال لم يرتكب مقترناً بالقصد . فالغلط أو الخطأ أو الجهل تنعدم معها النية الاجرامية واذا كان الفاعل مكرهاً على شربها فلا عقوبة عليه سواء كان الاكراه بالتهديد المادي أو المعنوي فقيامه بالشرب تحت الاكراه أو الارغام ينفي عنه القصد اذ أن تجريم الفعل لا يكون الا بانصراف نية الجاني الى الفعل والنتيجة فينبغي أن تكون ارادته حرة طليقة في اختيار السلوك المجرم ومع الاكراه تنعدم الارادة فينتفي القصد الجنائي . وفي الحديث الشريف (غفر لأمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه) .

وينبغي أن يكون الفاعل مسلماً عاقلاً بالغاً فاذا كان غير مسلم كالذمي مثلاً [١] أو كان صبياً أو مجنوناً أو معتوهاً فان لا يعاقب في الأحوال الثلاثة الأخيرة لأنه غير مكلّف [٢] أما غير المسلم فمسألة عدم اقامة الحد عليه محل نظر [٣] .

---

(١) ان شرط الاسلام من الشروط اللصيقة بالفاعل و لقد رأينا تناولها هنا ضمن القصد الجنائي بالرغم من عدم صلتها بهذا الركن و ذلك لأننا لا نأخذ بالتقسيم الذي ذهب اليه الاستاذ أحمد فتحي بهنس عندما قسم أركان الجريمة الى ثلاثة (الركن المادي– القصد الجنائي – شروط في شارب الخمر) راجع الجرائم في الفقه الاسلامي ص ١٨٢ .

(٢) راجع : فقه السنة ج ٩ الخمر الأستاذ سيد سابق .

(٣) لا حد على الذمي والحربي والمستأمن بالشرب ولا بالسكر في ظاهر الرواية . لأن شرب الخمر مباح عند أهل الذمة . وعن الحسن بن زياد أنهم اذا شربوا وسكروا يحدون لأجل السكر لا لأجل الشرب لأن السكر حرام في الأديان كلها « راجع ص ١٨٩ ، الجرائم في الفقه الاسلامي .
و خلاصة هذا الرأي أن غير المسلم تباح لهم الخمر و لا عقاب عليها الا في حالة السكر ولكننا لسنا من هذا الرأي لأسباب نلخصها فيما يلي :
أولا : أن في اباحة الخمر لغير المسلمين في بلادنا والسماح له ببيعها و تعاطيها يفتح ثغرة =

غير أنه في أحوال الغلط والنسيان والغفلة والاكراه يجب على الفاعل أن يثبت ذلك بحسب الحالة التي يزعم أنها كانت معاصرة لاقتراف الفعل ، لأن في شرب الخمر أو تعاطي المادة المسكرة دليل ضده وعليه أن يثبت العكس اذا دفع بأنه لم يقصد الشرب ويكفي في هذه الجريمة أن يتوفر القصد الجنائي العام فلا يشترط فيها قصد جنائي خاص فاذا كان الجاني قد ارتكب فعل الشرب أو تناول السكر وهو يعلم بذلك فان ارادته تعتبر مذنبة ويتعين عقابه .

ويعتبر القصد الجنائي غير متوافر اذا كان الجاني يجهل تحريم الشرب ولو كان يعلم أن المشروب مسكر[1] .

(٢) العلم بقانون التحريم :

(أ) من الناحية القانونية

٢١ ــ القاعدة القانونية المقررة في أغلب التشريعات الوضعية بصفة عامة هي أن الجهل بالقانون لا يعتد به ولقد نص قانون العقوبات الليبي على هـــذه القاعدة بأنه « لا يحتج بالجهل بالقانون الجنائي تبريراً للفعل » (م ٣ عقوبات) .

= في قانون التحريم المقرر شرعاً و يهدم قواعده .

ثانياً : أن جميع الأديان تحرم السكر فيتعين لهذا السبب قفل كل باب يؤدي الى السكر و هذا يستدعي معاقبة كل من شرب أو سكر أو تظاهر بالسكر و لو كان غير مسلم .

ثالثاً : ان في اباحة الخمر لغير المسلمين و السماح بتعاطيها افساداً لحياتنا الاجتماعية و بسببه تشيع الفاحشة و تنهار أخلاق المجتمع بسبب ما قد يترتب على ذلك من تشجيع للمسلمين على شربها بالاضافة الى الاضرار الخطيرة التي فصلناها في مدخل دراستنا .

رابعاً : للاسباب الأخرى التي سيرد ذكرها عند بحث مسألة العلم بقانون التحريم .

(١) و ردت فقرة نقلها الاستاذ أحمد بهنس عن الشرح الكبير على المغني و لا بأس من اثباتها هنا وقد جاء فيها : « يشترط لوجوب الحد على من شربها أن يعلم بأن كثيرها يسكر فان لم يعلم فلا حد عليه لأنه غير عالم بالتحريم ولا قصد ارتكاب المعصية بها فأشبه بمن زفت اليه غير امرأته » .

راجع الجرائم في الفقه الاسلامي ص ١٩١ .

ومؤدى هذه القاعدة أن الجاني لا يقبل منه الدفع والاحتجاج بجهله لقانون التحريم أو المنع وفيما يتعلق بموضوع بحثنا فان من يدفع بعدم علمه بتحريم الخمر وحظر بيعها فان الدفع الذي يثيره يرد عليه ولا يقبل منه خصوصاً وأن العمل قد جرى على أن السلطة التشريعية عندما تصدر قانوناً وضعياً تنشره في الجريدة الرسمية ويصبح نافذ المفعول من تاريخ نشره الا اذا نص فيه على خلاف ذلك .

(ب) من الناحية الشرعية

٢٢ ــ أما من الناحية الشرعية فان شريعتنا الاسلامية قد حرمت الخمر وحظرت كافة صور التعامل فيه سواء كان خمراً أو مادة مسكرة لانها تعتبر مالاً غير متقوم فلا تجوز حيازته كما لا يجوز التعامل فيه ، والعلم بتحريمها يعتبر مسألة بديهية . ويمكن اعتبار تحريم الخمر من الأمور المعلومة من الدين بالضرورة ولا يعقل أن يحتج المسلم بعدم علمه بتحريم الخمر أو المسكرات » .

وعندما أعلن تحريم الخمر ــ في حياة الرعيل الاسلامي الأول ــ قام المسلمون بمجرد اعلان قانون التحريم باهراق ما بحوزتهم من خمور ونبيذ انصياعاً لأوامر الله وتنفيذاً لقانونه باعتباره أنه وحده الذي يملك سلطة التشريع في هذا الكون الواسع ولم يكن ذلك خوفاً من سلطة الدولة بقدر ما كان ايماناً بعقيدة الاسلام والتزاماً بها .

ان تلك الواقعة ــ واقعة اهراق الخمر في شوارع المدينة ــ كانت من الشهرة بحيث لا مجال معها لاثبات عدم العلم بتحريم الخمر . ومن جهة أخرى فان المسلم يفترض فيه أن يكون عالماً بكل الأوليات اللازمة من الدين خصوصاً ما هو حلال وما هو حرام ، وفي الحديث و« ان الحلال بين والحرام بين ». وبناء على ما تقدم فان المسلم الذي يخالف مكنون التحريم يعتبر فعله جريمة

ويتعين عقابه باقامة الحد عليه ولا يقبل منه القول أنه يجهل مبدأ التحريم المقرر شرعاً .

وهناك من يرى[١] أنه يجب التفرقة في هذه المسألة بين حالتين :

الحالة الأولى : أن يكون الفاعل قد نشأ في بلاد المسلمين وفي هذه الحالة لا يقبل منه الدفع بالجهل لأن نشأته بين المسلمين تجعل العلم بالتحريم مفروضاً عليه .

الحالة الثانية : أن يكون الفاعل قد نشأ في بلاد غير اسلامية فيقبل منه الادعاء بالجهل اذا ثبت أنه يجهل تحريم الشرب .

غير أننا لا نؤيد هذا الرأي ونرى خلافاً له أن تلك التفرقة يصح العمل بها وتطبيقها على الرعايا الأجانب غير المقيمين في البلاد (من غير المسلمين والذميين) اقامة دائمة أي ذوي الإقامة المؤقتة، أما المسلمون فلا مجال لأعمال تلك التفرقة بالنسبة لهم للأسباب التي سبق لنا ذكرها . ونضيف الى ذلك ما ذكره الأستاذ الفاضل محمد أبو زهرة[٢] ، تأكيداً وتعزيزاً لوجهة نظرنا :

أولاً : أن الأصول العامة للمحرمات في الاسلام كالخمر والخنزير والزنى والسرقة يعتبر كل مسلم يقيم في الديار الاسلامية على علم بها لأنها ثابتة بالكتاب والسنة ولا نزاع بين العلماء في أي من أمورها ، وكذلك لا يسع أحداً من أهل الذمة الذين يقيمون في ظل الاسلام جهلها وذلك لسببين[٣] :

١ – أنهم يقيمون مع المسلمين اقامة دائمة فيفرض بلا ريب أنهم يعلمون الزواجر الاجتماعية التي جاء بها الاسلام .

---

(١) الاستاذ عبد القادر عودة – التشريع الجنائي الاسلامي الجزء الثاني ص ٥٠٥ جريمة الشرب .
(٢) الجريمة و العقوبة في الفقه الاسلامي – كتاب الجريمة – الاستاذ محمد أبو زهرة .
(٣) المرجع السابق – كتاب الجريمة ص ٤٨٨ نبذة ٥٠٧ .

٢ ـ أنهم اقاموا مع المسلمين على أساس أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين .

ثانياً : أن العلم بالتحريم أمر لا بد منه للتأثيم وأن المراد هو العلم بأصل التحريم لا بتفصيله ، وعدم قيام عذر الجهل يفرض كاملاً بالنسبة لأحكام القرآن والسنة التي انعقد الاجماع عليها ولا يسع مسلماً الجهل بها .

أما غير هذه الأحكام فانها تفصيلات تجري فيها اختلافات الفقهاء وما يختاره ولي الأمر منها للتطبيق يعلنه للناس واذا أعلنه يكون في امكان كل واحد من أهل الاقليم الذي يطبق فيه أن يعرفه فلا يعذر من بعد ذلك جاهل[1] .

وبناء على كل ما تقدم فان من يتناول الخمر أو المسكر سواء كان مسلماً أو غير مسلم وكان يعلم بقوة تأثيرها على العقل لما تؤدي اليه من الاسكار كما يعلم بأنها محرمة شرعاً فان فعله يعتبر جريمة ويتعين عقابه باقامة الحد عليه .

المبحث الثاني

جريمة السكر

السكر والسكر الظاهر :

٢٣ ـ ينص القانون الوضعي « الجنائي » الليبي على معاقبة كل من يوجد ثملاً أو بحالة سكر ظاهر في طريق أو مكان عام . والحكمة في ذلك النص هي حماية الآداب العامة والمحافظة عليها باعتبار أن السكر حتى الثمالة يتنافى مع أبسط قواعد الأخلاق وفيه خرق لآداب المجتمع .

---

(١) المرجع السابق ـ كتاب الجريمة ص ٤٨٩ نبذة ٥٠٨ .

غير أن الشريعة الاسلامية قد منعت تعاطي الخمر وحرمت فعل الشرب حتى ولو لم يؤد الى السكر ومن باب أولى فان العقاب ينزل على الفاعل ويقام عليه الحد اذا كان قد سكر حتى الثمالة واقامة « الحد » عليه لا يمنع من أن تنزل عليه عقوبة تعزيزية (تبعية) اضافة الى العقوبة الأصلية .

ولقد ذهب الامام أبو حنيفة رضي الله عنه الى التفريق بين الخمر وغيرها من المواد المسكرة فوافق الأئمة الثلاثة على معاقبة شارب الخمر واختلف معهم على غير الخمر من المواد المسكرة والرأي عنده عدم معاقبة من يتناولها الا اذا سكر فعلاً فاذا سكر تعين اقامة الحد عليه .

والخمر عند أبي حنيفة اسم لما يأتي[1] :

- ماء العنب اذا غلا واشتد وقذف بالزبد .
- ماء العنب اذا طبخ فذهب أقل من ثلثيه وصار مسكراً .
- نقيع البلح والزبيب اذا غلا واشتد وقذف بالزبد .

وحجة أبي حنيفة في مذهبه ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه أشار الى النخلة والكرمة وقال « الخمر من هاتين الشجرتين » وقوله « حرمت الخمر لعينها والمسكر من كل شراب » .

ولذلك فان أبا حنيفة يرى أن من شرب الخمر يحد أما من شرب غيرها فلا يقام عليه الحد الا اذا سكر بالفعل[2] .

---

(١) الاستاذ عبد القادر عودة التشريع الجنائي الاسلامي الجزء الثاني ص ٤٩٨ – ٤٩٩ .

(٢) ويقول الاستاذ محمد أبوزهرة « وما عدا هذا النوع من الشراب فقد قال أبو حنيفة انه لا يسمى خمراً ولا يشمله النص ولكن يدخل في عقوبة الخمر بالقياس عليها ، ولأنه يتحقق فيه معناها غالباً ، وذلك مثل نقيع الزبيب والمطبوخ من عصير العنب أو التمر أو الزبيب ونحوها مما من شأنه الاسكار كالذي من ماء العنب وهذه يجب فيها الحد لا بمجرد الشرب ولكن بالسكر منها بالفعل » . انظر كتاب العقوبة ص ١٨٣ .

أما الرأي الذي عليه الجمهور[١] فهو أن من يشرب الخمر أو غيرها من المسكرات يقام عليه الحد ولو لم يسكر وهذا هو الراجح والمعمول بـــه في الاقطار الاسلامية[٢] . كما أن هناك رأياً مرجوحاً مفاده أن غير المسلمين تباح لهم الخمر ولا عقاب عليهم الا في حالة السكر ولقد سبق بيان هذا الرأي وردنا عليه[٣] .

أولا : الركن المادي

٢٤ – يتحقق هذا الركن في حق الجاني اذا تناول كمية من الخمر أو المواد المسكرة مع علمه بذلك على أن يكون فعله مصحوباً بنية السكر . صحيح أن الشريعة لا تعاقب على النية والعزم[٤] ولكن هذا لا يكون الا عندما تكون النوايا كامنة في مكنون النفس دون أن تظهر في شكل فعل مادي[٥] .

ولا عبرة بطبيعة المادة المسكرة سواء كانت مشروباً أو مادة أخرى غير سائلة كالحشيش لأن المقرر شرعاً هو أن « كل مسكر حرام وكل خمر حرام » و « ما أسكر كثيره ، فقليله حرام » فمن يتناول المـــادة المسكرة وهو يعلم بتأثيرها يقام عليه الحد أخذاً بما ذهب اليه شيخ الاسلام ابن تيمية[٦] .

---

(١) الاستاذ عبد القادر عودة المرجع السابق الاشارة اليه ص ٤٩٩ – ٥٠٠ .

(٢) المرجع السابق

(٣) انظر رقم ٢١ – من هذه الدراسة .

(٤) انظر ، الاستاذ محمد أبو زهرة – كتاب الجريمة نبذة (٣٧٧) (ص ٣٧٥ وما بعدها) حيث يقول : « وقد قرر الاسلام أنه لا عقاب على ما يكون في القلب و لا يخرج الى العمل ... ثم يضيف الى ذلك :

« انه من القواعد المقررة أن الشريعة الاسلامية ظاهرية لا يكتشف فيها القضاء أمور النيات والبواعث ، ولكن يحكم فيها بما ظهر ، ويترك لله ما بطن » .

(٥) انظر في تفصيل ذلك – المرجع السابق ص ٣٧٦ وما بعدها .

(٦) يقول الامام شيخ الاسلام ابن تيمية : =

ويلزم أن يضبط الجاني في حالة سكر أو ثمالة ولا عبرة بمكان ضبطه سواء كان ذلك في طريق عام أو مكان عام أم لا لأن هذا الشرط لازم في القانون الوضعي دون الشريعة .

ويقول الاستاذ الفاضل محمد أبو زهرة[١] يثبت الشرب بالبينة أو الاقرار ولا يشترط عند جمهور الفقهاء أن يكون سكران بالفعل أو تكون الرائحة تنبعث من فمه . ويرى – مع ذلك – أنه اذا وجد سكران أو وجد به رائحة خمر فانه يستجوب بعد أن يصحو ، فان لم يثبت الاكراه أو معنى من المعاني التي تسقط الحد فانه يقام عليه الحد[٢] .

ويكفي أن يكون الفاعل فاقد الوعي أو يهذي لادانته بجريمة السكر أخذاً برأي سيدنا علي رضي الله عنه (تراه اذا سكر هذى واذا هذى افترى) .

وتكون حالة السكر قائمة في حق المتهم اذا كان لا يعلم ما يقول بحسب ما تشير اليه الآية الكريمة « يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون » .

ولا يجب العقوبة كون الجاني قد سكر بسبب شربه خمراً دون أية مادة مسكرة أخرى . فهذا الدفع لا أهمية له .

= « والحشيشة المصنوعة من ورق القنب (العنب) حرام أيضاً وهي خمر يجلد صاحبها كما يجلد شارب الخمر وهي أخبث من الخمر ، من جهة أنها تفسد العقل والمزاج حتى يصير في الرجل تخنث و دياثة وغير ذلك من الفساد والخمر أخبث من جهة أنها تفضى الى المخاصمة والمقاتلة وكلاهما يصد عن ذكر الله عز وجل عن الصلاة » .

انظر السياسة الشرعية في اصلاح الراعي والرعية لأبي العباس أحمد بن تيمية – ص ١٢٨ تحقيق وتعليق محمد ابراهيم البنا – محمد أحمد عاشور – طبع وتوزيع دار الشعب .

انظر أيضاً فقه السنة الجزء التاسع – الخمر ص

(١) الاستاذ محمد أبو زهرة – كتاب العقوبة نبذة ١٢٠ ص ١٩٠ .

(٢) المرجع السابق ص ١٩١ .

فالحد واجب ويتعين انزال العقوبة على الفاعل في كلتا الحالتين ما دامت التي كان قد تناولها تعتبر حراماً من الناحية الشرعية .

والعبرة في هذا الركن هي بنتيجة تأثير المادة التي تناولها الجاني على عقله وسلوكه واذا كان الفاعل غير مسلم فان الحد يقام عليه وتنزل عليه العقوبة[1] .

ثانياً : القصد الجنائي

٢٥ ـ جريمة السكر من الجرائم العمدية فيلزم فيها :

أن يقدم الفاعل على شرب الخمر أو تعاطي وتناول المادة المسكرة وهو يعلم بطبيعتها وتأثيرها على أن يكون فعله مصحوباً بنية السكر .

فاذا كان الجاني قد قام بتعاطي المشروب أو المادة المسكرةدون أن تكون لديه النية في السكر فلا يعاقب على جريمة السكر وان كان يحد على جريمة الشرب اذا توافرت أركانها .

ولا يكفي لثبوت جريمة السكر توفر القصد العام بل لا بد فيها من توافر القصد الجنائي الخاص بأن يكون فعل الجاني مقروناً بنية السكر بحيث تنصرف نيته وقت اقترافه فعل التعاطي الى السكر ويمكن الاستدلال على نية السكر من عدة وجوه فيمكن أخذه من ضبط الفاعل متلبساً بالجريمة كأن يكون ثملاً أو يوجد فاقد الوعي وعليه رائحة الخمر أو كان لايعلم ما يقول وكل هذه الظروف ظروف شخصية لصيقة بالسكران ومن الممكن اثباتها . فهي صفات مرتبطة بالوضع الذي يضبط به الجاني كما أنه يعتبر دليلاً على ثبوت جريمة السكر يطرح على القضاء من بين الادلة .

كما أن نية السكر يمكن استظهارها من الكمية التي تناولها الفاعل أو كان

---

(١) هناك من يرى أن عقوبةغير المسلم تعزيرية .

ينوي تناولها ومن قوة تأثيرها .

كما يمكن التدليل عليه من أية ظروف موضوعية أخرى .

واذا ثبت أن الجاني – قد تحقق في جانبه شرط من الشروط المسقطة للحد كالجهل بالتحريم أو الغلط – فان العقوبة لا تقام عليه .

وجريمة السكر وان كانت – في رأينا – تختلف مع جريمة الشرب [١] الا أنهما بحسب ما هو مقرر شرعاً تتفقان من ناحية العقوبة.

غير أن القاضي قد يأمر بعقوبة أشد اضافة الى العقوبة الأصلية وهذا في حالة السكر ، ويكون ذلك بما يملكه القاضي من سلطة التعزير لأن السكر دليل على الادمان والاعتياد .

المبحث الثالث

العقـــوبة

تحديد العقوبة :

٢٦ – ان جريمة الخمر تعتبر من جرائم الحدود [٢] ولقد تضمن القرآن

---

(١) الاختلاف يتحدد في حالة السكر اذ أن السكر شرط لازم عند من يفرقون بين أنواع الخمر والمواد المسكرة ويشترطون لوجوب العقاب في بعض الأحوال ضرورة السكر من المادة التي يكون الجاني قد تناولها – انظر رأي أبي حنيفة الذي سبق لنا بيانه .

(٢) أنظر أصول قانون العقوبات في البلاد العربية الطبعة الأولى ١٩٧٠ ص ٨ حيث يرى الأستاذ الدكتور محمود مصطفى أن جريمة الخمر والردة والبغى لم يرد بشأنها حد في القرآن ومن ثم تكون العقوبة عليها تعزيراً ، ونخالف الرأي الذي يقول به أستاذنا لسببين :
الأول : أن السنة المطهرة قد بينت الحد المقرر ولا يستطيع أحد أن ينكر حجية السنة أو مكانتها في التشريع .

الكريم الحدود المقررة[١] لأغلب جرائم الحدود بينما تكفلت السنة – وهي المصدر الثاني في التشريع – ببيان الحدود التي لم يرد بشأنها نص في الكتاب[٢] .

(« وحد الشرب ثابت بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ؛ واجماع « المسلمين ، لقد روى أهل السنن ، عن النبي صلى الله عليه وسلم ، « أنه قال : من شرب الخمر فاجلدوه ، ثم ان شرب فاجلدوه ، ثم ان « شرب فاجلدوه ، ثم ان شرب في الرابعة فاقتلوه » .

« وثبت أنه جلد الشارب غير مرة ، هو وخلفاؤه والمسلمون بعده ، والقتل »

« عند أكثر العلماء منسوخ . وقيل هو محكم

« وقد يقال : هو تعزير ، يفعله الامام عند الحاجة .

« وقد ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه ضرب في الخمر بالجريد « والنعال أربعين »[٣]) .

والاتفاق منعقد بين الفقهاء على وجوب اقامة الحد في جريمة الشرب أو السكر ولكن ذلك على اختلاف بينهم فيما يتعلق بمقدار العقوبة .

الرأي الأول :

٢٧ – ويذهب أهل هذا الرأي الى أن الحد في جريمة الشرب ثمانين جلدة

= الثاني : ان الاختلاف بين فقهاء المسلمين لم يكن حول تكييف الجريمة وما اذا كانت «من جرائم الحدود أو من جرائم التعزير وانما الاختلاف كان بينهم حول مقدار العقوبة فهو اختلاف على الكم دون الكيف ولا يصلح حجة لاخراجها من جرائم الحدود .

(١) الاستاذ محمد أبو زهرة – كتاب الجريمة ص ١٨٧ .

(٢) المرجع السابق ص ١٨٨ .

(٣) السياسة الشرعية في اصلاح الراعي والرعية – تحقيق وتعليق محمد ابراهيم البنا ومحمد أحمد عاشور – ص ١٢٤ .

وحجتهم في هذا :

(١) ما روي عن علي بن أبي طالب أنه قال « تراه اذا سكر هذى واذا هذى افترى فحدوه حد المفتري » .

(٢) ما ورد في الأثر من أن خالد بن الوليد أرسل الى عمر يستفتيه ويسأله عما يفعله مع الناس وقد عاقروا الخمر واستهانوا بالعقوبة فدخل الرسول على سيدنا عمر وكان عنده جماعة من الصحابة هم عثمان وعلي وطلحة والزبير وعبد الرحمن بن عوف ، فسألهم أمير المؤمنين عمر فقال ابن عوف : اجعله كأخف الحدود ثمانين مشيراً بذلك الى حد القذف ففعل عمر وكتب بذلك الى خالد وأبي عبيدة في الشام .

(٣) ان هذا الذي انتهى اليه عمر بعد استشارة الصحابة الذين كانوا عنده يعتبر اجماعاً لأن الرأي كان يجعل الحد ثمانين دون أن يعترض أحد .

الرأي الثاني :

٢٨ — ان القائلين بهذا الرأي عندهم أن الحد في الخمر والمسكر هو أربعين جلدة ودليلهم في هذا المذهب :

(١) ما روي عن سيدنا علي في واقعة اقامة الحد على (الوليد بن عتبة)[1] فلقد حضر علي كرم الله وجه اقامة الحد — وكان ذلك في مهد سيدنا عثمان وعندما جلده المكلف بالجلد أربعين سوطاً قال له علي « كفى فلقد جلد النبي صلى الله عليه وسلم أربعين وجلد أبو بكر أربعين وجلد عمر ثمانين وكل أمر حسن ولكن هذا الرأي (الأربعين) أحسن عندي لأنها فعل النبي عليه

(١) ثبت أن الوليد بن عقبة قد تناول الخمر في عهد سيدنا عثمان اذ أنه قد صلى بالجماعة الصبح ركعتين و لأنه كان يهذي و لا يعلم قال لهم (هل أزيدكم ؟ ؟) و لقد شوهد و هو يشربها وكذلك و هو يتقيأها فكانت الواقعة ثابتة في حقه انظر التشريع الجنائي الاسلامي ص ٥٠٦ .

الصلاة والسلام .

(٢) قد ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم : أنه ضرب في الخمر بالجريد والنعال أربعين وضرب أبو بكر رضي الله عنه أربعين وكان علي رضي الله عنه يضرب مرة أربعين ومرة ثمانين [١] .

(٣) أن السنة الفعلية تعتبر حجة في التشريع ولا يجوز ترك فعل النبي صلى الله عليه وسلم بفعل غيره .

(٤) ان الاجماع لا ينعقد على ما يخالف فعل النبي عليه الصلاة والسلام وفعل أبي بكر وعلي رضي الله عنهما . أما الزيادة من سيدنا عمر فهي تعزير يملكه الامام وهو أمر جائز اذا دعت اليه المصلحة .

الرأي الراجح :

٢٩ ـ القاعدة العامة في الشريعة هي أن الحدود لا يجوز اسقاطها أو التصالح عليها أو التنازل عنها كما لا يجوز انقاصها أو العفو عن الجاني فيها .

وبناء عليه فان الرأي الذي نرجحه ونأخذ به هو :

أن تكون العقوبة الاصلية أربعين سوطاً وما زاد على ذلك يعتبر تعزيراً ، والتعزير عقوبة تبعية من اطلاقات ولي الأمر فله أن يقيمها أو يعفو عن الجاني فيما زاد عن الحد اذا رأى أن المصلحة تستدعي ذلك ، وهذا الرأي هو الذي يميل اليه شيخ الاسلام ابن تيمية [٢] .

---

(١) السياسة الشرعية ... تحقيق و تعليق محمد ابراهيم البنا و محمد أحمد عاشور ص ١٢٤ ، طبع وتوزيع دار الشعب .

(٢) وفي ذلك يقول « ... فمن العلماء من يقول يجب ضرب الثمانين و منهم من يقول : الواجب أربعون و الزيادة يفعلها الامام عند الحاجة ، اذا أدمن الناس الخمر، أو كان الشارب ممن لا يرتدع بدونها، ونحو ذلك فأما مع قلة الشاربين وقرب أمر الشارب فتكفي الأربعون. وهذا أوجه =

ومن العقوبات التبعية النفي وحلق الرأس والعزل[١] والسجن .

تنفيذ العقوبة :

٣٠ ــ تنفذ العقوبة على الفاعل ويقام عليه الحد بعد محاكمته وادانته و يكون ذلك الا بعد أن يعود اليه رشده ويكون واعياً عالماً بما هو عليه فلا تق العقوبة على المحكوم عليه وهو تحت تأثير الخمر ، كما أن العقاب لا ينز على الجاني في حالة المرض حتى يتماثل للشفاء الا اذا خيف موته فيلزم عند أن يقام عليه الحد[٢]. ويجب أن يكون السوط مناسباً بأن يكون غير يابس وأ يكون له أكثر من ذنب واحد والا تم الجلد بعددها .

ويجلد المحكوم عليه وهو عاري من الثياب ــ ويكون الجلد وسطاً غ شديد كما لا يكون خفيفاً [٣] .

استبدال العقوبة :

٣١ ــ هل يصح استبدال عقوبة الجلد بغيرها ؟

الأصل أن جرائم الحدود لا يصح فيها الاسقاط أو العفو أو الصلح أو التن باعتبارها من حقوق الله الخالصة بالنظر لكونها ترتبط بالصالح العام ولأن الح المعتدى عليه ليس حقاً خاصاً بأحد الافراد أو بمجموعة من الناس .

ولقد كان الثابت تاريخياً في الواقع الاسلامي ابان عهد النبي صلى الله عا وسلم وعهد الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم ، أي في صدر الدولة الاسلا

= القولين و هو قول الشافعي و أحمد في احدى الر و ايتين » .

أنظر المرجع السابق ص ١٢٥ .

(١) المرجع السابق ص ١٢٥ .

(٢) التشريع الجنائي الاسلامي الجزء الثاني ص ٥٠٨ الاستاذ عبد القادر عودة .

(٣) السياسة الشرعية .... المرجع السابق ص ١٢٥ .

أن الجلد هو الحد للمقرر في الخمر ولم يرد أنها قد استبدلت بغيرها من العقوبات .

وبناء عليه فانه لا يجوز استبدال حد الشرب أو السكر بغير الجلد كالحبس مثلاً فالعقوبة البدنية (وهي جلد المحكوم عليه بالادانة) تعتبر أجدى من غيرها لما فيها من ضمانات الردع عن العود الى الجريمة مرة أخرى .

ويلاحظ أن هذه العقوبة الأصلية وهي الجلد لا تحول دون توقيع العقوبة التبعية .

القسم الثالث

(جرائم الخمر في التشريع الجنائي الليبي)

المبحث الأول

٣٢ – نتناول في هذا المبحث التطور التشريعي لجرائم الخمر أولاً ، ثم بعد ذلك نطرح للدراسة مسألة الخمر ونحاول بيان ماهيتها حيث أنها تشمل المشروبات الروحية والكحولية الى جانب المواد المسكرة. ولا شك في أن تحديد مسألة الخمر تعتبر ضرورة لأنها المحل المادي الذي تلتقي عنده جرائم الخمر على اختلافها .

أولا : التطور التشريعي

٣٣ – قبل ان نطرح للتفصيل والدراسة جرائم الخمر في التشريع الجنائي الليبي لا بد أن نتعرض للتطور التشريعي حسب التسلسل التاريخي للعهود والأوضاع التي كانت تحكم القطر الليبي ابتداء من عهد الادارة البريطانية ومروراً بالنظام الملكي وانتهاءً بما صدر من أوامر ذات صفة تشريعية في العهد الجمهوري .

ومما يحول دون تعرضنا لما سبق عهد الادارة البريطانية من أنظمة هو أنه لم تقع تحت أيدينا التشريعات التي كانت تنظم موضوع بحثنا في عهـــد الحكم الايطالي وقبله عهد الخلافة العثمانية ، وهذا السبب يجعلنا نقف بدراستنا عند عهد الادارة البريطانية باعتبارها النظام الأقرب من الناحية التاريخية الذي تمكنا من الاطلاع على بعض تشريعاته ولوائحه التي تحكم وتنظم موضوع بحثنا [١].

(١) في نظام الإدارة البريطانية :

٣٤ ــ قامت الادارة البريطانية باصدار مجموعة من المنشورات والأوامر في المنطقة التي كانت تسيطر عليها وتشرف على ادارتها من القطر الليبي [٢] وتتحدد هذه المنطقة بالمحافظات الشرقية والغربية (برقة وطرابلس) .

أولا : في المحافظات الشرقية

٣٥ ــ ولقد تولت الادارة في تلك المنشورات تنظيم طريقة بيع وتصنيع وتعاطي المشروبات الكحولية . وكانت الغاية المبتغاة من وراء اصدار تلك المنشورات والأوامر هي مراعاة مصلحة الرعايا البريطانيين والقوات الحليفة دون التفات الى عقيدة الشعب المسلم في ليبيا ، التي تحرم صناعة وتعاطي وبيع المسكرات أياً كان نوعها .

وعلى العكس من ذلك قامت الادارة البريطانية باصدار تشريعاتها التي نظمت فيها طريقة بيع وتحضير وتعاطي المشروبات الكحولية .

---

(١) لم تتضمن موسوعة التشريعات الليبية تشريعات أو لوائح أو أوامر تتعلق بالخمر في عهد الخلافة العثمانية أو أثناء الحكم الايطالي للبلاد .

(٢) كانت ولاية فزان تحت الادارة الفرنسية ، ولم نجد فيما يتعلق بها تشريعات أو منشورات أو أوامر تنظم صناعة الخمر وبيعها وتعاطيها . فهي من جهة النظر القانونية مباحة في ذلك العهد لأن الاصل في الاشياء الاباحة ولا جريمة ولا عقوبة الا بنص أو قانون . ولكنها من وجهة النظر الشرعية محظورة .

شروط البيع والتصنيع :

٣٦ ــ يشترط لبيع وصناعة المشروبات الكحولية ما يلي :

١ ــ أن يحصل البائع أو الصانع على رخصة من الجهة المختصة (م ٣ من المنشور رقم ١٥٤) .

٢ ــ أن يكون بيع المشروبات الكحولية أو عرضها أو حفظها للبيع بالجملة أو بالقطاعي في محل مرخص له بموجب رخصة من متصرف المنطقة . (م ٥ / ١ من المنشور رقم ١٥٤) .

٣ ــ أن يراعي البائع عند البيع القيود والشروط التي حددها المنشور رقم ١٥٤ وذلك بأن يكون البيع في الساعات المحددة له بشرط ألا يقوم بالبيع للموظفين بملابسهم الرسمية ولا للقصر في السن ولا لأفـــراد القوات البريطانية أو الحليفة الا بموجب تصريح في الرخصة .

كما يجب ألا يسمح بالدعارة أو المقامرة أو ببقاء السكارى في المحل (م ٨).

ولقد اعتمدنا في الشروط المتقدمة على النصوص التي وردت بالمنشور رقم ١٥٤ الصادر سنة ١٩٤٧ لسببين : فهو من ناحية يعتبر آخر منشور أصدرته الادارة في هذا الشأن وقد جاء ليلغي ما قبله من منشورات[١] ومن ناحية أخرى فان القانون رقم ٣ لسنة ١٩٥١ الصادر في عهد الامارة[٢] بالمحافظات الشرقية (ولاية برقة سابقاً) فقد أحال عليه في بعض نصوصه مما يدل على أنه لا يزال ساري المفعول .

---

(١) نص المنشور صراحة على الغاء المنشورات السابقة راجع موسوعة التشريعات الليبية ــ ــ بن يونس ــ والنيهوم ــ المجلد (م) مشروبات ــ تشريعات برقة .

(٢) تحصلت ولاية برقة قبل غيرها من الولايات على الاستقلال وتأسست فيها دولة الامارة في ذلك الوقت وكان على رأسها أمير برقة ادريس السنوسي .

ويلاحظ مما قدمنا أن الشرط الوحيـــد بالنسبة للصناعة هو الحصول على رخصة من الجهة المختصة أما البيع فانه مقيد بعدة شروط من بينها الرخصة .

ولعله من المناسب هنا أن نؤكد أن المبدأ الذي قررته مجتمعة المنشورات الصادرة في عهد الادارة البريطانية هو : « اباحة بيع الخمر تحت شروط معينة » .

فتعاطي المسكرات غير ممنوع من حيث المبدأ بل مسموح به مع كافة صور التعامل في الخمر ، ولكن الاباحة مقيدة ومحددة بما ورد في المنشور رقم ١٥٤ .

ولقد كان المقصود بهذا المنشور حماية صحة أفراد القوات المتحالفـــة . ومراعاة صلاحية المشروبات الكحولية للاستهلاك البشري وعدم اضرارها بالصحة العامة (م ٤) .

وهذا المنشور لم يقرر عقاباً لمن يشتري الخمر أو يحوزها أو يتعاطاها ولكنه نص على معاقبة كل من يخالف نصوصه مما يجعل نطاق تطبيقه قاصر على البائع والصانع فاذا خالف أحدهما أياً من نصوص المنشور فانه يقع تحت طائلـــة العقاب . وما ذهب اليه المنشور وان كان ينسجم مع خطة المشرع ويعطـــى للمنشور صورة منسجمة ومترابطة مع المبدأ الذي قرره . ولكن القصور في هذا المنشور تظهر في أن بعض الصور من التعامل لا يمتد اليها مفعول القانون وتخرج عن نطاقه ومن ذلك أن من يشتري الخمر من شخص غير مرخص له ومن يصنع الخمر لنفسه بقصد شربها لا يعتبر ما فعله أي منهما جريمة .

ثانياً : في المحافظات الغربية :

٣٧ ــ وفي المنطقة التي كانت تعرف باسم ولاية طرابلس صدر الأمر الرقيم « ٢٨ » بتاريخ ١٠ /٦/ ١٩٤٣ م وتم بموجبه تنظيم بيع المشروبات الروحية وطريقة تحضيرها وحدد لها شروطاً وقيوداً أوجب مراعاتها دون أن يحظر

الشراء أو التعاطي أو الحيازة .

ثم صدر بعده الاعلان رقم ١٤٢ لسنة ١٩٤٦ لنفس الغرض وكان المقصود من هذا الاعلان وذلك الأمر هو حماية صحة أفراد القوات الحليفة في البلاد الطرابلسية بحسب ما تشير اليه صدارة المنشور رقم « ٢٨ » ولقد قرر هذا الأمر عقوبة لكل من يخالف أحد بنوده .

(ب) في النظام الملكي :

(١) القانون رقم ٣ لسنة ١٩٥١ :

٣٨ ـ لقد كانت المحافظات الشرقية (برقة) أسبق من بقية اجزاء القطر الليبي في الحصول على الاستقلال السياسي وكانت النتيجة المترتبة على الاستقلال هي تشكيل حكومة وتسمية المحافظات الشرقية (دولة الامارة) تحت امارة الملك السابق ولقد ظلت هذه التسمية تضاف الى صفته كملك على البلاد لفترة طويلة من الزمن بعد اتحاد اجزاء القطر .

وقد صدرت في هذه الفترة بعض التشريعات التي أصبحت سارية المفعول ونافذة في المنطقة التي تبسط حكومة الامارة يدها عليها في حين أنه لم يصدر ما يماثلها في بقية أجزاء القطر .

ومن بين تلك التشريعات ما يتعلق بموضوع دراستنا (جرائم الخمر) وهو القانون المسمى :

(قانون مراقبة المشروبات الروحية والمواد المسكرة رقم ٣ لسنة ١٩٥١) .

ولقد تناول هذا القانون الجرائم الخاصة بتعاطي الخمر والمواد المسكرة وحيازتها وقبولها وشرابها ، كما أنه نص على عقاب غير المسلمين في أحوال أخرى محددة .

ولقد كانت الغاية من هذا القانون هي تحديد استهلاك الخمر وبيعها لبعض الاشخاص وبتعبير آخر ، جاء هذا القانون ليقرر اباحة ذلك لغير المسلمين وحظرها على المسلمين .

كما أن هذا القانون كان قد بنى على حيثية هامة هي ما نصت عليه الشريعة الاسلامية بشأن نهي المسلمين عن تعاطي المسكرات فصدر القانون يقول: « حيث أن تعاليم الدين الاسلامي الحنيف تنهى المسلمين عن تعاطي المسكرات نحن .... أصدرنا ارادتنا بسن القانون الآتي : « ولعل هذه هي الحكمة المقصودة من اصداره .

مقارنة :

٣٩ ــ ولا يفوتنا ونحن بسبيل العرض التاريخي للتطور التشريعي فيما يتعلق بجرائم الخمر أن نقارن بين المنشورات التشريعية التي أصدرتها سلطات الادارة البريطانية وهذا القانون الذي أصدرته دولة الامارة في برقة والمآخذ التي نراها على هذا القانون :

(أ) أنه اذا كانت الادارة البريطانية قد أباحت الخمر بصفة مبدأية ثم وضعت على هذا المبدأ بعض القيود ونصت على شروط معينة يعاقب من يخالفها فان هذا القانون قد حظر الخمر ومنعها على المسلمين وأباحها لغيرهم الا أنه قرر عقوبة لمن يقوم ببيعها أو اعطائها أو تقديمها للمسلمين .

(ب) ومن ناحية أخرى فلقد كانت الغاية المقصودة من المنشورات البريطانية هي حماية الرعايا البريطانيين والقوات البريطانية والحليفة والمحافظة على صحتهم دون ان يراعى في ذلك مصلحة المسلمين وتعاليم دينهم وعقيدتهم.

أما القانون رقم ٣ لسنة ١٩٥١ فلقد كان سببه هو ما نصت عليه الشريعة من نهي للمسلمين عن الخمر وكانت غايته تحريمها عليهم في المحافظات الشرقية .

(ج) الا أنه مع ذلك توجد مآخذ على هذا القانون فهو وان كان يستند على الشريعة الاسلامية ويقرر عقاباً على كل شخص يخالف أحكامه ونصوصه دون نظر لطبيعة المشروب أو المادة المسكرة ولو كانت غير سائلة . الا أن هذا القانون يستبدل عقوبة الجلد وهي الحد المقرر شرعاً بعقوبة أخرى هي الحبس والغرامة . وهذا غير صحيح من الناحية الشرعية ، ذلك أن عقوبة الحد لا يصح على الاطلاق استبدالها بعقوبة أخرى .

وبناء عليه فان هذا القانون وان كان يتفق مع الشريعة الاسلامية ويستند عليها في تحريم الافعال التي نص على حظرها الا أنه يختلف معها في العقوبة المقررة لتلك الأفعال .

كما أن هذا القانون لا يسري مفعوله الا على جزء معين من القطر الليبي وهو المحافظات الشرقية دون غيرها .

(٢) قانون العقوبات :

٤٠ ــ تضمن قانون العقوبات الليبي بعض النصوص التي يعاقب بموجبها كل من يوجد بحالة سكر ظاهرة في مكان عام أو مفتوح (٤٩٧ ع) كما عاقب صاحب محل عام أو حانة يقدم المشروبات الروحية للقاصرين في السن أو العقل ومن في حكمهم من المعتوهين (٤٩٨ ع) .

(٣) الظروف المشددة :

٤١ ــ ان القانون الليبي قد اعتبر تناول الخمر من الظروف المشددة التي تستوجب تشديد العقوبة في بعض الأحوال : فاذا كان الجاني قد تناول الخمر وسكر تدبيراً منه للجريمة وتبريراً لارتكابها فانه يعاقب في هذه الحالة بالعقوبة الأصلية المقررة على أن تزاد بمقدار لا يجاوز الثلث (م ٨٨ /عقوبات) وتشديد العقوبة يكون في جميع الأحوال التي يثبت فيها أن السكر كان مدبراً أو كان

القصد منه أن يكون مبرراً لارتكاب الجريمة .

(٤) قانون المرور :

٤٢ ــ ان القانون الخاص بتنظيم المرور على الطرق العامة يوجه النظر والاهتمام الى الخمر والسكر من ناحيتين ايجابية وسلبية :

(١) فمن ناحية يشترط فيمن يريد الحصول على رخصة قيادة أن يثبت من صحيفة سوابقه أنه حسن السلوك ولا يكون قد سبق الحكم عليه في جناية أو جنحة مخدرات أو اعتبار السكر (م ٢٥ من القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٤ في شأن المرور) وهذا هو الجانب السلبي في مسألة الخمر طبقاً لهذا القانون .

(٢) القيادة تحت تأثير الخمر : ومن ناحية أخرى فان القانون مع أنه قد قرر في مختلف جرائم المرور عقوبة الحبس الذي لا يزيد على ثلاثة أشهر والغرامة التي لا تقل عن عشرة جنيهات ولا تزيد عن المائة أو باحدى هاتين العقوبتين ، الا أنه قد أعطى اهتماماً خاصاً للسلامة العامة ومحافظة منه على سلامة الركاب والمسافرين والمارة فقد شدد العقوبة على كل من يقود مركبته أو سيارته ولو كانت تلك المركبة غير آلية وهو تحت تأثير الخمر أو المخدر .

فاذا كان الفاعل يقود مركبة آلية أو غير آلية أو حتى دراجة عادية وهو بحالة سكر أو ثبت أنه كان خمراناً أو متعاطياً لمادة مسكرة وأنه في حالة تخدير ، فانه في هذه الحالة يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز ستة أشهر كما يُسحب منه ترخيص السيارة لمدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد على سنة . (م ٥٣)

فالقانون هنا ــ على خلاف جرائم المرور الأخرى ــ يعاقب الجاني بعقوبتين احداهما مقيدة للحرية وهي الحبس الذي يزيد في حدة الأقصى وهو ستة أشهر عن الحد المقرر في جرائم المرور الاخرى وهو ثلاثة أشهر كحد أعلى . أما العقوبة الثانية فهي بمثابة جزاء اداري أو بالأحرى هي عقوبة تبعية وهي سحب

الترخيص لمدة لا تقل عن ستة أشهر .

واذا افترضنا أن المحكمة قد قضت بوقف تنفيذ العقوبة أو حكمت بعقوبة بسيطة فان الفاعل لا يستطيع قيادة السيارة طيلة المدة التي يكون فيها الترخيص لدى الجهة المختصة التي سحبته ، واذا فعل فانه يرتكب جريمة القيادة بدون رخصة ويصبح عرضة للعقاب المقرر لها .

(ج) في النظام الجمهوري :

٤٣ – استهل النظام الجمهوري بداية عهده بقرار من مجلس قيادة الثورة يأمر فيه جميع أصحاب محلات بيع المشروبات الكحولية بالامتناع عن بيعها وتضمن هذا الأمر منع البيع منعاً باتاً وفي نفس الوقت أشار الى أن من يخالف فسوف يعاقب بأشد العقوبات ، ولقد نشر هذا الأمر في الصحف المحلية[1] ولم نعثر له على أصل في الجريدة الرسمية للجمهورية العربية الليبية ولم نجد تعليلاً لعدم النشر في الجريدة الرسمية .

غير أننا مع ذلك نلاحظ بأن عدم نشر هذا الأمر بالجريدة الرسمية لا يقدم فيه : ولا يعتبر حجة للدفع بجهله بسبب عدم النشر ، لان الاعلان الدستوري الصادر في ١ شوال سنة ١٣٨٩ هـ الموافق ١١ ديسمبر سنة ١٩٦٩ م قد نص على أن القرارات والبيانات والأوامر الصادرة من مجلس قيادة الثورة منذ سبتمبر ١٩٦٩ م وقبل صدور هذا الاعلان يكون لها قوة القانون ويلغى ما يتعارض مع أحكامها من نصوص القوانين النافذة قبل صدورها (م ٣٥ من الاعلان الدستوري) .

---

(١) نشر الأمر في العدد (٢٠٥) من جريدة البشائر الصادرة في ١١/ ٩/ ١٩٦٩ ونصه يقول :
(أمر من مجلس قيادة الثورة : الى جميع أصحاب محلات بيع المشروبات الكحولية يمنع منعاً باتاً بيع جميع المشروبات الروحية ومن يخالف فسوف يعاقب بأشد العقوبات) .

ولقد جاء أمر المنع عاماً نافذاً على كافة أنحاء القطر الليبي بالنسبة للمسلمين وغيرهم وبذلك يكون قد ألغى التراخيص التي كانت ممنوحة في السابق لأصحاب الحانات والخمارات والفنادق العامة لبيع الخمر ، فمنذ ذلك التاريخ الذي صدر فيه الأمر تعتبر التراخيص ملغية وكأن لم تكن لأن الأمر صريح يمنع البيع ولأن التشريعات التي تنظم اصدار تلك الرخص أصبحت ملغاة لأنها تتعارض في مسألة البيع مع أمر المنع أصدره مجلس قيادة الثورة .

واذا كان لأمر التشريعي الذي أصدره مجلس قيادة الثورة قد حظر البيع الا أنه مع ذلك لم يشمل مسألة صناعة الخمر وتحضيرها وتقديمها وحيازتهـا وشراءها وقبولها وتعاطيها كما أنه لم يحدد ماهية أشد العقوبات التي نص عليها وحدود تلك العقوبة ، هل هي الحبس أو الغرامة أو الاثنين معاً أو السجن أو الجلد ؟!

ان عدم تحديد العقوبة وعدم التطرق للأفعال الأخرى التي سبق بيانها يجعل الأمر التشريعي الخاص بمنع بيع الخمر قاصراً ومعيباً .

١ ــ فهو قاصر لأنه لم يجرم الشراء والتعاطي والحيازة والصناعة والتقديم والاعطاء وقبول الخمر . وهذه الأفعال يجب أن يفصح المشرع عن ارادته بشأنها أما السكوت عليها فانه يعني اباحتها ، فالأصل في الأشياء الاباحة ومن الناحية القانونية لا جريمة ولا عقوبة الا بنص وبناء عليه فان أغلب صور التعامل تخرج عن طائلة أمر المنع .

٢ ــ وهو معيب لأنه لم يقرر حدوداً للعقوبة ولم يحددها ؛ هل هي العقوبة المقررة للمخالفة أو الجنحة أو الجناية .

ولكننا بالرغم من ذلك نجد أن حل هذه المشكلة يكون على النحو الآتي :

أما بشأن تحريم مختلف صور التعامل في الخمر فان المسألة تجد حلهـا في

القانون رقم ٣ لسنة ١٩٥١ الذي يتعين تطبيقه في المحافظات الشرقية لأنه م يزال نافذاً لعدم تعارضه بصفة عامة مع أمر مجلس قيادة الثورة بشأن منع بيع الخمر ، ويمكن أن يصدر أمر تشريعي يسري بموجبه القانون المذكور ليسر على المحافظات الشرقية فقط وانما على جميع محافظات الجمهورية .

ولكن الرأي الذي نفضله هو اصدار قانون خاص بشأن هذه المسألة يقضي بتحريم الفعل أو الافعال المتعلقة بالخمر أو « يخطر جميع صور التعامل » ويكون نافذاً على جميع أجزاء القطر لأن في وجود القانون رقم ٣ لسنة ١٩٥١ مظهر من مظاهر التجزئة والاقليمية .

وأما بشأن العقوبة فمن الناحية القانونية يمكن تفسير الأمر التشريعي الذي أصدرته السلطة الثورية في ليبيا على ضوء نص المادة ٤٦٧ عقوبات التي تنص على أن « كل من خالف أمراً مشروعاً أصدرته السلطة حفظاً للعدالة أو السلامة العامة أو النظام أو الصحة العامة يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز شهراً أو بغرامة لا تزيد على خمسة جنيهات » .

ولما كان ذلك الأمر يمكن حمله على أحد الوجوه التي تضمنتها المادة السابقة باعتباره قد صدر للمحافظة على النظام في بداية عهد الثورة أو حماية للصحة العامة من مضار الخمر ومفاسدها أو محافظة على السلامة العامة في وقت كانت مباشرة تغيير الأوضاع السابقة لا تزال مستمرة فيه ، وبما أن العقوبة لم تحدد في أمر المنع فان أشد عقوبة يمكن أن تطبق في هذه الحالة هي الحبس مدة شهر طبقاً لنص المادة ٤٦٧ عقوبات ويسرى مفعول الأمر بالمنع والعقوبة على كافة انحاء القطر الليبي ، اضافة الى تطبيق القانون رقم ٣ لسنة ١٩٥١ في المحافظات الشرقية .

ومن الناحية الشرعية أي من وجهة نظر الشريعة الاسلامية يمكن حمل الأمر على أن عدم تحديد العقوبة يمكن أن يفسر على أنها قد حددت شرعاً بالجلد وهي

من أشد العقوبات ؛ وأن من يخالف سوف يطبق عليه الحكم الشرعي .

ان مسألة الخمر ينبغي أن تتناولها السلطة في النظام الجمهوري باصدار تشريع خاص على ضوء مبادىء الشريعة الاسلامية يتم بموجبه تحديد الأفعال المحظورة شرعاً والعقوبة المقررة لها .

ولقد سبقتنا في ذلك بلاد اسلامية وعربية حظرت الخمر ومنعتها صناعة وبيعاً وشرباً .

على أن يراعى في هذا التشريع الخاص الذي نقترحه تجنب العيوب التي تشوب التشريعات السابقة والتي أشرنا اليها في حينها وفي مكانها من هذا البحث.

ان صياغة هذا التشريع الخاص انطلاقاً من مبادىء الشريعة الاسلامية تعتبر أمراً ضرورياً ولازماً خصوصاً وأن الملاحظات اليومية الثابتة بالمتابعة تدل على أن نسبة الجريمة قد انخفضت كما أن حوادث المرور قد تقلصت بشكل واضح ويؤخذ هذا من بلاغات الشرطة عن الحوادث اليومية ومن احصائياتها الشهرية .

ثانياً : المحل المادي في جرائم الخمر

٤٤ ــ ان جرائم الخمر وان اختلفت شروطها فانها تتفق من حيث موضوعها اذ أن المحل المادي واحد في جميع الأحوال سواء كانت الجريمة بفعل أحد المسلمين أو من الغير .

فالتشريع المعمول به في بلادنا وان كان ينظر الى صفة الجاني في بعض الأحيان الا أنه يحدد موضوع الجريمة بأن يكون خمراً أياً كانت صفة الفاعل وديانته ، بأن يكون خمراً .

ويقصد بالخمر كل مشروب مسكر أو مادة مسكرة .

ماهية الخمر :

(١) المشروبات الروحية والكحولية :

٤٥ – وهي مشروب أو سائل تم اعداده أو تصنيعه بتخمير بعض المواد وتقطيرها على نسبة معينة من الكحول ومحدودة بحسب المعايير الطبية بنسبة مئوية لا تقل عن ٢,٤٪ منه وهي أقل نسبة من الكحول وتوجد في أخف نوع من المشروبات الروحية وهي (البيرة) .

ويطلق اسم الخمر على كل مشروب يذهب العقل أو يخدره ، ولقد سميت كذلك بسبب ما تحدثه من تأثير على عقل الانسان وسلوكه اذ يترتب عليها غياب العقل وفقدان الوعي ويكون سلوك الانسان وتصرفاته على غير المعتاد بسببها .

والمعيار الذي يمكن بواسطته تحديد طبيعة المشروب وما اذا كان خمراً أم ليس بخمر ، لا يكمن في طبيعة المادة او اسمها ولكن ينظر الى تأثيرها على عقل وسلوك الانسان، فاذا كانت مسكرة فان تعاطي القليل منها محظور لانطباق وصف الخمر عليها .

والخمر بهذا المعنى تشمل جميع المشروبات الروحية والكحولية بما في النبيذ والبيرة مهما كان نوعها كما تشمل المشروبات المقطرة المستخرجة من العنب أو التمر أو من أي مادة أخرى (المادة ٢ / ١ من القانون رقم ٣ لسنة ١٩٥١) .

كذلك فانها تشمل اللقبي المخمر أي الذي مضى على استخراجه أكثر من يوم ويتم تخمره . أما اللقبي الحلو فلا يعد خمراً .

وبصفة عامة فان كل مشروب يخمر أو يقطر يحتوي على نسبة من الكحول تتساوى مع تلك التي توجد في أقل أنواع البيرة تأثيراً على العقل، يعتبر خمراً أياً كانت المدة التي صنع منها .

فلا يشترط أن يستخرج المشروب من العنب أو من أشجار النخيل[١] .

وبناء عليه فان كل أنواع المشروبات الروحية المتعارف عليها في عصرنا الحاضر «كالويسكي والأنسيتا والبوظه ... الخ» تعتبر خمراً .

(٢) المواد المسكرة :

٤٦ – وهي كل مادة (أو شيء غير سائل) تحتوي في تركيبها على عنصر مسكر أو له تأثير مسكر[٢] . وبناء عليه فان المادة المسكرة لا يشترط فيها أن تكون مشروباً ، اذ العبرة – كما قلنا – ليست بطبيعة المادة المسكرة سائلة أو غير سائلة وانما العبرة بالتأثير المسكر للمادة – ومثال ذلك الحشيش[٣] .

فذلك المعيار وحده هو الذي يمكن بواسطته أن نقيس ونحدد ما اذا كانت المادة أو المشروب خمراً أم لا ، لتقرير ما اذا كانت محظورة أو مباحة .

المبحث الثاني

٤٧ – قلنا ان جرائم الخمر تتفق من حيث موضوعها بالرغم من اختلاف شروطها ولقد سبق لنا فيما تقدم تحديد مـــاهية الخمر وتعريفها بالقدر الذي لا تختلط فيه مع غيرها .

---

(١) «عبارة المشروب المسكر تعني أية أرواح أو نبيذ أو بيرة من أي نوع أو اللقبى أو أي مشروب مخمر و مقطر أو خلافه سواء كان قد استخرج من العنب أو من التمر أو من أي مادة أخرى ويحتوي على كحول أو أية عناصر مسكرة أخرى «م ٢ – ١ من القانون» .

(٢) «عبارة مادة مسكرة تعني أية مادة أو شيء غير سائل يحتوي على أي عنصر مسكر أو قابل لاحداث تأثير مماثل للسكر «م ٢/٢ من القانون» .

(٣) مع مراعاة تطبيق النصوص الخاصة بالمخدرات بسبب التعدد المعنوي ولكون العقوبة أشد.

وسنتناول في هذا المبحث دراسة مسألتين :

الأولى : الجرائم التي يرتكبها الأشخاص المسلمون .

الثانية : الجرائم التي يرتكبها غير المسلمين .

الفرع الاول

الجرائم التي يرتكبها المسلمون

الخطر يشمل المسلمين دون غيرهم :

٤٨ – حظر المشرع الليبي في القانون الخاص رقم ٣ لسنة ١٩٥١ الصادر بشأن مراقبة المشروبات الروحية ، على كل شخص مسلم أن يشتري أو يقبل كهدية أو خلافه أو يتعاطى أي مشروب أو مادة مسكرة . فالمشرع الليبي في ذلك القانون الخاص حرم أفعالاً معينة تقع على موضوع معين هو الخمر بالمعنى الذي شرحناه فيما تقدم لكنه حدد صفة الجاني بأنه شخص مسلم وبمفهوم المخالفة ، وبمقارنة هذا النص مع غيره من النصوص الأخرى التي تضمنها القانون نلاحظ أن الشخص غير المسلم من حقه أن يشتري أو يقبل كهدية أو عطية وأن يتعاطى المشروبات أو المواد المسكرة .

ومسألة كون الشخص مسلماً أو غير مسلم من الأمور الموضوعية التي يمكن استظهارها من حالة الشخص المدنية وجنسيته وموطنه ومحل اقامته الدائم واسمه كما يمكن ان تستظهر من نوع العمل الذي يمارسه في بعض الأحوال .

وتعتبر هذه الجرائم عمدية يلزم أن يتوفر فيها القصد الجنائي .

(أولا) الأفعال المحظورة

النص :

٤٩ ــ « يكون محظوراً من تاريخ سريان مفعول هذا القانون على أي شخص مسلم ، أن يشتري أو يقبل كهدية أو خلافه ، أو يتعاطى أي مشروب مسكر ».
(م ٣)

ان هذا النص يتضمن شرطين :

٥٠ ــ أ ــ **الشرط العام** ، هو أن يكون الفاعل شخصاً مسلماً ، ذكراً أو أنثى وسواء كان ليبي الجنسية أم عربياً أو عجمياً ، فالقاسم المشترك هو العقيدة بصرف النظر عن الجنسية : فاذا كان الجاني غير مسلم فلا جريمة ولا عقوبة عليه . أما اذا كان مسلماً فانه يقع تحت طائلة العقاب بغض النظر عن جنسيته أو الدولة التي يعتبر من رعاياها ولا ينظر الى مسألة اقامته وهل هي مؤقتة أو دائمـــة ، فالفعل المحظور يعاقب مرتكبه ولو كان اقترافه أثناء المرور بالأراضي الليبية اذا تحقق شرط الاسلام في الجاني .

٥١ ــ ب ــ أن يقترف الجاني أحد الأفعال الآتية :

أولاً : الشراء :

٥٢ ــ لقد جرم المشرع واقعة الشراء بالنسبة للمسلمين وواقعة البيع بالنسبة لغيرهم اذا كان المبيع خمراً ولعل المشرع يقصد بذلك حظر التجارة في الخمر بالنسبة للمسلمين ، فاذا ثبت وقوع الجريمة فان البائع والمشتري يقع كلاهما تحت طائلة العقاب ، فالتجارة محظورة على المسلمين اذا كان موضوعها خمراً .

ويعرف الشراء بأنه : « قيام الشخص المسلم بدفع مقابل نقدي لقاء حصوله على المشروب أو المادة المسكرة » .

واذا كان يلزم في الشراء أن يكون بمقابل نقدي ، فما هو حكم المقايضة اذا كان المقابل خمراً ؟ وهل يعتبر البيع جريمة اذا كان البائع مسلماً ؟

ان هذا السؤال يتضمن مسألتين هما البيع والمقايضة :

(١) أما **المقايضة** : فانها بحسب التعريف الفقهي مبادلة بمال من غير النقود ومثالها أن يقايض الشخص مسلماً آخر ، لحماً في مقابل خمر أو خبز أو بضائع أو أقمشة ، أو أن يعطي للمسلم الخمر في مقابل أية مواد أو أشياء لها قيمة استعمالية أو تبادلية .

والفعل بهذا الوصف يعتبر جريمة ، ولكننا لا نستطيع تكييفه من الناحية القانونية على أنه من صور الشراء ، ولكنه يدخل ضمن الصورة الثانية من صور التحريم التي نصت عليها المادة الثالثة حيث قالت « يكون محظوراً على أي شخص مسلم أن يشتري أو يقبل كهدية أو خلافه ... »

فمن يقبل الخمر في مقابل مال (من غير النقود) فانه يرتكب فعلاً محظوراً أو يتعين عقابه لأن النص يقول « أو يقبل كهدية أو خلافه » والمقصود بكلمة (خلافه) هو أن تشمل جميع الصور الأخرى التي لا تندرج تحت صورة من صور التعامل التي أوردها النص ، ولما كانت هذه هي ارادة المشرع فان المقايضة – في رأينا – تدخل ضمن الأفعال المحظورة .

(٢) **وأما البيع** : فانه ليس في الإمكان تصوره من المسلم لأنه لا يملك – قانونا – أن يشتري الخمر فكيف يجوز له البيع ، فالشراء والبيع لا تقوم تجارة الخمر الا بقيامهما ، ووضع الشخص المسلم لا يخرج عن حالتين :

الأولى : أن يكون الشخص المسلم قد تحصل على الخمر بطريقة تعتبر محظورة بالنسبة له كالشراء أو المقايضة ، فيعرض نفسه للعقاب اذا عرض للبيع الخمر التي تحصل عليها وهذا في الحالة التي يكون فيها المشتري غير مسلم .

الثانية : أن يكون المشتري شخصاً مسلماً وفي هذه الحالة يكون البائع «سواء كان مسلماً أو غير مسلم» قد ارتكب فعلاً محظوراً ويتعين عقابه اذ أن المقرر قانوناً هو أن أي شخص — ومن باب أولى المسلم — محظور عليه أن يبيع أو يقدم أو يعطي أي مسكر أو مادة مسكرة الى أي مسلم « م ٤ من القانون رقم ٣ لسنة ١٩٥١ » .

وتتحقق الجريمة بمجرد أن يدفع المشتري الثمن فلا يلزم أن يقوم الجاني بحمل الخمر معه أو يستلمها من البائع ، لأن فعل الشراء يعتبر قد تم بدفع المقابل النقدي كثمن للمشروب المسكر أو المادة المسكرة ولو كان الفاعل لم يقم باستلامها شخصياً .

ويكفي أن يستغل الشخص المسلم غيره لشراء الخمر ، فلا يشترط أن يقوم بشراء الخمر بنفسه ، فاذا كان الفاعل قد أرسل صديقه غير المسلم ليشتري له خمراً فان العقاب ينسحب على الاثنين لأن الأول قد اشتراها بالواسطة وقبلها عندما قدمت اليه ، ولأن الثاني قام باعطائها أو تقديمها الى الأول وهو يعلم بأنه مسلم أما إذا كان حسن النية ولم يثبت قيام العلم في جانبه بأن كان يجهل أن الشخص الذي وقع الشراء لمصلحته يدين بالاسلام فانه لا يعاقب لتخلف شرط العلم وهو لازم لمعاقبة غير المسلم اذا هو باع أو قدم أو أعطى الخمر الى المسلم « م ٤ » .

ثانياً : الهدية وما في حكمها :

٥٣ — ان المسلم محظور عليه طبقاً لنص القانون أن يقبل الخمر باعتبارها هدية أو يقبلها على أي نحو آخر وسواء كان ذلك بمقابل أو بدون مقابل فقبول الخمر كهدية أو على أي نحو آخر محظور على المسلم .

وهنا تثور أمامنا عدة مسائل :

(١) الهدية : وتثبت بقيام شخص بتقديم الخمر أو اعطائها الى آخر مسلم دون أن يتقاضى منه أي مقابل سواء كان من النقد أو من غيره .

وتأخذ الهبة نفس الحكم باعتبارها صورة أخرى من صور الهدية .

(٢) التعويض : فاذا كان المسلم قد قبل الخمر تعويضاً لما فاته من كسب في تجارة شاركه فيها شخص آخر أو أخذها في مقابل ما لحقه من ضرر أو خسارة مادية أصابته بفعل الغير فان قبوله لها يعتبر جريمة معاقباً عليها لأن التعويض في هذه الحالة يمكن قياسه على واقعة الشراء والمقايضة هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فان كلمة « أو خلافه » التي تضمنها النص يمكن تفسيرها — كما سبق — بأنها تشمل التعويض ضمن الأفعال المحظورة بالرغم من أن النص لم يقل ذلك صراحة ، ولكن اعمال قواعد التفسير تقتضي ذلك .

ولا يشترط أن يقوم المسلم بقبول الهدية أو التعويض أو العطية أو الهبة ويستلمها بنفسه وانما يكفي لتحقق الجريمة في جانبه أن يقبلها ويفصح عن ارادته بذلك وهو يعلم أنها خمر فاستلامها أو حملها لا يشترط هنا لتجريم الفعل .

(٣) الحيازة : ان الحيازة في القانون الجنائي تختلف فكرتها ومفهومها عن الحيازة في القانون المدني فلقد تناولها القانون المدني بقصد تحديد آثارها وتقرير حمايتها أما القانون الجنائي فقد عرض لها بقصد تجريمها في بعض الحالات فهي في القانون المدني مصدر للحقوق ومحل للحماية أما في القانون الجنائي فانها محل للتجريم أحياناً [١] .

والحيازة في القانون الخاص بحظر الخمر على المسلمين هي الاستئثار بالمشروب الكحولي أو المادة المسكرة على سبيل الملك والاختصاص ولا يشترط أن يرتبط

---

(١) الدكتور عوض محمد — جرائم السلاح والتشرد والاشتباه والنقد في التشريع الليبي — ١٩٦٩ — ص ٢٥ .

ذلك بوضع اليد المادي على الخمر فيجوز أن يكون المسلم حائزاً للخمر بالرغم من أنها لا توجد تحت يده عملياً ومثال ذلك أن يقبل الشخص المسلم الخمر كهدية أو يقوم بشرائها ثم يودعها عند شخص آخر أو يطلب من المحل الذي اشتراه منه نقلها اليه بواسطة عامل أو شخص معين ومن يرسل غيره ليشتري له خمراً فيشتريها له ويخزنها لحسابه فان الأول يعتبر مشترياً وحائزاً بينما يعتبر الثاني محرزاً على ما سيأتي بيانه .

(٤) الاحراز [١] : ومعناه ، الاستحواذ المادي ووضع اليد فعلياً على المشروب الكحولي أو المادة المسكرة ، فمن يضبط متلبساً وبحوزته كمية من الخمر يعتبر محرزاً أو حائزاً بحسب الأحوال ، والخادم المسلم الذي يشتري الخمر لسيده يعتبر محرزاً ، كذلك فان الاحراز يتحقق في جانب الشخص من يقبل حمل الخمر المقدمة كهدية لغيره . ويتعين عقاب المحرز في جميع الحالات السابقة باعتباره قد ارتكب فعلاً محظوراً . لأن في وجود الخمر دليل ضده بأنه قد اشتراها لنفسه أو لغيره أو قبلها عندما قدمت أو أعطيت اليه بنية تعاطيها ، وهذه كلها أفعال يعاقب مقترفها .

والمبدأ المقرر في التشريع الجنائي الخاص بالمشروبات الروحية والمواد المسكرة هو :

حظر الخمر بالنسبة للمسلمين واخراجها من دائرة التعامل فلا يجوز لهم من الناحية القانونية قبول الخمر أو تعاطيها أو التعامل فيها .

ويلاحظ أن الخمر – من الناحية الشرعية – تعتبر مالاً غير متقوم فلا تجوز حيازتها ولا يصح التعامل فيها .

ولكن ما هو الأساس القانوني في تجريم الحيازة والاحراز ؟

---

(١) انظر في معنى الحيازة والاحراز – المرجع السابق ص ٢٣ وما بعدها .

صحيح أن المشرع الليبي لم يشر الى الحيازة أو الاحراز صراحة ولكننا نستدل على ذلك وندخلها في دائرة التجريم بناء على نقطتين :

الأولى : ان كلمة « أو خلافه » التي تضمنها النص ، لفظ ذو مدلول واسع بحيث يبلغ الحيازة فيشملها ويتعداها الى الاحراز .

فاذا كانت الخمر قد وجدت بحيازة المسلم فانه يعتبر مذنباً أياً كانت الصفة التي وجدت بها الخمر في حوزته وأياً كان القصد من وضع اليد عليها وهل هو للتملك أو كانت يده عليها يد محرز فقط فالأمر واحد في نظر القانون ويتعين عقاب الفاعل .

الثانية : ان جميع صور التعامل محظورة على المسلمين ، فاذا كانت الخمر قد وجدت في حيازة المسلم فان هذه الحيازة دليل قوي على أنه اشتراها أو قبلها عندما قدمت له أو لديه النية في تعاطيها أو تقديمها لغيره أو الاتجار فيها وهذه الأفعال كلها معاقب عليها .

ثالثاً : التعاطي :

٥٤ – ويتحقق هذا الفعل بأن يقوم المسلم بشرب أو تناول الخمر وهو يعلم بطبيعتها وتأثيرها المسكر فاذا كان الفاعل غير مسلم أو كان المشروب غير مسكر أو كان ما تناوله مادة لا يسكر الانسان بتعاطيها فان الفعل لا يكون محظوراً ولا يعد جريمة .

ويكفي في فعل التعاطي أن يتناول الشخص كوباً واحداً من الخمر فـــلا يشترط السكر لثبوت الجريمة ، فاذا أثبت التقرير الطبي المقدم من الطبيب الذي أجرى الكشف الطبي على المتهم أنه كان خمراناً أو أنه تشم عليه رائحة الكحول أو أن عليه رائحة الخمر فان هذا التقرير الطبي يكفي لاثبات فعل التعاطي .

ثانياً : القصد الجنائي

٥٥ ــ ان القانون يعتد في جرائم الخمر بعقيدة الجاني ، وهذا كما سبق القول شرط عام ، فاذا تحقق هذا الشرط مقترناً بالقصد الجنائي في الأفعال التي يقترفها الفاعل تكاملت أركان الجريمة وتعين انزال العقاب بالجاني .

ولما كانت جرائم الخمر من الجرائم العمدية فانه يلزم فيها توفر القصد الجنائي فهو ركن لازم لقيامها .

ويتحقق القصد الجنائي بقيام الشخص المسلم بأحد الأفعال المحظورة وهو يعلم أن موضوع الفعل ومادته انما هي الخمر بالمعنى الذي سبق بيانه ولم يكن يستند في شيء من ذلك الى ترخيص أو مسوغ شرعي أو قانوني .

فاذا كان الشخص المسلم لا يعلم أو ثبت الجهل في جانبه فانه لا يمكن أن ينسب اليه قصد ولا يتهم بارتكاب فعل يعتبره القانون جريمة .

ويحدث هذا في حالات الجهل والغلط الذي يقع عادة في الأمور الواقعية أما الجهل والغلط في القانون فلا يعول عليه ولا يعتد به ــ لأن القاعدة العامة هي « لا عذر بجهل القانون » (م ٣ عقوبات) .

ويتحقق الجهل كلما كان الفاعل لا يعلم في الأصل أن المادة موضوع الفعل لا يصدق عليها وصف الخمر كمن يشتري مادة أو مشروباً فيسلمه البائع خمراً يقبله اعتقاداً منه أنه المادة التي اشتراها . ومن يقبل هدية من الخمر دون أن يعلم محتوياتها فان فعله لا يجرمه القانون بسبب انتفاء القصد . ومن الجهل أن يستلم حقيبة معبأة خمراً وينقلها الى آخر وهو لا يعلم بما فيها . أما الغلط فيعني أن يقوم لدى الفاعل علم يخالف الحقيقة الواقعة بأن يشرب الخمر اعتقاداً منه أنها من المياه الغازية أو المعدنية ، فالشارب هنا وقع في الغلط نظراً لاعتقاده الخاطىء بأن ما يشربه كان ماء .

وقد يقع الجهل بالمسوغ الشرعي أو القانوني كما لو قام العامل بشراء الخمر ونقلها الى متجر رب العمل اعتقاداً منه أن مخـــدومه يملك ترخيصاً بالشراء والبيع ، والجهل والغلط يؤديان الى نفس النتيجة وهي عدم مسئولية الفاعـــل لتخلف ركن القصد .

ويكفي في جرائم الخمر أن يتوفر القصد الجنائي العالم ، فالباعث والدافع على الجريمة لا ينظر اليه ، كما لا يشترط في جرائم الخمر قصد خاص ، فالمعول عليه في جميع الأحوال هو القصد العام .

فلا عبرة بكون الفاعل قد قام بتعاطي الخمرة بقصد السكر أو للتسلية أو بكونه قد قبل الهدية وهو يعلم بأنها خمر مجاملة لصديقه غير المسلم .

وبناء عليه فالخادم المسلم الذي يقبل هدية من الخمر لسيده ويحملها اليه أو يشتريها له يقترف جريمة ويتعين عقابه .

غير أن الدوافع والبواعث من الأمور التي قد ينظر اليها قاضي الموضوع عند تقديره للعقوبة .

ثالثاً : العقوبة

٥٦ ــ تختلف العقوبة المقررة قانوناً عن العقوبة المقررة شرعاً في جرائم الخمر فالحد في الشرب أو السكر هو الجلد أربعين جلدة بحسب الرأي الراجح .

غير أن القانون الوضعي الليبي يقرر عقوبة من نوع آخر تختلف عن الجلد وهي عقوبة الحبس أو الغرامة وقد يجمع بين العقوبتين في بعض الأحوال .

١ ــ فاذا ارتكب المسلم فعلاً محظوراً فان عقوبته هي الحبس مدة لا تزيد في حدها الأعلى على ثلاثة أشهر ولا تقل في حدها الأدنى عن اسبوعين[1]

---

(١) انظر نص المادة ٦/ الفقرة الأولى من القانون .

والقاضي له السلطة التقديرية بشأن العقوبة طبقاً لما تقضي به القواعد العامة دون أن يتجاوز الحدود التي نص عليها المشرع بصدد العقوبة في حديها الأعلى والأدنى .

وهذه العقوبة تطبق على المسلم اذا وقعت منه أية مخالفة أو خرق للمادة الثالثة من القانون رقم ٣ لسنة ١٩٥١ باقتراف أحد الأفعال المحظورة ، فالعقوبة هنا خاصة بالمسلمين فقط .

٢ ــ واذا كان الفاعل قد وجد ثملاً في مكان أو طريق عام فانه يضاف الى العقوبة[١] السابقة عقوبة أخرى مالية وهي الغرامة فيلزم الجاني بدفع غرامة لا تزيد في حدها الأعلى على خمسة جنيهات ولا تقل عن جنيهين « م ٧ ــ ١ » .

واذا تخلف عن الدفع فان الغرامة تستبدل بعقوبة الحبس الذي لا يقل عن أسبوع ولا يزيد على شهر .

ويكون الفاعل معرضاً لدفع غرامة أخرى لا تقل عن خمسة جنيهات ولا تزيد على عشرة جنيهات ، اذا كان قد ارتكب مخالفة ثانية أو لاحقة لسكره وتستبدل في حالة التخلف عن الدفع بالحبس الذي لا يقل عن أسبوعين ولا يزيد على شهرين « م ٧ــ١ » .

٣ ــ أما اذا كان الفاعل قد أخل في سلوكه بالنظام العام أو كان يعربد فانه يعاقب بالحبس الذي لا يزيد عن ثلاثة أشهر علاوة على الغرامة التي لا تقل عن جنيهين ولا تزيد على خمسة أو الحبس المقرر في حالة التخلف عن الدفع .

وتكون العقوبة الحبس لمدة لا تزيد على ستة أشهر اذا كان الجاني قد ارتكب مخالفة ثانية أو لاحقة « م ٧ / ٢ » .

---

(١) تنص المادة ٧/ ٣ من القانون على أنه « في حالة ما يكون الشخص مسلماً فان العقوبة المنصوص عليها في هذه المادة تكون علاوة على أية عقوبة منصوص عليها في المادة ٦ (١) من هذا القانون.

ويلاحظ أن المشرع قد عاقب المسلم بعقوبتين ، ولعل السبب في ذلك هو أن النشاط المادي في أحوال الشراء أو القبول أو التعاطي يختلف عنه في حالة وجود المسلم ثملاً أو معربداً أو مخلاً في سلوكه بالنظام العام . كما أن المشرع قد شدد العقوبة وزاد في الحد الأقصى المقرر لها وذلك في حالة ارتكاب الجاني لأية جريمة أخرى لاحقة لسكره واخلاله بالنظام العام .

الفرع الثاني

الجرائم التي يرتكبها غير المسلمين

التعامل بالخمر وتعاطيها مباح من حيث المبدأ :

٥٧ – أباح التشريع الجنائي الليبي من حيث المبدأ لغير المسلمين – أن يتعاملوا بالخمر وأعطاهم الحق في شربها وتعاطيها ، لكن الفاعل يعاقب اذا كان قد وجد بحالة سكر ظاهر في مكان عام ، كما يعاقب صاحب الحانة الذي يبيع الخمر للقصر في السن أو في العقل وفي حالة ما اذا كان المشتري معتوهاً بسبب علة او عاهة في نفسه (م ٤٩٧ – ٤٩٨ عقوبات). ويعتبر الفعل جريمة اذا كان الجاني قد ضبط وهو ثمل بمكان عام او طريق عام او في محل مرخص له ببيع المشروبات المسكرة أو كان يعربد أو يسلك سلوكاً مخلاً بالنظام العام (م ٧ – ١ من القانون رقم ٣ لسنة ١٩٥١) . فلا عقاب على غير المسلم الا اذا سكر وضبط ثملاً أو سكراناً في مكان او طريق عام . ولعل هذا الاتجاه الذي اخذ به المشرع الليبي في سياسته الجنائية قد يجد له سنداً في الرأي الفقهي الذي يقول به بعض رجال الفقه الاسلامي ومؤداه اباحة الشرب والتعاطي

لغير المسلمين تأسيساً على أننا أمرنا بتركهم وما يدينون به ، أما السكر فهو محظور عليهم لأنه محرم في جميع الأديان .[1]

القانون الخاص هو الواجب التطبيق في المحافظات الشرقية :

٥٨ ــ وبالرغم من أن الأمر التشريعي الذي أصدرته السلطة الثورية في ليبيا بوصفها سلطة تشريعية ، يعتبر نافذاً في جميع أنحاء القطر الليبي ، الا أنه مع ذلك فان القانون الواجب التطبيق في المحافظات الشرقية هو القانون رقم ٣ لسنة ١٩٥١ ، باعتباره قانوناً خاصاً ، ولأنه يتفق مع ارادة المشرع ولا يتعارض مع أمر المنع في أغلب الاحكام التي تضمنتها نصوصه .

ولقد أرسى هذا القانون الخاص مبدأ « أن الخمر محظور على المسلمين مباح لغيرهم »، ثم جاء المشرع الليبي في قانون العقوبات ليحظر الأفعال التي أشرنا اليها أعلاه ، والاحكام التي تضمنها قانون العقوبات تتناسق مع المبدأ المقرر في القانون رقم ٣ لسنة ١٩٥١ .

غير أن هذا القانون قد وضع بعض القيود ليغل بها يد كل من يحاول أن يخرق الحظر المفروض على المسلمين وقد جاء ذلك في ما نصت عليه المادة الرابعة منه وهذه الافعال التي جرمها القانون يمكن أن يرتكبها المسلم كما يمكن أن يقترفها شخص غير مسلم ولكن المشرع كانت غايته من النص منع غير المسلمين من اعطاء الخمر أو بيعها أو تقديمها للمسلمين فارادة المشرع تنصرف لوضع الضمانات الكافية لتطبيق مبدأ الحظر على المسلمين .

---

(١) انظر الاستاذ عبد القادر عودة – التشريع الجنائي الاسلامي ج ٢ ص ٥٠٠ ط ١٩٦٠ ، مكتبة دار العروبة .

أولاً : الأفعال المحظورة :

٥٩ – النص : « محظور على أي شخص أن يبيع أو يقدم أو يعطي أي مسكر او مادة مسكرة . الى أي مسلم وهو يعلم بأن ذلك الشخص مسلم » . (م – ٤) .

ان هذا النص يشير الى جريمة معينة من الجرائم التي يمكن أن يرتكبها المسلمون كما يمكن أن يرتكبها غيرهم ، فسواء كان الفاعل مسلماً أو غير مسلم يملك ترخيصاً بالبيع او لا يملكه ويلزم لتجريم الفعل أن يتوافر فيه ركنان .

الركن الأول : هو النشاط المادي أما الثاني فهو القصد الجنائي .

(١) – الركن المادي

٦٠ – يشترط لتحقق هذا الركن أن يقوم الفاعل بنشاط يتمثل في احدى الصور التي حدّدها النص بأن يبيع أو يعطي أو يقدم الخمر ، وأن يكون موضوع الفعل خمراً ، على أن الطرف الثاني في المعاملة يجب أن يكون مسلماً .

فهذه الشروط الثلاثة واجبة في هذا الركن .

٦١ – الشرط الأول :

ان المشرع بما نص عليه في المادتين (٣ و ٤) كانت ارادته منصرفة لغاية معينة هي حظر جميع صور التعامل في الخمر على المسلمين دون غيرهم . أما الأفعال المحظورة على غير المسلمين فقد قصرها الشارع على ثلاثة أحوال هي البيع والتقديم والاعطاء .

وهذا الذي نقوله – يصل اليه أي باحث يمعن النظر في نص المادتين الثالثة

والرابعة من القانون فبينما يقول نص المادة ٣ « يكون محظوراً .. على أي شخص مسلم » ، تنص المادة الرابعة على أنه « محظور على أي شخص » فالنص الأخير يشمل المسلمين وغيرهم ولكن ارادة المشرع تنصرف الى شمول الحظر على المسلمين فاذا قام شخص غير مسلم بتقديمها أو بيعها أو اعطائها الى المسلم فانه يعاقب ومن باب اولى توقع العقوبة على المسلم اذا اقترف أحد هذه الأفعال .. هذا من جهة .

ومن جهة أخرى فان افعال (التقديم والبيع والاعطاء) المحظورة على أي شخص ، يقابلها الافعال التي حظرها المشرع على المسلمين فالتقديم يقابله القبول والبيع يقابله الشراء والاعطاء يقابله التعاطي .. وهذه الأفعال المتقابلة كان المقصود من منعها تحقيق الغاية المقصودة من التشريع وهي قصر استهلاك الخمر على غير المسلمين ، غير أن هؤلاء يقعون تحت طائلة العقاب اذا قاموا بالبيع أو التقديم او الاعطاء وتوفرت بقية الشروط اللازمة لتجريم الفعل .

فكل شخص ، مسلم او غير مسلم ، ذكر أو انثى ليبي او غير ليبي ومهما كانت جنسيته يحظر عليه ارتكاب هذه الأفعال وسواء كان يملك ترخيصاً بالبيع ام لا : —

(١) البيع :

ويعني أن يقبل البائع دفع المواد المسكرة أو المشروبات الروحية الى المشتري المسلم وهو يعلم بأن المشتري مسلم فالبيع بهذا الوصف يختلف عن فعل الشراء فمن يبيع الخمر للمسلم يقع تحت طائلة القانون أما من يشتريها من شخص مسلم فانه لا يعاقب الا اذا كان هو نفسه مسلماً وفي هذه الحالة يعاقب كلاهما معاً .

(ب) التقديم :

ويتحقق فعل التقديم اذا كان الجاني صاحب حانة لبيع الخمر فيقدم الخمر

للمسلمين أسوة بغيرهم واذا كانت الحانات لا تفتح الا بموجب ترخيص تصدره جهة ادارية مختصة فان هذا لا يمنع من ارتكاب فعل التقديم في اماكن أخرى غير الحانات سواء كان المكان خصوصياً او عاماً . فالشخص الذي يقدم الخمر كهبة او عطية أو هدية لآخر مسلم أو يقدمها له تعويضاً عن الضرر الذي سببه له أو لحق به ، يقترف جريمة ، ولا يلزم أن يكون التقديم بمقابل .

(ج) الاعطاء :

وذلك بأن يقوم الفاعل بدفع الخمر الى المسلم بحيث تكون في متناول يده تمهيداً لتعاطيها سواء كان ذلك بمقابل أو بدونه .

وبناء عليه لا يجوز لأي شخص أن يعطي المسلم خمراً كهدية أو كتعويض كما يعاقب اذا كان قد أعطاها له لتمكينه من تعاطيها ، ويتوفر الاعطاء بنفس الدرجة في حالة المقايضة .

الشرط الثاني :

٦٢ ـ أن يكون موضوع البيع أو التقديم أو الاعطاء خمراً بالمعنى الذي سبق لنا بيانه ، فالفعل المادي في هذه الأفعال هو الخمر ، فاذا كانت المادة التي وقع عليها البيع أو التقديم او الاعطاء لا يصدق عليها وصف الخمر كما لو كانت من اللقبى الحلو الذي يستعمل للغذاء فان الفعل لا يعتبر جريمة ولا عقاب عليه .

الشرط الثالث :

٦٣ ـ أن يكون الشخص الذي اشترى الخمر أو قدمت اليه أو اعطيت له ، شخصاً مسلماً أياً كانت جنسيته ومهما كانت الدولة التي يعتبر من رعاياها فالمعول عليه هنا هو عقيدة الشخص بصرف النظر عن دولته أو جنسيته فلا

يشترط أن يكون ليبياً ما دام قد تحقق فيه شرط الاسلام .

ويمكن الاستدلال على ذلك من الظروف المحيطة والمرتبطة بالشخص (من حالته المدنية كأسمه وموطنه وجنسيته ومحل اقامته الدائم وبطاقة تعريفه وجواز سفره) ويتعين على المحقق ان يثبت في الاوراق الشواهد والأدلة والقرائن وكل ما يمكن الاستنتاج منه أو التعرف بواسطته على عقيدة الشخص الذي قبل الخمر أو اشتراها . فاذا تكاملت هذه الشروط الثلاثة وتوفر حضورها في الجاني فان النشاط المادي الذي كان قد اقترفه يعتبر جريمة ويتعين إنزال العقوبة عليه اذا كان القصد مقترناً بالفعل وثابتاً في جانب الفاعل .

(٢) القصد الجنائي :

جرائم الخمر من الجرائم العمدية ويكفي فيها القصد العام :

٦٤ – ويتوفر القصد الجنائي عندما يقوم الشخص ببيع الخمر أو تقديمها أو اعطائها الى آخر مسلم بدون مسوغ شرعي أو قانوني وهو يعلم أن هذا الشخص الذي اشتراها او قدمت أو اعطيت له ، مسلماً .

فان تجرد الفاعل من العلم بماهية المادة التي باعها او قدمها أو اعطاها ، او كان لا يعلم بأن من قام بالشراء او القبول او التعاطي عندما اعطيت او قدمت له كان مسلماً ، فلا تنسب الى الفاعل جريمة ولا يعاقب لانتفاء علمه بعقيدة الشخص الآخر . وينعدم القصد الجنائي مع وجود الغلط والجهل بالوقائع دون الجهل بالقانون .

فالغلط مهما كان جسيماً لا يكفي لتجريم الفعل :

فمن يعطي أو يقدم الى شخص مسلم هدية من المشروبات الروحية وهو

يجهل ما تحتويه لأنها كانت قد أرسلت اليه مقفلة ووصلته دون أن يفتحها ولم يكن يعلم بمضمونها، فهذا يعني انتفاء العلم عنده أصلاً وهو من قبيل الجهل.

ويكون الجهل متوفراً في جانب الفاعل بنفس الدرجة عندما يبيع صاحب الحانة خمراً أو يقدمها أو يعطيها الى شخص أمريكي الجنسية مسلم العقيدة ، اعتقاداً منه بأن هذا الشخص الامريكي غير مسلم .

ومن أمثلة الغلط أن يقوم الشخص ببيع الخمر أو يقدمها على أنها من قبيل المياه المعدنية . وكذلك يكون الفاعل في حالة الغلط اذا أعطى كوباً من المشروب المسكر الى شخص مسلم طلب منه كوباً من الماء ليشربه سداً للعطش ، وهو يعتقد أن ما يقدمه كان من الماء . وأياً كان الأمر فان الغلط من الأمور الواقعية يمكن اثباته والاستدلال عليه من الوقائع ويخضع تقدير وجوده من عدمه لسلطان قاضي الموضوع وعلى من يدعيه – يقع عبء الاثبات .

ويكفي في جرائم الخمر هذه توفر القصد الجنائي العام فلا عبرة فيها بالدوافع والبواعث التي حملت الجاني على اقتراف الفعل المحظور . كما لا يلزم فيها توافر قصد خاص . فيعتبر مذنباً من يقوم ببيع الخمر للخادم المسلم بسبب كونها لمخدومه غير المسلم . ومن يبيع الخمر أو يقدمها أو يعطيها كهدية أو هبة الى صديقه المسلم للذكرى ، أو كان الباعث فيها هو العطف على المسلم المدمن ورأفة بحالته .

فهذه الأمور كلها لا تؤخذ بعين الاعتبار في دور التحقيق والاتهام ولكن قد تكون لها قيمة عند الحكم . اذ أن قاضي الموضوع قد ينظر اليها ويعملها عند تقدير العقوبة .

جريمة السكر :

٦٥ – ان كل شخص يوجد ثملاً او سكراناً وحالة سكره ظاهرة ويضبط

في مكان أو طريق عام يعاقب ، **ويلزم لتجريم الفعل تحقق شرطين :**

١) **أن يضبط الشخص في حالة سكر ظاهرة :** أي أن يكون الفاعل قد وجد ثملاً أو في حالة سكر ، ويستدل على هذه من سلوك الشخص وتصرفاته وهذيانه بكلام غير عادي او من عربدته أو من تعرضه للمارة . وبصفة عامة يمكن القول بأن الشخص يكون في حالة سكر كلما كان سلوكه – بسبب الخمر – مغايراً لسلوك الشخص العادي ، او لما هو معتاد من الشخص نفسه ، وقد يؤخذ ذلك من اخلاله بالنظام أو قيامه بافعال أو اقوال تنافي الاخلاق أو الآداب .

ويجب على المحقق في جميع الاحوال أن يثبت في الاوراق الشواهد والأدلة التي تؤكد حالة السكر الظاهر نظراً لكونها حالة تلازم الشخص وقت ضبطه واحضاره .

٢) أن يكون الشخص قد ضبط أو وجد في مكان أو محل عام :

ويعتبر المكان عاماً كلما كان مفتوحاً للجمهور ومطروقاً من جميع الناس ولكل من يريد الدخول أن يدخله ، أو أن يكون المرور والدخول فيه مباح ومتروك للكافة بدون تمييز أو تخصيص مثال ذلك الطرق ، والمرافق والمصالح العامة ، والمقاهي والفنادق ، فعلنية المكان وعموميته تؤخذ من ناحية كونه مفتوحاً للجميع .

اما اذا كان المكان او المحل مقصوراً على شخص معين او كان سكناً خاصاً بالجاني كما لو وجد الشخص في حالة سكر ولكن ذلك كان في المنزل الذي يسكنه ، فانه في هذه الحالة لا يعاقب لتخلف شرط عمومية المكان ، ولكنه قد يعاقب عن جريمة الشرب اذا تكاملت أركانها .

٦٦

ثانياً ـ العقوبة

(١) العقوبة الاصلية :

٦٦ ـ يعاقب الفاعل اذا كان قد قام ببيع الخمر أو أعطاها او قدمها الى شخص مسلم وهو يعلم بأنه مسلم ، وتنزل عليه العقوبة سواء كان يملك ترخيصاً لبيع المشروبات الروحية والكحولية أم لا يحمل رخصة بذلك .

وتكون العقوبة ، الحبس مدة لا تزيد على ثلاثة أشهر ولا تقل عن أسبوعين وهذه العقوبة المقيدة للحرية يضاف اليها عقوبة أخرى وهي عقوبة مالية حيث يغرم الجاني بمبلغ لا يزيد على عشرين جنيهاً ولا يقل عن عشرة جنيهات .

(٢) العقوبة التبعية :

٦٧ ـ لقد نص القانون على معاقبة الفاعل بغض النظر عما اذا كان يحوز ترخيصاً لبيع الخمر أم لا ، وهذه التسوية واجبة في العقوبة الأصلية بين الكافة ، الا أنه مع ذلك قد أخذ بعين الاعتبار وضع الأشخاص المرخص لهم (في ظل القانون رقم ٣ لسنة ١٩٥١) بفتح محلات للبيع وادارة حانات الخمر ، وخصهم بعقوبة تبعية ، تملك انزالها وتنفيذها عليهم جهات الادارة متمثلة في وزير الداخلية .

فأوجب غلق محل حامل الرخصة للمدة التي يحددها الوزير اذا كان الفعل قد وقع من شخص يملك رخصة او كان مقترفه أحد مستخدميه أو مساعديه في المحل ، ولقد نص القانون على عقوبة أشد تقضي بالغاء الرخصة الممنوحة لصاحب المحل اذا ما تكرر منه اقتراف الفعل المحظور منه الى جانب انزال العقوبة الاصلية عليه ، وبما تضمنته المادة ٦ـ٢ ـ عندما قالت : « ... واذا كان ذلك الشخص يحمل رخصة لبيع المشروعات والمواد المسكرة او كان أي شخص يستخدمه أو يساعده ، فيغلق محل حامل الرخصة لتلك المدة

التي يأمر بها وزير الداخلية . وفي حالة تكرار المخالفة فتلغى أية رخصة ممنوحة له لبيع المشروبات او المواد المسكرة » .

فالمشرع هنا ، أعطى لوزير الداخلية سلطة تقديرية في تحديد المدة التي يراها مناسبة لاغلاق المحل ، كما أعطاه بموجب الفقرة الثالثة من المادة السادسة السلطة في أن يأمر في اي وقت كان بعدم تجديد او الغاء اية رخصة لبيع المشروبات الروحية بالجملة او بالقطاعى الممنوحة بمقتضى الفقرة الاولى من المادة الخامسة من المنشور رقم ١٥٤ الصادر في سنة ١٩٤٧ او بمقتضى أي منشور آخر . وهذه السلطة الاخيرة جوازية ولكن الوزير له أن يستعملها في أي وقت . وهذا الذي أخذ به المشرع الليبي ، بما أعطاه من صلاحية وسلطة في الغاء الترخيص او اغلاق المحل ، في رأينا ، نهج غير سليم . وكان الصحيح الا يكون للادارة مثل هذه السلطة ، اذ المفروض أن تكون من اختصاص القضاء بحيث يصبح هو الجهة التي تملك الحكم باغلاق المحل أو إلغاء الترخيص بحسب الأحوال ، وعلى ضوء ما يتبين لها من الاوراق ، بعد أن يمكن المتهم من الدفاع عن نفسه .

فالاجراء الاداري يتعين ان يكون لاحقاً لكلمة القضاء ومرهوناً بالحكم ، أو يمنع المشرع اعطاء التراخيص على الاطلاق ويلغي جميع التراخيص . ولقد احسنت السلطة الثورية عندما أصدرت الأمر التشريعي بمنع البيع فكان في هذا الأمر الغاء لجميع التراخيص التي كانت قائمة ، كما أنه عطل تطبيق الجزء المنتقد من المادة السادسة في فقرتيها (٢) ، (٣) .

٣) عقوبة السكر :

٦٨ ــ يعاقب الجاني ــ في حالة السكر الظاهر ــ اذا ما اكتملت أركانها

وشروطها وتكون العقوبة الحبس لمدة لا تزيد على ثلاثة أشهر وبالغرامة التي لا تزيد على عشرة جنيهات (م ٤٩٧ ع) .

والمشرع هنا وضع الحد الاعلى للعقوبة دون أن ينص على الحد الادنى وبذلك فان القاضي بما يملكه من سلطة تقديرية يستطيع أن يخفف عقوبة الحبس لتصل الى ٢٤ ساعة ولكنه لا يستطيع زيادتها عن حدها الاعلى ، والأمر نفسه يصدق على العقوبة المالية .

ويلاحظ أن هذا الحكم لا يسري مفعوله الا في المحافظات الغربية والجنوبية. أما في المحافظات الشرقية فانه طبقاً للمبادىء العامة ، يطبق القانون الخاص رقم ٣ لسنة ١٩٥١ . فتكون عقوبة الفاعل ، عقوبة مالية ، هي الغرامة التي لا تزيد على خمسة جنيهات ولا تقل عن جنيهين — فاذا ما تخلف الفاعل عن دفعها فانه يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن أسبوع ولا تزيد على شهر ، واذا ارتكب جريمة أخرى يعاقب بالغرامة التي لا تقل عن خمسة جنيهات ولا تزيد على عشرة جنيهات واذا لم يدفعها يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن أسبوعين ولا تزيد على شهرين (م ٧ — ١) .

واذا كان الجاني قد أخل بسلوكه أثناء سكره بالنظام او كان معربداً فانه علاوة على العقوبة السابقة ، يعاقب بالحبس ، مدة لا تزيد على ثلاثة أشهر ، واذا ارتكب جريمة أخرى او لاحقة للفعل تكون العقوبة الحبس لمدة لا تزيد على ستة أشهر (م ٧ — ٢) .

ويلاحظ أن عقوبة السكر تطبق على المسلمين وعلى غيرهم .

على أنه اذا كان الشخص السكران مسلماً فان هذه العقوبة تطبق عليه بالاضافة الى العقوبة المنصوص عليها بالمادة ٦—١ (م ٧ — ٣) .

* * *

المبحث الثالث

أسباب الإباحـــة

٦٩ ــ تضمن التشريع الجنائي الليبي تفصيلاً كاملاً للنظرية العامة في الاباحة وأفراد لاسبابها فصلاً خاصاً بعد أن فرغ من تفصيل اركان الجريمة ، وقد نص صراحة على أن الضرورة تعتبر سبباً مبيحاً اذا ما توفرت شروطها (م ٧٢ عقوبات) .

غير أن المشرع الليبي نص على بعض الاسباب الخاصة الأخرى ، فانفرد القانون الخاص بالمشروبات الروحية والمواد المسكرة رقم ٣ لسنة ١٩٥١ ، بالنص على سببين هما ، الرخصة ، والعلاج .

واذا كانت حالة الضرورة كسبب عام من أسباب الاباحة ، تجد مكانها الطبيعي في شرحها ودراستها التفصيلية بالقسم العام من قانون العقوبات ضمن نطاق النظرية العامة في أسباب الاباحة[١] الا أننا سنتعرض لها في هذه الدراسة بالقدر الذي تقتضيه مادة البحث ويستلزمه الايجاز .

(١) حالة الضرورة :

١ ــ حالة الضرورة في القانون :

٧٠ ــ **تعريفها** : هي حالة واقعية تحيط ظروفها بالشخص أو بالغير

---

(١) تناولها الدكتور احمد الالفي في شرحه لقانون العقوبات الليبي ــ القسم العام ضمن موانع المسئولية وكان الصحيح ان تدخل في اطار النظرية العامة للاباحة وتشرح بين أسبابها بحكم موضعها بين النصوص وباعتبارها سبباً مبيحاً ــ انظر مؤلفه شرح قانون العقوبات الليبي القسم العام ١٩٦٩ ص ٣٦٤ .

وتهدده بخطر محدق ينتج عنه الضرر الجسيم للنفس ويكون وشيك الوقوع ، فلا يجد منفذاً من الضرر ولا وسيلة لدفع الخطر الا بارتكاب الفعل المحظور .

والضرورة – في عموم العبارة – تشمل الاكراه المعنوي – غير أن المشرع الليبي قد نص صراحة على الاكراه المعنوي في الفقرة الأخيرة من المادة ٧٢ من قانون العقوبات .

٧١ – شروطها [١] : توجد بالنسبة لحالة الضرورة شروط خاصة بالخطر ، وأخرى خاصة بوسيلة دفعة .

اما الشروط الخاصة بالخطر ، فيجب أن يكون خطراً على النفس (نفس الشخص أو غيره) وأن يكون خطراً حالاً على وشك الوقوع ، وان يكون غير ارادي لا دخل لارادة الفاعل فيه ، وأن يكون الفاعل غير ملزم بحكم القانون للتعرض للخطر .

وأما الشروط الخاصة بوسيلة دفع الخطر : فهي أن يكون الفعل المحظور ضرورياً لانقاذ النفس، وأن يكون هو الوسيلة التي لا يوجد غيرها للخلاص من الخطر أو دفعه ، وأن يتحقق التناسب بين الفعل المرتكب والخطر المحدق .

وبناءً عليه فان المسلم اذا شرب الخمر أو قدمها او اعطاها الى غيره أو قبلها عندما قدمت اليه ، ومن باب اولى اذا ارتكب الفعل من شخص غير مسلم فهذا جدير بأن يباح فعله ويتعطل تطبيق النص بالسنبة له . وعلى كل حال اذا ارتكب احد الافعال المحظورة – في حالة ضرورة – وكان هذا لانقاذ الفاعل او لانقاذ غيره من الموت المحقق دفعاً للعطش مغ غياب الماء أو دفعاً للداء اذا صدق على الخمر وصف الدواء فان الفعل يكون مبرراً ولا يسأل مرتكبه.

---

(١) انظر في تفصيل ذلك الاستاذ الدكتور محمود مصطفى شرح قانون العقوبات – القسم العام – الطبعة الثامنة ص ٤٥٢ وما بعدها انظر ايضاً الدكتور احمد الالفي المرجع السابق ص ٣٧٠ .

ويقع عبء اثبات حالة الضرورة وتوفر شروطها على عاتق من يزعم أنها تحققت في حالته وفي الظروف التي أحاطت به .

فالشخص الذي يشرب الخمر أو يقدمها او يبيعها او يشتريها أو يقبلها عندما تقدم اليه ، عليه ان يثبت بكل وسيلة من وسائل الاثبات ، ويقيم الدليل على أن الحالة التي عرضت له والظروف التي حاصرته واقترف الفعل في ظلها واقترنت بوقت الواقعة تعتبر حالة ضرورة ، ومثال ذلك من يجد نفسه في صحراء قاحلة خالية من العمران وقد نفذ منه الماء وادركه الموت بسبب العطش فلم يجد مفراً من شرب (اللقبى المخمر) وهو عصير يستخرج من النخيل يصدق عليه وصف الخمر .

التكييف القانوني لحالة الضرورة في التشريع الليبي :

٧٢ – ان حالة الضرورة تعتبر في التشريع الليبي من أسباب الاباحة (م ٧٢) ، ومما يؤكد هذا النظر[١] : –

أولاً : ان ارادة المشرع انصرفت الى اعتبار حالة الضرورة سبباً مبيحاً بصريح النص ، وبموضعه بين النصوص[٢] فالمشرع أفرد لأسباب الاباحة

---

(١) انظر الدكتور محمود مصطفى – أصول قانون العقوبات في البلاد العربية – الطبعة الاولى ١٩٧٠ ص ٤١ – ٤٢ .

انظر ايضاً الدكتور عوض محمد ، جرائم السلاح والتشرد والاشتباه والنقد في التشريع الليبي سنة ١٩٦٩ ص ٣٥ .

(٢) تنص المادة (٧٢) على أنه : « لا عقاب على من ارتكب فعلا ارغمته على ارتكابه ضرورة انقاذ نفسه او غيره من خطر محدق يهدد بضرر جسيم للنفس على وشك الوقوع به أو بغيره ، ولم يكن لارادته دخل في حلوله ، ولا في قدرته منعه بطريقة أخرى ما دام الفعل متناسباً مع الخطر » . =

فصلاً خاصاً عدد فيه الاسباب ومن بينها حالة الضرورة ، وهذا الذي ذهب اليه المشرع الليبي يتفق مع اتجاه الفقه الحديث[١] .

ثانياً ـ ان الاهتداء بالمصدر الذي اقتبس منه النص الخاص بحالة الضرورة في التشريع الليبي ، يجعلنا نؤكد القول بأنها سبب مبيح ـ فالمادة (٥٤) من القانون الايطالي الذي هو أحد المصادر التي أخذ عنها التشريع الجنائي الليبي ، تعتبر الضرورة سبب اباحة .

ثالثاً ـ ان الضرورة لها نفس الأساس الذي تقوم عليه أسباب الاباحة الاخرى فالشخص في حالة الضرورة يوازن بين مسلكين أيهما يتبع ، ويضطر بحكم الظروف التي حاصرته وأحاطت به الى اهدار مصلحة توقياً للضرر عن مصلحة أخرى قد تكون اكثر نفعاً واكبر فائدة من تلك التي أهدرت ، فالضرورة تجمع مقومات الاباحة[٢] ، وهي تتسع لصور لايتحقق فيها التأثير على الشخص واختياره .

رابعاً ـ ان مقتضيات العدالة ـ تحتم أن يكون الفاعل غير مسئول ليس فقط من الناحية الجنائية بل ومن الناحية المدنية أيضاً[٣] .

= « ولا يطبق هذا الحكم على من يخضعه واجب قانوني لتعريض نفسه للخطر . »
« ويطبق حكم الفقرة الاولى من هذه المادة أيضاً اذ انتجت حالة الضرورة عن تهديد الغير الا نه في هذه الحالة يكون مسئولا عن الفعل الشخصي الذي استعمل التهديد للارغام على ارتكابه » وهي تقابل المادة ٥٤ من قانون العقوبات الايطالي .

(١) الدكتور ذنون احمد الرجبو ـ النظرية العامة للاكراه والضرورة ـ دراسة مقارنة (رسالة دكتوراة) ٦٨/ ١٩٦٩ ص ١١٣ وما بعدها .

(٢) انظر : الدكتور محمود مصطفى ـ اصول قانون العقوبات في البلاد العربية ص ٤٣ وشرح قانون العقوبات ص ١٤١ .
انظر ايضاً ـ دكتور ذنون احمد الرجبوص ١١٤ المرجع السابق .

(٣) انظر : الاستاذ الدكتور محمود مصطفى ـ شرح قانون العقوبات القسم العام ـ ص ١٤٠ حيث يقول : ـ « ولما كان سبب الاباحة يمحو الفعل ونتائجه فان مع قيامه لا تترتب على الفعل مسئولية من أي نوع فلا يسأل الفاعل او شريكه عن تعويض الاضرار المترتبة على الفعل » .

هل تعتبر الضرورة من موانع المسئولية ؟

٧٣ ــ بالرغم من صراحة النص ووضع المذهب الذي أخذ به المشرع الليبي في قانون العقوبات ، فان هناك رأي[١] ، يذهب الى القول بأن حالة الضرورة تعتبر في بعض الأحوال من موانع المسئولية بينما تعتبر في حالات أخرى من أسباب الاباحة والضابط المميز هو حرية الاختيار فاذا انتفت القدرة على الاختيار في حالة الضرورة كانت من موانع المسئولية ، أما اذا لم تعدم القدرة على الاختيار فانها تكون من أسباب الاباحة .

غير أن هذا الرأي ، الذي قد يبدو وجيهاً من الناحية الشكلية ، محل نظر وبالتمعن فيه نلاحظ أنه يحاول التوفيق بين الآراء المتعارضة في الفقه المصري ، غير أن هذا التوفيق الظاهري يؤدي في الواقع الى نتائج غريبة لا يمكن التسليم بها كما أنه لامبرر له في تفسير النص الليبي خاصة . وقد تناول ، المشرع حالة الاكراه المعنوي بالنص عليها صراحة .

١) ان هذا الرأي لا مبرر له مع صراحة النص ووضوح مقصد المشرع الليبي : واذا كان هناك خلاف في الرأي بن الفقهاء في مصر فان ذلك له ما يبرره فالنص صريح هناك في ادخال الضرورة في موانع المسئولية لا في أسباب الاباحة .. واذا كان هناك ما يستدعي الخلاف فان هذا لا يبرر تفسير النص الليبي على ضوء ما قيل في تفسير النص المصري ، وكان الصواب هو الاستئناس برأي الفقه الايطالي في هذا الخصوص نظراً لما سبق قوله . ولأن النص الليبي منبت الصلة عن النص المصري .

٢) ان هذا الرأي يؤدي الاخذ به الى نتائج غريبة ففي حين يسأل مدنياً الشخص الذي انعدمت قدرته على الاختيار ــ فانه طبقاً لهذا الرأي ــ لا يسأل

---

(١) انظر الدكتور احمد الالفي – شرح قانون العقوبات الليبي القسم العام ١٩٦٩ ص ٣٦٩ .

مسئولية مدنية ولا جنائية – الشخص الذي لا تؤثر حالة الضرورة على قدرته وحريته في الاختيار ، وهذا لا يتفق مع مقتضيات العدالة ولعل من يقول بهذا الرأي فاته الانتباه الى النتائج المترتبة على الاختلاف بين أسباب الاباحة وموانع المسئولية [١] .

٣) وبالاضافة الى ما تقدم اذا كان الضابط بين الصورتين هو القدرة على الاختيار أو عدمها فان السؤال الذي يحتاج إلى الاجابة هو من الذي يحدد هذه القدرة ؟ وهل هي مسألة شخصية مرهونة بشخص الفاعل أم هي مسألة موضوعية مرتبطة بالظروف التي احاطت به ؟ ولا يكفي للاجابة أن نقول بان ذلك يرجع فيه الى سلوك الشخص العادي . والخلاصة هي أن هذا الرأي فضلاً عن أنه لا يتفق مع مذهب المشرع الليبي فانه لا يمكن قبوله بسبب النتائج التي يؤدي اليها .

ولذلك فان الرأي الصحيح هو أن الضرورة ليست من موانع المسئولية مطلقاً ، اما التوفيق بين آراء متعارضة في الفقه المصري ومحاولة تفسير النص الخاص بحالة الضرورة في التشريع الليبي ، بترديد الصور التي آثارها كل رأي ، فانها ، – في رأينا – لا تأتي بجديد حتى وان ظهر لنا أنها مقبولة ، وذلك لان التحليل الموضوعي يقودنا الى رفضها لما سلف ذكره من أسباب .

وتأسيساً على ما تقدم فان من يرتكب جريمة من جرائم الخمر – تحت وطأة الضرورة فانه لا يسأل جنائياً كما أنه يعتبر غير مسئول مدنياً [٢] لأن الضرورة قد جعلت الفعل مباحاً .

---

(١) انظر في تفصيل الفرق و التمييز بين اسباب الاباحة و الاسباب المانعة من المسئولية . الاستاذ الدكتور محمود مصطفى – شرح قانون العقوبات – القسم العام ص ١٣٨ ، ص ١٣٩ – ١٤٠ .

(٢) كما لو قام بقطع نخلة مملوكة للغير ليتحصل منها على اللقبى لشربه انقاذاً لحياته من الموت .

ب ــ حالة الضرورة في الشريعة :

٧٤ ــ ان التشريع الاسلامي ــ كما هو شأنه دائماً كان أسبق من القانون الوضعي عموماً والتشريع الجنائي الليبي على وجه الخصوص في تقرير نظرية الضرورة ، فتناولها المشرع ونظم شروطها وأحكامها . فالشريعة وان كانت قد شددت على الحرام واقفلت جميع الطرق التي قد تؤدي اليه سواء الظاهر منها أو الخفي ، الا انها مع ذلك قد راعت الاخطار التي قد تحدق بالانسان في بعض الاحوال ، والظروف القاهرة ، والضرورات التي قد تحاصر النفس البشرية الضعيفة .

فالمشرع الحكيم جعل للضرورة محلها من النظر والاعتبار ، فاباح المحرمات عند الضرورات دفعاً للخطر وصيانة للمسلم من الضرر . فالمسلم الذي يكون راحلاً في الصحراء القاحلة ونفذ ماؤه وداهمه العطش في غياب الماء لا يسأل اذا قام بشرب الخمر الذي تقع تحت يده درءاً للعطش ودفعاً لخطر الموت الذي يهدد حياته .

شروطها وآثارها :

٧٥ ــ يقول الله تعالى « فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه ان الله غفور رحيم » ومن القواعد الفقهية المقررة « الضرورات تبيح المحظورات » و « الضرورة تقدر بقدرها » كما أن « الضرر الأشد يدفع بالضرر الأخف ».

ومما تقدم يمكن استخلاص شروط الضرورة وهي في الفقه الاسلامي [1] .

١) أن تكون ملجئة ، لا مخرج منها الا بارتكاب الفعل المحرم دون غيره .

٢) أن تكون حالة وليست متوقعة في المستقبل فالمحظور لا يباح الا عند الضرورة القائمة .

---

(١) الدكتور ذنون احمد الرجبو المرجع السابق ص ٥٦ .

٣) أن يكون هناك تناسب بين الضرورة ووسيلة دفعها فالضرورة تقدر بقدرها فيجب ان يكون المضطر بالنسبة لجرائم الخمر ، قد ارتكب فعل الشرب درءاً للعطش وانقاذاً لنفسه من الموت ، فيلزم لجواز تعاطيها ان يكون مضطراً والا يبتغي منها اللذة ولا يطلب النشوة أو السكر .

كما يجب الا يتعدى ويتجاوز الحدود التي تكفي لعودة الحياة وبعث الروح في النفس فالشرب ليس للأشباع وانما لدفع الضرورة بالقدر المعقول لمن هو في حالته .

والاصل أن الفاعل – في جريمة الضرورة – لا يسأل ويمتد نطاق عدم المسئولية ليشمل الناحية المدنية أيضاً ، غير أن هذه الاخيرة تتحقق ويكون الفاعل مسئولاً مسئولية مدنية اذا لحق الضرر بالغير نتيجة لفعله[1] .

(٢) العلاج

ما هو الحكم ، اذا قام شخص بشراء الخمر او تعاطيها او تقديمها او بيعها للغير بقصد استعمالها كدواء ؟ وهل يختلف الحكم اذا كان الفاعل ، مسلماً عنه اذا كان غير مسلم ؟ !

٧٦ – ١ – من الناحية القانونية : نص القانون رقم ٣ لسنة ١٩٥١ على استثناء خاص يعطى الاجابة على السؤال المطروح فيما تقدم . فقد نصت المادة الخامسة من القانون على ما يلي : « لا تطبق احكام المادتين ٣ و ٤ من هذا القانون على ادوية او عقاقير تحتوي على عناصر مسكرة وتصرف بواسطة اي صيدلي بناء على تذكرة طبية يحررها طبيب مسجل » .

---

(١) انظر الدكتور ذنون احمد الرجبو – المرجع السابق ص ٥٧ .

وبناء على هذا النص فانه يجوز للشخص المسلم أن يشتري أو يقبل كهدية او خلافه أو يتعاطى أية ادوية او عقاقير تحتوي على عناصر مسكرة وتعتبر خمراً من الناحية القانونية طبقاً للتعريف السابق بشأن الخمر ، طالما أن الصرف قد تم بواسطة صيدلي استناداً على تقرير طبي قام باعداده طبيب مسجل . ومعنى هذا أن استعمال الخمر في العلاج ـ تحت شروط معينة ـ يعتبر سبباً مبيحاً للفعل ، ويصدق نفس الحكم على غير المسلم ـ اذا تحققت الشروط في جانبه ـ واقترف فعلاً من الافعال المحظورة عليه من حيث المبدأ .

الشروط ـ اما الشروط فهي :

٧٧ ـ ١ : **صفة المادة المصروفة :** ان يصدق على المادة المصروفة وصف الدواء أو العقاقير الطبية بحسب ما تقضي به المفاهيم العلمية والمعايير الطبية فيتعين لاباحة الفعل ان تكون المادة المسكرة او المشروب الكحولي قد صرفت كدواء لعلاج مرض معين وأن تكون داخلة في تركيب الدواء .

٢ ـ **صفة من يقوم بالصرف :** ان يتم الصرف بواسطة صيدلي مؤهل ومخول من الجهة المختصة بادارة صيدلية مرخص لها فاذا كان الصرف قد انصب على الخمر التي يصدق عليها وصف الدواء وكان الصرف من مكان غير الصيدلية غير مسموح له بالعمل أو كان المسلم قد اشتراها من حانة او محل لبيع الخمر فان الواقعة تعتبر جريمة ويسأل الفاعل .

٣ ـ **صفة من يقوم باعداد التذكرة الطبية :** ان هذا الشرط ، مقتضاه ان يكون صرف المادة او العقاقير التي تعتبر دواء من ناحية الى جانب كونها خمراً من ناحية أخرى ، بناء على تذكرة طبية (روشته) يكون قد اعدها وقام بتحريرها طبيب مسجل . والطبيب المسجل هو كل طبيب مؤهل ومصرح له بالعمل لمزاولة مهنته سواء كان يعمل مع الحكومة او في مؤسسة عامة ، مع

شركة او في مؤسسة خاصة فكل ذلك يستوي حتى ولو كان الطبيب يعمل في عيادته لحسابه الخاص ، فارتباط الطبيب الذي حرر التذكرة الطبية « الروشته » بالعمل مع الحكومة ليس بشرط ما دام الطبيب مؤهلاً ومصرح له بالعمل في البلاد .

غير انه يجب على الطبيب ان يحرر التذكرة الطبية ، بنفسه ويوقع عليها فإذا لم يكن الطبيب قد أعدها بنفسه وقام بالتوقيع عليها .

فاذا قام طبيب غير مصرح له بالعمل باعداد التذكرة الطبية (الروشتة) او قام بذلك ممرض مؤهل فان « الروشته » لا تكفي لتبرير الفعل لأن من اعدها غير مختص . واذا ارتكب الفعل وقع الفاعلون تحت طائلة العقاب بسبب انتفاء صفة الطبيب المسجل في من حرر (الروشته) .

٤ – **صفة من يتم الصرف لمصلحته** : يتعين أن يتم صرف المادة او المشروب لمصلحة شخص مريض محدد بشخصه ومعين بالذات . فاذا ضبطت تلك المواد بحوزة شخص لا صلة له بالمريض ولا تربطه أية علاقة ولم يستطع تبرير وجودها بحيازته فانه يعاقب ، لان شراء الخمر وتعاطيها مباح من الناحية القانونية للمسلم ما دام مريضاً وقرر الطبيب ان علاجه يستلزم مواد او عقاقير طبية ويدخل في تركيبها الشراب او المسكر . أما غير الشخص المريض فلا يستفيد من اعمال نص الاباحة في حالة العلاج . كذلك فان القرار الطبي لا يسري مفعوله الا بالنسبة لمن صدر لمصلحته والقول بغير هذا ينفي الحكمة من هذا النص المبيح ، ويهدر الغاية التي ابتغاها المشرع من وراء ذلك .

فاذا توفرت هذه الشروط الاربعة مجتمعة في جانب المسلم او غير المسلم ، بحسب الاحوال فان فعله لا يعتبر جريمة ، أما اذا تخلف احدها او اختل شرط منها فان الفاعل يسري عليه نص التجريم ويتعين عقابه .

٧٨ ــ ب ــ من الناحية الشرعية : سبق لنا القول فيما تقــدم ــ عند الكلام في جريمة الشرب ــ أن من يدفع بأنه قد شرب الخمر واستعملها كدواء بقصد العلاج أو التداوي فلا يقبل منه ذلك ويقام عليه الحد لما روي عنه صلى الله عليه وسلم انه قال : « ان الله لم يجعــل شفاءكم فيما حرم عليكم » وقوله في الخمر : « انه ليس بدواء ولكنه داء » وعنه صلى الله عليه وسلم انه قال : ــ « من تداوى بالخمر فلا شفاه الله ، وهذا هو الراجح فيما نعتقد[١] .

(٣) الرخصة

٧٩ ــ تفرد القانون الخاص بالمشروبات الروحية بالنص على الرخصة واسند في شروطها وجهة اصدارها الى المنشور رقم ١٥٤ الصادر ابان عهد الادارة البريطانية وهكذا فان الرخصة تعتبر سبباً مبيحاً في ظل النظام الملكي .

اما الشريعة الاسلامية فلقد خطرت بشكل مطلق جميع صور التعامل في الخمر واعتبرته مالاً غير متقوم لا تجوز حيازته ولا يصح التعامل فيه .

---

(١) غير أن الاستاذ يوسف القرضاوي في كتابه الحلال و الحرام في الاسلام يرى بأن للضرورة حكمها في نظر الشريعة فلو فرض أن الخمر أو ما خلط بها تعينت دواء لمرض يخشى منه على حيــاة الانسان بحيث لا يغني عنها دواء آخر ووصف ذلك طبيب مسلم غيور على دينه فان قواعد الشريعة القائمة على اليسر و دفع الحرج لا تمنع من ذلك أضيق الحدود الممكنة . اما الاستاذ محمد ابو زهرة فيرى بأن الخمر محرم لعينه فلا يباح الا للضرورة و ليس منها التداوي واذا كان في التداوي ضرورة فانها لا تتعين الخمر طريقاً للعلاج ، بل هناك غيرها مما هو انجح واطهر وما قال طبيب منذ نشأة الطب الى اليوم ان في الخمر فائدة طبية لا توجد في غيرها ــ انظر العقوبة ص ١٨٩ .

وتعرف الرخصة ، بانها تصريح كتابي من السلطة المختصة ، يمنح بموجب شخص معين الاذن لادارة حانة او محل يقوم فيه بيع الخمر جملة او بالقطاعي لغير المسلمين في مكان محدد . فهي اذن كتابي يحرر على نماذج محددة ومخصصة لهذا الغرض ويصدر من جهة الادارة متمثلة في متصرف المنطقة . ويلزم أن يحدد فيها اسم صاحب الاذن أو التصريح وقد جرى العمل في العهد السابق على أن تصدر الرخص للاشخاص غير المسلمين ، أما المسلمون فان طريقتهم للحصول على الترخيص، هي استعمال اسلوب التحايل على القانون باستخدام الاجنبي الذي يستصدر له ترخيص باسمه في حين أن الربح والدخل يعود على صاحب الحانة الحقيقي المسلم . ولا يجوز أن يتم البيع الا في المكان الذي يقع في دائرة اختصاص المتصرف الذي أصدر الرخصة . ويختلف الترخيص بحسب ما اذا كان المحل او الحانة مفتوحة لبيع الخمر بالقطاعي أو بالجملة وتظهر أهمية ذلك في قيمة ونسبة الرسوم المدفوعة والضرائب التي تحصل سنوياً . والترخيص لا يخول لصاحبه سوى بيع الخمر او تقديمها الى غير المسلمين اما المسلمين فلا يجوز له بيعها أو تقديمها لهم .

وفيما يتعلق بشروط الرخصة فلقد سبق بيانها في المبحث الاول من هذا القسم من دراستنا .

ما هو حكم الرخصة في ظل النظام الجمهوري :

٨٠ ــ ان مجلس قيادة الثورة وهو يملك الآن كل الصلاحيات التي كانت للسلطة التشريعية له ان يصدر أيه تشريعات او اوامر ذات صفة تشريعيـــة ولقد قلنا فيما تقدم من هذه الدراسة أن الأمر التشريعي الذي أصدره مجلس قيادة الثورة قد جاء عاماً نافذاً على كافة انحاء الجمهورية بالنسبة للمسلمين وغيرهم وقلنا بأن ذلك يعني الالغاء الضمني للتراخيص التي كانت ممنوحة

الى اصحاب الحانات والخمارات والفنادق العامة لبيع الخمر فالمقرر في المبادىء العامة أن التشريع اللاحق يلغي التشريع السابق فيما تعارض معه من أحكام .

ومنذ ذلك التاريخ الذي صدر فيه الامر تعتبر التراخيص ملغية وكأن لم تكن لأن الأمر صريح في منع البيع منعاً باتاً ، ولأن النصوص التي تنظم طريقة البيع ومنح التراخيص تعتبر ملغاة نظراً لتعارضها مع أمر السلطة القاضي بالمنع وقد أكدت المادة ٣٥ من الاعلان الدستوري الصادر في ٢ شوال ١٣٨٩ هـ الموافق ١١ ديسمبر سنة ١٩٦٩ ، ذلك حيث قالت : —

« يكون للقرارات والبيانات والاوامر الصادرة من مجلس قيادة الثورة منذ سبتمبر ١٩٦٩ وقبل صدور هذا الاعلان الدستوري قوة القانون .

ويلغى كل ما يتعارض مع أحكامها من نصوص القوانين النافذة قبل صدورها .

« ولا يجوز الغاؤها أوتعديلها الا بالطريقة المبينة في هذا الاعلان الدستوري »

وبناء عليه فان الرأي الذي نذهب اليه فيما يتعلق بالرخصة هو أنها لا تعتبر من الاسباب المبيحة الا بالنسبة للوقائع التي كانت قد حصلت قبل نفاذ الأمر بمنع البيع أما بعد صدور هذا الأمر ونفاذه فان من يقوم ببيع الخمر يعاقب سواء كان حائزاً عل ترخيص أم لا وسواء كان مسلماً أو غير مسلم فالوضع متماثل في كلا الحالتين ولا مجال للتمييز والتفريق بالنسبة لواقعة البيع ، للاسباب التي ذكرناها وتعتبر الواقعة جريمة يعاقب من يقترفها .

الخاتمة

٨١ — وفي ختام هذه الدراسة التي القينا فيها الضوء وتناولنا بها دراسة التشريعات التي تتعلق بجرائم الخمر وبينا القيمة العملية لها كما أظهرنا فيها مدى التوافق والتطابق بين الشريعة الاسلامية والقانون ، واوضحنا في الوقت

نفسه اوجه الاختلاف ، مستعينين بما استخلصناه من التجربة وما مارسناه في العمل ، فان الخلاصة التي نود أن نجملها هي أن الخمر ، وقد ثبت لنا المدى الذي تحدثه من حيث الضرر على الفرد والمجتمع ، فان الواجب يقتضي أن يكون التشريع الخاص بها محكم الصياغة عاماً في نفاذه وتطبيقه على جميع اجزاء القطر شاملاً لكل صور التعامل مع ملاحظة العيوب التي اشرنا اليها في حينها ومكانها من هذا البحث فيما يتعلق بالتشريعات القائمة .

والذي لا نحتاج الى تأكيده اذ أنه أمر لا يقبل الجدل ، هو أن يكون هذا التشريع الذي تقترحه مستمداً من اصول الشريعة ومبادئها مطابقاً لاحكامها وليس في هذا الامر غريب وانما فيه احقاق للحق واعادته الى نصابه . فاذا ما توصلنا الى ذلك فاننا نحقق ما لم يحققه غيرنا ونجمع بين ضرورات العمل ومقتضيات الشريعة حيث نواجه الواقع وما فيه بموجب قانون مبنى على نصوص الاحكام الشرعية .

المراجع :

(١) الاستاذ محمد ابو زهرة – الجريمة والعقوبة في الفقه الاسلامي – دار الفكر العربي .

(٢) الاستاذ عبد القادر عودة – التشريع الجنائي الاسلامي مقارناً بالقانون الوضعي سنة ١٩٦٠ – دار العروبة .

(٣) الاستاذ احمد فتحي بهنسي – الجرائم في الفقه الاسلامي دراسة فقهية مقارنة .

(٤) الاستاذ يوسف القرضاوي – الحلال والحرام في الاسلام .

(٥) السياسة الشرعية في اصلاح الراعي والرعية – لأبي العباس احمد بن تيمية – دار الشعب تحقيق وتعليق محمد ابراهيم البنا – محمد احمد عاشور .

(٦) الاستاذ الدكتور محمود محمود مصطفى – شرح قانون العقوبات القسم العام ١٩٦٩

(٧) الاستاذ الدكتور محمود محمود مصطفى اصول قانون العقوبات في البلاد العربية ١٩٧٠ .

(٨) الدكتور ذنون احمد الرجبو – النظرية العامة للاكراه والضرورة ٦٨/ ٦٩ رسالة دكتوراه

(٩) الدكتور احمد الالفي – شرح قانون العقوبات الليبي القسم العام ١٩٦٩ .

(١٠) الاستاذ الدكتور عوض محمد – جرائم السلاح والتشرد والاشتباه والنقد في التشريع الليبي ٦٩ .

(١١) اعداد جريدة الثورة الليبية – دراسة عن الخمر – بقلم عاشور الشامس .

(١٢) موسوعة التشريعات الليبية – بن يونس والنيهوم .

القـــانون العام

١

الرأي العام والطبيعة الاقناعية للسلطة

للدكتور عبد الرضا الطعان

أستاذ مساعد في كلية الحقوق بالجامعة الليبية

لم ينل موضوع السلطة حظه من عناية الفكر المعاصر الاّ في وقت متأخر ، ولعل ذلك يرجع ، بالدرجة الأساسية ، الى هيمنة الفكر الليبرالي والى طبيعة فهمه للسلطة . فقد كان الفكر الليبرالي يرى أن السلطة تتجسد فيما يسمى بالوسط الاجتماعي . وهذا الوسط يتكون من معطيات طبيعية بيولوجية . بمعنى آخر ان الوسط الاجتماعي يتمثـــل بالنوع الانساني **L'espèce humaine** الذي يحدد ويحكم كل جزء على سبيل الحتم . ان هذه الحتمية التي يعبر عنها الوسط الاجتماعي تأخذ ، على النطاق الذهني وفي مستوى التصورات شكلاً خاصاً . هذا الشكل الخاص هو السلطة . ولكن بين السلطة ، بهذا المعنى ، والحرية الفردية التي يتمسك بها الفكر الليبرالي تجري عملية صراع دائم ، وبحكم ما تتمتع به الحرية الفردية ، في الفكر الليبرالي ، من سمو ، لا بد من ان يتمخض هذا الصراع عن نتيجة تتميز بأنها في صالح الحرية الفردية ، هذه النتيجة ستتمثل بوجود الدولة الليبرالية . فالدولة في مثل هذه الحالة ، سوف لن تكون اكثر من مجال تتحرك فيه الارادة الحرة للفرد ، بعيداً عن السلطة [١] .

وهكذا نلاحظ أنه ، في اطار مثل هذه النظرة السلبية التي ينظر فيها الفكر الليبرالي الى السلطة ، لم يكن بالامكان تصور العناية بها بالشكل اللازم .

غير ان وظائف الدولة ، وتجاوزها لحدود الوظائف الهامشية التي حددها الفكر الليبرالي ، كان قد قاد الى فهم جديد عنى بصياغته الفكر الاجتماعي ، بمقتضى هذا الفهم الجديد لم تعد الدولة متنافرة مع السلطة ، وانما اصبحت ، بقدر ما تقوم بتأدية هذه الوظائف ، ملتحمة بها . وهكذا فان الدولة اصبحت ، على حد قول الأستاذ (بردو) مجرد « تفسير وتبرير واستعمال للظاهرة الاجتماعية التي هي السلطة[٢] . »

ان بروز اهمية السلطة ، بهذا الشكل ، هو الذي كان قد مهد للعناية بها خصوصاً بعد ان انتظم حولها علم مستقل هو علم السياسة [٣] . وفي مساهمتنا هذه سنتناول بالبحث نقطة خلافية . فهناك العديد ممن يرى أن السلطة ، بسبب ما تتضمنه من اكراه ، لا يمكن ان تقترن بالاقناع . وفي مناقشتنا لهذا الرأي سنحاول ان نكشف عن الطبيعة الاقناعية للسلطة ، والوسائل المتبعة من قبلها من اجل اشباع هذه الطبيعة . ولكن بما ان الاقناع يستهدف جمهوراً معيناً ليؤثر في رأيه ويوجهه باتجاه معين فان دراسة الطبيعة الاقناعية للسلطة ، من اجل ان تكون دراسة عينية ، لا بد من ان تنطلق من هذا الجمهور الذي اعتدنا ان ندعوه بالرأي العام . وعليه فاننا سنتناول بالبحث النقاط التالية :

١ ــ الطبيعة الاقناعية للسلطة .

٢ ــ الرأي العام .

٣ ــ وسائل الاقناع .

١ ــ الطبيعة الإقناعية للسلطة

يذهب (فولكييه) الى ان الاقناع هو دفع الشخص نحو الاعتقاد ،

فالاقناع يرد بالنسبة للآخرين عندما يتم دفعهم نحو الاعتقاد . ولكن اذا كان الاقناع لا يتحقق الا بفعل أثر خارجي ، فان عملية الاعتقاد التي تترتب عليه تبقى عملية ذاتية . وقد عبر (باسكال) من قبل عن هذه الحقيقة عندما قال : ان الامتناع يتوفر بشكل احسن عندما يتم للمرء اكتشاف الأسباب بنفسه ، وقال كذلك : « ليس بالامكان اقناع الآخرين الا عن طريق الأسباب التي يقترحونها [٤] » . فالاقناع بكل الأحوال عملية فكرية .

ان الاقناع بهذا المعنى ، نجده لصيقاً بالسلطة ، بقدر ما تؤدي اليه نتيجة ممارستها التأثير على افكار الآخرين .

ان (هانز مورجانتو) يشير الى ان السلطة تفترض نوعاً من الانضباط الفكري ، كما تدخل شيئاً من النسق العقلاني في مادة السياسة . ثم يؤكد ان الجو الثقافي هو الذي يكون محتوى السلطة [٥] . ثم يضيف في الأخير قائلاً : « ان السلطة هي علاقة نفسية بيد الشخص الذي يمارسها والذين تمارس بالنسبة إليهم ، فهي تمنح الأول تأثيراً على عقول الآخرين » [٦] .

اما (جان لوم) فيرى ان الموضوع الحقيقي الذي تنصب عليه السلطة هو رأي الجماعة بمعنى آخر ان موضوع السلطة ليس الجماعة وانما رأي الجماعة[٧] .

اما (بردو) فقد حدد العلاقة بين السلطة والفكر بشكل آخر فقال : ليست السلطة هي التي تخلق الطاعة ، وانما عقلنا الذي يتحسس ضرورة النظام هو الذي يخلق الطاعة وبالتالي السلطة [٨] .

يبدو مما تقدم ان الاقناع يمثل خاصية من خصائص السلطة بقدر ما تقترن بالتأثير على الأفكار .

من اين تتأتى هذه الخاصية الاقناعية للسلطة ؟

ان (موريس هوريو) يرى ان مثل هذه الخاصية تتأتى من ان السلطة تمثل

قبل كل شيء حرية تحمل في اعماقها نظاماً في حالة من القدرة تميل الى ان تعبر عنه بشكل من الأشكال . هذا من جهة ، ومن جهة أخرى ان السلطة تمارس على افراد احرار . وعليه فان طاعة هؤلاء الأفراد لا تتوافر الا اذا كانت الاوامر المعبرة عن السلطة متطابقة مع جوهرها اي مع الحرية وما تتضمنه من نظام : بمعنى آخر ان السلطة لا تستطيع ان تستمر في الوجود عن طريق الاجبار ، كما لا تستطيع ان تستغني عن الطاعة الارادية للأفراد ، لذا فان السلطة تجد نفسها ملزمة بإقناع الأفراد بان اوامرها متطابقة مع جوهرها [٩] .

اما (بردو) فيقيم الخاصية الاقناعية للسلطة على اساس من الطبيعة التصورية للنظام الاجتماعي **Ordre Social** فهو يؤكد بأن « الانسان لم يبدأ بتخيل بعض المبادىء المجرد كالعدالة والمساواة والتضامن الخ .. ليجعل منها منطلقاً في وجود بنية مجتمع في حالة من الفعالية . ان العقل البشري يتحسس اولاً نموذجاً ملموساً من التنظيم الاجتماعي ، اما المبادىء التي تكون النظام الاجتماعي فانه يقوم باستخلاصها ، فيما بعد ، من خلال هذا التنظيم ، في الأحوال التي يكون فيها الانسان قد بلغ درجة من الكفاءة في القيام بعملية التجريد العقلي ، ليجعل من هذه المبادىء خطوة قوة تصون هذا التنظيم [١٠] .

ثم يشير (بردو) الى ان النظام الاجتماعي في جوهره ما هو الا التصور الجماعي . فهو يقول : « ان التصور الذي يتم داخل المجموعة الاجتماعية هو تصور جماعي ، فإذا كان هناك شك فيما يتعلق بوجود وعي جماعي (الاشارة هنا الى نظرية عالم الاجتماع الفرنسي دركهايم) فان مثل هذا الشك لا يرد فيما يتعلق بوجود روحية مشتركة **esprit Commun** متميزة في محتواها عن كل واحدة من الروحيات الفردية الخاصة باعضاء الجماعة . ان الروحية المشتركة هي التي تنتج التصور الجماعي . وهذه الأخيرة بدورها هي التي ستكون القاعدة التي يستند عليها كل نظام جماعي . » [١١]

ان النظام الاجتماعي الذي تقوم بتجسيده التصورات الجماعية سيعبر عن النظام المرغوب فيه على اعتبار انه سيبدو ، بالنسبة لاعضاء الجماعة كخير تتطلع اليه نفوسهم .

ولكن (بردو) يؤكد بأن هذا الخير لا يمكن ان يتحقق بذاته وبشكل عفوي . ان تحقيق الخير لا يمكن ان يتم بعيداً عن ضمان سلوك معين بالنسبة لاعضاء المجاعة . فالسلام الذي يمثل خيراً يحتويه كل نظام اجتماعي لا يمكن ان يتحقق دون تنازل اعضاء الجماعة عن حالة الانتقام الفردي ، مثلاً ، بمعنى آخر ان الخير لا يمكن ان يتحقق الا بالخضوع لبعض القواعد ، وقبول نوع من الضبط . ان القاعدة الاجتماعية تبدو كشرط لتحقيق الخير الذي يتضمنه كل نظام اجتماعي ، طالما لا يوجد اي دليل على وجود رقابة ذاتية يمارسها اعضاء الجماعة على انفسهم . ان الجماعة تتصور النظام ، ولكن عندما يتعلق الأمر بالقاعدة اللازمة لوجود اي نظام ، لا بد من وجود وسيط يسمح لاعضاء الجماعة بادراك القاعدة ، والخضوع لها . وهذا ما تقوم به السلطة [١٢] . بمعنى آخر ان السلطة تنشأ لتقوم بمهمة تحديد السلوك الخاص لاعضاء الجماعة ، عن طريق القاعدة ، ليتطابق مع هذا النظام الاجتماعي [١٣] .

ولكن كيف يتم تحديد السلوك ؟

نحن نعلم – حسب رأي (بردو) – ان النظام الاجتماعي هو تجسيد للتصورات الجماعية ، وعليه فان تحديد السلوك ليكون منسجماً مع النظام الاجتماعي يتم عن طريق التأثير على التصورات الفردية لتكون منسجمة ومتناسقة ومتلاحمة مع التصورات الجماعية . بمعنى آخر ان السلطة تضطلع بمهمة التأثير على التصورات الفردية ، كوسيلة لتحديد السلوك . اما القاعدة فما هي الا الاداة التي تستخدم في التأثير على التصورات الفردية .

بكلمة موجزة ان الخاصية الاقناعية للسلطة تتأتى من قيام السلطة – كوسيط

بممارسة التأثير ، عن طريق القاعدة ، على التصورات الفردية ، لفرض ضمان المطابقة بين السلوك والنظام الاجتماعي [١٤] .

غير ان (بردو) يحاول ان يبحث عن مصدر آخر للخاصية الاقناعية للسلطة . هذا المصدر يتمثل بقيام السلطة بالتأثير على التصورات الفردية لمدها نحو المستقبل . فهو يرى ان النظام الاجتماعي تصورٌ ممتدٌ نحو المستقبل . اي ان الروحية الجماعية يمتثل للتبلور حول صورة للنظام الأفضل . فهو يقول : « لهذا السبب نلاحظ في المجتمعات غير المتطورة ، ان موضوع التصور لا يكون شيئاً آخر غير صورة النظام القائم . وانطلاقاً من هذا النظام القائم فقط تحاول الروح الجماعية البدائية ان تحدد الخير الذي ينتظر المجتمع تحقيقه . ولكن عندما تصل الجماعة الاجتماعية الى مرحلة النضوج العقلي . نلاحظ ، على العكس مما تقدم ، ان التصور سيتم حول مصدره المجتمع الأحسن ، وضمنياً سيندفع هذا التصور نحو المستقبل » .

ان السلطة ، في مثل هذه الحالة ، سوف لا تواجه فقط مهمة التأثير على سلوك الأفراد ، عن طريق القاعدة ، لضمان المطابقة بينه وبين النظـام الاجتماعي ، انما ستواجه مهمة التأثير على هذا السلوك لتوجهه نحو المستقبل ، نحو النظام الأفضل .

ان النظام الأفضل في نظر (بردو) لا يمثل الا مجموعة من التصورات المتجاوزة للحاضر ، فالتأثير على سلوك الأفراد ، في مثل هذه الحالة ، هو التأثير على تصوراتهم الخاصة ودفعها نحو المستقبل لتتم المطابقة بين التصورات الجماعية والتصورات الفردية [١٥] .

غير ان (موريس ديفرجه) كان قد اكتشف الخاصية الاقناعية للسلطة في الشرعية légitimité التي تقترن بها كل سلطة .

٧

ويعرف (ديفرجه) الشرعية بقوله : « في مجتمع معين ، تتم صياغة بعض الأفكار الخاصة بالشكل ، والطبيعة ، والبنية ، التي ينبغي ان تتخذها السلطة كيما تبدو سلطة مقبولة بذاتها . وعليه ستكون شرعية ، تلك السلطة التي تتطابق مع هذه التصورات الجماعية الخاصة بشكل وطبيعية وبنية السلطة[١٦]

ثم يوضح اكثر فيقول : « ان الشرعية اعتقاد يعتمد اعتماداً كبيراً على الايديولوجيات ، والخرافات الشائعة في المجتمع » [١٧] .

وبصدد السلطة السياسية يرى (ديفرجه) ان كل ايديولوجية تبحث عن تحديد لصورة الحكومة النموذجية ، فالحكومات التي تقرب من هذه الصورة هي وحدها ، دون غيرها ، التي تتمتع بالشرعية . ان التاريخ يبين لنا بان هناك شرعية ملكية وشرعية ديمقراطية ليبرالية وشرعية ماركسية [١٨] بقدر ما تقود هذه النماذج المختلفة للشرعية ، الى وجود تصورات مختلفة . ان الشرعية بهذا المعنى تجعل من السلطة امراً مرتبطاً بالاعتقاد ، فيتم الانضواء تحتها . بقدر ما يتوفر الاعتقاد بها ، على اعتبار أنها مطابقة للصورة الجماعية [١٩] .

لذا فان السلطة تجهد ، عن طريق التأثير على افكار الناس ، لاقناع الناس بأنها مطابقة للتصورات الجماعية التي يحملونها في اذهانهم .

والذي نلاحظه على كل هذه المحاولات لتفسير الخاصية الاقناعية للسلطة انها لا تنطلق من جوهر السلطة ذاتها . اذ انها تجعل من الاقناع عملية تتم خارج السلطة . فعندما يؤكد (موريس هوريو) بان السلطة تقوم باقناع الأفراد بان اوامرها متطابقة مع جوهرها ، فان ذلك يعني أن عملية الاقناع تتحرك في مجال خارج عنها هو مجال التطابق . وبمجرد ان تؤدي السلطة وظيفتها هذه يزول هذا المجال وتفقد السلطة صفتها الاقناعية . بمعنى آخر ان محاولة (موريس هوريو) تجعل من الاقناع صيغة عارضة وليست خاصية من خصائصها .

٨

ان هذا هو ، كذلك ، حال محاولتي (بردو) و (ديفرجه) .

والذي نعتقده ان الخاصية الاقناعية للسلطة تكون عنصراً من عناصر وجودها ، بقدر ما تعرف هذه السلطة باعتبارها « الكفاءة الواعية في ممارسة تأثير واضح »[٢٠] . بمعنى آخر ان التأثير الذي يكون عنصراً من عناصرها هو الذي يتضمن معنى الاقناع ، بقدر ما يتضمن معنى توجيه ارادات الأفراد باتجاه آخر يختلف عن الاتجاه الذي كان من المحتمل ان تسير فيه لو لم يوجد مثل هذا التوجيه .

ان (فرانسوا بوريكو) كان قد حلل الاقناع الذي يتضمنه التأثير بقوله : « ان السلطة التي يمارسها فرد على أفراد آخرين ، تقاس بتكرر مبادرات التأثير التي بامكان الأول ان يقوم بها تجاه الآخرين ، كما تقاس كذلك بمدى استقبال هؤلاء الآخرين لمثل هذه المبادرات في التأثير . ان عدد ردود الفعل الايجابية والاذعان والعطف الذي تحاط به مبادراتي في التأثير هو القياس الأول لمدى السلطة التي املكها ، ان ردود الفعل الايجابية ، والاذعان ، والعطف لا يمثل مجرد نزوات تضغط على افراد الجماعة وانما هي ترتبط بالدرجة الأولى بادراك واع لتفوقي وسموي . [٢١] »

فالتأثير الممارس يرد دائماً باعتباره تأثيراً عقلياً . ان هذا كان قد دفع بـ (بير شتيت **Bierstedt**) الى القول بأن التأثير هو « قبل كل شيء اقناع ، ان ميدانه الخاص هو الرأي » [٢٢] .

ولكن ما هو الرأي ؟

يعرف (جان وليم لابيير) الرأي باعتباره « حكماً قابلاً لان يكشف عن موقف معين . بمعنى آخر أنه استعداد شخصي ، عقلي وجسماني ، بنفس الوقت للتصرف طبقاً لنموذج معين من السلوك . [٢٣] »

اما (جليان فرند) فيرى ان الرأي يتحقق وجوده عندما يتم الانتماء الى فكرة ، او مجموعة فكرية لا يقوم يقينها على اساس من اثباتات جازمة كان قد تم التحقق منها موضوعياً ، ولا على بداهة تفرض نفسها بسبب الصدق المطلق الذي تتضمنه . ومع ذلك فان الرأي يحيط نفسه باسباب مقبولة ليبدو ، بالتالي ، كمسبقات ، او معتقدات صادقة ، او مجرد حدس . فعندما يحاول احد المؤرخين ان يؤكد لنا ، بالاستعانة بالوثائق ، بان (نابليون) هو الذي كان قد حفر قبر الثورة الفرنسية ، فانه يقدم لنا حكماً Jugement من الجائز ان يكون مسبباً الى حد بعيد ، ولكن هذا الحكم سوف لا يكون اكثر من رأي ، ذلك لأنه بالامكان التمسك ازاءه بالقول ، مع نوع من الايمان الصادق ، بأن نابليون هو الذي انقذ الثورة الفرنسية [٢٤] .

ان الرأي يتميز بالخصائص التالية :

(١) ــ انه عمل من اعمال الارادة ، ويرد بخصوص عمل من اعمال الارادة . لذا فان الموقف المتخذ بخصوص كوارث الطبيعة لا يمكن ان يسمى رأياً كما ذهب الى ذلك (سبروت Sprott) [٢٥] .

(٢) ان الرأي يتميز بارتباطه بالوعي ، بقدر ما يؤدي إلى حكم يسير باتجاه التثبت . فقبل ان يبرز الرأي بشكله الواضح ، يفترض بلا شك ، ان هناك شيئاً في عواطف ومخيلة اعضاء الجماعة الاجتماعية . غير ان هذا الشيء لا يمكن ان يكون هو الرأي . ان الرأي يبرز عندما تطرح قضايا معينة امام اعضاء هذه الجماعة ، فتتجاوز نطاق عواطفهم ومخيلاتهم لتدخل في نطاق وعيهم . وهكذا فان اعضاء المجاعة يبدأون بتجاوز ما كانوا يحسونه ، من قبل ، بشكل غامض مختلط ، ليتم تحولهم الى حالة الوعي الواضح . وبذلك يتغير كل شيء بالنسبة لهم .

(٣) ــ ان الرأي يقوم على اساس من التسبيب الموضوعي ، بقدر ما يميل

الى تبرير نفسه ، بشكل من الأشكال فعندما نقول ان الموسيقار (باخ) افضل من الموسيقار (جوهان سنراوس) فاننا لا نعبر عن اسلوب شخصي في تحسس الموسيقى ، وانما نقيم ، في الواقع ، حكماً ونعتقد انه مسبب موضوعياً وبهذا الشكل يتم العبور من حالة العواطف الى حالة التقييم .

ان هذه الخاصية تسمح بالتمييز بين الذوق والرأي . اذ ان الذوق بقدر ما يفتقد للتسبيب المنطقي يتصل بالعواطف الذاتية ولذلك فهو متعدد بتعدد الكينونات . اما الرأي ، فعلى خلاف ذلك ، اذ هو يمثل مادة للنقاش ، وحتى بالامكان القول ان كل نقاش هو ، في الجوهر ، صراع ما بين آراء مختلفة . ان هذا الصراع يعبر عن حقيقة مهمة ملخصها ان الذي يملك رأياً ، لا يميل الى فرضه عن طريق القوة ، وانما يميل الى ان يجعله موضع قبول ، بمعنى آخر انه يميل الى ان يؤكد جانبه العقلي عن طريق تسبيبه .

(٤) ان هذه الخاصية تقود الى خاصية أخرى يتميز بها الرأي . ان الرأي كيما يوجد ، يفترض وجود رأي واحد مخالف او عدة آراء مخالفة . وقد عبر (الفريد سوفي A.Sauvy .) عن ذلك بقوله : ان الرأي لا يمثل المشاركة الكلية في الأفكار . وذلك لأن وجوده لا يتحقق الا في حالة وجود معارضة . فالرأي على حد قول (كاستون برجه Gaston Berger) لا يثبت الا مقابل رأي مضاد . وبالامكان التعبير عن هذه الحالة بالقول بأن الرأي في حالة انقسام دائم . وعندما يميل الى ان يكون واحداً فانه عند ذاك يتحول الى معتقد عميق . فالايمان بالله يمثل بالنسبة للمسلمين مثلاً معتقداً وليس رأياً طالما اننا لا نجد بين المسلمين من يعارض ذلك[٢٦] .

ومن هنا يتبين خطل رأي (سبروت Sprott) عندما اعتبر الموقف الذي يتخذه اعضاء جماعة من كارثة طبيعية ، رأياً . ان مثل هذه الكارثة ستؤدي بلا ادنى شك الى مشاركة كلية بالأفكار الواردة بصددها . بقدر ما تؤدي الى

حالة من التآسي [٢٧] .

(٥) ان الرأي لا يقوم على اساس من التثبت النظري . انما هو يقع في مرحلة بين التثبت النظري والانجذاب النفسي .

ومن الواضح ان الرأي يتكون بصورة عامة بصدد قضية مهمة ، تحرك جمهوراً مهماً ، اما القضية غير المهمة فلا يتكون حولها رأي . وبصدد القضية المهمة يبرز مكان الرأي بين التثبت النظري والانجذاب النفسي . فعندما يُسأل المرء عن رأيه بخصوص مثل هذه القضية فيجيب بانه لا يملك رأياً ، فان ذلك يعني شيئين : اما انه لا يملك معلومات بخصوصها او اما ان القضية لا تعنيه . ان المعنى الثاني هو الاكثر شيوعاً ، وذلك لأنه عندما ترتبط القضية بمصلحة من مصالحه ، فانه سيكون رأياً بخصوصها حتى ولو لم تتوفر لدي المعلومات اللازمة الخاصة بها [٢٨] .

وينقسم الرأي الى قسمين : الرأي الخاص والرأي العام

والرأي الخاص على حد تعريف (جان ستويتزل Stoetzel) « هو الرأي الشخصي الذي ينفرد به عادة فرد معين » .ومجال بحثه على حد قول الأستاذ المذكور ، هو علم النفس الساوكي [٢٩] . لذا فانه ، لا في موضوعه ولا في مجال بحثه ، لا يدخل ضمن موضوع محاضرتنا .

(٢) **الرأي العام** : لقد حظى الرأي العام باهتمام المفكرين منذ عهد مبكر ففي العهد اليوناني اشار كل من هيرودوت وارسطو الى اهميته في تثبيت او تحطيم السلطة القائمة . اما في القرون الوسطى فقد اكد كليافيل على قوته . غير انه لم يجلب اهتمام المفكرين بشكل واسع ، الا في مجرى القرن الثامن عشر . ان هوبس ولوك وجان جاك روسو كانوا قد اشاروا الى دور الرأي العام باشكال مختلفة باختلاف وجهات نظرهم الفلسفية [٣٠] .

ولكن على الرغم من الاهتمام المبكر بالرأي العام فانه بقي على حد قول (ستويتزل) كمفهوم مشوباً بالغموض [٣١] . ولعل مثل هذا الغموض يرجع على حد اعتقاد (سبروت) الى عدم تحديد صفة (العام) في الرأي العام ، كما يرجع الى افتقاره لشكل ملموس يظهر فيه ، ويسمح بتبينه[٣٢] .

ان مثل هذا الغموض كان قد دفع ببعض المختصين الى تحذير اولئك الذين يعنون بدراسته من تعقد الموضوع . ان (بارك) R. E. Park في كتابه المعنون « المجتمع » كان قد اشار قائلاً : « ان الرأي العام شيء يفوق في تعقده ما افترضه اولئك الباحثون الذين انكبوا على الكشف عنه وقياسه »[٣٣] .

ان غموض مفهوم الرأي العام قاد الى القول بصعوبة تعريفه فالأستاذ (ستويتزل) يصرح قائلاً : « ليس من المعقول ان نطلب من الباحثين العلميين كما فعل (بلمر Blumer) ان يبدأوا بتعريف هذا المفهوم المجرد الذي هو الرأي العام [٣٤] .

اكثر من ذلك ان غموض المفهوم وصعوبة تعريفه كانت قد قادت بالأستاذ (ستويتزل) الى القول بان الرأي العام لا يمثل الا تعبيراً انتجته اللغة العادية ، فليس من الاكيد انه يرتبط بواقع قابل لأن يعرف لتعيين حدوده . ان كل ما نستطيع قوله هو ان دراسة الرأي العام تنصرف عادة الى جلب الانتباه نحو ميدان معين من الظواهر [٣٥] .

كما ان غموض مفهوم الرأي العام وصعوبة تعريفه كانت دفعت الى التفكير بالاستعاضة عن تعريفه بوضع بعض الافتراضات . وهذا ما كان قد فعله (جيمس بريس James Bryce ، عام ١٨٨٨ في كتابه المعنون (الكومنولث الأمريكي) .[٣٦]

فقد اقترح علينا ان ننظر الى شخص معين وليكن المواطن (س) هذا

المواطن ، يقرأ ، في صباح ما ،خبراً في جريدة فتستيقظ في اعماقه عاطفة الرضا او عدم الرضا . وفي اثناء النهار ، يجد الخبر مصحوباً ببعض التعليقات في الصحف الأخرى . وفي مجرى المناقشات التي تدور حول هذا الخبر يبدأ المواطن (س) بتلمس مكانه بالنسبة للخبر بشكل افضل مما كان عليه في الصباح فيعلن مثلاً موافقته على ما جاء فيه . عند ذاك تبدأ مرحلة ثانية عندما تبدأ المناقشات العامة تدور على نطاق اوسع في الصحافة ، وبين افراد الجمهور وعندما تبدأ المرحلة الثالثة يكون المواطن (س) قد بلور موقفه . وفي مجرى هذه المرحلة تبدأ المقابلة بين المواقف لتؤدي الى اضفاء نوع من الوضوح على هذا الموقف . وفي المرحلة الرابعة يتم تحويل الموقف الى نوع من النشاط ، ومعه ينشأ الرأي العام .

ان (جيمس بريس) في مثل هذه الحالة يستغني عن ذكر تعريف للرأي العام ، ليكتفي بذكر الافتراضات المؤدية اليه . ومثل هذه الطريقة كان قد اتبعها دافيسون Davison عام ١٩٥٨ .(٣٧)

ولكن على الرغم من هذه الصعوبات نلاحظ وجود بعض المحاولات الموفقة ، الى حد ما ، لتعريف الرأي العام . وقد قام أولريخ ستروس Ulrich Strauss بجمع هذه المحاولات وعاد (كتز Katz) الى ذكرها في مساهمته في الكتاب الجماعي المعنون « الرأي العام » .(٣٨)

وقد عرف (جان وليم لابيير Jeam William Lapierre) الرأي العام باعتباره « الظهور الجلي للمواقف والتصورات الجماعية »(٣٩) .

اما (برتون فيشر Burton fisher) فقد عرف الرأي العام باعتباره « المواقف التي يتخذها جمهور معين ازاء قضية عامة . » (٤٠)

اما (جليان فرند) فقد عرفه باعتباره « التقاء تقديرات اكبر عدد من

الأشخاص الذين ينتسبون الى جماعة معينة ، بشكل يؤدي الى تكوين عاطفة مشتركة ومهيمنة قابلة لأن تمارس ضغطاً واسعاً [٤٠] »

والذي نلاحظه على هذه التعاريف انها تتميز قبل كل شيء ببساطة بالغة توحي بان عملية تكوين الرأي العام تسير بشكل متشابه في كل مكان بمعنى آخر انها تهمل الاطارات السوسيولوجية التي تتم داخلها عملية تكوين الرأي العام وتطبعها بطابعها الخاص[٤٢] . كما تتميز من الناحية الأخرى بأنها لا تكشف عن الجوهر الاجتماعي للرأي العام[٤٣] .

والذي نعتقده ان هذه الجوانب السلبية التي تميز التعاريف السابقة الذكر ، تجد تفسيرها في طبيعة الاتجاه الذي سارت فيه دراسة الرأي العام ، وهو الاتجاه النفسي الذي شاع في الولايات المتحدة . فالرأي العام طبقاً لهذا الاتجاه لا يمثل على حد قول (جاك لامبر Jacque Lambert) « الا نقطة التقاء تلتقي عندها الآراء الفردية التي لم تتكون نتيجة التأثير المباشر الذي يمارسه الأفراد فيما بينهم ، ان مثل هذا المفهوم الخاص بالرأي العام نجده واضحاً لدى روس Ross في كتابه « الرقابة الاجتماعية » .

ونستطيع ان نقول بان هذا الاتجاه يتصف بصورة عامة ، بانكار الاعتبارات الاجتماعية في وجود الرأي العام . ان المبادىء الاقتصادية الليبرالية التي شاعت في الولايات المتحدة كانت قد قادت بالباحثين الى ان يدركوا الفرد الذي يساهم بحصته في وجود الرأي العام باعتباره فرداً مستقلاً ومنعزلاً .

غير ان هذا الاتجاه كان قد ثبت خطله . فقد اشار (تونى Tonnies) الى الى المجتمعات الريفية التي تبدو لأول وهلة بسيطة ، تفتقد في الواقع لهذه البساطة . فالعلاقات داخلها تتميز بالتعقيد ، كما تتميز بالتنوع مما لا يسمح بأي حال من الاحوال ، في ان يبدو الفرد بشكله النقي مستقلاً ومنعزلاً . ان هذا يصدق من باب اولى بالنسبة للمجتمعات الصناعية . فالعامل داخل

ورشة العمل ليس مستقلاً ولا منعزلاً انما يجد نفسه مندمجاً في شبكة من العلاقات التي تربط الواحد بالآخر والتي يحتم وجودها تقسيمُ العمل البالغ [٤٤] .

ان موقف الفرد في المجتمع يشبه، موقف الجندي داخل وحدته العسكرية، فهو لا يعتمد في تحركه على ما يحمله في ذهنه من مبادىء ، وانما يجد نفسه خاضعاً لقواعد السلوك الموجودة داخل الوحدة العسكرية .

كما لاحظ (جليان فرند) ان التجارب العملية التي أثبتتها اختبارات الاستنباط **Sondage** كانت قد كشفت عن حالات يتحقق فيها التوافق العميق بين ردود الفعل الفردية دون ان يؤدي مثل هذا التوافق الى وجود رأي عام حقيقي [٤٥] .

كما حاول (ستويتزل) ان يستخلص من اعمال العالم الأمريكي شانك **Shank** حجة تؤيد هذه الحقيقة . ففي الفترة الواقعة بين ١٩٣٢ — ١٩٣٤ قام (شانك) باجراء تحقيقات مع عدد معين من الاشخاص . وقد تم استجواب هؤلاء مرتين : مرة باعتبارهم اعضاء في جماعة اجتماعية ، ومرة باعتبارهم افراداً خاصين . وقد لوحظ ان الاجابات ، ولو ان الاستجواب ورد بالنسبة لنفس الأشخاص ، تختلف في المرة الأولى عنها في المرة الثانية [٤٦] . ان ذلك يؤكد بوضوح بان الرأي العام الذي يتكون داخل جماعة اجتماعية تتحكم فيه الظروف الاجتماعية الخاصة بهذه الجماعة ، وتجعله متميزاً عن الرأي الخاص الذي تتحكم به الاعتبارات النفسية [٤٧] .

ويقول (ستويتزل) ان ما يسمى بحالة المرور من الرأي الخاص الى الرأي العام لا وجود لها . ان الرأي الخاص والرأي العام يتعايشان الواحد الى جانب الآخر . وان ما يسمى بتكوين حالة رأي داخل الجماعة ، هو التغير الذي يطرأ على العلاقة بينهما ، فالرأي العام الذي كان موجوداً من قبل ولكن بشكل خفي ، يتقدم على الرأي الخاص .

وقد ذهب (جان – ماري دومیناك J. M. Dominach) الى ابعد من ذلك في تأكيد الطابع الاجتماعي للرأي العام عندما اكد بان الفرد يجد صعوبة في ان يكون بنفسه رأياً . كما انه من النادر ان يميل الفرد الى اصدار حكم خاص . وحتى بالنسبة للقضايا التي يمكن ان يصدر بصددها حكماً خاصاً ، نلاحظ انه يستعين بالجريدة التي يقرأها ، او بأبويه او باصدقائه . ان مؤلفات علماء الاجتماع كانت قد أوضحت بجلاء الجانب الجماعي للرأي بحيث ان الأستاذ (ستويتزل) كان قد عرف الرأي العام تعريفاً ابعد عنه كل عنصر من عناصر الحكم الشخصي ليجعل منه ظاهرة اجتماعية فقال : « ارتأى ، يعني ، بالنسبة للفرد ، عيّن مركزه اجتماعياً بالنسبة لجماعته ، وبالنسبة للجماعات الخارجية . وعليه ليس فقط من الشرعية ، وانما كذلك من اللازم ان يفسر معنى رأى هذا الفرد بالقياس على الرأي المشترك داخل الجماعة »(٤٨) .

فاذا كان رأي الفرد يتحدد بهذا الشكل فمن باب اولى ان نقول مع (جاك لامبر Lambert) بان « الرأي العام يتكون نتيجة الاحتكاك المباشر ما بين الأفراد الذين تحتضنهم جماعة اجتماعية معينة » ولتتخذ عملية تكوينه « شكل عملية اجتماعية »(٤٩) .

بقي ان نتبين الميكانيكية التي يتم بموجبها التفاعل بين الرأي العام والجماعة الاجتماعية .

ان المختصين يرون ان استقبال الأفكار الجديدة يتم داخل الجماعات . بمعنى آخر ان عملية تكوين الرأي تتم داخلها عبر التأثيرات المتبادلة بين الجماعات نفسها . فالرأي العام الذي تكونه الطبقة العاملة بخصوص زيادة الأجور يتم عبر علاقات الانتاج التي تربط اعضاء الطبقة العاملة الواحد بالآخر . كما ان هذا الرأي يتكون عبر الاحتكاك بين الطبقة العاملة والطبقة الرأسمالية خلال عمليات الانتاج .

ان دراسة (كوردن Gordon) التي وضعها عام ١٩٥٢ تكشف بجلاء عن تأثير الجماعة في تكوين الرأي العام . ففي خلاصة بحثه يبين (كوردن) : (١) ان الأفراد يملكون وعياً واضحاً بضغط يمارس عليهم . (٢) انهم يقدرون ، بشكل صحيح ، الآراء التي تظهر داخل الجماعة ، ويميلون ، في بعض الأحوال الى التقليل من الخلافات التي تجعلهم في حالة معارضة الواحد مع الآخر ، او مع الآخرين . (٣) ان التعبير الفردي عن الآراء يتم نتيجة توفيق Compromis يتحقق بسلوك طريق وسط بين ما يميل اليه الفرد ويعتبره خاصاً به من جهة ، والرأي العام الذي يرجع في تكوينه الى الجماعات من جهة أخرى . (٤) اما فيما يتعلق بسلوك المقاومة (موقف استقلال) أو ردود الفعل المضادة للمواقف العامة فانها تتوضح بوساطة المواقف المتخذة ازاء الجماعة .

اما (نيو كومب Newcomb) في دراسته التي قام بها عام ١٩٣٥ — ١٩٣٩ والتي كانت مكرسة لمدرسة بننكتون Bennington ، فعلى الرغم من تأكيده للاتجاه النفسي الامريكي في تكوين الرأي العام ، فانه كان قد اكد بان مثل هذا الرأي يتكون عبر التأثيرات المتبادلة بين الجماعات (٥٠) .

ان الدراسات التي قام بها (لازار سفلد Lazarsfeld) للظروف التي تسبق الانتخابات ، تكشف عن وجود مناقشات سياسية متعددة تتم ما بين الناخبين . إن مثل هذه المناقشات لها تأثيرها في تكوين الرأي العام داخل جماعة الناخبين . وقد لاحظ ان المناقشة مع طرف ذي رأي مخالف يغلب ان يعقبها تغيير في الرأي . ان مثل هذا الاحتمال يبدو ضعيفاً فيما لو تمت المناقشة مع شخص يحمل نفس الرأي ، وبمقتضى هذه الملاحظة ، فان ثبات الآراء يبقى واضحاً داخل الجماعات ، طالما ان المناقشات تتم عادة بين اشخاص يحملون نفس الرأي (٥١) .

ان هذا يقع ليس كما يعتقد البعض بسبب ان من يود الكلام في القضايا السياسية يبحث عن مناقشين يحملون نفس الرأي الذي يحمله . ان المناقشات تتوزع داخل الجماعات بطريق الصدفة ، ان الجماعات ، في مثل هذه الحالة تقدم فقط لمناسبة اللازمة لالتقاء الاطراف المتناقشة ، ولكن ، في جميع الأحوال ، يلاحظ ان الجماعات تكون عادة وحدات متماثلة من ناحية الرأي او أنها على الأقل تضمن وجود رأي ذي طبيعة اكثرية[٥٢] .

وقد لاحظ (ستويتزل) انه قد تحدث تغييرات فردية في الرأي داخل الجماعات ، ولكن هذه التغييرات تحدث في الغالب نتيجة تبادل عدد بعدد بين الأكثرية والأقلية . فإذا كان الأمر كذلك ، فانه سيقود الى احتمال كبير في حدوث تغييرات في مركز الأقلية . دون ان يؤثر ذلك على وجود الرأي العام الخاص بالجماعات .

ان تأثير الجماعة بالامكان تبينه بشكل واضح اذا ما علمنا بان الرأي العام يعبر عن محتواه بأشكال مختلفة ، باختلاف الجماعة من حيث طبيعتها ونوعية العلاقات القائمة بين الأفراد داخلها وكثافة استقبال الاحداث من قبلها أعضائها[٥٣] .

ان (سيمور مارتن ليبست **Saymour Martin Lipset**) في كتابه الانسان والسياسة [٥٤] كان قد كشف عن مدى التلازم بين الرأي والطبيعة العددية للجماعة الاجتماعية . ففي التحقيق الذي اجري عام ١٩٥٣ في المانيا لاحظ انه كلما زاد عدد العمال العاملين في مجموعة اجتماعية كالمعمل كبر حجم الرأي العام اليساري ، وتقلص حجم الرأي العام اليميني وكلما زاد عدد السكان في مجموعة اجتماعية كالمدينة كبر حجم الرأي العام اليساري وتقلص حجم الرأي العام اليميني .

١) بالنسبة للمعمل :

الحزب	اقل من (١٠) عامل	من (١٠) الى (٥٠) عامل	من (٥٠) الى ٣٠٠ عامل	من ٣٠٠ الى ١٠٠٠ عامل	اكثر من ١٠٠٠ عامل
الاشتراكيون والشيوعيون	٪ ٢٨	٪ ٤٠	٪ ٤٥	٪ ٤٥	٪ ٥٧
الديمقراطيون المسيحيون	٪ ٢٢	٪ ٢٠	٪ ١٨	٪ ٢٢	٪ ١٥
الاحزاب البرجوازية	٪ ٢١	٪ ١٦	٪ ١٣	٪ ٧	٪ ٥
بلا احزاب	٪ ٢٦	٪ ٢٢	٪ ٢٣	٪ ٢٢	٪ ١٥

٢) بالنسبة للمدينة :

اهمية المدنية	نسبة التصويت للاشتراكيين والشيوعيين
اقل من (٢٠٠٠) ساكن	٪ ٤٣
من (٢٠٠٠) الى (١٠,٠٠٠) ساكن	٪ ٤٦
من (١٠,٠٠٠) الى (١٠٠,٠٠٠) ساكن	٪ ٥١
اكثر من (١٠٠,٠٠٠) ساكن	٪ ٥٤

نستخلص مما تقدم ان الرأي العام هو الموقف الذي تتخذه جماعة اجتماعية ازاء الاثارات الخارجية .

ان هذا التعريف الأولي يسمح لنا باستبعاد بعض المفاهيم الخاطئة ومنها :

١ ــ ان الرأي العام الذي يظهر داخل جماعة اجتماعية لا يعني استحالة ظهور آراء عامة خاصة بمجموعات اجتماعية تظهر داخل الجماعة الاجتماعية فالرأي العام الذي يظهر على النطاق القومي او الوطني لا يحول دون ظهور آراء عامة خاصة بمناطق اقليمية معينة او مراكز ادارية معينة .

٢ ــ ان الرأي العام لا يعني الاجماع ذلك لأنه توجد دائماً ، داخل الجماعة

الاجتماعية فئات اجتماعية يقاومون ضغط الرأي العام الذي يظهر داخل هذه الجماعة . ان الرأي العام السائد هو ليس (كل) الرأي العام . انما يمثل فقط الرأي الذي يتمتع بوزن موثر داخل الجماعة . فقد يحصل ان تظهر اقلية واعية تملك سبباً لمعارضة الرأي العام (٥٤) .

بعد ان حددنا مفهوم الرأي العام نحاول ان نتبين وسائل التأثير فيه .

٣) وسائل الاقناع :

يرى (برتراند رسل) « ان السلطة قابلة لأن تصنف طبقاً لطريقة التأثير على الأفراد . فبالامكان التأثير على الأفراد عن طريق ممارسة القوة البدنية كالقتل والسجن . كما بالامكان التأثير عليهم عن طريق العقاب والثواب . كما بالامكان ، في الأخير ، التأثير عليهم في رأيهم كما يحدث في حالة الدعاية بمعناها الشامل » (٥٥) .

ويبدو لأول وهلة ان (برتراند رسل) ، من خلال استقراء رأيه هذا ، يجعل من الشكل الأخير للتأثير تأثيراً ذا طبيعة اقناعية بقدر ما ينصب على الرأي ، لينفي عن الشكلين الآخرين مثل هذه الطبيعة . غير ان (برتراند رسل) يعود ليؤكد بان « الفروق بين اشكال التأثير هذه ليست واضحة » . ومن ثم يعود باكثر صراحة ليمنح الطبيعة الاقناعية لكل اشكال التأثير ، كما سنرى (٥٦) .

وطبقاً لهذه الخلاصة التي يصل اليها (برتراند رسل) نستطيع ان نقسم وسائل التأثير على الرأي العام الى ثلاثة اشكال رئيسة : (١) القسر المادي . (٢) الزج داخل اطارات اجتماعية . (٣) الدعاية .

١ ــ القسر المادي : يقسم القسر المادي الى قسمين : القسر البدني . والقسر الاقتصادي .

ا ــ القسر البدني : وهو شكل من اشكال التأثير على الرأي عن طريق استعمال القوة ضد الأشخاص وذلك لغرض وضع سلوكهم بشكل يتطابق مع بعض المتطلبات والأهداف .

ب ــ القسر الاقتصادي : وهو قريب من القسر البدني فالشخص الذي يهدد بحرمانه من موارد رزقه يضطر على تغيير سلوكه بالشكل الذي يتطلبه من يمارس هذا القسر (٥٧) .

ان القسر المادي ، بشكليه ، قد يبدو بعيداً عن الطبيعة الاقناعية وبالتالي مجرداً عن كل علاقه بالرأي طالما أن النتيجة التي يحققها تتم بادوات مادية ليست لها علاقة بالرأي . ولكن هذه الادوات تبقى مجرد أدوات لتستخدم لفرض التأثير على آراء الناس ، فعندما يستخدم السجن في التأثير على الشخص انما يستخدم لفرض التأثير على رأيه قبل كل شيء .

وقد اشار (برتراند رسل) الى ان العقاب يستعمل ليس فقط لغرض جعل كل الأفعال المادية غير المرغوب فيها مستحيلة ، وانما كذلك لفرض الاقناع **inducement** . ان الغرامة التي تفرض على شارب الخمرة مثلاً ، لا تجعل شرب الخمر مستحيلاً بمجرد تقريرها ، ولكنها تجعل منه عملاً غير مغر . ان تقرير عدم توفر الاغراء في شرب الخمر لا يمكن ان يتم الا نتيجة محاكمة عقلية ، ينتهي الى الاقناع بعدم توفر الاغراء(٥٧) .

ان تجريد القسر المادي من كل مظهر من مظاهر التأثير في الرأي لا يمكن ان يرد بالنسبة لنشاط السلطة . والا سيتحول هذا النشاط ، على حد قول (هانز مورجانتو) الى مجرد نشاط عسكري مباشر (٥٩) .

٢ ــ الزج داخل اطارات اجتماعية :

بالاضافة الى الوسيلة التقليدية والفظة السابقة الذكر ، في التأثير على الرأي

العام توجد وسيلة أخرى تبدو اكثر فعالية واكثر قبولاً . هذه الوسيلة تتمثل في زج الناس داخل منظمات جماعية ، على اعتبار ان وجود الفرد داخل هذه المنظمات سيؤدي به الى تبديل رأيه بالشكل الذي يتناسب مع رأي هذه المنظمات . ان هذه الوسيلة كانت قد استخدمت قديماً من قبل الجماعات السرية ذات التنظيم المقفل مثل جماعة (التآمريين) التي تزعمها بلانكي في فرنسا و (الكاربوناريين) في ايطاليا ، وجماعة تركية الفتاة في تركية . كما استخدمت من قبل الطوائف الدينية كالاسماعيليين والجماعات الدينيـــة كالجزويت .

اما في الوقت الحاضر فان الاحزاب والنقابات والاتحادات والنوادي هي التي تمثل هذه الاطارات الاجتماعية التي تجري داخلها عماية التأثير على الرأي .

ويكشف (ديفرجه) عن هذه الوسيلة بقوله : قبل كل شيء لا بد من ان نلاحظ انتماء الشخص لعدة اطارات اجتماعية . ان وجود الفرد داخل هذه الاطارات سيؤدي الى ربطه ربطاً محكماً داخل حزمة من العلاقات الاجتماعية طبقاً لنشاطاته المختلفة ، فهو كعامل سيرتبط بالنقابة . وكساكن لهذا البيت سيرتبط بالجمعيات الخاصة بالمنطقة التي يوجد فيها البيت ، وكهاوي لجمع الطوابع سيرتبط بجمعية هواة الطوابع وكسياسي سيرتبط بحزب معين ، وكرياضي سيرتبط بنادي رياضي الخ .... ان كل اطار من هذه الاطارات الاجتماعية ستمارس رقابتها على جزء معين من رأيه وتطلب منه ان يسير به بالاتجاه الذي يتناسب مع الرأي السائد داخل الاطار الاجتماعي (٦٠) .

ان الزج داخل اطارات اجتماعية كوسيلة من وسائل التأثير على الرأي العام ، تكتسب معناها الصادق عندما يتم انتماء الفرد لعدة اطارات اجتماعية متشابهة في اتجاهاتها . ان مثل هذا الانتماء سيكون وسيلة مجدية لاحداث تغير كبير في رأي الفرد .

اما عملية التأثير داخل هذه الاطارات ، فلا تتم بشكل مباشر ، وانما تتم من خلال القيم والرموز والاشارات والأهداف الخاصة بكل اطار من الاطارات الاجتماعية (٦١) .

وقد كشف (لازار سفلد Lazarsfeld) عن النتيجة العملية لهذه الوسيلة عندما أكد بأن الطبقات المتوسطة وفوق المتوسطة ، في الولايات المتحدة كان قد قوى لديها الاذعان للتصويت للحزب الجمهوري بسبب انتماء اعضاء هذه الطبقات للمنظمات المختلفة (٦٢) .

وقد اجريت تحقيقات عديدة في بلدان مختلفة حول العلاقة بين الاهتمام الذي يبديه الناخبون بالنسبة لقضية سياسية معينة وانتمائهم للنقابات ، فتبين ان هذا الاهتمام يزداد بسبب الانتماء للنقابات . كما اثبتت التحقيقات ان آراء العمال تسير باتجاه يساري بسبب انتمائهم للنقابات . ان هذا يؤكد حقيقة كان قد اشار اليها (كارل ماركس) عندما قال : « ان العمال يتربون ويصبحون اشتراكيين داخل النقابات » . ان التحقيقات التي اجريت في مدينة (دروي لسدن Droylsden في انكلترة كانت قد اثبتت بان ٦٠٪ من المنتخبين للنقابات في هذه المدينة كانوا قد صوتوا لحزب العمال عام ١٩٥١ بينما كانت نسبة تصويت غير المنتمين للنقابات الى الحزب يساوي ٥٣٪ (٦٣) .

٣ ـ الدعاية (٦٤) :

فيما يتعلق بالدعاية كوسيلة من وسائل التأثير على الرأي العام لا بد من ان نشير ، بادىء ذي بدء ، الى ان الاتجاه النفسي يرى ان الدعاية تتخذ طبيعة تربوية على حد قول (كرت لِفن Kurt Lewin) . فطالما انه ليس بالامكان ، بشكل عفوي ، ان نفكر بنفس الطريقة ، بصدد بعض القضايا التي تشغل الجماعة ، فانه سيصبح من العبث ان نبحث عن وحدة كلية عميقة في نظراتنا ،

في الوقت الذي يكون فيه من اللازم تنسيق هذا الاختلاف في النظرات ، ان لم نقل تخفيفه . ان تنسيق الاختلاف او تخفيفه تضطلع به الدعاية التي بالامكان تعريفها كحوار بين متحدثين يتسابقون على استحالة او تثبيت رأي موزع وغير ثابت ، وذلك لانقاذه من تأثير خصومهم ، هذا بالنسبة للقائمين بالدعاية ، وبالنسبة للجمهور نفسه فانها تبدو كتغيير في مواقفهم .

ان (كرت لفن Kurt Lowin) كان قد اقترح موقفاً مثالياً صور بموجبه التأثير الذي تمارسه الدعاية على الرأي . ان هذا الموقف المقترح يفترض « وجود عادات غذائية متمكنة من النفس بشكل عميق كان قد تم استبدالها بموقف عقلية . » ان هذا « الاستبدال المخطط » يتم حسب رأي (كرت لفي) عبر مراحل ثلاثة : في المرحلة الأولى يقوم الشخص المكلف بالدعاية الذي يدعوه بالمرشد – بكسر او اذابة عادات المستهلك المتمكنة منه . ان الأمر يتعلق بان يبين له بأن النوعية والمزايا التي يتحلى بها الغذاء الذي اعتاد على اخذه هي خيالية ، تأتي بعد ذلك المرحلة الثانية التي تسمى بمرحلة « التعليل » او الترغيب التي بواسطتها يصبح المستهلك ، بشكل تدريجي ، متحسساً لمزايا الغذاء الجديد الذي كان لحد الآن يستخف به . غير ان مهمة المرشد لم تنته بعد . فلا يكفي اثارة الاهتمامات وتحضير « العادات الجيدة » انما ينبغي كذلك ان يتم تثبيت هذه الاستعدادات المواتية . هنا تأتي المرحلة الأخيرة – مرحلة التقوية التي يكون نجاحها شرطاً لنجاح المراحل السابقة الذكر [٦٥] .

ان (كرت لفي) يرى في هذا التخطيط المبسط المراحل اللازمة لكل عملية دعاية .

غير ان هذا التخطيط كان قد خضع للنقد .

١ – انه لا يميز بين الدعاية والاعلان ، ان الاعلان يختلط اختلاطاً كبيراً بالدعاية . فقد كانت دعاية يوليوس قيصر وشارلمان ولويس الرابع عشر

وهارون الرشيد عبارة عن اعلان شخصي يقوم به الشعراء والمؤرخون على حد قول (جان مارى دومیناك) [٦٦] . غير ان تطور الدعاية من جهة وتطور الاعلان من جهة أخرى كان قد قاد الى ضرورة التمييز بينهما ليصبح الاعلان على حد رأي (الفريد سوفي) ذات طبيعة ايحائية Suggestif ولتصبح الدعاية ذات طبيعة اقناعية [٦٧] .

٢ – ان المواقف التي قام بتحليلها (كرت لفي) تنتهي الى حالة ثابتة . ولكن من المستبعد جداً ان تنتهي كل معارك الدعاية الى مثل هذه الحالة . فهل ان المكلف بالدعاية يتوصل الى ان يزيل كلياً العادات القديمة ، او بالأحرى المواقف القديمة ؟ فإذا لم يتوصل الى ذلك ، الا يوجد خطر انبعاث هذه العادات والمواقف القديمة مجدداً واستعادة نشاطها في اول فرصة . وهل سينجح فعلاً في غرس التفضيل للعادات والمواقف الجديدة غرساً عميقاً في الجمهور ؟ وفي حالة عدم نجاحه ألا يؤدي ذلك الى نزاع بين العادات والمواقف القديمة والمواقف الجديدة ؟ وهل يستطيع ان يضمن النجاح ، في حالة حدوث مثل هذا النزاع ، للمواقف والعادات الجديدة . ان كل هذه الأسئلة تضع الدعاية في حالة من عدم اليقين [٦٨] .

بكلمة موجزة ان تخطيط (كرت لفي) لفهم دور الدعاية في ممارسة التأثير على الرأي العام ، لا يساعد على فهمه .

اما (الول Ellul) فيرى ان الدعاية تمارس تأثيرها على الرأي العام بقدر ما تؤدي الى تكوين رموز [٦٩] منبهة ومحركة للنماذج الثابتة Stereotypes التي يتكون منها الرأي اعتيادياً . فهو يقول : « ان النماذج الثابتة تنبه ، عبر الدعاية ، بواسطة الرموز التي تقيمها . » فمدى نجاح الدعاية يقاس بقدرتها عن طريق رموزها ، في تحريك النماذج الثابتة التي يتكون منها كل رأي [٧٠] .

ان الدعاية تستعمل الرموز لتفصل بين الفرد ومواقفه التقليدية لتقوم بالتالي

بخلق « مواقف مضادة » . فهي تستهدف ، اول ما تستهدفه اضعاف الوعي الفردي القائم ، بعد ذلك تأتي المرحلة الثانية وهي مرحلة خلق « المواقف المضاده » لتقوم رموز جديدة باغناء الوعي الفردي بمحتويات جديدة ، وبالتالي تنشيطه على اساس من هذه المحتويات (٧١) .

ان الرموز التي تستعملها الدعاية تفعل فعلها هذا بدلالة النماذج الثابتة ، فتستخدم الصور والشعارات لغرض تنبيهه . ان الصورة التي تشير الى تمثال الحرية وقد شنق عليه زنجي تمثل ، بلا شك ، رمزاً . ان هذا الرمز ، بقدر ما يستطيع ان يؤثر في الفرد ، سيؤدي الى خلق « المواقف المضادة » . وهذه « المواقف المضادة » تجد سبب وجودها في قدرة الرمز في تنبيه النموذج الثابت الخاص بتمثال الحرية باعتباره تجسيداً للحرية . ان نجاح الدعاية لا يتحقق عند هذه المرحلة . انما من اللازم ان تقوم الدعاية بتهيئة رمز جديد لتخلق « المواقف المضادة » كأن تقدم صورة (لنكولن) . ان صورة (لنكولن) ستساعد على بناء الوعي الفردي على اسس جديدة ، بقدر ما تحرك صورته نموذجاً ثابتاً مقترناً به وهو نموذج الانسان الذي يدافع عن الزنجي (٧٢) .

بقي ان نبدي بعض الملاحظات .

١ — ان تأثير الدعاية على الرأي العام لا يخضع للحصر الدقيق مما لا يسمح بتحديد نتائجه على سبيل الدقة كما هو جارٍ بالنسبة للاعلان حيث بالامكان تحديد نتائجه عن طريق حساب العوائد التي وفرها في مجرى العمليات التجارية (٧٣)

٢ — يرى الن جيرارد **Alain Girard** ، انه من الصعوبة القول بان الدعاية تمارس نفوذها بنفس الكثافة بالنسبة لجميع الأفراد . فاذا افترضنا ان دعاية كانت قد مورست من اجل انتخاب احد المرشحين ، ونجحت في مهمتها وتم فعلاً انتخاب هذا المرشح فالملاحظ ان درجات الاستجابة ليست واحدة ، فاذا كان هناك من انتخبه بحرارة وحماس ، فان هناك من انتخبه

بأقل حرارة وحماس ، وهناك من انتخبه بنوع من عدم الاكتراث . ان كل ذلك يعكس بجلاء ان الدعاية لا تمارس نفوذها بنفس الكثافة[٧٤] .

ان دوميناك يفسر هذه الخاصية التي تتميز بها الدعاية بوجود ما يسميه بالآراء المترددة التي يتحكم بها ضغط الجماعات التي تنتمي اليها ، وبنيات هذه الجماعات[٧٥] .

نخلص مما تقدم . ان السلطة تعبر عن جوهر اقناعي يدفع بها الى ممارسة التأثير على الآراء لضمان استمرار وجودها . ومثل هذا التأثير عندما يتم داخل جماعات اجتماعية يؤدي الى وجود الرأي العام . ان الرأي العام لا يمكن ان يكون جامداً انما يخضع للتبدل وهذا التبدل تتحكم به وسائل عديدة تمتد من القسر المادي الى الدعاية . وهذا التبدل بذاته ، تحت تأثير هذه الوسائل ، يجسد بوضوح الطبيعة الاقناعية للسلطة

الهوامش :

(١) M. Halbecq: l'Etat: son autorité, son pouvoir. p. 11-13.

(٢) G. Burdeau, Droit Constitutionnel, p. 13.

(٣) انظر للتفصيل بهذا الخصوص مقالنا : علم السياسة ومفهوم السلطة .

(٤) P. Foulquié, R. Saint-Jean : Dictionnaire de la langue philosophique. p. 533.

(٥) هانز مورجانتو : السياسة بين الأمم الجزء الأول : ص : ٢٦ .

(٦) نفس المصدر ص : ٣١ كذلك ص : ٥٥ — ٥٦ .

(٧) J. L'homme: Pouvoir et Société Economique p. 268.

(٨) G. Burdeau : Traité de Science Politique T. I. p. 238.
Maurice Marsal : l'Autorité p. 13. بهذا المعنى كذلك

(٩) M. Hauriou: Précis de Droit Constitutionnel p. 16.

(١٠) G. Burdeau: Méthode de Science Politique, p. 190.

(١١) Ibid p. 192.

(١٢) Ibid p. 193

(١٣) Idem

(١٤) Ibid p. 195

(١٥) Ibid p. 191, 194.

(١٦) M. Duverger: Sociologie Politique. p. 105.

(١٧) Ibid p. 147.

(١٨) Idem.

(١٩) M. Duverger: Institutions Politiques p. 33.

(٢٠) J. L'homme: Pouvoir et Société Economique p. 10.

(٢١) P. Bouricaud: Esquisse d'une Théorie de l'autorité p. 19.

(٢٢) R. Bierstedt: An analysis of Social Power
American Sociological Review 1950 p. 221-227.

(٢٣) J. William Lapierre: In Opinion Publique. p 58.

(٢٤) J. Freund: L'Essence du Politique. p. 370

(٢٥) Sprott: Psychologie Sociale p. 105.

(٢٦) G. Berger: In Opinion Publique op. cit. p. 14-17.

(٢٧) A. Sauvy: L'Opinion Publique. p. 6.

(٢٨) G. Berger: In Opinion Publique, op. cit. p. 17.

(٢٩) J. Stoetzel: Psychologie Sociale, p. 165.

للتفصيل فيما يتعلق بالرأي الخاص أنظر :

Ibid. p. 166-170.

انظر كذلك تعريف (جان لو م) للرأي الخاص في :

Jean L'homme: Pouvoir et Société Economique, op. cit. p. 167-168.

(٣٠) للتفصيل أنظر :

J. Freud: L'Essence du Politique, op. cit. p. 396-399.

(٣١) J. Stoetzel: Psychologie Sociale, op. cit. p. 257.

(٣٢) Sprott: Psychologie Sociale, op. cit. p. 102.

للمزيد فيما يتعلق بغموض مفهوم الرأي العام

J. L'homme: Pouvoir et Société Economique op. cit. p. 269

كذلك الدكتور سعد جلال : المرجع في علم النفس ص : ٧٨٦

(٣٣) R.E. Park: Society, p. 115-125.

(٣٤) Stoetzel: Psychologie Sociale, op. cit. p. 270.
Idem.
(٣٥) J. Bryce: The American Commonwealth, p. 76.
(٣٦) J. Stootzel: Psychologie Sociale, op. cit. p. 259.
ذكره
(٣٧) W. PhillipsDavison: «The Public Opinion process» in Publi. opin. Quart 1958 p. 22, 91-106.
Stoetzel : Psycho Sociale op. cit. p. 260.
ذكره
(٣٨) راجع بعض التعاريف التي قام بجمعها (أيلريخ ستروس) في
Katz. Public Opinion and propaganda p. 50-51.
J.W. Lapierre in Opinion Publique op. cit. p. 58.
(٣٩) J.W. Lapierre. Idem.
(٤٠) ذكره
J. Freund: L'Essence du Politique op. cit. p. 392.
(٤١)
(٤٢) هذا ما نشهده بشكل خاص لدى الأستاذ (سوفي) الذي يفترض أن الرأي العام يرتبط بوجود ارضية مشتركة اساسها « الخرافات المشتركة »
J. Sauvy: Mythes et Opinion p. 55.
Sauvy: L'Opinion Publique op. cit. p. 10-12
كذلك
(٤٣) : فيما يتعلق بتنوع الرأي العام بتنوع الاطارات
J. Lambert: : in Opinion Publique op. cit. p. 74-78.
J. Stoetzel : Psycho Sociale op. cit. p. 260-261.
كذلك
(٤٤) J. Stoetzel: Ibid p. 265.
(٤٥) J. Freund: L'Essence du politique op. cit. p. 393.
(٤٦) J. Stoetzel: Théorie de l'Opinion Publique p. 165?166.
ذكره
J. W. Lapierre : in Opinion Publique op. cit. p. 59.
بنفس المعنى
G. Berger: in Opinion Publique op. cit. p. 22.
(٤٧) J. L'Homme: Pouvoir et Société Economique op. cit. p. 267-268.
كذلك
Sprott: Psycho Sociale Op. cit. p. 103-104.
(٤٨) J. M. Dominach : La Propagande Politique p. 104.
انظر مناقشة لهذا الرأي من قبل (الول)
J. Ellul : La propagande p. 105-117.
(٤٩) J. Lamber : in Opinion publique op. cit. p. 76.
(٥٠) انظر Stoetzel : Psycho Sociale op. cit. p. 266.

(٥١) في تفسير هذه الظاهرة انظر
A. Sauvy : Mythes et opinion op. cit. p. 51-52.
P. Lazarsfeld; Bernard Berlson, and Hazel; Gaudet: The peoples choice, Stotzel psycho Sociale op. cit. p. 267. (٥٢) ذكره

(٥٣) راجع المعادلة التي يفسر بموجبها ستويتزل هذا التفسير
Stoetzel: : Psycho Sociale op. cit. p. 267-268 (note)
S.M. Lipset : L'homme et la Politique p. 276.
J. Freund : L'Essence du Politique op. cit. p. 3941396. (٥٤)
B. Russel Power : New Social Analysis p. 25. (٥٥)
Ibid: p. 26. (٥٦)

(٥٧) فيما يتعلق بالقسر المادي انظر للتفصيل :
M. Duverger : Institutions Politiques op. cit. p.
G. Burdeau : Droit Constitutionnel op. cit. p. 22.
كذلك محاضراتنا في النظم السياسية والقانون الدستوري التي القيت على طلبة السنة الأولى في كلية الحقوق عام ١٩٧٠ – ١٩٧١ ص : ٨٠ – ٨٣
M. Hauriou : Précis de Droit Constitutionnel op. cit. p. 18-19. كذلك
B. Russel : Power op. cit. p. 26-27. (٥٨)

(٥٩) هانزمورجنتو : السياسة بين الأمم سبق ذكره جزء اول ص : ٥٥
M. Duverger : Sociologie Politique op. cit. p. 258. (٦٠)
M. Duverger: Institutions Politiques op. cit. p. 26-27. كذلك
G. Burdeau: Droit Constitutionnel op. cit. p. 25.
كذلك محاضراتنا المشار اليها ص ٨٦ – ٨٧ .
A. Sauvy: Mythes et Opinion op. cit. p. 57-58. (٦١) للتفصيل أنظر
P. Lazars Feld. B. Berlson, H. Gaudet: The People's choice. (٦٢)
S.M. Lipset: L'homme et la Politique op. cit. p. 273. ذكره
Ibid. p. 273-274.
(٦٣) انظر للتفصيل .
(٦٤) فيما يتعلق بالقضايا المتعلقة بتعريف الدعاية انظر بشكل خاص :
J. Ellul : Propagande op. cit. p. 7.

H. Lesswell: The Subject and object of propaganda in W. Albig. Modern public opinion p. 292.

(٦٥) ذكره F. Bourricaud: Esquisse d'une Théorie op. cit. p. 357.

(٦٦) Dominach Propagande Politique op. cit. p. 15.
Ibid p. 16.

(٦٧) راجع في التفصيل للتمييز :
Sauvy : L'Opinion Publique op. cit. p. 95-100.
كذلك M. Prelot: Cours de Sociologie Politique p. 234-235.
كذلك F. Bouricaud: Esquisse. op. cit. p. 357-358.

(٦٨)

(٦٩) للتفصيل في المعنى الاجتماعي للرمز انظر بشكل خاص :
G. Gurvitch: La vocation actuelle de la Sociologie. p. 92-101
كذلك Henri Lebfevre: Critique de la vie Quotidienne p. 286-288.

(٧٠) J. Ellul: Propagande op. cit. p. 183.

(٧١) A. Sauvy: L'Opinion Publique op. cit. p. 97,
Bouricque: Esquisse op. cit. p. 358-359.
كذلك للتفصيل
J. Ellul: Propagande op. cit. p. 183-184.

(٧٢) Dominach : La Propagande Politique op. cit. p. 109.

(٧٣) Alain Girard: in Opinion Publique op. cit. p. 243.

(٧٤) Dominoch: La propagande op. cit. p. 107-111.

(٧٥) للتفصيل

المصادر :

Albig: Modern Public opinion Mc Graw Hill, Book Com. N.Y. London 1958.

Berger (Gaston): «L'Opinion Publique phénomène humain» in Opinion Publique
Centr

انظر :

Biersted (Robert) «An analysis of Social Power» in American Sociological Review, December 1950.

Bourricaud (français) Esquisse d'une Théorie de l'Autorité Plon. Paris 1961.

Burdeau: Traité de Science Politique L.G.D.J. Paris 1949.

Burdeau: Droit Constitutionnel et Institutions Politiques L.G.D.J. Paris 1963.

Burdeau : Méthode de la Science Politique Dalloz Paris 1959.

Centre de Science Politique de l'Institut d'Etudes Juridiques de Nice. Presses Universitaires de France Paris 1959.

Dominach (J.-M.): La Propagande politique. Presses Universitaires de France. Paris 1959.

Driencourt (J.): La propagande Nouvelle force politique. Armand Colin, Paris 1950.

Duverger (M.) Institutions Politiques et Droit Constitutionnel. Presses Universitaires de France. Paris 1965.

Duverger (M.): Sociologie Politique. Presses Universitaires de France 1966. Paris.

Ellul (Jacques) : La Propagande. A. Colin. Paris 1962.

Foulquié (Paul), Sain-Jean (R.) : Dictionnaire de la langue philosophique. P.U.F. Paris 1962.

Freund (Julien): L'Essence du Politique Sirey Paris 1965

Girard (Alain): Groupes Sociaux et Opinion Publique in Opinion Publique.

انظر Centre

Halbecq (Michel) : l'Etat, son Autorité, son pouvoir L.G.D.J. Paris 1965.

Haurion (Maurice): Précis de Droit Constitutionnel. Recueil Sirey. Paris 1929.

Katz and Athers: Public Opinion and Propaganda. Holt, Rinehart and Winston N.Y. 1962.

Lambert (Jacques): «Structures Sociale et Opinion Publique» in Opinion Publique

انظر Centre

Lapierre (Jean-William): «Les facteurs, Sociologiques dans la formation de l'opinion publique» in Opinion Publique

Centre انظر

L'homme (Jean): Pouvoir et Société Economique. Cujas. Paris 1966.

Lips et (S.M.): L'homme et la Politique. Seuil Paris 1960.

Marsal (M.): L'Autorité. p.u.f. Paris 1961.

Park (R.E.): Society. Glencoe free press N.Y. 1955.

Prélot (M.): Cours de Sociologie Politique, Les cours de Droit 1964-1965.

Russell (Bertrand) Power: A Ne wSocial Analysis. Unwin London 1967.

Sauvy (Alfred): L'Opinion Publique p.u.f. Paris 1956.

Sauvy (Alfred): Mythes et Opinion. Payot 1966. Paris.

Sprott: Psychologie Sociale Payot Paris 1954.

Stoetzel (J.): Psychologie Sociale flammarion. Paris 1963.

هانز مور جنتو : السياسة بين الأمم : الصراع من اجل السلطان و السلام : ترجمة خيري حماد . الجزء الاول . الدار القومية للطباعة و النشر ١٩٦٥ . القاهرة .

الدكتور سعد جلال : المرجع في علم النفس . دار المعارف القاهرة ١٩٧١ .

الدكتور عبد الرضا الطعان : محاضرات في النظم السياسية و القانون الدستوري . القيت على طلبة السنة الاولى . كلية الحقوق . الجامعة الليبية للعام الدراسي ١٩٧٠ – ١٩٧١ (بالرونيو) .

الدكتور عبد الرضا الطعان : علم السياسة و مفهوم السلطة مجلة الجامعة عدد ٦ السنة ١٩٦٩ جامعة البصرة .

شروط قبول دعوى الإلغاء
في القانون الإداري الليبي

للأستاذ عبدالسلام عبدالهادي المجبري

وكيل النيابة العامة وعضو بعثة وزارة العدل
بكلية الحقوق بجامعة القاهرة

مقدمة

أهمية هذه الدراسة :—

١ — تجد دعوى الالغاء أهمية خاصة في القانون العام باعتبارها الدعوى الأصلية فيه ومن هنا اطلق عليها اسم دعوى القانون العام .

وتظهر اهمية هذه الدعوى — من ناحية اخرى — في كونها الوسيلة القضائية الفعالة في الرقابة على اعمال الادارة . كما انها تعتبر الضمان الحقيقي لتأكيد واحترام مبدأ الشرعية . وتأخذ دراسة دعوى الالغاء — في القانون الاداري الليبي ، وضعاً خاصاً نظراً للصعوبات التي يلقاها الباحث في هذا الموضوع . ويظهر اول هذه الصعوبات في عدم وجود ثروة فقهية متكاملة في نطاق القانون

العام[١] وهذا يمتد تأثيره فيشمل اي دراسة تتناول دعوى الالغاء في القانون الليبي ويؤثر عليها من ناحية نقص المراجع .

ويبقى بعد ذلك الاحكام القضائية التي تعتبر من المصادر الاساسية في هذه الدراسة . غير ان هذه الاحكام لا تكون هي الاخرى مجموعة من المبادىء التي تغطي كافة جوانب البحث، لان هناك بعض المسائل التي لم تسنح الفرصة لمحكمتنا العليا لكي تبدي رأيها فيها بعدم تعرضها لمنازعات في مثل تلك الموضوعات ومن هنا يعاني الباحث النقص في الاقضية التي تمثيل معيناً ضرورياً في هذا البحث .

غير اننا مع ذلك سنعالج هذا النقص ونكمله عن طريق الاستعانة بالدراسات المستفيضة التي قام بها الفقه المصري الذي سوف نهتدي ونسترشد في دراستنا هذه بمواقفه واتجاهاته ، ونستعين بها عند الحاجة فيما لم يرد فيه نص او لم يتعرض له حكم من قضاء المحكمة العليا . كما اننا سوف نقوم باجراء بعض المقارنات في بعض الاحيان بين مذهب محكمتنا العليا والاتجاه الذي عليه القضاء والفقه المصري . غير ان المقارنة لا تلازم البحث كله ، وانما ستقتصر على بعض الاحوال الضرورية وتتناول بعض الجوانب التي يكون فيها الاختلاف ظاهراً وبيناً .

---

(١) انظر الرقابة على دستورية القوانين في المملكة الليبية . بحث مقدم من الدكتور يحيى الجمل الى المؤتمر التاسع لاتحاد المحامين العرب في فبراير سنة ١٩٦٧ حيث يقول في ص ٣ منه (ويكاد هذا البحث ان يكون اول محاولة لدراسة علمية ليس فقط لموضوع الرقابة على دستورية القوانين في ليبيا – وانما لاي موضوع من موضوعات القانون العام هنا) .
و نلاحظ بان الفقه في بلادنا لم يبدأ دوره الا مع تأسيس كلية الحقوق في بنغازي ولم تظهر نتائج مجهوداته الا مع نهاية الستينات وبداية السبعينات .

٣

خطة البحث :ـ

٢ ـ ونحن في هذه الدراسة سنبدأ بمبحث تمهيدي نعرف فيه دعوى الالغاء ونبين خصائصها ونميزها عن غيرها من الدعاوى ونحدد فيه المحكمة المختصة بنظر الدعوى وحالات اختصاصها .

وفي **المبحث الأول** : نتناول في الفرع الاول الاجراءات بينما نبحث في الفرع الثاني الموعيد .

وفي **المبحث الثاني** : نقوم بدراسة صفة رافع الدعوى وشرط المصلحة فيها .

اما في **المبحث الثالث** : فسيكون موضوع الدراسة هو القرار المطعون فيه .

وسوف نسلك في هذه الدراسة سلوكاً يتفق مع سير الدعوى وحركتها منذ اول اجراء فيها ومروراً بما يستلزمه القانون من شروط واجراءات شكلية ثم تنتهي هذه الدراسة ببحث القرار المطعون فيه الذي يعتبر في الحقيقة هو موضوع الدعوى ومدار بحثها .

وهذا المسلك الذي انتهجناه في هذا البحث هو نفس الدور الذي يقوم به القاضي . ذلك أن القضاء ينظر الى شكل الدعوى والاجراءات التي اتخذت في تقديمها للتأكد من سلامة الشكل الذي وضعت فيه قبل ان يبحث موضوعها .

وننبه ايضاً الى اننا في هذه الدراسة لن نبحث شرط انتقاء طريق الطعن المقابل المعمول به في فرنسا . وذلك لسببين : ـ

١ ـ ان هذه الدراسة مجالها القانون الاداري الليبي الذي لم يرد فيه نص يستلزم هذا الشرط .

٢ – ان الرأي الغالب في الفقه المصري يذهب الى عدم الاخذ بهذا الشرط لقبول دعوى الالغاء امام القضاء المصري والرأي المستقر عليه في الفقه انه لا محل لهذا الشرط لانتفاء مبرراته التاريخية والعملية التي اقتضت الاخذ به في فرنسا ولعدم وجود نص عليه في القانون وبسبب الاختلاف بين كل من النظامين القضائيين في كل من مصر وفرنسا وبسبب اختلاف قواعد الاختصاص بينهما فضلاً عن الاختلاف بينهما في توزيع الاختصاص بين جهتي القضاء ، يضاف الى ذلك أن أعمال قواعد الاختصاص يؤدي إلى نفس النتيجة المقصودة من ذلك الشرط (١)

مبحث تمهيدي

تعريف دعوى الالغاء :–

٣ – هي دعوى قضائية يرفعها صاحب المصلحة ويختصم فيها قراراً ادارياً قاصداً الغاءه وازالة كل آثاره بسبب عدم مشروعية ذلك القرار (٢) .

خصائص دعوى الالغاء :–

دعوى الالغاء دعوى قضائية :–

٤ – ترفع دعوى الالغاء امام محكمتنا العليا – بوصفها محكمة القضاء

---

(١) الدكتور محمد فؤاد مهنا ص ٢٧٧ – الدكتور سليمان الطماوي ص ٧١٥ – ٧٢٣
الدكتور محمود محمد حافظ ص ٥٤٢ الدكتورة سعاد الشرقاوي ص ٢١١ .

(٢) انظر في التعريف
G. Vedel, Droit Administratif. 1961-P, 389.
Andro De Laubadère, Traité Élémentaire de Droit Administratif-1967. P. 465.
انظر ايضاً الدكتور سليمان الطماوي قضاء الالغاء ١٩٦٧ ص ٣٦٨ – الدكتور محمد فؤاد مهنا – الرقابة القضائية على اعمال الادارة ١٩٥٦ – ١٩٥٧ ص ١٦٠ الدكتور محمود محمد حافظ – القضاء الاداري دراسة مقارنة ١٩٦٧ ص ٥٧٣ .

الاداري – في الاحوال التي ينعقد لها الاختصاص بنظرها طبقاً لما نص عليه قانونها .

غير ان الجدير بالملاحظة هو ان الصفة القضاتية لم تلحق بدعوى الالغاء الا في وقت لاحق من نشأتها في فرنسا . ان الطعن بالالغاء لم يكن في الاصل طعناً قضائياً ولكنه كان طعناً ادارياً رئاسياً[١] . وبموجب التشريع الصادر في ١٤ اكتوبر ١٧٩٠ لا يجوز للمحاكم باي حال من الاحوال ان تنظر الدعاوى التي تستهدف ابطال الاعمال الادارية ، ولا ترفع هذه الدعاوى الا امام الملك بصفته رئيساً للادارة العامة – وهذا النص ينكر الاختصاص على السلطة القضائية ولكنه يجعل الطعن مقبولاً امام رئيس الدولة[٢] .

اما الآن فلا يوجد ثمة شك في ان الطعن بتجاوز السلطة هو طعن قضائي[٣]

دعوى الإلغاء دعوى عينية :

٥ – ان الطعن بالالغاء يوجه في الاصل ضد القرار الاداري المطعون فيه بقصد اعدام القرار وازالة كل آثاره القانونية تأسيساً على عدم شرعيته . ان الدعوى في حقيقتها اختصام لذات القرار تمهيداً لالغائه فهي لا تنشىء خصومة بين طرفين وان كان هذا ظاهرها ، وموضوعها هو ما يثيره الطاعن حول شرعية العمل المطعون فيه ، فالقاضي لا يبحث في هذه الدعوى حقاً للطاعن ولكنه يراقب مدى شرعية القرار الاداري المطعون فيه . بحيث اذا الغى هذا القرار اصبح كأن لم يكن ليس بالنسبة الى طرفي الخصومة وحدهما وانما بالنسبة للكافة **Erga Omnes** ، ومن هنا قيل بان هذا الحكم تكون له حجية عينية

---

(١) دى لوبادير المرجع السابق ص ٤٦٧ .

(٢) قبل المرجع السابق ص ٣٩٠ .

(٣) دى لوبادير المرجع السابق ص ٤٦٧ .

مطلقة بحيث يعتبر حائزاً لحجية الشيء المحكوم فيه في خصوصية كل منازعة اخرى في آثار القرار او العمل الاداري الذي حكم بالغائه[١] وبناء عليه تنتمي دعوى الالغاء الى القضاء العيني .

دعوى الالغاء دعوى مشروعية :—

٦ — فهي تنتمي الى قضاء المشروعية لان المسألة المطروحة امام محكمة القضاء الاداري وان كانت تتعلق الى حد ما بمصلحة المدعي التي مسّها القرار الا انها مع ذلك تثير مسألة اخرى ذات اهمية خاصة بالنسبة للقاضي وبها يتحدد دوره وهي : مدى شرعية القرار الاداري اي مدى تطابقه او توافقه مع القانون وعدم مخالفته له . ولقد ذهب الاستاذ (فيدل)[٢] الى القول بان دعوى الالغاء (الطعن بتجاوز السلطة) تعتبر ضماناً للشرعية في دولة القانون واذا كان خضوع الادارة للقانون مضمون بعدة طرق الا ان الوسيلة الجوهرية لضمان الشرعية هي دعوى الالغاء . ويمكن بواسطتها افناء كل عمل اداري من جانب واحد يكون مخالفاً للقانون ، وبعبارة اخرى فان دعوى الالغاء هي وسيلة الرقابه الفعالة على الاعمال والقرارات الادارية الصادرة عن الادارة بارادتها المنفردة لانه يمكن بواسطتها التوصل الى الغاء كل عمل يكون متعارضاً مع القانون . فالطعن بتجاوز السلطة يرمي الى رقابه أمينة على الشرعية .

---

(١) « ان دعوى الالغاء تنتمي الى القضاء العيني فهي لذلك دعوى عينية القصد منها ازالة كل اثر قانوني للقرار الاداري غير المشروع او المخالف للقانون » طعن اداري رقم ٣/ ٢ في جلسة ٢٨ نوفمبر ١٩٥٦ م . وتنص المادة ٢٠/ ١ من قانون المحكمة العليا على « ان تكون الاحكام الصادرة بالالغاء حجة على الكافة » .

(٢) جورج فيدل – القانون الاداري ١٩٦١ ص ٣٩٤ .

٧

دعوى الالغاء – دعوى القانون العام :–

٧ – ان الدعوى الاصلية في فض المنازعات الادارية التي يكون موضوعها قراراً او عملاً ادارياً ، هي دعوى الالغاء، وهذا السبيل هو الطريق الوحيد للطعن في اعمال الادارة وقراراتها فليس لذوي الشأن واصحاب المصلحة طريق غيره الا اذا وجد نص صريح بعكس ذلك ، ولذلك فانه يصدق عليها بحق الوصف القائل بانها دعوى القانون العام .

غير انهم في فرنسا[١] ذهبوا الى القول بان هذه الصفة تعني ان الطعن بالالغاء مفتوح ضد كل القرارات الادارية بدون حاجة الى نص خاص ، واذا وجد نص يقرر بان عملاً ما غير قابل للطعن فان هذه الصفة يعتبرها القضاء بانها تستبعد جميع الطعون فيما عدا الطعن بتجاوز الساطة[٢] .

ولقد ذهب البعض الى اكثر من ذلك بقوله ان الطعن بتجاوز السلطة من النظام العام فهو لا يحتاج الى نص خاص ولا يجوز التنازل عنه مقدماً واذا وقع مثل هذا التنازل فانه يكون باطلاً[٣] .

تمييز دعوى الالغاء عن غيرها من الدعاوى[٤] :–

٨ – ان انتماء دعوى الالغاء ان القضاء العيني ، الى جانب كونها وسيلة هامة في الرقابة على المشروعية يضفي عليها وصفاً خاصاً ويعطيها طبيعة تنفرد

---

(١) دى لوبادير – المرجع السابق – فيدل – المرجع السابق .

(٢) دى لوبادير – المرجع السابق ص ٤٦٥ .

(٣) فيدل – المرجع السابق ص ٣٩٣ – ٣٩٤ .

(٤) سنقتصر على التمييز بين دعوى الالغاء من جهة ودعوى التعويض ثم الدعوى المدنية من جهة أخرى اما الدعاوى الشرعية التي يكون موضوعها الاحوال الشخصية والدعاوى الجنائية التي تتعلق بالجريمة فاننا لا نبحثها لان الفوارق فيما بينها وبين دعوى الالغاء تعتبر من الوضوح بحيث لا يستدعي الامر تفصيل ذلك .

بها وتميزها عن غيرها من الدعاوى سواء من ناحية الاجراءات او من ناحية الموضوع او الآثار المترتبة على الحكم الصادر فيها . واذا كانت هناك بعض الجوانب التي تلتقي فيها دعوى الالغاء مع غيرها الا ان الفروق الجوهرية – التي سنقتصر على بحثها – تبقى مع ذلك قائمة لتبرز الشكل المميز والوضع الخاص لهذه الدعوى .

دعوى الالغاء ودعوى التعويض :–

٩ – تختلف دعوى الالغاء عن دعوى التعويض من عدة وجوه : –

١ – من حيث الاختصاص :– فالطعن بالالغاء لا يكون ، وليس من الممكن مباشرته الا امام المحكمة العليا باعتبارها محكمة قضاء اداري ، فلا تكون الدعوى مقبولة اذا تم رفعها امام القضاء العادي . اما دعوى التعويض فان المدعي فيها له الخيار ، فاذا شاء رفعها امام القضاء الاداري ، وله اذا شاء ، ان يرفع الدعوى امام القضاء العادي .

ان الدعوى تقبل امام جهتي القضاء . ويجوز الجمع بين طلب الالغاء وطلب التعويض ، وفي هذه الحالة يكون طلب الالغاء طلباً اصلياً والتعويض طلباً تبعياً [1] . غير اننا نلاحظ أن دعوى الالغاء او دعوى التعويض اذا رفعت امام محكمة القضاء الاداري فانه لا يجوز رفع دعوى التعويض امام المحاكم العادية . اما اذا رفعت دعوى التعويض امام المحاكم العادية فان ما يترتب على ذلك هو

---

(١) انظر قضاء المحكمة العليا – طعن اداري رقم ١ / س ٢ ق خلسة ٢١ مارس ١٩٥٦ م وهذا هو المعمول به في مصر طبقاً لقانون مجلس الدولة .. اما في فرنسا فان الوضع مختلف فدعوى الالغاء له طبيعتها ووضعها المستقل عن دعوى التعويض فلا يجوز ان تشتمل الدعوى الواحدة على طلب بالالغاء وآخر يتعلق بالحقوق الشخصية التي تخص المدعي ان كل موضوع منفصل عن الآخر وبناء عليه يجب ان ترفع بشأنه دعوى مستقلة (راجع في هذا المعنى الدكتور محمد فؤاد مهنا ص ١٦٤ – ١٦٥ المرجع السابق)

عدم جواز رفعها الى محكمة القضاء الاداري .

٢ ـ من حيث الموضوع : ان القرار المطعون فيه بسبب عدم الشرعية . هو موضوع الطعن بالالغاء فالمدعي يختصم ـ في الحقيقة ـ القرار او العمل الاداري الذي اصدرته الادارة بارادتها المنفردة بسبب ما لابسه من تعد على القانون او مخالفة لمبادىء الشرعية ، فالطاعن في هذه الدعوى يزعم ويدعي ان العمل او القرار الاداري (التنظيمي او الفردي) فيه خرق للشرعية ويطلب من القضاء الغاءه[١] .

اما في دعوى التعويض فان ما يثيره المدعي هو مسألة حقوقه الشخصية الفردية التي يطلبها في مواجهة الادارة وتنكرها او تجحدها عليه الادارة او هي على الاقل تنازعه عليها في اصلها او في مداها[٢] .

ففي الاولى يلزم وجود قرار اداري يمس مصلحة الطاعن ، بينما في دعوى التعويض المطلوب هو وجود حق ذاتي للمدعي تنكره الادارة او تنازع فيه[٣] .

وبهذا الشكل تكون الدعوى بين خصمين هما الطاعن والادارة .

والمقرر قانوناً هو ان طلبات التعويض لا تكون الا عن القرارات الواردة

---

(١) دى لوباير المرجع السابق ص ٤٣٢ .

(٢) الاستاذ الدكتور محمود محمد حافظ القضاء الاداري ص ٤٧٥ ـ ١٩٦٧ .

(٣) لا يشترط في دعوى التعويض عندنا وجود قرار اداري سابق وانما يجب ان يكون طلب التعويض مؤسساً على احدى الاحوال الواردة في قانون المحكمة العليا على سبيل الحصر . اما في فرنسا فان الطاعن يتعين عليه ان يلجأ الى السلطة الادارية قبل رفع الدعوى لاستصدار قرار سابق ثم يرفع دعواه ويطعن في القرار الذي تصدره الادارة مع المطالبة بما هو مقرر له من حقوق شخصية انظر الاستاذ الدكتور محمد فؤاد مهنا المرجع السابق ص ١٦٨ ، الدكتور محمود حافظ ص ٤٧٦ فيدل ص ٣٦٢ .

(٣) فيدل المرجع السابق ص ٤١٣ ، دى لوبادير المرجع السابق ص ٤٣٢ .

(٣) قضاء المحكمة العليا قضية الطعن رقم ٦/٣ ق جلسة ٢٦ يونية ١٩٥٧ .

على سبيل الحصر في قانون المحكمة العليا (م ٢٣ من قانون المحكمة العليا) .

وبناء على ما تقدم يتحدد دور القاضي في نظر موضوع الدعوى ، فاذا كان تجاوز السلطة مرادفاً لعدم المشروعية فان القاضي الذي يعرض عليه الطعن يتعين عليه ان يفحص العمل المطعون فيه ويقرر ما اذا كان يخالف قاعدة قانونية او فيه إهدار لمبدأ الشرعية ام لا .

فاذا ثبتت المخالفة كان عليه ان يلغي القرار الاداري المعيب ، وهو لا يستطيع ان يحكم بالغائه الا بسبب عدم الشرعية[١] .

اما دور القاضي في دعوى التعويض فانه اكثر تعقيداً فهو يفحص ادعاء المدعي ويعاين مركزه القانوني ويفصل في ما يطلبه من حقوق تجاه الادارة .

٣ ـ من حيث المواعيد : الاصل ان دعوى الالغاء ، يجب ان ترفع خلال ستين يوماً تبدأ من تاريخ نشر القرار في الجريدة الرسمية او اعلان صاحب الشأن به او علمه به علماً يقينياً بحسب الاحوال ، وهذا الميعاد فضلاً عن كونه من مواعيد السقوط فانه من النظام العام والحكمة من كل ذلك تظهر في ان دعوى الالغاء يتجسم فيها اكبر خطر يهدد ثبات القرارات والاعمال الادارية وحجيتها وما يترتب عليها من استقرار في الحياة الادارية وكل ما يتعلق بها من المصالح العامة[٢] .

اما دعوى التعويض فانها ترتبط بالحقوق الذاتية للطاعن ولا تتمثل فيها الخطورة التي تجسدها دعوى الالغاء ، ويظل الحق في رفعها قائماً وجائزاً وللمدعي ان يرفعها في اي وقت طالما انها تستند الى حق لم يسقط بعد[٣] . فحق

---

(١) فيدل المرجع السابق ص ٤١٣ دى لوبادير المرجع السابق ص ٤٣٢ .

(٢) قضاء المحكمة العليا قضية الطعن رقم ٣/٦ ق جلسة ٢٦ يونيو ١٩٥٧ .

(٣) انظر الدكتور محمود حافظ المرجع السابق ص ٣٩٥ .

الطاعن في اثارتها لا يسقط الا بالمواعيد التي يسقط بها الحق عادة[١] .

من حيث الحكم الصادر في الدعوى :-

ان الحكم الصادر في الطعن يتجاوز السلطة اذا كان يقضي بالغاء القرار المطعون فيه فانه يكون حجة على الكافة بما قضى به[٢] . ومعنى ذلك ان تكون للحكم حجية عينية مطلقة Autorité Objective Absolue[٣] في مواجهة كافة الناس فهي لاتقتصر على من كان طرفاً في الطعن وانما تمتد لتشمل جميع الاشخاص[٤] .

ان هذه النتيجة المترتبة على حكم الالغاء تجعله يختلف عن الحكم الصادر في دعوى التعويض اذ ان حجية الاحكام الصادرة في دعاوى التعويض الاصل فيها ان تكون مقصورة على اطرافها وحدهم .

يضاف الى ذلك ان القاضي عندما يصدر حكمه بالغاء القرار بسبب عدم مشروعيته او مخالفته للقانون فانه ليس من صلاحياته ان يصدر قراراً بديلاً عن القرار الذي قضى بالغائه . كما انه لا يملك ان يوجه الادارة[٥] او يكلفها بفعل شيء او الامتناع عن عمل[٦] ذلك كله على خلاف دعوى التعويض اذ

---

(١) قضاء المحكمة العليا – قضية الطعن رقم ١٣/٩ ق جلسة ٢ يناير ١٩٦٥ .

(٢) تنص المادة ٢٠/ ١ من قانون المحكمة العليا على انه (تختص المحكمة العليا باعتبارها محكمة القضاء الاداري بالنظر في القضايا الادارية التي ترفع اليها في المنازعات والطلبات المنصوص عليها في المواد ٢١ ، ٢٣ ، ٢٤ ، ٢٥ من هذا القانون ويكون لها فيها ولاية القضاء نهائية وتجري في شأنها القواعد الخاصة بقوة الشيء المقضى به على ان تكون الاحكام الصادرة بالالغاء حجة على الكافة .

(٣) انظر الطعن الاداري رقم ٣/ ٢ ق جلسة ٢٨ نوفمبر ١٩٥٦ .

(٤) فيدل المرجع السابق – ص ٤٤٢ .

(٥) قارن حكم المحكمة العليا في قضية الطعن الاداري رقم ١/ ٣ ق بتاريخ ٣٠ ذي الحجة ١٣٨٩ الموافق ٨ مارس ١٩٧٠ م .

(٦) الدكتور محمود محمد حافظ المرجع السابق ص ٤١٧ .

ان القاضي لا يكتفي ببحث مدى شرعية القرار الاداري المطعون فيه ومطابقته للقانون ، بل تمتد سلطته ابعد من هذا النطاق ، فتشمل بحث مركز المدعي من الناحية القانونية والواقعية ومعاينة اصل ومدى ما يدعيه من حقوق تجاه الادارة ثم الحكم على الادارة بما قد يكون للطاعن من حقوق قبلها[١] .

على اننا نلاحظ الى جانب ما تقدم ان المحكمة في دعوى التعويض تنظرها وتفصل فيها وفقاً لما هو متبع ومعمول به امام المحاكم العادية .

دعوى الالغاء والدعوى المدنية :

١٠ ـ تتحدد اوجه الاختلاف بين الدعويين في الجوانب الآتية : ـ

١ ـ **المواعيد** : تختلف مواعيد دعوى الالغاء من حيث وقت رفعها وسقوط الحق فيها عن الدعاوى الاخرى ، فهي مقيدة من حيث المبدأ بميعاد الستين يوماً المقررة قانوناً وتسري في حقوق ذوي الشأن ابتداء من تاريخ النشر او الاعلان او العلم اليقيني . فاذا انقضت هذه المدة دون ان يرفع صاحب المصلحة طعنه ، سقط حقه في ذلك ، وهذا الميعاد من النظام العام لتعلقه بحجية الاوامر الادارية وما يتعلق بها من المصالح العامة[٢] . اما الدعوى المدنية فان وجودها مستمد في الاساس من الحق نفسه ومرتبط به فامكانية رفع هذه الدعوى وتحريكها تبقى قائمة طالما ان الحقوق التي تستند عليها لم تسقط بالتقادم .

٢ ـ **المصلحة** : ان المصلحة في دعوى الالغاء تختلف عن تلك التي يستلزمها القانون في الدعوى المدنية . فالطاعن في دعوى الالغاء يشترط ، لكي تكون له الصفة في رفع الدعوى ، ان يكون صاحب مصلحة شخصية مباشرة

---

(١) الدكتور محمد فؤاد مهنا المرجع السابق ص ١٦٣ .

(٢) طعن اداري رقم ٦/ ٢ ق جلسة ٢٦ يونيو ١٩٥٧ .

تبرر الغاء القرار غير المشروع سواء كانت هذه المصلحة مادية او ادبية او روحية[١]، ولايلزم ان تكون المصلحة حالة وانما يكفي ان تكون محتملة، ومن باب اولى يكفي ان يكون للمدعي مصلحة اقتصادية[٢]. والتعليل الذي يذهب اليه الفقه هو ان شرط المصلحة في دعوى الالغاء قد قصد به ضمان جدية الدعاوى[٣] اما في الدعوى المدنية فيشترط في المدعي ان يكون صاحب مصلحة قانونية ومشروعة يحميها القانون وان تكون المصلحة حالة وعاجلة، لان القضاء المدني لا يفصل في منازعة لم تحل بعد[٤]، وفي اغلب الاحوال يكون المدعي صاحب حق وقع الاعتداء عليه ويطلب دفعه او اغتصب منه ويطلب استرداده. ويلاحظ ان استمرار المصلحة لا يشترط في دعوى الالغاء لأنها اصبحت وسيلة للدفاع عن المشروعية والمصلحة العامة اكثر منها وسيلة للدفاع عن الحقوق والمصالح الشخصية[٥].

٣ ـ الحكم الصادر في موضوع الدعوى : تنشىء الدعوى المدنية خصومة بين طرفين فالنزاع فيها يدور في الغالب بين المدعي والمدعى عليه حول حقوق شخصية متنازع عليها فاطراف النزاع من الافراد او من اشخاص القانون الخاص على وجه العموم والقانون المطبق هو بلا شك القانون الخاص « القانون المدني أو التجاري » والمدعي يثير في دعواه مسألة حقوقه الذاتية التي يزعم ان اعتداء ما قد وقع عليها او انها قد اغتصبت ويطلب من القضاء ردها اليه او دفع العدوان عنها.

---

(١) طعن اداري رقم ١٣/ ١١ ق جلسة ١٦ يناير ١٩٦٥.

(٢) الدكتور مصطفى كيرة قانون المرافعات الليبي ١٩٦٩ ص ٢٥٨.

(٣) الدكتور سليمان الطماوي – قضاء الالغاء ١٩٦٧ ص ٥٤٩.

(٤) الدكتور مصطفى كيرة المرجع السابق ص ٢٦٠.

(٥) طعن اداري رقم ١/ ١٢ ق جلسة ١١ يناير ١٩٧٠ – ٨/ ١١ ق جلسة ٨ فبراير ١٩٧٠ طعن اداري رقم ١/ ١٣ ق جلسة ٨ مارس ١٩٧٠.

وتأسيساً على ما تقدم فان الحكم الصادر في الدعوى – بعكس الحال في الطعن بالالغاء – تكون له حجية نسبية فأثره لا يتعدى اطراف النزاع ولا يكون حجه الا في خصوصية المنازعة التي فصل فيها .

اما قاضي الالغاء فان دوره يتحدد ببحث مدى تطابق او تعارض القرار المطعون فيه مع القاعدة القانونية، فاذا ثبت ان القرار قد شابه احد العيوب التي تبطله او تعدمه قضى بالغائه دون ان يتجاوز ذلك، فهو لا يستطيع ان يحكم بما قد يكون للطاعن من حقوق قبل السلطة الادارية[١] ولكنه يملك ان يقضى له بالتعويض اذا كان الطاعن قد تقدم بطلب التعويض بصفة تبعية لطلب الالغاء . ان الحكم في دعوى الالغاء كما سبق القول تكون له حجية مطلقة بحيث يعتبر حائزاً لحجية الشيء المحكوم فيه في خصوصية كل منازعة اخرى في آثار القرار المحكوم بالغائه[٢] ، كما ان القانون المطبق على واقعه النزاع هو القانون الاداري طبقاً لاجراءات وقواعد خاصة متميزة .

المحكمة المختصة بالدعوى :–

١١ – ينعقد الاختصاص بالفصل في دعوى الالغاء – للمحكمة العليا – باعتبارها محكمة القضاء الاداري (م ٢٠ من قانون المحكمة العليا) .

فالنظام المعمول به في ليبيا[٣] هو نظام القضاء الموحد ولكن مبدأ وحدة القضاء هذا ، يقيده مبدأ آخر هو تخصيص القضاء فهناك تعدد في المحاكم المدنية والشرعية ولكن هذه المحاكم تخضع لمحكمة عليا واحدة تعتبر هي رأس الجهاز القضائي وقمته .

---

(١) الدكتور محمد فؤاد مهنا – المرجع السابق ص ١٦٢ .
(٢) طعن اداري ر قم ٣/٢ ق جلسة ٢٨ نوفمبر ١٩٥٦ م .
(٣) الدكتور مصطفى كيرة – المرجع السابق ص ١٠٩ .

غير ان وحدة القضاء في بلادنا ليست مطلقة وذلك لان المحاكم العسكرية تمثل جهة قضائية تستقل عن القضاء المدني الشرعي ولا تخضع لرقابة المحكمة العليا ولا يطعن في احكامها الا امام المحكمة العسكرية العليا[١] .

المواد التي ينعقد فيها الاختصاص لمحكمة القضاء الاداري :ـ

١٢ ـ تختص المحكمة العليا[٢] بوصفها محكمة القضاء الاداري بالنظر في المسائل الآتية : ـ [٣] ولها فيها ولاية القضاء نهائية[٤] . وتجري في شأنها القواعد الخاصة بحجية الشيء المقضى به على ان تكون الاحكام الصادرة بالالغاء حجة على الكافة : ـ

١ ـ المنازعات الخاصة بالمرتبات ومعاشات التقاعد والمكافآت المستحقة للموظفين المصنفين وغير المصنفين او لورثتهم .

٢ ـ الطلبات التي يقدمها ذوو الشأن بالطعن في القرارات الادارية النهائية الصادرة بالتعيين في الوظائف العامة المصنفة وغير المصنفة او بالترقية او بمنح العلاوات .

---

(١) الدكتور مصطفى كيرة ص ١١١ .

(٢) ولها اختصاصات اخرى فهي محكمة نقض ومحكمة دستورية ومحكمة طعون انتخابية وهي هيئة للفتوى والتشريع . غير ان الدكتور مصطفى كيرة يضيف الى ذلك اختصاصاً آخر هو انها محكمة تنازع دون ان يذكر انها محكمة طعون انتخابية انظر كبرة المرجع السابق ص ١١٣ ـ ١١٤ .

(٣) راجع نص المادة ٢٠ من قانون المحكمة العليا وانظر المنازعات والطلبات المنصوص عليها في المواد : ٢١ ، ٢٣ ، ٢٤ ، ٢٥ من قانون المحكمة العليا .

(٤) فلا يجوز الطعن فيها بالاستئناف إذ لا محل لهذا بسبب عدم وجود درجة ثانية من درجات التقاضي بعكس الحال في القضاء العادي حيث توجد درجتان من درجات التقاضي فضلا عن الطعن في الأحكام بطريق النقض وهو طريق غير عادي . ولكننا نلاحظ أن المدعي له أن يلتمس إعادة النظر من الحكم من نفس محكمة القضاء الاداري وهذا لا يعتبر من طرق الطعن .

٣ ــ الطلبات التي يقدمها الموظفون المصنفون وغير المصنفين بالغاء القرارات النهائية للسلطات التأديبية .

٤ ــ الطلبات التي يقدمها الموظفون المصنفون وغير المصنفين بالغاء القرارات الادارية النهائية الصادرة باحالتهم الى معاش التقاعد او بفصلهم من غير الطريق التأديبي .

٥ ــ الطلبات التي يقدمها الافراد والهيئات بالغاء القرارات الادارية النهائية . ويشترط في الطلبات المذكورة ان يكون مرجع الطعن عدم الاختصاص او وجود عيب في الشكل او مخالفة القوانين او اللوائح او الخطأ في تطبيقها او تأويلها او اساءة استعمال السلطة .

٦ ــ قرارات الرفض او الامتناع عن اتخاذ قرار كان الواجب على السلطة الادارية اتخاذه وفقاً للقوانين واللوائح ، فالرفض او الامتناع يعتبر في حكم القرارات الادارية .

٧ ــ طلبات التعويض عن القرارات المتقدمة .

٨ ــ الطلبات المقدمة من رجال القوات المسلحة فيما يتعلق بفصلهم او احالتهم الى الاستيداع [١] .

---

(١) تنص المادة ٢٦ من قانون المحكمة العليا على انه : ــ (لا تقبل الطلبات الآتية امام محكمة القضاء الاداري : ــ أ ....ب ــ

حـ) الطلبات المقدمة من رجال القوات المسلحة الا فيما يتعلق بفصلهم او احالتهم الى الاستيداع) ونرى أن الطلبات المتعلقة بالفصل او الاحالة على الاستيداع تكون مقبولة امام محكمة القضاء الاداري وسواء كانت الدعوى المرفوعة هي دعوى تعويض أو طعناً بالالغاء انظر ايضاً قضية الطعن الاداري رقم ١٢/ ١٢ ق وقد جاء فيه (ان القرار الصادر باعفاء ضابط من قوات الامن هو قرار اداري شأنه شأن أي قرار بفصل موظف فلا يرقى الى مرتبة اعمال السيادة ولذلك تختص المحكمة العليا بنظره عملا بالمادة ٢٦/د (الصحيح هو ٢٦/ح) من قانون المحكمة العليا التى تنص على اختصاصها بنظر القرارات الادارية الصادرة بفصل رجال القوات المسلحة .

٩ ــ الطعون عن القرارات النهائية الصادرة من الجهات الادارية ذات الاختصاص القضائي متى كان موجع الطعن عدم الاختصاص او وجود عيب في الشكل او مخالفة القوانين او اللوائح او الخطأ في تطبيقها او تأويلها او إساءة استعمال السلطة .

١٠ ــ المنازعات الخاصة بعقود الامتياز وعقود الالتزام وعقود الاشغال العامة وعقود التوريد التي تنشأ بين الحكومة والطرف الآخر .

وتخلص مما تقدم الى ان المحكمة العليا بوصفها محكمة قضاء اداري تختص بنظر نزاع والفصل فيه اذا كان مما يندرج تحت اية مسألة او منازعة مما تقدم بيانه .

على ان ما يجب اخذه بالاعتبار هو ان اختصاص المحكمة بالمنازعات الخاصة بالعقود التي اوردها القانون على سبيل الحصر لا علاقة له بموضوع دعوى الالغاء التي ترفع ضد القرارات الادارية التي تصدر عن الادارة بارادتها المنفردة فذلك لا يعني ان دعوى الالغاء يمكن ان ترفع ضد العقود كما سنبين في دراستنا عندما تتطرق الى بحث القرار المطعون فيه .

وبناء عليه فان دعوى الالغاء يمكن رفعها ضد القرار الاداري متى كان مندرجاً تحت حالة من الاحوال السابقة وكان مرجع الطعن عليه عدم الاختصاص او وجود عيب في الشكل أو مخالفة القوانين او اللوائح او الخطأ في تطبيقها او تأويلها او إساءة استعمال السلطة .

المَبحَث الأول

الإجراءات والمواعيـــد

الفرع الأول

الإجراءات

كيف ترفع الدعوى ؟

١٣ – ترفع دعوى الالغاء امام محكمة القضاء الاداري بموجب عريضة على ان تكون هذه العريضة موقعة من محام مقيد بجدول المحامين المقبولين للمرافعة امام المحكمة العليا[١] .

وهذا هو المقرر في مصر فالدعوى ترفع بايداع عريضتها سكرتارية المحكمة عن طريق محام مقبول للمرافعة امام مجلس الدولة[٢] .

والقاعدة العامة هي ان هذا الشرط يجب ان يكون متوافراً وقت رفع الدعوى ومباشرة اجراءاتها بتقديم عريضتها الى قلم الكتاب ، وهو لازم لقبول الدعوى من حيث الشكل .

---

(١) تنص المادة ٢١/ ١ من اللائحة على ان (كل دعوى ادارية ترفع الى المحكمة يجب ان تقدم الى السجل المختص بعريضة موقعة من محام مقيد بجدول المحامين المقبولين للمرافعة امام هذه المحكمة وتكون من صور كافية بعدد المستشارين والخصوم) .

(٢) الدكتور سليمان الطماوي – المرجع السابق ص ٩٩٩ .

ومع ذلك فلقد تضمنت اللائحة الداخلية نصاً يقضي بجواز قبول عرائض الدعاوى – استثناء – اذا كانت موقعة من المحامين المقبولين للمرافعة امام محاكم الاستئناف وذلك لمدة سنتين قابلة للتجديد بقرار من الجمعية العمومية[١].

وقد تكون العلة من ورود هذه الاستثناء في اللائحة وقت صدورها[٢] هي قلة عدد المحامين المقبولين للمرافعة امام المحكمة العليا ، كما ان الترافع يجب ان يكون باللغة العربية في حين ان اغلب المحامين كانوا من الايطاليين الذين لا يجيدون اللغة العربية[٣] فهو نص استثنائي يتوافق مع مرحلة الانتقال في تلك الظروف والحكمة منه هي تمكين الخصوم من حقهم في التشكي والتقاضي ولكي لا تكون الاجراءات الشكلية عقبة تغل ايدي المتظلمين وتحول دون تحقيق العدالة .

ونحن نعتقد ان هذا الاستثناء لا مبرر لاعماله الآن ، فقد كان نصاً احتياطياً لا يعمل به ولا يمدد الا بقرار من الجمعية العمومية متى كانت الظروف والاحوال تستدعي ذلك .

ويعتبر توقيع المحامي على صحيفة الدعوى (العريضة) من الاجراءات الجوهرية في الدعوى ، ويترتب على اغفاله بطلان صحيفتها لانه من البيانات الجوهرية التي يجب ان تستوفيها الصحيفة .

---

(١) تنص الفقرة الثانية من المادة ٢١ من اللائحة على انه (يجوز استثناء من حكم الفقرة السابقة قبول عرائض الدعاوى موقعة من المحامين المقبولين للمرافعة امام محاكم الاستئناف وذلك لمدة سنتين قابلة للتجديد بقرار من الجمعية العمومية) .

(٢) صدرت بتاريخ ٥ ربيع الثاني ١٣٧٣ هـ الموافق ١٠ يناير سنة ١٩٥٤ ونشرت في الجريدة الرسمية تاريخ ٢٠ يناير سنة ١٩٥٤ .

(٣) كان عدد المحامين المقبولين امام المحكمة العليا و محاكم الاستئناف سنة ١٩٥٤ لا يتجاوز ثلاثة عشر محامياً جميعهم من الايطاليين المتوطنين فيما عدا فلسطيني واحد انظر قضية الطعن الاداري رقم ١/سنة ١ ق جلسة ٥ ابريل سنة ١٩٥٤ .

٢٠

وقد جرت محكمة القضاء الاداري في مصر على ان اغفال هذا التوقيع هو اغفال لبيان جوهري يبطل صحيفتها ويتعلق بالنظام العام ، فهو اجراء يجب ان يستكمله شكل العريضة والا كانت باطلة[١] .

وهذا الاجراء باعتباره متعلقاً بالنظام العام فانه لا يجوز التنازل عنه وتصح اثارته في اية مرحلة وعلى اية حالة كانت عليها الدعوى وللمحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها .

ولكن هل يجوز تصحيح هذا الاجراء او استيفاء هذا البيان بعد اغفاله ابتداء ؟

لقد تعرضت لذلك محكمتنا العليا بوصفها محكمة القضاء الاداري في حكمها الشهير الخاص بقضية حل المجلس التشريعي في ولاية طرابلس[٢] في ردها على ما اثاره الدفاع عن المدعى عليهم من أن صحيفة الدعوى قد قدمت ينقصها هذا الاجراء الشكلي الجوهري (توقيع المحامي المقبول للمرافعة امام المحكمة العليا) وان حضور المحامي لا يصحح الاجراءات ولانه غير مسجل بسجل المحامين المرخصين في نظارة العدل .

وجاء في حيثية ردها قولها « ومن حيث انه ... لا حجة في ذلك لان الحضور يزيل البطلان ولانه في ١٥ مارس ١٩٥٤ في غضون الستين يوماً المقررة لرفع الدعوى ايضاً تقدم الاستاذ رودريكو جانو بعد ان وكله المدعي بمذكرة بدفاعه وبصورة من صحيفة الدعوى موقعاً عليها منه — وترى المحكمة ان ما اتخذه المدعي ومحاميه في خصوص هذه الدعوى كاف لاعتبار صحيفتها

---

(١) الدكتور سليمان الطماوي المرجع السابق والاحكام التي اشار اليها ص ٩٩٩ .

(٢) انظر قضية الطعن الاداري رقم ١/س ١ ق جلسة ٥ ابريل سنة ١٩٥٤ القضاء الاداري الدستوري ج ١ – ١٩٦٧ .

صحيحة شكلاً » ثم تنتهي المحكمة الى القول بان الدفع غير صائب متعين رفضه .

غير اننا — مع تسليمنا بان اعتبارات العدالة ومقتضيات الصالح العام ومراعاة مبدأ الشرعية الذي انتهك كانت تكمن وراء هذا الذي انتهت إليه محكمتنا ، وتدفعها الى القضاء به ، فان هذا الحكم ترد عليه ملاحظتان :

الاولى : ان قاعدة (الحضور يزيل البطلان) التي استندت عليها المحكمة في حيثية حكمها اذا كانت تنطبق على الاعلان أو ورقة التكليف للحضور في المواد المدنية وما يتعلق بها من دعاوى طبقاً للنصوص التي تضمنها قانون المرافعات فان اعمالها لا يصح بصدد دعوى الالغاء .

وما جاء في الحكم يعني ان حضور المدعى عليهم او من يمثلهم يصحح ما كان يشوب صحيفة دعوى الالغاء ، ويكمل النقص ويزيل ما كان يلابسها من عيب . ومحكمتنا فيما ذهبت اليه تقيس صحيفة دعوى الالغاء على صحيفة التكليف بالحضور في الدعوى المدنية وهو قياس مع الفارق او على الاصح انه قياس على غير شبية فالدعويين تختلف كل منهما عن الاخرى بالنسبة لموضوعها والقانون المطبق بصددها وجهة القضاء المختصة بها .

وفضلاً عما تقدم فان تطبيق تلك القاعدة (الحضور يزيل البطلان) ليس مطلقاً فهو لا يسري على جميع الدعاوى والطعون فهذه القاعدة لا تسري على الاعلان في حالة الطعن بالنقض والاستئناف الذي يرفع بعريضة[1] فاذا كان هناك تفريق بين صحف الدعاوى والطعون بشأن تطبيق تلك القاعدة امام جهة قضاء واحد ، فهل يصح قياس العريضة التي ترفع بها دعوى الالغاء على ورقة

---

(١) مدونة الفقه والقضاء – الجزء الاول سنة ١٩٥٤ ص ٣٠٢ .
كما أنه لا يسري إلا على بيانات معينة في صحيفة الدعوى . أما البطلان المتعلق بالنظام العام فلا يصحح بالحضور طبقاً للقاعدة السابقة .

التكليف بالحضور في الدعوى المدنية ؟ ويضاف إلى ذلك ان اعلان جهات الادارة مستقل باجراءاته ومواعيده التي حددتها المادة ٢٣ من اللائحة الداخلية للمحكمة باربعة عشر يوماً من تاريخ تقديم العريضة فدعوى الالغاء لا ترفع بتكليف الحضور وانما ترفع بمجرد ايداع العريضة[١] .

ان اعمال قاعدة الحضور يزيل البطلان يصح بالنسبة لاجراءات اعلان عريضة دعوى الالغاء فقط وهذا لا يمكن قياسه على تخلف احد الاجراءات الشكلية وعلى الاخص توقيع المحامي الذي يعتبر من النظام العام .

فاذا ما لحق اجراءات الاعلان بطلان ثم حضر المطعون ضده ففي هذه الحالة يمكن ان يثار تطبيق القاعدة والدفع بها قولاً بان حضوره قد ازال البطلان او ان الحضور يصحح البطلان ولقد جرى القضاء في مصر على تطبيق ذلك عندما ترفع الدعوى على غير ذي صفة ثم يحضر ذو الصفة ويقدم دفاعه فعندئذ لا يقبل الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها على غير ذي صفة .

الثانية : ان هذه الجزئية التي جاءت في هذا القضاء حيثية لا يسندها نص في القانون بل جاءت غير متوافقة مع نص المادة ٢١ من اللائحة الداخلية للمحكمة كما انه لا يوجد ما يعززها في القضاء الاداري .

اما من ناحية القانون فان توقيع المحامي من الاجراءات الجوهرية في صحيفة الدعوى وتخلفه يجعلها معيبة من الناحية الشكلية، والجزاء هو البطلان، ومما يعزز هذا النظر ما نصت عليه المادة ٢١ / ١ حيث أوجبت ان تقدم عريضة الدعوى الادارية موقعة من محام مقبول للمرافعة امام المحكمة العليا .

كما ان المقرر هو ان الاجراءات في الدعاوى الادارية متميزة ومستقلة عن

---

(١) طعن اداري رقم ١/ ٣ ق جلسة ٣٠ ذي الحجة ١٣٨٩ هـ الموافق ٨ مارس ١٩٧٠ .

قواعد الاجراءات التي تضمنها قانون المرافعات [١] وهذه لا تطبق الا عند غياب نص بحكم المسألة في قانون المحكمة او لائحتها الداخلية [٢] ومع وجود النص المشار اليه فيما تقدم لا يصح القياس ولا يجوز الاجتهاد ، وبناء عليه فان ذلك الحكم يكون قد جانب الصواب في هذه الجزئية منه فوجود النص ينعدم مع كل مبرر لتطبيق الاجراءات العادية .

واما القضاء فان ما استقر عليه القضاء الاداري المصري هو ان قواعد المرافعات المدنية والتجارية لا تطبق امام القضاء الاداري الا فيما لم يرد فيه نص في قانون مجلس الدولة بالقدر الذي لا يتعارض اساساً مع نظام المجلس واوضاعه الخاصة [٣] . ولقد كان القضاء الاداري المصري دليلاً ومرشداً لمحكمتنا في العديد من احكامها غير انها في هذا الحكم قد خالفت وجهته ولم نجد في القضاء المصري ما يؤيد وجهة نظرها .

ان المحكمة كان يتعين عليها ان تبني قضاءها في قبول صحيفة الدعوى على الوقائع بحيث يكون حكمها متمشياً مع القانون وذلك بأن تعتبر الظروف التي أحاطت بالطاعن حسب ما جاء في مذكرته — تكون حالة الضرورة القانونية التي تبيح المحظور وتدعو الى اهدار اللائحة او تقتضي تعطيل تطبيق النص بالنسبة له — ولكل من يوجد في مثل حالته — فقد تردد على معظم المحامين

---

(١) الدكتور مصطفى كمال وصفي — أصول اجراءات القضاء الاداري — الكتاب الأول التداعي ١٩٦١ ص ١٣ .

(٢) تنص المادة ٥٣ : من اللائحة الداخلية على انه : — فيما عدا ما هو منصوص عليه في القانون وفي هذه اللائحة تسري في شأن الاجراءات التي تتبع امام دوائر القضاء الدستوري والقضاء الاداري وقضاء الاحوال الشخصية والطعون الانتخابية القواعد المفرزة في قانون المرافعات المدنية والتجارية) .

(٣) الدكتور مصطفى كمال وصفي — المرجع السابق ص ١٢ — ١٣ انظر ايضاً الاحكام المشار اليها في الهامش .

فرفض الاجانب منهم نظراً لوضعهم الخاص في البلاد ومن امتنع عن مباشرتها لم يكن امتناعه لعدم عدالتها وانما تهيباً وخشية من السلطة[١] على أن تنظر الى ما فعله الطاعن في غضون الستين يوماً المقررة لرفع الدعوى بتوكيله محام مقبول للمرافعة امام المحكمة العليا قام بالتوقيع على صورة من صحيفة الدعوى استيفاء للاجراء المطلوب بعد ان زالت حالة الضرورة ، فزوال المانع يستلزم استكمال النقص ، وهكذا يمكن رد الدفع بعدم قبول الدعوى .

ولا يلزم ان يكون المحامي موكلاً عن الطاعن — والتوكيل ليس شرطاً وانما يكفي توقيعه على صحيفة الدعوى فالطعن بالالغاء يختلف عن الطعن بالنقض في المسائل المدنية[٢] وتكون الدعوى مقبولة من باب اولى — اذا كانت موقعة من محام موكل بموجب توكيل عرفي[٣] ، وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة العليا بأنه اذا اقام المدعى دعواه ابتداء بناء على طلب المدعى الذي ابعد من ليبيا في خلال يومين لم يكن مطلق الحرية فيها ثم قدم بعد ذلك توكيلاً من المدعى مصدق عليه من الجهة المختصة في مصر فان هذه الملابسات التي تم فيها الابعاد تجعل هذا التوكيل المودع من المحامي قبل جلسة المرافعة كافياً لقيام صفته وان كان تقديمه قد تم بعد مضي الستين يوماً المقررة لرفع الدعوى[٤] .

ضد من ترفع الدعوى ؟

١٤ — الاصل ان دعوى الالغاء ليست خصومة بين طرفين ولكنها في حقيقة الامر مخاصمة لذات القرار الاداري المطعون فيه للوصول الى الغائه وازالة جميع آثاره .

---

(١) انظر تفصيل ذلك في وقائع الدعوى قضية الطعن المشار اليها رقم ١/ س ق .
(٢) طعن اداري رقم ١/ س ١٣ ق جلسة ٣٠ ذي الحجة ١٣٨٩ هـ — ٨ مارس ١٩٧٠ .
(٣) طعن إداري رقم ١١/ س ١١ ق جلسة ١٠ فبراير سنة ١٩٦٨ .
(٤) طعن اداري رقم ٢/ س ٢ ق جلسة ١٨ ابريل سنة ١٩٥٦ .

غير انه مع ذلك يجب ان توجه الخصومة الى الجهة التي اصدرت القرار . وقد جرى قضاء المحكمة العليا على ذلك فقضى في الحكم الصادر بجلسة ١٨ ابريل سنة ١٩٥٦ « ان القاعدة في اختصام القرارات الادارية هي توجيه الخصومة للجهة الادارية مصدرة القرار ، او من يمثلها لتلقى وجوه الطعن فيه والدفاع عنه ثم تنفيذ ما تقضي به المحكمة في شأنه، فان وجهت الدعوى لغير تلك الجهة التي اصدرت القرار فان ذلك يكون رفعاً لها على غير ذي صفة وتوجيهاً لها على غير خصم »[١] .

واذا كانت الدعوى يجب ان توجه الى جهة الادارة التي اصدرت القرار المعيب وتملك تصحيحه او الغاءه او تعديله فيجب مع ذلك ان نفرق بين حالتين ونجعل اساس التفرقة هو ما اذا كانت الجهة الادارية مصدرة القرار تتمتع بالشخصية المعنوية ام لا[٢] ،وهذا هو الذي يسير عليه القضاء الاداري المصري وهو ما انتهجته المحكمة العليا عندنا .

الحالة الاولى :ـ ان يصدر القرار من جهة ادارية لها الشخصية الاعتبارية :

وفي هذه الحالة يجب ان توجه الخصومة وترفع الدعوى ضد ممثل الشخص الاعتباري وهو غالباً ما يكون رئيس المجلس او المؤسسة او مدير الهيئة ولا يكون للجهة الرئاسية أو جهة الوصاية ان تقوم بتمثيل الشخص الاعتباري او تنوب عنه[٣] . فاذا كانت كل بلدية لها شخصيتها الاعتبارية وكان المقرر قانوناً ان رئيس المجلس البلدي او من يقوم مقامه في حالة غيابه هو الذي يمثلها في التقاضي فان هذا الامر يجب معه أو توجه الخصومة الى عميدها (رئيس المجلس البلدي) او من يقوم مقامه في حالة غيابه .

---

(١) طعن اداري رقم ٢/ س ٢ ق جلسة ١٨ ابريل سنة ١٩٥٦ .

(٢) الدكتور سليمان الطماوي المرجع السابق ص ١٩٦٦ .

(٣) الاستاذ الدكتور الطماوي ص ٩٦٦ الدكتور مصطفى كمال وصفي – المرجع السابق ص ٤٤١ .

« ولا مجال لاختصام وزير الشئون البلدية في الدعاوى التي ترفع عليها ، لانتفاء صفته فيما تصدره من قرارات لان علاقته بالبلدية علاقة اشراف وتوجيه فحسب ولا يجوز بناء عليه اختصامه اذ الاصل في المجال الاداري ان توجه الدعوى الى الجهة الادارية مصدرة القرار المطعون فيه » (طعن اداري رقم ٨ / ١٥ ق ٣ مايو ١٩٦٩ م مجلة المحكمة العليا السنة الخامسة العدد الرابع).

الحالة الثانية : ان يصدر القرار من جهة ادارية ليست لها الشخصية الاعتبارية ويتعين في هذه الحالة أن توجه الدعوى الى الوزير الذي تتبعه الجهة التي اصدرت القرار [١]. وقد حكم بأن « اقامة الدعوى ضد وزير العدل من مباشرين بالوزارة طعناً على قرار اداري نهائي صادر من وزارته يجعلها متجهة الى خصم حقيقي ذي صفة في الخصومة فوزير العدل ككل وزير في وزارته هو رأس السلطة في سلم التدرج الاداري وهو مسئول عن جميع القرارات النهائية التي تصدر في الوزارة [٢].

واذا كانت الدعوى قد رفعت على رئيس المصلحة او مدير الهيئة او المؤسسة التي لا تتمتع بالشخصية الاعتبارية فان هذا لا يحول دون تصحيحها وتوجيهها الوجهة السليمة اثناء السير في الدعوى وقبل انقضاء مواعيد الطعن [٣] اما — التصحيح الذي يجري في دعوى الالغاء بعد فوات ميعاد الطعن فلا يزيل العيب [٤] والدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها على غير ذي صفة يتعلق بالنظام العام تجوز

---

(١) انظر الطماوي ص ٩٩٦ المرجع السابق .

(٢) طعن اداري رقم ٨/ ١٦ ق جلسة ١٦ ذو الحجة ١٣٨٩ هـ الموافق ٢٢ فبراير ١٩٧٠ مجلة المحكمة العليا السنة السادسة عدد محرم ١٣٩٠ .

(٣) الدكتور الطماوي المرجع السابق ص ٩٩٩ .

(٤) الدكتور مصطفى كال وصفي المرجع السابق ص ٢٤٣ .

اثارته في اية حالة كانت عليها الدعوى وللمحكمة ان تقضي به تلقاء نفسها[١] ويلاحظ انه اذا وجهت الدعوى الى غير ذي صفة ثم حضر او قدم ذو الصفة او ممثلة دفاعه فلا يقبل الدفع بعدم القبول[٢].

الفرع الثاني

المواعيـــد

متى يبدأ سريان الميعاد ؟

١٥ – ان دعوى الالغاء يتمثل فيها أكبر خطر يهدد القرارات الادارية الامر الذي يؤثر في استقرار الحياة الادارية ولذلك فقد حرص المشرع على تحديد ميعاد رفع الدعوى بستين يوماً[٣].

وهذا الميعاد القصير يتعلق بحجية القرارات والأوامر والاعمال الادارية وما يرتبط بها من المصالح العامة وعلى هذا الاساس يعتبر من مواعيد السقوط المتعلقة بالنظام العام.

والاصل ان ميعاد رفع الدعوى الالغاء الى محكمة القضاء الاداري هو ستون يوماً تسري في حق صاحب المصلحة اعتباراً من تاريخ نشر القرار او اعـــلان صاحب الشأن به او علمه[٤] به علماً يقيناً.

---

(١) الدكتور سليمان الطماوي المرجع السابق ص ٩٩٦ .

(٢) الدكتور مصطفى كمال وصفي ص ٢٩٣ .

(٣) انظر نص المادة ٢٢ من قانون المحكمة العليا فيما يتعلق بميعاد رفع الدعوى لمحكمة القضاء الاداري .

(٤) قضاء المحكمة العليا – طعن اداري رقم ٣/ سنة ٢ ق جلسة ٢٨ نوفمبر ١٩٥٦ طعن اداري رقم ٤/ ١٥ ق جلسة ٦ صفر سنة ١٣٩٠ الموافق ١٣ ابريل ١٩٧٠ م مجلة المحكمة العليا السنة السادسة العدد الرابع .

النشر : La publication

١٦ ــ ويتحقق نشر القرار التنظيمي عن طريق الوسيلة الرسمية التي حددها المشرع فاذا كان القانون لا يشتمل على نص يخصص وسيلة او يعين طريقة للنشر وجب ان يكون ذلك في الجريدة الرسمية ولكن الذي تجدر ملاحظته هو ان نشر القرار بالوسيلة الرسمية لا يغنى عنه النشر في الصحف اليوميـــة او المجلات او الدوريات لان النشر مقصود به ان يكون لدى الكافة علم بما نشر ولو كانت تلك الصحف او المجلات حكومية فجريدة طرابلس ليست جريدة رسمية حتى يكون النشر فيها قرينة على علم الكافة (١).

ومن المبادىء التي قررتها محكمة القضاء الاداري « ان المواعيد لا تجري في حق من يحتج بها عليه الا من تاريخ النشر او العلم اليقيني بصدور القرار المطعون فيه . فاذا لم يحدد القانون طريقة معينة للنشر وجب ان يكون في جريدة او نشرة معدة للاعلانات ومن شخص او جهة تختص بذلك ، والمراد بالنشر هو وسائله الرسمية ، فلا يغنى عنه النشر في الصحف السيارة ولا يقوم مقامه غير الاعلان الموجه كتابة الى ذوي المصلحة شخصياً او العلم اليقيني (٢) » .

الاعلان : La notification

١٧ ــ هو الطريقة او الوسيلة التي تستعملها الجهة الادارية ليصل بها القرار الى علم فرد بذاته أو اشخاص معينين بالذات ، فالاعلان هو واسطة إبلاغ القرار الى من يهمه الامر او يستلزم الاحاطة به .

ويرى الاستاذ الدكتور الطماوي أن الادارة ليست ملزمة باتباع وسيلة معينة لكي تبلغ الفرد او الافراد بالقرار ، فقد يكون ذلك عن طريق محضر او عن

---

(١) طعن اداري رقم ١/ ٣ ق جلسة ٣٠ ذي الحجة ١٣٨٩ الموافق ٨ مارس ١٩٧٠ .

(٢) طعن اداري رقم ٣/ س ٢ ق جلسة ٢٨ نوفمبر ١٩٥٦ .

طريق اي موظف اداري آخر، وقد يكون تبليغ الفرد بأصل القرار أو بصورة منه[١]. غير انه لايكفي مجرد الاعلان وانما يجب ان يؤدي هذا الى العلم الكامل الشامل بما يتضمنه وما يستهدفه القرار. وفي حالة الاكتفاء بملخص القرار يجب ألا يكون هناك شك حول المضمون[٢]. وبهذا المعنى قضت المحكمة العليا في حكمها الصادر بتاريخ ٢٦ يونيه ١٩٥٧ وقد جاء في هذا الحكم أنه لكي يؤدي النشر مهمته يجب أن يكشف عن فحوى القرار بحيث يكون في وسع ذي المصلحة أن يلم به تماماً، واذا اكتفت المصلحة بالاعلان بملخص القرار وجب ان لا يكون هناك شك حول مضمون القرار — اما اسبابه فلا يلزم الكشف عنها الااذا اوجب القانون ذلك، فاذا كان الخطاب الذي أقر المدعي باستلامه من مدير المصلحة كاشفاً بما فيه الكفاية عن مضمون القرار المطعون فيه فان تاريخ اعلانه على هذه الصورة ينفتح به ميعاد رفع الدعوى[٣].

وعبء الاثبات فيما يتعلق بالنشر او الاعلان امر تتكفل الادارة باقامة الدليل عليه، فاذا كانت جهة الادارة المدعى عليها قد عجزت عن اثبات حصول النشر او اعلان المنشور الدوري المطعون فيه الى المدعين فلا يجديها ان تطلب سماع اقوال موظف سابق ليشهد بعلم المدعين بمضمون المنشور[٤].

والتفرقة بين النشر والاعلان اساسها تقسيم القرارات الادارية الى قرارات تنظيمية واخرى فردية[٥].

ومع ذلك فان هناك بعض الاستثناءات التي ترد على هذا المبدأ فقد يستلزم الامر اعلان بعض القرارات التنظيمية في بعض الاحوال وفي حالات اخرى قد

---

(١) راجع الدكتور سليمان الطماوي المرجع السابق ص ٦٢٨.
(٢) راجع الدكتور الطماوي المرجع السابق ص ٦٢٩.
(٣) طعن اداري رقم ٦/ س ٣ ق جلسة ٢٦ يونيه ١٩٥٧.
(٤) طعن اداري رقم ٣/ س ٢ ق جلسة ٢٨ نوفمبر ١٩٥٦.
(٥) الدكتور محمود محمد حافظ — المرجع السابق ص ٥٠٤ انظر ايضاً فيدل ص ٣٦٥.

يكون النشر متعيناً ولازماً فيما يتعلق ببعض القرارات الفردية[١] ، فمن المسلم به ان الميعاد يجري بالنسبة للقرارات الجماعية التي تشمل عدداً من ذوي المصالح منذ النشر[٢] .

العلم اليقيني : La théorie de la connaissance aquise

١٨ – يقوم العلم اليقيني مقام النشر والاعلان ويغني عن اي منهما بحسب الاحوال . ويشترط لكي يكون العلم يقينياً ان يكون كاملاً نافياً للجهالة ، وشاملاً لمحتوى القرار ومؤداه وان يتحقق ثبوته في تاريخ معين على وجه اليقين يبدأ به حساب الميعاد . وقد جاء في حكم المحكمة العليا الذي سبق وأن اشرنا اليه ان المقصود بالنشر هو وسائل النشر الرسمية ولا يقوم مقامه غير الاعلان الموجه كتابة الى ذوي المصلحة شخصياً او العلم اليقيني الكامل النافي للجهالة بحيث يكون علماً شاملاً بمؤدى القرار ومحتوياته وان يثبت هذا العلم على وجه اليقين في تاريخ معين يمكن حساب الميعاد منه بحيث يصير صاحب الشأن في حالة تسمح له بالإلمام بكل ما تجب معرفته حتى يستطيع تبين مركزه القانوني من القرار المطعون فيه وادراك مواطن العيب في ذلك القرار ومدى مساسه بمصلحته فلا عبرة بالعلم الظني او الافتراضي مهما كان احتمال العلم قوياً ما دام الدليل لم يقم على هذا العلم بصفة قاطعة وفي تاريخ معين يتحدد به ميعاد رفع الدعوى . ولا يتحقق معنى العلم اليقيني ولا اثبات حقيقة الميعاد الذي تبدأ منه مواعيد الطعن بطريق الاستماع الى شاهد توضع أقواله موضع التقدير والاحتمال والترجيح[٣] .

---

(١) الدكتور محمود محمد حافظ المرجع السابق ص ٥٠٥ .

(٢) فيدل المرجع السابق ص ٣٦٥ .

(٣) طعن اداري رقم ٣/ ٢ ق جلسة ٢٨ نوفمبر ١٩٥٦ .

حالة سكوت الادارة :—

١٩ — اذا كان الطاعن قد تقدم بطلبه الى الادارة ولم تجب عليه بالموافقة او الرفض . فان مضي مدة اربعة اشهر على سكوت الادارة يعتبر قرار ضمنياً décision implicite بالرفض[١] . وهذا هو المقرر في فرنسا[٢] ، اما في مصر فان قانون مجلس الدولة الحالي ينص على انه « يعتبر فوات ستين يوماً على تقديم التظلم دون ان تجيب عنه السلطات المختصة بمثابة رفضه ويكون ميعاد رفع الدعوى بالطعن في القرار الخاص بالتظلم ستين يوماً من تاريخ انقضاء الستين يوماً المذكورة » (م ٢٢ / ٢ من قانون مجلس الدولة) ولقد كانت المدة المقررة في التشريع المصري أربعة اشهر طبقاً لما هو مقرر في قانون المحكمة العليا عندنا ولكنها أنقصت الى ستين يوماً[٣] .

الاوحال التي يمتد فيها الميعاد :—

٢٠ — يمتد الاجل أو الميعاد المقرر لرفع دعوى الالغاء ولكن ذلك يختلف في حالات الانقطاع عنه في حالة الوقف[٤] .

ومعنى الانقطاع ان ميعاد رفع الدعوى يحسب من جديد بغض النظر عن المدة التي سبقت السبب الذي ادى الى انقطاع المدة فالميعاد في حالات الانقطاع يبدأ في السريان من جديد دون ان تحتسب فيه المدة السابقة اما في حالة الوقف

---

(١) تنص المادة ٢٢/ ٢ من قانون المحكمة العليا على ذلك بقولها : ويعتبر في حكم قرار قرار الرفض فوات وقت يزيد على اربعة اشهر دون ان تصدر السلطات الادارية المختصة قراراً في التظلم المقدم فيكون ميعاد رفع الدعوى في هذه الحالة الاخيرة ستين يوماً من تاريخ انقضاء الاشهر المذكورة .

(٢) الاستاذ فيدل ص ٣٦٧ .

(٣) انظر الدكتور محمود حافظ — المرجع السابق ص ٥٠٩ .

(٤) راجع في التمييز بين حالة الوقف والانقطاع الدكتور محمود حافظ ص ٥١٢ .

فان طارئاً ما يحدث فيوقف المواعيد من ان تجري في حق الطاعن بصفة مؤقتة، فاذا زال ذلك السبب الذي ادى الى الوقف واصلت المواعيد سيرها على ان تدخل ضمنها المدة التي كانت قد مضت قبل وقوع الطارىء او حدوث السبب الذي اوقف سريان الميعاد. فالمدة في هذه الحالة تضاف الى المدة السابقة ولا تحسب من جديد. غير ان محكمتنا تخلط بين مدلول الوقف ومعنى الانقطاع مع ان المشرع قد استعمل لفظ الانقطاع مما يفهم منه انه يقصد التمييز بين الوقف والانقطاع [١].

حالات الانقطاع :

التظلم الإداري :

٢١ ــ ان الطاعن له ان يحاول مع الادارة قبل ان يلتجىء الى القضاء، وهو عندما يقوم بذلك فان اتصاله بالادارة بتقديم الالتماس اليها او التظلم من حيفها وجورها قد يجد اذناً صاغية منها وينجح في الحصول على طلباته دون ان يعرض نفسه لمصاريف ومشقة التقاضي. فالسلطة الادارية ربما تقوم بتعديل او الغاء القرار الذي كان سبباً في المظلمة وذلك عن طريق التظلم الولائي [٢] gracieux او التظلم الرئاسي [٣] hiérarchique.

---

(١) من حيث انه وان كان تقديم التظلم يقطع سريان المدة او بالاحرى يوقفه الا انه لا يستلزم ان ينتظر المتظلم رد الادارة صراحة او مرور الاربعة اشهر لرفع دعوى الالغاء طعن اداري رقم ١٢/١ ق بتاريخ ٢ ذي الحجة ١٣٨٩ هـ الموافق ٨ فبراير ١٩٧٠. في حين أن المادة ٢٢/١ من قانون المحكمة تنص على انه ينقطع سريان هذا الميعاد في حالة التظلم الى الهيئة الادارية التي اصدرت القرار او الى الهيئات الرئيسية.

(٢) ويسميه بعض الفقهاء الطعن بطريق الالتماس.

(٣) فيدل ص ٩٨. والتظلم الولائي هو الذي يرفع السلطة التي اتخذت القرار وصولا الى تعديله او الغائه اما التظلم الرئاسي فهو ذلك التظلم برفع امام سلطة أعلى من تلك التي اصدرت القرار موضع الشبهة. انظر فيدل المرجع السابق ص ٣١٣.

والمقرر في التشريع الليبي ان سريان الميعاد ينقطع في حالة التظلم الى الهيئة الادارية التي اصدرت القرار او اي الهيئات الرئاسية (م ٢٢ /م من قانـــون المحكمة العليا) . والاصل ان التظلم الى الجهة الادارية او الرئاسية ليس وجوبياً بل هو امر جوازي .

والمدعي له الخيار في ان يسلك طريق التظلم الاداري او يلجأ الى القضاء للحصول على حقوقه التي يدعيها او لحماية مصالحه التي اضيرت من القرار المطعون فيه وذلك فيما عدا الاحوال التي قد ينص فيها القانون على الالتجاء الى الادارة قبل الطعن على قراراتها امام القضاء .

واذا كان تقديم التظلم يقطع سريان المدة فان هذا لا يستلزم ان ينتظر المتظلم رد الادارة الصريح او مرور اربعة اشهر مع سكوت الادارة . فالدعوى تكون مقبولة اذا رفعت قبل ذلك غاية ما في الامر ان الطاعن يتعرض لخسارة مصروفات الدعوى اذا قبلت الجهة الادارية التظلم وسحبت القرار المتظلم منه او صححته [١] .

والتظلم الاداري لايقطع الميعاد الا اذا رفع خلال المدة المقررة لرفع الطعن القضائي [٢] ، اي خلال المدة التي يجب ان ترفع فيها دعوى الالغاء .

وانقطاع المدة بالتظلم الاداري لا يقع الا مرة واحدة اما التظلم الثاني (ولائي او رئاسي) الذي يرفع بعد رفض الاول فانه لا يقطع سريان المدة [٣] .

فالتظلم الذي يقطع الميعاد هو التظلم الاول وحده فاذا توالت التظلمات فلا عبرة بتكرارها [٤] . وليس لذوي الشأن ان يتخذوا من تكرار التظلمات

---

(١) انظر قضية الطعن الاداري رقم ١٢/ ١٥ ق جلسة ٢ ذي الحجة ١٣٨٩ الموافق ٨ فبراير ١٩٧٠ .

(٢) الاستاذ فيدل المرجع السابق ص ٣٦٨ .

(٣) فيدل المرجع السابق ص ٣٦٨ .

(٤) الدكتور محمود حافظ وحكم مجلس الدولة الفرنسي المشار اليه ص ٥١٣ .

وسيلة للاسترسال في اطالة ميعاد الدعوى[١].

غير ان محكمتنا قد انتهجت مسلكاً مغايراً لما استقر عليه الفقه والقضاء الاداري فجرت احكامها على ان الميعاد ينقطع بالتظلم الاخير وفي هذا المعنى جاء حكمها الصادر بتاريخ ٢٨ يناير ١٩٦١ ليقرر بأنه «... اذا توالت التظلمات بحيث يقع احدها في ميعاد الستين يوماً فان هذه المحكمة ترى ان لصاحب الشأن ان يتخذ من تاريخ آخر تظلم يجريه بدءاً لسريان المواعيد المقررة لكي ترد عليه جهة الادارة ثم يبدأ ميعاد رفع الدعوى بعد ذلك لان من المسلم به انه متى كان ميعاد الدعوى مفتوحاً فان لصاحب الشأن ان يطرق باب التظلم حتى آخر يوم فيه ومن ثم فلا يستساغ محاسبة الطاعن في شأن المواعيد على اساس تظلمه الأول متى وقع تظلم آخر له في الميعاد[٢].

واكدت هذا المبدأ في حكمها الصادر بتاريخ ٢٨ ابريل ١٩٦٢ وقد جاء فيه : « انه وان كان مسلماً ان التظلم بعد ستين يوماً من تاريخ نشر القرار او اعلان صاحب الشأن به غير مقبول او غير ذي اثر في انقطاع سريان ميعاد الطعن الا انه اذا تعددت تظلمات الطاعن في مدى الستين يوماً المذكورة انقطع الميعاد بالتظلم الاخير[٣] » .

غير ان هذا القضاء الذي استقرت عليه محكمتنا وجرت عليه احكامها محل نظر فهو من ناحية يخالف المستقر عليه في الفقه والقضاء الاداري من ان

---

(١) انظر حكم محكمة القضاء الاداري المشار اليه بالمرجع السابق ص ٥١٣ .

(٢) قضية الطعن الاداري رقم ٧/١٥ ق جلسة ٢٨ يناير ١٩٦١ — وفي هذه القضية تقدم الطاعن بتظلمه الاول ولكنه اعلن برفضه فتقدم بتظلم آخر خلال الستين يوماً من تاريخ رفض تظلمه الاول وجاء الرد برفض تظلمه الآخر وترى المحكمة في حيثيات حكمها ان ميعاد رفع الدعوى يحتسب من هذا التاريخ .

(٣) قضية الطعن الاداري رقم ١٠/ ٨ ق جلسة ٢٨ ابريل ١٩٦٢ .

التظلم الأول وحده هو الذي يؤثر ويقطع سريان بالميعاد[١].

وبالاضافة الى ذلك فان الاتجاه الذي تذهب اليه محكمة القضاء الاداري عندنا وان كان في ظاهره يراعي مصالح الافراد وذوي الشأن الا انه في الحقيقة يعرض المصالح العامة للخطر ويؤثر في استقرار الاوضاع الادارية والمراكز القانونية بما يعطيه من سلاح يشهره الطاعن متى شاء في وجه القرار الاداري مما يترتب عليه اطالة ميعاد رفع دعوى الالغاء بتكرار التظلمات الادارية .

ومن ناحية ثالثة فان ذلك القضاء قد تظهر وجاهة وسلامة ما ذهب اليه في الحالة التي يكون فيها التظلم الاداري وجوبياً[٢] ، أما وأن التظلم الى جهة الادارة ليس إلزامياً وللطاعن ان يلتجىء الى القضاء مباشرة اذا لم يرَ فائدة من التظلم الى الادارة فان سلوك الطاعن لهذا الطريق وتكرار تظلمه الواحد تلو الآخر لا يتفتح به سريان الميعاد الا مرة واحدة ، مراعاة لمقتضيات العدالة وحماية للمصلحة العامة .

اما القول بأن الميعاد ينقطع بالتظلم الاخير فانه يطيل المواعيد ويزيدها في الاسترسال الامر الذي يتعارض مع ارادة المشرع الذي جعل ميعاد رفع دعوى الالغاء ميعاداً قصيراً .

واخيراً فان المشرع قد اراد بالتظلم ان يعطي للادارة فرصة مراجعة قرارات هيئاتها المختلفة وردها الى ما يفترض فيها ان تبتغيه من الصالح العام وموافقة القوانين وكان مقتضى ذلك ان يحدد المشرع مهلة لبحث هذا التظلم فان اقتنعت به صححت الوضع وإلاّ ردت على المتظلم بما يفيد رفض تظلمه[٣] . ومعنى هذا

---

(١) محمود حافظ ص ٥١٢ ، ٥١٣ والأحكام التي استدل بها – فيدل ص ٣٦٨ .

(٢) انظر حالات التظلم الاجباري في مصر – الدكتور محمود حافظ ص ٥١٥ .

(٣) قضية الطعن الاداري رقم ١٢/١٥ ق جلسة ٢ ذي الحجة ١٣٨٩ الموافق ٨ فبراير ١٩٧٠ م .

ان الادارة عندما تفصح عن ارادتها الصريحة وترفض التظلم فكأنهـا تقول للمتظلم ليس امامك الا القضاء فلا يجدي الطاعن تكرار تظلماته امامها شيئاً دون ان يرفع دعواه امام القضاء، ويستوي وضعه بمن لم يطعن على القرار بأي وجه فيما يتعلق بسقوط الحق في رفع الدعوى .

ولقد كان الاتجـاه الصواب هو الاخذ بمذهب القضاء الاداري المصري والفرنسي[١] . ويلاحظ ان فوات وقت يزيد على اربعة اشهر دون ان تصدر السلطات الادارية المختصة قراراً في التظلم المقدم اليها يعتبر بمثابة قرار بالرفض ويكون ميعاد رفع دعوى الالغاء في هذه الحالة خلال ستين يوماً تبدأ من التاريخ الذي تنقضي فيه الاشهر الاربعة (م ٢٢ /٢) .

رفع الدعوى امام محكمة غير مختصة :

٢٢ ـ ان رفع الطعن امام جهة قضاء غير مختصة يقطع سريان ميعاد الطعن القضائي شأنه شأن التظلم الاداري[٢] ، فهو دليل قوي على ان الطاعن متمسك بحقه فاذا قام الطاعن برفع الدعوى امام محكمة لا ينعقد لها الاختصاص بنظر موضوعها فان ذلك يقطع سريان المدة .

غير انه في هذه الحالة يجب ان ترفع الدعوى الى المحكمة التي لا تختص بها خلال الميعاد اي خلال الستين يوماً المقررة[٣] ، ولا ينظر الى الدعوى باعتبارها سبباً قاطعاً لسريان المواعيد اذا ما تكرر رفعها امام محاكم او جهات قضائية غير مختصة فالعبرة فقط بالمرة الأولى[٤] . ويسري الميعاد الجديد ابتداء من تاريخ اعلان

---

(١) الدكتور محمود حافظ ص ٥١٣ .

(٢) فيدل المرجع السابق ص ٣٦٨ .

(٣) على هذا استقر القضاء الاداري المصري .

(٤) انظر الدكتور محمود حافظ المرجع السابق ـ ايضاً الدكتورة سعاد الشرقاوي ـ القضاء الاداري ١٩٧٠ ـ ص ٢٢١ .

الحكم بعدم الاختصاص ، ولقد أكدت محكمة القضاء الاداري ذلك في حكمها الصادر بتاريخ ٢٣ ربيع الثاني ١٣٩٠ هـ الموافق ٢٨ يونيه ١٩٧٠ م حيث قالت : —

« ومن حيث ان الطاعن اقام طعنه الحالي في ٢٩—٥—٦١ اي قبل فوات ستين يوماً من تاريخ صدور الحكم في الطعن السابق فيكون قد رفعه في الميعاد القانوني . ذلك ان من القواعد القانونية المستقرة ان رفع الدعوى امام جهة قضائية يقطع سريان مدة السقوط ولو كانت الجهة القضائية التي رفعت اليها الدعوى اولاً غير مختصة متى كان الخطأ في رفعها مغتفراً كما استقر قضاء مجلس الدولة المصري على ان الالتجاء الى اللجنة القضائية يقطع سريان مدة السقوط لأنه لا يخرج عن كونه تظلماً اشد مفعـــولاً من التظلم الاداري الذي يضمنه المتظلم خطاباً او شكوى عادية يرسلها الى الرئيس الاداري المختص وما من شك في ان الطعن الاول الذي رفعه الطاعن إلى هذه المحكمة برقم ١١ /٦ ق في ٢٠ /١ / ١٩٥٩ كان خلال ستين يوماً من تاريخ علمه علماً يقينياً بالقرار المطعون فيه . وان الخطأ في توجيه ذلك الطعن خطأ مغتفر . وما دامت المحكمة لم تفصل في موضوع طلب الغاء في الدعوى السابقة فلا يمتنع عليها نظر الموضوع من جديد في الدعوى الحالية . وما دامت مدة السقوط قد انقطعت بالدعوى الاولى فينفتح لطالب الالغاء ميعاد جديد قدره ستون يوماً من تاريخ صدور الحكم في الطعن الاول الصادر في ٢٢ /٤ /١٩٦١ ومن تاريخ اعلانه به ومن ثم يكون رفـــع الطعن الجديد الحالي في ٢٩ /٥ /٦١ قد حصل في الميعاد القانوني[1] .

طلب الاعفاء من الرسوم القضائية :—

٢٣ — لا يخرج طلب الاعفاء من الرسوم القضائية عن كونه وسيلة يستعملها

---

(١) طعن اداري رقم ١٧/ ٨ ق جلسة يونيو ١٩٧٠ .

صاحب المصلحة لكي يتمكن من الطعن في القرار الاداري وهو لا يخرج عن كونه نوعاً من التظلم اشد فعالية من الشكوى العادية او الاعتراض من صاحب الشأن على القرار الاداري [١] ، ويترتب على طلب المساعدة القضائية انقطاع المدة ، [٢] ويسري الميعاد الجديد ابتداء من تاريخ صدور القرار بالاعفاء او برفضه لا من تاريخ اعلانه [٣] ، وعلى هذا جرى واستقر القضاء في مصر [٤] .

حالة الوقف :

القوة القاهرة :

٢٤ ـ يقف سريان الميعاد في حالة واحدة وهي حدوث قوة قاهرة تحول بين الطاعن وبين التشكي او رفع الدعوى فاذا توفرت شروطها في جانب الطاعن توقف الميعاد عن السريان وبزوالها تستكمل المدة وتستأنف سيرها فالميعاد لا يسري من جديد في هذه الحالة وانما تستكمل المدة بعد زوال المانع . **contra non valentem agere non currit praescriptic** والامثلة التي يرددها الفقه [٥] وجاءت في بعض احكام القضاء هي حالة الحرب ، والاعتقال في سجن اومعتقل لا يكفل فيه للمسجونين القيام بالاجراءات القانونية التي تضمن حقوقهم . كما ان انتشار الامراض او الوباء المعدي وما يصحبه من اجراءات

---

(١) انظر الدكتور محمود محمد حافظ المرجع السابق ص ٥١٩ – ٥٢٠ والاحكام المشار اليها في الهامش .

(٢) الدكتورة سعاد الشرقاوي – المرجع السابق ص ٢٢٢ .

(٣) الدكتور محمود حافظ ص ٥٢٠ . قارن د . سعاد الشرقاوي ص ٢٢٢ حيث تقول أن الميعاد يسري ابتداء من اعلان صاحب الشأن بقرار الفصل في طلب المساعدة بينما يرى الدكتور محمود حافظ بان هذا القرار ليس من القرارات التي يجب اعلانها .

(٤) انظر الاحكام التي اشار اليها الاستاذ الدكتور محمود حافظ بالهامش ص ٥٢٠ .

(٥) الدكتور سليمان الطماوي المرجع السابق ص ٦٥٠ – الدكتور محمود حافظ المرجع السابق ص ٥٢١ – د . سعاد الشرقاوي ص ٢٢٢ .

وقائية ومنع للانتقال من مكان الى آخر يعتبر من قبل القوة القاهرة .

الآثار المترتبة على فوات الميعاد : (انقضاء المدة)

٢٥ ــ تكون دعوى الالغاء غير مقبولة اذا رفعها الطاعن بعد فوات الميعاد الذي حدده القانون لرفعها . فالنتيجة الحتمية لانقضاء الميعاد هي تحصين لقرار ضد الالغاء ويمتنع على صاحب المصلحة ان يطعن في القرار المعيب مباشرة عن طريق دعوى الالغاء . ويعتبر الدفع بعدم القبول من الدفوع الشكلية[١] ، المتعلقة بالنظام العام[٢] ، فلايجوز التنازل عنه ، وللمحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها ، ولا يسقط بالمتكلم في الموضوع بل تجوز اثارته في اية حالة كانت عليها الدعوى . ولا يجوز في القانون التعديل في مواعيد الطعن ولو باتفاق الطرفين[٣] .

غير انه مع استحالة الطعن بالالغاء عن طريق الدعوى الاصلية فانه توجد وسائل وطرق أخرى غير مباشرة مبناها عدم شرعية القرار او اللائحة (مما تخفف من حدة تلك النتيجة الخطيرة) وذلك في الأحوال الآتية : ــ

الدفع بعدم الشرعية :

٢٦ ــ ان انقضاء المدة المقررة لرفع الطعن القضائي تؤثر من حيث المبدأ في الاجراءات فقط ولكنها لا تسبغ على القرار صفة المشروعية[٤] ، فهي تحصنه ضد الالغاء ولكنها لا تعطيه قوة الحقيقة القانونية ، فالدفع بعدم الشرعية يبقى ازلياً ــ على الاقل ــ بالنسبة للوائح[٥] .

وبناء عليه فانه يمكن الدفع بعدم شرعية اللائحة التي يراد تطبيقها في واقعة

---

(١) طعن اداري رقم ١/ ٣ ق جلسة ٣٠ ذي الحجة ١٣٨٩ الموافق ٨ مارس ١٩٧٠ .

(٢) طعن اداري رقم ١٣/ ٥ جلسة ١٠ فبراير ١٩٦٢ .

(٣) » » » » » » » » »

(٤ ، ٥) فيدل المرجع السابق ص ٣٧٠ .

او قضية معينة، فاذا أثير هذا الدفع اثناء نظرها وتأكدت صحته فان اللائحة المعيبة تستبعد دون ان تلغى [١]. وهكذا فان الدفع بعدم الشرعية يظل قائماً في كل وقت ضد اللوائح الادارية تطبيقاً لمبدأ عدم تقادم الدفوع [٢] quae temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum الطعن في القرارات الفردية التي تتخذ تطبيقاً للائحة أو القرار التنظيمي الذي تحصن ضد الإلغاء بالرغم من عدم مشروعيته وذلك عن طريق دعوى الإلغاء .

٢٧ ــ من الممكن تأسيس هذا الطعن على عدم شرعية اللائحة المطبقة [٣] :

اللجوء الى دعوى التعريض :

٢٨ــ اذا تسبب القرار المعيب في احداث ضرر فان المتضرر وقد فاته الميعاد واغلق عليه باب القضاء الالغاء له ان يلتجىء الى سلوك طريق الطعن الذي يثير ولاية القضاء الكامل ويطالب بالتعويض [٤]، والاصل ان ميعاد دعوى التعويض في القانون الليبي هو خمسة عشر عاماً .

تغير الظروف او تعديل القانون [٥] :

٢٩ ــ عندما تزول الظروف الواقعية التي املت اصدار اللائحة او يعدل القانون الذي بنيت عليه وكان القرار بالرغم من عدم مشروعيته قد حصن ضد الالغاء نظراً لانقضاء المدة المقررة للطعن فيه فان صاحب الشأن له بناء على تغيـــر

---

(١) انظر الدكتور سليمان الطماوي – نظرية التعسف في استعمال السلطة امام مجلس الدولة والمحاكم القضائية ١٩٥٠ ص ٣٦٠ .

(٢) دى لوبادير – المرجع السابق ص ٤٨٢ ويضيف بان ذلك لا يمكن ان يمتد الى القرارات الفردية .

(٣) انظر الدكتور محمود حافظ المرجع السابق ص ٥٢٢ – د . سعاد الشرقاوي ص ٢٢٢ .

(٤) دى لوبادير ص ٤٨٦ الدكتور محمود حافظ ص ٥٢٢ .

(٥) دى لوبادير ص ٤٨٢ المرجع السابق الدكتور محمود حافظ ص ٥٢٢ .

الظروف او تعديل التشريع ان يطلب من الادارة تعديل او الغاء اللائحة . والقرار المتخذ في هذا الطلب يكون قابلاً للطعن فيه بالالغاء اذا كان قـــراراً بالرفض [١] او كان مؤيداً او مؤكداً للائحة القديمة [٢] .

ولعلنا نلاحظ ان انقضاء المدة يكاد ينحصر اثره بالنسبة للقرارات الفردية وفي حالات معينة والى حد ما [٣] .

المبحث الثاني

صفة رافع الدعوى

Qualité du Requérant

يشترط في من يرفع دعوى الالغاء لكي يكون طعنه مقبولاً ان تكون له صفة في رفع الطعن بالالغاء .

فمن جهة يجب ان تتوفر لديه الاهلية القانونية للتقاضي وان تكون له من جهة اخرى مصلحة تبرر الغاء القرار المطعون فيه وهذا هو المستقر عليه في الفقه والقضاء .

الاهلية :ـ La capacité

٣٠ ـ ولا تختلف احكام وشروط الاهلية التي يلزم توفرها في الطاعن عن

---

(١) الاستاذ فيدل المرجع السابق ص ٣٧٠ ـ انظر ايضاً الدكتور محمود حافظ ص ٥٢٢ .

(٢) الاستاذ دى لوبادير المرجع السابق ص ٤٨٢ .

(٣) فيدل ص ٤٠٣ ، دى لوبادير ص ٤٧٥ ، د. محمود حافظ ص ٤٨٩ .

تلك التي تقررها نصوص القانون المدني الامر الذي لا يستدعي التطرق اليها في هذه الدراسة .

شرط المصلحة : L'Intéret à agir

٣١ ــ يختلف شرط المصلحة في الدعوى الادارية عنه في الدعوى المدنية بالرغم من ان المبدأ العام المقرر هو انه حيث لا مصلحة فلا دعوى[١] .

فلا يشترط في دعوى الالغاء ان يكون الطاعن صاحب حق وقع اعتداء عليه او مهدد بالاغتصاب وانما يكفي ان تكون للمدعى مجرد مصلحة مادية او ادبية ، يكون قد مسها القرار الاداري المطعون فيه . ولقد أكدت محكمتنا العليا ــ بوصفها محكمة القضاء الاداري ــ ذلك وجرت عليه احكامها[٢] . فاذا كان المشرع قد اشترط لقبول الدعوى ان يكون للطاعن مصلحة مباشرة وشخصية في القاء القرار[٤] ، فمعنى هذا ان القانون لا يشترط ان يكون لرافعها حق شخصي يسعى للحصول عليه ولكنه يكتفي بأن تكون له مصلحة شخصية مباشرة في الغاء القرار بمعنى ان يكون القرار قد احدث تغييراً في الاوضاع القانونية السابقة من شأنه ان يمس مصالح الطاعن[٣] .

مميزات المصلحة في دعوى الالغاء : ــ

٣٢ ــ جرى القضاء على التوسع فيما يتعلق بشرط المصلحة التي تجيز الطعن بالالغاء في القرارات الادارية ، ولقد عاضده الفقه في مذهبه ، غير ان ذلك لا يعني ان دعوى الالغاء هو دعوى شعبية يكون لكل مواطن الحق في رفعها[٤] .

---

(١) فيدل المرجع السابق ص ٤٠٣ وهو مبدأ تضمنه قانون المرافعات المدنية والتجارية .

(٢) طعن اداري رقم ٣/٢ ق ــ جلسة ٢٨/ ١١/ ٥٦ . طعن اداري رقم ١٣/ ١١ ق جلسة ١٦/ ١/ ٦٥ طعن اداري رقم ٩/٢ ق جلسة ٢/ ١/ ٦٥ طعن اداري رقم ٦/ ١٠ ق جلسة ٦/ ٣/ ٦٥ .

(٣) طعن اداري رقم ١٣/ ١١ ق جلسة ١٦/ ١/ ١٩٦٥ م .

(٤) فيدل ص ٤٠٣ .

وبعبارة أخرى اذا كان لا يشترط في الطاعن ان يكون صاحب حق ويستند عليه في تحريك الدعوى بل يكفي وجوده في مركز قانوني يؤثر عليه القرار فان هذا لا يعني ان دعوى الالغاء بمثابة دعوى حسبة [١] .

مصلحة شخصية Personnel ومباشرة direct :

٣٣ ـ والشرط الأول في المصلحة أن تكون مصلحة شخصية ومباشرة فلا تقبل أمام محكمة القضاء الاداري الطلبات المقدمة من اشخاص ليست لهم مصلحة شخصية ومباشرة (م ٢٦ /ب من قانون المحكمة العليا) .

مصلحة مادية Matériel او ادبية morale او روحية :ـ

٣٤ ـ فاذا كانت المصلحة المادية تعطى صفة للطاعن في دعوى الالغاء فان من تكون له مصلحة ادبية او روحية يجوز له ان يباشر الطعن ويحرك الدعوى، وبناء عليه فان تضرر ذوي الشأن الروحي او الادبي فيه الكفاية لاعطائهم صفة للطعن في القرارات او الاجراءات المتخذة ضد الحرية الدينية [٢] ، فالكاهن او القسيس له مصلحة في احترام الحرية الدينية [٣] .

مصلحة فردية Individuel او جماعية Collectif :

٣٥ ـ ولقد توسع مجلس الدولة الفرنسي بالنسبة لشرط المصلحة فقبل المصلحة الادبية والمصلحة الجماعية الى جانب المصلحة المادية والفردية [٤] . وتنص المادة ٢١ /ه من من قانون المحكمة العليا على ان محكمة القضاء الاداري تختص

---

(١) الدكتور سليمان الطماوي ، قضاء الالغاء ، ص ٥٤٣ .

(٢) دى لوبادير ص ٤٧٥ .

(٣) فيدل ص ٤٠٤ .

(٤) دى لوبادير ص ٤٧٥ .

بالفصل في الطلبات التي يقدمها الافراد والهيئات بالغاء القرارات الادارية النهائية .

مصلحة حالة Actuel او محتملة Futur

٣٦ – وليس من الضروري ان تكون المصلحة حالة وانما يكفي ان تكون للطاعن مصلحة محتملة[١] وذلك لان دعوى الالغاء مقيد رفعها بوقت قصير فاذا انتظر المدعي حتى تصبح مصلحته محققة فقد تنقضي المدة المقررة لرفع الدعوى كما ان دعوى الالغاء تستهدف دائماً المصلحة العامة وهي محققة دائماً لأن – المجتمع يعنيه ان تتحقق المشروعية على اكمل وجه[٢] .

ان تتحقق المصلحة يوم رفع الدعوى :–

٣٧ – ويكفي ان تتحقق المصلحة في دعوى الالغاء وقت رفعها وعلى هذا استقر قضاء محكمة القضاء الاداري عندنا وجرت عليه احكامها وقد جاء في حكمها الصادر بتاريخ ٣٠ ذي الحجة ١٣٨٩هـ ٨ مارس ١٩٧٠ في قضية الطعن الاداري رقم ١/٣ ق – « ومن حيث ان المعول عليه في قبول الطعن في القرار الاداري هو توافر المصلحة عند رفع الدعوى فحسب . ذلك ان طبيعة دعوى الالغاء طبيعة عينية وهي وسيلة للدفاع عن المشروعية والصالح العام اكثر منها وسيلة خاصة للدفاع عن الحقوق الشخصية لذي المصلحة وشرط المصلحة

---

(١) انظر الطعن الاداري رقم ١١/١٣ ق جلسة ١٦ يناير ٦٥ حيث قبلت المحكمة الدعوى المرفوعة من الطاعن استناداً على حق محتمل برره بقوله انه من الجائز اذا ما التفتت جهة الادارة عن تعيين من سبقه في النتيجة لاي سبب ان يصيبه التعيين وقالت المحكمة في حيثيات حكمها « ان هذا التعليل من جانب المدعي سائغ ومقبول وبذلك يكون القرار المطعون فيه قد مس حقاً محتملا له ورفضت الدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء مصلحة المدعي في رفعها .

(٢) الطعن الاداري رقم ٣/س ٢ ق جلسة ٢٨ نوفمبر ١٩٥٦ القضاء الاداري والدستوري الجزء الاول الطبعة الثانية – ١٩٦٧ .

فيها مقصود منه ضمان جدية الدعوى ولذلك فانه يكفي توفر المصلحة عند رفع الدعوى بحيث يصرف النظر عن استمرارها حتى نهاية الدعوى بصدد الحكم فيهـــا [١] . »

ما هو الحكم في حالة زوال المصلحة الشخصية ؟

٣٨ ــ والظاهر من الحكم السابق وما جرت عليه محكمتنا في اقضية واحكام اخرى [٢] ان محكمتنا تكتفي في قبول الدعوى بقيام المصلحة وقت رفعها بصرف النظر عن استمرارها الى حين صدور حكم في موضوعها تأسيساً على ان دعوى الالغاء تستهدف مصلحة شخصية للمدعى ومصلحة عامة للجماعة فاذا زالت المصلحة الشخصية تبقى المصلحة العامة التي تعلق بها حق الجماعة بمجرد رفع الدعوى . وتؤيد محكمة القضاء الاداري هذا المبدأ الذي ظهر بصورة اوضح في الآونة الاخيرة في العديد من احكامها بالقول ان هذا هو ما جرى به اغلب الاحكام في مجلس الدولة المصري واستقر عليه باضطراد مجلس الدولة الفرنسي [٣] . ولم يستطع الفقه ايجاد تبرير لاشتراط المصلحة أكثر من أنه ضمان يكفل جدية الدعوى ، وانتهى الرأي الى اعتبار دعوى الالغاء وسيلة عامة للدفاع عن المشروعية والصالح العام اكثر منها وسيلة خاصة للدفاع عن الحقوق والمصالح الخاصة [٤] . وهذا هو الذي قررته محكمة القضاء الاداري عندنا في قضائها الذي سلف بيانه .

---

(١) انظر قضية الطعن الاداري رقم ١/٣ ق جلسة ٣٠ ذي الحجة ١٣٨٩ الموافق ٨ مارس ١٩٧٠ ، طعن اداري رقم ٣/٢ ق جلسة ٢٨ نوفمبر ١٩٥٦ ، طعن اداري رقم ٨/١١ ق جلسة ٢ ذي الحجة ١٣٨٩ هـ الموافق ٨ فبراير ١٩٧٠ .

(٢) انظر الطعن الدستوري رقم ١/١٢ ق بالاضافة الى الاحكام التي اشرنا اليها رقم ١/٣ ق ورقم ٣/٢ ورقم ٨/١١ ق .

(٣) طعن اداري رقم ١/٣ ق المشار اليه قارن الدكتور سليمان الطماوي ــ قضاء الالغاء ص ٥٥١ .

(٤) انظر الدكتور سليمان الطماوي المرجع السابق ص ٥٤٩ .

غير ان الرأي الصواب [١] الذي تؤيده ونرى الاخذ به هو ان الاستمرار في نظر الدعوى والفصل في موضعها لا يقوم الا مع بقاء وجه عدم المشروعية .

وبناء عليه يجب ان نفرق بين حالتين : —

١ ــ حالة زوال وجه عدم المشروعية :

٣٩ ــ ويتحقق هذا اذا قامت الجهة الادارية بسحب القرار المطعون فيه او تصحيحه او عدالته بحيث يؤدي الى ازالة العيب، وفي هذه الحالة تنتفي المصلحة الامر الذي يستدعي عدم السير في الدعوى ويصبح من العبث اصدار حكم في موضوعها اذ لا محل لتنفيذه فضلاً عن ان الخصومة تصبح منتهية اذا قامت الادارة بتصحيح الوضع .

٢ ــ حالة استمرار عدم المشروعية :ــ

٤٠ ــ اما اذا زالت المصلحة الشخصية للطاعن . ومع ذلك استمر وجه عدم المشروعية قائماً فان اجراءات الدعوى يجب ان تستمر وتقتضي العدالة ورعاية المصالح العام الا يتوقف نظرها حتى يفصل في موضوعها بصدور الحكم ، فدعوى الالغاء كما سبق القول بحكم انتمائها الى قضاء المشروعية تعتبر وسيلة للدفاع عن المشروعية والصالح العام اكثر منها وسيلة خاصة للدفاع عن الحقوق والمصالح الشخصية للطاعن .

ولعل محكمتنا وهي تصرف النظر عن استمرار مصلحة الطاعن الشخصية وقيامها الى حين الفصل في الدعوى قولاً منها ان قيام المصلحة العامة يبرر السير في الدعوى لعلها بذلك وهي تتوسع في تفسير ماهية المصلحة العامة ، تتجه الى

---

(١) انظر الدكتور سليمان الطماوي ص ٥٥١ حيث يقول بان هذا الرأي قد أخذ به واقره مجلس الدولة المصري وفصله في حكم له صدر بتاريخ ١٩٤٨/٥/٢٦ انظر الحكم المشار اليه في نفس المرجع ص ٥٥١ .

الاخذ بهذا الرأي الذي يذهب الى ضرورة الفصل في الدعوى طالما بقي وجه عدم المشروعية بغض النظر عن المصلحة الشخصية التي زالت . ويمكن ان نستدل على ذلك مما جاء في بعض الاحكام فقد جاء في حكمها الصادر في القضية رقم ٨ / ١١ ق « لما كان ذلك وكان الغاء ترخيص الجريدة لا يقتصر ضرره او مساسه بمركز صاحب الجريدة المرخص له باصدارها بل يمتد الى قراء الجريدة وحرية الصحافة .. فان صيانة الصالح العام يتضاءل معه المصلحة الشخصية التي اكتفى بها الشارع عند رفع الدعوى بالالغاء وهذا ما جرى به قضاء هـذه المحكمة .. متى كان ذلك وكان لزاماً على المحكمة وقد خلا ملف الطعن من تقديم ما يدل على الغاء القرار الاداري او سحبه ان يفصل في الدعوى وفيمن لا يتحمل مصاريف الدعوى واتعاب المحاماة[1] .

---

(١) طعن اداري رقم ٨ / ١١ ق جلسة ٢ ذي الحجة ١٣٨٩ الموافق ٨ فبراير ١٩٧٠ وقد جاء في الحكم الذي اشارت اليه في حيثياتها بخصوص الطعن الدستوري رقم ١ / ١٢ ق « ان الطعن بعدم المشروعية – في الدعوى الدستورية حيث يخاصم المدعي قانوناً ما بانه غير دستوري هنا اوضح واظهر وكذا صيانة الصالح العام مما تضعف معه قيمة المصلحة الشخصية التي يكفي أن تتوفر عند رفع الدعوى دون ان تستمر الى نهايتها». وجاء في حكمها الصادر في الطعن الاداري رقم ٣ / ١ ق بتاريخ ٣٠ ذي الحجة ١٣٨٩ ، الموافق ٨ مارس ١٩٧٠ انه بالرجوع الى القرارين الصادرين في ١٧ و ١٩ سبتمبر ١٩٥٧ الذين حددها الدفاع عن الحكومة بانهما الغاء للقرارين المطعون فيهما الصادرين في ١٨ و ٢٠ اغسطس ١٩٥٥ بوضع اموال الطاعن تحت الحراسة بالرجوع اليهما يبين ان اياً منهما لم يبلغ قرار وضع الحراسة ولم يجتث آثاره من تاريخ صدوره بمعنى انه لا يعتبر سحباً للقرار المطعون فيه بل ما قرره المجلس التنفيذي لولاية برقة نص فيه على مجرد رفع الحراسة عن املاك الطاعن وتسليمها الى وكيله كما قرر المجلس التنفيذي لولاية طرابلس الغرب الافراج عن اموال و ممتلكات الطاعن نظراً لزوال الدواعي والاسباب التي اتخذ القرار فرض الحراسة بمقتضاها ومعنى ذلك ان القرارين بقيا نافذين من تاريخ صدورهما حتى تاريخ رفع الحراسة وترتبت عليها آثار يجب ازالتها وهي كسبب لا تزوال الا بزوال المسبب » .

طبيعة دعوى الالغاء :ـ

٤١ ـ ولكن هذا التوسع في تفسير المصلحة العامة الذي جرى عليه قضاء المحكمة يجعلنا ملزمين بطرح السؤال الآتي : ـ

هل تعتبر دعوى الالغاء دعوى حسبة ؟

٤٢ ـ قبل الاجابة على هذا السؤال الذي اختلف فيه الرأي بين الشراح نرى من المناسب ان نتعرض للحكم الصادر في قضية الطعن الدستوري رقم ١/ ١٢ ق بتاريخ ٤ ذي القعدة ١٣٨٩ الموافق ١١ يناير ١٩٧٠ وقد جاء فيه مبدأ قررته المحكمة[١] في حيثيات ذلك الحكم : ـ

« عن الدفع بعدم القبول لعدم وجود مصلحة للمدعى :

« ومن حيث ان النيابة العامة دفعت في مذكرتها بعدم قبول الدعوى لانتفاء المصلحة مستندة الى ان الطاعن اقام الطعن بوصفه مواطناً اي انه متجرد من كل مصلحة شخصية خلافاً لما تنص عليه المادة السادسة عشرة من قانون المحكمة العليا التي تجيز لكل ذي مصلحة شخصية مباشرة الطعن امامها في أي تشريع او اجراء او عمل يقع مخالفاً للدستور .

« ومن حيث انه بصرف النظر عما ذهب اليه فريق من الفقهاء من ان تطلب مصلحة خاصة في رافع دعوى الالغاء هو شرط تعسفي من جانب القضاء الفرنسي وان دعوى الالغاء في طبيعتها دعوى حسبة وان دعوى الحسبة في الشريعة الاسلامية التي هي المصدر الأول للتشريع في القانون الوضعي الليبي عند انعدام النص هي تلك الدعوى التي يجوز لكل مسلم عدل ان يرفعها دفاعاً من حقوق الله الخالصة له تعالى او ما كان حق الله فيها غالباً وذلك من باب ازالة المنكر عملاً

---

(١) المقرر هو ان المبادىء التي تقررها المحكمة العليا في احكامها تعتبر ملزمة لجميع المحاكم والسلطات (م ٢٨ من قانون المحكمة) ومن باب اولى تكون ملزمة للمحكمة التي اصدرتها .

بقوله تعالى (ولتكن منكم امة يدعون الى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر) وقول الرسول صلى الله عليه وسلم (من رأى منكم منكراً فليغيره بيده فان لم يستطيع فبلسانه فان لم يستطع فبقلبه وذلك اضعف الايمان) بصرف النظر عن هذا كله وعما قيل من ان حقوق الله غايتها مصالح الناس العامة اتباعاً للقاعدة الاصولية (اذا وجدت المصلحة فثم شرع الله) فان المصلحة الشخصية متوافرة للمدعي لا على انه مواطن ولا على ان الدعوى شبيهة بدعوى الحسبة فحسب وانما لما ثبت في اوراق الدعوى من ان اسمه مدرج في سجلات الانتخاب كناخب وكان مرشحاً للنيابة عن الامة وهذا القدر يكفي لقيام المصلحة الشخصية في التشكي من قانون الانتخاب والتحدي بعدم دستورته[1] .

ومما تقدم نفهم ان قبول الدعوى بني على سببين : —

الأول : ان دعوى الالغاء شبيهة بدعوى الحسبة وتغليب المصلحة العامة فيها يقضي بقبولها من كل مواطن .

الثاني : ان مصلحة الطاعن الشخصية بالاضافة الى السبب الاول تظهر في كونه ناخباً وكان مرشحاً للنيابة عن الامة .

غير ان هذا الذي ذهبت اليه محكمتنا في قضائها وان كان صحيحاً في جزئية منه الا انه لا يسلم من النقد في عموميته اذ لا يمكن التسليم به على علاته وقبول كل ما جاء فيه ولنا عليه الملاحظات الآتية : —

١ — ان صفة الناخب او المرشح كافية لقبول الدعوى : —

٤٣ — فالمحكمة كان يتعين عليها وقد ثبت لها من الأوراق ان الطاعن كان مرشحاً عن الامة بالاضافة الى ان اسمه كان مدرجاً في سجلات الانتخاب

---

(١) مجلة المحكمة العليا — السنة السادسة — مجموعة الاعداد الاول والثاني والثالث محرم سنة ١٣٩٠ هـ الموافق ابريل سنة ١٩٧٠ م .

كناخب ان تقبل دعواه وتفصل في الطعن المقدم منه باعتباره صاحب مصلحة في الدعوى، وفي ذلك ما يكفي لرد الدفع بعدم القبول، وذلك لان مجلس الدولة الفرنسي قد قبل الدعاوى التي يرفعها الناخب ضد القرارات الادارية التي تصدر لتنظيم عملية الاستفتاء[١]، اوتلك التي يترتب عليها التأثير في نتيجة الانتخابات[٢]. فاذا كان هذا صحيحاً فيما يتعلق بدعوى الالغـــاء فانه اولى بالتطبيق بالنسبة للدعوى الدستورية التي ترفع ضد قانون طعنا عليه بعدم دستوريته، ويضاف الى ذلك ان محكمة القضاء الاداري المصري قضت بأن صفة المرشح كافية لقبول دعوى الالغاء فمن يرشح للعمدية (ويقاس عليها المرشح للنيابة عن الأمة). وجاء في حكمها[٣] انه اذا توفرت شروط الترشيح للعمدية في المدعى وكان اسمه مقيداً بكشف المرشحين فان هذا كاف وحده لاعتبار ان له مصلحة شخصية جدية في الدعوى التي يرفعها للطعن في قرار تعيين عمدة غيره.

ومحكمتنا كان حريّ بها ان تفعل ذلك وتقضي بقبول الدعوى على اساس توفر المصلحة الشخصية للطاعن دون ان تقحم نفسها في بحث طبيعة دعوى الالغاء وما اذا كانت دعوى حسبة ام لا حتى لا يكون حكمها محلاً للنقد والتعييب عليه في الجانب الآخر منه.

٢ ـ مخالفة المستقر عليه في الفقه والقضاء الاداري :ـ

٤٤ ـ فمحكمة القضاء الاداري عندنا كانت على الدوام ـ الا ما ندر ـ تنتهج طريقاً يتفق مع الراجح في الفقه والقضاء خصوصاً في مصر ولم يقل

---

(١) انظر الدكتور سليمان الطماوي المرجع السابق ص ٥٧٩ ـ ٥٨٠ وحكم مجلس الدولة الفرنسي المشار اليه فيه.

(٢) انظر الدكتور محمود حافظ ص ٤٩٣، الدكتورة سعاد الشرقاوي ص ٢١٦. انظر ايضاً الدكتور عبد المنعم الشرقاوي، المصلحة في دعوى الغاء الاوامر الادارية امام مجلس الدولة، مجلة القانون والاقتصاد، ص ٢٦٥، العدد الثاني، لسنة السادسة عشرة.

(٣) انظر الدكتور محمود حافظ ص ٤٩٩، المرجع السابق.

فيما نعلم احد من الشراح المصريين بأن دعوى الالغاء هي دعوى حسبة ، اما مجلس الدولة المصري فقد قضى بأن دعوى الالغاء أبعد من ان تكون دعوى حسبة [١]. وهو نفس الذي قرره مجلس الدولة الفرنسي في رفض الدعوى التي يرفعها ممول الدولة لان كل القاطنين بفرنسا يدفعون ضرائب مباشرة او غير مباشرة وهذا يقتضي أن تقبل الطعن الذي يقدمه كل مواطن – الامر الذي يعني ان دعوى الالغاء تصبح دعوى شعبية او (دعوى حسبة) وعلى هذا الأساس رفض مجلس الدولة صفة ممول الدولة في الطعن بالالغاء[٢].

وبالرغم من كل ذلك فان محكمتنا ذهبت الى اعتبار دعوى الالغاء وكأنها دعوى حسية أو كما جاء في حثية الحكم ان دعوى الالغاء شبيهة بدعوى الحسبة. وهي بذلك تخرج عن الخط الذي انتهجته، وتخالف المستقر عليه فقهاً وقضاء. وكان الصواب الا تفعل ذلك وهي تضع اسس القانون الاداري الليبي وتخلق قواعده بما للمبادىء التي تقررها في احكامها من قوة ملزمة (م ٢٨ من قانون المحكمة) .

٣ – عدم التوافق مع النص :–

٤٥ – ان القانون الليبي صريح في اشتراط المصلحة سواء في الدعـــوى الدستورية او في دعوى الالغاء، فيجوز لكل ذي مصلحة شخصية مباشرة أن يطعن أمام المحكمة العليا (بوصفها محكمة دستورية) في اي تشريع او اجراء أو عمل يكون مخالفاً للدستور (م ١٦ من قانون المحكمة) كما انه لا تقبل تلك الطلبات التي ترفع امام محكمة القضاء الاداري من اشخاص ليست لهم مصلحة شخصية مباشرة (م ٢٦ /ب من قانون المحكمة العليا) .

---

(١) انظر الدكتور سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٥٤٣ ، وقضاء مجلس الدولة المصري الصادر في ١٩٤٨/٤/٣٠ الذي استدل به الدكتور الطماوي .

(٢) انظر فيدل، المرجع السابق، ص ٤٠٤ .

فالمشرع الليبي حسم المسألة بنص صريح حتى يتجنب القضاء مهمة الاجتهاد او معاناته عند غياب النص .

ولقد ثار الجدل في فرنسا لعدم وجود نص يحكم المسألة فذهب فريق من الشراح الى القول بأن دعوى الالغاء هي دعوى حسبة تأسيساً على انه اذا كان المشرع لم يشترط المصلحة لقبول الدعوى فان القضاء ليس له ان يستكمل هذا النقص بل عليه ان يقبل هذه الدعوى من اي مواطن [1] ، اما حيث يوجد النص ـ كما هو الحال عندنا فلا يجوز الاجتهاد .

ومحكمتنا وقد تطرقت الى دعوى الحسبة اشارت الى حجج المؤيدين لاعتبار دعوى الالغاء دعوى حسبة ثم عرفت دعوى الحسبة واساسها في الشريعة الاسلامية ثم قالت بأن الشريعة هي المصدر الأول في القانون الليبي عند انعدام النص ثم انتهت الى قبول الدعوى قولاً منها « بأن المصلحة الشخصية متوافرة للمدعي لا على انه مواطن ولا على ان الدعوى شبيهة بدعوى الحسبة فحسب وانما لما ثبت في اوراق الدعوى من ان اسمه مدرج في سجلات الانتخاب وكان مرشحاً للنيابة عن الامة » وهذا الذي جاء في حيثية الحكم لا يستقيم الا في الجزء الاخير منه ولكنه لا يتوافق مع النص الذي يستلزم توفر مصلحة شخصية في جانب الطاعن فيما ورد بشأن تشبيه دعوى الالغاء بدعوى الحسبة وهو يدل كما قلنا فيما تقدم ان الدعوى قد قبلت من الطاعن باعتباره مواطناً ولانها شبيهة بدعوى الحسبة الى جانب توفر المصلحة الشخصية للطاعن بصفته ناخباً وقد كان مرشحاً عن الأمة اما القول بأن الشريعة الاسلامية هي المصدر فلقد ردت عليه المحكمة من تلقاء نفسها عندما قالت « عند انعدام النص » وشرط المصلحة في دعوى الالغاء قرره النص وفرضه

---

(١) هناك حجج اخرى يرددها اهل هذا الرأي انظر الدكتور محمود حافظ ، المرجع السابق ، ص ٤٩٠ ، انظر ايضاً الدكتور سليمان الطماوي ، ص ٥٣٩ وما بعدها .

المشرع اما القول الذي ذهب اليه فريق من الفقهاء الفرنسيين من عدم تطلب مصلحة خاصة في رافع دعوى الالغاء فيكفي لدحضه انه لم يعمل به حتى في القضاء الفرنسي الذي خلقت دعوى الالغاء ونشأت وترعرعت على يديـــه . لقد خاضت محكمة القضاء الاداري عندنا في مسألة تناولها الفقه الاداري اخذاً ورداً واختلف فيها الرأي بين الشراح وذلك لترجيح كفة رأي على آخر ، وما كان يجوز لها ان تفعل ذلك بل كان الاجدر بها الا تتطرق اليها وقد كفاها المشرع عناء الاجتهاد وقطع في الخلاف بنص صريح .

المبحث الثالث

طبيعة القرار المطعون فيه

Nature de l'acte attaqué

ان القرار الاداري – كقاعدة عامة يمكن الطعن فيه بالإلغاء امام جهة القضاء الاداري متى كان ذلك القرار نهائياً .

غير ان هذه القاعدة ترد عليها بعض الاستثناءات ، فالمقرر قانوناً ان اعمال السيادة لا يمكن ان تكون موضوعاً لدعوى الالغاء فاذا كان الطلب مقدماً عن قرار يتعلق بعمل من اعمال السيادة فانه لا يقبل (م ٢٦ /أ من قانون المحكمة العليا) . ومن جهة أخرى فان المشرع قد يستثنى بعض القرارات الادارية ويحصنها ضد الالغاء ، بالرغم من انها بطبيعتها من الاعمال الادارية التي يمكن الطعن فيها . فالاصل في القرارات الادارية قابليتها للالغاء الا ما استثنى بنص خاص .

ماهية القرار الاداري :ـ

٤٦ ـ ولقد جرى الفقة والقضاء الاداري على تعريف القرار الاداري بأنه افصاح الادارة عن ارادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح وذلك بقصد احداث مركز قانوني معين متى كان ممكناً وجائزاً قانوناً وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة [١]. وهذا التعريف لا يندرج تحته الا القرارات الادارية السليمة اما القرارات المعيبة فلها وضع آخر .

خصائص القرار الذي يقبل الطعن فيه :ـ

٤٧ ـ يترتب على تخلف ركن من اركان القرار الاداري اللازمة لصحته ان يكون القرار معيباً وينفتح الطريق أمام صاحب المصلحة للطعن فيه، ولكن الاعمال الادارية ليست كلها قابلة للطعن فيها . ان القرار متى كان قد صدر عن الادارة بارادتها المزمة وبما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح وذلك بقصد احداث اثر قانوني معين فانه يكون قابلاً للطعن وبناء عليه نستطيع ان نحدد الخصائص التي يجب ان تتوافر في العمل الاداري الذي يراد الطعن فيه .

١ ـ ان يكون القرار ادارياً :

٤٨ ـ فلا يمكن الطعن بالالغـــاء الا ضد الاعمال الصادرة عن السلطات الادارية [٢] ، فهذه الأعمال وحدها هي التي يجوز اختصامها وتحريك ودعوى الالغاء ضدها ، اما الاعمال التشريعية les actes législatifs والقضائية les actes juridictionnels والحكومية (اعمال السيادة) les actes de gouvernement فانها

---

(١) طعن اداري رقم ١/١ ق جلسة ٥ ابريل ١٩٥٤، طعن اداري رقم ٣/٢ ق ٢٨ نوفمبر ١٩٥٦، طعن اداري رقم ١/٨ ٢٤ يونيو ١٩٦١ .

(٢) انظر فيدل المرجع السابق ص ٣٩٧ حيث يحصر الاعمال التي لا يجوز الطعن فيها بتجاوز السلطة .

(٣) فيدل المرجع السابق ص ٣٩٩ .

تخرج عن نطاق الدعوى ويسري نفس الحكم على اعمال المنظمات الشعبية والحزبية . فالأوامر والقرارات الصادرة عن جهة غير ادارية لا يقبل طلب الغائها امام محكمة القضاء الاداري . ومعيار التفرقة بين العمل الاداري والعمل القضائي هو المعيار الشكلي . فالمشرع الليبي ينظر الى الهيئة التي أصدرت القرار فاذا كانت بحكم تشكيلها هيئة ادارية اعتبر القرار ادارياً دون النظر الى طبيعة العمل الصادر منها هل هو عمل اداري ام قضائي[١] .

غير ان المحكمة العليا ذهبت في حكمها الصادر بتاريخ ٣٠ يونيو ١٩٦٠ في قضية الطعن الاداري رقم ٣/٣ ق الى ارساء مبدأ جديد هو مبدأ ازدواج القرارات الادارية ، وقد جاء في ذلك الحكم « وحيث انه من المسلم به أن الهيئة التي أصدرت القرار والحكم المطعون فيهما هيئة قضائية والحكم الصادر منها يمكن اعتباره قضائياً اخذاً بالمعيار الموضوعي (الصحيح المعيار الشكلي) لانه صدر من جهة قضائياً ويمكن اعتباره قراراً ادارياً لأنه قد فصل في دعوى موضوعها اداري وهو الادعاء بسوء السلوك وطلب الحرمان من مزاولة مهنته المحاماة . وحيث أنه تأسيساً على ما تقدم فان هذه المحكمة ترسي قاعدة ادارية تتفق وروح التشريع الليبي بالقانون ٤ لسنة ١٩٥٢ وتسميها قاعدة ازدواج القرارات حيث يكون القرار والحكم المطعون فيهما من القرارات القضائيـــة والادارية في واقت واحـــد »[٢] . ويلاحظ ان الاخذ بالمعيـــار الشكلي في التفرقـــة هو المعمـــول به

---

(١) طعن اداري رقم ٧/١٥ ق جلسة ١٤ محرم ١٣٩٠ هـ الموافق ٢٢ مارس ١٩٧٠ م . انظر ايضاً المادة ٢٥ من قانون المحكمة العليا حيث تنص على انه تفصل محكمة القضاء الاداري في الطعون التي ترفع عن القرارات النهائية الصادرة عن جهات ادارية لها اختصاص قضائي .

(٢) انظر قضاء المحكمة العليا الاتحادية ، القضاء الاداري والدستوري ، الجزء الثاني ، الطبعة الاولى ١٩٦٣ ، ص ٥١ ، القضية المشار اليها .

في مصر وفرنسا[١] ، ومحكمتنا بارساء القاعدة سالفة الذكر فتحت الطريق للاخذ بالمعيار الموضوعي واستعماله في التفرقة احياناً .

٢ ــ ان يكون القرار صادراً عن السلطة بارادتها المنفردة :ــ

٤٩ ــ ويجوز الطعن في القرار الاداري اذا كان صادراً عن السلطة الادارية من جانب واحد، وبعبارة اخرى يجب ان يكون العمل القانوني المطعون فيه صادراً عن الادارة بارادتها المنفردة .

فالأعمال المادية لا تشملها دائرة الطعن ، فلا يجوز رفع الدعوى بالإلغاء ضدها فاذا كان من الممكن الطعن بتجاوز السلطة في مرسوم او قرار من البلدية فان الطعن لا يكون مقبولاً اذا كان متعلقاً بضرر او تلف ناتج عن حادث سيارة او مركبة[٢] .

ولا يجوز رفع دعوى الالغاء ضد العقود لأنه إذا كان المشرع الليبي قد جعل المنازعات المتعلقة بعقود الامتياز والالتزام والاشغال العامة والتوريد من ضمن الاختصاص المنوط بمحكمة القضاء الاداري فان هذا الاختصاص لا علاقة له بقضاء الالغاء[٣] ، والى ذلك نضيف بأن هذه العقود الادارية وردت على سبيل الحصر زيادة على أن الاختصاص لاينعقد لمحكمة القضاء الاداري اذا كان القانون او الاتفاق يقضي بغير ذلك (م ٢٤ من قانون المحكمة العليا) .

ويتعين ان يكون القرار قد صدر عن الجهة الادارية بوصفها سلطة عامة فاذا كانت الجهة او الهيئة التي اصدرت القرار لا تنطوي قرارتها على صفة السلطة العامة فان ما يصدر عنها لا يعتبر من قبيل القرارات الادارية التي يكون

---

(١) انظر الدكتور الطماوي ، المرجع السابق ، ص ٤٩١ – ٤٩١ .

(٢) فيدل ، ص ٣٩٨ .

(٣) الدكتور سليمان الطماوي ، نظرية التعسف في استعمال السلطة ، ص ٣٥٣ .

لمحكمة القضاء الاداري الاختصاص بنظرها والفصل في الطعون التي ترفع ضدها، وهذا هو ما اكده الحكم الصادر في قضية الطعون الادارية رقم ٢٤ / ١٦ ق وقد جاء فيه :

« لما كان ذلك وكانت طبيعة اللجنة الاولمبية الليبية وهي فرع من اللجنة الاولمبية الدولية تقتضي ان تكون سلطة مستقلة تماماً وبعيدة كل البعد عن المؤثرات السياسية والدينية والمالية والا فقدت الاعتراف بها في المجالات الدولية (م٢٥من نظام اللجنة الاولمبية الدولية) وكانت هذه اللجنة الاولمبيةالليبية وتنظيماتها لا تنطوي قراراتها على صفة السلطة العامة ولا يناط بها ادارة مرفق عام فانها لا تعدو ان تكون كما نص القانون هيئة خاصة متمتعة بشخصية اعتبارية تقوم بمزاولة نشاطها واختصاصاتها تحت اشراف الوزير المختص ، ويؤكد هذا النظر ان المشرع لم يمنح اللجنة الاولمبية وتنظيماتها اي امتياز من امتيازات السلطات العامة في الدولة كعدم جواز الحجز على اموالها او اعفائها من الضرائب والرسوم ولم يجز لها فرض رسوم لصالحها كما لم يمنح القانون تملك اموالها بمضي المدة إلى غير ذلك من مظاهر السلطة العامة — لما كان ذلك فان المطعون عليه رئيس الاتحاد العام لكرة القدم وهو جزء من اجهزة اللجنة الاولمبية لا يعتبر ممثلاً لشخص من اشخاص القانون العام ولا تكون القرارات الصادرة عنه قرارات ادارية بالمعنى المفهوم في المادة ٢١ من قانون المحكمة العليا فلا يكون لمحكمة القضاء الاداري اختصاص بالفصل في الطعن الذي يقدم اليها في شأنها[١] .

ويصدق نفس الحكم على التصرفات التي تتخذها والاجراءات التي تقوم بها الادارة باعتبارها من اشخاص القانون الخاص وطبقاً لاحكامه[٢] . كما لا يعتبر

---

(١) طعن اداري رقم ١٦/٢٤ ق جلسة ٢١ محرم ٣٩٠ هـ . ٢٩ مارس، مجلة المحكمة العليا السنة السادسة، العدد الرابع .

(٢) الدكتور سليمان الطماوي ، المرجع السابق ، ص ٥٠٠ .

من القرارات الادارية التي تقبل الطعن ما يصدر عن جهة الادارة من اجراءات واعمال تتعلق بأموالها الخاصة (الدومين الخاص)[١] . ويقبل الطعن ضد القرار الاداري ايا كانت صبغته اوشكله ما دام بطبيعته ادارياً، يستوي في ذلك القرار الصريح أو الضمني ، الفردي ، أو التنظيمي ، المكتوب ، أو غير المكتوب ، السلبي ، أو الايجابي[٢] .

نظرية الاعمال المنفصلة أو القابلة للانفصال La theorie des actes détachables

٥٠ ــ ان العمل القانوني الذي يكون صادراً من الادارة يتركب احياناً من مجموعة اعمال واجراءات مرتبطة فيما بينها لتحقيق العملية القانونية المقصودة بكاملها . وتلك الاعمال بالرغم من ارتباطها وكونها وحدة متكاملة في خصوص العملية القانونية التي تستهدف الادارة اجراءها الا ان هذه الاعمال يمكن تجزئتها والفصل فيما بينها بحيث يمكن الطعن في احدها منفرداً[٣] .

ويجري تطبيق هذه النظرية بشأن بعض القرارات الادارية التي تصدرها الادارة بارادتها المنفردة ويكون لها دور او اثر في تكوين العقود الادارية، فالعقود الادارية تنتج في الغالب عن اجراءات مركبة ومثال ذلك الاجراءات السابقة او اللاحقة على العقد الذي يخول عميد البلدية باجرائه[٤] .

---

(١) فيدل ، المرجع السابق ، ص ٣٩٨ .

(٢) الدكتور الطماوي ص ٥٠٠ الدكتور محمود حافظ ص ٤٨٤ .

(٣) انظر في هذا المعنى الاستاذ الدكتور محمد فؤاد مهنا الرقابة القضائية عل اعمال الادارة، ص ٢٤٨ ويسميها البعض نظرية الأعمال المركبة بينما يطلق عليها آخرون الأعمال القابلة للانفصال .

(٤) فاذا كان الطعن بتجاوز السلطة لا يمكن مباشرته ضد العقود نفسها الا انه يصح الطعن في الاعمال المنفصلة التي ساهمت في تكوين العقد بوصفها قد صدرت عن الادارة بارادتها المنفردة. انظر : فيدل، المرجع السابق، ص ٤٠٠ . ومن الاجراءات السابقة قرار المجلس البلدي تخويل العميد بانجاز العقد وفي بعض الاحوال يكون العقد خاضع لتصديق حاكم الاقليم ويعتبر هذا القرار من الاجراءات اللاحقة فهذه القرارات يمكن الطعن فيها بتجاوز السلطة .

ولقد انشأ مجلس الدولة الفرنسي هذه النظرية[١] ،وطبقها في العديد من احكامه. فقبل على سبيل المثال الطعن بتجاوز السلطة ضد قرار التصديق الصادر من عضو سلطة الوصاية ،والطعن ضد القرار باجازة العقد الذي يصدر من ممثل الشخص العام المتعاقد[٢] .

وتأخذ محكمة القضاء الاداري — عندنا — بهذه النظرية ،وقد طبقتها في بعض الاحكام،ومن ذلك حكمها الصادر بتاريخ ٢٨ نوفمبر ٥٦ في الطعن الاداري رقم ٣/٢ ق فقد تطرقت الى هذه النظرية بقولها : — « ومن حيث انه وإن كان صحيحاً ما قالته الولاية والشركتان المتدخلتان من ان الالغاء لا يمكن ان ينصب الا على القرارات الادارية في ذاتها وانه لا يمكن ان يؤدي من تلقاء نفسه الى اهدار العلاقة التعاقدية في عقود شراء الشركتين للصيدليتين الا انه في هذه **العملية المركبة** ذات الجانبين احدهما تعاقدي والآخر اداري يكون الفصل في صحة القرار الاداري الذي ترتبت عليه العملية التعاقدية من اختصاص القضاء الاداري فيلغيه اذا كان مخالفاً للقوانين واللوائح دون ان يكون لالغائه مساس بذات العقد الذي وقعه المتعاقدان والذي يظل قائماً بحالته الى ان يفصل القضاء العادي في المنازعة المتعلقة به[٣] » .

---

(١) الاستاذ الدكتور محمد فؤاد مهنا ص ٢٤٨ المرجع السابق .

(٢) انظر فيدل المرجع السابق ص ٤٠١ و انظر احكام مجلس الدولة التي آشار إليها .

(٣) انظر ايضاً قضية الطعن الاداري رقم ١٤/٥ ق والحكم الصادر فيها بتاريخ ٣٠ يونيو ١٩٦٢ و مما جاء فيه : — من المقرر في قواعد القانون الاداري ان تحليل العملية القانونية التي تنتهي بابرام عقد من العقود التي تكون الادارة طرفاً فيها مؤداه ان القرارات السابقة و اللاحقة على العقد كوضع الادارة لشروط المناقصة او المزايدة و قرارات لجنة فحص العطاءات وقرارات لجنة البت و القرارات بارساء المناقصة او المزايدة هي بغير منازع قرارات ادارية منفصلة عن العقد و من ثم يجوز الطعن فيها بالالغاء بسبب تجاوز السلطة كما يمكن المطالبة بالتعويض عن الاضرار المترتبة عليها ان كان لهذا التعويض محل اما العقد ذاته بمعناه المعروف في القانون بتلاقي ارادتي العاقدين فانه عملية قانونية منبتة الصلة بالقرارات السابقة لها او اللاحقة عليها .

٣ ـ أن يكون القرار صادراً عن السلطة الإدارية الوطنية :

٥١ ـ فالقرارات التي يمكن الطعن فيها بالالغاء هي تلك القرارات التي صدرت عن سلطة أو جهة ادارية وطنية[١] بعد الاستقلال ، اما تلك التي صدرت قبل حصول البلاد على استقلالها السياسي سواء كانت صادرة عن سلطات الاحتلال الايطالي أو جهة الادارة البريطانية أو الفرنسية فلا يمكن الطعن فيها بالالغاء لكونها صادرة قبل نفاذ قانون المحكمة العليا الذي لا يسري بأثر رجعي[٢] ، ولأنها من جهة أخرى تعتبر سلطات أجنبية غير ليبية .

وبناء عليه فان القرارات الصادرة عن جهات او مؤسسات أو سلطات دولية أو أجنبية سواء قبل الاستقلال أو بعده ، لا يقبل الطعن فيها بالالغاء أمام المحكمة العليا كما لا يجوز المطالبة بالتعويض عنها .

٤ ـ أن يكون القرار المطعون فيه نهائياً :

٥٢ ـ فلا تقبل دعوى الالغاء الا ضد القرارات الادارية النافذة أو التي تعتبر واجبة النفاذ exécutoire ويكون من شأنها المساس بمصالح المدعي والتأثير على مركزه القانوني faisant grief [٣] مما يجعله صاحب مصلحة في الغاء القرار المطعون فيه . واذا كان المشرع قد وصف القرار الذي يجوز الطعن فيه بأن يكون نهائياً فان محكمة القضاء الاداري عندنا[٤] جعلت معيار نهائية القرار هو صيرورته

---

(١) انظر في تفصيل ذلك الاستاذ سليمان الطماوي ، المرجع السابق ص ٥٠١ وما بعدها .

(٢) تنص المادة ٢٦/د من قانون المحكمة العليا على أنه لا تقبل أمام محكمة القضاء الاداري طلبات الالغاء التي تتعلق بقرارات صدرت قبل نفاذ هذا القانون وطلبات التعويض التي تتعلق بمسائل وقعت قبل الرابع والعشرين من ديسمبر سنة ١٩٥١ (أي قبل الاستقلال) .

(٣) فيدل المرجع السابق . ص ٣٩٩ .

(٤) طعن اداري رقم ٣/٦ ق جلسة ٢٦ يونيه ١٩٥٧ ـ القضاء الاداري والدستور الجزء الأول الطبعة الثانية ١٩٦٧ ص ٧٩ ، طعن اداري رقم ٤/١ ق جلسة ١٤ يونيه ١٩٥٨ ـ طعن اداري رقم ٣/١ ق جلسة ٨ مارس ١٩٧٠ .

قابلاً للتنفيذ . وأكدت هذا المبدأ في العديد من أحكامها ، وأضافت الى ذلك عدم تعليق وجود القرار على تصديق سلطة ادارية أعلى[١] ، فالقرارات التمهيدية والتحضيرية وتلك التي لا تحدث آثاراً معينة في مواجهة الطاعن لا يجوز الطعن فيها أمام محكمة القضاء الاداري ، ومن هذا القبيل توصية المجلس التأديبي بفصل المدعى[٢] ، وقرار عرض الاستقالة[٣] ، ولقد قضت محكمتنا بذلك في حكمها الصادر بتاريخ ٣٠ ذي الحجة ١٣٨٩ هـ الموافق ٨ مارس ١٩٧٠ م ، وقد جاء فيه عن الدفع بعدم القبول لعدم نهائية القرارين الاداريين المطعون فيهما :

« ومن حيث ان هذا الدفع بدوره غير سديد وذلك لأن مراد القانون بعبارات (القرار الاداري النهائي) أن يكون قراراً تنفيذياً بمعنى أن يكون صادراً من سلطة ادارية مختصة باصداره ولا يتعلق وجوده على تصديق سلطة ادارية اعلى . ولذلك فانه من المقرر أن القرار الاداري الصادر بتعيين موظف تحت الاختبار لمدة سنة يعتبر قراراً نهائياً رغم ما فيه من توقيت التثبيت في الوظيفة وتأخيره الى ما بعد انقضاء سنة ولا يعتبر ذلك عيباً في نهائية القرار ، وكذلك الشأن في القرار الصادر من ادارة التجنيد بوضع شخص تحت الطلب وطلبه بعد ذلك للتجنيد في تاريخ معين . كل هذه قرارات تنفيذية نهائية لأنها لا تحتاج في اصدارها الى التصديق عليها من سلطة ادارية أعلى وهي بهذه المثابة قرارات نهائية ولو أنها تقبل التأقيت والاحتمال . ولما كان القراران المطعون فيهما

---

(١) طعن اداري رقم ١/٣ ق جلسة ٣٠ ذي الحجة ١٣٨٩ هـ ٨ مارس ١٩٧٠ م ، طعن اداري رقم ٦/٣ ق جلسة ٢٦ يونيه ١٩٥٧ .

(٢) طعن اداري رقم ١/٤ ق جلسة ١٤ يونيه ١٩٥٨ ، وقد جاء فيه « وحيث ان توصية المجلس التأديبي لا تعدو ان تكون قراراً تمهيدياً لا نهائياً ونهائية القرار الاداري من الأركان المتممة لوجوده وبدون توفرها لا يجوز الطعن فيه الى المحاكم الادارية » قضاء المحكمة العليا — الاداري والدستوري ج ١ ص ٩٦ طبعة ١٩٦٧ .

(٣) طعن اداري رقم ١١/٥ جلسة ٢٨ مايو سنة ١٩٦٠ — قضاء المحكمة العليا — الاداري والدستوري ج ٢ طبعة ١٩٦٣ ص ٤٧ .

لا يحتاج تنفيذهما الى التصديق عليهما من سلطة أعلى فانهما بهذه المثابة قراران اداريان نهائيان يصلحان محلاً للطعن بالالغاء من اللحظة التي يصيران فيهـا قابلين للتنفيذ وهي لحظة صدورهما وقد تنفذا فعلاً منذ صدورهما ومن ثم يكون الدفع غير منتج متعين رفضه »[١] .

ومع ذلك فانه يجوز قبول الدعوى التي يكون موضوعها قرار تمهيدي أو تحضيري اذا كان القرار النهـائي قد صدر ابان نظر الطعن وقبل الحكم في الدعوى[٢] .

ولا يقبـل الطعن ضد القرار الاداري الا اذا كان من شأنه المساس بمصالح المدعى والتأثير على الوضع الخاص به ، فضابط القرار الاداري الذي يقبل الطعن بالالغاء هو ان يكون له اثر قانوني قبل الطاعن[٣] ، فالمقصود هو الامر الاداري النهائي الذي يكون من شأنه ان يؤثر في المركز القانوني للمدعي فيجعـل له مصلحة شخصية مباشرة للطعن عليه بهذا الطريق[٤] .

مسألة القرار المعدوم :—

٥٣ ــ تفرق محكمة القضاء الاداري عندنا بين القرار القابل للابطال لما

---

(١) طعن اداري ١/٣ ق جلسة ٣٠ ذي الحجة ١٣٨٩ هـ الموافق ٨ مارس ١٩٧٠ مجلة المحكمة العليا السنة السادسة عدد ابريل .

(٢) طعن اداري رقم ١٣ ، ١٩/٧ ق جلسة ٢٤ مارس ١٩٦٢ – القضاء الاداري والدستوري ص ١٤٨ الجزء الثاني الطبعة الاولى سنة ١٩٦٣ وقد جاء فيه :

« انه وان كان المقرر في فقه القانون الاداري أن الطعن القضائي لا يقبل الا في القرار النهائي الا أنه مع ذلك اذا كان القرار من قبيل القرارات التمهيدية أو التحضيرية فان الطعن فيه يكون مقبولا اذا ما صدر القرار النهائي المبني على القرار التمهيدي أو التحضيري المطعون فيه قبل الحكم في الدعوى » .

(٣) طعن اداري رقم ٢/٣ ق جلسة ٢٨ نوفمبر ١٩٥٦ .

(٤) طعن اداري رقم ٣/٦ ق جلسة ٢٦ يونيه ١٩٥٧ .

لابسه من عيب بسيط وبين القرار الباطل بطلاناً مطلقاً او المعدوم نتيجة لابتنائه على خطأ جسيم يجعله كأن لم يكن[١] ، ويتحقق هذا عند عدم مراعاة الشكل الذي استلزمه القانون في القرار او صدور القرار من غير مختص .

ويجوز لكل ذي مصلحة ان يطعن بالالغاء في القرار المعدوم فلا فرق في ذلك بينه وبين القرار القابل للابطال وكل ما بينهما من اختلاف يتحدد في ان مواعيد الطعن في حالة القرار المعدوم لا تنغلق في وجه هذا القرار[٢] ، في حين ان القرارات القابلة للابطال تستقر بمضي المواعيد المقررة للطعن الامر الذي تتحصن معه ضد الالغاء فلا تقبل الدعوى اذا رفعت بعد انتهاء الميعاد . ويترتب على انفتاح باب الطعن دون تقيد بميعاد محدد بالنسبة للقرار المعدوم نتيجة هامة هي جواز رفع الدعوى في اي وقت حتى ولو نشر القرار او اعلن او ثبت علم صاحب الشأن به علماً يقينياً .

ولا يختلف الطعن في القرار المعدوم عنه في القرار القابل للابطال من حيث نتيجة الحكم ، غير ان محكمتنا تضاربت احكامها في هذا الخصوص فهي تارة تقضي باعتباره معدوماً[٣] ، وتارة اخرى تقضي بالغاء القرار المطعون فيه[٤] . ونحن نرى أن التفرقة بين القرار المعدوم والقرار القابل للابطال اذا كانت ضرورية بالنسبة لحساب المواعيد وما يترتب عليها من جواز رفع الدعوى وبالتالي قبولها او رفضها فانه لا ضرورة لها فيما تنتهي اليه المحكمة في احكامها ما دامت النتيجة واحدة ، فإلغاء القرار يعني إزالة كل آثاره ، واعتباره منعدماً يعني أن آثاره كأن لم تكن ، وكل هذا يظهره الحكم الصادر في الدعوى فلا مبرر للتفرقة بين الحالتين ما دامت النتيجة واحدة .

---

(١) طعن اداري رقم ٤/١٥ ق بتاريخ ٦ صفر ١٣٩٠ هـ - ١٢ ابريل ١٩٧٠ .

(٢) طعن اداري رقم ١/١٦ ق ، ٤/١٥ ق .

(٣) طعن اداري رقم ٤/١٥ ق المشار اليه اعلاه .

(٤) طعن اداري رقم ١/١٦ ق جلسة ٩ ربيع الثاني ١٣٩٠ هـ الموافق ١٤ يونيه ١٩٧٠ .

الاستثناءات :

٥٤ ــ قلنا بأن الاصل في القرارات الادارية النهائية ان تكون قابلة للطعن فيها امام محكمة القضاء الاداري، غير ان المشرع قد يستثنى بموجب نص في قانون خاص بعض القرارات ويحصنها فلا يجيز الطعن فيها والى جانب ذلك فا ن المقرر في التشريع الليبي هو استثناء اعمال السيادة من جميع طرق الطعن .

١ ــ اعمال السيادة : ــ

٥٥ ــ استثنى المشرع الليبي ــ كما هو الحال في مصر[١] ــ طائفة اعمال السيادة او ما يسمى بالاعمال الحكومية من نطاق دعوى الالغاء وحصنها ضد الرقابة القضائية، فلم يعط للقضاء الولاية بنظر الدعوى اذا كان موضوعها عملا من اعمال السيادة، واقفل في وجه الافراد (ذوي المصلحة) جميع طرق الطعن وسد امامهم كل سبيل قد يؤدي بهم الى مخاصمتها او رفع دعوى بشأنها امام قضاء الالغاء او برفع دعوى التعويض، وذلك على الرغم من ان تلك الاعمال ذات طبيعة ادارية . وعلى ذلك نصت المادة ٢٦ /أ من قانون المحكمة العليا : « لا تقبل الطلبات الآتية امام محكمة القضاء الاداري : ــ

أ ــ الطلبات المقدمة عن القرارات المتعلقة بعمل من أعمال السيادة » .

وتطبيقاً لذلك حكمت المحكمة العليا بوصفها محكمة القضاء الاداري بعدم

---

(١) النص المصري المقابل هو المادة ١٢ ومن قانون مجلس الدولة سنة ٥٩ وتنص على انه لا يختص مجلس الدولة بهيئة قضاء اداري ينظر في الطلبات المتعلقة باعمال السيادة ، انظر تفصيل اعمال السيادة في تشريع الجمهورية العربية المتحدة الدكتور محمود حافظ ص ٦٠ وما بعدها ــ المرجع السابق اشارتنا إليه .

قبول الدعوى تأسيساً على ان العمل من اعمال السيادة[1] وقد جاء في قضائها ومن حيث ان ولاية برقة المطعون ضدها دفعت اولاً بعدم اختصاص القضاء بنظر الدعوى لان اقالة الناظر من منصبه هو عمل من اعمال السيادة ويتصل اتصالاً وثيقاً بالسياسة العليا لحكومة الولاية ويستمد جذوره واصوله من نصوص الدستور في المواد ٤٢ ، ١٧٦ ، والمواد ١٨ و ١٩ و ٢١ من القانون الاساسي لولاية برقة فاذا ما باشر رئيس الدولة (الملك) ـ اختصاصاته التي منحها اياه الدستور والقانون الاساسي في اعفاء الناظر من منصبه سواء ذلك في صورة قبول الاستقالة او الاقالة فانه في مباشرته لهذا الاختصاص لا يخضع للرقابة القضائية اطلاقاً مادام ان هذا المرسوم قد صدر ممن يملكه وفي الشكل الذي يحدده القانون ومن هذا فانه ما دام المرسوم المطعون فيه قد صدر من الملك بناء على عرض رئيس المجلس التنفيذي وبعد مشاورة الوالي في شأن من شئون تنظيم الحكم في الولاية وهي جزء لا يتجزأ من الدولة الليبية المتحدة فانه لا مجال للطعن فيه امام القضاء الاداري سواء بالالغاء

---

(١) قد يرى البعض في حالة أعمال السيادة ان الواجب ان تحكم المحكمة بعدم الاختصاص لا بعدم القبول ، لأنها لا تحكم بأن العمل من أعمال السيادة إلا بعد ان تكون قد قلبت النظر في موضوع الدعوى (انظر الدكتور الطماوي ، ص ٤٦٠) ولكننا نرى ان اصطلاح عدم الاختصاص بنظر اعمال السيادة مرادف تماماً لاصطلاح عدم قبول الطعن في اعمال السيادة ، ذلك انه بتدقيق النظر يتضح ان الأمر يتعلق في نفس الوقت بانتفاء الولاية (عدم الاختصاص) وبانتفاء الحق في الدعوى . فضلا عن ان الحكم بعدم القبول يتطلب في بعض الأحيان التطرق لموضوع الدعوى . فكون الحكم مبنياً على البحث في موضوع الدعوى لا يتنافر بالضرورة مع كونه حكماً بعدم القبول . انظر في ذلك :

Mohamed Abdel-khalek Omar, La notion d'irrecevabilité en droit judiciaire privé, Paris 1967 (L. G. D. J.) .

رقم ١٩٨ ، ص ٩٥-٩٦ (فيما يتعلق بالتفرقة بين عدم الاختصاص وعدم القبول) ، و ص ٦٢-٧٤ (التفرقة بين عدم القبول والموضوع) .

او التعويض »[١] .

واذا كان المشرع الليبي يستثنى اعمال السيادة فانه لم يعرفها ، كما انه لم يعددها على سبيل الحصر ،ولا يمكن وضع معيار يمكن بواسطته تحديد ما يدخل ضمن طائفة اعمال السيادة وما لا يعتبر داخلاً في هذا النطاق .

وقد انتهى الفقه الاداري الى ان يترك تقدير ذلك للقضاء كما اتجـــه بعض الشراح الى استخلاص اعمال السيادة من الاحكام التي اصدرها القضاء[٢] .

وقد عرفت محكمة القضاء الاداري اعمال السيادة بقولها « ان اعمال السيادة الواردة في القانون لاتنصرف الا الى الاعمال التي تتصل بالسياسة العليا للدولة والاجراءات التي تتخذها الحكومة بما لها من السلطة العليا للمحافظة على سيادة الدولة وكيانها في الداخل والخارج ولا يعتبر من هذا القبيل ما تصدره الحكومة من قرارات تنفيذاً للقوانين واللوائح لان مثل هذه القرارات تندرج في دائرة الاعمال الحكومية العادية وليس لها من الشأن والأهمية الخطيرة ما يرفعها الى مرتبة الاعمال المتعلقة بالسيادة العليا للدولة [٣]» .

---

(١) طعن إداري رقم ١١/٥ جلسة ٢٨ مايو ١٩٦٠ – القضاء الاداري والدستوري – الجزء الثاني الطبعة الأولى ١٩٦٣ .

(٢) انظر الدكتور سليمان الطماوي ،قضاء الالغاء ص ٤٢ .

(٣) طعن اداري رقم ٢/١ ق جلسة ٥٦/٣/٢١ وطعن اداري رقم ٤/٥ ق ٦٦/٢/١٩ مجموعة المبادىء القانونية اداري ودستوري « فاوامر الابعاد بصفة عامة لا تعتبر – من اعمال السيادة وانما هي اوامر عادية فلا تكون بمنأى عن مراقبة محكمة القضاء الاداري التي تختص بطلبات الغائها والتعويض عنها ». انظر ايضاً طعن اداري رقم ٢/٢ ق ١٨ ابريل ٥٦ وقد جاء فيه « ليس في نصوص القانون الليبي ما يمنع القضاء صراحة من الفصل في منازعات الجنسية وقد استقر القضاء =

ان محكمتنا بالاضافة الى قضائها السابق حاولت ان تضع بعض الضوابط في تحديد اعمال السيادة،وضربت على ذلك بعض الأمثلة التي يعددها الفقه والقضاء وجاء هذا في حكمها الصادر بتاريخ ٣٠ ذي الحجة ١٣٨٩ هـ في الطعن الاداري رقم ١/٣ ق : « أن أعمـــال السيادة بما لهـــا من علو وسلطان وشمول وضعت لها معايير وضوابط تحددها فهي اما وان تصدر عن الدولة بمقتضى وظيفتها السياسية ويكون منطقياً ان لا يراقبها الا سلطة سياسية اخرى او تصدر عن الدولة بوصفها سلطة حكم لا بوصفها جهة ادارة او تصدر تنفيذاً لنص الدستور دون ما صلة بتنفيذ القوانين العادية ولهذا فان الامثلة لاعمال السيادة المجمع عليها في الفقه والقضاء هي علاقة الحكومة بالمجلس النيابي والتدابيـــر الخاصة بالامن الداخلي والخارجي للدولة والمقصود بها قرارات اعـــلان الاحكام العرفية او حالة الطوارىء (اما ما عداها من قرارات تصدر ضد الأفراد فهي قرارات ادارية) وكذلك العلاقات السياسية والمسائل المتعلقة بالاعمال الحربية ويتجه العالم الحديث الى التضييق من اعمال السيادة حتى لا تضحى مصلحة الفرد من اجل الجماعة وانتهى الرأي في فقه القانون على ان اعمـــال السيادة تخضع لتقدير القضاء بحسب كل حالة »[1] .

وهكذا فان الرأي يتجه الى تحديد نطاق هذه النظرية وتضييقها بالقدر اللازم او ازالتها وهو الذي عليه غالبية الفقه[2] .

ويمكن القول بأن اعمال السيادة تمثل خروجاً على الشرعية وتعتبر تحرراً من

= على أن الجنسية ومنازعاتها لا تدخل في اعمال السيادة التي لا تختص هذه المحكمة بنظر الطلبات المقدمة عن قرارات متعلقة بها». وانظر في الاختصاص بمنازعات الجنسية الدكتور محمد عبد الخالق عمر ،القانون الدولي الخاص الليبي، ١٩٧١ (دار النهضة العربية)،رقم ١٢٢،ص ٨٥ .

(١) طعن اداري رقم ١/٣ ق جلسة ٣٠ ذي الحجة ١٣٨٩ هـ الموافق ٨ مارس ١٩٧٠ مجلة المحكمة العليا السنة السادسة عدد محرم ١٣٩٠ هـ ابريل ١٩٧٠ م .

(٢) انظر الدكتور سليمان الطماوي المرجع السابق ص ٤١٧ انظر ايضاً الدكتور محمود حافظ ص ٥٩ — ٦٠ .

قواعدها واقل ما يصحّ ان توصف به هو أنها استثناء على ذلك المبدأ . أو كما قيل عنها بأنها غصب لمبدأ الشرعية[١]. وهي على اية حال لا تخرج عن كونها وكما قيل عنها بحق — نقطة سوداء ووصمة في جبين المشروعية[٢] واذا كان لا بد منها فيجب ان يكون هذا في اضيق الحدود وتحت رقابة القضاء .

٢ — القرارات التي يحصنها المشرع ضد الإلغاء :

٥٦ — ان الدستور قد يرد به نص يحجب عن السلطة القضائية الاختصاص في مسائل معينة ويمنع الجهات القضائية من نظرها والفصل فيها وامام النص الدستوري لا مجال للاختيار او الاختلاف [٣] وذلك لأن الدستور هو الذي يحدد اختصاصات وصلاحيات كل سلطة من السلطات العامة بما فيها القضاء ويوزعها فيما بينها وهذه المسألة لا نزاع عليها فلا يثور الخلاف بشأنها .

ولكن السؤال يفرض نفسه بمناسبة ورود نص في تشريع عادي او قانون خاص يمنع على ذوي الشأن ان يطعنوا في بعض القرارات الادارية التي يحددها في ذلك النص او القانون . في هذه الحالة ما هو الموقف الذي يجب ان يسلكه القضاء ؟ هل يحكم بعدم الاختصاص اذا ما رفعت اليه الدعوى او يفصل فيها تأسيساً على أن اغلاق القضاء في وجه المتقاضين يخالف الدستور مما يترتب عليه عدم شرعية النص الذي يحصن القرار المطعون فيه ضد الالغاء ؟

مذهب الفقه والقضاء المصري :

٥٧ — اما في مصر فقد اختلف الفقه والقضاء حول هذه المسألة بل ان القضاء نفسه لم يتخذ موقفاً موحداً بشأنها فبينما كانت محكمة القضاء الاداري تفرق

---

(١) الدكتور مصطفى كيرة نظرية الاعتداء المادي في القانون الاداري رسالة دكتوراه ١٩٦٤ ص ٣٥ .

(٢) الدكتور كيرة- المرجع السابق، الدكتور الطماوي المرجع السابق .

(٣) انظر في ذلك المعنى وتفصيله الدكتور سليمان الطماوي المرجع السابق ص ٤٧٠

بين حالتين فتقضي بعدم دستورية التشريع او القانون اذا كانت الحصانة مطلقة ضد جميع طرق الطعن (الالغاء والتعويض) اما اذا كان المنع نسبياً بمعنى ان المشرع قد ترك سبيل الطعن بالتعويض ليطرقه صاحب المصلحة متى شاء دون ان يكون له الحق في الطعن على القرار بالالغاء ، ففي هذه الحالة كانت المحكمة تقضي بدستورية القانون [١]. بينما كان ذلك هو نهج محكمة القضاء الاداري فان المحكمة الادارية العليا كان لها شأن آخر اذ انها اهدرت التفرقة السابقة واعتبرت التشريع دستورياً في الحالتين ،فهو في رأيها تشريع دستوري ولو حظر على المواطن الحق في الالتجاء الى القضاء الذي قرره الدستور . اما الفقه [٢] ، فقد انتقد هذا المسلك الذي ذهب اليه القضاء وحمل عليه بشدة خصوصاً بعد ان تنكرت المحكمة الادارية العليا للتفرقة التي كانت تأخذ بها محكمة القضاء الاداري وتطرفت في موقفها بما قضت به من ان التشريع يعتبر دستورياً حتى ولو اغلق جميع سبل الطعن في وجه المواطن ، وكانت الحجة الرئيسية التي ذهب اليه الفقه هي أن حق الالتجاء الى المحاكم والحق في التقاضي هو حق مقرر في الدستور فلا يجوز تجزئته او الحد منه او تعطيله بموجب تشريع عادي والا كان هذا التشريع غير دستوري .

اتجاه المحكمة العليا : عدم دستورية النص : —

٥٨ — لم يسبق طرح هذه المسألة على محكمة القضاء الاداري

---

(١) راجع الدكتور سليمان الطماوي المرجع السابق ص ٤٧١ .

(٢) راجع الدكتور سليمان الطماوي المرجع السابق ص ٤٧٨ .

(٣) حمل الاستاذ الدكتور سليمان الطماوي على الاتجاه الذي اخذ به القضاء سواء في ذلك المعتدل الذي ذهبت اليه محكمة القضاء الاداري او ذلك الموقف المتطرف الذي سلكته المحكمة الادارية العليا وانتقد الاحكام التي قضت بدستورية التشريع ولقد عاضده في ذلك بعض فقهاء القانون العام في مصر — انظر في ذلك بالتفصيل الدكتور سليمان الطماوي ص ٤٧٤ — ٤٧٦ .

من قبل فلم يكن لها ولم تتمكن من الافصاح عن وجهة نظرها فيه الا عندما نظرت امامها في الوقت الاخير قضية الطعن الدستوري رقم ١/١٤ ق بتاريخ ٩ ربيع الثاني ١٣٩٠ هـ الموافق ١٤ يونيو ١٩٧٠ وقد جاء فيها الحكم بعدم دستورية النص الذي يغلق باب القضاء في وجه اي مواطن ، وقالت في ذلك :

« ان اغلاق باب التقاضي دون اي مواطن مخالف لكل دساتير العالم في نصوصها المكتوبة وغير المكتوبة في مفهومها وفي روحها – على انه اذا خلا اي دستور مكتوب من النص على حق كل مواطن في الالتجاء الى قضاء يؤمن له حقوق الدفاع فان هذه القاعدة مستمدة من اوامر العلي القدير ومن الحقوق الطبيعية للانسان منذ ان خلق » ثم قالت : « ومن حيث ان العبارة التي ختمت بها المادة الرابعة محل الطعن جرت على « وفي جميع الاحوال تكون قرارات اللجنة باعادة التعيين والنقل غير قابلة للطعن فيها بأي وجه كان » .

وعبارة في جميع الاحوال – عبارة عامة شاملة لما يذكر وما لم يذكر بعدها من القرارات . والمقصود بقرارات اعادة التعيين القرارات الادارية الايجابية التي تتضمن ذكر اسماء معظم القضاء كقضاة معينين من جديد وكذا مقصود من هذه العبارة القرارات الادارية السلبية المتضمنة عدم تعيين بعض القضاة . وكلا النوعين لا يمكن ان يسمى الا بما اطلقته عليه المادة بلفظ (قرارات اعادة التعيين) اما قرارات النقل التي حرم على من اصابتهم الطعن فيها فهي تشمل قرارات النقل المترتبة على اسقاط بعض اسماء رجال القضاء والتي يصدرها مجلس الوزراء باعادة تعيين من عزل من القضاة في وظائف ادارية . وهي تشمل ايضاً قرارات النقل التي تصدرها اللجنة بنقل بعض القضاة من القضاء المدني الى القضاء الشرعي وبالعكس ومن النيابة العامة اليهما وبالعكس » .

« ومن حيث ان هذا النص الذي حرم القاضي في جميع تلك الاحوال من حق التقاضي مخالف للدستور الذي كان قائماً نصاً وروحاً ومخالف للحريات

العامة للأفراد ، نصت عليها الدساتير او لم تنص . وكيف يطلب الى القضاة الذين أُعيد تعيينهم ان يقضوا بين الناس بالحق والعدل وهم يعلمون انهم أنفسهم لا يتمتعون بهذا الحق . اما نصوص الدستور التي خالفتها وعصفت بها المادة ٤ حين اغلقت باب التقاضي فنزلت بالقاضي عن اي مواطن آخر فمنها المادة ١٤ التي وردت في باب حق الشعب ونصت على انه (لكل شخص الحق في الالتجاء الى المحاكم) والمادة ١٥ التي كفلت لكل مواطن محاكمة تؤمن له فيها الضمانات للدفاع عن نفسه و(المادة ١٢) التي تنص على ان (الحرية الشخصية مكفولة وجميع الاشخاص متساوون في الحماية امام القانون) و(المادة ١١) التي تنص على أن (الليبيون لدى القانون سواء وهم متساوون في التمتع بالحقوق المدنية والسياسية وفي تكافؤالفرص)». وانتهت المحكمة في حكمها بعدم دستورية المادة الرابعة من المرسوم بقانون الخاص بتعديل بعض احكام قانون نظام القضاء والغاء ما ترتب عليها من آثار .

وهذا المذهب الذي اخذت به محكمتنا العليا مستهدية برأي الفقه ومغايرة في نفس الوقت لمسلك القضاء المصري – وعلى وجه الخصوص المحكمة الادارية العليا – هو الاتجاه السليم لأنها بذلك قد تجنبت الانتقادات التي وجهت الى القضاء المصري وتفادت ما وقع فيه من خطأ وطبقت القانون تطبيقاً سليماً بما انتهت اليه في حكمها .

مذهب الفقه والقضاء الفرنسي :

٥٩ – ولقد ذهب الفقه الفرنسي الى اكثر من ذلك بما اتجه اليه من ان الطعن بتجاوز السلطة لا يحتاج الى نص خاص لمباشرته ضد طائفة معينة من القرارات الادارية المحددة . واذا وجد نص يقرر بأن بعض الاعمال الادارية غير قابلة للطعن بأي طريق كان ، فان هذا لا يحول دون امكانية الطعن فيه بتجاوز السلطة الذي يجب ان يكون مفتوحاً ضد كل عمل اداري ضماناً لتوافقه

ومطابقته مع المبادىء العامة للقانون ولتأكيد احترام الشرعية[١]. كما ان القضاء يفسّر النص الذي يقرر بأن عملاً ما من الاعمال الادارية غير قابل للطعن فيه بأن هذه الصيغة تعني استبعاد جميع الطعون فيما عدا الطعن بتجاوز السلطة[٢].

خاتمة

إذا تم استيفاء الشروط والاجراءات الشكلية السابقة يتعين على قاضي الالغاء أن يبدء دوره ويفحص موضوع الدعوى وينظر أوجه الالغاء المدعى بها.

ولقد لاحظنا من دراستنا المتقدمة ان شروط قبول دعوى الالغاء في القانون الاداري الليبي متوافقة مع المقرر والمعمول به في مصر ولا غرابة في ذلك التوافق لان التشريع الليبي وخاصة قانون المحكمة العليا مستمد من التشريع المصري كما ان محكمتنا العليا بوصفها محكمة القضاء الاداري تقتدي في الغالب من الاحوال بما استقر عليه الفقه والقضاء المصري.

اما الملاحظة الثانية التي نستخلصها من هذه الدراسة فانها تظهر في ان محكمة القضاء الاداري عندنا تختلف في بعض الاحوال عن الاتجاه الذي يسلكه القضاء والفقه المصري في رأيه الراجح، وتنهج منهجاً غريباً في مسلكه وتبريراته واتجاهاته الا ان هذا في رأينا لا يبعدها عن الاصول العامة التي تأخذ عنها والمبادىء التي تهتدى بها.

والملاحظة الثالثة والأخيرة التي ننتهي اليها من بحثنا هذا هي ان القضاء الاداري نظراً لحداثته من جهة ولعدم وعي المواطنين وتهيبهم من مخاصمة الادارة من جهة أخرى ولقلة المنازعات المعروضة عليه من ناحية ثالثة لم تتح

---

(١) فيدل المرجع السابق، ص ٣٩٣، وانظر ايضاً الاحكام التي اشار اليها.

(٢) دى لوبادير، المرجع السابق، ص ٤٦٥.

له الفرصة لكي يفصح عن رأيه ويكشف عن موقفه واتجاهه في كافة مناحي القانون الاداري وقد وصل الامر الى درجة ان بعض المسائل لم نجـــد في الاحكام خوضاً فيها او تطبيقاً لها .

وخلاصة القول ان شروط قبول دعوى الالغاء في القانون الاداري الليبي تتحدد في الشروط الثلاثة التي سبق بحثها وهي شرط المدة والاجراءات ، وضرورة توفر مصلحة شخصية مباشرة للطاعن في القرار ، وان يكون القرار الاداري المطعون فيه نهائياً ومؤثراً في المركز القانوني للمدعى .

وهذا هو الاتجاه الذي جرى عليه العمل وسار عليه القضاء الاداري في ليبيا وبه يحتذى قضاؤنا حذو القضاء المصري ويأخذ بالمستقر عليه في الفقه المصري. ولا يحد من هذا التعميم سوى بعض الاحكام التي تعتبر استثناء من الاتجاه العام لمحكمتنا فلا يقاس عليها ولا يؤخذ بها عند تقدير اتجاهات القضاء عندنا .

المـــراجع

المراجع العربية :

١ ــ الاستاذ الدكتور سليمان الطماوي ــ قضاء الالغاء طبعة ١٩٦٧ .

٢ ــ الاستاذ الدكتور سليمان الطماوي ــ نظرية التعسف في استعمال السلطة امام مجلس الدولة والمحاكم القضائية ــ ١٩٥٠ .

٣ ــ الاستاذ الدكتور محمد فؤاد مهنا : الرقابة القضائيـــة على اعمـــال الادارة ١٩٥٧ .

٤ ــ الاستاذ الدكتور محمود محمد حافظ ــ القضاء الاداري دراسة مقارنة ١٩٦٧ .

٥ ــ الدكتورة سعاد الشرقاوي ــ القضاء الاداري دعوى الالغاء ــ دعوى التعويض ١٩٧٠ .
٦ ــ الدكتور مصطفى كيرة ــ قانون المرافعات الليبي ١٩٦٩ .
٧ ــ الدكتور مصطفى كيرة ــ نظرية الاعتداء المــادي في القانون الاداري ١٩٦٤ .
٨ ــ الغزالي ــ احيــاء علوم الدين ــ الجزء الثاني ١٩٣٩ ــ مطبعــة مصطفى الحلبي .
٩ ــ مدونة الفقه والقضاء الجزء الاول ١٩٥٤ .
١٠ ــ الدكتور مصطفى كمال وصفي ــ اصول اجراءات القضاء الاداري ــ الكتاب الاول التداعي ١٩٦١ .

الأحكام :

قضاء المحكمة العليا :

١ ــ مجموعة المبادىء القانونية اداري ودستوري ١٩٦٧ .
٢ ــ قضاء المحكمة العليا الاداري والدستوري ــ الجزء الاول طبعة ١٩٦٧ .
٣ ــ قضاء المحكمة العليا الاداري والدستوري ــ الجزء الثاني طبعة ١٩٦٣ .
٤ ــ مجلة المحكمة العليا .

المراجع الفرنسية :

راجع هامش (١) ص ٣ .

القانون التجاري

دراسات قانونية (١٧)

النظام القانوني للقطاع العام في ليبيا

للدكتور محمود سمير الشرقاوي

أستاذ مساعد بكلية الحقوق بالجامعة الليبية *

١ ــ يعد الحديث عن القطاع العام في واقع الامر حديثاً عن المشروع العام الذي يعد الوسيلة الفنية لتحقيق التنمية الاقتصادية في مجتمع الكفاية والعدل ، ولذا فاني سأقسم هذا الموضوع الى اقسام ثلاثـــة اتكلم في الاول عن ظهور المشروع العام واعرض في الثاني لنظرية المشروع العام واخصص الثالث للاحكام القانونية للمشروع العام .

القسم الاول ــ ظهور المشروع العام

تمهيـــد :

٢ ــ عندما كان المجتمع يمر بمرحلته البدائية ، حيث لم تكن فكرة الدولة بالمعنى المعروف حديثاً قد ظهرت الى حيز الوجود ، اعتمد الافراد في اشباع

---

* محاضرة ألقيت بكلية الحقوق بالجامعة الليبية ضمن الموسم الثقافي للجنة الثقافية في العام الجامعي ١٩٧٠ – ١٩٧١ .

حاجاتهم المتعددة على نشاطهم الخاص ، ولم يكن هناك ما يمكن ان يثير النزاع بينهم لعدم تعارض مصالحهم ، لذا فلم يكن ثمة ما يدعو لوجود السلطة التي تضع الحدود وتقيم العدالة بين الافراد .

بيد ان حاجات الافراد تنوعت وتشعبت ، وظهر الفرد المسيطر على اساس من القوة بالتحكم في وسيلة من وسائل الانتاج والسيطرة على مصادر الثروة واستغلال غيره من الضعفاء للوصول الى تحقيق مآربه الخاصة ، عندئذ بـــدأ تعارض المصالح سواء فيما بين من يملكون وسائل الانتاج المختلفة او فيما بينهم وبين الطبقة المستغلة التي لا تملك سوى عملها لتحصل على قوت يومها .

لذلك كان من المحتم ان تظهر سلطة قوية لتقيم التوازن المنشود بين طبقات المجتمع ، الا ان هذه السلطة التي تمثلت في فكرة الدولة ، تركزت في يد الطبقة المستغلة المالكة ، فأقامت نظاماً يحميها ، وزعمت ان وظيفتها تنحصر في الدفاع عن الدو لة من الاعتداء او الغزو الخارجي واقامة الامن في الداخل وهو امن قائم على حماية ممتلكاتها ، وتحقيق العدالة القضائية بين الافراد ، اما النشاط الاقتصادي فيجب ان يظل حراً ويترك للمنافسة بين الافراد ، وهي منافسة غير متكافئة .

مبدأ حرية التجارة :

٣ ــ وفي القرون الوسطى انتعشت التجارة وقويت طوائف التجار التي دخلت في صراع ضد الاقطاع ، ووضعت كل طائفة نظاماً معيناً يختص بأبناء حرفتها ولم تكن هذه النظم سوى سياج منيعة على التجارة تمارسها الطائفة لتمنع من عدا الاعضاء المكونين لها من مزاحمتهم في القيام بأعمال تجارتهم . وعندما شارف القرن الثامن عشر على الانتهاء قامت الثورة الفرنسية من ابناء الطبقة المتوسطة التي شعرت بما يقع عليها من ظلم نتيجة امتيازات النبلاء والاشراف

وطوائف التجار ، وتعاطفت الطبقة الفقيرة مع هذه الثورة وعاضدتها لشعورها بأنها تمثل بداية حميدة بما تحمله من مبادىء الحرية والاخاء والغاء امتيازات النبلاء والاشراف والقضاء على نظام طوائف التجار .

ونجح صانعو الثورة فعلاً في القضاء على النظام الطائفي للتجار بقانون صدر سنة ١٧٩١ وقد قرر هذا القانون « ان كل شخص سيكون حراً في القيام بتجارة معينة او مباشرة مهنة معينة او حرفة وفقاً لما يرى فيه صالحه » .

على ان الثورة الفرنسية لم تكن سوى مرحلة من مراحل التطور ، فدعمت مبدأ الحرية الاقتصادية ونادت بأن الدولة يجب ان تظل بعيدة عن التدخل في المجال الاقتصادي ، وعمت هذه الافكار اوروبا . فتمويت الطبقة الرأسمالية وتركزت رؤوس الاموال في يد حفنة قليلة لم تأبه الا بمصلحتها ، وتركت الدولة النشاط الاقتصادي والتعامل التجاري حراً كقاعدة عامة ، كما تركت ارباب العمل يستقلون في تنظيم علاقاتهم مع العمال .

ولما تعرض العالم لأزمات اقتصادية شديدة نتجت عن النظام الرأسمالي الحر الذي لم يكن يتبع خطة انتاج تتناسب ومقتضيات الحاجة ، ظهرت هوة سحيقة بين الانتاج والاستهلاك ، وبدأ الشعور يتجه الى وجوب تدخل الدولة في المجال الاقتصادي ولا سيما عقب الازمة العالمية التي تعرضت لها الدول الرأسمالية في سنة ١٩٣٠ .

تدخل الدولة في المجال الاقتصادي :

٤ – اتخذ تدخل الدولة في المجال الاقتصادي اشكالاً متعددة ، اختلفت باختلاف النزعات الاقتصادية التي تعتنقها كل دولة . إذ بعد ان كانت الدولة تتنازل في بـــادىء الامر عن حقهـــا الطبيعي في ادارة المرافق العامـــة والذي عهدت به الى الافراد عن طريق الالتزام واقتصر دورها على رقابة سير هذه

المرافق لتحول دون استغلال الملتزمين لها لجمهور المنتفعين بخدماتها ، ظهرت الحاجة الى ضرورة تدخل الدولة بطريقة اكثر ايجابية فقامت الدولة بانشاء ما عرف بالمرافق العامة الصناعية او التجارية وتولت هي بنفسها استغلالها وادارتها ، وكانت هذه المرافق تهدف الى تحقيق المصلحة العامة والحصول على كسب مادي في الوقت ذاته ، على ان تخصص ارباح المرفق لتحسين خدماته التي يقدمها الى جمهور المنتفعين .

وتدخلت الدولة لغرض رقابتها على النشاط الاقتصادي ، وفرضت قواعد اخرى في هذا الشأن كرقابة النقد والاستيراد والتصدير ، وتحديد اسعار الزامية لبعض السلع ، ووضع سياسة ثابتة للاجور وتنظيم علاقات العمل بتحديد حد ادنى للاجور وحد اقصى لساعات العمل ، ووضع نظم للامان الاجتماعي.

بيد انه لا يخفى ان تدخل الدولة في هذه الصور ، لم يقصد به تحقيق نوع من العدالة الاجتماعية ، وانما حماية النظام الرأسمالي ذاته مما يسميه بخطر الطبقة العاملة .

ولم يقتصر الامر على مجرد الاخذ بسياسة الاقتصاد الموجه ، اذ ادى تطور دور الدولة في المجال الاقتصادي الى الاشتراك بنفسها في المشروعات الاقتصادية الى جانب رأس المال الخاص والاشتراك نتيجة لذلك في ادارة المشروع وتوجيهه .

وكانت هذه المرحلة من مراحل تدخل الدولة التي عرفت نظام الاقتصاد المختلط بداية ظهور المشروع العام ، اذ اصبح من اليسير تحول بعض المشروعات شبه العامة الى مشروعات عامة بسيطرة الدولة على رأس مال المشروع بأكمله الى جانب قيام الدولة بتأميم مشروعات اقتصادية خاصة .

والواقع ان ظهور المشروع العام كان نتيجة لتطور دور الدولة في المجال الاقتصادي والشعور بعدم كفاية انشاء الدولة للمرافق التجارية ورؤي ضرورة اضطلاع الدولة بنفسها بالمشروعات الاقتصادية الهامة .

على ان دوافع قيام المشروع العام وان كانت ترتكز اساساً على فكرة وجوب قيام الدولة بالمشروع الاقتصادي بنفسها فقد اختلفت من دولة الى اخرى ، تبعاً لاختلاف النظم السياسية في كل دولة .

الهيكل العام للنشاط الاقتصادي في ج. ع. ل. :

٥ ــ اعلنت ثورة الفاتح من سبتمبر في البيان الاول الصادر عنها انها ستأخذ بالنظام الاشتراكي في البلاد وقد اكد الاعلان الدستوري الصادر في ٢ شوال سنة ١٣٨٩ الموافق ١١ ديسمبر ١٩٦٩ م الاخذ بهذا النظام عندما نصت المادة السادسة منه على ان « تهدف الدولة الى تحقيق الاشتراكية وذلك بتطبيق العدالة الاجتماعية التي تحظر أي شكل من اشكال الاستغلال وتعمل الدولة عن طريق اقامة علاقات اشتراكية في المجتمع على تحقيق كفاية في الانتاج وعدالة في التوزيع بهدف تذويب الفوارق سلمياً بين الطبقات والوصول الى مجتمع الرفاهية مستلهمة في تطبيقها للاشتراكية تراثها الاسلامي العربي وقيمه الانسانية وظروف المجتمع الليبي » .

اما المادة السابعة فقد نصت على أن الدولة تعمل على تحرير الاقتصاد القومي من التبعية والنفوذ الاجنبيين وتحويله الى اقتصاد وطني انتاجي يعتمد على الملكية العامة للشعب الليبي والملكيات الخاصة لافراده . وتنص المادة الثامنة على ان الملكية العامة للشعب اساس تطوير المجتمع وتنمية وتحقيق كفاية الانتاج والملكية الخاصة غير المستغلة مصونة ولا تنتزع إلا وفقاً للقانون والإرث حق تحميه الشريعة الاسلامية .

ومن جماع النصين المتقدمين يتضح ان الملكية في المجتمع الليبي الجديد نوعان ملكية عامة للشعب وهي الوسيلة لتحقيق كفاية الانتاج ، وملكية خاصة لافراده ويجب ان تكون ملكية غير مستغلة . ووفقاً للمادة التاسعة من الاعلان الدستوري فان الدولة عليها ان تضع نظاماً للتخطيط القومي الشامل اقتصادياً

واجتماعياً وثقافياً ويراعى في توجيه الاقتصاد الوطني التعاون بين القطاعين العام والخاص لتحقيق اهداف التنمية الاقتصادية .

وعلى ذلك فان الاشتراكية في ليبيا تقوم على اساسين :

١ ــ التنمية الاقتصادية الشاملة .

٢ ــ تحقيق العدالة الاجتماعية .

وتتم التنمية الاقتصادية عن طريق خلق قطاع عام قوي قادر على تحمل مسئولية تحقيق الخطة الاقتصادية ، وعلى اساس تعاون بين القطاع العام والقطاع الخاص في سبيل الوصول الى هذا الغرض .

ولكن ما هو حدود هذا التعاون بين القطاعين وما هو نطاق مسئولية كل منهما ؟

لم يصدر حتى الآن بيان شامل يوضح هذه الحدود في مختلف القطاعات الاقتصادية . ولكن صدر قرار من مجلس الوزراء في ١٣ محرم ١٣٩٠ هـ الموافق ٢١ مارس ١٩٧٠ م باصدار سياسة الحكومة في تنفيذ المشروعات الصناعية وقد جاء في مستهل هذا القرار :

« ان تحقيق اهداف التنمية الصناعية التي حددتها حكومة الثورة وهي بصدد اعداد ميزانية التنمية للعام المالي ١٩٧٠ / ١٩٧١ في ظل نظام للتخطيط الشامل اقتصادياً واجتماعياً وثقافياً يقتضي وضوح الرؤية فيما يتعلق بالدور الايجابي الذي يجب ان يقوم به كل من القطاع العام والقطاع الخاص في مجال التنمية الصناعية وذلك في ضوء الأسس والمبادىء التي ارساها الاعلان الدستوري ، وهذه المبادىء تقتضي ان يلعب القطاع العام دوراً اساسياً في مجال التنمية الصناعية مما دعا الى انشاء مؤسسة عامة للتصنيع ومركز للبحوث الصناعية ليؤديا دورهما كاملاً في هذا المجال . كما ان هذه المبادىء تترك الباب مفتوحاً امام القطاع

الخاص للمساهمة بجهده الكامل في هذا النشاط مما يدعو الى تقديم كل مساعدة ممكنة لهذا القطاع سواء كانت مادية او فنية للقيام بدوره في تحقيق التقدم المنشود ».

ثم بين القرار دور كل من القطاع العام والقطاع الخاص في تنفيذ المشروعات الصناعية ، وبين ان هذا الدور يختلف حسب طبيعة المشروع وحجمه مما يتطلب ان تصنف المشروعات الصناعية في مجال توضيح الدور الذي سيلعبه كل من القطاعين الى فئات تأخذ في الاعتبار الظروف المحلية السائدة في ج . ع . ل . وقد قسم القرار هذه المشروعات الى : —

١ ــ مشروعات كبيرة :

٦ ــ وهي التي تقوم على تصنيع الموارد الطبيعية الهامة مثل المواد الخام المعدنية والغاز الطبيعي والمواد البترولية في مصانع كبيرة لانتاج المواد الاساسية والوسيطة التي تدخل في صناعات اخرى .

وتقتضي طبيعة الامور ان تكون هذه المشروعات من مسئولية القطاع العام اساساً ، بحيث يبادر هذا القطاع باستكمال الدراسات الخاصة بكل مشروع منها واتخاذ الاجراءات اللازمة لتنفيذه ، ويجوز للجهة القائمة على المشروع ان تنشىء شركة لادارته وان تطرح اسهم الشركة في الاكتتاب العام بحيث يمكن للقطاع الخاص ان يساهم فيه عن طريق شراء هذه الاسهم كما يجوز ان يبدأ تنفيذ هذه المشروعات بطريق المشاركة مع القطاع الخاص . ولا يجوز ان تقل نسبة رأس المال العام في هذه الصناعات الاستيراتيجية عن ٥١٪ .

٢ ــ مشروعات متوسطة :

٧ ــ وهي المشروعات التي تقوم أساساً على تصنيع السلع المختلفة لسد حاجات السوق على مستوى الجمهورية او على مستوى منطقة كبيرة منها ، مثل تصنيع :

أ ــ المنتجات الزراعية .
ب ــ بعض مواد البناء .
ج ــ السلع المنتجة من مواد ومنتجات مصنعة محلياً اومستوردة من الخارج .

وسيسهم القطاع العام بدور فعال ومؤثر في تنفيذ هذه المشروعات وذلك بأن يبادر باستكمال الدراسة الخاصة بكل مشروع وتحديد برنامج زمني لخطوات تنفيذ المشروع ، وتنفيذ المشروعات التي لها اهمية صناعية خاصة والمشروعات التي لا يبدأ بها القطاع الخاص وتمويل هذه المشروعات بالكامل . والمشاركة في تمويل المشروعات التي يبدأ بها القطاع الخاص ويعجز عن تغطية التمويل اللازم لها لتغطية العجز في هذا التمويل متى كان في ذلك تحقيقاً لصالح عام. وسواء بدأ القطاع العام بتنفيذ المشروع او بدأ بذلك القطاع الخاص ، فان اشتراك القطاع العام في تمويل هذه المشروعات سوف لا يكون عن طريق الاقراض وانما يكون عن طريق المشاركة بين القطاعين في شركة مساهمة او اي شكل آخر من اشكال شركات الاموال حسبما تسفر عنه الدراسة الخاصة بكل مشروع . اما عن تحديد النسبة التي يمكن ان يساهم بها القطاع العام في المشروعات المتوسطة فانها ستتوقف على طبيعة المشروع واهميته للاقتصاد الوطني ، ولا يجوز ان تقل عن ٥١٪ في المشروعات الصناعية الاساسية او التي ترى الدولة ان لها اهمية خاصة بالنسبة للاقتصاد الوطني .

٣ ــ مشروعات صغيرة :

٨ ــ وهذه المشروعات يكون الغرض منها سد حاجة السوق من السلع الاستهلاكية في منطقة محدودة ويمتد نشاطها الى كثير من المجالات وتكون متعددة ومتفرقة في جميع انحاء البلاد . وتعتمد هذه المشروعات اساساً على الايدي العاملة والآلات الضخمة كما انها تحتاج الى رأس مال يمكن للقطاع الخاص ان يموله ذاتياً . ونظراً لأن المبادأة في نشوء الافكار المتعلقة بهذه المشروعات تكون عادة للقطاع الخاص فان القطاع العام سوف لا يقدم على هذه المشروعات

الا في الحالات التي يحجم فيها القطاع الخاص عن تنفيـــذ مشروع ضروري للاقتصاد الوطني وسيكون تشجيع هذه المشروعات التي يتقدم بها القطاع الخاص وتوافق عليها الجهة المختصة في الدولة عن طريق الاقراض من مؤسسات التمويل الصناعي في الدولة ويكون الاقراض في حدود ٥٠ ألف جنيه .

٤ ــ صناعات تقليدية وبيئية :

٩ ــ وهذه الصناعات سوف تجد الرعاية والدعم الكامل بتهيئة الموارد المالية للقائمين عليها وضمان طرق أفضل لتسويق انتاجهم وتقديم الخبرات الفنية المجانية لهم في اماكن تواجد هذه الصناعات نفسها .

١٠ ــ وقد كان ضرورياً والحال كذلك ان تقوم فوراً مؤسسة عامة هـــي المؤسسة الليبية العامة للتصنيع بموجب القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٠ الصادر في ٣٠ ذو الحجة ١٣٨٩ هـ الموافق ٨ مارس ١٩٧٠ ، وهي مؤسسة ذات شخصية اعتبارية وذمة مالية مستقلة وميزانية وادارة حسابات تسير على النمط التجاري والصناعي بعيدة عن الروتين الحكومي والقيود الادارية الموجودة في اجهزة التنفيذ الحكومية .

وتعتبر هذه المؤسسة هي الجهاز الرئيسي في تنفيذ خطة التنمية في هذا المجال واتخاذ الاجراءات اللازمة لاقرار المشروعات ثم العمل على تنفيذها سواء مباشرة او بالاشتراك مع الغير مع ما يتبع ذلك من تجهيز الادارات اللازمة للمشروعات سواء في شكل ادارات مستقلة او شركات تقوم على امر هذه الادارة بالطرق التجارية والصناعية وذلك كله على النحو المبين تفصيلاً في قانون انشاء هـــذه المؤسسة . وتنفيذاً للقانون الصادر بانشاء هذه المؤسسة صدر القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٧٠ في ١٥ ربيع الاول ١٣٩٠ هـ الموافق ٢١ مايو ١٩٧٠ م بانهاء مشاركة الشريك الاجنبي في شركة منبع بن غشير المساهمة على ان تؤول الى مؤسسة التصنيع جميع اسهم الحكومة والشريك المذكور في الشركة وكذلك ملكية مصنع

المياه المعدنية الخاص بالشركة وكافة ممتلكاتها الثابتة والمنقولة وتتولى المؤسسة ادارة المشروع واستغلاله . كذلك صدر قرار من مجلس الوزراء في ٦ ربيع الثاني ١٣٩٠ هـ الموافق ١١ يونيو ١٩٧٠ وقيام المؤسسة الليبية العامة للتصنيع بانشاء شركة مساهمة للأدوية بالاشتراك مع شركة فارما : ايطاليا وبعض الشركات من القطاع الخاص الليبي على ان تكون حصة المؤسسة في رأس المال ٣١٪ .

وفي المجالات الاقتصادية الاخرى غير مجال الصناعة ، صدرت عدة قوانين مختلفة تم بمقتضاها انشاء مشروعات عامة او شبه عامة وذلك على النحو الآتي :

أولا : في مجال المال :

١١ ـ كانت المادة ٥٣ من القانون رقم ٤ لسنة ١٩٦٣ تنص على انه يجب ان تتخذ البنوك التي يكون مركزها الرئيسي في ليبيا شكل الشركات المساهمة الليبية وان يكون ٥١٪ من رأس مالها على الاقل مملوكاً لليبيين .

وعلى ذلك كانت العمليات المصرفية في ليبيا تباشر اما بواسطة مصارف تتخذ شكل شركة مساهمة ليبية متى كان مركزها الرئيسي في ليبيا او بواسطة فروع لبنوك اجنبية يوجد مركز ادارتها الرئيسي في الخارج ، وفي هذه الحالة يكون رأس مال الفرع اجنبياً بالكامل ولكن يشترط بالنسبة للفروع الاجنبية ووفقاً لنص المادة ٥٤ من القانون المذكور ان يكون رأس مال البنك المدفوع مليون جنيه ليبي على الاقل وان ينقل الى ليبيا ٥٠٠,٠٠٠ جنيه ليبي على الاقل تخصص كرأس مال لفرعه او فروعه فيها . وبتاريخ ٣ رمضان سنة ١٣٨٩ هـ الموافق ١٣ نوفمبر سنة ١٩٦٩ م اصدر مجلس قيادة الثورة قراراً نصت المادة الاولى منه على ان يجب ان تتخذ جميع المصارف التي تعمل في ج . ع . ل . شكل شركات مساهمة ليبية ويشترط ان تكون اسهم هذه الشركات جميعها اسمية

والا يقل المملوك منها لليبيين في اي وقت عن ٥١٪ على الاقل من رأس المال المدفوع وان تكون اغلبية اعضاء مجلس ادارتها من الليبيين من بينهم رئيس المجلس . وبمقتضى المادة الثانية تحول جميع فروع المصارف الاجنبية العاملة في البلاد الى شركات مساهمة ليبية (اي يكون مركز ادارتها الرئيسي في ليبيا) وتملك الحكومة في كل منها ٥١٪ من رأس مالها على الاقل ويحدد رأس مال كل شركة بقيمة المبلغ المودع كرأس مال والمعتمد في ج . ع . ل . لفرع المصرف الاجنبي الذي حلت الشركة محله ويقسم الى اسهم متساوية يحدد عددها وقيمة كل سهم في النظام الاساسي للشركة .

وتنفيذاً لهذا القرار صدر على سبيل المثال قرار وزير الخزانة باعتماد النظام الاساسي لمصرف الامة (الذي حل محل فرع بنك روما) في ٨ ربيع الاول ١٣٩٠ هـ الموافق ١٤ مايو سنة ١٩٧٠ م ونص النظام على ان تتقاسم الحكومة الجمهورية العربية الليبية ومصرف روما « شركة مساهمة ايطالية » اسهم الشركة على النحو الآتي : ٢٥,٥٠٠ سهم تمثل ٥١٪ من رأس المال لحكومة ج . ع . ل.

٢٤,٥٠٠ سهم تمثل ٤٩٪ من رأس المال لمصرف روما . وكذلك نفس الشيء بالنسبة لفروع المصارف الاجنبية الاخرى اي ان هذه الفروع تحولت الى مشروعات شبه عامة تساهم الحكومة فيها بنسبة ٥١٪ من رأس المال .

وفي ٢٨ ربيع اول ١٣٨٩ هـ الموافق ٣ يونيو ١٩٧٠م صدر القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ بنقل ملكية بعض اسهم مصرف الجمهورية (باركليز سابقاً) الى الحكومة اذ نصت المادة الاولى على ان تؤول الى الحكومة ملكية الاسهم المملوكة لباركليز بنك دي سي او في رأس مال مصرف الجمهورية وتؤدي الحكومة الى المصرف المذكور مقابل هذه الاسهم نقداً ، ويستمر هذا المصرف في اعماله كشركة مساهمة ليبية . وبموجب هذا القانون تحول مصرف الجمهورية الى مشروع عام تملك الدولة رأس ماله بالكامل .

وفي ١٨ جمادي الاول ١٣٩٠ هـ الموافق ٢١ يوليو ١٩٧٠ م صدر قرار مجلس الثورة باسترداد الشعب لاملاكه المغصوبة من الطليان ولكن هذا القرار كان قاصراً على استرداد الاملاك العقارية ، لذلك صدر قرار مجلس الثورة في ٢٦ جمادي الاولى ١٣٩٠ هـ الموافق ٢٩ يوليو ١٩٧٠ م بتحديد نطاق الاموال المستردة من الطليان ونصت المادة الاولى على ان تشمل الأموال المستردة المصانع والورش والشركات والمنشآت التجارية او الصناعية التي يتجاوز رأسمالها خمسة آلاف جنيه او الحصص المملوكة للطليان في هذه الشركات والمنشآت وتسري على هذه الاموال سائر احكام القرار المذكور وبموجب هذا القرار اصبح مصرف الأمة مشروعاً عاماً . واخيراً اصدر مجلس قيادة الثورة قانوناً بتاريخ ٢٤ شوال ١٣٩٠ هـ الموافق ٢٢ ديسمبر ١٩٧٠ م تحولت بمقتضاه كل المصارف التي كانت في بادىء الامر فروعاً لمصارف اجنبية ثم تحولت الى مشروعات شبه عامة تساهم الدولة فيها بنسبة ٥١٪ بموجب قرار مجلس الثورة الصادر في ١٣ نوفمبر ١٩٦٩ تحولت الى مشروعات عامة مملوكة للدولة ملكية كاملة ، اذ نصت المادة الاولى من القانون الجديد على ان يحظر على الشركات التجارية غير المملوكة بالكامل لليبيين مزاولة الاعمال المصرفية وتؤول الى الدولة ملكية الاسهم التي يملكها غير الليبيين في رؤوس اموال المصارف العاملة في الجمهورية العربية الليبية. وتطبيقاً لذلك نصت المادة الرابعة من هذا القانون على ان تفصل عن مصرف ليبيا ادارة العمليات التجارية وتدمج مع كل من مصرف العروبة (البنك العربي سابقاً) ومصرف الاستقلال في شركة مساهمة مملوكة للدولة بالكامل تسمى المصرف التجاري الوطني. ويمثل الدولة في ملكية الاسهم التي آلت اليها مصرف ليبيا كما تنقل الى هذا المصرف ملكية رؤوس اموال المصارف المملوكة بأكملها للدولة والاسهم المملوكة لها في مصرف الصحارى (المادة السابعة) اما المصارف الاخرى التي كانت تتخذ شكل شركات مساهمة ليبية منذ البداية، فقد نصت المادة الثامنة من القانون الجديد على تحويلها الى مشروعات شبه عامة اذ لا

بد وفقاً لهذه المادة ان يملك مصرف ليبيا مقدار ٥١٪ من رأس مالها . وجاء في المذكرة الايضاحية لهذا القانون ان قطاع المصارف كان من اول ما وجهت اليه حكومة الثورة اهتمامها لما لها من دور فعال واثر كبير في توجيه الاقتصاد الوطني مما يقتضي ان تتجه اعمال هذه المصارف لما يحقق المصلحة العامة وان تسير في طريق تحقيق اهداف الدولة والمعاونة على تنفيذ خططها الانمائية .

وفي مجال شركات التأمين فقد اصدر مجلس قيادة الثورة قانوناً في ٢٤ شوال سنة ١٣٩٠ هـ الموافق ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٧٠ م بتحويل هذه الشركات الى مشروعات شبه عامة بحيث تمتلك الحكومة ٦٠٪ على الاقل من رأس مال اية شركة تزاول عمليات التأمين في الجمهورية العربية الليبية وتؤول الى الحكومة ملكية هذه النسبة وفقاً للطريقة التي يحددها وزير الاقتصاد بقرار يصدر منه يحدد كيفية تخفيض حصة كل مساهم على ان تكون حصة رأس المال الاجنبي كاملة هي أول حصة تؤول الى الدولة بمقتضى احكام هذا القانون . ويسري هذا الحكم عند انشاء اية شركة تأمين جديدة في ج . ع . ل . وجاء في المذكرة الايضاحية لهذا القانون ان التأمين يعتبر احد الضمانات الاساسية للاقتصاد القومي وان شركات التأمين هي الجهاز الفعال القادر على امتصاص جزء لا يستهان به من مدخرات الافراد وتوظيفه في اوجه الاستثمار المختلفة مما يؤدي بدوره الى زيادة الانتاج ومضاعفة في الدخل القومي . وضماناً لحسن توجيه المدخرات الوطنية نحو المشروعات الاقتصادية الداخلة في اطار الخطة العامة للتنمية الاقتصادية للدولة كان لا بد من صدور هذا القانون .

ثانياً : في مجال الإنتاج بصفة عامة :

١٢ ـ يجب ان تكون الهياكل الرئيسية لعمليات الانتاج المختلفة في نطاق الملكية العامة للشعب اي تحت سيطرة القطاع العام كالطرق والموانىء والمواصلات

السلكية واللاسلكية ووسائل النقل البري والبحري والجوي وطاقات القوى المحركة .

ولا شك ان هذا الوضع طبيعي في ظل نظام اشتراكي ، وتنفيذاً لذلك صدر القانون رقم ٨٢ لسنة ١٩٧٠ بتاريخ ٢٢ جمادي الاولى سنة ١٣٩٠ هـ الموافق ٢٥ يوليو سنة ١٩٧٠ م بانشاء المؤسسة الليبية العامة للموانىء والمنائر وهي مؤسسة لها الشخصية الاعتبارية وتقوم بالمشاركة في تنمية الاقتصاد القومي وتعمل على تحقيق اهداف خطة التنمية وتمارس نشاطها عن طريق الادارات والمنشآت والشركات التابعة لها ، ومن حق هذه المؤسسة ان تنشىء منشآت او شركات بمفردها او مع شريك او شركاء آخرين على الا تقل مساهمتها في اية شركة مساهمة عن ٥١٪ من رأس المال ومن بين ما تختص هذه المؤسسة به انشاء وصيانة الموانىء والمنائر وعلاقات الارشاد وحفر وتطهير وتعميق الموانيء والممرات الملاحية وارشاد السفن عند دخولها الموانىء وخروجها منها وشحن وتفريغ ومناولة البضائع الصادرة والعابرة والواردة وتخزينها .

كذلك صدر القانون رقم ٨٣ لسنة ١٩٧٠ في نفس تاريخ القانون السابق بانشاء المؤسسة العامة للبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية وهي مؤسسة لها الشخصية الاعتبارية وتقوم باختصاصات متعددة بقصد تنفيذ السياسة العامة للدولة في مجال الخدمات البريدية والمواصلات السلكية واللاسلكية وتعمل في حدود نشاطها على تحقيق اهداف خطة التنمية في هذه المجالات .

وبتاريخ ٢٥ جمادي الاولى سنة ١٣٩٠ هـ الموافق ٢٨ يوليو ١٩٧٠ م صدر القانون رقم ٨٦ لسنة ١٩٧٠ بانشاء المؤسسة الليبية العامة للنقل البحري وهي مؤسسة تتمتع بالشخصية المعنوية وتختص بتنفيذ السياسة العامة للدولة في مجال النقل البحري وتعمل في حدود نشاطها على تنمية الاقتصاد القومي وتحقيق اهداف خطة التنمية فتقوم بالاشراف على النشاط البحري التجاري والانشطة

المرتبطة به وتنميتها وتطويرها بما يحقق المصلحة العامة .

وأخيراً صدر القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٧٠ بتاريخ ١١ جمادى الثانية ١٣٩٠هـ الموافق ١٣ اغسطس ١٩٧٠ م بانشاء المؤسسة العامة للكهرباء وهي مؤسسة لها الشخصية الاعتبارية وتقوم على تقديم خدمات الانارة والغاز للجمهور .

ثالثاً : في مجال التجارة :

١٣ ــ لم يصدر المشرع الليبي حتى الآن قوانين تتصل مباشرة بتحديد دور القطاع العام في مجال التجارة الخارجية او الداخلية . ولكنه انشأ الهيئة العامة للمعارض بمقتضى القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٧٠م الصادر في ٢٨ محرم ١٣٩٠هـ الموافق ٥ ابريل ١٩٧٠ م وهي هيئة تتمتع بالشخصية الاعتبارية ومن بين اغراضها عرض صورة حقيقية عن وضع الجمهورية العربية الليبية الاقتصادي في ميادين التجارة والصناعة والزراعة واظهار امكانياتها في التجارة الخارجية بغرض تشجيع التبادل الاقتصادي مع الدول الاخرى وافساح المجال امام المنتجين والمصدرين والمستوردين الليبيين والاجانب للاتصال المباشر وانشاء علاقات تجارية فيما بينهم .

ومن ناحية اخرى نقل المشرع الليبي الى نطاق القطاع العام عمليات استيراد وبيع وتوزيع المنتجات النفطية والمستوردة بما فيها الغاز المعبأ في اسطوانات اذ نصت المادة الاولى من القانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٧٠م الصادر في اول جمادى الاولى ١٣٩٠ هـ الموافق ٤ يوليو ١٩٧٠ م على ان يقصر هذا النشاط على المؤسسة الليبية الوطنية للنفط والتي يحكمها القانون رقم ٢٤ لسنة ١٩٧٠م كما نصت المادة الثانية على ان تؤول الى الدولة ملكية شركات ومنشآت التوزيع الآتية : ــ

أ ــ شركة السيل (مساهمية ليبية) .

ب ــ شل ليبيا ليمتد .

جـ ـ اسو استاندرد ليبيا (قسم التسويق) .

د ـ بترو ليبيا المساهمة .

هـ ـ اسو استاندرد للشرق الادنى (فرع ليبيا) .

على ان تظل الشركات والمنشآت السابقة محتفظة بشكلها القانوني وتستمر في مزاولة نشاطها وتتبع المؤسسة الليبية الوطنية للنفط .

رابعاً : في مجال الإسكان والمقاولات :

١٤ ـ بتاريخ ١٩ شوال ١٣٩٠هـ الموافق ١٧ ديسمبر ١٩٧٠م اصدر مجلس قيادة الثورة قانوناً بانشاء المؤسسة العامة للاسكان على ان تكون لها الشخصية الاعتبارية وتشارك في تنمية الاقتصاد القومي في قطـــاع الاسكان والتخطيط العمراني وتعتبر الجهاز الرئيسي في تنفيذخطة الدولة في هذا القطاع وتقوم على وجه الخصوص بالاشراف على تنفيذ مشروعات الاسكان والتخطيط العمراني واعمال تقسيم الاراضي المخصصة لتلك المشروعات وتزويدها بالمرافق وباقي الخدمات المصاحبة ومتابعة تقييم مشروعات الاسكان على مستوى التخطيط والتنفيذ .

كما اصدر مجلس الثورة بتاريخ ١٨ شوال ١٣٩٠ هـ الموافق ١٦ ديسمبر سنة ١٩٧٠ م قانوناً بتأسيس الشركة الوطنية العامة للمقاولات وهي شركة مساهمة ليبية غرضها القيام داخل الجمهورية وخارجها بأعمال المقاولات على اختلافها كانشاء المساكن والابنية العامة ومباشرة اعمال الهندسة المدنية مثل انشاء الطرق والكباري والجسور والسدود والموانىء وشبكات المياه والمجاري والاعمـــال الميكانيكية والكهربائية . ويجوز للشركة مباشرة عمليات الاستيراد والتصدير وغيرها من الاعمال التجارية والصناعية المرتبطة بغرضها ، ولها في سبيل تحقيق اغراضها ان تشترك بأي وجه من الوجوه مع غيرها من الهيئات التي تزاول اعمالاً شبيهة

بأعمالها ويجوز لها ان تكون مع المقاولين الوطنيين شركات مختلطة للمقاولات . وقد حدد رأس مال هذه الشركة بمبلغ مليوني جنيه مقسمة الى مائة ألف سهم مملوكة كلها للحكومة وقيمة كل منها عشرون جنيهاً وتكتتب فيها الحكومة وتدفعها بالكامل .

خامساً : في مجال الزراعة :

١٥ ــ صدر القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٧٠ بتاريخ ١٢ جمادى الاولى لسنة ١٣٩٠هـ الموافق ١٥ يوليو سنة ١٩٧٠ م بانشاء المؤسسة العامة للاصلاح الزراعي وتعمير الاراضي وهي مؤسسة تتمتع بالشخصية الاعتبارية وتقوم بالمساهمة في تنمية الاقتصاد القومي في قطاع الاصلاح الزراعي وتعمير الاراضي بكافة مجالاته ولها في سبيل ذلك ادارة وتنمية الاراضي الزراعية المملوكة للدولة في كافة انحاء الجمهورية وحصر الاراضي البور القابلة للاصلاح ورسم السياسة العامة لاستصلاحها وزراعتها وتعميرها والقيام بتوزيع الاراضي الزراعية المناسبة لزراعة الاراضي واستثمارها بطريقة اقتصادية والاشراف على الجمعيات التعاونية الزراعية .

القسم الثاني

نظرية المشروع العام

تعريف :

١٦ – يتضح لنا مما تقدم ان المشروع العام هو الوسيلة الفنية التي تباشر بها الدولة نشاطها الاقتصادي بقصد تنمية الاقتصاد القومي ، وهذه الوسيلة وان اختلفت اشكالها الا انها تندرج تحت فكرة واحدة هي فكرة المشروع العام. وقد اقترح الفقهاء عدة تعريفات للمشروع العام ، حاولوا من خلالها جمع شتات عناصره وبيان الصفات المميزة له . ويمكننا ان نعرف المشروع العام بأنه : « تنظيم يتمتع بالشخصية المعنوية تمده الدولة برأس ماله بقصد استثماره في نشاط اقتصادي ويتبع هذا المشروع اساساً طريقة الادارة الخاصة » .

خصائص المشروع العام :

١٧ – ويبين من التعريف السابق للمشروع العام انه يتميز بالخصائص الآتية :

١ – يتمتع المشروع العام بشخصية معنوية مستقلة عن شخصية الدولة ،

ويبين لنا من استقراء نصوص التشريعات السابقة ان هذا هو ما اعترف بـه المشرع الليبي وان كنا نلاحظ ان كل مشروع عام انما يتبع الوزير الذي يدخل اختصاصه في نطاق نشاط المشروع . ولكن هذه التبعية في الواقع ليست سوى تبعية رقابة ، فالوزير المختص هو الذي يصدق على قرارات مجلس ادارة المشروع حتى تعتبر نافذة وله حق الاعتراض عليها – ونرى انه في المشروعات التي يتولى الوزير المختص رئاسة مجلس ادارتها الا يكون له حق التصديق او الاعتراض على قراراتها اذ تكفي الرقابة السابقة في هذا الشأن وألا حاجة الى الرقابة اللاحقة[1] .

ويترتب على ثبوت الشخصية المعنوية المستقلة للمشروع الاعتراف بذمة مالية مستقلة له بحيث يتعين الفصل بين اموال الدولة وذمة المشروع العام ، وحتى يعتمد المشروع على ارباحه وموارده في تطوير نشاطه دون الاعتماد على مالية الدولة ، وذلك عن طريق التمويل الذاتي. كما يترتب على استقلال الذمة المالية للمشروع من ناحية اخرى استقلال ميزانيته عن ميزانية الدولة .

٢ – لما كان النشاط الذي يقوم به المشروع العام يعتبر نشاطاً اقتصادياً ، فليس ثمة ما يمنع المشروع من ان يهدف الى تحقيق ربح مادي دون ان يتنافى ذلك مع صفته العامة . وينكر البعض بشدة فكرة سعي المشروع العام الى تحقيق ربح مناسب ، تأسيساً على ان دافع الربح من سمات المشروع الرأسمالي. على انه لا تعارض بين الصفة العامة للمشروع وبين سعيه لتحقيق الربح ، اذ تختلف فكرة تخصيص الربح في المشروع العام عنها في المشروع الخاص ،

---

(١) قارن مع ذلك أحكام القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٠ بانشاء المؤسسة الليبية العامة للتصنيع ، اذ تقضي المادة العاشرة بأنه يشكل مجلس إدارة المؤسسة برئاسة وزير الصناعة ، وهو السلطة التي تتولى ادارة المؤسسة .

ومع ذلك فإن المادة ١٧ تقضي بأنه يجب على المؤسسة تبليغ وزير الصناعة بقرارات مجلس الإدارة في بعض المسائل الهامة وتخضع هذه القرارات لتصديق الوزير ، في الوقت الذي اتخذ مجلس الإدارة هذه القرارات برئاسة وزير الصناعة .

فيستخدم المشروع العام ارباحه في تحسين الخدمات او السلع التي يقدمها للجمهور او تخفيض ما يتقاضاه من مقابل نظير ذلك ، كما قد يخصص المشروع العام نسبة من ارباحه لتوزيعها على العاملين فيه .

٣ ــ لما كانت للمشروع العام ذمة مالية مستقلة عن ذمة الدولة، فان هذا يستتبع وجوب الاعتراف للمشروع بحق ملكية رأس ماله ، على ان هذا الحكم ليس واحداً في جميع الدول ففي الاتحاد السوفيتي ومعظم دول شرق اوروبا الاشتراكية نجد ان الفكرة السائدة هي ملكية الشعب للمشروعات العامة وبالتالي فان الدولة تقدم الى هذه المشروعات اموال الانتاج كالآلات وغيرها على سبيل الانتفاع ولكنها تظل باقية على ملك الدولة ، اما اموال التشغيل والارباح التي يحققها المشروع والسلع التي ينتجها فانها تكون مملوكة للمشروع ،وتتركب الذمة المالية له من هذه الاموال .

وفي يوغوسلافيا فانه بعد اعلان دستور سنة ١٩٦٣ الذي طبق فكرة الهيئات الشعبية صدر قانون خاص بالمشروعات سنة ١٩٦٥ ، جعل من المشروع العام تجربة متميزة فيها فان رأسمال المشروع يعتبر مملوكاً له وليس للدولة اي حق ملكية عليه كما انها لا تملك التصرف في رأس المال ولا تلتزم بتمويل المشروع ، كما ان ارباحه ليست من حقها . وتتكون مصادر المشروع عن طريق العمليات التي يباشرها ، كما يستطيع ان يحصل على هذه المصادر على اساس الائتمان ، وتكون اموال المشروع مملوكة ملكية جماعية[٢] .

ونرى ان ملكية المشروع العام في ليبيا لرأس ماله يجب ان تكون للمشروع نفسه تأسيساً على ان الاعلان الدستوري قد انشأ الملكية العامة للشعب وليست الدولة سوى ممثلة للشعب في ممارسة هذه الملكية . والدولة عندما تنشىء مشروعاً عاماً

---

(٢) انظر نصوص القانون المشار إليها في مجموعة القوانين اليوغوسلافية ، ح ١٣ ، طبعة معهد القانون المقارن ببلغراد ، سنة ١٩٦٦ بعنوان : Laws of enterprises and Institutions

ابتداء فانها تنص في قانون انشائه على ان موارده تتكون مما تخصصه الدولة له سنوياً وما يؤول اليه من ارباح نتيجة نشاطه ، بالاضافة الى الايرادات الناتجة عن الاعمال والخدمات التي يؤديها ، وما يعقده من قروض . اما المشروعات العامة التي تنشأ عن التأميم لمشروع خاص فان عملية التأميم تتم على مرحلتين مرتبطتين الاولى هي نزع ملكية المشروع الخاص ونقلها الى الدولة . والثانية هي انشاء الدولة لمشروع جديد هو المشروع العام يتمتع بشخصية معنوية جديدة (٣) وله، بالتالي ذمة مالية مختلفة عن ذمة المشروع السابق وعلى ذلك يعتبر هذا المشروع مالكاً لرأس ماله. ويؤكد ذلك النص في قانون تأميم شركات ومنشآت توزيع المنتجات النفطية على ان تحل المؤسسة الليبية للنفط محل الشركات والمنشآت التي اممت فيما لها من حقوق وما عليها من التزامات على الا نسأل عن الالتزامات السابقة الا في حدود ما آل الى الدولة من اموالها وحقوقها وموجوداتها على ان تستنزل قيمة هذه الديون من قيمة التعويض الذي يستحق لاصحاب الشأن في هذه الشركات والمنشآت . فلو ان ذمة المشروع الخاص الذي تم تأميمه قائمة او انتقلت ملكية رأسمال هذا المشروع الى الدولة لالتزمت بجميع ديون المشروع وليس فقط في حدود ما آل من اموال الى المشروع العام ، فالمشروع العام الجديد لا الدولة يعتبر هو المالك لامواله . ولا يغير من هذا الحكم ما ينص عليه بعض التشريعات المنشئة للمشروعات العامة من ان الدولة قد تخصص اعتماداً للمشروع العام او انها قد تتولى سد ما قد يطرأ على ميزانية المشروع من عجز اثناء السنة المالية ، لان الدولة تمارس في هذه المرحلة دور الوصاية على المشروعات العامة وهو دور لازم في بداية تكوين قطاع عام قوي يستطيع ان يتحمل عبء التنمية الاقتصادية في المجتمع .

---

(٣) عكس ذلك أستاذنا الدكتور محسن شفيق في مؤلفه الموجز في القانون التجاري ، ح ١ ١٩٦٦ – ١٩٦٧ ، رقم ٣٤٤ ص ٣١٨ . حيث يرى أن شخصية المشروع قبل التأميم تبقى له وتمتد في صورته الجديدة بعد التأميم .

٤ – يقوم المشروع العام بنشاط اقتصادي ويلاحظ ان طبيعة هذا النشاط هو الذي يمنح المشروع العام طابعه الخاص اذ انه يقوم في صورته الغالبة – بنشاط مماثل للنشاط الخاص رغم توافر الصفة العامة للمشروع ، من ذلك ما نراه في ليبيا من قيام شركات عامة بأعمال المصارف واعمال المقاولات وتوزيع المنتجات النفطية واستيرادها وقيام مؤسسة عامة بأعمال النقل البحري واخرى بأعمال النقل الجوي .

٥ – يتبع المشروع العام في معظم صوره اسلوب ادارة المشروعات الخاصة وعلى ذلك تتبع المشروعات العامة الوسائل التجارية في ادارتها متحررة من نظم الادارة العامة ، والحكمة من ذلك ان اسلوب الادارة الخاصة هو الذي يتفق مع طبيعة النشاط الذي يقوم به المشروع العام ، حتى يتمكن المشروع من تحقيق اغراضه في تعامله مع الجمهور والحصول على الفائض الذي يستخدم في تحسين انتاجه . كما انه من المرغوب فيه الا يشعر الجمهور الذي يتعامل مع المشروع بأي تغيير يطرأ على اسلوب ادارته .

وقد اكدت هذا المعنى التشريعات الصادرة بانشاء المشروعات العامة سواء ابتداء او عن طريق تأميم مشروعات خاصة . وهذا هو ما نص عليه مثلاً قانون انشاء المؤسسة الليبية العامة للنقل البحري وقانون انشاء الشركة الوطنية العامة للمقاولات وقانون تأميم شركات توزيع المنتجات النفطية[٤] .

اشكال المشروع العام :–

١٨ – يتضح لنا من استعراض التشريعات الصادرة بانشاء المشروعات العامة

(٤) كما تقضي المادة الرابعة من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٠ بإنشاء مؤسسة التصنيع بأنه يقصد بالوحدات الانتاجية التابعة للمؤسسة الإدارات المستقلة أو الشركات التي تنشئها أو تشارك فيها المؤسسة لإدارة مشروع من المشروعات ، وتسرى بشأن هذه الشركات أحكام القانون التجاري فيما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون .

في ج .ع . ل . ان المشروع العام قد يتخذ فيها احد اشكال ثلاثة ، فاما ان يتخذ شكل هيئة عامة او شكل مؤسسة عامة او شكل شركة عامة .

التفرقة بين الهيئة العامة والمؤسسة العامة :ـ

١٩ ـ نرى ان المؤسسة العامة يمكن تعريفها بأنها مؤسسة لها شخصية اعتبارية تمارس نشاطاً صناعياً او تجارياً او زراعياً او مالياً او تعاونياً ، فالمؤسسة العامة شخص من اشخاص القانون العام يباشر نشاطاً من طبيعة اقتصادية . وقد تمارس المؤسسة العامة نشاطها اما بنفسها او بواسطة شركات او جمعيات تعاونية تخضع لاشرافها .

أما الهيئة العامة فهي هيئة تقوم على ادارة مرفق مما يقوم عـــلى مصلحة او خدمة عامة وتكون لها الشخصية الاعتبارية .

ويثور البحث حول التفرقة بين المؤسسة العامة والهيئة العامة من حيث نوع النشاط الذي تقوم به كل منهما ، ذلك ان المؤسسة العامة تقوم بنشاط اقتصادي بينما تدير الهيئة العامة مرفقاً يقوم على مصلحة او خدمة عامة ومع ذلك مـــن المقرر انه ليس ثمة ما يمنع الهيئة العامة من ان تباشر نشاطاً من طبيعة اقتصادية .

ونرى ان المؤسسة العامة تباشر نشاطاً اقتصادياً من نوع النشاط الخاص رأت الدولة ان تقوم به بنفسها لاتساع دورها في هذا المجال . أما الهيئة العامة فهي في الغالب الاعم مصالح « عامة » حكومية منحها المشرع الشخصية المعنوية المستقلة فالهيئة العامة تقوم اصلاً بخدمة عامة ولا تقوم بنشاط من نوع النشاط الذي يقوم به الافراد كالمؤسسة العامة ، اذ ان الاصل هو قيام الدولة بالخدمات العامة ، الا انه رؤي في النظام الاشتراكي ان يعهد ببعضها الى هيئات مستقلة لما يمتاز به هذا النظام من مرونة في الادارة . وعلى ذلك فحيث يكون الغرض الاساسي القيام بخدمة عامة فاننا نكون بصدد هيئة عامة ولو كانت الخدمة التي تؤديها الهيئة

لها طبيعة تجارية (٥).

ولم يضع المشرع الليبي حتى الآن تشريعاً عاماً بحكم الهيئات العامة بصفة مستقلة وآخر يحكم المؤسسات العامة وبحيث يضع تعريفاً واضحاً لكل منهما او على الاقل معياراً مميزاً بينهما . ولكنه اصدر تشريعاً بانشاء الهيئة العامة للمعارض وهو القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٧٠ كما اصدر تشريعاً بانشاء الهيئة العامة للسياحة وهو القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٧٠ . ثم صدرت عدة تشريعات بانشاء مؤسسات مختلفة على النحو الذي عرضنا له فيما تقدم . ومن خلال مقارنة هذه التشريعات يتضح لنا ان المشرع الليبي اراد ان يغاير بين شكلين للمشروع العام ، من حيث اسلوب الادارة والنظام القانوني منهما ، اذ بينما تقوم المؤسسة العامة بنشاط اقتصادي مماثل لنشاط الافراد وقد تكون في مجال منافسة معه فان الهيئة العامة تحتكر تقديم الخدمة العامة التي هي اصلاً من صميم وظيفة الدولة ولكنها رأت ان تعهد بهذه الخدمة الى هيئة مستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية لتيسير ادارتها ولو كانت هذه الخدمة من طبيعة تجارية .

ومع ذلك نلاحظ ان المشرع قد يستعمل احياناً اصطلاح المؤسسة العامة على بعض التنظيمات التي تعد في حقيقتها هيئات عامة سواء من حيث طريقة ادارتها او من حيث النظام القانوني الذي تخضع له ونذكر على سبيل المثال المؤسسة العامة للاصلاح الزراعي وتعمير الاراضي والمؤسسة العامة للبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية والمؤسسة العامة للكهرباء .

---

(٥) قلنا بهذه التفرقة قبل ذلك في مؤلفنا محاضرات في القانون التجاري ، القاهرة ١٩٦٦ ، القسم الثالث من المؤلف .

وانظر أيضاً تقريراً لنا بعنوان « النشاط التجاري للمشروعات العامة » قدم إلى المؤتمر القانوني الأول لكليات الحقوق بالجمهورية العربية المتحدة والمنعقد في الاسكندرية في ١٤ ابريل سنة ١٩٦٦ ، وقد نشر هذا التقرير في مجلة الحقوق الصادرة عن جامعة الاسكندرية سنة ١٩٦٧ .

الشركة العامة :ـ

تنشأ هذه الشركات اما عن طريق تأميم شركة مساهمة خاصة قائمة وتملك الدولة لجميع اسهمها والحاقها بمؤسسة عامة تبعاً لنوع النشاط الذي تقوم به ، كما حدث عند تأميم شركات توزيع المنتجات النفطية والحاقها بالمؤسسة الليبية الوطنيـــة للنفط ، وتأميم بعض المصارف والحاقهـــا بمصرف ليبيا الذي يباشر دور الرقابة والاشراف عليها . واما ان تنشأ الشركة العامة بداءة بواسطة الدولة اوبواسطة مؤسسة عامة كما هو الحال عند انشاء الشركة الوطنية العامة للمقاولات.

ويلاحظ ان المشروع يحتفظ بشكل الشركة حتى في الفرض الذي تنفرد فيه الدولة او المؤسسة العامة بتأسيسه ولا يعد هذا اخذاً من المشرع الليبي بنظام شركة الشخص الواحد التي يعرفها القانونان الانجليزي والالماني[٦] ، لان الشركـــة الاخيرة تقوم على فكرة تخصيص الذمة المالية التي لا يعرفها القانون الليبي ولكن تعد الشركة العامة وضعاً استثنائياً اجازة المشرع رغبة منه في الاحتفاظ بوصف الشركة بالنسبة للمشروع العام برغم عدم قيام عقد وذلك حتى تتبع الشركة العامة نفس اسلوب شركات المساهمة الخاصة سواء من حيث طريقة الادارة او التعامل مع الغير . ويقوم مجلس ادارة المؤسسة بمباشرة الاختصاصات التي يعهد بها القانون الى الجمعية العمومية للمساهمين (المادة ٧ من قانون تأميـــم المصارف ، والمادة ٩ من القانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٧٠ بتأميم شركات توزيع المنتجات النفطية) .

---

(٦) ويرى الدكتور غريب الجمال في مؤلفه من القطاع العام ١٩٦٦ بند ٢٨٩ أن القانون المصري أراد أن يأخذ بنظام شركة الشخص الواحد عندما احتفظ للمشروع بشكل الشركة حتى في الفرض الذي تنفرد فيه المؤسسة العامة بتأسيسه .

أما الشركـــة الوطنية العامة للمقاولات وهي لا تتبع مؤسسة عامة حتى الآن فقد نصت المادة ٨ من قانون انشائها على ان يكون لمجلس ادارة الشركة منعقداً برئاسة وزير الاسكان والمرافق سلطة الجمعية العمومية للمساهمين المقررة بالنسبة الى الشركة المساهمة وتعتبر قرارات الجمعية العمومية بتشكيلها السابق نافذة من تاريخ صدورها .

القسم الثالث

النظام القانوني للمشروع العام

٢١ ــ يثير تحديد النظام القانوني للمشروع العام صعوبة خاصة مبعثها ان المشروع العام يتنازعه تياران ، فهو مشروع له صفة عامة من ناحية ، ويقوم بنشاط اقتصادي يكون في غالب الاحيان تجارياً من ناحية اخرى ، اي من نفس نوع النشاط الذي يقوم به الافراد . فهل نغلب التيار الأول بحيث يخضع المشروع العام لنظام مشتق من قواعد القانون العام ام نغلب التيار الثاني ويخضع لنظام مشتق من قواعد القانون الخاص ؟ ام انه يخضع لنظام قانوني خاص يجمع بين قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص .

نرى ان تحديد النظام القانوني للمشروع العام يتوقف على الشكل الذي يتخذه المشروع من ناحية والنصوص التي تنشىء المشروع من ناحية اخرى .

ونعرض فيما يلي لاهم الجوانب القانونية للمشروع العام .

أولاً : نظام العاملين :

٢٢ ــ تنص المادة ١٣ من القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٧٠ بانشاء الهيئة العامة للمعارض والمادة ١٤ من القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٧٠ بانشاء الهيئة العامة للسياحة على ان تسري على موظفي كل هيئة احكام قانون الخدمة المدنية واللوائح الصادرة بمقتضاه . كذلك تنص المادة ٢٣ من القانون رقم ٨٣ لسنة ١٩٧٠ بانشاء المؤسسة العامة للبريد بأن ينقل اليها جميع موظفي وعمال الادارة العامة للبريد بنفس مرتباتهم واوضاعهم وتظل سارية بشأنهم احكام قانون الخدمة المدنية واللوائح الصادرة بمقتضاه الى ان يتم اصدار اللوائح المنظمة لشئونهم . واخيراً تنص المادة ٢٠ من القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٧٠ بانشاء المؤسسة العامة للكهرباء على ان تسري على موظفي المؤسسة احكام قانون الخدمة المدنية واللوائح الصادرة بمقتضاه .

ومن النصوص السابقة يبين لنا ان العاملين في الهيئات العامة او المؤسسات العامة التي تعد بحسب طبيعة نشاطها هيئات عامة يعتبرون في مركز تنظيمي من مراكز القانون العام وبالتالي فانهم يخضعون لقانون الخدمة المدنية وهو القانون رقم ١٩ لسنة ١٩٦٤ واللوائح الصادرة بمقتضاه . وقد اكد هذا الحكم نص الفقرة الاخيرة من المادة الاولى من قانون العمل وهو القانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٧٠ حيث تقضي بأن قانون العمل لا يطبق على الموظفين المصنفين وغير المصنفين الذين يعملون بالحكومة والهيئات العامة وان كان يسري على عمال الحكومة والهيئات العامة ما لم يصدر بذلك لائحة خاصة من مجلس الوزراء .

أما بالنسبة للمؤسسات العامة فان التشريعات المنشئة لها نصت جميعها على ان تسري على موظفي وعمال المؤسسة القرارات التي يصدرها مجلس الادارة وذلك الى ان تصدر اللوائح المالية والادارية المنظمة لشئونهم ويبقى التساؤل قائماً بالنسبة لمركز العاملين في المؤسسات العامة هل هم في مركز تعاقدي خاص

ام في مركز تنظيمي عام ؟ وبالتالي عند نقص القرارات التي يصدرها مجلس الادارة او عدم صدور اللوائح المنظمة لشئونهم فهل تسري عليهم احكام قانون العمل ام احكام قانون الخدمة المدنية ؟ نرى ان العاملين في المؤسسات العامة يعتبرون في مركز تعاقدي من مراكز القانون الخاص ومن ثم يسري عليهم قانون العمل فيما لم يرد بشأنه نص خاص في اللوائح المنظمة لأوضاعهم . واما عن اشراك العاملين في ادارة المشروع العام فلم ترد في التشريعات المنشئة للمشروعات العامة سواء كانت هيئات عامة او مؤسسات عامة او شركات عامة نصوص تنظم اشراك العاملين في الادارة ، على ان المادة ١٣٦ من قانون العمل تنص على انه يجوز لنقابة العمال ان تنشىء لجنة نقابية لها في كل منشأة أو مؤسسة اذا كان عدد العمال المستخدمين فيها والمنضمين للنقابة لا يقل عن خمسين عاملاً وللجان النقابة في المنشآت والمؤسسات التي يصدر بها قرار من وزير العمل والشئون الاجتماعية انتخاب ممثلين عن العمال لتقديم المشورة ووجهة نظر العمال في ادارة المشروع وتحسين ظروف العمل به وذلك للرفع من مستوى الكفاية الانتاجية فيه . ويسري هذا النص بطبيعة الحال على المشروعات العامة . ولا شك ان هذه خطوة هامة حيث المبدأ ونجاح هذا التمثيل يتوقف على وعي العمال وادراكهم لمسئولياتهم في رفع الانتاج الى اقصى حد لتحقيق المصلحة العامة (٧) .

ثانياً : نظام الاموال :—

٢٣ — تعتبر اموال الهيئات العامة اموالاً عامة وتجري عليها القواعد والاحكام المتعلقة بالاموال العامة ما لم ينص على خلاف ذلك في القانون الصادر بانشاء الهيئة اما اموال المؤسسات العامة والشركات العامة فانها تعد اموالاً خاصة. وهذه التفرقة لم ترد بوضوح في نصوص التشريعات المنشئة للمشروعات العامة

---

(٧) الدكتور محمد عبد الخالق عمر في مؤلفه قانون العمل الليبي ١٩٧٠ ، ص ٨٠ .

في ليبيا عدا ما نصت عليه المادة ٢٨ من القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٧٠ بانشاء المؤسسة الاصلاح الزراعي من ان اموالها تعد اموالاً عامة وتحصل مستحقاتها بطريق الحجز الاداري وقد رأينا فيما سبق ان هذه المؤسسة تعد في حقيقتها هيئة عامة .

والتفرقة بين طبيعة اموال الهيئة العامة واموال المؤسسة العامة والشركة العامة هي تفرقة تقتضيها طبيعة النشاط الذي يقوم به كل شكل من اشكال المشروعات العامة، فالهيئة العامة تقوم على مرفق عام وتحتكر النشاط الذي تقدمه فلا يخشى من الصفة العامة لاموالها على التأثير على معاملاتها مع الغير ويكون من المصلحة ان تخرج اموالها عن دائرة التعامل لضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد . اما المؤسسة العامة والشركة العامة فانه من الحكمة ان تعتبر اموالها اموالاً خاصة لأن كلاً منهما يقوم بنشاط اقتصادي على قدم المساواة مع النشاط الخاص وقد تعتبر في مجال منافسة معه، ويتعين بالتالي ان تكون طبيعة اموالهما هي نفس طبيعة اموال المشروعات الخاصة بقصد تيسير الحصول على الائتمان اللازم لنشاطها واطمئنان المتعاملين معها الى امكان سهولة الحصول على حقوقهم . وقد نصت المادة ١١ من قانون تأسيس الشركة العامة للمقاولات على انه لا تسري بالنسبة لأموال الشركة القواعد والاجراءات المعمول بها في الحكومة .

ثالثاً : نظرية الاعمال التجارية :

٢٤ — هل تعتبر الاعمال التي يقوم بها المشروع العام اعمالاً تجارية وتخضع لاحكام القانون التجاري متى صدق على هذه الاعمال وصف التجارية وفقاً لنظرية الاعمال التجارية ؟

نعتقد انه لا شك في ذلك ولا يعترض على هذا النظر بأن المشروع العام لا يهدف الى الربح فقد رأينا خطأ هذا القول .

ويلاحظ ان المادة ١٤ من التقنين التجاري الصادر سنة ١٩٥٣ تقضي بأنه « لا تعد من التجار الدولة ودوائرها والبلديات وان قامت بمعاملات تجارية ، الا ان معاملاتها المذكورة تكون خاضعة لاحكام قانون التجارة » .

فاذا كان الامر كذلك قبل ظهور المشروع العام في شكله الحديث فلا جدال في صحة وصف اعمال المشروع العام بالتجارية بحيث يترتب على ذلك تطبيق جميع الآثار المترتبة على نظرية الاعمال التجارية وسواء في ذلك اتخذ المشروع شكل هيئة عامة او مؤسسة عامة او شركة عامة (٨) .

رابعاً ـ صفة التاجر :ـ

٢٥ ـ يثور التساؤل حول اكتساب المشروع العام لصفة التاجر متى احترف القيام بأعمال تجارية بحيث يترتب على ذلك جميع النتائج المترتبة على اكتساب هذه الصفة واهمها خضوع المشروع العام لالتزامات التاجر وجواز شهر افلاسه متى توقف عن دفع ديونه التجارية .

انكر الفقهاء فترة طويلة من الزمن اكتساب المشروع العام لصفة التاجر تأسيساً على ان الدولة لا يمكن ان تعتبر من التجار . ونرى ان المسألة تتوقف على الشكل الذي يتخذه المشروع العام . ولا خلاف في أن الشركة المساهمة العامة تكتسب هذه الصفة ولوكانت جميع اسهمها مملوكة لشخص عام ، اذ من المسلم به ان الشركة العامة تعتبر من اشخاص القانون الخاص .

ويدق الامر بالنسبة للمؤسسة العامة لانها تعتبر من اشخاص القانون العام برغم التسليم بامكان قيامها بنشاط تجاري . ونرى وجوب التفرقة بين المؤسسة العامة التي تباشر بنفسها النشاط الاقتصادي فانها تكتسب صفة التاجر متى

---

(٨) عكس ذلك مؤلف الدكتور غريب الجمال في القطاع العام ، رقم ٢٧٢ ، حيث يرى أن الهيئة العامة لا تمارس أعمالا تجارية .

احترفت القيام بالاعمال التجارية[٩] ، والمؤسسة العامة التي يقتصر دورها على الاشراف على الشركات التابعة لها وهذه لا تكتسب صفة التاجر لعدم توافر شروط اكتساب هذه الصفة في الحالة المذكورة .

أما الهيئة العامة فانها لما كانت تقوم على ادارة مرفق عام فانها لا تكتسب صفة التاجر ولو قامت بأعمال تجارية على وجه الاحتراف . وان كان هناك رأي يذهب الى عكس ذلك قائلاً انه لا تعارض بين صفة التاجر وفكرة المرفق العام[١٠] . الا اننا نتمسك مع ذلك بعدم إلحاق صفة التاجر بالهيئة العامة لانها تخضع تأسساً لنظام قانوني مشتق من قواعد القانون العام ، وتتمتع ببعض سلطات القانون العام (كسلطة تحصيل مستحقاتها عن طريق الحجز الاداري) كما تعتبر اموالها اموالاً عامة .

وترتيباً على ما تقدم فان المشروع العام متى اكتسب صفة التاجر فانه يلتزم بجميع التزامات التجار كوجوب القيد في السجل التجاري ، وان كان يحسن كما فعلت بعض الدول (يوغوسلافيا مثلاً) تنظيم سجل خاص لقيد المشروعات العامة فيه[١١] ، كما يلتزم بمسك الدفاتر التجارية ، ويؤكد ذلك مانصت عليه بعض التشريعات من وجوب قيام المؤسسة العامة باعداد ميزانية مستقلة تعد على نمط الميزانيات التجارية وحساب الارباح والخسائر (مثلاً المادة ١٦ من القانون رقم ٨٦ لسنة ١٩٧٠ بانشاء مؤسسة النقل البحري والمادة ٢١ من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٠ بانشاء مؤسسة التصنيع والمادة ٩ من قانون تأسيس الشركة العامة للمقاولات) .

---

(٩) وانظر في تأييد هذا الرأي أستاذنا الدكتور محسن شفيق في مؤلفه المشار إليه سابقاً ص ٣٢٤ .

(١٠) الدكتور أكثم الخولي في مؤلفه دروس في الشركات رقم ٢٦٤ .

(١١) انظر المواد ١٨٤ وما بعدها من القانون الأساسي اليوغوسلافي للمشروعات حيث تنظم قيد المشروعات العامة عن طريق سجل خاص تمسكه المحاكم الاقتصادية ، ص ٦٤ من المجموعة المشار اليها آنفاً .

كما يلزم المشروع بالضرائب التجارية وان كانت تنص التشريعات المنشئة للمشروعات العامة عادة على اعفائه من الضرائب والرسوم لمدة معينة (عشر سنوات في القانون الليبي) .

أما عن شهر الافلاس فانه وان كان جائزاً من الناحية النظرية الا ان الدولة تسارع دائماً الى سد العجز الذي يلحق ميزانية المشروع العام ويقوم بسداد ديونه متى عجز عن ذلك . ومع ذلك فانه من المرغوب فيه ان يتدخل المشرع لتنظيم هذا الوضع واخضاع المشروع العام لنظام التصفية متى عجز عن سداد ديونه ورأت الدولة عدم فائدته للتنمية الاقتصادية ، فيتم تقييم موجوداته وسداد ديونه قبل الغير وانهاء المشروع او ادماجه في مشروع آخر . وفكرة التصفية هي التي تتفق مع النظم الاشتراكية ولا تثير شبهة حول مركز المشروعات العامة (١٣) .

خاتمة

٢٦ – مجمل ما تقدم ان المشروع العام يباشر نشاطاً من طبيعة اقتصادية وانه قد يتخذ شكل هيئة عامة او مؤسسة عامة او شركة عامة. وتتبع المؤسسة العامة والشركة العامة اساساً نظام الادارة الخاصة وتخضع لنظام القانون الخاص ، اما الهيئة العامة فانها تتبع نظام الادارة العامة وتخضع لنظام القانون العام وان كان نشاطها يخضع لاحكام القانون التجاري متى كان نشاطاً من طبيعة تجارية .

٢٧ – على ان اهم ما نلفت اليه النظر في نهاية هذا البحث هو اتساع دائرة القانون التجاري بحيث أصبح يشمل النشاط الاقتصادي للدولة ، فلم يعد في الوقت

---

(١٢) وقد نصت على هذا الالتزام المادة ٢٤٤ من القانون اليوغوسلافي .

(١٣) وهذا هو النظام الذي أخذ به القانون اليوغوسلافي في المواد من ٢٦٨ إلى ٢٧٥ .

الحاضر قانون التجار او قانون المشروع الخاص وانما اصبح قانون النشـــاط الاقتصادي[١٤] . ومع ذلك فاننا نرى انه من الافضل ان تنظم المشروعات العامة على اختلاف انواعها بمقتضى تشريع واحد يحكمها ويتضمن المبادىء العامة التي تسيطر عليها والنظام القانوني التي تخضع له . ومتى رأى المشرع انه من المصلحة مخالفة بعض هذه القواعد فليس ثمة ما يمنعه من النص عـــلى ذلك في القرار الخاص الذي يصدر بانشاء المشروع العام . كما نرى أن المشرع الليبي عليه بعد اتساع دائرة القطاع العام أن يأخذ بنظام التحكيم بين المشروعات العامة بدلاً من اللجوء إلى القضاء لفض المنازعات بينها ، ويكفي القضاء ما لديه من منازعات الأفراد[١٥] .

---

(١٤) انظر مؤلف استاذنا الدكتور محسن شفيق المشار إليه آنفاً ، ص ٣٦ حيث يقول : « ان القانون التجاري لا يجتاز أزمة ولا يسير إلى فناء ولا يتعارض وجوده مع النظام الاشتراكي ، بل إن دائرته تزداد اتساعاً في كنف هذا النظام . ذلك لأن ضرورة القانون التجاري مرتبطة بضرورة التجارة ذاتها ، يوجد حيث توجد ولا ينبغي أن يزول إلا إذا زال التعامل التجاري ذاته » .

(١٥) ويرى زميلنا الدكتور محمد عبد الخالق عمر أن إنشاء نظام التحكيم ليس ضرورياً في ظل النظام الاشتراكي ، ويمكن علاج المشاكل المتعلقة بمنازعات القطاع العام دون اللجوء إلى نظام التحكيم بحيث تعرض على القضاء العادي مع ضم أعضاء فنيين لهم خبرة بالمشاكل الاقتصادية الى الدوائر التي تنظر هذه المنازعات ويرى أن خير دليل على ذلك أن بعض الدول الاشتراكية كيوغوسلافيا عدلت عن نظام التحكيم وأخذت بنظام المحاكم الاقتصادية .

انظر مقالا له بعنوان : نظام التحكيم في منازعات القطاع العام – دراسة مقارنة – مجلة القانون والاقتصاد ، السنة ٣٨ ، ص ٢٠٨ وما يليها .

و يلاحظ أن المادة ٢٠٦ من القانون الأساسي للمشروعات في يوغوسلافيا تنص على أن منازعات المشروعات العامة تعرض على المحاكم الدائمة للتحكيم وهي في طبيعتها أقرب إلى القضاء منها إلى التحكيم ، لأنها دوائر تابعة للمحاكم الاقتصادية .

تأميم الحصص الأجنبية في المصارف ومساهمة الدولة في شركات التأمين*

للدكتور خالد الشاوي
أستاذ مساعد بكلية الحقوق
بالجامعة الليبيـــة **

أصدر مجلس قيادة الثورة الليبي قانونين في يوم واحد ، أولاهما يقضي بتأميم الحصص الأجنبية في المصارف العاملة في ليبيا وإعادة تنظيم أشكالهـــا

---

* إستندنا في هذا البحث على القوانين المدرجة أدناه والتي سنشير الى أسمائها وتواريخها فقط داخل البحث تجنباً للتكرار والإعادة .

** محاضرة ألقيت ضمن الموسم الثقافي للجنة الثقافية بكلية الحقوق في العام الجامعي ١٩٧٠–١٩٧١ .

١ – قانون البنوك (المصارف) رقم ٢١١ لسنة ١٩٥٠ – الجريدة الرسمية – العدد رقم ٢٢ – ١٥ نوفمبر ١٩٥٠ .

٢ – قانون النقد الليبي – الجريدة الرسمية – العدد رقم ١ – ٢٤ اكتوبر ١٩٥١ .

٣ – القانون التجاري الليبي لسنة ١٩٥٣ .

٤ – قانون مراقبة النقد – الجريدة الرسمية – العدد رقم ٩ – أكتوبر ١٩٥٥ . وتعديله الصادر برقم ١١٩ لسنة ١٩٧٠ .

٥ – قانون إنشاء البنك الوطني الليبي رقم ٣٠ لسنة ١٩٥٥ – الجريدة الرسمية – العدد رقم ٥ – تاريخ ١٩٥٥ .

القانونية وتحديد مساهمة الليبيين فيها . وثانيهما يقضي بمساهمة الدولة الليبية بما لا يقل عن ٦٠٪ من أسهم شركات التأمين العاملة في ليبيا ، على ان تؤخذ هذه النسبة وتستوفى من الحصص الأجنبية أولاً ، وهو بالتـــالي يؤمم الحصص الأجنبية من الناحية الواقعية ويرمي الى إعادة تنظيم شركات التأمين وتحديد مساهمة الليبيين فيها أيضاً . وقد صدر القانونان في ٢٤ شوال سنة ١٣٩٠ هجرية الموافق ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٧٠ ميلادية .

لقد رمى المشرِّع الليبي من إصداره لهذين القانونين الى ثلاثة أهداف رئيسية :

---

٦ – قانون المصارف العام لسنة ١٩٥٨ .

٧ – قانون البنوك رقم ٤ لسنة ١٩٦٣ ، الجريدة الرسمية ، العدد رقم ٧ بتاريخ ١٩٦٣ .

٨ – قانون إنشاء البنك الصناعي العقاري سنة ١٩٦٥ .

٩ – قانون مساهمة الدولة في بعض المصارف لسنة ١٩٦٩ .

١٠ – قرار بتقرير بعض الأحكام الخاصة بالمصارف لسنة ١٩٦٩ ، الجريدة الرسمية ، العدد ٤٤ ، السنة السابعة . .

١١ – الإعلان الدستوري بتاريخ ١١ ديسمبر ١٩٦٩ الجريدة الرسمية ، عدد خاص ، السنة السابعة .

١٢ – قرار وزير المالية بتحديد الأسماء التجارية للمصارف الليبية بتاريخ ١٣ نوفمبر سنة ١٩٦٩ ، الجريدة الرسمية عدد ٤٤ السنة السابعة .

١٣ – قرار مجلس قيادة الثورة بشأن استعادة أموال الشعب المغتصبة من الطليان وتحديد الأموال المستردة ، بتاريخ ٢١ يوليو ١٩٧٠ و ٢٩ يوليو ١٩٧٠ .

١٤ – قانون بتقرير بعض الأحكام الخاصة بالتجار والشركات التجارية والإشراف عليها رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٠ .

١٥ – قانون بشأن الإشراف والرقابة على شركات التأمين رقم ١٣١ لسنة ١٩٧٠ .

١٦ – قانون تأميم الحصص الأجنبية في المصارف الصادر في ٢٤ شوال . ١٣٩٠ هـ الموافق ٢٢ ديسمبر ١٩٧٠ م ، جريدة الحقيقة العدد ١٦٣٥ ، الأربعاء ٢٣ ديسمبر ١٩٧٠ .

١٧ – قانون مساهمة الدولة في شركات التأمين الصادر في ٢٤ شوال ١٣٩٠ هـ الموافق ٢٢ ديسمبر ١٩٧٠ ، جريدة الحقيقة ، العدد ١٦٣٥ ، الأربعاء في ٢٣ ديسمبر ١٩٧٠ .

١٨ – لائحة العمليات التجارية ، الجريدة الرسمية العدد رقم ٧ بتاريخ ٢٣ يوليو ١٩٦٤ .

١٩ – البنك الزراعي الوطني الليبي ، الجريدة الرسمية ، العدد رقم ٧ بتاريخ ٣٠ أغسطس ١٩٥٥ .

هي الهدف السياسي والهدف الإقتصادي والهدف الإجتماعي وصبها في وعاء قانوني احتوته مواد القانونين المذكورين .

أما الهدف السياسي فأمره واضح من نهج الدولة المعلن في تحقيق الإشتراكية العربية وإقامة مجتمع الكفاية والعدل ، وقد إستند المشرِّع في تحقيقه الى ما نص عليه الإعلان الدستوري الصادر بعد الفاتح من سبتمبر[١] ، وما أورده من أسباب في المذكرتين الإيضاحيتين لهذين القانونين[٢] .

والهدف السياسي هذا خارج عن نطاق محاضرتنا التي سنعالج فيها الوعاء القانوني الصادر لتحقيقه وسنشير الى الهدفين الآخرين ، أي الإقتصـــادي والإجتماعي ، أثناء معالجتنا للناحية القانونية . إذ يصعب في الحقيقة فصل هذه النواحي الثلاث ومعالجتها كلاً على حدة .

كما أننا سوف نركز في بحثنا على القانون المتعلق بالمصارف لاحتوائه على جميع النقاط المراد بحثها في القانونين ، وسنشير الى قانون مساهمة الدولة في شركات

---

(١) نصت المادة السابعة منه على « أن تعمل الدولة على تحرير الإقتصاد القومي من التبعية والنفوذ الأجنبي وتحويله الى إقتصاد وطني إنتاجي يعمل على الملكية العامة للشعب الليبي والملكيات الخاصة لأفراده » .

(٢) فقد ورد في المذكره الإيضاحية لقانون تأميم الحصص الأجنبية في المصارف التجارية مثلا ، « استهدفت ثورة الفاتح من سبتمبر منذ قيامها إقامة مجتمع ترفرف عليه راية الرخاء والمساواة وتكون فيه الرفاهية حقاً لكل مواطن مخلص ولذا كانت الإشتراكية من بين ما رفعته من أهداف إستجابة لإرادة الشعب في تحقيق العدالة الإجتماعية والقضاء على كل شكل من أشكال الإستغلال عن طريق إقامة علاقات إشتراكية في المجتمع كفالة للكفاية في الإنتاج والعدالة في التوزيع فعملت على تحرير الإقتصاد الوطني من التبعية والنفوذ الأجنبي وتحويله الى إقتصاد وطني ... »

كما ورد في المذكرة الإيضاحية لمساهمة الدولة في شركات التأمين ، مستشهدة بما ورد في المادة السادسة من الإعلان الدستوري من « أن الدولة تهدف الى تحقيق الإشتراكية وذلك بتطبيق العدالة الإجتماعية التي تحظر أي شكل من أشكال الإستغلال ... » جريدة الحقيقة العدد ١٦٣٥ سنة ١٩٧٠ الخميس ٢٤ ديسمبر ١٩٧٠ ، صفحة ٨ .

التأمين على سبيل المقارنة كلما اقتضى الأمر ذلك . وإختصاراً لتسمية القانونين التي ستتكرر أثناء البحث فسنشير الى القانون الأول « بقانون تنظيم المصارف » والى الثاني « بقانون تنظيم شركات التأمين » .

الشركات التي حصرت بها الأعمال المصرفية وأعمال التأمين :

لقد حصر قانون تنظيم المصارف الأعمال المصرفية بالشركات المملوكة ملكية تامة من الليبيين سواء بالنسبة للمصارف العاملة في ليبيا عند صدوره أو ما قد يؤسس من شركات للقيام بالأعمال المصرفية في المستقبل (٣) .

والذي يلاحظ على هذا الحكم أنه جاء ناقصاً من ناحيتين : أولاهما عدم نصه على حصر الأعمال المصرفية بالشركات الليبية المملوكة بالكامل من الليبيين. وثانيهما عدم حصره الأعمال المصرفية بالشركات المساهمة وتخصيصها من بين الشركات التجارية الأخرى . إذ يوجد فرق بين الحالتين في كل ناحية من هاتين الناحيتين كما سنرى .

شرط الجنسية :

من المعلوم أن الملكية الكاملة للمواطنين لا تقرر بحد ذاتها جنسية الشركة التجارية ، إذ يجوز من الناحية النظرية أن تكون الشركة مملوكة ملكية تامة من الليبيين ولا تكتسب الجنسية الليبية ، إذا ما كانت مسجلة في بلاد أخرى . والمعيار الذي تبناه القانون الليبي لتقرير جنسية الشركات التجارية ، هو إكتساب الشركة لجنسية البلد الذي تؤسس بموجب قانونه ، وإفترض أن يكون مركزها المسجل

---

(٣) نصت الفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون: « إعتباراً من تاريخ العمل بهذا القانون يحظر على الشركات التجارية غير المملوكة بالكامل لليبيين مزاولة الأعمال المصرفية . » وقد جرى العمل بموجب أحكام هذا القانون من تاريخ صدوره (مادة ١٥) منه وهو ٢٤ شوال ١٣٩٠ هـ الموافق ٢٢ ديسمبر ١٩٧٠ م .

في ليبيا متى ما كانت مؤسسة ومسجلة في الجمهورية العربية الليبية[٤]. وهذا المعيـــار هو المعيـــار السائد في وقتنا الحالي وقد أخذت به أغلبية القوانين الحديثة ومنها القانون العراقي[٥].

وهو معيار حسن إذ أنه يفيد في إكساء صفة الجنسية لأكبر عدد من الشركات العاملة في البلاد. وتتأتى فائدته كذلك من ناحية فرض الضرائب على الشركات الوطنية العاملة في الخارج وإمكانية حمايتها دولياً[٦]، كما يفيد في تقرير أشكالها القانونية وغير ذلك من نتائج عملية يضيق المجال لشرحها هنا.

وفي إخضاع الشركات التجارية التي تعمل في البلد الى الشكل القانوني الوطني فائدة للمواطنين الذين يتعاملون معها، إذ يكون تعاملهم مع شركات مألوفة أشكالها القانونية اليهم. ومع ذلك فقد ضمن القانون الليبي هذه الناحية حتى بالنسبة للشركات الأجنبية العاملة في ليبيا بشرط أن يكون مركزها الرئيسي في الأراضي الليبية[٧].

---

(٤) نصت المادة ٦٤٨ من القانون التجاري الليبي على أن « تخضع الشركات التي تؤسس داخل أراضي الدولة لأحكام القوانين الليبية ولو كان غرضها القيام بنشاط في الخارج. » الا أن القانون الليبي أخضع أيضاً الشركات المؤسسة في الخارج والتي يكون مقر دائرتها الرئيسي في ليبيا الى أحكام القانون الليبي حتى من ناحية الشروط الخاصة بعقد التأسيس (م ٦٤٤ ق.ت.ل)، ومع ذلك فإن هذه الشركات تبقى أجنبية، كما أنها لا تخضع حتى الى الشروط الشكلية في تأسيس الشركات في ليبيا إذا ما كانت قد أسست مركزها الرئيسي في بلاد أخرى وفتحت لها مجرد فرع أو فروع في ليبيا، ولو كانت مملوكة بشكل كامل من الليبيين.

(٥) (ف ٦ م ٤٨ ق.م.ع و م ٣٢ و ٢٨٩ ق.ش.ت.ع).

(٦) وتقتصر الحماية في الوقت الحاضر على طلب للتعويض في حالة تأميم الشركة، إذا كان هناك مجال لطلب التعويض، ولا تشمل حق الاعتراض على إخضاع الشركات الأجنبية لقانون البلد الذي تعمل فيه. وليس للدولة صاحبة الجنسية أن تعترض على سلطة الدولة صاحبة الإقليم الذي تعمل به الشركة أو على سيادتها في التشريع الذي قد تضار منه تلك الشركة. أنظر كتابنا بالانكليزية:
The Role of the Corporate Entity in International Law, Ann Arbor, Mich: Overbeck, 1957, pp. 31 — 44.

(٧) (م ٦٤٤ ق.ت.ل).

ولا نريد أن يفهم من كلامنا أننا نحث المشرع الليبي على الأخذ بمعيار الجنسية عن طريق التسجيل في ليبيا دون النظر الى ملكية الشركة ، بصـــدد الشركات التي تزاول الأعمال المصرفية وأعمال التأمين . ولكننا أردناه أن يشترط المعيارين معاً وفي آن واحد ، كأن ينصّ مثلاً على أن للشركات الليبية المملوكة ملكية تامة لليبيين مزاولة الأعمال المصرفية .

والأخذ بالمعيارين سوية هو حصيلة التطور الفقهي والقضائي وبالتالي التشريعي الذي وصلت اليه القوانين الحديثة . فقد رؤي أن في إكساء جميع الشركات التجارية التي تعمل في بلد ما جنسية ذلك البلد ، بصرف النظر عن ملكيتها وعن جنسية أعضاء مجلس إدارتها وعن المحل الذي يوجد فيه مركزها الرئيسي ، رغم محاسنه المذكورة ، لا يخلو من بعض المساوىء ، إذ قد تستغل مثل هذه الحالة للحصول على امتيازات للعمل داخل ذلك البلد ، سيما في البلاد النامية ، لغرض السيطرة على الأعمال المربحة تحت غطاء جنسية الشخص المعنوي .

وقد حصل أن استغلت هذه الناحية فعلاً في العراق ، لأن القانون العراقي كان يحصر إجازات الإستيراد بالعراقيين دون أن يفرق بين الأشخاص الطبيعيين والأشخاص المعنويين ، الأمر الذي أدى الى تأسيس شركات مملوكة بالكامل أو بأغلبية كبيرة من الأجانب وحصلت على إجازات الإستيراد على أساس أنها شركات عراقية . وبقيت الحال على هذا المنوال حتى سنة ١٩٥٨ إذ وضعت بعد ذلك معايير أخرى أخذت بنظر الإعتبار الملكية التامة للشركة من العراقيين إضافة الى جنسيتها العراقية [٨] .

---

(٨) وقد يحصل العكس أيضاً إذ قد تتهرب بعض الشركات الوطنية من ارتفاع الضرائب الداخلية فتسجل في بلد مجاور وتكتسب جنسية ذلك البلد ، كما يحصل عندما تسجل الشركات الأوروبية في ولاية لوكسمبورغ أو في سويسرا أو في ولاية موناكو ، كما قد يحصل أن تسجل الشركة في غير بلدها لتفادي المقاطعة الإقتصادية أو المصادرة أثناء الحرب من الدول التي في حالة حرب مع بلادها ، كما حصل أثناء الحربين العالميتين الأولى والثانية عندما سجلت شركات المانية في بلاد محايدة خارج=

وإبقاء على الفائدة التي تتأتى من إعتماد معيار التسجيل كأساس لجنسية الشركات وتحاشياً للمساوىء التي قد تترتب نتيجة للأخذ به ، فقد أبقت القوانين الحديثة عليه كمعيار أساسي لجنسية الشركات التجارية بصورة عامة ، وإعتمدت بالإضافة اليه معايير جانبية أخرى كلما إقتضت المصلحة الوطنية ذلك .

وهذا ما يفسر النجاح الذي صادفه معيار السيطرة أونظرية السيطرة Control Theory التي قال بها القاضي البريطاني المشهور لورد باركر Lord Parker والتي مفادها أن الشركة تكون لها جنسية البلد الذي تسجل فيه كأساس الاّ أنها قد تكتسب صفة أخرى نتيجة الى السيطرة عليها من أناس لا يحملون جنسية الشركة. والسيطرة نوعان : اما أن ترد على الملكية ، أي إمتلاك أغلبية أسهم الشركة من الأجانب ، واما أن ترد على الإدارة عن طريق الحصول على الأغلبية في مجالس إدارة الشركات الوطنية من قبل الأجانب[٩] .

وقد اتبعت كثير من القوانين الخاصة الحديثة معايير إضافية لجنسية الشركات التي تقوم بأعمال ترى الدولة ضرورة حصرها بالمواطنين أو ضمان سيطرتهم عليها. كأن تشترط إمتلاك ٥١٪ أوأكثر من أسهم الشركات التجارية والعقارية[١٠] للمواطنين . أو قد تشترط ملكية ٦٠٪ أو أكثر في الشركات العاملة في حقلي الصيرفة والتأمين أو في حقل النقل الداخلي . وقد تتطلب بعض القوانين أن

= المانيا تفادياً لهذه المشاكل . أو قد تلجأ الشركات الوطنية الى التسجيل في بلاد أخرى لبساطة الإجراءات الشكلية التي تتطلبها قوانين تلك البلاد أو سعياً وراء مصاريف التسجيل القليلة ، كما يحصل بالنسبة لشركات الملاحة الأميركية والأوروبية التي تسجل سفنها في ليبيريا وفي بنما بالرغم من امتلاكها من قبل مساهمين أمريكيين أو أوروبيين وتواجد مراكز أعمالها الرئيسية في إحدى هاتين القارتين .

(٩) انظر كتابنا بالانكليزية ، المرجع السابق ، ص ٦ — ١٢ .

(١٠) أما الشركات الصناعية فيفسح لها المجال عادة في البلاد النامية التي تفتقر الى رأس المال تشجيعاً لاستثمار رؤوس الأموال الأجنبية في الصناعة فيها .

تكون نسبة تمثيل رأس المال الوطني في مجلس الإدارة مساوياً لنسبة مساهمة المواطنين فيه ، وبذلك تضمن لهم السيطرة على مجالس الإدارة أيضاً عن طريق ضمان السيطرة على الملكية (١١) .

شرط الشركة المساهمة :

حصر القانون المذكور الأعمال المصرفية بالشركات التجارية وكان الأجدر به أن يحصرها بالشركات المساهمة ويخصها بهذه الأعمال دون الشركات التجارية الأخرى . لأن الشركات التجارية تشمل أنواعاً أخرى من الشركات بالإضافة الى شركات المساهمة . فهي إما أن تكون شركات تجارية مسماة وهي التي بين القانون التجاري الليبي أشكالها وأوردها بالتعداد والتي تكتسب صفة التاجر بنص القانون . وتشمل في القانون الليبي شركات التضامن والتوصية بنوعيها أي التوصية البسيطة والتوصية بالأسهم وشركات المساهمة وذات المسؤولية المحدودة وفروع الشركات الأجنبية العاملة في ليبيا وشركات المحاصة . واما أن تكون شركات تمتهن العمل التجاري وتتخذه حرفة لها وتكتسب صفة التاجر

---

(١١) وقد ضمنت هذه الناحية بنص المادة العاشرة من قانون ٣ رمضان ١٣٨٩ هـ الموافق ١٣ نوفمبر ١٩٦٩ م القاضي بمساهمة الدولة بنسبة ٥١٪ من مصارف روما وباركليز ونابولي والعربي، والتي أعيدت تسميتها بمصرف الأمة ومصرف الجمهورية ومصرف الاستقلال ومصرف العروبة على التوالي ، بموجب قرار أصدره وزير المالية إستناداً الى القانون المذكور والذي نص على تبديل أسمائها . وهذه المصارف هي الوحيدة التي كانت السيطرة في الملكية والإدارة فيها للأجانب في ذلك التاريخ . وقد جاء بنص المادة المشار إليها أعلاه « أن يكون للحكومة ممثلون في مجلس إدارة الشركات ، المشار اليها في المادة ٢ من قرار مجلس قيادة الثورة (وهي المادة التي حولت فروع المصارف الأجنبية العاملة في ليبيا الى شركات ليبية تمتلك الدولة ٥١٪ من رأس مال كل منها على الأقل) ويحدد عددهم في النظام الأساسي لكل شركة ، بما لا يقل عن نسبة مساهمة الحكومة في رأس المال ، على أن يكون من بينهم رئيس مجلس الإدارة .. »

ورغم توافر الأكثرية لممثلي الحكومة الأمر الذي يضمن لهم انتخاب رئيس المجلس من بينهم فقد نص القرار على ذلك صراحة زيادة في التأكيد .

حسب المعيار الموضوعي المعروف .

ونعتقد أن المراد هنا هي الشركات المساهمة فقط دون غيرها من الشركات التجارية ولو لم يذكر ذلك بالنص . إذ أن المشرع الليبي حصر الأعمال المصرفية منذ زمن بعيد بهذه الشركات بعد أن عدل القانون الذي كان يقبل ممارسة غيرها من الشركات التجارية للأعمال المصرفية (١٢) .

وهذا تصحيح للأوضاع كان لا بد منه التزمته القوانين الحديثة التي حصرت الأعمال المصرفية والتأمينية بالشركات المساهمة رامية الى تحقيق نواح ثلاث (١٣) .

الناحية الأولى تخص رغبة المشرع في توزيع أرباح هذه الشركات على أكبر عدد ممكن من الناس ، لأن شركات المساهمة تعرض عادة أسهمها على الجمهور في إكتتاب عام يتيح لكل شخص الاكتتاب بها ، ولما كانت أعمال المصارف وأعمال شركات التأمين من الأعمال المضمونة الربح نسبياً وجد اتجاه تشريعي حديث يرمي الى حصرها في الشركات المساهمة تشجيعاً للإدخار وفتحاً لباب من أبواب الاستثمار أمام المدخرين الصغار . بل ويرمي أيضاً الى تحديد المساهمة في هذه الشركات للشخص الواحد وللعائلة الواحدة بعدد معين من الأسهم . كما

---

(١٢) حددت المادة الثالثة من الإعلان رقم ٢١١ المتعلق (بأعمال البنوكة) أي أعمال المصارف وقصرتها على الشركات المسجلة ، ولم تشترط فيها أن تكون شركات مساهمة، أو حتى شركات تجارية مساة . أنظر الجريدة الرسمية ، عدد رقم ٢٢ ، تاريخ ١٥ ذ فمبر ١٩٥٠ .

وقد عدل هذا النص بقرار مجلس قيادة الثورة بفرض الأكثرية الليبية على المصارف العاملة في ليبيا والذي جاء في مادته الأولى وجوب إتخاذ المصارف شكل شركات مساهمة ليبية . أنظر الجريدة الرسمية عدد ٤٤ بتاريخ ١ ديسمبر ١٩٦٩ .

(١٣) كانت المصارف التي أسست وكذلك شركات التأمين بعد صدور قانون الشركات التجارية رقم ٣١ لسنة ١٩٥٧ في العراق شركات مساهمة . وبقيت كذلك حتى أممت وأصبحت الأعمال المصرفية وأعمال التأمين ضمن القطاع العام حصراً. ولا مجال بعد صدور قوانين ١٤ تموز ١٩٦٤ الإشتراكية إنشاء شركات خاصة لإمتهان الأعمال المصرفية والتأمينية بموجب قانون تأميم بعض الشركات والمنشآت رقم (٩٩) لسنة ١٩٦٤ .

فعل المشرع الليبي مؤخراً بإجراء سنعالجه بشكل أوسع في مكان آخر من هذا البحث .

الناحية الثانية هي أن الشركات المساهمة أدوات لتجميع رؤوس الأموال الكبيرة للإضطلاع بالمشاريع الجسيمة التي منها الأعمال المصرفية والتأمينية . ولهذا فهي تتسم بأهمية كبيرة وتحظى على عناية خاصة من المشرعين في الدول المختلفة . ولموقعها هذا لاحظ أحد الاساتذة شبهها الكبير بأشخاص القانون العام سيما التي تدير المرافق العامة الأمر الذي تطلب تدخل المشرع في شروط تأسيسها بشكل مفصل . كما أنها أصبحت تكيف قانوناً بالمركز القانوني وليس بالمركز التعاقدي (١٤) .

وغني عن القول أن المصارف تحتاج الى رؤوس أموال كبيرة، وكلما زادت رؤوس أموالها كلما زادت ثقة المدخرين بها ، ولذا وجب أن تتخذ شكل الشركات المساهمة التي تؤمن لها هذه الناحية . وقد يقال أن المشرع وضع حداً أدنى من رأس المال للشركات التي تقوم بالأعمال المصرفية ، ولذا فإن شكل الشركة لا يهم إذا توافر لها هذا الحد الأدنى من رأس المال . ورغم وجاهة هذا الاعتراض الاّ أن الحد الأدنى ليس الهدف الأخير وإنما يشكل أقل حد ممكن لممارسة الأعمال المصرفية كما هو ظاهر من معناه اللغوي ، أما الهدف البعيد فهو التوسع في تجميع رؤوس أموال المصارف لتمكينها من القيام بمهامها وبدورها في تنشيط الإقتصاد الوطني .

أما الناحية الثالثة فهي الرغبة في قصر الأعمال المصرفية وأعمال التأمين على شركات الأموال وإبعادها المشاريع الفردية والمنشآت العائلية . وذلك تجنباً لما قد يحصل من إستغلال للأموال المتجمعة لدى المصارف وشركات التأمين

---

(١٤) انظر الجزء الأول من كتاب الأستاذ ريبير
Georg Ripert, Traité Elementaire De Droit Commercial, p. 330.

وحرصاً على أموال المدخرين من الضياع [١٥] . إذ لا تستطيع الأنظمة والقوانين التي تصدر لرقابة المصارف وشركات التأمين معالجة جميع إحتمالات الإستغلال إذا ما عزم القائمون بها على ممارسته ، مهما ظهرت نصوص الرقابة القانونية متكاملة عند تشريعها . وقد دلت التجارب الكثيرة السابقة ، سيما في البلاد العربية ، أن مثل هذه السيطرة التي مارسها بعض المواطنين على المصارف وشركات التأمين ليست من المصلحة العامة في شيء لا من الناحية السياسية ولا من الناحيتين الإقتصادية والائتمانية .

ونستطيع أن نستنتج ، بعد كل ما ذكر ، أن المشرع الليبي أراد حصر الأعمال المصرفية في الشركات المساهمة الليبية التي تكون مملوكة ملكية كاملة من الليبيين . ولو لم يورد في النص تحديد جنسية هذه الشركات ولا حصرها في الشركات المساهمة ، وذلك لما يستنتج من فحوى القانون الذي أمم الحصص الأجنبية بالمصارف والذي نحن بصدد شرحه .

ولا يقبل الإعتراض بأن هذا القانون الأخير عدل نصوص القوانين التي سبقته بموجب أحكام المادة الرابعة عشرة منه والتي نصت على أن « يلغى كل حكم يخالف أحكام هذا القانون » [١٦] وعليه فيجوز حسب ما يوحي به هذا الإعتراض أن تؤسس شركة غير ليبية مملوكة بالتمام من الليبيين ولو كانت بشكل شركة غير مساهمة ، لغرض القيام بالأعمال المصرفية في ليبيا . الاّ أن هذا الايحاء غير صحيح لعدم وجود تعارض بين ما استنتجناه من حصر الأعمال المصرفية بالشركات المساهمة الليبية المملوكة بالكامل من الليبيين وبين أحكام

---

(١٥) وتشبه شركات التأمين المصارف من حيث تجميعها لرؤوس الأموال الكبيرة من المدخرين، خاصة شركات التأمين على الحياة منها . وقد أخذت أهمية الأقسام الخاصة باستثمار الأموال المجمعة في شركات التأمين الكبيرة ، تطغى حتى على أهمية أقسام التأمين الفنية فيها ، لما يدره هذا الاستثمار من أرباح طائلة على شركات التأمين الكبيرة في العادة .

(١٦) (م ١٤ من قانون ٢٤ شوال ١٣٩٠ هـ الموافق ٢٢ ديسمبر ١٩٧٠ م) .

هذا القانون ذلك الإختلاف الذي يفسح مجالاً لتطبيق النص المشار إليه أعلاه . بل العكس هو الصحيح لأن نصوص هذا القانون تؤيد ما استنتجناه[١٧] .

هذا بالنسبة للشركات التي تزاول الأعمال المصرفية[١٨] . أما بالنسبة للشركات للشركات التي تمارس أعمال التأمين[١٩] فلم يتعرض القانون الأخير الخاص بمساهمة الدولة فيها لشكلها القانوني وإنما نص على دخول الدولة بها كمساهم بما لا يقل عن ٦٠٪ من رأسمالها[٢٠] .

---

(١٧) ولا أدل على ذلك مما نصت عليه المادة الخامسة من قانون (تنظيم المصارف) المذكور من ان « تنشأ شركة مساهمة باسم مصرف الوحدة يتكون رأس مالها من صافي أصول كل من مصرف شمال أفريقيا والمصرف التجاري ومصرف النهضة العربية ومصرف القافلة الأهلي التي تندمج جميعها في الشركة الجديدة ... » فإذا كان المشرع يرمي إلى تكوين شركة مساهمة من هذه المصارف المندمجة حالياً فإنه قد أفصح عن رأيه بما يجب أن يكون عليه شكل الشركات التي تتعاطى الأعمال المصرفية في المستقبل .

(١٨) وقد عرف المشرع الليبي المصرف التجاري بأنه « المنشأة التي تقوم بصفة معتادة بقبول الودائع في حسابات جارية تدفع عند الطلب أو لأجل وفتح الإعتمادات وتحصيل الشكات المسحوبة من العملاء أو عليهم ومنح السلفيات وغير ذلك من الأعمال المصرفية . ويستثنى من ذلك المصارف المتخصصة كالبنك العقاري والزراعي » . (م ٥٠ قانون البوك رقم ٤ لسنة ١٩٦٣) . وقد عدد القانون التجاري الليبي الأعمال المصرفية وأورد أحكامها وهي : قبول الودائع وتأجير الخزائن الخاصة وفتح الإعتمادات والسلفيات المضمونة برهن وعمليات المصارف المتعلقة بالحساب الجاري وخصم السندات . (المواد ٢٢٣ – ٢٤٦ ق.ت.ل) .

(١٩) أما أعمال التأمين فهي الأعمال التي نص عليها قانون الإشراف والرقابة على شركات التأمين وبين أنواعها بحيث تشمل التأمين على الحياة بما في ضمنه أنواع التأمينات التي لمدة الحياة دخل في تقريرها كالعجز والشيخوخة ، والتأمين ضد الحريق والكوارث الطبيعية كالزلازل ، والتأمين على الحوادث ويشمل جميع المخاطر وحوادث العمل ، والتأمين ضد أخطار النقل وجميع أنواع التأمين الأخرى كالتأمين البحري والتأمين الجوي أو ما قد يستحدث في المستقبل كالتأمين على ضمان نسبة معينة من الأرباح مثلا . (م ٢ من القانون المذكور رقم ٧ لسنة ١٩٥٩) .

(٢٠) نصت المادة الأولى منه على أنه « يجب أن تمتلك الحكومة ما لايقل عن ٦٠٪ ستين في المائة من رأس مال أية شركة من شركات التأمين التي تزاول في الجمهورية العربية الليبية كل أو بعض عمليات التأمين وكذلك عمليات إعادة التأمين وأن يكون تعيين أغلبية أعضاء مجالس إدارتها ومن=

تأميم الحصة الأجنبية :

يرمي المشرع من إصداره القانونين المذكورين الى تأميم الحصص الأجنبية بشكل قاطع في المصارف والى تأميمها من الناحية الواقعية في شركات التأمين . لأن مساهمة الدولة بـ ٦٠٪ في هذه الشركات ستؤخذ أولاً من الحصص الأجنبية فيهـــا .

ويشمل تأميم الحصص الأجنبية المملوكة من الأجانب سواءً كانوا أفراداً أو مؤسسات . وهو إجراء يختلف بعض الشيء عن حصر المساهمة بالليبيين لأنه يدخل الدولة كمساهم كبير في المصارف وشركات التأمين العاملة في ليبيا من جهة ، ويقضي بمنع تداول الأسهم المؤممة من الناحية العملية من جهة أخرى . إذ يجوز تداولها من الناحية النظرية إذا رغبت الدولة في بيع أسهمها لليبيين في المستقبل ، وهذا إحتمال بعيد الوقوع بعد أن تبنت الدولة السياسة الاشتراكية .

إلاّ أن إجراء تأميم الحصص الأجنبية وقف موقفاً وسطاً من تأميم المصارف وشركات التأمين كلياً وحصر ملكيتها ومزاولة هذه الأعمال في المستقبل بالقطاع العام ، كما فعل المشرع في العراق ومصر وسوريا مثلاً[٢١] . لأن المشرع الليبي قبل في المصارف الملكية المختلطة مع القطاع الوطني الخاص وقبل في شركات التأمين الملكية المختلطة مع القطاع الوطني الخاص وحتى مع المستثمرين الأجانب من الناحية النظرية على الأقل . إذ يجوز من الناحية النظرية أن تؤسس شركة تأمين مساهمة ليبية يكون للدولة ٦٠٪ من أسهمها ويوزع الباقي بين الليبيين والأجانب . ولو أنه يستبعد من الناحية الفعلية في الوقت الحاضر موافقة السلطات

= بينهم رئيس المجلس وأغلبية لجنة المراقبة ومن بينهم رئيس اللجنة وتحديد مكافآتهم السنوية بقرار من مجلس الوزراء بناء على عرض من وزير الاقتصاد . » (م ١ من قانون مساهمة الدولة في شركات التأمين المذكور) .

(٢١) انظر قانون تأميم البنوك والمصارف التجارية العراقية رقم (١٠٠) لسنة ١٩٦٤ ، على سبيل المثال .

الليبية على إجازة تأسيس مثل هذه الشركات بعد صدور قانون تنظيم شركات التأمين الذي نحن بصدده (٢٢) .

وقد أصبح التأميم حقاً معترفاً به قانوناً للدولة أن تمارسه على الأموال والحقوق الموجودة في إقليمها ، وذلك حسب التطور الحديث للقانون الدولي العام . ولا يحد من هذا الحق في نظر بعض الكتاب والحكومات إلاّ واجب الدولة المؤممة بدفع التعويض العادل .

ويشمل التعويض العادل نقطتين ، اولاهما عدم تقدير قيمة إعتباطية كعوض للأموال المؤممة بحيث لا تتناسب قطعاً مع القيمة الحقيقية لتلك الأموال قبيل صدور قرار التأميم . والثانية هي التي تتعلق بالدفع في فترة معقولة أي عدم التأجيل لفترات طويلة ، كمنح سندات تستحق الدفع بعد مضي مدة ثلاثين أو خمسين سنة وبفائدة تقل كثيراً عن الفائدة السائدة للإقتراض (٢٣) .

---

(٢٢) نصت الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون تأميم الحصص الأجنبية في المصارف على أن « تؤول الى الدولة ملكية الأسهم التي يملكها غير الليبيين عند العمل بهذا القانون في رؤوس أموال المصارف العاملة في الجمهورية العربية الليبية » .

أما بالنسبة لشركات التأمين فقد فرض القانون الجديد مساهمة الدولة بـ ٦٠٪ من رؤوس أموالها ونصت الفقرة الثانية من المادة الأولى منه على أن « تؤول الى الحكومة ملكية هذه النسبة في شركات التأمين المؤسسة في الجمهورية العربية الليبية ويصدر وزير الاقتصاد قراراً لبيان وتحديد الطريقة التي تخفض بها حصة كل مساهم على أن تكون حصة رأس المال الأجنبي كاملة هي أول حصة تؤول الى الدولة بمقتضى أحكام هذا القانون .

وتسري أحكام هذه المادة عند إنشاء أي شركة تأمين جديدة في الجمهورية العربية الليبية . (ف ٢ ، م ١ قانون مساهمة الدولة في شركات التأمين المذكور .)

ويلاحظ من ناحية الصياغة القانونية أن المشرع جعل الأيلولة الى الدولة في القرار الخاص بالمصارف بينما جعلها مرة الى الحكومة ومرة الى الدولة في القرار الخاص بشركات التأمين . وكان الأجدر به أن ينص على الأيلولة الى الدولة في جميع الأحوال لأن ملكية هذه الأسهم تكون للدولة الليبية وليس للحكومة الليبية وهنالك بطبيعة الحال فرق بين المصطلحين .

(٢٣) حصل وضع غير عادل بالنسبة لأصحاب الأسهم المرهونة في الشركات المؤممة بالعراق نورده هنا =

كما وتشمل هذه النقطة الثانية السماح للأجانب بتحويل التعويض النقدي الذي يدفع إليهم ، خلال فترة زمنية معقولة إلى بلادهم الأصلية إذا كان ما إستثمروه من أموال مؤممة قد حوّل الى البلاد من الخارج بطريق مشروع لغرض الإستثمار في الشركات المؤممة . ونقصد بالطريق المشروع أن يتم التحويل بموجب أحكام التحويل الخارجي أي أحكام قوانين مراقبة النقد السارية المفعول في حينه . ويحق للبلاد التي تعاني نقصاً كبيراً في العملات الأجنبية وعجزاً شديداً في ميزان مدفوعاتها أن تدفع جزءاً من التعويض بالعملة الوطنية غير القابلة للتحويل الى الخارج في مثل هذه الحالات .

التعويض :

وقد أمّن المشرّع الليبي بالقانونين المذكورين التعويض العادل للأجانب الذين أُممت حصصهم ، فنص المادة الثانية من القانون المتعلق بالمصارف ونص المادة الثالثة من القانون المتعلق بشركات التأمين واضحان في دمع تعويض عادل لأصحاب الحصص المؤممة (٢٤) .

= كمثال لما ذكر في المتن . لأن هذه الأسهم حولت الى سندات إسمية تستحق بعد ١٥ سنة من تاريخ التأميم وبفائدة قدرها ٣٪ (ف ٢ ، ٢ م قانون تأميم الشركات والمنشآت رقم ٩٩ لسنة ١٩٦٤). بينما كانت مرهونة لدى البنوك عن ديون بفائدة قدرها ٦,٥٪ ولدى أشخاص آخرين بفوائد أعلى من ذلك بكثير .

ولما كانت أرباح هذه الأسهم تذهب الى المؤسسات العامة بعد التأميم إذ أن أسهم المساهمين القدامى أصبحت مجرد سندات ليست لها حصة في أرباح الشركات المؤممة فإن الفوائد المتراكمة كادت أن تستغرق قيمتها بكاملها . الا أن هذه الناحية عولجت فيما بعد بالتعويض الكلي النقدي للمساهمين الصغار وبالتعويض الجزئي للمساهمين الكبار . وقد كانت أكثرية الأسهم المرهونة تعود الى المساهمين الصغار . كما أن التعويض في قطاع المصارف في العراق أصبح كاملا وقد أطفيت هذه السندات قبل تاريخها بمدة طويلة . بل لقد حدث أن أطفيت قبل صدورها . (أنظر كتابنا : شرح قانون الشركات التجارية العراقي مطبعة الشعب ، بغداد ، ١٩٦٨ ، ص ٣٢١) .

(٢٤) نص قانون تأميم الحصص الأجنبية في المصارف على أن« تؤدي الدولة الى ذوي الشأن تعويضاً=

وهذا التعويض من العدالة بمكان بحيث يخشى أن يؤدي الى حصول بعض الغبن على الجهة المؤممة (الدولة) . لأن الطريقة التي اعتمدت في تقديره وهي القيمة الحسابية لإخراج قيمة صافي الأصول قد تكون مشتملة على بعض الديون الميتة أو الميئوس من استحصالها أو مشتملة على بعض الموجودات المقدرة بأكثر من قيمتها الحقيقية . وقد ترفع هذه الناحية أو تلك من القيمة الدفترية للأسهم وتظهر موجودات المصرف أكثر من حقيقتها عند إعلان الميزانيـــة . وكان الأصح ، في نظرنا ، أن يترك الأمر لاحتساب القيمة الدفترية بعد خصم مثل هذه الديون المشكوك فيها لهيئة من المحاسبين القانونيين يستأجرهم مصرف ليبيا لهذا الغرض . بالرغم من كون هذه الميزانيات يصادق عليها المحاسبون القانونيون في العادة . ونعتقد أن في نص القانون مجالاً للأخذ بهذا الرأي لأن مجلس إدارة مصرف ليبيا مخول باستعمال سلطته التقديرية عند إعتماده لأية ميزانية ولذلك فله أن يستخدم ما يشاء من الطرق للوصول الى تقدير صحيح وعادل لصافي هذه الأصول . أما في شركات التأمين فان الطريقة الحسابية المعتمدة جاءت مطمئنة لهذه الناحية (ا ٤٢ من القانون المذكور) .

= عن قيمة ما آل إليها من الأسهم المنصوص عليها في المادة السابقة ويحدد هذا التعويض بقيمة ما تمثله تلك الأسهم في صافي أصول كل مصرف محسوبة على أساس قيمتها الدفترية حسبما تظهرها ميزانية المصرف في تاريخ نفاذ هذا القانون بعد اعتمادها من مجلس إدارة مصرف ليبيا . » (م ٢ من القانون المذكور) .

أما القانون المتعلق بمساهمة الدولة في شركات التأمين العاملة في ليبيا فقد نص على أن « يستحق أصحاب الأسهم الذين يخفض نصيبهم في رأس مال الشركة أو يؤول نصيبهم بالكامل الى الدولة إذا كانوا أجانب بموجب المادة السابقة تعريضاً عن صافي قيمة أسهمهم التي آلت الى الحكومة بموجب تلك المادة تؤدي نقداً . » (م ٣ من قانون مساهمة الدولة في شركات التأمين المذكور) .

تأثير تأميم الحصص الأجنبية على الإئتمان :

لا شك أن تأميم الحصص الأجنبية في المصارف سيوفر للدولة الليبية الكثير من الأرباح التي كانت تحول في السابق الى الخارج . لقد أثبتت الأرقام النسب العالية لأرباح المصارف في ليبيا بسبب أن مجمل معاملاتها تعتمد على تمويل التجارة الخارجية وهي من أكثر الأعمال المصرفية ربحاً (٢٥) .

---

(٢٥) وتعتبر أعمال فتح الأعتماد من أربح العمليات المصرفية وأكثرها ضماناً . وتشكل السلع المصنوعة التي تعتبر من سلع الدرجة الأولى من حيث جودة الضمان فيما يتعلق بالاعتمادات المفتوحة حوالي ٢٢,٦٪ من أقيام السلع المستوردة . وقد زادت الواردات (الإستيرادات) الليبية زيادة كبيرة ومضطردة حتى قبل السنوات الأخيرة التي بدأ فيها تدفق مدخولات النفط وسبب ذلك يرجع في اعتقادنا الى ما أخذت تصرفه شركات النفط من مبالغ على التنقيب واستخراج النفط قبل تصديره . وكانت الزيادة هائلة بعد أن بدأت صادرات النفط والحصول على العملات الأجنبية في الظهور . ويبين الجدول أدناه هذه الزيادة المضطردة حتى سنة ١٩٦٥ وهي سنة الميزانية الأولى التي لم تظهر فيها المساعدة الخارجية والتي بلغت في السنة التي سبقتها أي سنة ١٩٦٤/١٩٦٥ المالية ٦,٨ مليون جنيه وكانت أقصى ما وصلته هذه المساعدة هو ٩,٥ مليون جنيه لميزانية ١٩٦٣/١٩٦٤ .

السنة	الصادرات من غير النفط بآلاف الجنيهات	الواردات بآلاف الجنيهات
١٩٥٠	٣,٧٨٠	٦,٩٨٣
١٩٥١	٤,٧٢٠	١٢,٥٤٠
١٩٥٢	٤,٤٥٠	١١,٦٤٠
١٩٥٣	٣,٤٨٠	١١,٣٦٠
١٩٥٤	٣,٦٦٨	١١,١٩٨
١٩٥٥	٤,٢٦٥	١٤,٣٨٨
١٩٥٦	٣,٨٠٥	١٦,٦٠١
١٩٥٧	٤,٧٥٣	٢٣,٠٦٨
١٩٥٨	٤,٣١٣	٢٤,٤٢٢
١٩٥٩	٣,٦٥٩	٢٧,٧٣٥
١٩٦٠	٣,١١١	= ٣٨,٩٩٠

وإذا أخذنا بنظر الإعتبار الإزدياد المتواصل في حجم التجارة الخارجية في ليبيا الناتج عن زيادة ما تحصل عليه الدولة من النفط والذي أدى الى تحـول إجتماعي شامل صاحبته زيادة هائلة في الإستهلاك مقارناً بالأرقام السابقة على تصدير النفط ، والذي جرّ معه إرتفاعاً في مستوى المعيشة وإنتشار حركة العمران ، استطعنا أن نتصور مدى الزيادة المضطردة التي ستحصل عليها المصارف في المستقبل وبالتالي زيادة أرباح الحصص الأجنبية فيها لو لم يمسها التأميم ، والتي كانت تحول الى الخارج ولا يعاد استثمارها في البلاد[٢٦] .

١٩٦١ =	٢,٣٨١	٤٠,٦٦٥
١٩٦٢	٢,٠٤٩	٤٨,٦٠٧
١٩٦٣	١,٧١٣	٦٠,٩٠٧
١٩٦٤	٢,٥٨٥	٧٦,٢٣١
١٩٦٥	١,٥٠٠	٨٠,٠٠٠ تقريباً

النشرة الاقتصادية لمصرف ليبيا ، المجلد رقم ١٢ ديسمبر ١٩٦٥ .

(٢٦) ويلاحظ على التجارة الخارجية أنه بينما كانت الواردات بازدياد مضطرد انخفضت أقيام الصادرات بشكل مضطرد أيضاً ، رغم ما اتخذ من إجراءات في أوقات مختلفة للحد من كمية الواردات كرفع التعرفة الجمركية وتقييد البيع بالتقسيط ومنع استيراد بعض السلع أو تقييده لحد كبير لغرض حماية السلع المحلية البديلة كما حصل بالنسبة لتقييد إستيراد التفاح لحماية البرتقال المحلي .

وقد اختفت تماماً من قائمة الصادرات بعض السلع التقليدية كالحلفاء والأسماك والتبغ بسبب زيادة الاستهلاك المحلي . ولا يزال الغزل السوداني يمثل مكان الصدارة في قائمة الصادرات المحلية ولو أنه أخذ بالانخفاض أيضاً . كذلك انخفضت الصادرات من المنتجات الحيوانية كالجلود والعظام والأمعاء . أما الصادرات الأخرى كاللوز والحمضيات فقد سجلت بعض الارتفاع ولو ان أقيامها لا تزال بسيطة ، إذ بلغت في الربع الأول لسنة ١٩٦٩ ما قيمته (٦٦) الف جنيه فقط .

وهذا الهبوط في اقيام الصادرات طبيعي ومتوقع وهو ناتج عن زيادة الاستهلاك المحلي واستعمال هذه السلع كبديل للسلع المستوردة ، كما ان بعضه أخذ يستعمل في التصنيع محلياً كتلف الزيتون الذي انعدم تصديره مؤخراً لاستعماله في صناعة العلف الحيواني . وغني عن القول أن استعمال السلع محلياً يحد من كمية الاستيراد من الخارج ويعمل على وفر العملة الأجنبية وهي الغرض الأساسي في التصدير .وقد استمر الاتجاه في زيادة الواردات وانخفاض الصادرات من غير النفط حتى وصلت =

وما يقال عن المصارف يمكن ان يقال عن شركات التأمين، ولكن بشكل أقل . لأن عمليات التأمين هي الأخرى يتوقع لها الزيادة المستمرة ، فالتأمين البحري يرافق التجارة الخارجية وزيادة العمران والبناء يزيد من إصـــدار بوليصات التأمين ضد الحريق والتطور الصناعي وتحسن وسائل النقل وزيادتها يؤديان الى إزدياد عدد بوليصات التأمين ضد الحوادث وزيادة قيمها . كما أن إرتفاع الإستهلاك وإرتفاع مستوى المعيشة يؤدي الى زيادة بوليصات التأمين على السيارات وعلى الدور والأثاث ضد مخاطر السرقة وغيرها . وان إتساع الطبقة المتوسطة نتيجة للتحول الإجتماعي الجاري يؤدي عادة الى زيـــادة بوليصات التأمين على الحياة. ومتى ما زاد حجم المبالغ المؤمن عليها زادت مبالغ بوليصات إعادة التأمين والعكس بالعكس.

وعليه يمكن الاستنتاج بأنه لا ضرورة لتشجيع رأس المال الأجنبي في حقلي المصارف وشركات التأمين إذا كانت رؤوس الأموال الوطنية متوفرة ويمكن ان تحل محله . وبهذا الحلول يمكن تفادي دفع ربح عن الاستثمارات الأجنبية ، في الوقت الذي لا يمكن ان يحصل رأس المال الوطني إلا على الفوائد الثابتة . هذا اضافة الى المزايا التي يحصّل عليها نتيجة استبدال رأس المال الأجنبي برأس مال وطني من قطع لدابر السيطرة الأجنبية على الاقتصاد القومي . ومن حسن

= ارقامه في الربع الأول من سنة ١٩٦٩ ما يبينه الجدول ادناه :

الواردات ٥٥,٨٢٧ مليون جنيـــه

الصادرات ٢٩٧ الف جنيه

صادرات النفط ١٨٠,١٢٤ مليون جنيه

(انظر النشرة الاقتصادية لمصرف ليبيا المجلد ٩ العدد ٤ ص ١٨٠ – ١٨٥ سنة ١٩٦٩) ويتضح من هذا الجدول ان الميزان التجاري مع النفط في صالح ليبيا بمقدار الضعف تقريباً (لأنها تحصل على نصف اقيام النفط المصدر بعد خصم التكاليف) ، ويكون في غير صالحها بأكثر من مائتين مرة إذا استثنينا صادرات النفط .

الصدف ان يكون رأس المال الوطني هذا متوفراً لدى الدولة نفسها في ليبيا في الوقت الحاضر بشكل يفيض عن الحاجة الآنية .

ومما ذكر يتضح ان التأثير الايجابي ، لتأميم الحصص الأجنبية في المصارف تأميمها في شركات التأمين ، يبدو واضحاً ونأمل أن يظهر تأثيره هذا في الميزان الحسابي الليبي (٢٧) .

والسؤال الذي يطرح نفسه الآن ، بعد كل ما قيل عن التأثير الايجابي لاجراء تأميم الحصص الأجنبية ، هو هل هناك تأثير سلبي نتيجة لهذا الاجراء ؟

يمكن تصور ناحيتين في هذا المضمار أولاهما تتعلق بامكانية سد الكفاءات الفنية التي قد تخسرها المصارف وشركات التأمين وقدرة سدها بعناصر وطنية . وثانيهما امكانية الاستمرار في منح التسهيلات المصرفية حسبما كان جارياً في

---

(٢٧) وتجدر الاشارة الى مقارنة ميزان المدفوعات الليبي لعام ١٩٦٨ بكامله (وقد أخذ هذا العام بالذات لكون ارقامه تمثل آخر احصائية متوفرة) مع العام السابق عليه والتي منها نجد فائضاً في الميزان التجاري النفطي بنسبة ٥٧,٩٪ فقد وصل الفائض الى (٦٠٩) مليون جنيه . اذ أن قيمة صادرات النفط لتلك السنة وصلت الى حوالي (٦٦٤,٣) مليون جنيه ، أما استيرادات شركات النفط فقد زادت هي الأخرى حتى وصلت (٥٥,٦) مليون جنيه .

أما القطاع غير النفطي فانه أخذ يعاني عجزاً متزايداً كما ذكرنا سابقاً ، بلغت قيمته (١٧٣,٨) مليون جنيه لعام ١٩٦٨ أي بزيادة (٣٦,٣) مليون جنيه عن عام ١٩٦٧ ولا تزال هذه الأرقام في ازدياد مستمر .

ولكن العملة الأجنبية المحولة الى ليبيا زادت هي الأخرى نتيجة زيادة صادرات النفط فكانت حسب الجدول التالي :

١٨٤,٧ مليون جنيه سنة ١٩٦٦

٢٢٦,٦ مليون جنيه سنة ١٩٦٧

٣٢٩,٤ مليون جنيه سنة ١٩٦٨

(أنظر النشرة الاقتصادية لمصرف ليبيا المجلد ٩ العدد ٤ سبتمبر – اكتوبر سنة ١٩٦٩ ص ٢٠٢) . هذا وكانت واردات ليبيا من النفط لسنة ١٩٧٠ حوالي ٢٥٠ مليون جنيه كما ذكرته الصحف المحلية مؤخراً .

السابق وزيادتها بما يماشي التطور المستمر في الاقتصاد بالنسبة لقطاع المصارف، وامكانية الحصول على اتفاقيات مناسبة لاعادة التأمين بالنسبة لقطـــاع التأمين .

ونعالج فيما يلي كلاً من هذه النقاط على حدة :

ان الطريقة التي اتبعها المشرع الليبي في السيطرة على قطاع المصارف كانت طريقة حكيمة ، لأنه لم يصدر من القوانين ما تنفر منه الخبرة الأجنبية ، وبالتالي تترك البلاد قبل أن يتسنى اعداد خبرة وطنية تحل محلها .

ودليلنا على ما نقول هو تأريخ تطور الحركة المصرفية في ليبيا ، فمنذُ ما يناهز العشرين عاماً تلت لم يكن في ليبيا مصرفاً وطنياً واحداً وكانت جميع المصارف العاملة في ليبيا مملوكة ملكية تامة للأجانب ، ثم تطور الأمر حتى وصل في ظل القانون الأخـــير ، الذي نحن بصـــدد شرحه ، أن أصبحت جميع المصارف العاملة في ليبيا شركات ليبية مملوكة بالكامل من الليبيين (٢٨) .

لقد تفادى المشرع في هذا التدرج حصول أية رجة في قطاع الائتمان (٢٩) ،

---

(٢٨) أنظر بالنسبة لتاريخ المصارف في ليبيا تقرير مصرف ليبيا عن تاريخ السنوات العشر الأولى لتأسيسه (١٩٥٦ – ١٩٦٦) والتقرير الثاني عشر له عن سنة ١٩٦٧ – ١٩٦٨ ، والدكتور عبد المنعم البيه « المصارف في ليبيا ، كيف قامت وكيف تليبت و بعض الاقتراحات » المقالة المنشورة في مجلة « دراسات في الاقتصاد والتجارة » المجلد السادس العدد الأول سنة ١٩٧٠ ص ٢–٣.

(٢٩) وقد خفضت أو الغيت الاجراءات الاحترازية التي اتخذتها الحكومة بعد قيام الثورة مباشرة والتي كانت تشتمل على الاجراءات التالية :

١ – سحب جميع صلاحيات المصارف التجارية بالتحويل الخارجي وحصرها في قسم المراقبة في مصرف ليبيا . الا انه صدر قرار فيما بعد في ٢٦/ ١١/ ١٩٦٩ يخول هذه المصارف ممارسة معظم صلاحيات تحويل العملة التي كانت تمارسها قبل الفاتح من سبتمبر ١٩٦٩ على ألا يتعارض ذلك مع ما يصدره وزير المالية من قرارات او من تعليمات مصرف ليبيا بشان تحويل العملة .

٢ – منع قرار وزير المالية رقم ١٠ لسنة ١٩٦٩ عمليات فتح حسابات توفير لحاملها ، ثم خففت هذه القيود فيما بعد .=

الأمر الذي يجعلنا نطمأن الى انه اخذ بعين الاعتبار موضوع الخبرة الفنية الأجنبية وامكانية استمرار المصارف بدونها قبل أن يقدم على الغاء الاتفاقيات الأجنبية لادارة المصارف الوطنية (٣٠) .

أما في قطاع التأمين فان الأمر ليس بهذا الوضوح ، وعدم الوضوح في مجال التأمين قد يكون هو السبب الذي حدى بالمشرع الليبي الى عدم تأميم الحصص الأجنبية بكاملها في شركات التأمين والى السماح لمشاركة الأجانب فيها دون سيطرتهم في الوقت الحاضر ، ليتسنى تدريب الخبرة الوطنية التي ستحل محلهم في المستقبل القريب .

التسهيلات المصرفية :

كانت المصارف تكثر من منح التسهيلات المصرفية في القطاع التجاري (٣١)

= ٣ – لقد رفع قرار وزير المالية في ١٩٦٩/١١/٢٦ جميع القيود على جميع العمليات المصرفية التجارية وأرجع ممارستها لما كانت عليه الحال قبل الثورة . وبذلك الغيت التحديدات الواردة على فتح الاعتمادات وتحويل قيم المستندات للسلع الواردة وفوائدها والمصاريف والعمولات المتعلقة بها . كما سمح للمصارف التجارية ممارسة جميع الصلاحيات الخاصة بالافراج عن العملة الأجنبية او تحويلها . بعد اجراء بعض التعديلات على المبالغ التي يجوز تحويلها للمسافر بحدود ٢٠ جنيه لليوم الواحد و ٥٠٠ جنيه لسفرة واحدة و ٢٥٠٠ للسنة الواحدة و ٧٥٠ جنيه لغرض الدراسة في السنة و ٦٠٪ من الرواتب لغير المقيمين و ٩٠٪ للذين يتعهد رب العمل بتكفل تقديم المسكن والمأكل لهم مجاناً .

(أنظر النشرة الاقتصادية لمصرف ليبيا – المجلد ٩ العدد ٦ نوفمبر – ديسمبر ١٩٦٩ ص ٢١٧ – ٢٢٠) .

(٣٠) نصت المادة (١١) من قانون تأميم الحصص الأجنبية في المصارف على ان « ينهى العمل اعتباراً من تاريخ نفاذ هذا القانون (اي ٢٢ ديسمبر ١٩٧٠ م) بالاتفاقات التي تخول بعض المصارف الأجنبية ادارة المصارف التجارية العاملة في البلاد » .

(٣١) يبين الجدول ادناه نسبة هذه التسهيلات بوضوح والأرقام المعتمدة فيه هي لغاية نهاية شهر يونيه سنة ١٩٦٩ . =

وقد تعود التجار على هذه الحالة وتوسعوا في مشاريعهم التجارية على هـذا الأساس . والاكثار من منح التسهيلات المصرفية من قبل المصارف التجارية في ليبيا يرجع في رأينا ، الى أسباب عديدة نذكر بعضها أدناه :

١ – التوسع الذي صاحب القطاع التجاري باستمرار للاسباب التي سبق تبيانها في اول الكلام . ولكون الأعمال المصرفية المتعلقة بهذا القطاع ، سيما ما يتعلق منها بفتح الاعتمادات ، هي أعمال مربحة ومضمونة بالنسبة للمصارف .

٢ – وجود نسبة جيدة من المبالغ المودعة لدى المصارف ، والتي كانت تستطيع المصارف الحصول عليها لعدم وجود منافسة قوية بينها ، الأمر الذي زاد من قابليتها في منح التسهيلات المصرفية وخاصة لعمليات الحسابات المكشوفة واعتمادات خصم الأوراق التجارية . وقد ساعد على الحصول على نسبة جيدة من الودائع كثرة العملة الورقية في التداول والتي قد لا تتناسب مع حجم المعاملات الجارية في الاقتصاد الليبي ، والناتجة من زيادة النفقات الحكومية وكذلك مما صرفته شركات النفط على التنقيب والاستخراج . وقد أدت هذه النفقات الى

= مجموع رؤوس اموال المصارف التجارية ٤,٢٥ مليون جنيه
مجموع احتياطيات هذه المصارف ٣,٧١ مليون جنيه
التسهيلات المصرفية الممنوحة من قبلها ٦١,٩ مليون جنيه

وكانت هذه التسهيلات في الاساس تتعلق بالحسابات المكشوفة والسلفيات ، اما الكفالات المصرفية فقد وصل مجموعها الى ٧٨,١٢ مليون جنيه ، نتيجة لكثرة مشاريع الدولة وأشخاص القانون العام الأخرى التي عهدت الى المقاولين الأجانب . كما وصل مجموع الأوراق التجارية المخصومة مبلغ ١٠,٧ مليون جنيه ، وكانت هنالك قروض غير مصنفة أخرى بمبلغ ٢,٢ مليون جنيه (أنظر النشرة الاقتصادية لمصرف ليبيا المجلد ٩ العدد ٤ يوليو– غسطس ١٩٦٩ ص ١٤٦)أ.

وقد مثلت السلفيات والسحب على المكشوف النسبة الكبرى للتسهيلات المصرفية فكانت تشكل ٨١,٦٪ من مجموعها ، أما الكمبيالات المخصومة والمشتراة فقد وصلت نسبتها ١٥,٠٪ من اجمالي التسهيلات الائتمانية . (أنظر النشرة الاقتصادية لمصرف ليبيا المجلد ٩ العدد ٦ نوفمبر – ديسمبر ١٩٦٩ ص ٢١٨) .

زيادة العملة في التداول والى التضخم النقدي وبالتالي الى ارتفـــاع شديد في تكاليف المعيشة[٣٢] .

٣ ــ استطاعت المصارف التجارية الاقتراض من الشركات الأم (مراكزها الرئيسية) في الخارج ، لأنها في الحقيقة كانت قروضاً لبنوك أجنبية تعمل في ليبيا[٣٣] . وفي اعتقادنا ان هذا السبب الأخير تجدر ملاحظته بعناية والا تعرضت التسهيلات المصرفية إلى نوع من الانكماش الاضطراري إذ لا يمكن للبنوك بعد اجراء التأميم للحصص الأجنبية الحصول على نفس القروض من الخارج .

وعليه فاذا ارادت الادارة الجديدة لمصرف ليبيا الاستمرار في منح التسهيلات السابقة فنقترح عليها اتباع النقاط التالية :

١ ــ زيادة رؤوس اموال المصارف التجارية بعد الدمج الى الضعف على الأقل ، إذ ان رؤوس اموال هذه المصارف أصبحت لا تتلائم مع الأهمية الملقاة على عاتقها . وقد لجئنا الى مثل هذا الاجراء في العراق وأصـــدرنا قانوناً في سنـــة ١٩٦٧ يضاعف من رؤوس اموال المصارف التجارية ، وقد سبق هذا الاجراء دمج للمصارف في ثلاثة مجاميع (بنوك) فقط بعد ان كانت في وقت من الأوقات اكثر من عشرة مصارف[٣٤] .

٢ ــ نرى ان يتبع البنك المركزي (مصرف ليبيا) سياسة مرنة بالنسبة

---

(٣٢) ارتفع اجمالي العملة المصدرة من ٨٣٫١ مليون جنيه في نهاية يونيه ١٩٦٩ الى حوالي ٩٥٫٥ مليون جنيه في نهاية سبتمبر من نفس العام وكانت الزيادة ١٤٫٣٪ . وقد حصلت سحوبات من المصارف بعد ذلك التاريخ بحيث شكلت العملة خارج المصارف حوالي ٩٦٫٦٪ من اجمالي العملة المصدرة اي ٩١٫٨ مليون جنيه والباقي كان لدى المصارف التجارية ومصرف ليبيا . (انظر النشرة الاقتصادية العدد اعلاه ص ٢٢٠) .

(٣٣) وصل اقتراض المصارف التجارية في البنوك من الخارج مبلغ ٣٫٨ مليون جنيه في نهاية شهر سبتمبر ١٩٦٩ .

(٣٤) أنظر ما سنبينه عند الكلام عن الدمج ص ٣٣ لاحقاً .

لحدود الودائع والأوراق المخصومة وسعر اعادة القطع ، وإن يعمل على تعويد المصارف على اعادة قطع الأوراق المخصومة لديها معه .

٣ – سيؤدي اشتراك مصرف ليبيا في ادارة المصارف التجارية الى ايجاد نوع من مجتمع التسهيلات Pool من الناحية الفعلية، وبذلك ستتوفر معلومات دقيقة عن زبائن المصارف التجارية الذين يتعاملون مع اكثر من مصرف واحد. وهذا ما حصل فعلاً في العراق عندما قامت المؤسسة العامة للمصارف . وقد تؤثر هذه المعلومات على حجم التسهيلات المصرفية الممنوحة لهؤلاء الزبائن لأسباب فنية تتعلق بالضمان ، الأمر الذي يسبب تعكر صفو العلاقة بين المصارف وزبائنها بشكل يكثر معه اللغط حول عدم كفاية التسهيلات الممنوحة والقول بتفضيل الوضع السابق للمصارف على وضعها بعد تأميم الحصص الأجنبية وانتشار مثل هذه الشائعات بين أفراد القطاع التجاري .

ولذلك نقترح عدم تخفيض التسهيلات المصرفية ، في الوقت الحاضر ، لاعتبارات فنية نتيجة لتوافر المعلومات عن الزبائن ، حتى ولو لم يظهر الضمان لبعض الزبائن كافياً لتغطية التسهيلات التي يحصلون عليها ، وذلك تجنباً لمثل هذا اللغط وتطميناً للمتعاملين مع المصارف بأن اجراء تأميم الحصص الأجنبية فيها سوف لا يؤثر سلبياً على مصالحهم ومعاملاتهم مع المصارف . وهذه ناحية تقديرية يحس بها المشتغلون في المصارف ولو انها يصعب تبريرها من الوجهة النظرية البحتة .

٤ – سيضعف مركز بعض المساهمين نتيجة لاعادة تنظيم المصارف وذلك لتقليص حصص بعضهم ولخروج البعض الآخر من مجالس الادارة حتى يفسحوا المجال لعدد من ممثلي مصرف ليبيا . وسيؤثر كل ذلك دونما شك على مركز هؤلاء المساهمين في المصرف وبالتالي على التسهيلات المصرفية التي كانوا يحصلون عليها بشكل غير مباشر عن طريق منحها لشركائهم او شركاتهم والتي

كانوا يحصلون بشكل مباشر عليها كمساهمـــين كبار ليسوا أعضاءً في مجالس الادارة .

وتخفيفاً لنتائج هذه الحالة نقترح على مصرف ليبيا ان يقلل قدر الامكان من تأثيرها السلبي عليهم ، لكي لا تشهر كسلاح ضد تأميم الحصص الأجنبية في المصارف من قبل اصحاب المصالح المتضررة . بل ان على مصرف ليبيا في هذه الآونة الحرجة ان يعمل على إزالة كل اسباب التذمر وذلك بالمحافظة على مجاميع التسهيلات الائتمانية السابقة وزيادتها إن أمكن سيما للتجار الليبيين المرتبطين بمقاولات عامة ، بغية تمويلهم بالحدود التي تضمن لهم الايفـــاء بالتزاماتهم وانهائها بالوقت المتفق عليه ، لكي لا يصاب الاقتصاد بأي ركود بسبب الاجراءات الاخيرة الخاصة بالمصارف .

قطاع التأمين :

إما في قطاع التأمين فان الأثر السلبي سوف لا يظهر جلياً اذ ليس له من الشمول ما للأثر الذي ذكرناه بصدد التسهيلات المصرفية بالنسبة للمصارف . كما ان شركات التأمين ، كأي شركات تبيع خدماتها للجمهور ، ستبقى هي لاهثةً وراء الحصول على الأعمال من جمهور المؤمنين وهي لا تستطيع التأثير عليهم كما تفعـــل المصارف التي تستطيع تخفيض تسهيلاتهم المصرفية للحدود التي تراها سيما في سوق تنعدم فيه المنافسة الحرة . ومع ذلك نقترح تفاديـــاً لاحتمال وقوع أي أثر سلبي النقاط التالية :

١ ــ الابقاء على ثبات أسعار التأمين في الداخل في الوقت الحاضر ، حتى ولو طرأت زيادةعلى اسعار اعادة التأمين في الخارج نتيجة للاجراءات المتعلقة بتأميم الحصص الأجنبية من الناحية الفعلية ، في شركات التأمين وانقطاع صلة بعض هذه الشركات مع الشركات الأم في الخارج .

٢ ــ التعاون قدر الامكان مع شركات أعادة التأمين العربية كشركة اعادة التأمين العراقية وشركة الضمان السورية والشركات المصرية بزيادة نسبة ما يعاد تأمينه لديها ان وجدت مثل هذه الأعمال بالسابق ويبدأ علاقات جديدة ان لم تكن موجودة سابقاً وذلك على أساس المقابلة بالمثل، اي الحصول منها على نسب يتفق عليها من أعمال اعادة التأمين ايضاً ، كما انه من الممكن الاتفاق مع شركات شرقية مهمة في بعض البلاد الاسلامية ، اذا ما أصرت الشركات الغربية على زيادة اسعارها كشركة اعادة التأمين الباكستانية التي أظهرت التجارب السابقة بأن التعاون معها مثمر ويدر فائدة للطرفين.

اعادة التنظيم والشكل القانوني الجديد :

لقد رمى القانونان (قانون تأميم الحصص الأجنبية في المصارف وقانون مساهمة الدولة في شركات التأمين) الى إعادة تنظيم الشكل القانوني للشركات المصرفية ولشركات التأمين ، وذلك بشكل ملحوظ بالنسبة للمصارف وبالدرجة التي تقتضيها مساهمة الدولة بستين بالمائة من أسهم الشركات بالنسبة لقطاع التأمين . ويتضمن تغيير الشكل القانوني مسائل تتعلق بمدى خضوع هــذه الشركات الجديدة للقوانين النافذة المفعول حالياً ، وبما طرأ على ادارتها من تغيير وعلى اختصاصات الدوائر الرسمية المختلفة التي تمارس حق الرقابة عليها ، وما طرأ على ملكيتها وتحديد ملكية بعض المساهمين فيها وبدمجها وتشكيل وحدات جديدة منها بعد الدمج ، وسنعالج هذه النقاط تباعاً فيما يلي : ــ

الشركات بعد التغيير والقوانين النافذة حالياً :

لم يؤثر قرار مساهمة الدولة في شركات التأمين على خضوعها للأحكام العامة المتعلقة بالشركات الواردة في القانون التجاري كتأسيس الشركة وكالرقابة عليها ، كما لم يؤثر ، بالطبع ، على استمرار انطباق أحكام عقــد التأمين الواردة في القانون المدني على معاملاتها ، ولا على أحكام قانون الاشراف

والرقابة على شركات التأمين ولا على القانون الذي قرر بعض الأحكام الخاصة بالتجار والشركات التجارية والاشراف عليها[٣٥] .

ويختلف الأمر بالنسبة للمصارف فان هناك كثير من الأحكام في القوانين المارة الذكر وفي غيرها سوف يصبح من المتعذر تطبيقها على الشركات المصرفية. ومع ذلك بقد بقيت المصارف خاضعة للشكل العام للشركات المساهمة في القانون التجاري . ولكنها أصبحت لا تخضع منذُ صدور قانون تأميم الحصص الأجنبية فيها الى الأحكام المتعلقة بانتخاب رئيس واعضاء مجلس الادارة ولا الأحكام الخاصة باجتماع الجمعيات العمومية (الهيئات العامة) العادية وغير العادية ، وذلك لوجود ممثلين لمصرف ليبيا يعينون تعيناً ، كما انها سوف لا تخضع بعد اليوم الى الاحكام المتعلقة بنقل الأسهم .

إلا اننا نعتقد ببقاء سريان الأحكام الخاصة بهيئة المراقبة وبدفاتر الشركات المساهمة وبتحضير ميزانيات المصارف . كما تبقى الأحكام المتعلقة بعدم جواز اصدار الأسهم بأقل من قيمتها الاسمية وعدم جواز تجزئة السهم والأحكام المتعلقة برهن الأسهم وترتيب حق انتفاع عليها وكل ما يتعلق باصدار شهادات الأسهم وما يرد فيها من بيانات . وكذلك الأحكام المتعلقة باصدار سندات القرض والأحكام الخاصة بجمعيات حملة هذه السندات نافذة المفعول بالنسبة للمصارف وشركات التأمين[٣٦] .

ولا يمكن ان تحدد الأحكام التي يتوقف تطبيقها على المصارف من احكام القانون التجاري بدقة قبل صدور الأنظمة الداخلية لهذه المصارف ولما سوف تحتويه من مواد لتبيان شكلها القانوني . وعلى كل حال فقد أتاح المشرع فرصة

---

(٣٥) قانون الاشراف والرقابة على شركات التأمين رقم ١٣١ لسنة ١٩٧٠ . وقانون الاشراف على التجار والشركات التجارية رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٠ .

(٣٦) أنظر المواد (٤٧٨ – ٦٠٧) من القانون التجاري الليبي لسنة ١٩٥٣ المتعلقة بشركات المساهمة .

خروج مواد هذه الأنظمة على أحكام القانون التجاري المتعلقة بالشركات وخول الجهات المختصة باصدارها تضمينها لأحكام مختلفة عن ما جاء فيه اذا اقتضت الضرورة ذلك[٣٧] .

---

(٣٧)نص القانون الخاص بالمصارف على ان « يصدر مجلس إدارة مصرف ليبيا بعد موافقة وزير الخزانة الأنظمة الاساسية للمصارف التجارية وذلك دون التقيد بأحكام القانون التجاري على أن تسري أحكام القانون المذكور فيما لا يرد بشأنه حكم خاص في النظام الاساسي » . (م ٩ من القانون المذكور) .

ويلاحظ ان القانون لم يقض بمشاركة المساهمين في وضع النظام الاساسي المزمع اصداره لكل مصرف ، بينما القاعدة القانونية العامة تقضي بمشاركة المساهمين في قرارات تعديل عقد التأسيس والنظام الاساسي للشركة ، لأن هذه التعديلات تصدر عن الجمعيات العمومية (غير العادية) والتي يشارك فيها المساهمون جميعاً . ولكن هذه الناحية نظرية بحتة بالنسبة للمصارف التي يمتلك مصرف ليبيا جميع اسهمها كمصرف الجمهورية مثلا ، اذ يعتبر مجلس ادارة مصرف ليبيا بمثابة الهيئة العامة لهذه المصارف . كذلك فانه يمتلك أغلبية الأسهم في بعض المصارف الأخرى مما يضمن له الأكثرية المطلوبة لتعديل عقد الشركة ونظامها بموجب (م ٥٢٠ ق.ت.ل) .

ويجوز في هذه الأنظمة الاتيان بأحكام تتعارض مع أحكام القانون التجاري، القسم المتعلق بشركات المساهمة كما بينا ، وان تجعل الشركات غير خاضعة لرقابة وزارة الاقتصاد كشركات مساهمة ، وهو اجراء صحيح لو اقتصر الأمر على المصارف التي تمتلكها الدولة ملكية تامة ولكن قد يكون فيه محذور في شركات القطاع المختلط ، التي يفترض فيها ان تأسس كأية شركة عادية وإلا يكون لملكية الدولة لبعض اسهمها تأثيراً على شكلها القانوني .

كما اقتضت الظروف ان يمنح المشرع لمصرف ليبيا الحق في تعيين مجالس إدارة مؤقتة للمصارف دون دعوة الهيئات العامة (الجمعيات العمومية) بالنسبة لمصارف القطاع المختلط . (م ١٠ من قانون تأميم الحصص الأجنبية في المصارف) . وفي ذلك خروج على قاعدة انتخاب مجلس الادارة من قبل الجمعيات العمومية وقاعدة التمثيل المتناسب مع المساهمة في رأس المال في شركات القطاع المختلط .

والظاهر ان المشرع الليبي تأثر عند تشريعه لهذا الحكم بالقوانين التي أممت المصارف في بعض البلاد العربية كالعراق ومصر وسوريا ، دون ان يلاحظ اختلاف الأمرين، اذ ان في تلك البلدان حصل تأميم كامل لجميع المصارف ولم يقتصر على تأميم الحصة الأجنبية فيها فقط . الأمر الذي بدل ملكية المصارف من القطاعين الخاص والمختلط الى القطاع العام ، وهذا الأمر ليس كذلك في ليبيا التي بقيت فيها بعض المصارف في القطاع المختلط كمصرف الوحدة مثلا .

قانون المصارف :

اما الأحكام التي أوردها قانون المصارف فستبقى سارية المفعول إلا ما عدل منها صراحة أو ضمناً بقانون تأميم الحصص الأجنبية في المصارف فقط ، ولا يجوز حسبما نرى ، للأنظمة الاساسيةالمزمع اصدارها الخروج على أحكام قانون المصارف هذا .

لأن المادة التاسعة من قانون تأميم الحصص الأجنبية في المصارف ، والتي خولت مجلس ادارة مصرف ليبيا اصدار الأنظمة الاساسية للمصارف ، خولته الخروج عن أحكام القانون التجاري فقط ولم تذكر قانون المصارف بالذات . وان عدم ذكر المادة التاسعة لقانون المصارف ليس اغفالاً تشريعياً لا يعتد به ، وانما هو أمر مقصود لاختلاف الأحكام الواردة في القانون التجاري عن نظيرتها في قانون المصارف . إذ ان الاولى تبين احكاماً شكلية متعلقة بالشركات قد تدعو الضرورة الى الخروج عنها بعد إعادة تنظيم الشكل القانوني للمصارف. بينما الثانية تتعلق بأحكام موضوعية تخص سلامة وضبط الأعمال المصرفية وبالتالي فلا يوجد مايبرر الخروج عنها في الأنظمة الأساسية للمصارف التجارية .

لقد اشترط قانون المصارف المذكور أن يكون المصرف الذي يؤسس بعد صدوره متخذاً لشكل شركة مساهمة ليبية يمتلك الليبيون فيها ما لا يقل عن ٥١٪ من أسهمها . وأن يكون رأس مالها المدفوع ما لا يقل عن (٢٥٠) ألف جنيهاً ليبياً . اما اذا كان مركز الشركة الرئيس خارج الحدود الليبية فقد أوجب القانون المذكور ان يكون رأسمالها ما يعادل مليون جنيهاً ليبياً على الأقل ، يخصص وينقل منه الى ليبيا ما لا يقل عن نصف مليون جنيه ليبي لغرض فتح فرعها او فروعها في ليبيا .

كما نص قانون المصارف على واجبات فرض على المصارف التجارية أتباعها ، بقي بعضها ساري المفعول على المصارف الحالية وألغي بعضها الآخر حكماً بعد

صدور قانون تأميم الحصص الأجنبية في المصارف . فمن الأحكام التي الغيت حكماً ما نص عليه من وجوب الاحتفاظ في ليبيا ، لما يعادل رأس المال المدفوع والتزامات المصرف الناشئة عن تعامله فيها . لأنها أحكام كانت تخص في الغالب فروع المصارف الأجنبية العاملة في ليبيا .

اما الأحكام التي ستبقى سارية المفعول على المصارف التجارية فمنها على سبيل المثال لا الحصر، ضرورة استقطاع ٥٠٪ من الأرباح السنوية لتكوين الاحتياطي القانوني حتى يبلغ هذا الاحتياطي نصف رأس المال المدفوع ، ومن ثم يستقطع ٢٥٪ من الأرباح حتى يغطى رأس المال المدفوع بكامله أي يتضاعف.

كما منع هذا القانون المصارف التجارية من اصدار الأذون القابلة للدفع عند الطلب (J. O. Y.) او القيام بالأعمال التجارية كالاستيراد والتصدير والبيع بالجملة او المفرد أو ممارسة أعمال المقاولات او امتلاك العقارات أو امتلاك أسهم أي مصرف يعمل في ليبيا ولو كان فرعاً لمصرف مركزه الرئيسي في الخارج . كما منعها من شراء أسهم في الشركات المساهمة بمقدار يزيد عن ٥٠٪ من رؤوس اموالها المدفوعة ، على ان لا تتجاوز القيم الاسمية لجميع هذه الأسهم نصف رأس مال المصرف المدفوع [٣٨] . وخول مصرف ليبيا زيادة الحدين المذكورين اذا ما اقتضت الظروف الاقتصادية ذلك ولأسباب يرتأيها ، كالرغبة في انجاح الاكتتاب لشركة مساهمة تعمل في قطاع معين تشجع الدولة الاستثمار فيه وتطويره لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة كالقطاعين الصناعي والزراعي في ليبيا مثلاً .

كما منع قانون المصارف المذكور اي مصرف تجاري من منح أسهمه كضمان لديون عليه ، او امتلاكه لهذه الأسهم . اما إذا آلت اليه وفاءً لدين ، فعلى المصرف المعني ان يبيعها خلال سنة من تاريخ أيلولتها إليه .

---

(٣٨) قانون المصارف رقم ٤ لسنة ١٩٦٣ ، المواد ٥٣ و ٥٨ و ٥٩ منه .

كما حظر هذا القانون على المصارف التجارية تقديم التسهيلات المصرفية لأي شخص زيادة عن ٢٠ ٪ من رأس مال المصرف بما في ذلك احتياطي رأس المال. ولكنه جوز زيادة هذه النسبة الى ٥٠ ٪ إذا كان هنالك ضمان كافٍ يقبله مصرف ليبيا . ولا يشمل المنع الأخير التعامل بين المصارف التجارية او تعامل المصرف مع فروعه، كما لا يشمل أثمان شراء الأوراق التجارية التي تسدد بموجبها أقيام الصادرات الليبية في الخارج أي (السحوبات الواردة) ولا تقديم السلف اللازمة عنهـــا .

وقد أوجب قانون المصارف على المصارف التجارية نشر ميزانياتها السنوية وأوضح البيانات التي يستوجب عليها ارسالها الى مصرف ليبيا بصفته بنكاً مركزياً (٣٩) .

ولا تزال جميع هذه الأحكام سارية المفعول على المصارف التجارية ولا يقيد من نفاذها القانون الأخير بتأميم الحصص الأجنبية في المصارف الذي نحن بصدد التعليق عليه ، كما لا يجوز أن تقيد هـــذه الأحكام أو تخالف في النظم الأساسية المزمع اصدارها كما سبق ان ألمحنا الى ذلك .

قانون شركات التأمين (٤٠) :

ستبقى الأحكام المتعلقة بالوثائق التي يطلب من الشركات العاملة في ليبيا تقديمها الى وزارة الاقتصاد اضافة الى البيانات التي يتطلبها القانون التجاري لتسجيل الشركة سارية المفعول بعد مساهمة الدولة في شركات التأمين ، ويجب ان تخبر الشركة السلطات المختصة عن كل تغيير أو تبديل يطرأ على المعلومات التي احتوتها هذه الوثائق المقدمة . كذلك تسري الأحكام المتعلقـــة بالضمان

(٣٩) المواد ٦١ و ٦٢ و ٦٤ من قانون المصارف المذكور .

(٤٠) قانون الاشراف والرقابة على شركات التأمين رقم ٧ لسنة ١٩٥٩ .

المطلوب لمزاولة كل فرع من فروع التأمين وهو عشرة آلاف جنيه تقدم اما بشكل وديعة نقدية او بشكل كفالة مصرفية ، ولا يتطلب زيادة الضمان عن مبلغ ثلاثين ألف جنيهاً حتى لو مارست الشركة اكثر من ثلاثة فروع من التأمينات (٤١) .

كما تبقى الأحكام المتعلقة بوثيقة المدير المنتدب والتخويلات المطلوبة له . والأحكام المتعلقة بمنع الأشخاص المحكوم عليهم بالجرائم الاقتصادية وجرائم الأموال من تأسيس شركات التأمين وإدارتها أو تمثيلها في ليبيا سارية المفعول . وكذلك كل ما يتعلق بمسك الحسابات الخاصة بكل قسم (فرع) من أقسام التأمين والأحكام المتعلقة بالالتزام بالبيانات التي يصدرها وزير الاقتصاد ويعين فيها طرق مراجعة دفاتر شركات التأمين . وكل ما يتعلق بالبيانات السنوية الدورية الواجبة التقديم الى وزارة الاقتصاد الليبية (٤٢) .

أما الأحكام التي تحدد المبلغ الواجب الاحتفاظ به في ليبيا والذي قدره (٦٠٪) من الاحتياطي الحسابي الخاص بالعقود المبرمة في ليبيا او التي تنفذ فيها ، والأحكام التي تخول وزير الاقتصاد تعيين حالات الاستثمار لأموال شركات التأمين في ليبيا ، والأحكام التي أوضحت الاجراءات الواجبة الاتباع إذا رغبت الشركة وقف أعمالها التأمينية في ليبيا وتحرير الضمانات المودعة ، فانه بالرغم من بقائها سارية المفعول من الناحية النظرية الا انها تتعلق في الغالب بفروع الشركات الأجنبية التي تمارس التأمين في ليبيا . اما الآن وقد أصبحت جميع شركات التأمين شركات ليبية مملوكة من الناحية العملية ملكية تامة تقريباً من الليبيين وتمتلك الدولة (٦٠٪) من أسهمها فان هذه الأحكام سوف لا تجد مجالاً لتطبيقها (٤٣) .

---

(٤١) المواد ٤ – ٦ من قانون شركات التأمين المذكور أعلاه .

(٤٢) المواد ٧ – ١٢ من قانون شركات التأمين المذكور .

(٤٣) المواد ١٩ – ٢١ من قانون شركات التأمين المذكور .

ولكن تبقى الأحكام المتعلقة بامتيازات المنتفعين في عقود التأمين المبرمة مع الشركات والمتعلقة بتوزيع موجودات شركة التأمين عند إفلاسها والأحكام التي تخص العقوبات سارية المفعول على الوضع الجديد بعد مساهمة الدولة في شركات التأمين (٤٤) .

التغيير الذي طرأ على الادارة :

طرأ تغيير كبير من حيث الموضوع على ادارة شركات المصارف والتأمين نتيجة لاصدار القانونين المذكورين (٤٥) سيما فيما يتعلق بالمصارف .

ففي الفترة التي لحقت صدور قانون تأميم الحصص الأجنبية في المصارف ، أخذت تلك المصارف تدار من قبل مجالس ادارة موقتة يعينها مجلس ادارة مصرف ليبيا بموافقة وزير الخزانة ، وقد صدرت قرارات بتسمية هذه المجالس الموقتة بعيد صدور القانون المذكور (٤٦) .

أما مجالس ادارتها الدائمة فستعين شكلها الأنظمة الاساسية المزمع اصدارها والتي ستضمن الأكثرية في المجالس لممثلي مصرف ليبيا وهو المالك لأكثرية الاسهم في بعض المصارف ولجميع الاسهم في بعضها الآخر (٤٧) .

---

(٤٤) المواد ٢٢ – ٢٦ من قانون شركات التأمين المذكور .

(٤٥) قانون تأميم الحصص الأجنبية في المصارف وقانون مساهمة الدولة في شركات التأمين .

(٤٦) نصت المادة العاشرة من قانون تأميم الحصص الأجنبية في المصارف على ان « يعين مجلس ادارة مصرف ليبيا بعد موافقة وزير الخزانة مجلساً موقتاً لادارة كل من المصارف التجارية من ثلاثة اعضاء على الأقل وذلك الى أن يتم اصدار نظامه الأساسي كما يعين مديراً موقتاً او اكثر تحدد اختصاصاته في القرار الصادر بتعيينه .

وتعفى اللجان الموقتة للادارة ومجالس ادارة المصارف التجارية القائمة عند نفاذهذا القانون ومديروها العامون الحاليون من العمل اعتباراً من تاريخ صدور قرارات مجلس ادارة مصرف ليبيا المشار اليها . » (م ١٠ من قانون تأميم الحصص الأجنبية في المصارف) .

(٤٧) يجوز في بعض الحالات ان يعين في مجالس ادارة المصارف التجارية المملوكة للدولة ملكيةتامة=

كما منح القانون مجلس ادارة مصرف ليبيا صلاحية تعيين مدير مفوض او مدير عام او اكثر لكل مصرف وتعيين صلاحياته واختصاصاته بقرار تعينه ، ويخضع قرار مصرف ليبيا في هذا الشأن لاعتماد وزير الخزانة (نص المادة العاشرة المارة الذكر) . ويكون تعيين المدير او المدراء بهذا الشكل مؤقتاً لحين صدور النظام الاساسي للمصرف والذي يعين بموجبه عندئذٍ مجلس ادارة أصولي ومدير دائم لذلك المصرف .

أشخاص ليسوا من الموظفين ، كالتجار وأصحاب الأعمال . وهذا ما كان جارياً عليه العمل في مجلس ادارة مصرف الرافدين اكبر المصارف التجارية في العراق والذي كان ولا يزال مملوكاً بالكامل من الدولة حتى قبل صدور القرارات الاشتراكية بتأميم المصارف في العراق في ١٤ تموز (يوليو) سنة ١٩٦٤ . وذلك ضماناً لتمثيل الخبرات المتنوعة في مجالس الادارة . ويستحسن أن يؤخذ بهذه القاعدة بالنسبة للمصارف الليبية المملوكة من قبل الدولة كمصرف الجمهورية مثلا .

وقد سبق لقانون سنة ١٩٦٩ ان منح وزير الخزانة حق تعيين ممثلي الحكومة في مجالس الادارة ونص على ان يكون من بينهم رئيس المجلس وتنتخب الجمعية العمومية باقي الأعضاء على أن لا يقل عدد الليبيين في المجلس عن نسبة ما تمثله مساهمة الدولة أو غيرها من المساهمين الليبيين في رأس المال ، أي الأكثرية في جميع الأحوال . (م ١٩ من قانون ١٣ نوفمبر ١٩٦٩) .

ومما يلاحظ ان هذه النسب غير واجب مراعاتها عند تقرير صحة اجتماعات الجمعيات العمومية ، لأن النصاب يحصل بحضور من يمثلون (٧٠٪) من رأس المال وتتخذ القرارات بتصويت (٧٥٪) من الأسهم الممثلة في الاجتماع . ويشترط لصحة قرارات الجمعيات العمومية غير العادية أغلبية (٦٠٪) من رأس المال . كما يلاحظ أن هذه النسب أعلى من نسب النصاب واتخاذ القرارات التي يتطلبها القانون التجاري ، ومع ذلك فلا يوجد تعارض بين القانونين ، لأن المادة (٥٢٠ ق.ت.ل) قبلت اشتراط نسب أعلى في عقد تأسيس الشركة .

ونلاحظ اخيراً ان القانون الذي أصدره مجلس قيادة الثورة في ١ ديسمبر ١٩٦٩ ضمن الأكثرية لممثلي الحكومة في رأس مال الشركات التي تحل محل الفروع الأجنبية ونص على ان يكون من بينهم رئيس مجلس الادارة وان تذهب مكافآتهم الى الحكومة . وغني عن القول ان هذا النص أصبح حبراً على ورق بعد صدور القانون الجديد بتأميم الحصص الأجنبية في المصارف (م ١٠ قانون ١ ديسمبر ١٩٦٩) .

كما لم يبق أي أثر للجنة الموقتة التي عينت لادارة الفروع الأجنبية التي حولت الى شركات ليبية تمتلك الدولة (٥١٪) على الأقل من أسهمها . وكانت اللجنة تتكون من ثلاثة أعضاء اثنان منهم يمثلان الحكومة والآخر يمثل الحصة الأجنبية على ان يكون الرئيس من بين ممثلي الحكومة . (م ٧ من القانون المذكور) .

ورغم الغاء المجالس القائمة قبل اصدار القانون فانه لم يحظر اعادة تعيين الليبيين الذين كانوا فيها ، في المجالس المؤقتة ولا في المجالس الدائمة وذلك للافادة من خبراتهم . أما السبب الذي حدى بالمشرع الى الغاء هذه المجالس ، حسبما نعتقد، هو لتنحية الأعضاء الأجانب منها بعد أن أممت الحصص الأجنبية في المصارف وأصبح هؤلاء الأعضاء لا يمثلون شيئاً في رؤوس أموالها ، وهو اجراء سليم بطبيعة الحال .

ولما كانت ادارة الشركات المساهمة لا تقتصر بمعناها الواسع على مجالس الادارة والمدراء المفوضين والعامين ، بل تشمل الهيئات العامة أيضاً ، فقد عالج المشرع الناحية المتعلقة بالجمعيات العمومية ايضاً . فمنح مجلس ادارة مصرف ليبيا صلاحيات الجمعيات العمومية للمصارف التي تمتلكها الدولة بالكامل ، لأن مصرف ليبيا أصبح هو المساهم الوحيد في هذه المصارف . ولكن القانون تطلب ان يصادق على قرارات مجلس ادارة مصرف ليبيا المتعلقة بهذه الناحية وزير الخزانة باعتباره الممثل لبيت المال والأموال العامة .

إلاّ ان القانون لم يضع حلولاً لحالة عدم مصادقة الوزير المذكور على القرارات التي يصدرها مجلس ادارة مصرف ليبيا باعتباره جمعية عمومية للمصارف التي يمتلكها بالكامل . فهل تبطل هذه القرارات مثلاً ؟ او هل تنفّذ إذا أصر عليها المجلس ؟ أم هل هنالك جهة عليا للبت بالنزاع شأن ذلك شأن قرارات مجلس ادارة البنك المركزي التي لا يصادق عليها وزير المالية ، والتي يبت بها مجلس الوزراء في بعض الدول كالعراق مثلاً .

أما بالنسبة للمصارف التي بقيت في القطاع المختلط فلم يتعرض لها القانون من هذه الناحية، لأن المشرع وجدها ليست آنية، والظاهر انه ترك الأمر فيها للأنظمة الاساسية المزمع اصدارها . ومهما يكن من أمر فسيكون لمصرف ليبيا الأغلبية المطلقة في جمعياتها العمومية ايضاً بواقع مساهمته بواحد وخمسين

بالمائة على الأقل من أسهمها [٤٨] .

اما فيما يتعلق بشركات التأمين العاملة في ليبيا ، فان ما طرأ على اداراتها كان أقل وقعاً مما طرأ على المصارف التجارية . فقد أناط القانون تمثيل مساهمة الدولة فيها بوزارة الاقتصاد وخولها حل المجالس القائمة عند صدوره وتعيين مدير مفوض موقت او مجلس ادارة مؤقت لادارة كل شركة ، حتى يتم انتخاب مجالس ادارة جديدة لها تأخذ بعين الاعتبار مساهمة الدولة بـ (٦٠٪) من أسهمها وبالتالي منح ممثلو الدولة أكثرية اعضاء مجلس الادارة بما في ضمنهم رئيس المجلس [٤٩] . وقد اخضع القانون قرارات مجلس الادارة المؤقت او المدير المفوض المؤقت لاعتماد وزير الاقتصاد . ونعتقد أن مثل هذا الاعتماد من قبل الوزير المذكور سوف لا يكون لازماً بعد انتخاب مجلس الادارة الدائم بشكل أصولي ، اذ لا ضرورة لاخضاع قرارات مجلس ادارة شركات القطاع المختلط الى مصادقة وزير الاقتصاد .

---

(٤٨) نص القانون على ان « يتولى مصرف ليبيا ممارسة الاختصاصات المقررة للجمعيات العمومية للشركات المساهمة بالنسبة الى المصارف التي تمتلك اسهمها بالكامل على ان تعتمد القرارات التي يصدرها مجلس ادارة مصرف ليبيا في المسائل التي تدخل ضمن الاختصاصات المشار اليها من وزير الخزانة » . (ف ٢ م ٧ من قانون تأميم الحصص الأجنبية في المصارف) .

ولا نعتقد ان في اعتماد وزير الخزانة لهذه القرارات ما يضمن استقلال هذه المصارف عن مصرف ليبيا ولا يشكل حاجزاً منيعاً في هذا الصدد . وذلك لسببين : اولاهما ان هذه القرارات حولية وقد لا تتخذ إلا مرة بالسنة إذ أن اجتماعات الجمعيات العمومية ليست بالكثيرة ، وثانيهما ان قرارات مجلس ادارة مصرف ليبيا (كبنك مركزي) يجب اعتمادها من قبل وزير الخزانة ، سواء اكانت متعلقة بهذه الناحية او بنواح أخرى .

وتخضع جميع قرارات البنك المركزي في بعض البلاد كالعراق الى مصادقة وزير المالية والذي له حق رفضها . اما اذا اصر مجلس ادارة البنك المركزي عليها بعد رفض الوزير لها فتعرض على مجلس الوزراء ليبت في الأمر . اما اذا استنكف الوزير عن التصديق فتصبح نافذة المفعول بعد مرور عشرة أيام من تاريخ صدورها .

(٤٩) (م ٥ من قانون مساهمة الدولة في شركات التأمين المذكور) .

ملكية الأسهم في شركات التأمين :

دخلت الدولة كمساهم في شركات التأمين العاملة في ليبيا بنسبة ٦٠٪ من أسهم هذه الشركات، ولم يعين القانون الذي قرر هذه المساهمة المالك المباشر لأسهم الدولة ، إذ انه لم يملكها لوزارة الاقتصاد مثلاً ولكنه أناط بهذه الوزارة حق تمثيل مساهمة الدولة في شركات التأمين بينمـــا ملك الأسهم المؤممة في المصارف لمصرف ليبيا .

ولازدياد أهمية قطاع التأمين واحتمال تأسيس شركات تأمين في القطاع العام في المستقبل أو زيادة أسهم الدولة في الشركات القائمة ، ولصعوبة ادارة حقوق الأسهم من سلطة غير متخصصة ولضرورة الفصل بين الناحيتين التجارية والفنية التي يمارسها المالك ، من جهة ، وناحية الرقابة التي يجب ان تمارسها مؤسسة مستقلة من الجهة الأخرى ، نقترح أن تتخذ الحكومة الخطوة الطبيعية بانشاء مؤسسة عامة للتأمين تملكها هذه الأسهم وعندئذ تحقق انفصال الملكية عن الرقابة وضمان الادارة المتخصصة (٥٠) .

ملكية أسهم المصارف :

أما ملكية أسهم الدولة في المصارف فقد منحت الى مصرف ليبيا ، الذي أصبح المالك المباشر لها وألزم قانوناً بتعويض أقيامها لمالكيها السابقين (٥١) .

---

(٥٠) وزارة الاقتصاد هي السلطة المختصة برقابة شركات التأمين بموجب أحكام قانون الاشراف والرقابة على شركات التأمين رقم ٧ لسنة ١٩٥٩ السابق الذكر .

(٥١) نص قانون تأميم الحصص الأجنبية في المصارف على ان « ١ – تنقل ملكية الأسهم التي تؤول الى الدولة طبقاً للقاعدة الأولى من هذا القانون الى مصرف ليبيا .

٢ – كما تنقل الى المصرف المذكور ملكية رؤوس أموال المصارف المملوكة بكاملها للدولة والأسهم المملوكة لها في مصرف الصحارى .

٣ – ويؤدي مصرف ليبيا الى ذوي الشأن نقداً ما تلتزم الدولة بأدائه اليهم من تعويض مقابل الأسهم التي انتقلت ملكيتها اليها .. » (م ١ من قانون المذكور) .

ويلاحظ ان تمليك مصرف ليبيا لهذه الأسهم واشراكه في مجالس ادارتها ، وكذلك منحه حق الرقابة عليها باعتباره المصرف المركزي الليبي ، فيه محذور فني بالاضافة الى المحذور الاداري .لأنه يستحسن دائماً ، كما المحنا الى ذلك سابقاً ، فصل الملكية عن مهمة الرقابة ، ولأن الناحية الفنية تقضي بابعاد المصرف المركزي عن الاشتراك في ملكية المصارف التجارية او الاشتراك في ادارتها . وذلك لكي يضمن استقلاله عنها ضماناً تاماً ، ليتسنى له مباشرة رقابته عليها والقيام بواجباته في تحديد السياسة النقدية ومراقبة الائتمان . وفي ذلك ما يتعارض مع امتلاكه لأسهم المصارف والسيطرة الادارية عليها بحكم كونه المالك لأغلبية الاسهم في بعضها ولجميع الاسهم في بعضها الآخر .

صحيح ان من مهام المصرف المركزي السيطرة على المصارف التجارية ، ولكن تجب هنا التفرقة بين السيطرة المتأتية عن الوسائل القانونية التي منحها المشرع لهذا البنك لممارسة واجباته كمصرف مركزي والسيطرة الادارية المباشرة التي تتأتى نتيجة لملكية الأسهم او أغلبيتها في المصارف التجارية .

اذ كيف يتسنى للمصرف المركزي مراقبة المصارف وهو المسؤول الأخير عن ادارتها والمشارك في انتقاء مدرائها ومجالس ادارتها . وكيف يتوقع ان يترك المصرف المركزي مصرفاً تجارياً تسوء احواله وهو المسؤول المباشر عن اخفاقه ، دون ان ينجده بوسائل هي في مقدور المصرف المركزي ، إلا انها إذا ما اتخذت قد تؤدي الى الاضرار بالائتمان ككل ولو انها قد تنجي ذلك المصرف التجاري

= ويلاحظ ان قانون سنة ١٩٦٩ حول فروع المصارف الأجنبية العاملة في البلاد الى شركات مساهمة وملك الدولة ٥١٪ من أسهمها يدفع عنها تعويض نقدي على أساس القيمة الدفترية ، بعد خصم الديون الميتة التي يتعهد المركز الرئيسي بدفعها للفرع .

كما حدد ذلك القانون رأس مال كل شركة جديدة حلت محل فرع المصرف الأجنبي المعني ، ونص على اعادة توحيد وتقسيم رأس المال الى أسهم متساوية القيمة على ان تحدد قيمتها الاسمية وعددها في النظام الأساسي للشركة .

من كبوته . لأن وسائل الرقابة التي منحت له قانوناً يجب استعمالها لاعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة وليس لغرض انقاذ مصرف معين كان هو المسؤول عن سوء ادارته . ولو انه في انقاذ المصارف التجارية قد تتحقق مصلحة عامة احياناً إلا ان ذلك بشكل محدود ويجب ان يشكل الاستثناء لا القاعدة (٥٢) .

---

(٥٢) تشمل اعمال رقابة مصرف ليبيا (البنك المركزي الليبي) على المصارف التجارية ، الأشراف على عمليات تقدير أصول المصارف وتحديد السيولة النقدية التي يجب على المصارف التجارية الاحتفاظ بها . والحق في منع المصارف التجارية من الاستثمار في حقول اقتصادية معينة ، وتحديد قيمة الاحتياطيات التي يجب عليها الاحتفاظ بها . كما وتشمل اعمال الرقابة « تحديد النسب الواجب مراعاتها بين قيمة السلف و بين القيمة التسليفية للضمان وتعيين نوع الضمان . » وتشمل رقابة مصرف ليبيا على تحديد العمولات التي تتقاضاها المصارف التجارية من الزبائن والتي تمنحها لهم لقاء التعامل معهم بما في ذلك تعيين حد أعلى للفائدة لجميع الحسابات الدائنة والمدينة والفوائد التأخيرية وتعيين سعر لاعادة الخصم والسعر المسموح به للخصم من قبل المصارف التجارية وتحديد الفرق بين السعرين .

كما يشمل اشراف مصرف ليبيا على المصارف التجارية العاملة في الجمهورية العربية الليبية « تحديد النسبة المئوية لكل فرع من أنواع الائتمان او الاستثمارات او الاعتمادات وذلك بالنسبة للبنوك جميعاً او لأي منها بالنسبة لكل او بعض هذه العمليات » . كما تشمل الرقابة تعيين الحد الأدنى للتغطية في خطابات الاعتماد **Margin** بالنسبة لنوع معين من العمليات . ويأخذ عادة المصرف المركزي بعين الاعتبار نوعية السلع المستوردة وكونها من الدرجة الأولى ، اي التي لا تتعرض للتلف مثلا او من الدرجات الأخرى ، عند تعينه لنسب الحد الأدنى للتغطية . كما تشمل رقابة مصرف ليبيا تعيين البيانات الواجب على المصارف التجارية نشرها وكيفية اعداد هذه البيانات . كما تشمل الرقابة الفرض القانوني بايداع قسم من احتياطيات المصارف التجارية مع مصرف ليبيا بدون فائدة . وذلك مقابل خصومها الايداعية .

وقد ترك المشرع وحسناً فعل مرونة جيدة وسلطة تقديرية واسعة لمجلس ادارة مصرف ليبيا فيما يتعلق بتعيين حدود نسب الايداعات الالزامية ووضع حداً مرناً لها يتراوح بين (٥٪–٢٠٪) بالنسبة للودائع الثابتة وحسابات التوفير ، وبحدود (١٠٪ – ٤٠ ٪) من الودائع تحت الطلب والأرصدة غير المستعملة والاعتمادات المكشوفة . وذلك ضماناً للائتمان وتفادياً للتعرض للرجات . وتحدد النسب المعمول بها من وقت لآخر حسبما تقتضيه الأحوال النقدية وكمية النقود في التداول ومقدار ما هو مكتنز منها وما هو موجود في الودائع المصرفية وحالة الائتمان بوجه عام . ولما =

ولما مرّ من أسباب نقترح انشاء مؤسسة عامة للمصارف تملك الدولة لها الاسهم العامة في جميع المصارف التجارية ، وتكون مستقلة ادارياً عن المصرف المركزي (مصرف ليبيا) وترتبط بوزارة الخزانة . وعندئذٍ تتحقق الرقابة

= تقتضيه مطلبات الاقتصاد وسرعة نموه والطلب على النقود وارتفاع الاسعار الناجمة عن التضخم النقدي وغير ذلك من اسباب يقدرها مجلس ادارة مصرف ليبيا باعتباره مصرفاً مركزياً .

وقد نص القانون على ان « كل تعديل بالزيادة داخل هذه النسب يراعى إجراءه تدريجياً بقدر الامكان وفيما عدى الحالات الطارئة يجب اشعار البنوك بالزيادة قبل الموعد المحدد لتنفيذها بخمسة عشر يوماً على الأقل » .

كما اجاز المشرع لمصرف ليبيا ان يتعدى الحدود العليا لهذه النسب في حالات خاصة يقدرها المصرف على ان تستحصل موافقة وزير المالية – في حينه – على ذلك الاجراء وان يدفع عن الزيادة فوق الحدود العليا للنسب المحددة فائدة لا تزيد عن معدل سعر الفائدة الجاري في تاريخ الايداع . ولم يضم المشرع حداً لهذه النسب الاستثنائية العالية .

ويلجأ المصرف المركزي الى مثل هذا الاجراء في العادة عند محاولته درء مخاطر التضخم النقدي ومع ذلك فسيبقى دور مصرف ليبيا ضعيفاً في هذه الناحية ، لأن التضخم الحاصل هنا ناتج عن الوضع المالي وليس الوضع النقدي ، وذلك لزيادة نفقات الدولة المستمرة نتيجة لزيادة وارداتها . كما قد يلجىء البنك المركزي لرفع النسب عن حدودها العليا ، للمحافظة على سلامة الائتمان وحرصاً على عدم إساءة استعمال المبالغ المتجمعة لدى المصارف عن طريق اعادة قرضها بنسب عالية واهدار سيوله المصارف النقدية مما قد يعرضها الى التوقف عن الدفع عند الأزمات ، عندما يهرع المدخرون الى سحب مدخراتهم منها .

وكانت الرقابة لمصرف ليبيا تشتمل على احكام تخص فروع المصارف الأجنبية العاملة في ليبيا ، لا حاجة بنا الى ذكرها بعد ان حولت هذه الفروع الى شركات ليبية مملوكة بالكامل من الليبيين .

كما وتشمل رقابة المصرف صلاحية التفتيش وفحص تقارير وبيانات المصارف التجارية وارسال المفتشين لفحص سجلاتها . والاشراف على عمليات المقاصة الجارية بين المصارف وتعيين شروطها .

ولا تزال هذه الأحكام سارية المفعول حالياً ، ونرى انها لا تنسجم مع ملكية مصرف ليبيا لبعض المصارف ولأكثرية الاسهم في نصها الأخير وسيطرته الادارية عليها . (انظر المواد ٣٥ – ٣٦ من قانون المصارف رقم ٤ لسنة ١٩٦٣) .

الصحيحة للمصرف المركزي وتضمن استقلاله الأمر الذي يعتبر لازماً لقيامه بدوره كصمام أمان في النظام النقدي والائتماني للبلد بشكل محايد ومستقل .

دمج المصارف :

لقد حقق قانون تأميم الحصص الأجنبية في المصارف التجارية هدفاً آخراً هو دمج المصارف الكثيرة العدد في بعضها وخلق مصارف جديدة أقل عدداً وأكثر قابلية وقدرة على القيام بالمهام المصرفية المتعددة ومواجهة الطلب المتزايد على الاقتراض في المدى البعيد (٥٣) .

وهذا الاجراء يعتبر حسناً بحد ذاته لأنه سيؤدي الى تركيز الائتمان وتسهيل الرقابة على المصارف والحد من المنافسة غير المرغوبة للحصول على الودائع والزبائن كما يعمل على تكبير المصارف التجارية الجديدة وتقويتها .

إلا ان الدمج في عدد صغير قد لا يلقى ترحاباً في الأوساط التجارية لاحتمال تأثيره على حجم التسهيلات المصرفية الممنوحة لبعض التجار والشركات التجارية التي كانت تتعامل في السابق مع اكثر من مصرف واحد وتحصل على تسهيلات مصرفية قد تتجاوز حدود الضمانات التي تستطيع تقديمها عن جميع التسهيلات التي تحصل عليها كما سبق ان نوهنا .

ولكن هذا الأمر إذا ما عولج بروية وحكمة في الآونة الحاضرة فقد لا يترك أثراً سيئاً او سلبياً على هذه الفئة من الناس والشركات . وعلى كل حال فان تخفيض التسهيلات المصرفية لمثل هؤلاء الناس يجب ان لا يقرر على اساس من اعتبارات فنية بحتة، ويجب ان لا يكون الا تدريجياً حتى في الحالات الضرورية.

---

(٥٣) ويلاحظ ان الدمج الذي نحن بصدده حصل بنص القانون ، اما الاندماج الذي يحصل نتيجة للاتفاق بين مصرفين او اكثر فهو لا يزال محظوراً قانوناً إلا بموافقة مصرف ليبيا ووزير الخزانة ، والذي يجب ان يحدد الاجراءات التي يتم فيها الاندماج بالتشاور مع مصرف ليبيا . (م ٦٧ من قانون البنوك (المصارف) رقم ٤ لسنة ١٩٦٣) .

وقد أفادتنا التجربة بأن الدمج اثر كثيراً على تسهيلات عملاء المصارف في العراق وأحدث لغطاً كبيراً في حينه كان يمكن تلافيه لو حصل التخفيض بصـــورة تدريجية، وبشكل مرن لا يستند الى قاعدة نسبة الضمانات المقدمة للحصول على التسهيلات المصرفية فقط(٥٤) .

وقد يؤدي الدمج وتقليل عدد المصارف المصحوب بالتأميم الى انعدام أو ضعف المنافسة بين المصارف التجارية وتعثر الخدمات التي تقدمها للجمهور والى هبوط الكفاءة لمنتسبيها .

كما يمكن ان يؤدي الدمج في المصارف في بعض الحالات الى هبوط المجموع الكلي للتسهيلات المصرفية التي تحصل عليها المصارف التجارية من مراسليها

---

(٥٤) دمجت المصارف التجارية التي كانت تمارس الأعمال المصرفية في العراق والتي كان يربو عددها عن عشرة مصارف في وقت ما في ثلاثة مصارف كبيرة ، وقد كانت هذه المصارف في السابق تشتمل على مصرف الرافدين والبنك التجاري العراقي وبنك الاعتماد العراقي، والبنك العراقي المتحد والبنك البريطاني والبنك الشرقي والبنك اللبناني المتحد وبنك بغداد وبنك الرشيد الباكستاني والبنك الفرنسي حسبما نذكر .

اما بموجب قانون تأميم الحصص الأجنبية في المصارف في ليبيا ، فقد دمج كل من مصرف شمال افريقيا والمصرف التجاري ومصرف النهضة العربية والشركة المصرفية الأفريقيـــة ومصرف القافلة الأهلي في مصرف واحد سمي بمصرف الوحدة (م ٥ من القانون المذكور) وهو مصرف في القطاع المختلط اذ يمتلك مصرف ليبيا (٥١٪) من اسهمه ، بموجب احكام المادة الثامنة من القانون المذكور .

كما تقرر بأن « تفصل عن مصرف ليبيا إدارة العمليات التجارية وتدمج مع كل من مصرف العروبة ومصرف الاستقلال في شركة مساهمة مملوكة للدولة بالكامل تسمى المصرف التجاري الوطني ويحدد رأس مال هذا المصرف بقيمة صافي أصول الادارة المذكورة والأصول الأخرى التي يحددها مجلس ادارة مصرف ليبيا مضافاً اليها صافي أصول كل من المصرفين المندمجين حسبما تظهره ميزانية كل منهما في تاريخ نفاذ هذا القانون » . (ف ١ م ٤ من القانون المذكور) والسبب في جعل هذا المصرف مملوكاً ملكية تامة من مصرف ليبيا هو ان كل من مصرف الاستقلال (بنك نابولي سابقاً) ومصرف العروبة (فرع البنك العربي سابقاً) أما بالكامل لأنهما مملوكان من الأجانب .

والمصارف التي تتعامل معها في الخارج . وهذا الاحتمال الأخير ضعيف في ليبيا لسببين ، اولاهما يتعلق بزيادة الثقة في الخارج بالمصارف الكبيرة المتكونة نتيجة للدمج وبذلك تستطيع الحصول على تسهيلات اكثر من السابق . وثانيهما ان هذه المصارف التجارية الليبية ليست بحاجة ماسة الى التسهيلات الخارجية في الوقت الحاضر ، لأنها تستطيع الاتكال في ذلك على المصرف المركزي (مصرف ليبيا) اذا ما احتاجت الى الدعم ، وهذا المصرف قادر على استجابة طلباتها وتسديد التزاماتها في الخارج لتمتع البلد بميزان حسابي في صالحه ولتوفر العملة الأجنبية القابلة للتحويل اكثر من القدر الذي يسد احتياجات هذه المصارف .

اما الطريقة الحسابية التي أتبعت في احتساب المساهمات الجديدة في المصارف التجارية المندمجة وتحديد قيمتها في المصرف المنبثق بعد الاندماج ، فهي تحديد أقيام الأصول الصافية لكل مصرف وجمعها وتحديد قيمة الأسهم القديمة منسوبة الى الأموال الصافية ويمنح ما يساويها لكل مساهم من الأسهم الجديدة . وبهذه الطريقة ستبين اسهم الدولة (مصرف ليبيا) وأسهم القطاع الخاص في مصرف الوحدة الذي سيبقى في القطاع المختلط (٥٥) .

وبالدمج تفقد الشركات القديمة شخصيتها المعنوية وتُحل وتحل محلها الشركة الجديدة المنبثقة عن الدمج في حقوقها والتزاماتها . اما اذا كانت للشركات المندمجة شركات تابعة فتبقى على حالتها وتصبح علاقتها مع الشركة الجديدة نفس العلاقة التي كانت تربطها بالشركات المندمجة ، لأن الشركة الجديدة تغدو هي المالكة للأسهم في الشركات التابعة ، لأن هذه الأسهم احتسبت أقيامها

---

(٥٥) وقد نص القانون على ان « يحدد صافي أصول كل من المصارف المندمجة على أساس قيمتها الدفترية حسبما تظهرها ميزانية كل منها في تاريخ نفاذ هذا القانون بعد اعتمادها من مجلس إدارة مصرف ليبيا . ويحل مصرف الوحدة محل المصارف المندمجة فيما لها من حقوق وما عليها من التزامات . » (م ٥ من القانون المذكور » و « ... يمنح المساهمون في رؤوس أموال المصارف المندمجة فيما لها من حقوق وما عليها من التزامات . » (م ٦ من القانون المذكور) .

الصافية ودخلت في الأصول الصافية للشركات القديمة[٥٦]. ولا تثير هذه الناحية أي مشكلة بالنسبة لموضوعنا لعدم وجود شركات تابعة للمصارف الليبية المندمجة. كما لا يثير دمج المصارف الأخرى التي بزغ عن دمجها المصرف التجاري الوطني مشكلة لأنها مملوكة بالكامل من مصرف ليبيا وبذلك فسيكون هذا المصرف الجديد (التجاري الوطني) من مصارف القطاع العام.

ولم يحصل أي دمج لشركات التأمين العاملة في ليبيا نتيجة لاصدار قانون مساهمة الدولة في شركات التأمين الذي نحن بصدد التعليق عليه.

تحديد مساهمة الليبيين :

أورد كل من قانون تأميم الحصص الأجنبية في المصارف وقانون مساهمة الدولة في شركات التأمين حكماً جديداً، يقضي بتحديد مساهمة الليبيين في المصارف وشركات التأمين بحد لا يتجاوز الخمسة آلاف جنيه للشخص الواحد وأقاربه حتى الدرجة الرابعة في الشركة التي تزاول الأعمال المصرفية او أعمال التأمين[٥٧].

---

(٥٦) أنظر كتابنا في شرح قانون الشركات التجارية العراقي، المرجع السابق، سنة ١٩٦٨ ص ٥٠٧.

(٥٧) نص قانون تأميم الحصص الأجنبية في المصارف على أنه « لا يجوز ان تزيد القيمة الاسمية لما يملكه الشخص وأقاربه حتى الدرجة الرابعة في رأس مال أي مصرف على خمسة آلاف جنيه ويحدد مقدار الزيادة بالنسبة الى كل شخص على أساس نسبة ما يملكه من أسهم الى مجموع ما يملكه هو وأقاربه المشار اليهم.

ويتولى كل مصرف طرح القدر الزائد من الأسهم للبيع للجمهور لحساب مالكها ويحدد وزير الخزانة بناء على اقتراح مصرف ليبيا قواعد و اجراءات البيع والثمن الذي تطرح به الاسهم وفقاً لقيمتها محسوبة على اساس صافي أصول المصرف حسبما تنظرها الميزانية في تاريخ نفاذ هذا القانون ». (ف ٢ م ٣ من القانون المذكور).

أما قانون مساهمة الدولة في شركات التأمين فقد نص هو الآخر على ان « ١ – تقسم رؤوس اموال شركات التأمين الخاضعة لأحكام هذا القانون الى أسهم اسمية قيمة كل منها خمسة جنيهات ولا يجوز أن يزيد ما يمتلكه الشخص الواحد وأقاربه حتى الدرجة الرابعة في رأس مال الشركة =

ويستولى على الأسهم الزائدة عن هذا القدر وتطرح لبيعها على الجمهور بالطريقة التي يعينها وزير الخزانة بالنسبة للمصارف وفي اكتتاب عام بالنسبة لأسهم شركات التأمين . وواضح ان هذه الأسهم لا يمكن بيعها قانوناً لغير الليبيين بالنسبة للمصارف ، إذ ان الحصص الأجنبية قد أممت فيها ولم يبقَ فيها إلاّ حصصاً وطنية ، فليس من المعقول بيع قسماً منها الى الأجانب لتأمم ثانيةً ؛ ولكن من الممكن ان تباع للقطاع العام (لمصرف ليبيا) او الى المواطنين الليبيين .

إلا ان الأمر ليس بهذا الوضوح بالنسبة لشركات التأمين ، لأن مساهمة الأجانب فيها لا زالت قائمة قانوناً حتى بعد صدور قانون مساهمة الدولة في شركات التأمين . ولكن فحوى هذا القانون توحي بحصر البيع بالليبيين ، بدليل ما نصت عليه المادة الأولى منه والتي قضت بأيلولة الحصص الأجنبية اولاً لسد النسبة التي ستساهم بها الدولة وهي (٦٠٪) من مجموع رأس مال كل شركة . الأمر الذي يفصح عن نية المشرع ورغبته في تصفية الحصص الأجنبية حتى في

= عن خمسة آلاف جنيه .

٢ – وتطرح قيمة الأسهم الزائدة التي تترتب على تنفيذ حكم الفقرة السابقة للبيع في اكتتاب عام .

٣– ويسري حكم الفقرة الأولى من هذه المادة عند انشاء أية شركة تأمين جديدة في الجمهورية العربية الليبية . » (م ٢ من القانون المذكور) .

ويلاحظ ان القانون الصادر في ١٣ نوفمبر ١٩٦٩ والذي قضى بمساهمة الدولة في بعض المصارف وحدد حصص الليبيين بما لا يقل عن (٥١٪) في جميع المصارف كما منح الليبيين الأولوية بالمساهمة في جميع الأسهم لمدة ثلاثين يوماً ولكنه اشترط ألا تتجاوز ما تملكه الأسرة الواحدة على (٥٪) من تلك النسبة اي من نسبة الـ (٥١٪) المخصصة لليبيين . كما لم يجز للمساهمين غير الليبيين ان يتصرفوا في أسهمهم الى أجانب آخرين إلا بموافقة وزير الخزانة ، ولم يجز لليبيين التصرف بأسهمهم لغير الليبيين . (م ٧ – ١٥ من القانون المذكور) .

وغني عن القول ان النسب المذكورة قد زال حكمها حالياً إذ لم يعد للاجانب أية مساهمة في المصارف بعد صدور قانون تأميم الحصص الأجنبية فيها .

شركات التأمين . أضف الى ذلك ان الغرض الذي ابتغى المشرع تحقيقه من التحديد هو لتشجيع صغار المدخرين الليبيين وفسح مجالات الاستثمار أمامهم ولذا فلا يتصور انه اراد أخذ الاسهم من المساهمين الوطنيين الكبار ومنحها الى المساهمين الأجانب . وعليه نرى عرض الأسهم التي تزيد عن حد المساهمة المعين في اكتتاب عام على الليبيين وحدهم .

ونعتقد ان الحد الذي وضعه القانون يعتبر واطئاً اذا أخذنا بعين الاعتبار مقدار العملة الموجودة في التداول وتوفر رؤوس أموال لا بأس بها في ايدي كثير من الناس وضعف مجالات الاستثمار الأخرى واحتساب أسهم القرابة حتى الدرجة الرابعة(٥٨) ، وأخذ القانون القيمة الاسمية للأسهم أساساً للتحديد وليس القيمة المدفوعة من الأسهم(٥٩) .

---

(٥٨) إذا اعتبرنا الدرجة الرابعة داخلة في القرابة فستحتسب أسهم ابن العم مثلا ، وهذا مدى بعيد قد يؤثر على مساهمة الكثيرين ، أما اذا أخذ بمعنى (حتى) اللغوياً كأداة غاية ، كما في قوله تعالى « كلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الأبيض من الخيط الاسود » الى آخر الآية الكريمة ، فعندئذ يشمل التحديد أسهم العم كحد اقصى في مثالنا اعلاه .

(٥٩) لقد أصبحت التفرقة بين القيمة الاسمية والقيمة المدفوعة ، بالنسبة للمصارف بعد الدمج ، أكاديمية صرفة ، لأن الاسهم ستكون مدفوعة بالكامل وتتساوى بذلك قيمتها الاسمية والمدفوعة نتيجة لاصدار الأسهم الجديدة في المصارف الناشئة عن عملية الدمج .

أما في شركات التأمين والذي سوف لا يحصل بها دمج فيبقى هنالك مجالا للقول بوجود القيمة الاسمية التي تختلف عن القيمة المدفوعة ، اذا ما وجد بين شركات التأمين القائمة من لم تسدد قيم اسهمها الاسمية كاملة . ويلاحظ ان التحديد حسب القيمة الاسمية ادق من الناحية النظرية ، لأن المتبقي من قيمة الاسهم غير المدفوعة بكاملها يمكن المطالبة بدفعه في اي وقت ، ومع ذلك فان التحديد حسب القيمة المدفوعة يكون اقرب الى الواقع .

وقد أخذ القانون العراقي الذي حدد مساهمة العراقيين في الشركات بالقيمة المدفوعة على أساس أنها تبين ما استثمر فعلا من رأس المال . وجعل الحد الأعلى للمساهمة عشرة آلاف دينار ، كما أنه لم يشر الى وحدة العائلة عدى ما يتعلق بأولاد المساهم القاصرين فنص على أنه « لا يجوز لأي شخص طبيعي او معنوي ما عدا الأشخاص المعنوية العامة ، ان يمتلك في أية شركة مساهمة مضى=

ومع كل ذلك فقد يكون الحد معقولاً بالنسبة لشركات التأمين لأن النص اشترطه لكل شركة على حدة ، اما بالنسبة للمصارف فان هذا الشرط اصبح ليس مهماً لأنه سيكون هناك في الحقيقة مصرفان اثنان أجيز لهما العمـــل في القطاع المختلط هما مصرف الوحدة ومصرف صحاري ، ويعني الأمر أنه لا يجوز للأسرة الواحدة المساهمة في اي منهما بأكثر من خمسة آلاف جنيـــه ، اللهم إلا إذا تأسست مصارف جديدة في هذا القطاع المصرفي وهذا احتمال مستبعد بالنظر للاتجاه الذي تبنته الدولة حديثاً .

وحتى هذا الحد فانه ليس نهائياً فقد ينخفض نتيجة لاغراق قيم الاسهم ، عندما تزاد رؤوس أموال المصارف لتحقيق الحد الأدنى من مساهمة الدولة فيها وهو ٥١٪ من مجموع الأسهم على الأقل (٦٠) .

اما في شركات التأمين فان الحد الأدنى لمساهمة الدولة وهو (٦٠٪) من

على تأسيسها خمس سنوات كاملة أو أكثر أسهماً تزيد قيمتها الاسمية المدفوعة عن عشرة آلاف دينار ويعتبر المساهم واولاده القاصرون بحكم الشخص الواحد ما لم تكن ملكية القاصر ناشئة عن الإرث ، وعلى المساهم في الشركات المساهمة التي لم يمضي على تأسيسها خمس سنوات بعد ان يوفق أوضاعه مع أحكام هذه المادة عندما تنطبق عليه الأحكام » .

ويلاحظ ان المشرع العراقي عفى الشركات التي تؤسس حديثاً من هذا القيد بغية حث المؤسسين على تأسيس شركات جديدة وجعل الحد عشرة آلاف دينار بدلا من خمسة آلاف جنيه كما فعل المشرع الليبي ، ومع ذلك فقد أجل العمل بهذا القانون في العراق اكثر من مرة واحدة لأسباب اقتصادية لامجال لذكرها هنا . وهنالك فرق آخر بين القانونيين هوأن الحد الأعلى المذكور يشمل شركات التأمين والمصارف فقط في ظل القانون الليبي ولذا فالمجال مفتوح على مصراعيه في الشركات الأخرى الصناعية والتجارية والعقارية وغيرها ، بينما هو يشمل جميع الشركات في العراق . (م ٣ من قانون تنظيم اوضاع بعض الشركات والمؤسسات العراقي رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٤) .

(٦٠) نص قانون تأميم الحصص الأجنبية في المصارف على ان «تزاد رؤوس أموال المصارف التي تقل مساهمة مصرف ليبيا فيها عن ٥١ بالمائة بما يكفل للمصرف ملكية قيمة الزيادة من رأس مال كل مصرف بما يحقق ذلك ويلتزم مصرف ليبيا بأداء قيمة الزيادة في رأس المال . » (م ٨ من القانون المذكور) .

رأس المال في كل شركة فيؤخذ من الحصص الأجنبية اولاً فاذا كفت او زادت على ذلك فيها وإلاّ فتخفض مساهمة كل من المساهمين الليبيين الآخرين على اساس قسمة الغرماء لتحقيق هذه النسبة وكان الأجدر بالمشرع في رأينا ان يكمل الحد الادنى لمساهمة الدولة بعد أخذ الحصص الأجنبية من حصص المساهمين الليبيين الذين تزيد مساهماتهم وأقرباؤهم حتى الدرجة الرابعة على خمسة آلاف جنيه في الشركة الواحدة ، وعند عدم سد الحد الادنى لمساهمة الدولة بعد أخذ هذه الأسهم الزائدة يصار عندئذٍ الى تخفيض مساهمة جميع المساهمين الليبيين على أساس من قسمة الغرماء[٦١] .

ولكن قد يكون للمشرع هدف آخر في الأمر كهدف ترحيل استثمار رؤوس الأموال من هذين القطاعين الى قطاعي الصناعة والزراعة او حتى الى قطاع البناء والاستثمار في الملكية العقارية لتعمير البلاد مثلاً . أو أنه لم يُرد ان يقال عنه أنه أمم بعض حصص المواطنين الليبيين ، اذ ان الغرض من تقييد مساهمة الليبيين ليس برغبة سيطرة الدولة على المصارف وشركات التأمين ، لأن مثل هذه السيطرة ضمنها القانونان المذكوران ، ولكن السبب هو فسح المجال لأكبر عدد ممكن من المدخرين وهذا واضح من نص الفقرة الثانية في المادة الثالثة من قانون تأميم الحصص الأجنبية في المصارف ومن الفقرة الثانية من المادة الثانية من قانون مساهمة الدولة في شركات التأمين ، واللتان تقضيان بعرض الأسهم الناتجة عن قرار التحديد للجمهور في اكتتاب عام ، كما سبق ان اوردنا نصيهما[٦٢] .

---

(٦١) نص قانون مساهمة الدولة في شركات التأمين على أن « تؤول الى الحكومة هذه النسبة (٦٠٪) في شركات التأمين المؤسسة في الجمهورية العربية الليبية ويصدر وزير الاقتصاد قراراً بتبيان وتحديد الطريقة التي تخفض بها حصة كل مساهم على أن تكون حصة رأس المال الأجنبي كاملة هي أول حصة تؤول الى الدولة بمقتضى احكام هذا القانون . » (ف ٢ م ١ من القانون المذكور) .

(٦٢) كما تظهر رغبة المشرع هذه مما اوردته احكام المادة التاسعة من قرار مجلس قيادة الثورة الصادر=

ويلاحظ ان الاجراءات الخاصة ببيع الاسهم الزائدة بالنسبة لشركات التأمين جاء واضحاً إذ انه سيتم عن طريق الاكتتاب العام بعد توحيد القيمة الاسمية لجميع اسهم شركات التأمين وجعلها خمسة جنيهات للسهم الواحد. وتعرض الأسهم الزائدة بهذه القيمة الاسمية ولا يجوز ان يتم الاكتتاب بها بأقل من قيمتها الاسمية ، وقد تكون قيمتها مدفوعة بكاملها او مدفوع قسم منها حسبما تظهره نتائج توحيد واعادة تقسيم أسهم هذه الشركات .

أما بالنسبة لاجراءات بيع الأسهم الزائدة في المصارف فانها أكثر تعقيداً ، لأن قيمة الأسهم الاسمية الزائدة يحددها وزير الخزانة ضمن تحديده لاجراءات البيع ، ونرى ان يتم تحديدها على اساس القيمة الاسمية للأسهم الجديدة ، اي بعد ان يوحد رأس المال ويعاد تقسيمه كما هو الحال بالنسبة لشركات التأمين وإلاّ فسيكون الأمر في منتهى التعقيد.

إذ كيف يمكن تحديد قيمة سوقية مسبقة للأسهم قبل طرحها بدلاً عن القيمة الاسمية إذا كان البيع حراً ، وهل يجوز عندئذٍ الاكتتاب بسعر أعلى من الثمن المحدد في حالة زيادة الاقبال على الطلب أو بسعر أقل في حالة الاعراض عنه . أما إذا عرضت الاسهم الزائدة بقيمتها الاسمية الجديدة الموحدة ، وهذا ما سيحصل كما نعتقد ، فلا يجوز بيعها بأقل من قيمتها الأسمية حسب القواعد العامة(٦٣) .

= في ١٣ نوفمبر ١٩٦٩ المتعلق بامكانية عرض الأسهم التي امتلكتها الدولة عن طريق تأميمها من الأجانب الى الليبيين والتي نصت على ان « للحكومة ان تتصرف في أي وقت الى الليبيين فيما تملكه من أسهم الشركات المشار اليها في المادة الثانية (وهي المادة التي تحولت بمقتضاها فروع المصارف الأجنبية الى شركات مساهمة ليبية تمتلك الدولة ٥١٪ من أسهمها على الأقل) وذلك وفقاً للاوضاع والشروط ، التي يحددها مجلس الوزراء » .

(٦٣) نص القانون التجاري الليبي على انه « لا يجوز اصدار الأسهم بأقل من قيمتها الاسمية . » (م. ٤٩٨ ق.ت. ل) .

وهناك نقطة أخرى تجب معالجتها في إجراءات البيع التي سيصدرها وزير الخزانة وهي حالة ما إذا زاد الاكتتاب عن الأسهم المطروحة في الوقت المحدد للاكتتاب ، وهي حالة لم يلتفت إليها القانون التجاري الليبي . ونرى ان تعالج عن طريق ابقاء الاكتتاب مفتوحاً خلال مدته فان زادت الأسهم المكتتب بها عن الاسهم المطروحة للاكتتاب ، يزاد رأس المال بمقدار الزيادة او ان تقسم الزيادة قسمة غرماء بين المكتتبين ، وهو اجراء ينسجم مع غرض المشرع في افساح المجال لأكبر عدد من المدخرين لاستثمار أموالهم بنسب معقولة في في هذه الشركات (٦٤) .

ولكن المتوقع حسب اعتقادنا ، ان الاقبال على شراء هذه الأسهم المطروحة سوف لا يكون شديداً ، سيما إذا كان عددها كبيراً (٦٥) ، لوجود تحسس بالتأميم من قبل المستثمرين حتى ولو كان التأميم يخص الحصص الأجنبية فقط ، لأن التأميم يعتبر مؤشراً صريحاً لسياسة الدولة الاشتراكية يحجم معه المدخرون عن استثمار أموالهم في شركات القطاع المختلط في العادة . لقد قيل منذ زمان ان رأس المال جبان في كل مكان ينحسر لمجرد تحسسه بوجود بوادر تؤثر عليه كالتأمين وغيره .

ومع ذلك فقد يتحقق ما ليس بالحسبان ويكون الاقبال شديداً على الأسهم المعروضة لأن نسبة الأرباح التي تدرها المصارف في ليبيا تعتبر نسبة عالية

---

(٦٤) فلو فرضنا ان حددت عشرة أيام كمدة للاكتتاب ، بشكل خاص ، وصل أثنائها الاكتتاب الى ثلاثة آلاف سهماً بينما كانت الأسهم المطروحة الفي سهماً فعندئذ يخفض في عدد الأسهم التي اكتتب بها كل مكتتب نسبة الثلث على أن يحتسب ذلك من غير احداث كسور في السهم الواحد . (راجع فيما يتعلق بتفاصيل الاكتتاب وقسمة الغرماء كتابنا في شرح قانون الشركات التجارية العراقي ، سنة ١٩٦٨ ص ٢٣١ – ٢٧٠) .

(٦٥) لم يتسن لنا معرفة عدد الأسهم التي شملها قرار التحديد ، لأن ذلك يتطلب الاطلاع على قوائم المساهمين الجديدة بعد اعدادها لجميع المصارف وشركات التأمين ولم تنشر مثل هذه القوائم في العادة.

جداً . أضف الى ذلك عدم وجود مجالات كثيرة اخرى للاستثمار بعدما ضعف تأسيس الشركات المساهمة في الآونة الأخيرة[٦٦] .

تخصص مصرف ليبيا :

عمل المشرع في مجال الدمج على سحب العمليات التجارية لمصرف ليبيا (البنك المركزي) وحرره من هذه الأعمال مخصصاً اياه بواجبات المصارف المركزية بالاضافة إلى المشاركة في ادارة المصارف التجارية عن طريق امتلاكه لبعضها بالكامل وامتلاكه لواحد وخمسين بالمائة لبعضها الآخر .

وتعتبر خطوة المشرع في سحبه لهذه العمليات المصرفية في البنك المركزي خطوة جيدة ، بعد أن استقر مصرف ليبيا ولم يعد يحتاج الى هذه الأعمال التي كان يحتاج إليها عند نشأته . وقد نصح بعض الكتاب حتى قبل صدور القانون الأخير الذي أورد هذا الاجراء بضرورة تخصص مصرف ليبيا بواجبات المصارف المركزية فقط[٦٧] . أما اليوم فقد أصبح مصرف ليبيا متخصصاً بأعمال المصارف المركزية التي أناطها به قانون المصارف (البنوك) لسنة ١٩٦٣[٦٨] .

---

(٦٦) يذكر الدكتور عبد المنعم البيه ، ان الاقبال على المساهمة في المصارف في السنوات ١٩٦٤ – ١٩٦٧ كان شديداً عندما تم الاكتتاب بأسهم المصرف التجاري ومصرف الصحارى ومصرف الشركة الأفريقية ومصرف شمال أفريقيا ومصرف النهضة العربية بالحد المقرر لليبيين وهو (٥١٪) من رأس المال . كما ذكر مثالا على الأرباح العالية التي تحققها المصارف في ليبيا ما حققه أحد المصارف الذي كان رأس ماله نصف مليون جنيه ، من ربح قدره (١٤٥,٠٠٠) جنيه في سنة مالية واحدة كما ربح مصرف آخر بنفس مقدار رأس مال المصرف الأول ما مقداره (١٦٥,٠٠٠) جنيه في سنة مالية معينة . (أنظر مقاله ، المصارف في ليبيا ، كيف قامت وكيف تليبت وبعض الاقتراحات . مجلة دراسات في الاقتصاد والتجارة ، المجلد السادس ، العدد الأول ص ١٥ سنة ١٩٧٠) .

(٦٧) أنظر المرجع السابق أعلاه كما ورد في كتابه ، النقود والمصارف مع دراسة تطبيقية لهما في ليبيا ، سنة ١٩٧٠ ، ص ٣٠٤ ،

(٦٨) يعتبر (قانون البنوك) رقم ٤ لسنة ١٩٦٣ حصيلة التطور للمصرف المركزي الليبي (مصرف=

ويلاحظ انه حتى في الوقت الذي أجيز لمصرف ليبيا القيام بالعمليات التجارية المصرفية ، فان اجازته كانت مقيدة قانوناً . فقد فرض عليه القانون ان يمارسها بالاتفاق بين مجلس ادارته وبين وزير المالية على ان تبين شروط مثل هذا التعامل ، وان تفصل حسابات التعامل التجاري عن حسابات المصرف الأخرى المتعلقة بالاصدار والصيرفة . كما مُنع المصرف في حينه من استعمال ودائع المصارف التجارية واحتياطياتها التي تودع معه باعتباره مصرفاً مركزياً لأغراض تجارية (٦٩) .

ومع ذلك فان فصل العمليات التجارية لا يشمل باعتقادنا العمليات الخاصة بالحكومة لأن مصرف ليبيا يعتبر قانوناً مصرف الدولة ، كما لا يشمل الفصل

= ليبيا) . وقد منحت المادة ١٣ منه هذا المصرف واجبات البنوك المركزية . فجعلت منه بنكاً . للاصدار ومنحته حق المحافظة على استقرار النقد الليبي في الداخل والخارج وذلك عن طريق الاشراف وملاحظة السياسة النقدية والمالية للبلاد ، وأناطت به تنظيم السياسة الائتمانية ومراقبة المصارف والتأثير في توجيه الائتمان « من حيث كميته ونوعه وسعره بما يكفل مقابلة الحاجات الحقيقية لنواحي النشاط التجاري والصناعي والزراعي . واتخاذ التدابير المناسبة لمكافحة الاضطرابات الاقتصادية والمالية عامة كانت او محلية. ومراقبة الهيئات المصرفية بما يكفل سلامة مركزها المالي وضمان حقوق العملاء . وإدارة احتياطيات الدولة من الذهب والنقد الأجنبي » .

وفي مجال تأثيره على الحالة المالية له ان يقدم القروض ويطرح سبائك الذهب ويقوم بالاشراف والرقابة على عمليات التحويل الخارجي (مراقبة النقد) وهو المختص بتطبيق مرسوم مراقبة النقد الصادر في ١٣ سبتمبر سنة ١٩٥٥ .

ومن واجباته كمصرف مركزي منح القروض والسلفيات للحكومة « لتغطية أي عجز وقتي في ايرادات الميزانية بشرط ألا تزيد قيمة هذه السلفيات عن (١٠٪) من مجموع الايرادات المقدرة في الميزانية وعلى ان تؤدي في نهاية السنة المالية الحكومية التي قدمت السلفة فيها . » ولا يجوز تقديم أية سلفة للحكومة في سنة مالية إلا بعد أداء السلفيات التي قدمت خلال السنة المالية السابقة . وتعين الشروط الخاصة بالسلفيات المذكورة بين الحكومة والمصرف .

ومن واجباته بموجب القانون المذكور ، كمصرف مركزي ، مساعدة الحكومة وابداء المشورة لها في المفاوضات المالية والنقدية والتجارية . (م ٢٠ من القانون المذكور) .

(٦٩) مادة ٢٣ من قانون (البنوك) رقم ٤ لسنة ١٩٦٣ .

العمليات الخاصة بأشخاص من القانون العام والتي يفرض القانون عليها التعامل معه وايداع أرصدتها لديه من دون فائدة نظير الخدمات التي يقدمها لها والتي لا يتقاضى عنها أجوراً بموجب احكام القانون(٧٠) .

---

(٧٠) مادة ١٣ ومادة ٢/١٨ من القانون المشار اليه اعلاه .

ويمثل الجدول التالي وضع المصارف التجارية بعد صدور قانون تأميم الحصص الأجنبية فيها .

اسم المصرف	نسبة مساهمة الليبيين	نسبة مساهمة الأجانب
البنك التجاري	٥١٪	٤٩٪ إيسترن بنك .
بنك الصحارى	٥١٪	٤٩٪ مصرف شيشليا وبنك اوف اميركا
الشركة الأفريقية	٥١٪	٤٩٪ الشركة المصرفية الفرنسية
بنك شمال أفريقيا	٥١٪	٤٩٪ البنك البريطاني للشرق الاوسط
النهضة العربية	٥١٪	٤٩٪ بنك مصر

دمجت هذه المصارف وتكون منها مصرف الوحدة الذي ستمتلك الدولة فيه ٥١٪ من اسهمه على الأقل والباقي للمساهمين الليبيين وبذلك بقي في القطاع المختلط .

اسم المصرف	فرع المصرف الأجنبية سابقاً	نسبة المساهمة
مصرف الأمة	بنك دي روما	١٠٠٪ للدولة
مصرف الجمهورية	باركليز بنك	١٠٠٪ للدولة
مصرف الاستقلال	بنك نابولي	١٠٠٪ للدولة
مصرف العروبة	البنك العربي	١٠٠٪ للدولة

الوضع النهائي للمصارف :

مصرف ليبيا (البنك المركزي)	١٠٠٪ للدولة	قطاع عام
مصرف الجمهورية (بنك تجاري)	١٠٠٪ للدولة	قطاع عام
مصرف الأمة (بنك تجاري)	١٠٠٪ للدولة	قطاع عام
المصرف التجاري الوطني (بنك تجاري)	١٠٠٪ للدولة	قطاع عام
مصرف الوحدة (بنك تجاري)	٥١٪ للدولة والباقي لليبيين	قطاع مختلط
مصرف صحارى (بنك تجاري)	٥١٪ للدولة والباقي لليبيين	قطاع مختلط

وكان من الممكن ان يدمج مصرف صحارى بمصرف الوحدة ويتكون منهما مصرفاً تجارياً =

ملحق

قبل ان يتم طبع بحث « **تأميم الحصص الأجنبية في المصارف ومساهمة الدولة في شركات التأمين** » ، أصدرت الحكومة الليبية قانوناً بتأميم شركات التأمين العاملة في الجمهورية العربية الليبية بتاريخ ١٣٩١/٨/٢٤ هجرية الموافق ١٩٧١/١٠/١٤ ميلادية ، وقد رأينا من المناسب إلحاق ما ورد فيه من احكام لم ترد في البحث الأصلي ليكون بحثنا كاملاً حتى تاريخ طبعه ونشره .

لقد جاء القانون الأخير كحلقة خاتمة في سلسلة القوانين التي أصدرتها الحكومة الليبية لغرض تنظيم قطاع التأمين . والتي بدأتها بقانون الاشراف والرقابة على شركات التأمين رقم (١٣١) لسنة ١٩٧٠ ثم قانون تأميم الحصص الأجنبية في شركات التأمين المؤسسة في الجمهورية العربية الليبية رقم (١٥٦) لسنة ١٩٧٠ ، وبعد ذلك صدر قانون التأمين الاجباري من المسئولية المدنية الناشئة من حوادث المركبات الآلية رقم (٢٨) لسنة ١٩٧١ ، ثم القانون الذي نحن بصدده اي قانون تأميم شركات التأمين .

ان الاسباب التي أدت الى صدور القانون وهي اسباب سياسية واقتصادية في الأساس ذكرتها المذكرة الايضاحية للقانون والتي ورد فيها ما تضمنه القانون من الأحكام الرئيسية كما هو مبين ادناه[1] :

= واحداً يعمل في القطاع المختلط ، كما تدمج مصارف القطاع العام التجارية الثلاثة في مصرف تجاري واحد للقطاع العام ، وذلك توفيراً للخبرة وتسهيلا للرقابة ، سيما الخبرة على مستوى المدراء العامين وأعضاء مجالس الادارة التي لا تزال البلاد في حاجة اليها . وليس المهم بالأمر تعدد المصارف وانما تعدد فروعها حتى يكون هنالك فرعاً في كل مدينة وفي كل بلدة لكي تستطيع وتتمكن المصارف من تقديم خدماتها المصرفية ، وما من شك ان المصارف الكبيرة أقدر على فتح مثل هذه هذه الفروع من المصارف الصغيرة المتعددة .

(١) جريدة الثورة الليبية العدد ٦٨٤ بتاريخ ١٥ اكتوبر ١٩٧١ م .

« ١ ــ تأميم شركات التأمين القائمة في الجمهورية وأيلولة ملكيتها للدولة مع احتفاظها بشكلها القانوني واستمرارها في مزاولة نشاطها مع جواز ادماج اي شركة منها في الأخرى بقرار من وزير الاقتصاد[1] .

٢ ــ استحقاق أصحاب الأسهم التي آلت ملكيتها الى الدولة في تعويض يؤدى اليهم نقداً عن صافي قيمة الأسهم وعلى ان تحدد قيمة السهم طبقاً لقرار لجنة تقييم رؤوس اموال شركات التأمين التي شكلت بقرار مجلس الوزراء الصادر في ٥ من ذي الحجة ١٣٩٠ هـ الموافق اول فبراير سنة ١٩٧١ وذلك اختصاراً للاجراءات وتجنباً لاعادة تقييم الأسهم رغم قصر المدة التي مضت على التقييم السابق لرؤوس اموال الشركات المؤممة الأمر الذي يكفل سرعة اداء التعويض لأصحاب الأسهم .

٣ ــ اعفاء رؤساء مجالس الادارات للشركات المؤممة من مناصبهم وتخويل وزير الاقتصاد سلطة اصدار قرار بتعيين مجلس ادارة مؤقت او مندوب مفوض له سلطات مجلس الادارة للشركة الى ان يتم تشكيل مجلس الادارة بقرار من مجلس الوزراء .

٤ ــ اعتبار وزارة الاقتصاد هي الجهة الادارية المختصة بالاشراف على شركات التأمين المؤممة وحتى يتم تشكيل مجلس ادارة الشركة بقرار من مجلس الوزراء تخضع قرارات مجلس الادارة المؤقت او المندوب المفوض لتصديق وزير الاقتصاد .

٥ ــ كفل القانون استمرار العاملين بالشركات المؤممة في مزاولة اعمالهم بها ولا يجوز لأي منهم ان يترك عمله إلاّ إذا أُعفي منه بقرار من وزير الاقتصاد او من يفوضه في ذلك .

٦ ــ فرض القانون العقوبات المناسبة لمخالفة أحكامه . »

(١) وهذه الشركات هي : شركة ليبيا للتأمين وشركة المختار للتأمين وشركة الصحارى للتأمين وشركة شمال أفريقيا للتأمين .

قانون المرافعات

عناصر الدفع بالشيء المقضي في القانون الانجليزي

للدكتور محمد عبد الخالق عمر
أستاذ مساعد بكلية الحقوق بالجامعة الليبية

ملخص

مقدمة ١ – الدفع بحجية الشيء المقضي في نطاق نظرية الاستوبل **estoppel** ٢ – تطور الدفع بالحجية في إطار تطور قانون المرافعات الانجليزي نحو التخلص من الشكلية الجامدة ٣ – أساس الدفع بالحجية ٤ – التفرقة بين حجية الحكم ومبدأ السابقة القضائية ٥ – تقسيم البحث .

المبحث الأول : وجود حكم قضائي قطعي صادر من محكمة مختصة .

٦ – تقسيم : ١ – **الحكم القضائي** ٧ – ضرورة المحكمة القضائية المختصة (ا) **المحكمة القضائية** ٨ – العوامل المحددة لصورة التنظيم القضائي الانجليزي في الوقت الحاضر : العامل الإقطاعي – العامل المهني – ازدياد تدخل الدولة ٩ – قضاء التحكيم الخاص ١٠ – القرارات الإدارية الصادرة من هيئات إدارية والقرارات الإدارية الصادرة من هيئات قضائية .

(ب) **المحكمة المختصة** ١١ – معنى المحكمة المختصة – الحكم من محكمة غير مختصة لا يحوز الحجية – ولكن المحكمة التي أعطاها القانون سلطة تحديد اختصاصها تكون لأحكامها حجية ولو أخطأت في تحديد اختصاصها . ٢ – الحكم القاطع ١٢ – معنى الحكم القاطع – قطعية الحكم بتعويض نهائي – الأحكام القائمة على وقائع متغيرة ١٣ – حجية ترك الدعوى ١٤ – الحكم بعدم الاختصاص ١٥ – الحكم برفض الدعوى ١٦ – الحكم الغيابي ١٧ – الحكم الرضائي ١٨ – الحكم الاستئنافي .

المبحث الثاني : اتحاد السبب والموضوع والخصوم .

١٩ – تقسيم ١ – حجية سبب الدعوى وحجية المسألة المتنازع عليها ٢٠ – اصطلاحات جديدة للتعبير عن أفكار قديمة (ا) **حجية سبب الدعوى** ٢١ – المقصود بحجية سبب الدعوى cause of action estoppel ٢٢ – وحدة السبب القانوني واختلاف الأفعال المادية المكونة له ٢٣ – اختلاف السبب ووحدة الأفعال المادية . ٢٤ – وحدة السبب واختلاف الحماية القضائية . (ب) **حجية المسألة المتنازع عليها** ٢٥ – تعريف اصطلاح حجية المسألة المتنازع عليها issue estoppel وتطوره التاريخي ٢٦ – معيار التفرقة بين المسألة الأساسية والمسألة الجانبية ٢٧ – يجب أن تكون المسائل الأساسية واردة في حكم صادر ضد مصلحة الخصم الذي يراد بالتمسك بالحجية في مواجهته ٢٨ – شمول الحجية للمسائل التي كان من الواجب إثارتها ٢٩ – استخلاص المبدأ الذي يحكم الصلة بين وحدة السبب ووحدة المسألة المتنازع عليها ٣٠ – قضايا المرور ٣١ – تردد القضاء بشأنها ٣٢ – تأثر مدى الحجية بسلطة المحكمة الإيجابية في نظر القضية ٢ – **حجية محل الدعوى وحجية المسألة المتنازع عليها** ٣٣ – وحدة المحل المادي ووحدة المحل القانوني ٣٤ – ضرورة التفرقة بين المحل المادي والمحل القانوني ٣٥ – تطور فكرة المحل في دعاوى الضرائب .

٣- **اتحاد الخصوم** ٣٦ - الأحكام الشخصية والأحكام العينية ٣٧ - وجوب التفرقة بين فاعلية الحكم وأثره (ا) **معيار التفرقة بين الأحكام الشخصية والأحكام العينية** ٣٨ - مضمون المعيار (ب) **الأحكام الشخصية** ٣٩ - الحكم الشخصي حجة على أطرافه وخلفائهم ٤٠ - العبرة بوحدة الصفة ٤١ - معنى الخلف ٤٢ - وحدة المسألة المتنازع عليها واختلاف الخصوم (ح) **الأحكام العينية** ٤٣ - الحجية العينية للحكم في الدعوى الشعبية في القانون الاسكوتلندي ٤٤ - الأحكام المحددة لمركز الشخص أو المال لها حجية عينية ٤٥ - تحديد نطاق الحجية العينية للأحكام الصادرة بشأن المركز العائلي للشخص .

خاتمة : ٤٦ - وجود تماثل قوي بين أفكار القانون الانجليزي وأفكار القانون الروماني والقوانين المتأثرة به ومن بينها القانون الفرنسي والقانون المصري ٤٧ - وجود بعض أوجه الاختلاف لا ينفي إمكانية الإفادة من حلول القضاء الانجليزي .

مقدمة

١ – الدفع بحجية الشيء المقضى في نطاق نظرية الاستوبل . ٢ – تطور الدفع بالحجية في إطار تطور قانون المرافعات الإنجليزي نحو التخلص من الشكلية الجامدة . ٣ – أساس الدفع بالحجية . ٤ – التفرقة بين حجية الحكم ومبدأ السابقة القضائية . ٥ – تقسيم البحث .

١ – الدفع بحجية الشيء المقضي estoppel per rem judicatam في القانون الانجليزي يعتبر أحد أنواع الدفوع المتصلة بنظرية الاستوبل estoppel . ومن الممكن تعريف الاستوبل بصفة عامة بأنه منع الشخص من إثبات الحقيقة إذا كان في هذا الاثبات ما يخالف موقفه أو سلوكه السابق ، أو يخالف قراراً قضائياً سابقاً [١] . ويرجع اصطلاح الاستوبل الى القانون الانجليزي القديم في وقت كانت لغة القانون هي اللغة النورماندية الفرنسية Norman-French . وأصل الاصطلاح هو كلمة estoupe بمعنى يوقف أو يحجز [٢] ، ونظراً لعدم إمكان ترجمة هذه الكلمة بكلمة مناسبة فإننا نفضل الاحتفاظ بها كما هي . والاستوبل على ثلاثة أنواع [٣] :

---

(١) COKE on LITTLETON, f. 252 A; J.S. EWART, **An Exposition of the Principles of Estoppel by Representation,** Chicago, 1900, p. 5; G. S. BOWER, **The Law Relating to Estoppel by Representation,** London, 1923, § 15, p. 10 ; EVEREST and STRODE, **The Law of Estoppel,** 3rd ed. London, 1923, p. 3 ; DARGENT, **La doctrine de l'esuoppel,** thèse Grenoble, 1943, p. 4-5; M. ABDEL-KHALEK OMAR, **La notion d'irrecevabilité en droit judiciaire privé,** Paris 1967, (L. G. D. J.), n° 95, p. 32-33.

(٢) G. S. BOWER and A. K. TURNER, **The Law Relating to Estoppel by Representation,** 2nd. ed. 1966, (Butterworth) p. 3, n° 1 .

(٣) HALSBURY, **Laws of England,** 3rd. ed. vol. 15, par. 335.

– استوبل على أساس تصوير حالة أو واقعة معينة estoppel by representation

– استوبل على أساس المحرر الموثق estoppel by deed

– استوبل على أساس الشيء المقضي estoppel per rem judicatam

وهذا البحث مخصص لدراسة عناصر هذا النوع الأخير .

٢ – ويرجع تأسيس الاستوبل بناء على الشيء المقضي إلى وقت قديم عندما كانت الشكلية الجامدة مسيطرة على القانون الانجليزي ، وكان سجل الحكم record هو الركن الجوهري في الحجية . ولذلك كان يطلق على هذا النوع من الاستوبل ، الاستوبل بناء على سجل الحكم estoppel by record (٤) . ولكن تطور القانون الانجليزي في الأزمنة اللاحقة نحو التخلص من الشكليات جعل هذه التسمية غير دقيقة وخاطئة . فليس شرطاً لوجود الاستوبل في الوقت الحاضر أن يوجد سجل للحكم ، وإنما يجب أن يوجد حكم قضائي نهائي ، بغض النظر عن كون المحكمة التي أصدرت الحكم ملزفة بمقتضى القانون أو العرف أن تسجل أحكامها في سجلات خاصة(٥) .

٣ – والدفع بالحجية في القانون الانجليزي ، كما في غيره من القوانين الأخرى ، يقوم على اعتبارات المصلحة العامة والنظام العام public policy ، وفي نفس الوقت يقوم على حماية الأفراد من التعرض لمضايقات المطالبة القضائية في نفس الموضوع إلى مالا نهاية . وقد عبر عن هذا المعنى اللورد بلاكبرن Lord Blackburn بقوله : « إن موضوع قاعدة الشيء المقضي res judicata يقوم دائماً على أساسين : الأول : النظام العام ، فمن مصلحة الدولة أن يوضع حد للتقاضي ،

---

(٤) HALSBURY, **Laws of England**, vol. 15, par. 336.

(٥) G. S. BOWER and A.K. TURNER, **The Doctrine of Res Judicata**, London (Butterworth) 1969, par. 6, p. 2-4.

الثاني : الصعوبة التي تلحق الشخص اذا ما أرهق مرتين لنفس السبب »[٦] . وهذه الاعتبارات من القوة بحيث أن الحجية تثبت للحكم الصادر من محكمة مختصة سواء كان صحيحاً أو خاطئاً . فالوسيلة الوحيدة لتصحيح الخطأ في الحكم هي الطعن فيه بطرق الطعن المقررة في القانون[٧] .

٤ – ومن المعروف أن القانون الانجليزي يأخذ بمبدأ السابقة القضائية judicial precedent-stare decisis . ووفقاً لهذا المبدأ يعتبر الحكم القضائي مصدراً من مصادر القانون . ويجب تجنب الخلط بين الحكم القضائي كأساس للدفع بحجية الشيء المقضي ، وبين الحكم القضائي كمصدر لقاعدة قانونية . فالحكم القضائي بالنسبة لأطرافه ، أو بالنسبة للأشخاص الذين يسري في مواجهتهم ، يعتبر ملزماً لهم ، ويمنع من معاودة المنازعة أمام القضاء في المسائل التي فصل فيها ، ويظل محتفظاً بهذا الأثر ولو صدر تشريع لاحق ، أو حكم قضائي لاحق ، يأخذ بمبدأ قانوني مخالف أو مغاير للمبدأ القانوني الذي أخذ به الحكم الأول . ولكن القاعدة التي يأخذ بها التشريع الجديد أو الحكم الجديد ، تسري على كل الأشخاص الذين لم يشملهم الحكم السابق . أما الحكم القضائي كأساس لقاعدة قانونية عامة ومجردة ، فإنه يحيى حياة مستقلة عن حقوق ومصالح الأفراد

---

(٦) **Lockyer v. Ferryman** (1877) 2 App. Cas. 519, 530, H. L. ; **New Brunswick Ry. Co. v. British & French Trust Corpn Ltd.** [1938] 4 All E. R. 747, 754, per Lord Maugham, L.C.: «The doctrine of estoppel is founded on considerations of justice and good sense. If an issue has been distinctly raised and decided in an action in which both parties are represented, it is unjust and unreasonable to permit the same issue to be litigated afresh between the same parties or persons claiming under them.»

(٧) BOWER and TURNER, op. cit., par. 15, p. 14-15.

الذين صدر بشأنهم، وهذه القاعدة قد تلغى أو تعدل بحكم أو بتشريع لاحق [٨].

٥ – ويشترط لإمكان التمسك بالشيء المقضي أن يوجد حكم قضائي قطعي صادر من محكمة مختصة في نفس المنازعة بين نفس الخصوم. وعلى هـذا الأساس نقسم هذه الدراسة الى مبحثين: في المبحث الأول نبين معنى وجود حكم قضائي نهائي صادر من محكمة مختصة، وفي المبحث الثاني نبين شرط اتحاد السبب والموضوع والخصوم.

المَبحَث الأول

وجود حكم قضائي قطعي صادر من محكمة مختصة

٦ – الأحكام التي تكتسب الحجية في القانون الانجليزي والتي يمكن على أساسها التمسك بالدفع بالشيء المقضي، هي الأحكام القضائية، التي تصدر من محكمة مختصة، وتكون ذات طبيعة قطعية. ونبين أولاً معنى الحكـم القضائي، ثم نبين ثانياً معنى الحكم القطعي.

١ – الحكم القضائي

٧ – الحكم القضائي هو قرار صادر من محكمة قضائية مختصة. وهـذا التعريف يتطلب أن نوضح معنى المحكمة القضائية ومعنى كونها مختصة.

(ا) المحكمة القضائية :

٨ – العوامـل المحددة لصورة التنظيم القضائي الإنجليزي في الوقت الحـاضر : العامل

---

(٨) **In re Waring, Westminister Bank, Ltd, v. Burton-Butler [1948], All E. R. 257.**

وانظر مقال الدكتور برهام محمد عطاالله، قاعدة إلزامية السابقة القضائية وأقوالها في القانون الانجليزي الحديث، مجلة الحقوق، ١٩٧١، ص ١٢٩، وخاصة ص ١٦٠ هامش (١).

الإقطاعي – العامل المهني – ازدياد تدخل الدولة . ٩ – قضاء التحكيم الخاص . ١٠ القرارات الإدارية الصادرة من هيئات إدارية والقرارات الإدارية الصادرة من هيئات قضائية.

٨ – لم ينشأ النظام القضائي الانجليزي وفقاً لخطة محددة تم وضعها ثم وضعت موضع التنفيذ ، كما هو الأمر في كثير من بلاد العالم ، وإنما نشأ ونما تحت ضغط الحاجات العملية . وهذا ما يفسر أن معالم النظام القضائي في الوقت الحاضر لا يمكن فهمها على الوجه الصحيح إلا في ضوء تطورها التاريخي (٩) . وعلى الرغم من أن المشرع الانجليزي بقوانين الاصلاح القضائي سنة ١٨٧٣ – ١٨٧٥ ، قد وضع تخطيطاً دقيقاً لهيكل المحاكم القضائية ، إلا أن دراسة هذا الهيكل ليست كافية لإعطاء صورة كاملة عن التنظيم القضائي . ويرجع ذلك الى عدة اعتبارات بعضها يمتد في جذوره الى أعماق التاريخ ، وبعضها الآخر يرجع إلى وقت حديث.

أما الاعتبار الأول ، الذي يمكن أن نطلق عليه الاعتبار الإقطاعي ، أو الفلسفة القانونية الإقطاعية ، فهو الذي أدى إلى وجود نظم قضائية متعددة في نطاق سيادة سياسية واحدة : فيوجد نظام قضائي خاص بكل من انجلترا وويلز ، ونظام قضائي خاص باسكوتلندا ، ونظام قضائي خاص بإيرلندا الشمالية . وجزيرتا جيرسي Jersey وجيرنسي Guernsey في بحر المانش لكل منهما قانون قضائي خاص . وجزيرة مان Man في القناة الإيرلندية التي تفصل بين بريطانيا وإيرلندا لها أيضاً نظامها القضائي الخاص . بل إنه في انجلترا ذاتها ، لا تزال توجد بعض المحاكم المحلية التي تعتبر من بقايا الامتيازات الممنوحة للامراء الإقطاعيين أو للمدن . وهذه المحاكم الإقطاعية أو المحلية الخاصة تعتبر أحكامها أحكاماً قضائية تحوز الحجية (١٠) .

---

(٩) H. G. HANBURY and D. C. M. YARDLEY, **English Courts of Law**, 4th ed., 1967, Oxford University Press, p. 108.

(١٠) BOWER & TURNER, **Res Judicata**, op. cit., par. 23, p. 23.

وقد ألغى قانون المحاكم الصادر سنة ١٩٧١ والذي سيوضع موضع التنفيذ ابتداء من أول يناير ١٩٧٢ المحكمتين الإقطاعيتين في درهام ولانكستر (م ٤١ من القانون) والمحاكم المحلية الأخرى (م ٤٣) . انظر في تفاصيل ذلك :

G. BORRIE, **The Courts Act, 1971**, New Law Journal, vol. 121 (1971), p. 505, at p. 506.

٩

والاعتبار الثاني يرجع إلى طبيعة تقسيم المجتمع إلى فئات أو طوائف أو مهن، ووجود محكمة خاصة بكل طائفة . وهكذا كان للتجار، ولرجال الدين، وعمال المناجم، ورجال الجيش ، محاكم خاصة بهم . وقد اختفى كثير من هذه المحاكم الخاصة أو تضاءل اختصاصها . فقد اختفت محاكم التجار ، ولكن لاتزال توجد المحاكم الكنسية والمحاكم العسكرية. ومحاكم بعمال تعدين القصدير في كورنوال وديڤون . وإلى جانب ذلك اعترف القانون لبعض المهن بالحق في تنظيم أمورها وإنشاء هيئات قضائية للفصل في المنازعات التي تنشأ في نطاقها ، ومن الأمثلة على هذا النوع من المحاكم ، التي يطلق عليها المحاكم الذاتيـــة domestic tribunals ، لجنة تأديب الأطباء التي تعمل في نطاق مهنة الطب ولجنة تأديب وكلاء الدعاوى التي تعمل في نطاق مهنة وكلاء الدعاوى solicitors . وإلى عهد قريب قبل إلغائها لقانون المحاكم لسنة ١٩٧١ كانت توجد محاكم خاصة . وهذه المحاكم الخاصة تتمتع أحكامها بالحجية (١١) .

والاعتبار الثالث يرجع الى ازدياد تدخل الدولة في حياة الأفراد وأخذها على عاتقها القيام بواجبات متعددة ، كالصحة العامة وتوفير مستوى صحي لائق لكل السكان ، والتأمين الاجتماعي ، والتأهيل المهني ، وشق الطرق ، وتخطيط المدن والمناطق، وتوفير المياه الصالحة للشرب، وتوفير الطاقة الكهربائية وأنواع الطاقات الأخرى، وتنظيم الاستخدام وعلاقات العمل، وغير ذلك من المسائل العديدة التي لا تدخل تحت حصر والداخلة في مفهوم وظيفة دولة الرفاهية Welfare State في مجتمع يسوده الرخاء affluent society . والنشاط المتزايد للإدارة لا بد أن يؤدي إلى التأثير على حقوق الأفراد وحرياتهم ، ويؤدي بالتالي إلى وجود عديد من المنازعات . ولم يكن من الممكن، من الناحية العملية، إثقال المحاكم العادية ، سواء كانت محاكم عليا superior courts أو محاكم دنيـــا inferior courts ، بنظر هذا النوع الجديد المتزايد من المنازعات . ورأى

(١١) BOWER & TURNER, **Res Judicata**, op. cit., par. 26, p. 27.

المشرع أن يضمن التشريعات الخاصة بالتنظيمات الإدارية الجديدة ، أو المتعلقة بتدخل إداري جديد ، نصوصاً بإنشاء محاكم تفصل في المنازعات الناشئة عن تطبيق هذه التشريعات . وكان القضاة المتخصصون قد أبدوا تذمرهم من اختصاصهم بالمنازعات المتعلقة بالإدارة الجديدة . وفي ذلك يقول اللورد كامبل إن اختصاص القضاة بنظر المنازعات المتعلقة بالسكك الحديدية قد أحالهم إلى مديرين للسكك الحديدية وهو ما لا يتناسب مع طبيعة وظيفتهم القضائية . ولكن لم يستطع رجال القانون ، من جهة أخرى ، إخفاء قلقهم من تزايد عدد المحاكم الخاصة ، وخشوا أن تكون هذه المحاكم — وأعضاؤها وفي بعض الأحيان رؤساؤها من ذوي الخبرة الفنية في مجال تخصصهم المهني وليسوا متخصصين في القانون Laymen تتضمن تهديداً لسيادة القانون the rule of Law . وقد انتهى الأمر للتخفيف من حدة هذه المخاوف ، إلى إصدار تشريع بإنشاء مجلس للإشراف على المحاكم الخاصة تحت رقابة اللورد الحاجب Lord Chancellor (وهو يشغل أعلى وظيفة قضائية في بريطانيا ، وهو عضو في الوزارة ويستقيل معها). وعلى الرغم من أنه يطلق على هذه المحاكم المحاكم الادارية administrative tribunals ، فإنه من المقرر أنها تقوم بوظيفة قضائية ، وأحكامها تتمتع بالحجية (١٢) .

٩ — وإلى جانب القضاء الذي تقوم به الدولة ، يوجد قضاء التحكيم الخاص ، وهو يقوم بدور كبير ، وخاصة في نطاق المعاملات التجارية (١٣) .

(١٢) S. A. DE SMITH, **Judicial Review of Administrative Action,** 2nd ed. 1968, (Stevens & Sons), p. 65; J. F. GARNER **Administrative Law,** 1967 (Butterworth), p. 166 et seq.; R. M. JACKSON, **The Machinery of Justice in England,** 1967 (Cambridge University Press), p. 351 et seq. ; HANBURY & YARDLEY, **op. cit.,** p. 132 et seq ; H. STREET, **Justice in the Welfare State,** 1968, (Stevens & Sons), p. 1 et seq.

(١٣) JACKSON, **op. cit.,** p. 94.

وأحكام المحكمين تتمتع بنفس حجية الأحكام القضائية لأغراض الدفع بالشيء المقضي . وفي ذلك يقول القاضي اللورد ديبلوك Diplock, L. J. : « إن الدفع بالشيء المقضي ينطبق على التحكيم كما ينطبق على المنازعات (أمام القضاء) . ان الخصوم وقد اتفقوا على إحالة المنازعات بينهم المتعلقة بحقوقهم وواجباتهم الى هيئة معينة ، يعتبرون ملزمين بما تقرره هذه الهيئة بخصوص أية مسألة تعتبر لازمة للفصل في أية منازعة تعرض على الهيئة »(١٤) .

١٠ ــ والقرارات الصادرة من هيئات ادارية تعتبر قرارات ادارية ولا تتمتع بالحجية ، ولا يجوز التمسك بها لمنع إجراءات قضائية لاحقة . وعلى هذا الأساس حكم بأن قرار بعض موظفي الخزانة بالحد من حقوق مدينة تشيستر في مواجهة مقاطعة تشيستر التي لها امتيازات ملكية (١٥) ليس قراراً قضائياً ، حيث تمت الإجراءات بتعبير رئيس القضاة اللورد تانتردن Lord Tenterden C. J. « أمام أشخاص لا يكونون أية محكمة معروفة في قانون هذا البلد »(١٦) ؛ وبأنه لا يعد قراراً قضائياً التقرير الذي وضعته لجنة شكلها سلطان مسقط وانتهت فيه الى شرعية مصادرة الأسلحة والذخائر التي وجدها قائد سفينة حربية بريطانية على ظهر سفينة تجارية بريطانية(١٧) . وحكم أيضاً بأن قرار المسجل العام بإعادة تسجيل طفل غير شرعي كطفل شرعي بناء على زواج الأبوين اللاحق للتسجيل السابق ، يعد قراراً ادارياً ، وليس عملاً قضائياً ، ولا يصلح بالتالي كأساس

---

(١٤) **Fidelitas Shipping Co. Ltd. v. V/O Exportchleb,** [1965] 2 All E. R. 4, 10.

(١٥) County Palatine of Chester. وتختلف المقاطعة الملكية عن المقاطعة العادية في أن أمير المقاطعة الملكية ، بمقتضى تفويض من الملك سيد الامراء الإقطاعيين يمارس في مقاطعته بعض الوظائف والسلطات التي لا يمارسها إلا الملك في المقاطعات الأخرى .

(١٦) **Rogers v. Wood** [1831] 2 B & Ad. 245.

(١٧) **Fracis, Times & Co. v. Carr** [1900] 82, L. T. 698, C. A.

للدفع بالشيء المقضي [١٨] .

ويعهد القانون باختصاصات ادارية إلى قضاة السلام justices of the peace . والقرارات الصادرة في حدود هذه الاختصاصات تعتبر قرارات ادارية . وقد حكم بأن قرار القضاة الداخل في حدود السلطة الممنوحة لهم بمقتضى قانون النقص العقلي لسنة ١٩١٣ يعتبر قراراً ادارياً[١٩] . وقد ذهبت أحكام عديدة – ولكنها قديمة نسبياً – الى أن قرارات القضاة في مسائل الترخيص تعتبر قرارات ادارية [٢٠] . ولكن الأحكام الحديثة تعتبر قررات الترخيص أحكاماً قضائية [٢١] .

(ب) المحكمة المختصة :

١١ – معنى المحكمة المختصة – الحكم من محكمة غير مختصة لا يحوز الحجية – ولكن المحكمة التي أعطاها القانون سلطة تحديد اختصاصها تكون لأحكامها حجية ولو أخطأت في تحديد اختصاصها .

١١ – ان المحكمة التي أصدرت الحكم يجب أن تكون مختصة . وشرط الاختصاص ينطبق على جميع أنواع المحاكم ، فينطبق على المحاكم العليا

---

(١٨) **Jones v. Jones** [1929] 140 L. T. 647.

(١٩) **Newman v. Foster** [1916] W. N. 369, D. C.

(٢٠) **Royal Aquarian Society v. Parkinson** [1892] 1 Q. B. 431, C.A. ;
Boulter v. Kent Justices [1897] A. C. 556, H. L. ; **Huish v. Liverpool Justice** [1914] 1. K. B. 109, D.C.; **Attwood v Chapman** [1914] 3 K. B. 275.

(٢١) **Jeffrey v. Evans** [1964] 1 All E. R. 356; **R. v. East Riding Quarter Sessions Exparte Newton** [1967] 3 All E. R. 118.

superior courts [٢٢] ، كما ينطبق على المحاكم الدنيا inferior courts [٢٣] ، والمحاكم المحلية local courts [٢٤] ، والمحاكم الذاتية domestic tribunals [٢٥] ، كما ينطبق على أحكام المحكمين [٢٦] .

والمقصود بالاختصاص أن تكون للمحكمة سلطة في نظر المنازعة ، وأن تكون للمحكمة سلطة الأمر بالإجراء المطلوب منها والذي صدر به الحكم ، بمعنى أنه يجب أن تكون للمحكمة سلطة الأمر بالقيام بالعمل أو بالامتناع عن العمل المذكور في الحكم [٢٧] .

ولكن في الحالات التي تصدر فيها المحكمة حكماً متعلقاً باختصاصها ، ويكون القانون قد أعطاها سلطة تحديد اختصاصها a power to determine its own jurisdiction ، يكون حكم المحكمة بأنها مختصة بنظر النزاع ، كما يكون حكمها في موضوع النزاع ، حائزاً لحجية الشيء المقضي [٢٨] .

٢ – الحكم القاطع

١٢ – معنى الحكم القاطع – قطعية الحكم بتعويض نهائي – الأحكام القائمة على وقائع متغيرة . ١٣ – حجية ترك الدعوى . ١٤ – الحكم بعدم الاختصاص . ١٥ – الحكم برفض الدعوى . ١٦ – الحكم الغيابي . ١٧ – الحكم الرضائي . ١٨ – الحكم الاستئنافي.

١٢ – الحكم الحائز للحجية يجب أن يتضمن فصلاً ، بطريقة صريحة أو

---

(٢٢) **Peacok v. Bell** (1667) 1 Wms Saund. 73; **London Corpn. v. Cox** (1867) L. R. 24 L. 239.

(٢٣) **Mico v. Morris** (1685) 3 Lev. 234.

(٢٤) **London Corpn. v. Cox,** (1867) L. R. 2 H. L. 239.

(٢٥) **In re a Medical Practitioner** [1959] N. Z. L. R. 784, C. A.

(٢٦) **Rahcassi Shipping Co., S. A. v. Blue Star Line Ltd.** [1967] 3 All E. R. 301.

(٢٧) BOWER & TURNER, **op. cit.**, par. 14, p. 92.

(٢٨) **R. v. Ludlow, Ex parte Barnsley Corpn** [1947] K. B. 634.

ضمنية ، في مسألة واقع أو مسألة قانون[٢٩] . والحكم بتعويض نهائي عن كل الأضرار الحاضرة والمستقبلة يمنع من رفع دعوى جديدة بطلب تعويض عن أضرار جديدة تالية على الحكم ولم تكن متوقعة وقت صدوره[٣٠] . ولكن الأحكام القائمة على وقائع متغيرة بطبيعتها لا تحوز إلا حجية مؤقتة . فالحكم بأن الشخص ليس غجرياً gipsy في تاريخ معين لا يمنع من إثبات أنه غجري في تاريخ لاحق[٣١] . والحكم برفض دعوى الإخلاء لعدم وجود مبرر لا يمنع من الحكم بالاخلاء في تاريخ لاحق على أساس توافر المبرر[٣٢] . والحكم بعدم قبول الدعوى لرفعها قبل الأوان لا يحول دون الحكم بقبولها عند حلول الأجل[٣٣] . والسلوك المدعى أنه يكون قسوة مستمرة أو دائبة persistent cruelty يمكن فقط الحكم عليه على ضوء السلوك كله ، ومجرد صدور حكم من المحكمة في وقت سابق عندما كان السلوك لم يكتمل ، بأن السلوك لا يكون قسوة مستمرة أو دائبة ، لا يعني استبعاد هذا الدليل كلية . وبعبارة أخرى لا يعني الحكم بأن السلوك إلى وقت صدور الحكم ليس قسوة دائبة ، استبعاد هذا السلوك عند تقدير القسوة الدائبة في تاريخ لاحق[٣٤] . ولا يعتبر قاطعاً يحوز الحجية الحكم بنفقة مؤقتة للزوجة أثناء نظر دعوى الطلاق[٣٥] ، أو الحكم المعلق على شرط[٣٦] . وفي بعض الأحيان ينص التشريع على حق المحكمة في إلغاء أو تعديل حكمها ، ومثل هذا النص لا يمنع من أن يعتبر الحكم حائزاً للحجية إلى أن يلغى أو يعدل[٣٧] . ولا يعتبر حكماً قاطعاً الحكم المشوب

---

(٢٩) **Obicini v. Bligh** (1832) 8 Bing., 335.
(٣٠) **Fetter v. Beal** (1697) 1 Ld. Raym. 339.
(٣١) **Mills v. Cooper** [1967] 2 All E. R. 100.
(٣٢) **Burman v. Woods** [1948] 1 K. B. 111, C.A.
(٣٣) **Palmer v. Temple** (1839) 9 Ad. & El. 508.
(٣٤) **Molesworth v. Molesworth** [1947] 2 All E. R. 842.
(٣٥) **Robins v. Robins** [1907] 2 K. B. 13.
(٣٦) **Mountcashell's Estate** [1920] 1 I. R. 1.
(٣٧) **Austin v. Mills (1853)** 9 Exch. 288.

بالغموض او الذي يخالطه عدم التأكيد ، مثل الحكم بإلزام (ا) أو (ب) بالقيام بعمل معين [٣٨] .

ولا ينفي خصيصة القطعية في الحكم مجرد كون الحكم مقرراً declaratory judgment . وقد أخذت بهذا الحل صراحة قواعد المحكمة العليا [٣٩] .

وقابلية الحكم للاستئناف [٤٠] ، أو استئنافه فعلاً [٤١] ، لا تؤثر في قطعيته . كما لا يؤثر في الحكم أن يكون قد نفذ فعلاً [٤٢] ، أو أوقف تنفيذه [٤٣] ، أو لم ينفذ أصلاً [٤٤] .

حجية ترك الدعوى

١٣ – من حق المدعى أن يترك دعواه في أي وقت أمام محاكم المقاطعات country courts ، فهذا جائز بمقتضى قواعد المرافعات المتبعة أمامها [٤٥] . والترك يترتب عليه أن تبقى الدعوى بغير حكم فيها ، ويكون من حق المدعى التارك أن يعود الى الدعوى من جديد عندما تتهيأ له في اعتقاده أسباب النجاح فيها [٤٦] . وكانت قواعد المرافعات المعمول بها أمام المحكمة العليا superior court لا تقيد حق المدعى في الترك . ولكن منذ تعديل هذه القواعد سنة ١٨٧٥ حرم المدعى من الترك الا بشروط معينة ، فإذا لم يراع هذه الشروط فإنه يفقد

---

(٣٨) **Lawrence v. Hodgson** (1826), 1 Y. & J. 16.
(٣٩) R. S. C. Order 15, rule 16 (1965)
(٤٠) **Colt Industries Inc. v. Sarlie** (No. 2) [1966] 3 All. E. R. 85, 86.
(٤١) **Marchioness of Huntley v. Gaskell** [1950] 2 Ch. 656, C.A.
(٤٢) **R. v. Inhabitants of Haughton** (1853) 1 E. & B. 501.
(٤٣) **Hall v. Odber** (1809) 11 East. 118.
(٤٤) **Doe v. Wright** (1839) 10 Ad. & El. 763.
(٤٥) C. C. R. Order 23, r. 3.
(٤٦) **Byrne v. Frere** (1828) 2 Moll. 160, 180.

حقه في رفع الدعوى من جديد . وفي بيان وجه الخلاف بين القاعدة القديمة والقاعدة الجديدة أمام المحاكم العليا يقول اللورد هالسبوري Lord Halsbury, L. C. : « إن المسألة الوحيدة في هذا الاستئناف هي معرفة ما إذا كان النظام القديم الذي كان المدعى بمقتضاه يستطيع أن يترك دعواه باختياره وأن يرفع باختياره دعوى أخرى بناء على نفس السبب لا يزال نظاماً قائماً في قانوننا . وفي اعتقادي الجازم أن هذا النظام لم يعد قائماً . لقد تغير نظامنا كله ، وأعتقد أن السبب في عدم وجود كلمة ترك الدعوى nonsuit في القواعد (قواعد المحكمة العليا R. S. C.) يرجع إلى أنه قد تقرر عدم السماح للمدعى في القانون المشترك Common Law أن يطلب ترك دعواه ، أو للمدعى في العدالة Equity أن يختار شطب عريضته ، ومن المحتمل أن اصطلاح عدم الاستمرار discontinuance افترض فيه أن يحل محل الأشكال الاجرائية في القانون المشترك والعدالة معاً »[٤٧] . وفي قضية حديثة أبلغ المدعى رغبته إلى المدعى عليه بعدم الاستمرار في الدعوى، وبناء على ذلك أمر الماستر master (وهو موظف يقوم بوظائف قضائية في المحكمة العليا ويقابله المسجل registrar في محاكم المقاطعات) برفض الدعوى . وفي دعوى لاحقة حاول المدعى عليه أن يستند الى أمر الماستر بالرفض باعتباره حائزاً للحجية ، ولكن القاضي أنجود توماس رفض ذلك وقال أنه لا يمكن تأسيس الحكم على حكم برفض الدعوى مبني على عدم موالاة السير في الدعوى[٤٨] .

---

(٤٧) **Fox v. Star Newspaper Co.** [1900] A. C. 19, H. L., 20. **Robertson v. Purdey** [1906] 2 Ch. 615. وفي نفس المعنى :

(٤٨) **Pople v. Evans** [1968] 2 All E. R. 743, 725: « It seems to me that the technical and substantive nature of res judicata founded on considerations of justice and good sense has no place for mere dismissal for want of prosecution.»

الحكم بعدم الاختصاص

١٤ – الحكم بعدم الاختصاص ليست له حجية فيما يتعلق بموضوع المنازعة أمام المحكمة المختصة (٤٩) . ولكن الحكم بعدم الاختصاص حجة أمام المحكمة التي أصدرته (٥٠) ، ولو كان خاطئاً (٥١) ، إذ في هذه الحالة يعتبر بمثابة رفض موضوعي للدعوى .

الحكم برفض الدعوى

١٥ – الحكم برفض الدعوى يحوز الحجية بالقدر الذي يعتبر فيه فاصلاً في مسألة معينة (٥٢) . فإذا كان الحكم بالرفض ليس مبنياً بالضرورة على مسألة أثبتها الحكم ، فإن هذه المسألة لا تحوز الحجية . مثال : رفع شخص دعوى مستنداً الى صحة قرار صادر من أحد المجالس البلدية ، وحكمت المحكمة برفض الدعوى مع إقرارها بصحة القرار ، فهذا لا يقطع في صحة قرار المجلس البلدي ، ولا يحول دون المنازعة فيه في دعوى لاحقة (٥٣) .

---

(٤٩) **Collins v. Cave** (1858) 27 L.J. Ex. 146.

(٥٠) **R. V. Middlesex Justices, Ex parte Bond** [1933] 1 K. B. 72

(٥١) **Paterson v. Knapdale Road Board** (1892) 11 N. Z. L. R. 599.

(٥٢) **Jones v. Nixon** (1831) You. 359; **Brandlyn v. Ord** (1748) 1. Atk. 571: **Greathead v. Bromley** (1798) 7 Term Rep. 455; **Langdon v. Richards** (1917) 33 T. L. R. 325, D.C. **Bernard v. Bernard** [1958] 3 All E. R. 457.

(٥٣) **Vitosh v. Bribana City Council** (1955) 93 C. L. R. 622 (High Court of Australia).

الحكم الغيابي

١٦ – الحكم الغيابي يحوز حجية الشيء المقضي (٥٤) . ولكن صدور هذه الأحكام في غير حضور الخصم جعل بعض الأحكام الحديثة تتجه إلى التشكيك في إمكان الاستناد إلى أحكام غيابية كأساس للدفع بالشيء المقضي . وفي ذلك يقول اللورد رايت Lord Wright : « توجد أسباب ملاءمة خطيرة تبرر عدم الزام الخصم بأية مسألة واقع أو قانون أساسية للحكم الغيابي . إن كل أثر ضروري يعترف به للحكم الغيابي بالنسبة لما فصل فيه مباشرة . واني أعتبر أن أي أثر آخر يراد الوصول اليه عن طريق الدفع بالحجية يعتبر توسعاً غير مشروع في هذه النظرية لست مستعداً لقبوله » (٥٥) . ورفض اللورد راسيل أوف كيلوين Lord Russel of Killowen أن يطبق على الأحكام الغيابية القاعدة التي وضعتها اللجنة القضائية لمجلس الملك الخاص في قضية Hoystead v. Taxation Commissioner (٥٦) . وتقضي القاعدة المذكورة بأنه « إذا توصلت أية محكمة مختصة الى قرار فإن الخصم يمنع من المنازعة فيه في دعوى جديدة . وهذا المبدأ يمتد أيضاً الى أية نقطة مفترضة أو مسلم بها كانت في جوهرها سبب وأساس القرار » . وقال اللورد راسيل في تبرير عدم تطبيق هذه القاعدة على الأحكام الغيابية : « لا شك أن هذه الكلمات واسعة ، ولكنها تتعلق بحجية حكم حضوري ، ولست على استعداد لمدها على حالة حكم غيابي في دعوى متعلقة بالعقد ا تتلوها دعوى متعلقة بالعقد ب المماثل للعقد ا في الصياغة » (٥٧) . وأوضح اللورد موم ،

---

(٥٤) **Aslin v. Parkin** (1758) 2 Burr. 665; **Tira Arika v. Sidaway** [1923] N. Z. L. R. 158; **Kok Hoong v. Leong Cheong Kweng Mines Ltd,** [1964] A. C. 993, P.C. D. ST. L. KELLY **Issue Estoppel - Judgments founded on assumptions - Default judgments,** Law Quarterly Review, vol. 84 (1968), p. 362.

(٥٥) **New Brunswick Ry. Co. Ltd. v. British & French Trust Corporation Ltd.** [1939] A. C. I, H. L. 38.

(٥٦) [1926] A. C. 155, P. C.

(٥٧) [1939] A. C. 1 H. L., 28.

اللورد الحاجب Lord Maugham, L.C. بطريقة أكثر تفصيلاً أسباب معالجة حجية الأحكام الغيابية بدقة وحذر : « لا أعتقد أنه من الضروري أن أعبر عن رأيي بخصوص ما إذا كان الاستوبل المدعى وجوده كان من الممكن أن ينجح لو كان المستأنفون قد حضروا وتقدموا بطلبات في الدعوى الأولى . ولكن الحكم في تلك الدعوى كان خاصاً بسند واحد ، ونطق به في غياب المدعى عليهم . وفي رأيي أنه ليست كل دفوع الاستوبل كريهة odious ، ولكن هذه الصفة قد تجد لها محلاً ، اذا كان المدعى عليه ، وخاصة حال كون الدعوى المرفوعة ضده مطالبته بمبلغ ضئيل من المال في مدينة بعيدة عن مدينته ، قد حكم بإيقافه estopped ليس فقط بالنسبة للحكم الصادر ضده مثلاً ، ولكن أيضاً بالنسبة لدعوى بمبلغ أكبر كثيراً من المال على أساس أن إحدى المسائل المتنازع عليها في الدعوى الأولى (وهي مسائل لم يرها أبداً على الرغم من أنها أثيرت) قد قطعت بطريقة ضمنية في دفاعه الوحيد في الدعوى الثانية . إني أعتقد أنه يوجد الكثير مما يمكن قوله لتأييد ملاحظة القاضي ويلز Willes, J. في قضية Howlett v. Tarte (٥٨) ، على الرغم من أنها قد تكون فضفاضة بعض الشيء . وملاحظة القاضي هي (لا غبار في أن يمنع المدعى عليه من التمسك في نفس الدعوى بدفع كان من الممكن أن يتمسك به ولكنه ترك الوقت المناسب يمضي . ولكن لم يسمع أحد أبداً بمنع مدعى عليه من التمسك بدفع في دعوى ثانية لأنه لم يستفد من فرصة التمسك به في الدعوى الأولى) . وفي رأيي أنه على الأقل يوجد لدينا مبرر للحكم بأن الاستوبل المؤسس على حكم غيابي يجب تحديده بعناية . ويبدو أن المبدأ الصحيح في مثل هذه الحالة يجب أن يكون أن المدعى عليه يمنع من التمسك في دعوى لاحقة بدفع كان بالضرورة ، وبدقة تامة ، قد فصل فيه الحكم السابق ، أو بعبارة أخرى ، كان محلاً للشيء المقضي بالمعنى

---

(٥٨) (1861) 10 C. B. N. S. 813.

الدقيق »[٥٩] . وفي قضية حديثة قال اللورد رادكليف Lord Radcliffe : « إن قضية New Brunswick Ry. Co. يمكن أن تعتبر متضمنة تفسيراً ملزماً لقاعدة Howlett v. Tarte بطريقة أبسط وأقل خصوصية . وهذا التفسير مؤاده أن الأحكام الغيابية، على الرغم من صلاحيتها لتأسيس الدفوع بالحجية ، يجب دائماً فحصها بدقة متناهية بقصد التأكد من جوهر ما قررته بالضرورة »[٦٠] .

وفي قضية أخرى أوضح اللورد ريد Lord Reid الصعوبة العملية في إقرار حجية المسألة المتنازع عليها بالنسبة للأحكام الغيابية بقوله : « لنفرض أن الدعوى الأولى كانت قليلة الأهمية ، ولكنها كانت تتضمن بالنسبة لأحد الخصوم إثبات وقائع قد تكون باهظة التكاليف أو مصدراً للمتاعب، وأن هذا الخصم كان يستطيع أن يرى احتمال ان نفس النقطة قد تثار اذا رفع غريمه دعوى أكثر أهمية . فما الذي يفعله ؟ ان الدعوى الثانية قد لا ترفع أبداً . هل يحشم نفسه عناء كبيراً ومصروفات باهظة ليمنع التمسك بحجية المسألة المنازع عليهـــا issue estoppel اذا ما رفعت الدعوى الثانية ؟ وهذه الصعوبة غير موجودة بالنسبة لحجية سبب الدعوى cause of action estoppel ، لأنه اذا كان سبب الدعوى هاماً فإنه سيتحمل المصاريف . وإذا لم يكن كذلك فإنه سيخاطر بالكسب على أساس آخر »[٦١] .

---

(٥٩) [1939] A. C. 1, H. L., 21.

(٦٠) **Kok Hoong v. Leong Cheong Kweng Mines, Ltd.** [1964]. A. C. 993, P. C. 1012.

(٦١) **Carl. Zeiss, Stiftung v. Rayner and Keeler, Ltd.** (No. 2) [1966] 2 All E. R. 536, H. L. 554.

وانظر ما يلي فيما يتعلق بالتفرقة بين حجية المسألة المتنازع عليها وحجية سبب الدعوى، رقم ٢١ ورقم ٢٥ .

الحكم الرضائي

١٧ ــ الأحكام والأوامر الرضائية consent orders and judgments ، أي التي تصدر باتفاق الخصوم، تجوز الحجية شأنها في ذلك شأن الأحكام العادية (٦٢) ، ولكنها لا تعتبر حجة على الأشخاص الذين لم يعبروا عن رضائهم بالحكم (٦٣) . ويجب أن يكون الخصم الذي صدر منه الرضاء له أهلية (٦٤) وسلطة التصرف في موضوع الحكم (٦٥) . ولكي يحوز الحكم حجية يجب أن تكون المحكمة قد باشرت رقابة حقيقية على نقاط النزاع . فإذا كانت المحكمة قد اعتمدت اتفاق الخصوم دون أي بحث أو تحقيق قضائي من جانبها ، فإن الحكم باعتماد الاتفاق لا يحوز الحجية (٦٦) .

---

(٦٢) **Cohen v. Jonesco** [1926] 1 K. B. 119, 125; **Kinch v. Walcott** [1929] A. C. 482, P.C. 493.

(٦٣) **Goucher v. Clayton** (1865) 13 W. R. 336 ; **Monster v. Cox** (1885) 10. App. Cas. 680, H.L.; **Ritchie v. Malcolm** [1902] 2 I. R. 403.

(٦٤) **Arabian v. Tuffnall and Taylor, Ltd.** [1944] 2 All E. R. 317.

(٦٥) **Great North West Central Ry. Co. v. Charlebois,** [1899] A. C. 114, P. C. ; **In re Jon Beauforte (London), Ltd.** [1953] 1 All E. R. 634.

(٦٦) **Jenkins v. Robertson** (1867) L. R., Sc. & Div. 117, H. L.; **Magnus v. Bank of Scotland** (1888) 58, L. T. 617, 619, 620.

وتتلخص وقائع القضية الأخيرة في أن المدعي عنه امتناعه عن تقديم المستندات والإجابة على الأسئلة الموجهة اليه ، أخبر المدعي عليه بأنه قرر أن يترك الدعوى وأن يدفع مصاريفها . ولما لم ينفذ المدعي هذا الوعد ، طلب المدعي عليه من المحكمة أن تحكم برفض الدعوى لتركها من جانب المدعي . وعندئذ دفع المدعي المصاريف للمدعي عليه ، وحضر عند نظر الطلب ، ووافق على أن تصدر المحكمة أمراً برفض الدعوى التي رفعها ضد المدعي عليه . بعد ذلك رفع المدعي دعوى جديدة مبنية على نفس السبب ضد نفس المدعي عليه . تمسك المدعي عليه بحجية الحكم الرضائي . =

الحكم الاستئنافي

١٨ – الحكم الصادر من محكمة الاستئناف بإلغاء الحكم المستأنف هو الذي

رفضت المحكمة هذا الدفع لأن الحكم الرضائي لم يتضمن أي حسم للمنازعة المتعلقة بسبب الدعوى

وقال القاضي كي Kay, J. :

Now if that consent order had proceeded on a compromise of the cause of action, it would have been an absolute bar to a new action, but here the order was made on a summons to dismiss for want of prosecution, an order on which would not be a bar; and therefore, unless it is shown that the consent proceeded upon the compromise of the cause of action, I cannot see how it is possible to say this would be a bar. Can it be said that when you attend on a summons to dismiss for want of prosecution, and submit to an order by consent, that order is a bar to another action ? That seems to me against all the rules of the court. There is a great deal more in this than mere technicality, because the principle of the court is that, unless the merits of the case have been dealt with, the dismissal of one action is not a bar to another action of the **same kind. That** is a very ancient rule of the court of chancery, which I should be sorry to see disturbed... how can it be justly said that this order, taken on summons to dismiss for want of prosecution, and taken by consent, **ipso facto** prevented another action being brought? It seems to me that where an order obtained on such a summons is expressed to be made by consent the court may look behind the order, and see upon what terms that consent was given, and whether there be any ground for saying that it was intended to compromise the action altogether. On the other hand, if it is plain that there was no such agreement — no agreement whatever to put an end to the cause of action by compromise, then the mere fact that the order was worded 'by consent' does not in my opinion, in the least degree prevent the bringing of this second action.»

يحوز الحجية[٦٧] . ولكن اذا كان حكم الاستئناف قد ألغى الحكم المستأنف على أساس صدوره من محكمة غير مختصة ، فإنه في هذه الحالة لا يوجد أي حكم يتمتع بالحجية[٦٨] .

واذا كانت محكمة الاستئناف قد اقتصرت على إثبات إتفاق الأفراد دون أن تقوم بأية وظيفة قضائية ودون أن تبحث أي موضوع من الموضوعات ، فإن قرارها لا يحوز أية حجية ، بل تكون الحجية للحكم الصادر من محكمة أول درجة[٦٩] .

المبحث الثاني

اتحاد السبب والموضوع والخصوم

١٩ — لكي يوجد الدفع بالحجية ، يجب أن يتوافر اتحاد في السبب والموضوع والأشخاص بين الدعوى الأولى والدعوى الثانية . وبالنسبة للسبب يهتم القضاء الانجليزي بصفة أساسية بالتفرقة بين الحجية التي تشمل سبب الدعوى بأكمله cause of action estoppel ، والحجية التي تشمل مسألة معينة من المسائل المتنازع عليها issue estoppel .

١ — حجية سبب الدعوى وحجية المسألة المتنازع عليها

٢٠ — بدأ القضاء الانجليزي في السنوات الأخيرة في استعمال اصطلاحين

---

(٦٧) **London County Council v. Galsworthy** [1918] A. C. 851, H.L.

(٦٨) **Cross v. Salter** (1790) 3 Term Rep. 639 ; **Colin v. Patterson** [1915] 2 I. R. 169.

(٦٩) **Jenkins v. Robertson** (1867) L. R. 1 Sc. & Div. 117, H.L.

جديدين للتفرقة بين نوعين من الحجية بحسب نطاق شمولها . الاصطلاح الأول هو حجية سبب الدعوى ، والثاني هو حجية المسألة محل النزاع . والاصطلاحان هما الجديدان ، أما الأفكار التي يعبران عنها فهي قديمة ترجع إلى عهد بعيد . فالأمر يتعلق بتسمية جديدة لأفكار قديمة .

٢١ – المقصود بحجية سبب الدعوى . ٢٢ – وحدة السبب القانوني واختلاف الأفعال المادية المكونة له . ٢٣ – اختلاف السبب ووحدة الأفعال المادية . ٢٤ – وحدة السبب واختلاف الحماية القضائية .

(أ) – حجية سبب الدعوى

٢١ – المقصود بحجية سبب الدعوى Cause of action estoppel الحجية التي تشمل كل الوقائع أو الشروط التي تتأسس عليها دعوى معينة . فإذا ما فصل حكم قضائي في توافر أو عدم توافر هذه الوقائع أو الشروط فإنه لا يجوز معاودة البحث فيها مرة أخرى . ويقصد بسبب الدعوى الشروط أو الوقائع التي لا توجد دعوى معينة إلا بتوافرها .

ومن أصعب الأمور تحديد ذاتية سبب الدعوى تحديداً دقيقاً ، لأن ذات الوقائع قد تُكَوِّنُ سببين أو أكثر للدعوى . ولم يضع القضاء الانجليزي الى الآن معياراً جامداً ، ولكنه في كل حالة يحاول أن يتقصى ذاتية السبب على ضوء الظروف الواقعية ، والأحكام الصادرة في هذا الموضوع كثيرة وبعضها يرجع الى عهد بعيد . وسنحاول فيما يلي أن نستعرض اتجاهاتها الرئيسية .

وحدة السبب القانوني واختلاف الأفعال المادية المكونة له

٢٢ – لا يوجد اتحاد في السبب لمجرد كون الدعويين قائمتين على نفس السبب القانوني ، اذا كان سبب كل دعوى يقوم على وقائع مختلفة . فدعوى التشهير

سببها القانوني واحد ، ولكن الأفعال المكونة للقذف ليست واحدة[٧٠] . وعلى أساس هذه الفكرة حكم القضاء بأن الحكم الصادر في دعوى تشهـير على أساس منشور معين ليس حجة تحول دون أن يرفع المدعى دعوى ثانية ضد نفس المدعى عليه على أساس منشور آخر يحتوي على نفس المعلومات[٧١] . ونفس المبدأ ينطبق على المسئولية التقصيرية، فإنها قد تقوم على أساس قانوني معين ، ولكن الأفعال التي تندرج تحت هذا الأساس قد تختلف . فإذا حصل شخص على حكم بالتعويض عن بعض الأفعال التي تسبب تلوث النهر ، فإن هذا لا يحول دون أن يرفع دعوى أخرى بطلب التعويض عن بعض الأفعال الأخرى التي تلوث نفس النهر[٧٢] . وهذه القاعدة تنطبق أيضاً على المسئولية التعاقدية ، فإذا حصل أحد المتعاقدين على تعويض عن الاخلال بشرط في العقد ، فإن هذا لا يمنعه من أن يرفع دعوى ثانية بطلب التعويض عن الاخلال بشرط آخر في العقد[٧٣] . ويرفض القضاء الانجليزي تجزئة الواقعة الواحدة المكونة لسبب الدعوى ، وطبق هذا المبدأ على دعويين أسستا على نفس شبه العقد . فحكم بأنه اذا كان الموكل له عند وكيله سبعة آلاف جنيه ، ولكنه لم يطالب في الدعوى التي رفعها عليه الا بمبلغ أربعة آلاف جنيه على اعتقاد منه أن هذا هو كل المبلغ التي يستطيع الوكيل دفعه ، وحكم له بهذا المبلغ فعلاً ، فإن هذا الحكم يمنع الموكل من المطالبة بالمبلغ المتبقى في دعوى أخرى ، لأن سبب الدعويين واحد ، وهو شبه العقد ، وبالذات السبب الذي يسمى « النقود المدفوعة والمقبوضة » money had and received[٧٤] .

---

(٧٠) دعوى التشهير في القانون الانجليزي defamation تنقسم الى قسمين : دعوى التشهير المبنية على أقوال غير مكتوبة وتسمى Slander ، ودعوى التشهير المبنية على أقوال مكتوبة وتسمى Libel

(٧١) **Duke of Brunswick v. Pepper** (1848) 2 C. & K. 683

(٧٢) **Freshwater v. Bulmer Rayon Co. Ltd.** [1933] Ch. 162.

(٧٣) **Bristowe v. Fairclough** (1840) 1 M. & G. 143

(٧٤) **Lord Bagot v. Williams** (1824) 3 B. & C. 235.

اختلاف السبب ووحدة الأفعال المادية

٢٣ – وفي بعض الصور تكون الوقائع المادية قابلة لتكييفات قانونية متعددة، أي تعطى أسباباً متعددة للدعوى . وقد استقر القضاء الانجليزي على الأخذ بمبدأ جواز رفع دعويين عن نفس الوقائع اذا كانت هذه الوقائع تولد سببين مختلفين للدعوى[٧٥] . فالحصول على حكم على أساس ورقة تجارية negotiable instrument لا يمنع من رفع دعوى ثانية على أساس ورقة رسمية ، تعهد فيها المحكوم عليه مع آخرين بدفع مبلغ الدين الذي أعطيت الورقة التجارية من أجله[٧٦] . والحصول على حكم في دعوى الاعتداء trespass لا يحول دون رفع دعوى على أساس الالتقاط والتحويل trover and conversion ، فالدعوى الأولى تقوم على أساس أخذ المنقول وسوقه بعيداً ، والدعوى الثانية تقوم على أساس بيع هذا المنقول بواسطة المدعى عليه[٧٧] . والحصول على تعويض بسبب التهجم assault والحبس بدون وجه حق false imprisonment لا يحول دون رفع دعوى بطلب التعويض ضد نفس المدعى عليه على أساس رفع الدعوى الجنائية بسوء نية malicious prosecution[٧٨] .

ويخرج القضاء الانجليزي عن القاعدة المتقدمة عندما توجد اعتبارات قوية تبرر ذلك . فحكم بأن صدور حكم للمدعي في دعوى تحويل conversion تستند إلى بيع المدعى عليه للمنقول المملوك للمدعي يحول دون رفع دعوى ثانية من المدعي للمطالبة بثمن بيع المنقول باعتبار أن هذا الثمن نقوداً قبضها المدعى عليه بدون وجه حق ، لأن ثمن المنقول الذي حصل عليه المدعى عليه قد حل محل

---

(٧٥) **Brundsen v. Humphrey** (1884) 14 Q. B. D. 141, C. A., 146

(٧٦) **Drake v. Mitchell** (1803) 3 East 251.

(٧٧) **Lacon v. Barnard** (1626) Cro. Car. 35.

(٧٨) **Guest v. Warren** (1854) 9 Exch. 379.

المنقول[٧٩] . وفي هذا المثال سبب الدعوى الأولى هو المسئولية التقصيرية (دعوى التحويل وهي دعوى تقصيرية) وسبب الدعوى الثانية هو تسلم ثمن المنقول بدون حق money had and received وهي دعوى شبه عقدية ، ولكن لما كان المطلوب في الدعويين واحداً — إذ لم ترَ المحكمة فرقاً بين المطالبة بالمنقول وبين المطالبة بثمنه — وكانت الوقائع واحدة ، فإن المحكمة لم ترَ بأساً في الانتهاء إلى وجود حجية في الحكم الصادر في الدعوى الأولى تحول دون قبول الدعوى الثانية . وهذا يتفق مع ما تقرره المحاكم الانجليزية لنفسها من سلطة طبيعية inherent jurisdiction في أن ترفض قبول الدعوى الثانية بسبب حكم سابق على الرغم من عدم توافر الشروط الدقيقة للشيء المقضي . وقد استعان أحد الأحكام الحديثة بفكرة سلطة المحكمة الطبيعية ، وتتلخص وقائع القضية التي صدر فيها في أن مدعياً خسر دعوى رفعها ضد شخصين على أساس التصوير الخاطىء المبني على الغش بالنسبة لأحدهما fraudulent misrepresentation وعلى أساس الإهمال negligence بالنسبة للآخر . رفع المدعى دعوى ثانيـــة مستنداً الى نفس الوقائع ولكنه أعطاها تكييف خطأ التآمر المشوب بالغش fraudulent conspiracy . رأت المحكمة أن تستعمل سلطتها الطبيعية في رفض قبول الدعوى الثانية باعتبارها كيدية وتافهة[٨٠]. وهذا الحكم يبين وجه المرونة في القضاء الانجليزي : فالتطبيق الدقيق لقاعدة وحدة السبب يؤدي الى وجوب قبول الدعوى الثانية لأنها تقوم على سبب خطأ التآمر المشوب بالغش ، وهو سبب يختلف عن سبب خطأ التصوير الخاطىء المبني على الغش وسبب خطأ الأهمال . ولكن لما كانت الوقائع التي تقوم عليها هذه الأسباب المختلفة واحدة ، فإن محاولة إعادة إثارتها من جديد أمام القضاء لا تخلو من تعسف من جانب المدعى وتنم عن سلوكه الكيدي vexatious ، كما أنها لن تحقق له فائدة جدية أو ستحقق

---

(٧٩) **Buckland v. Johnson** (1854) 15 C. B. 145.

(٨٠) **Wright v. Bennet** [1948] 1 All E. R. 227, C. A.

له فائدة تافهة frivolous ، لأن المحكمة في الدعوى الثانية ستحكم بحكم مطابق للحكم الصادر في الدعوى الأولى .

والقاعدة في دعاوى المسئولية أنه لا يجوز أن يحصل المضرور على تعويض نفس الضرر مرتين ، ولو كان الضرر ناشئاً عن سببين مختلفين . ولكن اذا لم ينفذ الحكم بالتعويض عن السبب الأول ، فلا يوجد ما يمنع من رفع دعوى بطلب التعويض على أساس السبب الثاني(٨١) .

والصعوبة الحقيقية في تحديد فكرة السبب تظهر في أن ذات الوقائع من الممكن اعتبارها مكونة لسبب واحد إذا أخذنا بمفهوم واسع للسبب أو مكونة لأكثر من سبب إذا أخذنا بمفهوم ضيق للسبب . وبعض الأحكام تأخذ بمفهوم واسع للسبب ؛ ومثال ذلك الحكم الذي اعتبر الأفعال المكونة لخطأ التآمر conspiracy مكونة لسبب واحد . فخطأ التآمر ، بحسب ما انتهى إليه القضاء الانجليزي يقوم على ١ – اتفاق المدعى عليهم على ارتكاب عمل غير مشروع أو ٢ – اتفاقهم على تحقيق عمل مشروع بواسطة وسائل غير مشروعة . رأت المحكمة انه اذا خسر المدعى دعواه الأولى على أساس أن الأفعال التي أثبتها ليست غير مشروعة ، فإن الحكم يحوز الحجية ويحول دون رفع دعوى ثانية على أساس عدم مشروعية الوسائل(٨٢) . وقد أخذت بالمفهوم الموسع لسبب الدعوى المحكمة العليا الكندية فحكمت بأن الضرر الذي يلحق الممتلكات وجسم الإنسان نتيجة لفعل خاطىء واحد لا ينشىء إلا سبباً واحداً للدعوى(٨٣) . وقد خالفت محكمة استئناف نيوزيلندا هذا الاتجاه وفضلت الأخذ بمفهوم ضيق للسبب في قضية تتلخص وقائعها في أن أحد المرضى طلب من جراح الأسنان

---

(٨١) **Isaacs and Sons v. Salbstein** [1916] 2 K. B. 139, C. A.

(٨٢) **Greenhalgh v. Mallard** [1947] 2 All E. R. 255, C. A.

(٨٣) **Cahoon v. Franks** (1967) 63 D. L. R. (2nd) 274.

الذي يعالجه خلع بعض أسنانه على وجه التحديد . خالف جراح الأسنان هذا التحديد فخلع أسناناً أخرى ، وسبب ضرراً للمريض حيث لم يستخدم العناية الواجبة في القيام بعمله . رأت المحكمة أن مسئولية الجراح لا تقوم على سبب واحد ولكن على سببين : ١ — أنه خالف أوامر المريض فيما يتعلق بالأسنان الواجب خلعها ٢ — أنه لم يستعمل العناية الواجبة في إجراء العلاج(٨٤) .

وحدة السبب واختلاف الحماية القضائية

٢٤ — قد يعطى سبب واحد للدعوى أكثر من نوع واحد للحماية remedy . ومثال ذلك دعوى الاحتجاز فإنها تعطى للمدعى الحق في طلب رد المنقول أو قيمته كما تعطيه الحق في طلب تعويض عن احتجازه . فهل الحكم الصادر في دعوى على أساس سبب معين بطلب حماية معينة يعتبر حجة ويحول دون رفع دعوى مؤسسة على نفس السبب بطلب نوع آخر من الحماية ؟ قرر أحد الأحكام أن يجيب بالإيجاب على هذا التساؤل فحكم بأن المطالبة برد السندات على أساس الاحتجاز detinue وصدور أمر بردها ، يمنع من رفع دعوى بطلب تعويض عن الاحتجاز damages for detention (٨٥) . وأكد مجلس اللوردات هذا المبدأ فقال اللورد أتكن Lord Atkin أن وحدة السبب مع اختلاف الحماية ، لا تمنع من توافر الشيء المقضي (٨٦) . ولكن اذا كان الحكم برد المنقول صادراً من محكمة قضاة السلام Magistrates' Court في دعوى جنائية ، فإن هذا لا يحول دون المطالبة في دعوى لاحقة بتعويض عن احتجاز المنقول ، لأن محكمة القضاة لا اختصاص لها في الحكم بالتعويض (٨٧) .

---

(٨٤) **Rowley v. Wilkinson** [1968] N. Z. L. R. 334, C. A.

(٨٥) **Serrao v. Noel** (1885) 15 Q. B. D. 549, C. A.

(٨٦) **United Australia Ltd. v. Barclays Bank Ltd.** [1941] A. C. 1 H. L., 27-28.

(٨٧) **Midland Rail Co. v. Martin and Co.** [1893] 2 Q.B. 172, D. C.

وبطبيعة الحال اذا كان اختلاف الحماية مرجعه اختلاف السبب ، فإنه لا توجد حجية . ومثال ذلك ما قضت به محكمة الاستئناف من أن المالك الذي يحصل على حكم باسترداد المنقول وبالأقساط الأربعة الباقية لتخلف المشترى المستأجر hirer-purchaser عن الدفع (البيع بالتقسيط يعالجه القانون الانجليزي باعتباره عقد إيجار وشراء hire-purchase contract يحتفظ فيه البائع بالملكية الى أن يتم سداد الأقساط ويعتبر المشترى الى ذلك الحين مستأجراً) لا يمنعه هذا الحكم من رفع دعوى ثانية للمطالبة بتعويض الضرر الذي أصابه بعد إعادة بيع المنقول(٨٨) . فسبب الدعوى الأولى هو عقد الإيجار والشراء وسبب الدعوى الثانية عدم كفاية ثمن بيع المنقول للوفاء بحقوق المالك .

ب ـ حجية المسألة المتنازع عليها

٢٥ ـ تعريف اصطلاح حجية المسألة المنازع عليها issue estoppel وتطوره التاريخي . ٢٦ ـ معيار التفرقة بين المسألة الأساسية والمسألة الجانبية . ٢٧ ـ يجب أن تكون المسائل الأساسية واردة في حكم صادر ضد مصلحة الخصم الذي يراد التمسك بالحجية في مواجهتـه . ٢٨ ـ شمول الحجية للمسائل التي كان من الواجب إثارتها . ٢٩ ـ استخلاص المبدأ الذي يحكم الصلة بين وحدة السبب ووحدة المسألة . ٣٠ ـ قضايا حوادث المرور . ٣١ ـ تردد القضاء بشأنها . ٣٢ ـ تأثر مدى الحجية بسلطة المحكمة الإيجابية في نظر القضية .

٢٥ ـ منذ مدة طويلة والقضاء الانجليزي لا يقصر الحجية على سبب الدعوى بل يمدها لتشمل على انفراد كل عنصر من العناصر المكونة لسبب الدعوى ، بحيث يمتنع البحث مرة أخرى في أي عنصر من هذه العناصر في دعوى لاحقة مؤسسة على سبب دعوى مختلف(٨٩) . وقد ظل هذا المبدأ من غير

---

(٨٨) **Overstone, Ltd. v. Shipway** [1962] 1 All E. R. 52, C.A.

(٨٩) من القضايا الأولى التي تقرر فيها هذا المبدأ :

Duchess of Kingston's Care (1776) 2 Smith L. C. 13th. ed., 644.

R. v. Hartington, Middle Quarter (Inhabitants), (1855), 4 E & B. 780.

اسم إلى سنة ١٩٢١ عندما أطلق عليه القاضي الاسترالي هيجنز Higgins, J. اسم حجية المسألة المتنازع عليها issue estoppel في قضية Hoysted v. Taxation Commissioner في حكم منفصل خالف فيه بقية زملائه في محكمة استراليا العليا (٩٠) وبعد ذلك بثمانية عشر عاماً استخدم القاضي الاسترالي ديكسون Dixon, J. نفس الاصطلاح في قضية Blair v. Curran (٩١) . ثم استخدمه القاضي الاسترالي فولاجار Fullagar, J سنة ١٩٥٠ في قضية Jackson J. Goldsmith (٩٢) . وأول من استعمل اصطلاح issue estoppel من القضاة الانجليز هو القاضي اللورد ديبلوك Diplock, L. J. سنة ١٩٦٤ في قضية Thoday V. Thoday (٩٣) . وقد توالى استعماله بعد ذلك بواسطة القضاة الانجليز وأصبح من الاصطلاحات المستقرة في لغتهم القانونية (٩٤) .

ولعل أفضل تعريف لفكرة الدفع بحجية المسألة المتنازع عليها هو تعريف القاضي اللورد ديبلوك Diplock, L. J. في قضية Thoday V. Thoday (٩٣) .

« توجد أسباب متعددة للدعوى لا تنشأ إلا بإثبات توافر شرطين أو أكثر . وأسباب الدعوى هذه تتضمن عدداً من المسائل المتنازع عليهـــا issues بين الأطراف بقدر الشروط التي يجب على المدعى أن يثبتها لينشأ لمصلحته سبب الدعوى ، ومن المحتمل أن توجد حالات يكون فيها إثبات نفس الشرط مطلوباً لوجود سببين أو أكثر من أسباب الدعوى . فإذا حدث في منازعة حول سبب

---

(٩٠) (1921) 29 C. L. R. 537 (High Ct. Aust.)

(٩١) (1939) 62 C. L. R. 464 (High Ct. Aust.)

(٩٢) (1950) 81, C. L. R. 446.

(٩٣) [1964], 1 All E. R. 341.

(٩٤) **Fidelitas Shipping Co. v. V/O Exportchleb,** [1965] 2 All E. R. 4;
Carl-Zeiss-Stiftung v. Rayner and Keeler, Ltd., [1966] 2 All E. R. 536, H. L.

للدعوى أن فصلت محكمة مختصة في شرط من شروطه ، فإن أياً من الخصمين لا يستطيع في منازعة لاحقة بينهما حول أي سبب للدعوى يعتمد على توافر نفس الشرط ، أن يتمسك بأن الشرط متوافر لذا كانت المحكمة في المنازعة الأولى قد قررت أنه غير متوافر ، أو أن ينكر توافره ، اذا كانت المحكمة في المنازعة الأولى قد قررت أنه متوافر . »

والأصل التاريخي لنظرية حجية المسألة المتنازع عليها هو حكم رئيس القضاة جراى Grey, C. J. في قضية دوقة كينجستون The Duchess of Kingston's Case حيث قال[٩٥] : « إن حكم أية محكمة ذات اختصاص مشترك أو اختصاص قاصر ليس حجة على أية مسألة أثيرت جانبياً collaterally ولو كانت داخلة في اختصاص المحكمة ، أو على أية مسألة فصلت فيها عرضاً incidentally أو على أية مسألة يمكن استنباطها من الحكم » . وقد حدد التطور اللاحق للأحكام معنى هذه العبارات وأظهر ما تحمله من مغالاة : فليس صحيحاً أن المسألة العارضة incidental question لا تحوز الحجية ، بل من الممكن أن تحوز هذه الحجية اذا كانت محلاً لحكم صريح أو ضمني . كما أنه ليس شرطاً لوجود الحجية أن يكون فصل الحكم في مسألة معينة بطريقة صحيحة ، بل من الممكن أن يكون هذا الفصل بطريقة ضمنية . والحجية الضمنية لا بد من « استنباطها من الحكم » . ولكن المبدأ الذي وضعه رئيس القضاة جراى لا يزال صحيحاًومطبقاً من حيث تقريره أنه لاحجية للمسائل الجانبية. وفي قضية R. v. Hartington, Middle Quarter (Inhabitants)[٩٦] ، ابدى القاضي كوليردج Coleridge, J. عدم موافقته على المبدأ القائل بأن الحكم ليس حجة إلا على المسائل التي فصل فيها فعلاً ، لأن هذا المبدأ الذي يستند

---

(٩٥) (1776) 2 Smith L. C. (13th ed.) 644, 645.

(٩٦) (1855) 4 E. & B. 780.

على تفسير عبارة رئيس القضاة جراى في قضية دوقة كينجستون ، لا يتفق مع أحكام القضاء الأخرى . والصحيح في رأيه أن للحكم حجية ليس فقط بالنسبة للنقطة المفصول فيها فعلاً ، بل بالنسبة للموضوع الذي كان يجب الفصل فيه وفصل فيه فعلاً ، كأساس للحكم ذاته ، على الرغم من أنه لم يكن هو مباشرة المسألة المتنازع عليها . وعبر كولير دج عن نفس الفكرة بقوله ان الحجية لا تشمل فقط الوقائع التي فصل فيها الحكم مباشرة ولكن أيضاً الوقائع التي تعتبر خطوات ضرورية للحكم وتبلغ من الأهمية درجة أنه لا يتصور وجود الحكم بدونها . والوقائع التي لا يصدق عليها وصف الخطوات الضرورية تعتبر وقائع جانبية ليست لها حجية .

وقد تأكد المبدأ الذي وضعه القاضي كولير دج في أحكام عديدة لاحقة [٩٧] : لاحجية للمسائل الجانبية التي لم تكن ضرورية وأساسية للحكم .

٢٦ – ولكن كيف يمكن التفرقة بين المسألة الأساسية والمسألة الجانبية ؟ أجاب القاضي ديكسون Dixon, J. في استراليا على هذا التساؤل بعبارات استمد فحواها من حكم القاضي كولير دج . قال القاضي ديكسون في قضية Curran v. Blair إن معيار التفرقة بين المسألة الأساسية والمسألة الجانبية هو أن المسألة الأساسية هي المسألة التي لا يتصور وجود الحكم بدونها ، ويجب أن تكون ذات صلة مباشرة بالحكم ، ولا يكفي أن تكون مجرد خطوة من الخطوات التي أدت الى الحكم [٩٨] .

٢٧ – والمعيار المتقدم سليم من الناحية النظرية ، ولكن لا بد عند تطبيقه

---

(٩٧) **Barrs v. Jackson** (1842) 1 Y. & C. C. Ch. Cas. 585 ; **R. v. Hartington, Middle Quarter Inhabitants** (1855) 4 E. & B. 780; **Hoystead v. Taxation Commissioner** [1926] A. C. 115; **Blair v. Curran** (1939) 62 C. L. R. 464.

(٩٨) **Curran v. Blair** (1939) 62 C. L. R. 464.

عملياً من الاستعانة بأفكار أخرى حتى يمكن الفصل عملاً بين « المسائل الجوهرية» أو « المسائل الأساسية » و « المسائل الجانبية » .

ومن الأفكار العملية التي استعان بها القضاء للوصول إلى تحديد حجية المسائل الأساسية ، أنه لكي تكون للمسائل الأساسية حجية يجب أن تكون واردة في حكم صادر ضد مصلحة الخصم الذي يراد التمسك بالحجية في مواجهتـــه . ويقول البارون بارك Parke, B. في قضية Boileau v. Rutlin : إن الوقائع التي فصل فيها الحكم فعلاً لا يمكن إعادة النزاع فيها بين نفس الخصوم ، وتعتبر حجة قاطعة بينهم . وتعتبر كذلك أيضاً الوقائع الأساسية التي ادعاها أحد الخصوم وأقرها خصمه مباشرة ، أو أقرها بطريقة غير مباشرة عن طريق إنكاره لوقائع أخرى ، ولكن فقط عندما ترفض المحكمة الأخذ بهذا الإنكار (٩٩) . وقد بين علة الأخذ بهذه القاعدة اللورد دينج رئيس محكمة الاستئناف Denning, M R. في قضية Penn. Texas Corporation v. Murat Anstalt (Nº 2) : « إن الخصم لا يمكن إلزامه بحكم لا يستطيع استئنافه ... إن أحد معايير التفرقة بين المسائل الضرورية والمسائل الجانبية هو الإجابة عن السؤال الآتي : هل كان بإمكان الشخص أن يستأنف الحكم ؟ لذا كان بإمكانه ان يستأنفه ولم يفعل ، فإنه يلتزم بالحكم ، واذا لم يكن بإمكانه أن يستأنفه لأن المسألة غير مؤثرة في الحكم ، فإن المسألة تعتبر جانبية ، غير ضرورية للحكم ، ولا يلتزم بها. (١٠٠) » ومن التطبيقات القضائية التي توضح كيفية تطبيق هذا المعيار قضية James V. Commonwealth : في منازلة بين تاجر فواكه وحكومة الكومنولث تمسك التاجر بأن

---

(٩٩) **Boileau v. Rutlin** (1948) 2 Exch. 665.

(١٠٠) **Penn. Texas Corporation v. Murat Anstalt** (No. 2) [1964] 2 Q. B. 647.

وفي قضية F. v. F., (1968) 2 All E. R. 946 حكم بأن الحكم الذي ينفي واقعة الزنا في دعوى الطلاق ، ويحكم بالطلاق على أساس أخرى ، ليس حجة تحول دون قبول إثبات الزنا في دعوى لاحقة بخصوص حضانة الطفل .

تشريعاً معيناً يجاوز حدود السلطة ultra vires . حكمت المحكمة للتاجر بما يطلبه في الموضوع على أسس أخرى ولكنها رفضت اعتبار التشريع مجاوزاً لحدود السلطة . وفي دعوى لاحقة بين نفس الخصوم ، تمسك التاجر مرة أخرى بأن التشريع مجاوز لحدود السلطة . فضت المحكمة العليا الاسترالية بأن الحكم السابق ليس حجة تمنع التاجر من التمسك بهذا الدفع ، لأن ما قرره لم يكن ضرورياً ، ولأن التاجر ، وقد صدر الحكم لمصلحته ، لم يكن بإمكانه أن يستأنفه (١٠١) .

٢٨ — والحجية لا تشمل فقط المسائل الأساسية التي أثيرت في الدعوى ، ولكن أيضاً ، المسائل الأساسية التي كان من الواجب إثارتها ولكنها لم تُثر لسبب أو لآخر . ولعل أفضل تعبير عن هذه القاعدة هو حكم سير جيمس ويجرام نائب الحاجب Sir James Wigram, V. — C. في قضية Henderson v. Henderson حيث قال : « عندما تصبح مسألة معينة موضوعاً للمنازعة أمام المحكمة ولصدور حكم منها ، فإن المحكمة تطلب من الخصوم في هذه المنازعة أن يعرضوا قضيتهم كاملة ، ولن تسمح (الا في حالات استثنائية) لنفس الخصوم أن يثيروا نفس المسألة المتنازع عليها بالنسبة لموضوع كان من الممكن عرضه كجزء من النزاع ، ولكنه لم يعرض ، فقط لأنهم ، بسبب الإهمال أو عدم التبصر ، أو حتى مجرد الصدفة ، قد تركوا جزءاً من قضيتهم . والدفع بالشيء المقضي ، فيما عدا حالات خاصة ، ينطبق ليس فقط بالنسبة للنقاط التي طلب الخصوم من المحكمة أن يكونوا رأياً ويصدروا حكماً بشأنها ، ولكن

---

(١٠١) **James v. Commonwealth** (1935) 52 C. L. R. 570.
انظر مع ذلك حكم اللجنة القضائية القاضي بالسماح باستئناف الحكم المرفوع من الخصم الذي صدر الحكم لصالحه على أساس أن بعض أسباب الحكم كانت ضد هذا الخصم :
Australian Consolidated Press Ltd. v. Uren [1967] 3 All E. R. 523, P.C.

بالنسبة لكل نقطة تنتمي الى موضوع المنازعة ، والتي كان من الممكن للخصوم ، لو استعملوا الهمة المعقولة ، أن يعرضوها على المحكمة (١٠٢) . » وقد شكك في أساس هذا الرأي حكم القاضي ويلز Willes, J. في قضية Howlett v. Tarte حيث قرر أنه « لا غبار في أن يمنع المدعى عليه estopped من التمسك في نفس الدعوى بدفع كان من الممكن أن يتمسك به ، ولكنه ترك الوقت المناسب يمضي . ولكن لم يسمع أحد أبداً بمنع مدعى عليه من التمسك بدفع في دعوى ثانية لأنه لم يستفد من فرصة التمسك به في الدعوى الأولى (١٠٣) . » ولكن اللورد موم قرر أن القاعدة التي قال بها القاضي ويلز « قد تكون واسعة بعض الشيء » ، وأنها لا تنطبق الا على الأحكام الغيابية (١٠٤) . وقد وافقه اللـــورد رادكليف على هذا الاستنتاج (١٠٥) . وفي قضية Hoystead v. Taxation Commissioner قال اللورد شو Lord Shaw : « من المقرر في رأي اللوردات (أعضاء اللجنة القضائية في مجلس الملك الخاص) أنه : أولاً : الإقرار بواقعة أساسية للحكم لا يمكن سحبه وبدء المنازعة من جديد بقصد الحصول على حكم آخر مبني على تصوير مختلف للواقع different assumption of fact . ثانياً : ونفس المبدأ ينطبق ليس فقط على الإقرار الخاطىء بواقعة أساسية ، ولكن أيضاً

---

(١٠٢) **Henderson v. Henderson** (1843) 3 Hare 100, 114, 115.
وانظر أيضاً قول القاضي اللورد سومرفيل Somervell L. J. : إن الشيء المقضى ليس مقصوراً على المسائل التي طلب فيها فعلا من المحكمة أن تفصل فيها ، ولكنه ينظر كل المسائل والوقائع التي تعتبر جزءاً من موضوع المنازعة وكان من الممكن إثارتها ، وكان ذلك من الوضوح بحيث يعتبر إساءة لحق التقاضي السماح ببدء دعوى جديدة بخصومها .
Greenhalgh v. Mallard [1947] 2 All E. R. 255, 257.

(١٠٣) **Howlett v. Tarte** (1861) 10 C. B. (N. S.), 813.

(١٠٤) **New Brunswick Rail. Co. Ltd. v. British and French Trust Corporation Ltd.** [1939] A. C. 1, H. L., 21.

(١٠٥) **Kok Hoong v. Leong Cheong Kweng Minas, Ltd.** [1964] A. C. 993, P. C., 1012.

على التصوير الخاطىء للصفة القانونية (التكييف القانوني) لهذه الواقعة . ليس من حق الأفراد أن يبدأوا منازعات جديدة بسبب الآراء الجديدة التي يتوصلون اليها حول القانون الذي يحكم المنازعة ، أو التصويرات الجديدة التي يقدمونها حول ما يجب أن تأخذ به المحكمة من أثر قانوني فيما يتعلق بتفسير بعض المستندات أو وزن بعض المستندات . اذا سمح بذلك ، فلن تكون نهاية للمنازعة الا عندما تنضب البراعة القانونية ... ثالثاً ، نفس المبدأ ، وهو إقرار الحقوق نهائياً بالنسبة للمتخاصمين ، ينطبق على الحالة التي توجد فيها نقطة أساسية للقرار ، عرضها أو افترضها المدعى ، وكان من الممكن أن ينكرها المدعى عليه ، ولكنه لم ينكرها . في هذه الحالة أيضاً يلتزم المدعى عليه بالحكم ، على الرغم من أن تفكيراً لاحقاً قد يكتشف دفعاً لم يحصل التمسك به . إن نفس مبدأ إقرار حقوق الخصوم نهائياً ينطبق ويوجد الدفع بالحجية estoppel »[١٠٦] .

٢٩ — وتوجد أحكام متعددة تحدد النطاق الضمني للحجية على ضوء ظروف القضية ، ويمكن القول بصفة عامة أن المسألة التي لم يثرها الخصم صراحة وفصل فيها الحكم ضمناً تعتبر حجة عليه تمنعه من معاودة إثارتها أمام القضاء إذا كان من الممكن أن يتمسك بها : في دعوى استرداد فنقول إذا نازع وكيل التفليسة trustee in bankruptcy في صحة تصرف من الشخص المشهر إفلاسه على أساس معين ، وصدر الحكم ضده ، فليس من حق وكيل التفليسة أن يتمسك في دعوى لاحقة بأسس لعدم صحة التصرف كان من الممكن أن يتمسك بها في الدعوى الأولى ولكنه لم يفعل[١٠٧] . ولا يصح للخصم الاحتجاج بجهله بواقعة معينة لتبرير عدم تمسكه بها ودفع حجية الحكم إذا ثبت أنه كان من

---

(١٠٦) **Hoystead v. Taxation Commissioner** [1926] A.C. 155, P.C., 156.

(١٠٧) **Re Hilton, Ex parte March** (1892) 67 L. T. 594.

الممكن أن يعرف هذه الواقعة إذا أظهر همة معقولة reasonable diligence [١٠٨]. واذا كان الخصم يجهل الواقعة فعلاً ولم يكن بإمكانه أن يعلمها ببذل همة معقولة فإنها لا تكون مشمولة بالحجية [١٠٩] . ولكن إذا كان التمسك بالواقعة من شأنه الإساءة إلى وضع الخصم ، أو إلى عدم تحقيق أفضل مصلحة له ، فإنه لا يوجد عليه واجب في التمسك بها ولا تشملها حجية الحكم وتبقى له حريته في الإستناد إليها في دعوى ثانية . وتوضح قضية Hindley v. Haslam [١١٠] هذا الفرض الأخير : رفع عامل دعوى ضد صاحب العمل للمطالبة بالأجر أمام محكمة المقاطعة Country court . وكان بإمكان صاحب العمل أن يدفع هذه الدعوى بالمقاصة على أساس حقه في الحصول على تعويض التلف الذي أحدثه العامل بآلات وأدوات العمل المملوكة لصاحب العمل . ولكن صاحب العمل لم يتمسك بالمقاصة وترك الحكم يصدر ضده من محكمة المقاطعة. وكان من الممكن اعتبار هذا الحكم فاصلاً بطريقة ضمنية في مسألة أن العامل لم يتسبب بخطئه في إحداث التلف بآلات وأدوات صاحب العمل ، لأنه لو لم يكن الأمر كذلك لتمسك صاحب العمل بهذه الواقعة في الدعوى . ولكن صاحب العمل كان لديه سبب معقول لعدم التمسك بهذه الواقعة أمام محكمة المقاطعة ؟ إذ فضل اتباع الطريق التشريعي الذي رسمه قانون أصحاب العمل والعمال لسنة ١٨٧٥ ورفع دعواه بمطالبة العامل بتعويض التلف أمام إحدى محاكم الاختصاص السريع . a court of summery jurisdiction — وهذا الاعتبار من الأهمية بحيث أن صاحب العمل يستطيع رفع دعواه أمام محكمة الاختصاص السريع دون أن يستطيع العامل التمسك في مواجهته بالحجية الضمنية للحكم الصادر من محكمة المقاطعة .

---

(١٠٨) **Shoe Machinery Co. v. Cutlan** [1896] 1 Ch. 667.

(١٠٩) **Stevens v. Tillet, Norwich Case** (1870), L. R., 6 C. P. 147; **Boswell v. Coaks** (No. 2) (1894), 86 L. T. 365 n. H.L.

(١١٠) **Hindley v. Haslam** (1878) 27 W. R. 61.

ومن القضايا الحديثة التي طبقت مبدأ الحجية بالضمنية قضية Public Trustee v. Kenward . في هذه القضية كان الزوج والزوجة يملكان مزرعة بالمشاركة ، وفي نفس الوقت كانت الزوجة مدينة للزوج بمبلغ من المال . عند وفاة الزوجة وافتتاح التركة أقنع وكيل الزوج Solicitor موكله بأنه من الأفضل له شخصياً بالنسبة لضريبة التركات ، أن يعترف بمديونيته لتركة الزوجة وألا يذكر شيئاً عن اشتراكه معها في ملكية المزرعة . ونفذ الزوج هذه النصيحة ، وأصدر الماستر master شهادة certificate بمديونية الزوج لتركة الزوجة . وعندما طولب الزوج في دعوى لاحقة بسداد مبلغ الدين ، تمسك بأن بعض الأراضي الزراعية الداخلة في التركة كانت مملوكة له بالاشتراك مع زوجته partnership assets . رفضت المحكمة الأخذ بهذه الواقعة واعتبرتها مشمولة بحجية الشهادة الصادرة من الماستر وأشارت الى أنه كان من واجب الزوج أن يتمسك بها في مرحلة الإجراءات أمام المستر (١١١) .

وقد يبدو للوهلة الأولى أنه يوجد تناقض بين الحكم في قضية Hindley v. Haslam وقضية Public Trustee v. Kenward . والحقيقة أنه لا يوجد أي تناقض لاختلاف ظروف القضيتين : ففي قضية Hindley v. Haslam كان يوجد طريق تشريعي محدد للمطالبة بالتعويض عن التلف وكان من الأفضل لصاحب العمل من حيث سرعة الإجراءات وتوفير المصاريف اتباع هذا الطريق وهذه مصلحة مشروعة على أي حال. أما في قضية Public Trustee v. Kenward فإن مصلحة الزوج في عدم التمسك بملكيته المشروعة مع زوجته لبعض الأراضي هي مصلحة غير مشروعة لأنها ترمي إلى التهرب من الضرائب . وعلى الرغم من أن الحكم في القضية لم يذكر صراحة عدم مشروعية هذه

---

(١١١) **Public Trustee v. Kenward** [1967] 2 All E. R. 870, 847, per Buckley, J.

المصلحة ، الا أنها لا شك كانت موضع اعتبار من القاضي الذي نظر القضية . يضاف إلى ذلك أن الإجراءات أمام الماستر ترمي الى تحديد مقدار التركة وحقوقها والتزاماتها تحديداً دقيقاً ، وكان من واجب الزوج أن يتمسك بادعائه في الوقت المناسب .

وسلوك الخصم الذي كان بامكانه وكان من واجبه أن يتمسك بدفع ولكنه لم يتمسك به لايخلو من تناقض ، وإن كان تناقضاً خفياً غير ظاهر تماماً . ولكن في بعض الأحيان يظهر التناقض قوياً. ومثال ذلك قضية Humphries v. Humphries : رفع المدعى دعوى على أساس عقد معين ، ولم ينكر المدعى عليه وجود أو صحة العقد ، وعند صدور الحكم ضده، حاول المدعى عليه في دعوى ثانية أن يطعن في صحة أو وجود العقد . حكمت المحكمة بأن مبدأ الحجية يحول دون قبول إدعاء البطلان ، ذلك أنه على الرغم من أن ادعاء الصحة كان ضمنياً ولم يذكره المدعى صراحة في الدعوى الأولى ، فإنه كان من واجب المدعى عليه أن ينكره ، فإذا لم يفعل ، سقط حقه فيه[١١٢] . وفي قضية Cooke v. Rickman ، في دعوى مرفوعة على أساس العقد، دفع المدعى عليه بأنه وفى الالتزام ، وصدر الحكم لصالح المدعى . وفي دعوى لاحقة حاول المدعى عليه أن يطعن في العقد على أساس تخلف الاعتبار consideration ، فحكم بأن ذلك ليس من حقه، لأن الدعوى الأولى قد فصلت ضمناً في هذه المسألة[١١٣] .

هل البحث في وحدة المسألة المتنازع عليها يغني عن البحث في وحدة السبب؟

٢٩ ــ من أدق الأمور تحديد الصلة الحقيقية بين وحدة السبب ووحدة المسألة المتنازع عليها . وهذا يظهر على وجه الخصوص في الحالات التي تكون فيها وحدة المسألة من الأهمية بحيث تقوم الحجية على أساسها بغض النظر عن

---

(١١٢) **Humphries v. Humpries** [1910] 2 K. B. 531.

(١١٣) **Cooke v. Rickman** [1911] 2 K. B. 1125, D. C.

اختلاف السبب . ولكن متى تبلغ وحدة المسألة هذه الأهميـــة ؟ هنا مكمن الصعوبة في المشكلة كلها . ومن المؤكد على أية حال باستعراض أحكام القضاء أنه إذا اقتنعت المحكمة بأهمية وحدة المسألة فإنها تحكم بوجود الحجية على الرغم من وجود اختلاف حقيقي في السبب ، وأنها إذا لم تقتنع بأهمية وحدة المسألة، فإنها ترفض الاعتراف بالحجية وتبرر حكمها على أساس وجود اختلاف في السبب. وبعبارة أخرى تؤثر فكرة وحدة المسألة على تقدير المحكمة للسبب وتحديد مضمونه . فتأخذ بفكرة موسعة للسبب إذا رأت أن فكرة المسألة المتنازع عليها جديرة بالاعتبار ، وعلى العكس من ذلك تأخذ بمفهوم ضيق للسبب اذا رأت أن وحدة المسألة المتنازع عليها ليست على درجة من الأهمية بحيث تبرر وجود الحجية .

٣٠ ــ والصلة بين السبب والمسألة المتنازع عليها تظهر في القضايا الخاصة بحوادث السيارات . وتبدأ هذه السلسلة الطويلة من القضايا بقضية **Marginson v. Blackburn Borough Council** (١١٤) . في حادث تصادم سيارة خاصة مع حافلة نقل ركاب تابعة لأحد المجالس البلدية توفيت سائقة السيارة ، وأصيب زوجها بجروح ، وجنحت الحـــافلة بسبب التصادم وسببت أضراراً لدكانين مملوكين لأحـــد السكان وأصيبت هي أيضـــاً بأضرار . وكانت السيـــارة الخاصـــة مملوكة للزوج . وأثبت التحقيق أن الحادث قد وقع أثناء قيـــام سائق الحافلة بعمله. رفع مالك الدكانين دعوى ضـــد البلدية وضد الزوج للمطالبة بتعويض الضرر الذي لحق بالدكاكين وما فيهما من بضائع . قضت محكمة المقاطعة التي رفعت اليها الدعوى : (ا) بأن إهمـــال الزوجة تسبب في الاضرار بممتلكات مالك الدكانين (ب) بأن إهمـــال سائق الحافلـــة كان أيضاً سبباً في إحـــداث نفس الضرر . (ج) بأن كلاً من السائق والزوجـــة

---

(١١٤) [1939], All E. R. 273.

مسؤولان عن التعويض بالتساوي (د) أنه في العلاقة بين البلدية والزوج يعتبر الضرر الذي أصاب الحافلة ناتجاً عن إهمال الزوجة وعن إهمال سائق السيارة . رفع الزوج دعوى بعد ذلك ضد البلدية مطالباً : (ا) بصفته الشخصية بتعويض الضرر الذي أصابه شخصياً من الحادث (الجروح) ، (ب) باعتباره ممثلاً للزوجة بتعويض الألم والمقاساة قبل موتها . (ج) باعتباره مديراً لتركة الزوجة (لمصلحة نفسه وابنته) بتعويض الضرر الناتج عن موتها . قضت المحكمة في هذه الطلبات ، (ا) بعدم قبول الأول على أساس توافر وحدة المسألة المتنازع عليها issue estoppel بالنسبة له ، لأن مسألة الإهمال neligence قد فصل فيها الحكم الأول مقرراً إهمال سائق الحافلة والزوجة في نفس الوقت، والاشتراك في الإهمال ، بمقتضى قواعد القانون المشترك التي كانت سائدة في ذلك الوقت – يمنع من الحصول على تعويض (وقد ألغيت قاعدة أن الاشتراك في الخطأ أو الإهمال يقضي على الحق في التعويض بمقتضى قانون صدر سنة ١٩٤٥) (ب) أما الطلبين الثاني والثالث فقد حكم بقبولهما لأن الزوج قد رفعهما بصفة تختلف عن صفته في الدعوى الأولى .

وقد رفضت المحكمة الاسترالية العليا اتباع الحكم في قضية مارجنسون وذلك في الحكم الصادر منهـــا في قضية Jackson V. Goldsmith (١١٥) . اصطدمت دراجة نارية يملكها ويقودها جاكسون ، ويركب معه عليهـــا هوايت ، بسيارة يقودها ويملكها جولد سميث . رفع جولد سميث دعوى ضد جاكسون أمام محكمة المركز ، وحصل على حكم بتعويض الضرر الذي أصاب سيارته بإهمال جاكسون وحده . ونفى الحكم حدوث أي خطأ من جانب جولد سميث . رفع هوايت دعوى ضد جاكسون للمطالبة بتعويض الأضرار البدنيـــة التي لحقت بـــه من جراء التصـــادم . اختصم جاكسون جولد سميث مدخلاً اياه في الدعوى ومدعياً أن جولد سميث قد ساهم بخطئه في

(١١٥) (1950) 81 C. L. R. 446.

إحداث الضرر . دفع جولد سميث هذا الادعاء بحجية الحكم السابق القاضي بأنه لم يسهم في إحداث الضرر . رفضت المحكمة الأخذ بهذا الدفع ، وقالت أن المسألة في الدعويين ليست واحدة . فالمسألة التي فصل فيها الحكم الأول هي أن جولد سميث لم يسهم في الخطأ المؤدى الى الضرر الذي لحق به . أما الدعوى الثانية فالمسألة فيها تتعلق بمعرفة ما اذا كان جولد سميث قد أخل بواجب العناية duty to take care نحو هوايت .

٣١ ــ والقضاء لا يزال متردداً بين قاعدة قضية Marginson وقاعدة قضية Jackson v. Goldsmith . ومن الأحكام المؤيدة لقاعدة Mangirson قضية Bell v. Holmes (١١٦) . اصطدمت سيارة أجرة كان يقودها بل بسيارة كان يقودها هولمز . وكانت الآنسة إيلسويرث تركب في سيارة هذا الأخير . رفعت الآنسة إيلسويرث دعوى ضد كل من بل وهولمز للمطالبة بتعويض الضرر الشخصي الذي أصابها من التصادم ، وحكمت لها المحكمة بطلبها على أساس أن يلتزم بل بدفع خمسة أسداس التعويض وهولمز السدس الباقي . رفع بل دعوى ضد هولمز لمطالبته بتعويض الضرر الشخصي الذي أصابه في الحادث . حكم القاضي ماكنير McNair, J. بأن الحكم الأول يعتبر حجة تحول دون قبول الدعوى الثانية ، لأن المسائل المتنازع عليها في الدعويين ، وإن لم تكن واحدة ، الا أنها تتشابه لدرجة أنه يمكن اعتبارها مسائل متطابقة ، وخاصة أن الوقائع وأدلة الإثبات واحدة في الدعويين . وأشار القاضي ماكنير الى أنه « من معايير تطابق الدعويين عند نظر الدفع بحجية الشيء المقضي ، هو النظر فيما اذا كانت نفس أدلة الإثبات تدعم كليهما » (١١٧) .

---

(١١٦) [1956] 3 All E. R. 449.

(١١٧) **Hunter v. Stewart** (1861) 4 De G. F. & J. 168, 178, per Lord Westbury, L. C., cited with approval in **Ord. v. Ord.** [1923] 2 K. B. 432, 443, per Lush, J.

وأخذت بنفس القاعدة قضية Wood V. Luscombe [١١٨]. كان ا يركب وراء ابنه على المقعد الخلفي لدراجة نارية عندما اصطدمت في الطريق أثنـــاء انتشار الضباب بدراجة نارية أخرى كان يقودها ح. رفع ح دعوى ضد ب للمطالبة بتعويض الضرر الذي أصابه. حكم القاضي بأن الحادث يرجع إلى الخطأ المشترك ، وباستحقاق المـــدعى لنصف التعويض. رفع ا دعوى ضد ح ، فاختصم ح ب كطرف ثالث. انتهت الدعوى بين ا و ح بالاتفاق ، ولكن بقيت قائمة مسألة مسئولية كل من ب و ح عن تعويض الضرر. تمسك ح بـــأن الحكم السابق يعتبر حجة على ب. رد ب على ذلك بأن المسألة في الحكم الأول تختلف عن المسألة في الدعوى الحالية. لم تأخذ المحكمة بوجهة نظر ب وقضت بوجود الاستوبل.

وفي القضية النيوزيلندية Clyne v. Yardley [١١٩] أتبعت المحكمة النيوزيلندية قاعدة قضية مارجنسون. حصل تصادم بين سيارة يملكها ا وسيارة يملكها ب ويقودها ابنه ح الذي لم يكن وكيلاً لأبيه أو مستخدماً لديه عند الحادث. في الدعوى المرفوعة من ا ضد ح حصل ا على تعويض الضرر الذي أصاب سيارته منقوصاً بقدر الربع ، وهو مقدار مساهمة خطأ ا في الحادث. وفي نفس الوقت ، في دعوى منفصلة ضد ا ، حصل ب على تعويض كل الضرر الذي لحق بستارته. فرفع ا دعوى ضد ح. مطالباً إياه بثلاثة أرباع التعويض الذي دفعه إلى ب. قضت المحكمة بأن الحكم يعتبر حجة على ح بحيث يمتنع عليه أن يجادل في أن نصيبه في الالتزام بالتعويض يشمل ثلاثة أرباع الضرر.

وقد خرج عن الاتجاه السابق وأخذ بقاعدة جاكسون ضد سميث الحكم في قضية Randolph v. Tuck [١٢٠] الصادر من القضاء الانجليزي. اصطدمت

---

(١١٨) [1946] 3 All. E. R. 972

(١١٩) [1959] N. Z. L. R. 617

(١٢٠) [1961] 1 All. E. R. 814

سيارة يملكها ويقودها ا ويركب فيها ب ، بسيارة تملكها الشركة ح ويقودها د العامل لديها . جرح في الحادث كل من ا و ب . رفع ا دعوى ضد ح و د للمطالبة بتعويض الضرر الشخصي ، ورفضت المحكمة دعواه . رفع ب دعوى ضد ا و د و ح . حكمت المحكمة في هذه الدعوى بأحقية ب للتعويض في مواجهة المدعى عليهم ، وقسمت الالتزام بالتعويض مناصفة بين ا و د . ورفضت المحكمة ما تمسك به ح و د من أن الحكم الأول الصادر ضد ا يمنعه من المنازعة في أنه لا يلتزم بتعويض كل الضرر ، على أساس أن الحكم الأول كان يتعلق بالسببية ، في حين أن الحكم الثاني يتعلق بالسببية وتقدير الخطأ blameworthiness . وقد أشارت المحكمة صراحة في كلها أنها اتبعت قاعدة جاكسون ضد سميث وحكم المحكمة العليا في ولاية نيويورك في قضية Neenn v. Woodride Astoria Transport Co. (١٢١) .

٣٢ – ومن العوامل المؤثرة في حجية المسألة المتنازع عليها مدى سلطة المحكمة الإيجابية في نظر القضية . فإذا كان القانون يخول المحكمة سلطة حقيقية وإيجابية في تقصى الحقيقة من تلقاء نفسها ، فإن الحجية لمسألة معينة في قضية سابقة لا تقف حائلاً دون إعادة بحث المسألة من جديد . وعلى العكس من ذلك اذا كانت المحكمة تقوم بدور حيادي في المنازعة بين الخصوم ، فإن نظرية المسألة المتنازع عليها في صورتها الطبيعية تنطبق . وتتضح هذه التفرقة في دعاوى الطلاق. في قضية Laws V. Laws (١٢٢) حصلت زوجة على قرار باستعادة حقوقها الزوجية restitution of conjugal rights ضد زوجها على أساس هجر الزوج لها . لم ينفذ الزوج القرار فرفعت الزوجة دعوى بطلب الانفصال الجسماني . تمسك الزوج في الدعوى الأخيرة بقسوة الزوجة السابقة على الانفصال.

---

(١٢١) (1936) 256 New York Supp. 381.

(١٢٢) [1936] 3 All. E. R. 398.

ردت الزوجة بأنه لما كان الزوج لم يتمسك بالقسوة في الدعوى السابقة ، فإن الحكم الصادر فيها يعتبر حجة تحول دون تمسكه بها في الدعوى الحالية . رفضت المحكمة أن تأخذ بوجهة نظر الزوجة لأن من واجب المحكمة بمقتضى قانون قضايا الزواج أن تتحقق في نظر دعوى الانفصال من أي دفع يبديه المدعى عليه ، ولأن المحكمة لها سلطة تقديرية بمقتضى نفس القانون أن ترفض الحكم بالانفصال اذا ثبت لها أن الزوجة قد ارتكبت قسوة **cruelty** .

وقد عبر القاضي اللورد دينج **Denning, L. J.** عن القواعد التي تحكم حجية المسألة المتنازع عليها في دعاوى الطلاق في قضية **Thompson V. Thompson** (١٢٣) بقوله : « ان المسألة في هذه القضية هي معرفة ما اذا كانت هذه القواعد العادية (للاستوبل) تنطبق على دائرة الطلاق . والجواب على ذلك في رأيي أنها تنطبق ، ولكن يرد على ذلك قيد هام هو أن التشريع يفرض على محكمة الطلاق أن تبحث في حقيقة الطلب والدفع المعروض أمامها ، ولا يستطيع أي دفع بالحجية أن يلغى هذا الوجب الملقى على المحكمة . وقد لخص البعض هذا الوضع تلخيصاً دقيقاً بأنه في محكمة الطلاق تقيد الحجية الخصوم ولكنها لا تقيد المحكمة : **In the divorce court estoppels bind the parties but do not bind the court**

ولكن ربما كان هذا التلخيص مبالغاً فيه بعض الشيء . والقاعدة بالتفصيل هي : اذا ما كانت مسألة مخالفة زواجية **matrimonial offence** قد نوزع فيها بين الخصوم وفصلت فيها محكمة مختصة ، فليس من حق أي خصم أن يطالب كحق له بإعادة فتح المسألة وأن ينازع فيها كلها من جديد إذا اعترض الخصم الآخر (وهذا هو معنى أن الحجية تقيد الخصوم) : ولكن محكمة الطلاق لها الحق ،

---

(١٢٣) [1957] P. 19, C. A. 29. ولكن انظر :

F. v. F. [1968] 2 All. E. R. 946:

حيث عبر القضاة عن شكهم في إمكان إعمال قاعدة حجية الشيء المقضى في دعاوى الطلاق والحضانة .

وفي الحقيقة عليها واجب ، في إعادة فتح المسألة ، أو في أن تسمح لأي خصم بفتحها من جديد ، على الرغم من معارضة الخصم الآخر . ومعرفة ما إذا كان من واجب المحكمة أن تعيد فتح المسألة يعتمد على الظروف . فإذا ما اقتنعت المحكمة بأنه قد وجد فعلاً تحقيق كامل وحقيقي في المنازعة السابقة، فإنها سوف تحكم غالباً أنه ليس من الضروري أن تقوم بتحقيق كامل آخر . ولكن إذا لم تصل المحكمة إلى هذا الاقتناع ، فإنه من حقها ومن واجبها أن تقوم ببحثها من جديد . واذا ما قررت المحكمة أن تعيد فتح الموضوع ، فإنه لا توجد أية حجية مقيدة لأي من الطرفين . »

وفي دعاوى الطلاق التي لا يمنح القانون فيها للمحكمة سلطات إيجابية inquisitorial functions تنطبق القواعد العادية في نظرية حجية المسألة المتنازع عليها . في قضية Finney v. Finney (١٢٤) رفعت زوجة دعوى أمام المحكمة العليا لطلب الانفصال الجسماني على أساس القسوة ، ورفضت المحكمة هذا الطلب . وفي دعوى ثانية أمام المحكمة العليا طلبت الزوجة الطلاق على أساس القسوة والزنا . رأت المحكمة العليا أنه لا يجوز النظر في ادعاء القسوة لأنه يدخل في نطاق حجية الحكم السابق الذي نفى القسوة في دعوى الانفصال الجسماني . وفي قضية James v. James (١٢٥) رفع الزوج دعوى طلاق ضد زوجته على أساس الزنا مع شخص معين . رفضت المحكمة الدعوى لعدم ثبوت الزنا . رفعت الزوجة بعد ذلك دعوى أمام قضاة السلام للمطالبة بالنفقة ، ودفع الزوج هذه الدعوى بارتكاب الزوجة للزنا . حكمت المحكمة بأن حجية الحكم السابق تحول دون تمسك الزوج بالزنا . وفي قضية Field v. Field (١٢٦) رفع

---

(١٢٤) (1868), L. R. 1 P. & D. 483

(١٢٥) [1948] 1 All E. R. 214.

(١٢٦) [1946] P. 336.

زوج دعوى طلاق ضد زوجته على أساس الزنا . رفعت الزوجة دعوى طلاق مقابلة على أساس زنا زوجها . أنكرت الزوجة ارتكابها للزنا ، ووافق الزوج على إخراج شريكها في الزنا من الدعوى . حصلت الزوجة على حكم بالطلاق في دعواها المقابلة ،ورفضت المحكمة دعوى الزوج ، وحكمت بنفقة للزوجة . بعد ذلك بست سنوات رفع الزوج دعوى ضد زوجته السابقة طالباً تعديل حكم النفقة السابق ، وكرر إدعاءه بزنا الزوجة . حكم القاضي رانجهام Wrangham, J. بأنه ليس من حق الزوج أن يطالب بتعديل حكم النفقة على أساس زنا الزوجة ، لأن الحكم السابق قد قضى ببراءة الزوجة من تهمة الزنا ، وهذا الحكم يعتبر حجة على الزوج ، والقانون لا يعطي المحكمة سلطة تفتيشية تسمح لها بطرح هذه الحجية جانباً .

ويلاحظ على الأحكام السابقة أنها أحكام بنفي واقعة (نفي القسوة ، نفي الزنا) . وفي قضية Bright V. Bright (١٢٧) يقول القاضي ويلمر Willmer, J. أن الأحكام بنفي واقعة تحوز الحجية في دعوى لاحقة ولو كانت المحكمة التي تنظر هذه الدعوى لها سلطات تفتيشية . وانه تجب التفرقة بين حالتين حالة كون «المدعى عليه ليس ممنوعاً is not estopped من إنكار إتهامات المدعى ، أي الحالة التي لا يستطيع فيها المدعى في هذه المحكمة أن يحصل على مطلوبه لسبب بسيط هو أن المدعى عليه ممنوع من إنكار الاتهامات . في هذه الحالة لا شك

---

(١٢٧) [1953] 2 All. E. R. 939. انظر :
F. v. F. [1968] 2 All. E. R. 946
حيث قضى بأنه لا حجية لحكم سابق بنفي واقعة الزنا . وهذا الحكم لا يتعارض في الحقيقة مع المعيار الذي يقول به القاضي ويلمر ، لأن الحكم السابق الذي نفى الزنا قد حكم بالطلاق على أسس أخرى . والقاعدة أن الأحكام التي تصدر في مجموعها لمصلحة الخصم (أي تقضي له بطلبه كاملا) ، ولكنها تتضمن تقريراً ضده في جزئية معينة ، لا تحوز الحجية بالنسبة لهذه الجزئية . انظر ما سبق ، رقم ٢٧ وهامش (١٠٠) .

أن المصلحة العامـــة تتدخل لترى أن اجابـــة طلب المدعى لم تتم بطريقة خاطئة لمجرد تطبيق قاعـــدة فنية . وهـــذا يختلف تماماً عن حالة المدعى الذي يتمسك بالاتهامات والذي يسمح له بأن يصر عـــلى تكرار كل الاتهامات التي كانت موضوعاً للإجراءات السابقة ، والتي حكم فيها ضده ، فقط ليحصل عـــلى طلبه . في هذه الظروف ، كما أراها لا توجد مصلحة عامة تضار من القول بأن المدعى تمنعه الحجية من تكرار ادعاءات كانت محل فصل قضائي . وعلى العكس من ذلك توجد أحكام متعددة تؤكد مبدأ أنه في مثل هذه الحالات تنطبق نظرية الاستوبل بكامل قوتها في هذه المحكمة كما في أية محكمة أخرى . »

ومؤدى التفرقة التي يقول بها القاضي ويلمر أن الحكم بإثبات واقعة (الزنا ، القسوة) لا يعتبر حجة في دعوى لاحقة ، لأن اعتبارات النظام العام تتطلب من المحكمة أن تتأكد وتقتنع تماماً بحقيقة ارتكاب الواقعة .

ولكن حيث لا توجد سلطة تفتيشية للمحكمة ، فإن الحكم بإثبات الواقعة يحوز الحجية أيضاً شأنه في ذلك شأن الحكم بنفي واقعة . ففي قضية Wilkins V. Wilkins (١٢٨) رفعت زوجة دعوى بطلب الانفصال الجسماني على أساس زنا الزوج . دفع الزوج ببطلان الزواج لوجود زوج آخر على قيد الحياة . حكمت المحكمة على ضوء الأدلة المقـــدمة في الدعوى برفض ادعاء الزوج ووجدت أن الزوج الأول كان ميتاً وقت ابرام الزواج الثاني ، وأجابت طلب الزوجة وحكمت لها بالانفصال الجسماني . وبعد بضعة أشهر عاد الزوج الأول الى انجلترا بعد غياب دام أكثر من ثلاثين عاماً . رفع الزوج الثاني دعوى ببطلان الزواج . دفعت الزوجة هذه الدعوى بحجية الحكم الأول . قبلت المحكمة هذا الدفع وحكمت بأنها لا تستطيع قبول دعوى بطلان الزواج ما دام الحكم الأول لا يزال قائماً . ولكنها في نفس الوقت ، أشارت على الزوج بأن يطعن في الحكم

---

(١٢٨) [1896] P. 108, C. A.

الأول وأن يطلب محاكمة جديدة . وفي قضية Hull v. Hull [١٢٩] حصلت زوجة على حكم ضد زوجها بطلاقها منه على أساس هجره لها . وفي دعوى حضانة لاحقة تمسك الزوج بأن زوجته هي التي هجرته . ولكن المحكمة رفضت بحث ادعاء الزوج لأنه يتعارض مع حجية الحكم الأول القاضي بأن الزوج هو الذي هجر الزوجة .

والسلطات التفتيشية يمنحها القانون في بعض الحالات للمحكمة العليا ، دائرة الطلاق ، ولكنه لا يمنح سلطات مماثلة لقضاء السلام . ولذلك فإنه تنطبق أمام محاكم السلام (أو محاكم القضاة كما يطلق عليها أيضاً) ، الأحكام العادية في حجية المسألة المتنازع عليها . ففي قضية Whittaker v. Whittaker [١٣٠] اتفق الزوجان على الانفصال بشرط أن يدفع الزوج نفقة معينة الى زوجته ما دامت هذه الأخيرة محتفظة بعفتها dum casta . تأخر الزوج بعض الوقت في سداد النفقة المستحقة ، فرفعت الزوجة دعوى أمام محكمة المقاطعة مطالبة الزوج بسداد النفقة المتأخرة . دفع الزوج هذه الدعوى بزنا الزوجة ، ووجدت المحكمة أن الزوجة قد زنت فعلاً ، وبناء على ذلك رفضت طلبها . رفعت الزوجة دعوى أمام قضاة السلام متهمه زوجها بالامتناع العمدي عن دفع النفقة . دفع الزوج هذه الدعوى بحجية الحكم الأول . رفض القضاة هذا الدفع ، فاستأنف الزوج الحكم أمام إحدى دوائر المحكمة العليا divisional court التي قضت له بما يطلبه معتبرة أن الحكم الأول بزنا يعتبر حجة يحول دون قبول دعوى الزوجة الثانية باتهام الزوج بالامتناع العمدي عن دفع النفقة .

---

(١٢٩) [1960], All. E. R. 378.

(١٣٠) [1930] 3 All. E. R. 833, D. C.

٢ ــ حجية محل الدعوى وحجية المسألة المتنازع عليها

٣٣ ــ وحدة المحل المادي ووحدة المحل القانوني . ٣٤ ــ ضرورة التفرقة بين المحل المادي والمحل المعنوي . ٣٥ ــ تطور فكرة المحل في دعاوى الضرائب .

٣٣ ــ في الطبعة الأولى من كتاب سبنسر باور عن الشيء المقضي نجد العبارة الآتية : « وحدة الموضوع subject-matter لا تعني فقط وحدة الشيء eadem res ، ولكن أيضاً وحدة المسألة eadem quaestio ــ ليس فقط وحدة الموضوع بالمعنى المادي، ولكن أيضاً وحدة الموضوع بالمعنى القانوني . وهذان النوعان من وحدة الموضوع لا يغني أحدهما عن الآخر ، ويحتاج كل منهما إلى معالجة مستقلة »(١٣١) . ولكن ترنر في الطبعة الثانية لم يأخذ بهذه التفرقة وقال إنه لا يوجد ما يبرر الفصل بين الوحدة بالمعنى المادي والوحدة بالمعنى القانوني ، وأن المشكلة في الحقيقة تتعلق بالإجابة على السؤال الآتي : هل المسألة التي يجب الفصل فيها في الدعوى الثانية هي نفس المسألة التي فصل فيها الحكم الأول ؟ فإذا لم تكن المسألتان متحدتان فإنه لا يمكن أن يوجد استوبل(١٣٢) .

ولا شك أن وحدة الموضوع المادي ليست بذاتها كافية لوجود الحجية ، إذا كان السبب مختلفاً أو اذا لم تكن المسألة واحدة . ففي قضية Kennedy v. Kennedy(١٣٣) حكم بأن الحكم بعدم بطلان شرط في وصية على أساس الغموض أو عدم التأكيد ليس حجة يحول دون منازعة لاحقة مبنية على أن نفس الشرط يخالف قاعدة الدوام perpetuity rule(١٣٤) . وفي قضية Re Greydon,

---

(١٣١) ص ١١٥ ــ ١١٦ .

(١٣٢) ص ١٧٢ .

(١٣٣) [1914] A. C. 215, P. C.

(١٣٤) يقصد بالدوام perpetuity في القانون الانجليزي التصرف في الملكية الذي يؤجل نقلها الكامل الى الأبد .

وقاعدة الدوام أو القاعدة ضد الدوام the rule against perpetuities هي القاعدة =

Ex parte official receiver (١٣٥) حكم بأن الحكم بأن بعض أموال المدين المفلس تعتبر من مكاسبه الشخصية لا يمنع وكيل الدائنين من المنازعة بعد ذلك في أن هذه الأموال تفيض عن حاجة نفقة المفلس وعائلته ، وأن يطالب بإدخال هذا الفائض في التقسيم بين الدائنين .

٣٤ ـ واختلاف المحل المادي في الدعويين لا يؤثر في وجود الحجية إذا كان محل الدعوى الأولى ومحل الدعوى الثانية يكونان جزئين من محل واحد : فالحكم برفض دعوى القذف libel المبنية على بعض الفقرات في كتاب يعتبر حجة يحول دون قبول دعوى قذف أخرى مبنية على فقرات أخرى من نفس الكتاب ، لأن الحكم الأول قد أجاب بالنفي ، وبصفة قاطعة ، على التساؤل : هل كان الكتاب كله ذات طبيعة تشهيرية ؟ (١٣٦) .

وفي القضية الاسترالية Blair V. Curran (١٣٧) تظهر بوضوح أهمية التفرقة بين المحل بالمعنى المادي والمحل بالمعنى القانوني ، وكانت هذه القضية تتعلق بمعرفة ما اذا كان الحكم بتفسير نص في وصية فيما يتعلق بالتصرف في أموال معينة ، يعتبر حجة تحول دون قبول دعوى متعلقة بتفسير نفس النص ، ولكن فيما يخص أموالاً أخرى . اتفق القضاة الذين نظروا القضية على وجوب تفسير نص الوصية وفقاً للتفسير الذي قضى به الحكم الأول ، ولكنهم اختلفوا في الأسباب المؤدية إلى هذه النتيجة . ذهب القاضي ستارك Starke, J. الى أنه لا يوجد استوبل estoppel لاختلاف محل الدعويين ، ولكنه في نفس الوقت رأى أنه من غير المناسب إصدار حكم مخالف للحكم الأول . ومعنى هذا الرأي أن

= التي تمنع أي تصرف يؤجل نقل الملكية الكاملة إلى ما بعد انتهاء حياة شخص أو أشخاص على قيد الحياة وقت التصرف بأكثر من واحد وعشرين عاماً .

(١٣٥) [1896] 1 Q. B. 417.

(١٣٦) Macdougall v. Knight (1890) 25 Q. B. D. 1, C. A.

(١٣٧) (1939) 62 C. L. R. 464.

اختلاف المحل المادي يمنع من وجود الحجية . وعلى العكس من ذلك ذهب القاضي ديكسون Dixon, J. الى أنه توجد حجية للحكم الأول ، لأن المسألة في الدعويين واحدة ، وهي تفسير نص معين . واتفق القاضي ريتش Rich, J. مع القاضي ديكسون على وجود حجية للحكم الأول ولكنه أصر على وجود اختلاف في المحل ، وقال أنه يوجد استوبل رغم اختلاف المحل . ورأي القاضي ديكسون هو أكثر الآراء اتفاقاً مع اتجاهات الأحكام الانجليزية التي تبدي إهتماماً متزايداً بوحدة المسألة واهتماماً أقل بوحدة المحل المادي . وهذا واضح من حكم مجلس اللوردات في قضية (١٣٨) New Brunswick Railway Co. v. British & French Trust Corporation, Ltd. . وتتلخص وقائع هذه القضية في أن الدائن بمقتضى سند معين حصل على حكم ضد المدين يلزمه بأن يدفع فوائد السند بسعر الذهب . ثم رفع دعوى أخرى لمطالبة المدين بدفع الفوائد بسعر الذهب على أساس ٩٩٢ سند آخر تطابق شروطها مطابقة تامة شروط السند الأول ، وتمسك الدائن بالحكم الأول باعتباره حائزاً لحجية الشيء المقضي . حكم مجلس اللوردات أن الحكم الأول لا حجية له في الدعوى الثانية ، لأن الـ ٩٩٢ سنداً لم تكن محل بحث في الدعوى الأولى ، ولأن تطابق شروط السندات لا يكفي بذاته لوجود الحجية ، لأنه من المحتمل أن تكون ظروف إصدار كل سند مختلفة مما يقتضي تفسيراً مختلفاً لكل منها . وقال اللورد الحاجب موم : « ان النظرية (يقصد نظرية الحجية) لا يمكن جعلها تنطبق على افتراضات أو احتمالات فيما يتعلق بمسائل في الدعوى الثانية ، من المحتمل ، ولكن ليس من المؤكد قطعاً ، أن تكون مطابقة للمسائل التي أثيرت في دعوى سابقة » (١٣٩) .

٣٥ — وقد تطور القضاء فيما يتعلق بتحديد معنى الموضوع في دعاوى

---

(١٣٨) [1939] A. C. 1. H. L.

(١٣٩) [1939] A. C. 1, 19-20.

الضرائب . ونقطة البدء في هذا التطور حكمان متعارضان أصدرتهما اللجنة القضائية لمجلس الملك الخاص . ففي قضية Broken Hill Proprietary Co. v. Broken Hill Municipal Council [١٤٠] صدر الحكم الأول من المحكمة الاسترالية العليا متضمناً تفسيراً معيناً لنص في تشريع يحدد اساس تقدير حساب الضريبة . وعرض الأمر على اللجنة القضائية لمعرفة ما اذا كان هذا الحكم يعتبر حجة تحول دون إعطاء تفسير مخالف لنفس النص في نفس التشريع بين نفس الخصوم ولكن في تقدير ضريبة سنة لاحقة . حكمت اللجنة القضائية بأنه لايوجد دفع بالحجية (استوبل). وفي قضية Hoysted v. Texation Commissioner [١٤١] فصل الحكم الأول بطريقة ضمنية في تفسير نص في وصية ، وكان هذا التفسير الأساس الذي بني عليه الحكم تقدير الضريبة في سنة معينة . قضت اللجنة القضائية بأن هذا الحكم يحوز الحجية ويمنع الخصوم من المطالبة بتفسير مختلف لنفس النص عند تقدير ضريبة سنة لاحقة . وقد أيد مجلس اللوردات قاعدة قضية بروكن هيل . ففي قضية Society of Medical Officers of Health v. Hope [١٤٢] قضت محكمة تقدير محلية بأن بعض أملاك جمعية طبية معفية من الضرائب وفقاً للمادة الأولى من قانون الجمعيات العلمية لسنة ١٨٤٣ . وفي سنة ١٩٥٦ تم إعداد قائمة تقدير جديدة أدرجت فيها هذه الأملاك ضمن قائمة الأملاك الخاضعة للضريبة . اعترضت الجمعية على ذلك وأيدتها محكمة التقدير المحلية في اعتراضها . استأنف مأمور التقدير الحكم أمام محكمة الأراضي ، وأقر أمامها بأنه لم يحدث تغيير جوهري في أي شيء منذ سنة ١٩٥١ . حكمت محكمة الأراضي بأن حكم محكمة التقدير الصادر سنة ١٩٥١ ليس حجة تحول دون إخضاع الأملاك للضريبة في تاريخ لاحق . وأيدت محكمة الاستئناف ثم مجلس اللوردات هذا

---

(١٤٠) [1926] A. C. 94, P. C.

(١٤١) [1926] A. C. 155, P. C.

(١٤٢) [1960] 1 All. E. R. 317.

الحكم . وقال اللورد رادكليف Lord Radcliffe في مجلس اللوردات : « إن القول بأن الالتزام بضريبة سنة معينة ليس هو نفس الالتزام بضريبة سنة لاحقة ، أو أن سبب الدعوى في سنة يختلف عن سبب الدعوى في سنة أخرى ، ربما يعتبر تعسفاً في عرض المسألة . إنه توجد أوضاع قانونية ، كما هو الحال مثلاً في دعوى الاعتداء trespass ، يمكن أن نقول نفس الشيء بالنسبة لها دون أن يكون ذلك حائلاً دون وجود الاستوبل . والسبب في إعطاء هذه الأهمية الكبيرة للمحل في دعاوى الضرائب يرجع الى اعتبارين : الأول : أن محكمة التقدير محكمة ذات اختصاص محدود ليس بوسعها فحص الأمور فحصاً شاملاً . الثاني : أن مأمور التقدير يعمل للمصلحة العامة ، وهو ليس خصماً بالمعنى العادي لهذه الكلمة . » وقال اللورد كيث Lord Keith : « ان مأمور التقدير يعمل وفقاً للقانون وليست له مصلحة شخصية في التقدير ، ودافعي الضرائب يتغيرون باستمرار . واني أشك في أن مأمور التقدير الذي يقوم بعمله في مواجهة مجموعة متغيرة من الناس من الممكن أن ينظر اليه باعتباره نفس الخصم بالمعنى اللازم لتطبيق قاعدة الشيء المقضي . ماذا يكون الأمر لو غيرت الجمعية مقرها وانتقلت إلى منطقة ضرائب أخرى يعمل بها مأمور ضرائب آخر؟ واني أؤكد هذه الخصائص لوظيفة مأمور التقدير لأنها تقود إلى الرد الحقيقي على ما تدعيه الجمعية : إن الموظف العام لا يمكن منعه من تنفيذ واجباته التي يفرضها عليه التشريع . وقد قيل في مناسبات أخرى أنه لا يوجد استوبل ضد تشريع . » وفي قضية Caffoor v. Colombo Income Tax Commissioner (١٤٣) حكمت اللجنة القضائية في المجلس الخاص بأنه لا تنطبق على دعاوى الضرائب قاعدة حجية المسألة المتنازع عليها issue estoppel ، فأسس ربط الضريبة في سنة من السنوات لا يعتد بها ، أي لا حجية لها ، في سنة لاحقة .

---

(١٤٣) [1961] A. C. 585, P. C.

ويلاحظ أن اللورد رادكليف واللورد كيث قد أشارا الى أن تخلف الحجية يرجع إلى اختلاف الخصوم . ولكنهما أيضاً لم يستبعدا أن يكون مرجع تخلف الحجية هو اختلاف الظروف ، أو مجرد احتمال اختلاف الظروف ، عند ربط الضريبة في فترة لاحقة على الفترة التي تشملها حجية الحكم الأول .

٣ ـ اتحاد الخصوم

٣٦ – الأحكام الشخصية والأحكام العينية . ٣٧ – وجوب التفرقة بين فاعلية الحكم وحجيته . ٣٨ – معيار التفرقة بين الأحكام الشخصية والأحكام العينية . ٣٩ – الحكم الشخصي حجة على أطرافه وخلفائهم . ٤٠ – العبرة بوحدة الصفة . ٤١ – معنى الخلف . ٤٢ – وحدة المسألة المتنازع عليها واختلاف الخصوم . ٤٣ – الحجية العينية للحكم في الدعوى الشعبية في القانون الاسكوتلندي . ٤٤ – الأحكام المحددة لمركز الشخص أو المال لها حجية عينية . ٤٥ – تحديد نطاق الحجية العينية للأحكام الصادرة بشأن المركز العائلي للشخص .

٣٦ ـ يفرق القضاء الانجليزي بين نوعين من الأحكام : أحكام لها حجية على أطراف الدعوى فقط ، ويطلق عليها الأحكام الشخصية judgments in personam ، وأحكام لها حجية في مواجهة الكافة ، ويطلق عليها الأحكام العينية judgments in rem .

٣٧ ـ وقبل أن نبحث بالتفصيل مشكلة حجية الحكم من حيث الأشخاص ، يجب أن نفرق بين الحجية بالمعنى الصحيح ، وهي موضوع هذه الدراسة ، وبين الاعتداد بالحكم كأمر واقع فعلاً . فإذا كان الحكم قد وزع الملكية على بعض الأشخاص ، ونتج عن هذا التوزيع أن هؤلاء الأشخاص ليس من حقهم التمتع ببعض الاعفاءات الضريبية ، فإن مأمور الضرائب يجب عليه أن يقدر الضرائب المستحقة عليهم وفقاً لملكياتهم التي حددها الحكم (١٤٤) . فالأمر هنا

(١٤٤) **Executor Trustee and Agency Co. of South Australia v. Deputy Federal Commissioner of Taxes** (1939) 62 C. L. R. 545.

لا يتعلق بحجية للحكم في مواجهة المأمور ، ولكن بواجب على المأمور يفرضه عليه القانون في أن يأخذ بنتيجة الحكم كما هي .

(ا) معيار التفرقة بين الأحكام الشخصية والأحكام العينية

٣٨ — يبين من أحكام القضاء الانجليزي أن الأحكام الشخصية هي الأحكام المؤثرة في حقوق وواجبات ومصالح الخصوم ، وهي بهذا الوصف لاحجية لها إلاّ بالنسبة للخصوم وخلفائهم (١٤٥) . والأحكام العينية هي الأحكام المحددة لحالة الشخص أو الشيء أو العلاقات القانونية للشخص أو الشيء في مواجهة الكافة (١٤٦) . ويرى باور وترنر أن الحكم الذي يحدد التصرف في الشيء يعتبر حكماً عينياً ، في حين أن الحكم الذي يحدد الحقوق والواجبات على الشيء لمصلحة الأطراف يعتبر حكماً شخصياً (١٤٧) .

وستتضح لنا هذه التفرقة عند دراسة أمثلة للأحكام الشخصية والأحكام العينية فيما يلي .

(ب) الأحكام الشخصية judgments in personam

٣٩ — القاعدة بالنسبة للأحكام الشخصية أنها لا تعتبر حجة الا بالنسبة لأطرافها وخلفائهم (١٤٨) . والحكم يسري على جميع الأشخاص الممثلين في

---

(١٤٥) **Duchess of Kingston's Case** (1776) 2 Smith L. C., 13th ed. 644, **Gray v. Lewis** (1873) 8 Ch. App. 1035; **R. v. Hutchings** (1881) 6 Q. B. D. 300.

(١٤٦) **Minna Craig Steamship Co. v. Chartered Mercantile Bank of India, London & China** [1897] 1 Q. B. 460, C. A.

(١٤٧) باور و ترنر ، المرجع السابق ، ص ٢٢٩ .

(١٤٨) انظر ما سبق ، هامش ١٤٥ .

الدعوى تمثيلاً صحيحاً (١٤٩) . ولا يسري الحكم ضد مجموعة من الأفراد لم تكن ممثلة في الدعوى (١٥٠) .

واستثناء من القاعدة السابقة يسري الحكم على شخص لم يكن طرفاً ولم يكن ممثلاً في الدعوى ، اذا كان من واجب هذا الشخص أن يتدخل فيها ولكنه لم يتدخل . ففي دعاوى إثبات الوصية probate actions يعتبر الحكم الصادر فيها حجة على كل شخص كان يعلم بوجود الدعوى ومع ذلك لم يتدخل فيها للمطالبة بما يدعيه من حقوق (١٥١) . وفي قضية John v. Mendoza (١٥٢) اتفق شخص أشهر إفلاسه مع أحد دائنيه على ألا يتقدم هذا الأخير بدينه في التفليسة في مقابل تعهد المفلس بأن يدفع له دينه كاملاً . وعند التوزيع حصل كل الدائنين الآخرين على ديونهم كاملة ، فصدر أمر بإلغاء التفليسة . عندئذ رفع الدائن دعوى للمطالبة بدينه ، فحكمت المحكمة بأن أمر إلغاء التفليسة يعتبر حجة ضد قبول دعواه ، ذلك أنه كان من واجبه أن يتدخل في اجراءات التوزيع.

٤٠ — وفي تقدير وحدة الأشخاص يجب النظر إلى الوحدة في الصفة وليس إلى وحدة الأشخاص الطبيعيين (١٥٣) . ويجب أن نفرق بين فرضين : **الفرض**

---

(١٤٩) **Cox v. Dublin City Distillery Co. (No. 3), [1917] 1 I. R. 203.**

والحكم الصادر في دعوى يمثل القاصر فيها ولي أو وصي next friend له حجية في مواجهة القاصر شخصياً :

Vaughton v. Bradshaw (1860) 9 C. B. N. S. 103;
Verkata v. Narashima Appa Row v. Court of Wards (1886) 11 App. Cas. P. C.

(١٥٠) **Cox v. Dublin City Distillery Co. (No. 2) [1915], 1 I. R. 345.**

(١٥١) **In the Estate of Langton** [1964] P. 163, C. A.

(١٥٢) [1939] 1 K. B. 141.

(١٥٣) **Bainbrigge v. Baddeley** (1847) 2 Ph. 705; **Blake v .O'Kelley** (1874) 9 Ir. R. Eq. 54.

الأول : أن يكون الشخص واحداً من الناحية الطبيعية ولكنه يتقاضى بصفتين مختلفتين ؛ في هذا الفرض لا شك في عدم توافر وحدة الخصوم(١٥٤) ، وقد حكم بأن الحكم الصادر لمصلحة الزوجة في الدعوى الأولى بتعويضها عن الضرر الذي أصابها نتيجة لموت زوجها ليس حجة تحول دون قبول دفاع المدعى عليهم في دعوى ثانية رفعتها الزوجة بوصفها مديرة لتركة الزوج مطالبة بتعويض الضرر الذي أصاب الزوج أثناء حياته بسبب الحادث ، بأن الحادث لم يكن نتيجة لإهمالهم ، فصفة الزوجة كمضرورة شخصياً تختلف عن صفتها كمديرة administratrix لتركة الزوج(١٥٥) . وفي نفس المعنى حكم بأن صفة الزوج كمطالب بتعويض الضرر الشخصي الذي أصابه وأصاب سيارته في حادث تصادم تختلف عن صفة الزوج كمدير لتركة الزوجة administrator يطالب بتعويض الضرر الذي أصاب الزوجة شخصياً بوفاتها في حادث التصادم(١٥٦) . وحكم بأن صفة وكيل الدعاوى العام Solicitor general في رفع الدعوى الجنائية باسم التاج ضد الطبيب لارتكابه فعلاً يعاقب عليه جنائياً تختلف عن صفته في تقديمه الطلب الى مجلس التأديب بشطب اسم الطبيب من سجل الأطباء العاملين ، لأنه في هذه الحالة الأخيرة لا يعمل بوصفه ممثلاً للتاج ، ولأن الطلب يقدم إلى مجلس التأديب بوصفه محكمة ذاتية domestic tribunal(١٥٧)

الفرض الثاني : أن يختلف الخصوم من الناحية الطبيعية ، ولكنهم يتحدون من

---

(١٥٤) **Robinson's Case (1603), 5 Co. Rep. 32 b; Overton v. Harvey (1850) 9 C. B. 324; Haching v. Lee (1860), 9 W. R. 70.**

(١٥٥) **Leggot v. Great Northern Ry. Co. (1876), 1 Q.B.D. 599.**

(١٥٦) **Marginson v. Blackborn Borough Council [1939] 1 All E.R. 273.**

(١٥٧) **In Re a Medical Practitioner [1959] N. 2 L. R. 784, C. A.**

حيث صفاتهم القانونية ، وهذا الاتحاد في الصفة كاف لوجود الحجية [١٥٨] . ومثال ذلك الحكم الصادر ضد أحد عمال صاحب العمل ، فإنه يعتبر حجة على الدعوى التي يرفعها عامل آخر يعمل لدى نفس صاحب العمل ، اذا كان كلاً من العامل الأول والثاني يعمل وفقاً لتعليمات صاحب العمل [١٥٩] . والحكم الصادر لمصلحة مدين متضامن joint liability يستفيد منه المدين الآخر ، أي يعتبر الحكم حجة لمصلحته ، ما دام أن الحكم ليس مبنياً على سبب خاص بالمدين الأول ، كالقصر أو الافلاس [١٦٠] .

٤١ – والحكم يعتبر حجة على خلف الخصم privy . والخلف قد يكون في الدم أو السند أو المصلحة [١٦١] . وخلافة الدم blood يقصد بها الميراث [١٦٢] وقد تكون الخلافة بسبب تلقى سند الحق title من شخص آخر [١٦٣] . وأخيراً قد تكون الخلافة بسبب اتحاد المصلحة interest بين الشخصين ، فدائن المفلس يعتبر خلفاً له [١٦٤] ، ومصفى الشركة يعتبر خلفاً لها [١٦٥] ، وقد حكم بـــأن

---

(١٥٨) **Aslin v. Parkin** (1758) 2 Burr. 665; **Ex parte Harper, Re Bremner,** (1875) 10 Ch. App. 379.

(١٥٩) **Kinsersley v. Orpe** (1780) 2 Doug. K. B. 517.

(١٦٠) باور وترنر ، ص ٢٠٢ .

(١٦١) **Carl-Zeiss-Stiftung v. Rayner and Keeler, Ltd. (No. 2),** [1966] 2 All E. R. 536, H. L., 550, per Lord Reid, 566, per Lord Guest.

(١٦٢) **Don v. Lippman** (1837) 5 Cl. & Fin. 1; **Ernis v. Rochford** (1884) 14, L. R. Ir. 285.

(١٦٣) **Re Allsop & Joy's Contract** (1889), 61 L. T. 213; **O'Connor v. O'Connor** [1916] 2 I. R. 148.

(١٦٤) **Douglas v. Forrest** (1828) 4 Bing. 686.

(١٦٥) **Re South American and Mexican Co., Ex parte Bank of England** [1895] 1 Ch. 37, C. A.

صاحب العمل ليس خلفاً للعامل (١٦٦) . وفي قضية Pople v. Evans (١٦٧) رفع شخص بصفته وكيلاً عن آخر ، ولكن دون أن يعلن صفته كوكيل ودون أن يبين اسم الموكل الحقيقي ، دعوى للمطالبة بتنفيذ عقد بيع تنفيذاً عينياً ، وخسر الدعوى . وفي دعوى ثانية رفعها الأصيل الحقيقي الذي لم يكشف عن اسمه في الدعوى السابقة ، حكمت المحكمة بأن الحكم الصادر في الدعوى الأولى لا يحول دون قبول الدعوى الثانية ، ذلك أن العلاقة بين الوكيل والموكل كانت خفية وغير سارية في مواجهة المدعى عليه ، وأنه لا توجد خلافة privity بين الوكيل والموكل .

٤٢ — ووحدة المسألة المتنازع عليها لا تأثير لها على حجية الأحكام الشخصية التي لا يتوافر بالنسبة لها شرط وحدة الخصوم . وأحكام القضاء مستقرة في هذا الاتجاه . ففي قضية In re Waring; Westminister Bank v. Burton- (١٦٨) Butler حكم بأنه لا توجد حجية اذا اتحد الموضوع (تفسير وثيقة أو قانون) واختلف الخصوم . وفي قضية Marginson v. Blackburn Borough Council، على الرغم من وحدة المسألة في الدعويين ، حكم بقبول الدعوى الثانية لأن المدعى فيها كان يتقاضى بصفة تختلف عن صفته في الدعوى الأولى (١٦٩) . وفي قضية Townsend v. Bishop رفع مالك سيارة خاصة دعوى ضد سائق سيارة نقل للمطالبة بتعويض الأضرار التي أصابت سيارته أثناء قيادة ابنه لها ، وحكم في هذه الدعوى بأن الابن هو المسئول عن الضرر وتسبب فيه بإهماله . رفع الابن دعوى ضد سائق سيارة النقل للمطالبة بتعويض الضرر الذي أصابه ،

---

(١٦٦) **Ramsay v. Pigram** (1968) 42 A. L. J. R. 89; **Edwards v. Joyce** [1954] V. L. R. 216 (Sup. Ct. of Victoria).

(١٦٧) [1968] 2 All E. R. 743.

(١٦٨) [1948] Ch. 221.

(١٦٩) [1939] 1 All. E. R. 273.

فحكمت المحكمة بأن الابن غير ممنوع من رفع الدعوى، لأنـــه لم يكن طرفاً في الدعوى[١٧٠] . وفي قضية Edwards v. Joyce حدث تصادم بين السيارة التي تقودها زوجة (ح) وسيارة النقل التي يملكها (د) و (هـ) ويقودها العامـــل لديهما (و) . وكانت (ا) و (ب) تركبان في سيارة (ح) . قتلت الزوجـــة في الحادث وأصيبت (ا) و (ب) بجروح . رفعت (ا) دعوى ضد (ح) وضد (و) ، وحصلت على حكم بإلزامهما بتعويض الضرر الذي أصابها بنسبة ٤/١ الى ٤/٣. ثم رفعت (ب) دعوى تعويض ضد (و) والذين يستخدمانه (د) و (هـ) . اختصم الأخيرون (ح) في الدعوى ، الذي دفع بأن مسئوليته عن التعويض هي بنسبة الربع وفقاً للحكم السابق . حكم القاضي شول .Sholl J في محكمـــة ڤيكتوريا العليا بأن الحكم السابق ليس حجة على (د) و(هـ) صاحب العمل الذين يعمل لديهما (و) ، فهما ليسا خلفين له ، وبأن الحكم السابق ليس حجة على (و) في الدعوى الثانية ، لأن المسألة في الدعويين ليست واحدة[١٧١] . ويلاحظ على هذا الحكم أنه قد طبق قاعدة Jackson v. Smith[١٧٢] وكان بالغ الدقة في التفرقة بين المسألة في الدعوى الأولى والمسألة في الدعوى الثانية مع أنهما مسألة واحدة من الناحية العملية . ولذلك فالسبب الصحيح لعدم وجود حجية للحكم الأول هو اختلاف الخصوم : فالحكم الصادر ضد العامل ليس حجة ضد صاحبي العمل الذين يستخدمان هذا العامل . وفي قضية Ramsy v. Wigram[١٧٣] حصل تصادم بين سيارة خاصة وسيارة يقودها كونستابل بوليس . رفـــع الكونستابل دعوى ضد سائق السيارة الخاصة ، وحكم له بتعويض الأضرار الشخصية التي أصابته . وقرر الحكم أن الكونستابل لم يساهم في الخطأ . رفع

---

(١٧٠) [1939] 1 All. E. R. 805.

(١٧١) [1954] V. L. R. 216.

(١٧٢) (1950), 81 C. L. R. 446. ، ما سبق ، هامش « ١١٥ » .

(١٧٣) (1968) 42 A. L. J.R. 89.

سائق السيارة الخاصة دعوى ضد الحكومة للمطالبة بتعويض الضرر الشخصي الذي أصابه نتيجة لخطأ أحد موظفيها . دفعت الحكومة الدعوى بعدم قبولها لسبق الفصل فيها رفضت المحكمة هذا الدفع . فالحكم لصالح الكونستابل ليس حجة لصالح الحكومة التي تعتبر من الغير بالنسبة له . فضلاً عن أنه في الدعوى الأولى كانت المسألة متعلقة بواجب الكونستابل نحو سائق السيارة الخاصة ، في حين أن المسألة في هذه الدعوى تتعلق بواجب الحكومة نحو سائق السيارة الخاصة . ولا أهمية لكون الوقائع والأدلة المثبتة لها واحدة في الدعويين .

(ج) الأحكام العينية : Judgments in rem

٤٣ ــ لا يعرف القانون الانجليزي فكرة الدعوى الشعبية التي كانت معروفة في القانون الروماني (وهي المقابلة لدعوى الحسبة في الشريعة الاسلامية) ، ولكن القانون الاسكوتلندي يعرف الدعوى الشعبية في حدود معينة ، ويطلق عليها declarator . وقد حكم مجلس اللوردات بأن الحكم الصادر في هذه الدعوى يعتبر حجة على الكافة (١٧٤) .

٤٤ ــ ويرى القضاء الانجليزي أن الأحكام المحددة لمركز الشخص تعتبر أحكاماً عينية : مثل حكم قاضي الانتخاب بصحة أو بطلان انتخاب أحد المرشحين (١٧٥) ، والحكم التأديبي الصادر من مجلس تأديب (١٧٦) ، والحكم بطرد أستاذ من الكلية أو فصله من إحدى وظائفها (١٧٧) ، والحكم بطرد شخص من طائفة معينة (١٧٨) . وتعتبر أحكاماً عينية الأحكام المحددة لمركز الأموال

---

(١٧٤) **Jenkins v. Robertson** (1867) L. R. 1 Sc. & Div. 117, H.L.

(١٧٥) **Stevens v. Tillet** (1870) L. R. 6 C. P. 147

(١٧٦) **Hill v. Clifford** [1907] 2 Ch. 236, C. A.

(١٧٧) **Philips v. Bury** (1964), Skin. 447; **R. v. Grundon** (1775) 1 Cowp. 315.

(١٧٨) **R. v. York Corporation** (1792) 5 Term. Rep. 66.

مثل أحكام الافلاس[١٧٩] ، والأحكام المتعلقة ببراءات الاختراع [١٨٠] ، وحكم محكمة الغنائم بالاستيلاء على سفينة [١٨١] ، والحكم بتقرير حق امتياز على سفينة [١٨٢] ، والحكم بأن الشارع أو الطريق يقع واجب صيانته وإصلاحه على الأهالي [١٨٣] ، والأحكام المحددة لخط تنظيم بناء المساكن [١٨٤] . ولكن الأحكام المتعلقة بتحديد خضوع أو عدم خضوع مكان معين لقانون الايجار لا تعتبر عينية وحجيتها قاصرة على أطرافها [١٨٥] . والحكم بإثبات وصية probate of a will له حجية في مواجهة الكافة [١٨٦] .

٤٥ – والأحكام المحددة للمركز العائلي للشخص لها حجية في مواجهة الكافة مثل الأحكام بصحة الزواج [١٨٧] أو ببطلانه أو بانحلاله [١٨٨] . ويحدد القضاء الانجليزي بدقة نطاق الحجية العينية في المركز العائلي ، ومثال ذلك قضية B. v. Attoney General [١٨٩] . رفعت زوجة دعوى طلاق ضد الزوج وطلبت في

---

(١٧٩) **Boaler v. Power** [1910] 2 K. B. 229, C. A.

(١٨٠) **Poulton v. Adjustable Cover and Boiler Block Co.** [1908] 2 Ch. 430, C.A.

(١٨١) **Duckworth v. Tucker** (1809) 2 Taunt. 7.

(١٨٢) **Ballantyne v. Mackinnon** [1896] 2 Q. B. 445, C. A.

(١٨٣) **Wakefield Corporation v. Cooke** [1904] A. C. 31, H. L.

(١٨٤) **London County Council v. Glasworthy** [1917] 1 K. B. 85.

(١٨٥) **Lazarus-Barlow v. Regent Estate Co., Ltd.** [1949] 2 All E. R. 118.

(١٨٦) **Birch v. Birch** [1902] P. 130, C.A.

(١٨٧) **Brownsend v. Edwards** (1750) 2 Ves. Men 243.

(١٨٨) **Meddowcroft v. Huguenin** (1844) 4 Moo. P. C. C.

ويرى البعض أن الأحكام بوجود الزواج أو بعدم وجود الزواج يجب أن تكون لها حجية عينية :

D. TOLSTOY, **Marriage by Estoppel or an excursion into res judicata,** Law Quarterly Review, vol. 84 (1968), p. 245.

(١٨٩) [1965] 1 All E. R. 62.

نفس الوقت الحكم لها بحضانة ا ، ابنها من الزواج . لم يبد الزوج أي دفع ، وحكمت المحكمة للزوجة بالطلاق وبحضانة الابن المذكور . رفعت الزوجة دعوى ضد الزوج طالبة منه نفقة للابن ، فدفع الزوج الدعوى بأنه ليس أباً لـ ا . ولكن المحكمة رفضت هذا الدفع ، لأنه يتعارض مع حجية الحكم الأول الصادر في دعوى الطلاق والحضانة . بعد ذلك بواحد وعشرين عاماً رفع الابن دعوى ضد الأب وأخوته الآخرين طالباً تقرير نسبه الشرعي من الأب . واستند الابن الى حجية الحكمين السابقين الصادرين في دعوى الحضانة ودعوى النفقة ، وهما يقرران صراحة أنه ابن شرعي للأب . رفضت المحكمة هذه الحجة ، وحكمت بأن الحكمين السابقين لا يعتبران حجة على شرعية نسب ا من الأب الا فيما بين الأب والأم ، وبأنهما ليسا حجة على الأبناء الآخرين .

خاتمة

٤٦ – وجود تماثل قوي بين أفكار القانون الانجليزي في حجية الشيء المقضى وأفكار القانون الروماني والقوانين المتأثرة به ومن بينها القانون الفرنسي والقانون المصري . ٤٧ – وجود بعض أوجه الاختلاف لا ينفي امكانية الافادة من حلول القضاء الانجليزي .

٤٦ – بينت هذه الدراسة أن معالجة القضاء الانجليزي لتحديد عناصر الشيء المقضي ، مبنية على نفس تقسيم القانون الروماني لعناصر الشيء المقضي الى سبب ومحل (أو موضوع) أو خصوم . وبعض الأحكام الانجليزية تشير صراحة الى تأثرها بالفقه الروماني (١٩٠) . ولكن القضاء الانجليزي قد أعطى معنى جديداً لفكرة وحدة المسألة eadem quaestio ، وأطلق عليها اصطلاحاً جديداً هو

---

(١٩٠) **Nelson v. Couch** (1863) 15 C. B. N.S. 99, per Willes, J.

حجية المسألة المتنازع عليها issue estoppel (١٩١) . وهذه النظرية الأخيرة تلعب دوراً أساسياً بالنسبة لعنصر السبب وبالنسبة لعنصر المحل ، ولكن لا يبدو أن لها هذه الأهمية بالنسبة لعنصر الخصوم . وان كان ليس من المستبعد في المستقبل أن يعتد القضاء الانجليزي بوحدة المسألة المتنازع عليهـــا وألا يعبأ باختلاف الخصوم. وعندئذ ستختفي الى حد ما أهمية التفرقة بين الأحكام العينية والأحكام الشخصية . وعلى أي حال ، فإنه على الرغم من دقة القضاء الانجليزي في تحليل المنازعة إلى عناصرها الأولية وفي تحديد ذاتية المسألة المتنازع عليها وتقديـــر أهميتها ، فإنه لا يتردد في الحكم بعدم قبول الدعوى بناء على سلطته الطبيعية inherent jurisdiction of the court اذا وجد أن الشروط الدقيقة للدفع بالشيء المقضي ليست متوافرة، وأنه يوجد بين الدعويين الأولى والثانية تشابه قوي بحيث يعتبر رفع الدعوى الثانية إساءة لاستعمال حق الالتجاء إلى المحكمة an abuse of the process of the court . وقد حرص كثير من القضاة على الإشارة إلى أن قاعدة الشيء المقضي ليست مصطنعة ولكنها موضوعية تقوم على اعتبارات العدالة وحسن التقدير (١٩٢) .

وفي تحديده للأحكام التي تحوز حجية الشيء المقضي قابل القضاء الانجليزي صعوبة إيجاد معيار التفرقة بين الأحكام القضائية والقرارات الإدارية ، ويبدو من أحكامه أنه يأخذ بمعيار شكلي بصفة أساسية ، فينظر الى تكوين الهيئة التي أصدرت القرار وهل هي مكونة من قضاة أو إداريين وإلى الإجراءات المتبعة

---

(١٩١) وهذه النظرية مماثلة لنظرية المسألة المتنازع عليها question litigieuse التي قال بها الفقه الإيطالي ونادى بها في فرنسا الفقيه فيزيوز . انظر مؤلفنا :

La notion d'irrecevabilité en droit judiciaire privé, Paris 1967, p. 195 et seq.

(١٩٢) انظر كمثال قول القاضي آنجود – توماس

Pople v. Evans [1968] 2 All. E.R. Ungoed-Thomas. J. 743, 752.

أمامها وهل هي إجراءات إدارية أم إجراءات ذات طبيعة قضائية ، ولكنه في نفس الوقت يأخذ بالمعيار الموضوعي المتمثل في ضرورة وجود منازعة حقيقية بين الخصوم .

والقضاء الانجليزي يشترط في الحكم أن يكون قطعياً ، ولا يمنع من وجود القطعية مجرد كون الحكم غيابياً ، وان كانت بعض الأحكام تشكك في إمكان وجود حجية للحكم الغيابي تماثل في مداها الحجية المعترف بهـا للأحكام الحضورية .

٤٧ ـ ويوجد اختلاف بين القضاء المصري والقضاء الانجليزي فيما يتعلق بشرط الاختصاص . فالقضاء الانجليزي يشترط حتى يحوز الحكم الحجية أن يكون صادراً من محكمة مختصة . ولكن القضاء المصري يعترف للحكم بالحجية ولو كان صادراً من محكمة غير مختصة ، ويفرق بين عدم الاختصاص الولائي وعدم الاختصاص النوعي أو القيمي أو المحلي : فالحكم الصادر من محكمة غير مختصة ولائياً له حجية أمام هذه المحكمة والمحاكم التابعة لنفس الجهة ، ولكن ليست له حجية أمام محاكم جهة ولائية أخرى . أما الحكم الصادر من محكمة غير مختصة نوعياً أو قيمياً أو محلياً ، فإن له حجية أمام جميع أنواع المحاكم (١٩٣) .

هذه بعض أوجه الاتفاق والاختلاف بين أحكام القضاء الانجليزي والقضاء المصري . وبطبيعة الحال توجد اختلافات أخرى مردها الى اختلاف القواعد الموضوعية في القانون الانجليزي عن القواعد الموضوعية في القانون المصري . وهذا يظهر على وجه الخصوص في تحديد معنى السبب والموضوع ، وفي تقدير الحجية في دعاوى الطلاق ، وفي تحديد معنى الخلف الذي يسري الحكم في مواجهته ويعتبر حجة عليه ، فالقانون الانجليزي لا يعرف التفرقة التي يأخذ بها

---

(١٩٣) عبد الرزاق السنهوري ، الوجيز في نظرية الالتزام ، القاهرة ١٩٦٦ ، ص ٧٢٩ .

القانون المصري بين الخلف العام والخلف الخاص . ولكن على الرغم من وجود بعض أوجه الخلاف ، فإن دراسة أحكام القضاء الانجليزي لها فائدة علميـــة محققة ، ومن الممكن الاستعانة بها في دراسة الشيء المقضي في القانون المصري . ولا يوجد ما يمنع من أن يستفيد القضاء المصري بتجربة القضاء الانجليزي .

١

حول تعديل قانون المرافعات الليبي

للدكتور مصطفى كامل كيره
المستشار بمحكمة استئناف الاسكندرية

تمهيد :

مرت ليبيا بمراحل مختلفة في نظامها القضائي والقانوني وذلك حسب العهود التي تعاقبت على البلاد من العهد التركي الى العهد الايطالي ثم الادارة البريطانية. وكانت القوانين التي سادت البلاد في هذه العصور المختلفة تصطبغ بصبغة الحكم القائم في ذلك الوقت حتى أعلن الاستقلال في ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٥١وكانت الظروف التي تجتازها البلاد وهي الانتقال من عهد الاحتلال الى عهد الاستقلال حافزاً على سرعة إصدار عدد من القوانين في الفروع المختلفة تواجه بها البلاد المرحلة الجديدة . وفي ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٥٣ صدر قانون المرافعات وكانت العجلة التي اقترن بها صدوره سبباً في افتقاره الى مذكرة ايضاحية تفسر أحكامه وتوضح المصادر التي استمدت منها نصوصه وهو قصور يشمل كافة القوانين الليبية التي صدرت وقت اعلان الاستقلال ومن أجل ذلك تلمس الباحثون في هذه القوانين مصدراً لها من القوانين المصرية المقابلة والتي استمد منها التشريع جانباً كبيراً من أحكامه ومن القوانين الإيطالية التي سادت قبل الاستقلال واستمد منها التشريع بعض أحكامه .

ولقد كشف العمل عند تطبيق قانون المرافعات عن كثير من العيوب ومن ثم بدت الحاجة ملحة الى اعادة النظر فيه وتنقيح نصوصه وحتى يتمشى مع التطور الذي تسير فيه البلاد .

اسباب تعديل قانون المرافعات :

عمدت كثير من الدول الى تنقيح قانون المرافعات وذلك في اعقاب الحروب والثورات التي اجتاحت العالم بعد الحرب العالمية الأولى والحرب العالمية الثانية كما ادت التشريعات الاجتماعية الجديدة كالتشريعات العمالية إلى تطوير في النظم القضائية فأنشأت محاكم للعمال ويبدو الارتباط بذلك وثيقاً بين قانون المرافعات والنظام القضائي .

وقامت فرنسا بتعديل قانون المرافعات فشكلت لجنة في يوليو سنة ١٩٣٤ لتبسيط الاجراءات وتيسيرها وتكونت اللجنة من رجال القضاء واساتذة كليات الحقوق ، والمحامين ووكلاء الدعاوى والمحضرين والموثقين واعدت اللجنة مشروعاً شاملاً الا ان قيام الحرب العالمية الاولى سنة ١٩٣٩ اوقف صدور المشروع وعادت اللجنة الى مباشرة مهمتها في سنة ١٩٤١ وظلت مستمرة في عملها حتى سنة ١٩٤٤ ، وبعد تحرير فرنسا شكلت لجنة أخرى وعهد اليهـــا بوضع مشروع جديد ولكنها لم تنجز مهمتها الا في سنة ١٩٥٥ . غير ان المشرع أصدر عدة قوانين بتعديل قانون المرافعات خلال هذه الفترة فمن ذلك قانون ١٧ يونيو سنة ١٩٣٨ بتعديل اجراءات الحجز العقاري ، وقوانين ٢٣ مارس سنة ١٩٤٢ الخاصة بالاستئناف والنفاذ المعجل واستجواب الخصوم ، وقوانين ١٥ يوليو سنة ١٩٤٤ الخاصة بالتحقيق أمام المحاكم المدنية والخبرة وقانون ١٢ نوفمبر سنة ١٩٥٥ الخاص بالحجز التحفظي . ولما قامت الجمهورية الفرنسية الخامسة سنة ١٩٥٨ صدر قانون ٢ اغسطس سنة ١٩٦٠ باجراء تعديلات متعددة في قانون المرافعات بهدف تبسيط الإجراءات والتخفف من قيود الشكل

والحد من الاسراف في استعمال الدفوع الشكلية . كما عمدت فرنسا إلى اصلاح نظامها القضائي فأنشأت المحكمة العليا لمحاكمة أعضاء الحكومة جنائياً عن الأفعال التي تقع منهم أثناء تأدية وظيفتهم وتعتبر جناية او جنحة وقت ارتكابها .

وفي ايطاليا صدر قانون المرافعات في سنة ١٩٤٢ وعدل سنة ١٩٥٠ . كما صدر في مصر قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ وعدل هذا القانون بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ م ثم قامت وزارة العدل باعداد مشروع يتفق وأحوال البلاد وتطوراتها وعُرض هذا المشروع على لجنة الشئون التشريعية ووافق عليه مجلس الأمة وصدر القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ في ٧ مايو سنة ١٩٦٨ ونص فيه على أن يعمل به بعد ستة أشهر من تاريخ نشره .

أما في الدول العربية ففي العراق صدر قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ٨٨لسنة ١٩٥٦ بعد إلغاء قانون اصول المحاكمات الحقوقية العثمانية . كما طرأت تعديلات على قانون المرافعات العراقي بالقانون رقم ٤ لسنة ١٩٥٨ والقانون رقم ١٣٤ لسنة ١٩٥٩ . وفي لبنـــان صدر قانون اصول المحاكمات المدنية رقم ٧٢ لسنة ١٩٣٣ وعدل في السنوات ١٩٣٧ ، ١٩٤٥ ، ١٩٤٨ .

وفي ليبيا شكلت لجنة لتعديل قانون المرافعات وبدأت اللجنة عملها في ٩ صفر سنة ١٣٩٠ الموافق ١٦ إبريل سنة ١٩٧٠ .

الغاية من التعديل :

يشكل قانون المرافعات ضمانة أساسية لحماية حقوق الأفراد إذ يبث الطمأنينة في نفوس الناس ويحمل على الثقة في اقتضاء الحقوق إذ يرسم للمتقاضين اجراءات التداعي للحصول على الحق إذا جحد او للدفاع عنه إذا انتهك ويُفرغ هذه الإجراءات في قالب من الشكل فصحيفة الدعوى تتضمن بيانات معينة منها تاريخ الاعلان والشهر والسنة والساعة واسم المدعي والمدعى عليه وموضوع

الدعوى وذكر المحكمة وتاريخ الجلسة .

بيد ان الشكلية وان كانت أمراً لا مندوحة عنه في قانون المرافعات إلا ان الاغراق في الشكلية والإمعان في التمسك بها قد يؤدي إلى ضياع الحق ، كما ان الضمانات التي يوفرها القانون للمتقاضين من إفساح الأجل للمدعى عليه وتمكينه من إبداء أوجه الدفع والدفاع كثيراً ما اتخذت وسيلة للمطل والكيد وتعثرت الخصومات وعمت الشكوى من بطء القضاء .

وتبدو — في هذا المجال — أهمية تطوير قوانين المرافعات حتى تكون أداة سهلة للحصول على الحق ومن ثم وصفت بأنها مطية للحق فهي تعين على اقتضائه ولا تقف عثرة في سبيله . ولكن تحقق قوانين المرافعات غايتها فانها يجب أن تكون سهلة ناجزة تتسم بالتيسير والبعد عن التعقيد وذلك بالتقليل من دواعي البطلان والقصد في الإجراءات وحتى لا يطول أمد الخصومة وتبطىء النصفة فالعدل البطيء هو نوع من الظلم .

مصادر التعديل :

لا شك في أهمية القضاء كمصدر من مصادر التشريع وفي ضوء ما يقوم به القضاء من مهمة التفسير والإبداع يستمد التشريع مصدره ويصوغ منه أحكامه وقد حفلت أحكام القضاء بطائفة من القضايا أبرزت الحاجة إلى تعديل بعض النصوص ومن ذلك تردد المحاكم في تفسير نص المادة ٢٥ الخاصة بالقضاء المستعجل ، ونص المادة ٣٢٥ الخاصة بنظر موضوع الدعوى أمام محكمة الاستئناف وهل يكون شكل التقرير كتابياً أم شفوياً . وخير شاهد على ذلك حكم المحكمة العليا الذي قضت فيه بأنه وإن كان لم يرد نص صريح في القانون يسمح للمحاكم الجزئية المدنية باحالة ما قد يعرض لها من دعاوى — مما لاينعقد لها الاختصاص بنظرها نوعياً — الى المحاكم الابتدائية غير انه لا يوجد في القانون

ما يمنع تلك الاحالة[1] .

ولا يمكن اغفال التشريعات الاجنبية والتطور الذي اصابته وقد اقتبس قانون المرافعات المصري الجديد بعض أحكامه من قانون المرافعات الإيطالي . وكذلك الشأن بالنسبة للتشريعات العربية فإنه يمكن الإفادة منها ومحاولة توحيد المصطلحات القانونية وتحقيق التناسق بين نصوصها .

ويجيء بعد ذلك دور الشريعة الاسلامية واتخاذها مصدراً من مصادرالتشريع . ولا يستطيع باحث في القانون ان يغمط حق الشريعة فهي وقد صلحت مصدراً من مصادر القانون المدني يقتبس منها احكاماً كثيرة فإنه يمكن الاعتماد عليها في باب الدعوى وتكييف طبيعتها وشروط قبولها . واذا كان التشريع الحالي يجيز دعوى قطع النزاع فإن فقهاء الشريعة يرون أنها غير مقبولة لأن المدعى لا يجبر على اقامة دعواه وقد ساير قانون المرافعات العراقي هذا الاتجاه . كذلك عرفت الشريعة نظام القضاء المستعجل فنصت المادة ٦٥٦ من المجلة على أن المديون مؤجلاً لو أراد الذهاب الى ديار أخرى وراجع الدائن الحاكم وطلب كفيلاً يكون مجبوراً على إعطاء الكفيل وإلا قرر الحاكم منعه من السفر . كذلك تجد نظرية الدفوع مكاناً لها من الشريعة ومن ذلك الدفع بعدم سماع الدعوى .

التعديل الكلي والتعديل الجزئي :

يثور البحث عند تعديل القانون حول الابقاء على القانون القديم واستحداث تعديلات فيه أو الغائه برمته واحلال قانون آخر بدلاً منه .

والاتجاه الذي يُحبذ إلغاءالقانون القائم واستحداث قانون جديد لا يلقى التأييد من رجال التقنين ذلك أنه يحسن الإبقاء على الأحكام الكلية والأركان الأساسية

---

(١) المحكمة العليا في ١٢ فبراير سنة ١٩٦٦ مجموعة احكام المحكمة العليا الطعن رقم ١٢ لسنة ١١ قضائية .

في التشريع القائم الذي ألفه رجال القانون والقضاء وحتى لا تنقطع الصلة بين القانون القديم والحديث وما قد يؤدي اليه ذلك من اضطراب وبلبلة عند صدور قانون جديد منبث بالقانون القائم .

وقد استقر على ذلك رأي اللجنة التي شكلت لتعديل قانون المرافعات المصري الصادر في سنة ١٩٤٠ وعبرت عن ذلك بما يأتي :

« وقد قلّبت اللجنة وجوه الرأي في الخطة الاساسية التي يحسن ان تلتزمها في تنقيحه . وأول ما اعتبرت به في ذلك أن هذا القانون سليم في الكثير من أسسه وأنه قد صدر فيه قضاء كثير غزير المادة سديد التقدير دقيق الاستنباط ، وعقدت فيه فصول قيمة ألفها أفاضل من رجال القانون محصوا فيها نصوصه وجلوا غوامضها وحددوا مراميها ، وأن ذلك كله غدا من التراث الغالي الذي لا يصح التفريط فيه إلا اقتضاء لمصلحة بينة ، وأنه لهذا لا يكون بد من ان تتناسخ روحه في المشروع في الكثير من الأحكام . والثاني وجوب تنقية القانون مما عيب عليه وإكماله بما يسد وجوه النقص التي كشفت عنها التجارب .

على هذه الاسس اقامت اللجنة مشروع التنقيح فجاء في مجموعه صورة بادية فيها معالم ذلك القانون غير خافية فيها قسماته ولعل ابرز ما بين الصورتين من فوارق أن صورة المشروع أدق وأكمل ولوحته أوفى وأشمل » .

الأسس التي يقوم عليها التعديل :

تقتضي صناعة القانون النظر اليه من حيث الشكل وهو ما يسمى بالناحية الخارجية ومن حيث الناحية الداخلية فيه . اما الناحية الخارجية فهي تقوم على أساس ان يُعهد بتعديل القانون الى لجنة محدودة العدد منعاً لتشعب الآراء وتعددها ما دامت اللجنة تشتمل على العنصر الفني اي المشتغلين بالقانون فقهاً وعملاً وهم اساتذة القانون ورجال القضاء والمحاماة على ان تطرح اللجنة المشروع على دوائر القضاء لابداء الرأي فيه . اما الناحية الداخلية للمشروع فانها تتناول مسائل

٧

متعددة منها تبويب التقنين والتبويب ينبغي ان يكون منطقياً بحيث ينقسم الى ابواب وفصول وتجمع الموضوعات المرتبطة ببعضها كالمسائل العارضة في باب يتفرع الى فصول . كما يراعى التسلسل بين هذه الأبواب كذلك ينبغي ان يتجنب القانون التكرار الذي وقع فيه التقنين الحالي وأن يسد النقص في بعض الأحكام فيستكملها وان يستعاض عن بعض النصوص بنصوص اخرى توائم احوال البلاد وحاضرها وذلك مع توخي الدقة في العبارة فتصاغ النصوص صياغة سليمة محكمة لا لبس فيها تُبعد عن التشريع سقم عبارته .

ملاحظات على القانون :

تنقسم الملاحظات على قانون المرافعات الى ملاحظات من حيث الشكل وأخرى من حيث الموضوع .

أولا ــ ملاحظات من حيث الشكل

والملاحظات التي تتعلق بالشكل منها ما ترجع الى التبويب والترتيب ، ومنها ما يُرد الى الصياغة ، ومنها ما يعتبر خطأ مادياً ، ومنها ما نشيء عن خطأ في الترجمة .

١ ــ التبويب والترتيب :

باب تمهيدي ــ أحكام عامــة

تكلم المشرع في باب تمهيدي عن الأحكام العامة وتناول في هذا الباب مبدأ سريان قانون المرافعات من حيث الزمان ثم الاختصاص في الدعاوى عــلى الاجنبي ، كما تكلم عن شرط المصلحة باعتباره شرطاً لقبول الدعوى ، وأورد بعد ذلك الاحكام المتعلقة بإعلان أوراق المرافعات مبيناً شرط الإعلان وطريقه

ووقته ومحتويات الإعلان ومواعيد المرافعات والقواعد العامة في البطلان ، ثم تحدث عن نظام القضاء المستعجل .

ويلاحظ على هذا التبويب أن المشرع أدخل في الباب التمهيدي أحكاماً متفرقة لا تنتظمها رابطة فبالنسبة لنص المادة الثالثة الخاصة بالدعاوى التي ترفع على اجنبي فانه لا محل لورود هذا النص في الباب التمهيدي وموضعه الطبيعي في الباب الأول من الكتاب الأول والمتعلق بالاختصاص وهو ما يعرف بالاختصاص الدولي للمحاكم .

وبالنسبة لنص المادة ٢٥ جاء هذا النص تحت عنوان الأمور المستعجلة والوقتية ومجال هذا النص هو الفصل الثاني من الباب الأول عن الاختصاص النوعي لأن اختصاص القضاء المستعجل يرجع إلى نوع الدعوى بغض النظر عن قيمتها .

وفي خصوص المادة ٢٦ فقد أوجبت الاستعانة بمحام أمام محكمة الاستئناف والمحكمة العليا ما لم يكن موضوع الدعوى متعلقاً بالأحوال الشخصية فللخصوم ان يترافعوا دون الاستعانة بمحام إلا إذا كانت الدعوى أمام المحكمة العليا . ونرى ان مكان هذا النص هو الباب الثالث الخاص بحضور الخصوم وغيابهم .

الفصل الخامس – اوجه انتفاء الولاية وعدم الاختصاص

تناول القانون الأحكام المتعلقة بالدفوع في نصوص متفرقة فعرض للدفع بعم الاختصاص الوظيفي والنوعي والدفع بالإحالة وذلك في المواد ٧٥ ، ٧٦ ، ٧٧ ، ٧٨ من الفصل الخامس الخاص بأوجه انتفاء الولاية وعـــدم الاختصاص .

اما الدفع بالبطلان فتكلم عنه في الباب الثاني الخاص برفع الدعوى وقيدها ونص عليه في المادة ٩١ والدفع بعدم القبول جاء عرضاً عند الحديث عن الدفع بالبطلان .

وهكذا تبعثرت الدفوع في أبواب متفرقة فلم يعقد لها المشرع فصلاً خاصاً. كذلك أيضاً وردت بعض احكام متعلقة بالدفوع في المادة ١٢٦ التي أوجبت على الخصوم في الجلسة الأولى ان يبينوا وقائع وموضوع الدعوى وان يقدموا كل ما يتعلق بها من الطلبات والدفوع وما اختاروه من وسائل الاثبات. ويقتضي الترتيب أن تجمع الدفوع والأحكام المتعلقة بها في باب خاص.

الباب الخامس – الفصل الأول

في الاجراءات امام المحاكم الابتدائية

تعرضت المادة ١١٤ للطلبات العارضة من جانب المدعى ونصت الفقرة الثانية على انه يجوز للمحكمة الابتدائية لأسباب وجيهة ان تسمح للخصوم اثناء سير الدعوى بتقديم دفوع وطرق اثبات جديدة وأن يودعوا مستندات جديدة أو يعدلوا طلباتهم.

ويلاحظ على هذا النص أنه تناول الطلبات العارضة من جانب المدعى في باب الإجراءات امام المحاكم الابتدائية مع ان هذه الطلبات يصح أن تبدي امام المحاكم الابتدائية والجزئية. كذلك نص المشرع على الطلبات العارضة من المدعى عليه في المادة ٧٤ تحت اسم الطلبات المقابلة ويحسن أن تجمع الطلبات العارضة من المدعى سواء اكانت امام المحاكم الابتدائية والجزئية والطلبات العارضة من المدعى عليه في فصل خاص بها وهو ما يطلق عليه المسائل العارضة ويشمل الدفوع والطلبات العارضة والتدخل.

كذلك فان ما قررته المادة ١١٨ عن طبيعة الحكم بأنه يعتبر قرار المحكمة حكماً حين تقضي في الموضوع، أو حين تقبل دفعاً من الدفوع السابقة على الدخول في الموضوع، أو حين تقرر لأي سبب آخر عدم إمكان الفصل في الموضوع. هذا النص موضعه الطبيعي هو الباب العاشر الخاص بالأحكام ولا علاقة له بإجراءات الجلسات ونظامها.

٢ – عيب في الصياغة :

كانت صياغة بعض النصوص معيبة وشجر الخلاف بين المحاكم حول مجال تطبيقها وبدا ذلك واضحاً عند تطبيق نص المادة ٢٥ الخاص بالأمور المستعجلة.

أثار هذا النص خلافاً كبيراً بين المحاكم ومرد الخلاف يرجع الى صياغة النص التي أوقعت اللبس في تفسيره . وتنص المادة ٢٥ على ما يأتي :

يقوم رئيس المحكمة الابتدائية ومن يقوم مقامه بالنظر في الأمور المستعجلة والوقتية ، ويقوم بالنظر في هذه المسائل في المواد الجزئية كما في المحكمة الجزئية .

وذهبت بعض المحاكم – في تفسيرها لهذا النص – الى القول بأنه يوجد قضاء مستعجل ابتدائي وقضاء مستعجل جزئي وان نص المادة ٢٥ يجب ان يقرأ بالصيغة الآتية :

يقوم رئيس المحكمة الابتدائية ومن يقوم مقامه بالنظر في الامور المستعجلة والوقتية في المواد الابتدائية ، ويقوم بالنظر في هذه المسائل في المواد الجزئية قاضي المحكمة الجزئية .

وقد اخذت المحكمة العليا بهذا الرأي في حكم لها وذهبت في تفسير هذا النص إلى أنه يُخضع المواد المستعجلة للقاعدة العامة في الاختصاص النوعي فإذا كانت الدعوى المستعجلة تجاوز النصاب الجزئي أو كانت مجهولة القيمة يكون القضاء الابتدائي مختصاً بنظره[1] .

ويلاحظ ان هذا الاتجاه الذي ظهر في احكام المحكمة العليا لا يتفق مع ما ذهبت اليه من قبل في حكمها الصادر في ٢٢ يونيو سنة ١٩٥٨ والذي قضت فيه بأن قاضي الامـــور المستعجلة يختص بالفصل في جميع الطلبات التي لا

---

(١) حكم المحكمة العليا في ٢٨ مايو سنة ١٩٦٦ مجلة المحكمة العليا السنة الثانية العدد الثالث يوليو سنة ١٩٦٦ .

تحتمل الابطاء وتتأذى فيها المصلحةأشد الأذى في حالة التأخير ولو كانت تلك الطلبات غير مقدرة القيمة وطالما أنه لا يتعرض إلى أصل الحق . وواضح من هذا الحكم ان المحكمة العليا جعلت المناط في تحديد اختصاص القضاء المستعجل هو توفر حالة الاستعجال فحسب دون نظر الى قيمة النزاع مقدر القيمة اوغير مقدر [١] .

ونرى أن هذا النص في حاجة الى صياغة جديدة تحسم الخلاف بين قضاء المحاكم ، كما انه يحسن ان يخصص الشارع قاضياً للأمور المستعجلة ذلك ان نصوص قانون المرافعات خلت من النص على قاضي الامور المستعجلة وعبرت عن ذلك بقاضي الامور الوقتية ففي اشكالات التنفيذ نصت المادة ٣٩١ على انه يرفع ما يعرض في التنفيذ من اشكالات إلى القاضي المنتدب للأمور الوقتية اذا كان المطلوب اجراء وقتياً . ولم يذكر قانون المرافعات عبارة قاضي الأمور المستعجلة إلاّ في الفقرة الأخيرة من المادة ٦٠٤ الخاصة بإعلان حكم مرسى المزاد إذ قررت بأنه إذا كان في العقار منقولات تعلق بها حق لغير المحجوز عليه وجب على طالب التسليم ان يطلب من قاضي الأمور المستعجلة اتخاذ التدابير اللازمة للمحافظة على حقوق أصحاب الشأن .

ومن النصوص التي تثير صياغتها الجدل حولها نص المادة ١٤٠ التي قررت بأنه إذا لم يمكن إصدار القرار إلا في مواجهة أكثر من خصم واحد فيجب على هؤلاء أن يدخلوا طرفاً في الدعوى بصفتهم مدعين أو مدعى عليهم . وتعبير فيجب قد يؤدي تفسيره إلى اختلاف المعنى فمن هو المخاطب بعبارة الوجوب وهل تعني المادة ١٤٠ بذلك القاضي أم أن المخاطب بها هم أولئك الذين يجب أن يصدر القرار في مواجهتهم وبذلك يقع على هؤلاء عبء التدخل .

ونرى ان المخاطب بعبارة الوجوب هو القاضي وأنه يتعين على المحكمة أن تدخل طرفاً في الدعوى من يجب اختصامهم فيها مدعين او مدعى عليهم

---

(١) حكم المحكمة العليا في ٢٢ يونيو سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام المحكمة العليا الجزء الثاني صفحة ٤٥ .

حتى يصدر القرار في مواجهتهم .

وبذلك يكون هذا التدخل من صور التدخل الجبري بأمر المحكمة وهو ما رددده الشارع في المادة ١٤٤ مرافعات ونرى — في ضوء هذا التفسير — ان المادة ١٤٠ لا محل لها في التشريع ويُغنى عنها نص المادة ١٤٤ .

٣ ـ أخطاء مادية :

زل قلم المشرع فوقعت أخطاء مادية بحتة تقتضي التصحيح . فمن ذلك نص المادة ٣٢٤ في الاجراءات التمهيدية الخاصة بالاستئناف التي قررت ما يأتي :

تحاول — اي المحكمة — التوفيق بين الخصوم وتأمر عند الإقتضاء بحضورهم شخصياً ويجوز التظلم من الأوامر المذكورة بهذه الفقرة بالكيفية المنصوص عليها في المادة ١٢٥ . والصحيح أن المادة التي يعينها المشرع هي المادة ١٢٠ التي تكلمت عن وقت اصدار الامر وتعديله اما المادة ١٢٥ فهي خاصة بإيداع صحيفة الدعوى وقيد الكاتب القضية ولا علاقة لها بالحكم الوارد في المادة ٣٢٤ . وثمة خطأ مادي آخر اذ نصت المادة ٤٥٠ على انه اذا لم يطلب الدائن المباشر للاجراءات البيع في التاريخ المحدد في محضر الحجز جاز للحاجزين الآخرين أن يطلبوا طبقاً للمادة ٤٣٠ اجراء البيع . والنص الواجب التطبيق هو المادة ٤٣١ .

كما وقع خطأ مادي في نص المادة ٥٣١ تحت عنوان تصرف المدين أو الحاجز وكلمة الحاجز يراد بها الحائز . وكذلك ايضاً بالنسبة لنص المادة ٧٦٧ الخاصة باستئناف أحكام المحكمين اذ نصت الفقرة الأولى على أنه يجوز استئناف أحكام المحكمين بعد التصديق عليها حسب المادة ٦٧٣ والصحيح هو المادة ٧٦٣ وليس المادة ٦٧٣ .

٤ ـ خطأ في الترجمة :

أدى اقتباس نص المادة ٧١ من قانون المرافعات الإيطالي إلى خطأ في ترجمة كلمة Le cause أي الدعاوى إذ ترجمت إلى دعوى وقد أدى هذا الخطأ إلى تغيير الحكم الذي استهدفه التشريع .

ثانياً ـ ملاحظات من حيث الموضوع

يمكن ان تنحصر هذه الملاحظات في الانواع الآتية :

١ ـ نصوص بينها تعارض :

ا ـ نصت المادة ٧٠ على انه يجوز رفع دعوى الضمان إلى القاضي المختص بالدعوى الأصلية للفصل فيها في الحكم نفسه ولو تجاوزت اختصاصه من حيث القيمة .

وطبقاً لهذا النص يجوز أن ترفع دعوى الضمان الفرعية أمام محكمة الدعوى الأصلية ولو كانت محكمة الدعوى الأصلية لاتختص بنظر دعوى الضمان الفرعية من حيث القيمة .

ومؤدى هذا النص ان تختص المحكمة الجزئية بنظر دعوى الضمان الفرعية التي تجاوز قيمتها نصاب المحكمة الجزئية.

ونلاحظ على هذا النص أنه ينتهي الى نتيجة تتعارض مع نص المادة ٤٨ من قانون المرافعات والتي وضعت قاعدة عامة مؤداها ان المحكمة الجزئية لا تختص بالحكم في طلب الضمان ولا في سائر الطلبات العارضة على الدعوى الأصلية إذا كانت قيمة هذه الطلبات متجاوزة نصاب اختصاصها .

ولا يجدي في الرد على ذلك القول بأن المشرع وضع قاعدة عامة في المادة

٤٨ ثم أورد خروجاً عنها في المادة ٧٠ ذلك لأن الفقرة الثانية من المادة ٤٨ سلبت المحاكم الجزئية اختصاصها بنظر دعوى الضمان الفرعية التي تتجاوز قيمتها نصاب المحكمة الجزئية إذ جعلت المحكمة الجزئيةبالخيرة بين ان تفصل في الدعوى الأصلية على حدة اذا لم يترتب على ذلك ضرر بسير العدالة او أن تحكم من تلقاء نفسها بإحالة الدعوى برمتها أصلاً وطلباً عارضاً الى المحكمة الابتدائية .

ونخلص من ذلك الى ان نص المادة ٧٠ في خصوص دعوى الضمان يتعارض ونص المادة ٤٨ مرافعات ومرد ذلك أن المشرع نقل المادة ٤٨ من قانون المرافعات المصري والمادة ٧٠ من قانون المرافعات الإيطالي دون تنسيق بينهما فوقع التضارب بين النصين .

ب ــ نصت الفقرة الثانية من المادة ١٢٥ على قيام الكاتب بقيد الدعوى في الجدول وانشاء ملف لها . وبذلك جعلت القيد اجراء يقع على عاتق الكاتب ويتضح هذا المعنى مما أوردته الفقرة الأولى والتي أوجبت على الخصوم ايداع قلم الكتاب صحيفة اعلان الدعوى قبل موعد الجلسة وغدا دور المدعى مقصوراً على ذلك وتحمل قلم الكتاب عبء قيد الدعوى وقد أخذ قانون المرافعات المصري الجديد بهذا الحكم في المادة ٦٧ التي نصت على ان يقيد قلم الكتاب الدعوى في يوم تقديم الصحيفة وقالت المذكرة الإيضاحية لهذا النص إن المشرع قد أوجب في المادة ٦٧ منه على قلم الكتاب أن يقيد الدعوى في يوم تقديم الصحيفة .

غير ان المادة ٨٥ من قانون المرافعات اوردت حكماً آخر إذ قررت بأن على المدعى بعد تسلمه اصل الصحيفة المعلنة أن يقدمه لقيد الدعوى بالجدول في اليوم السابق لتاريخ الجلسة المحددة لنظرها على الأكثر وبذلك فإن القيد إجراء يقع على عاتق المدعى وليس واجباً على قلم الكتاب اذ لا يلتزم بقيد الدعوى من تلقاء نفسه وإنما يقوم بهذا الإجراء بناء على رغبة المدعى .

ويبدو بذلك التعارض بين نص المادتين ٨٥ ، ١٢٥ /٢ .

جـ ـ قررت المادة ١٢٦ حكماً يتعلق بإبداء الدفوع اذ رتبت جزاء على عدم تقديمها في الجلسة الأولى هو سقوط الحق في ذلك ما لم ير القاضي تأجيل الدعوى لموعد قصير .

ويفهم من هذا النص ان عدم ابداء الدفوع في الجلسة الاولى يترتب عليه سقوط الحق فيها ولا يستقيم هذا الحكم مع ما قررته المادة ٧٥ والمادة ٧٦ /١ والتي جعلت الاختصاص في الاحوال التي نصت عليها من النظام العام وينشأ عن ذلك حق للخصم في التمسك بعدم الاختصاص في اية حالة كانت عليها الدعوى ولا يسقط هذا الحق بعدم ابدائه في الجلسة الأولى .

٢ ـ نصوص تقتضي الحذف :

تتنوع هذه النصوص فمنها ما ورد في قانون آخر ، ومنها ما تردد حكمه في موضع آخر في قانون المرافعات ، ومنها نصوص لا محل لها في القانون ونفصل ذلك فيما يلي :

ا ـ نصوص وردت في قوانين أخرى

لمّا صدر قانون المرافعات وردت فيه أحكام متعلقة بمسائل الاحوال الشخصية والوقف ثم صدر مرسوم بقانون اجراءات المحاكم الشرعية في ١٥ نوفمبر سنة ١٩٥٨ نظم اجراءات التداعي والطعن في الاحكام الصادرة من هذه المحاكم كما تناول بالتحديد اختصاص هذه المحاكم ، وبذلك لم يعد ثمة مبرر للإبقاء على النصوص الواردة في قانون المرافعات اذ ورد ما يقابلها في المرسوم بقانون إجراءات المحاكم الشرعية .

وهذه النصوص هي ٤٦ ، ٤٧ ، ٦١ ، ٦٥ ويتعين لذلك حذفها .

ب – نصوص تردد حكمها في موضع آخر من القانون .

نصت المادة ١١٥ وهي بصدد تقرير حق المحكمة في طلب البينة على ان للمحكمة ان تأمر بالخبرة الفنية وفحص الأشخاص ومعاينة المحلات . وما قررته المادة ١١٥ بخصوص حق المحكمة في الأمر بالخبرة تكفلت به المادة ٢٠١ من قانون المرافعات التي نصت على ان للمحكمة ان تأمر من تلقاء نفسها عند انتفاء الاثبات الفني بتعيين خبير او ثلاثة خبراء .

كذلك فإن ما قررته المادة ١١٥ بالنسبة لحق المحكمة في المعاينة فقد رددته المادة ١٧٥ اذ جاء فيها إن للمحكمة من تلقاء نفسها او بناء على طلب أحد الخصوم ان تقرر الانتقال لمعاينة المتنازع فيه .

وفي بيان الاسباب المعدلة للاختصاص نصت الفقرة الثانية من المادة ٧١ على أنه إذا رفعت الدعاوى الى عدة محاكم جاز الأمر بضمها ونظرها امام المحكمة التي رفعت اليها أول دعوى ، ثم جاء المشرع بحكم مماثل في الفقرة الأولى من المادة ٧٨ والخاصة بارتباط الدعاوى اذ قررت في نهايتها « أما في حالات الارتباط الأخرى فتحال الدعوى إلى المحكمة التي رفعت اليها أول دعوى .

ويتضح من هذين النصين أنهما يتناولان حكماً واحداً وهو ضم الدعاوى التي رفعت أخيراً واحالتها إلى المحكمة التي رفعت اليها اول دعوى .

٣ – نصوص لا محل لها في قانون المرافعات :

ا – تناول قانون المرافعات في الباب السابع الاحكام المتعلقة بإجراءات الاثبات اما القواعد الموضوعية للاثبات فقد وردت في القانون المدني . غير أن هذه التفرقة بين ادلة الاثبات واجراءاتها استهدفت للنقد اذ يحسن ان ينتظمها قانون واحد إتقاء لتبعيض الاحكام التي تتناول الاثبات موضوعاً وإجراء . وبهذا النظر أخذ قانون اصول المحاكمات السوري اذ جعل للاثبات قانوناً خاصاً

أسماه قانون البينات . وصدر في مصر قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ وألغى نصوص الاثبات الواردة في القانون المدني وقانون المرافعات .

ويحسن ان يتجه التشريع في ليبيا إلى جمع قواعد الاثبات واجراءاته في قانون مستقل وبذلك يحذف الباب السابع الخاص باجراءات الاثبات من قانون المرافعات .

ب ــ نص القانون في الباب الثالث من الكتاب الثالث على الاحكام الخاصة بالتنصل من أعمال الوكيل بالخصومة وذلك في المادة ٧٣١ وما بعدها .

ونظام التنصل أخذ به قانون المرافعات المصري الملغى نقلاً عن القانون الفرنسي ويستهدف التوقي مما قد يقع من الوكيل في الخصومة من تجاوز لحدود وكالته وقيل في تبرير هذا النظام إن المداعاة كثيرة وتزداد باطراد ولا تقف عند حد وستكون نتيجة هذا كله حتماً أن يقع من الأمور ما يقتضي استخدام هذا النظام .

غير ان التنصل له ما يبرره في التشريع الفرنسي إذ يوجد نظام وكلاء الدعاوى ومقتضاه أن وكيل الدعاوى يباشر بتوكيل عام إجراءات التقاضي جميعها فيما عدا المرافعة فهي التي يتولاها المحامي دونه وفي اجراءات التقاضي أمور لا بد لمباشرتها من إذن خاص ويفترض القانون في فرنسا قيام هذا الاذن أخذا بالقرينة المستمدة من التوكيل العام في التقاضي ولا يستطيع صاحب الدعوى ان يسقط هذه القرينة إلا بالالتجاء إلى دعوى التنصل . ولما كان نظام وكلاء الدعاوى غير قائم في مصر اذ يتولى المحامي إجراءات الدعوى والمرافعة فيها وكانت التوكيلات من السعة والشمول فينص فيها على كل ما تدعواليه اجراءات التقاضي لذلك عمد قانون المرافعات المصري الجديد الصادر في سنة ١٩٦٨ إلى الغاء احكام التنصل اكتفاء بما ترتبه القواعد العامة من جزاء على الاخلال

بالالتزام التعاقدي وهي البطلان والتضمينات .

ولعل هذه الاعتبارات بعينها هي التي تحدو بالمشرع الليبي الى الاخذ بما استقر عليه التشريع المصري في هذا الصدد .

٤ – نصوص في حاجة إلى تحديد :

ورد في قانون المرافعات بعض نصوص تحتاج إلى تحديد ومن ذلك الطلبات العارضة من جانب المدعى فإن ما ورد بشأنها في المادة ١١٤ لا يشفي الغليل وموضوع الطلبات العارضة كثر فيه الجدل في الفقه والقضاء وآثرت التشريعات المختلفة ان تضع له تحديداً واضح المعالم وكما عبرت عن ذلك المذكرة الايضاحية لقانون المرافعات المصري الملغى بأن المشرع تشدد في اخذ المدعى بواجب ان يبين في صحيفة الدعوى موضوع دعواه واسانيدها بياناً وافياً وعلة هذا التشدد ان هذا البيان يحدد دعوى المدعى تحديداً ان لم يكن نهائياً فهو تحديد ثابت لخطوط الدعوى الرئيسية . غير ان ثبات معالم الدعوى ثباتاً نسبياً لا يمنعها من الانكماش والاتساع والتطور بحسب ما تمليه ظروف المتقاضين ومصلحة التقاضي ولا يسمح بأن تصبح الخصومة صراعاً مائعاً يطول أجله ولا يسهل فضه . على ان التسليم بنسبية هذا الثبات فيه تسليم بقدر من التغيير وينبغي ألا يحرم المدعى من فرصة تصحيح طلباته بما يتفق مع مستنداته ووسائل اثباته أو تعديلها بما أسفر عنه التحقيق أو مع ما آلت اليه العلاقة القانونية التي تستند اليها الدعوى ومن تعديل موضوع الدعوى من جهة مقداره او حدوده او بدايته او نهايته ومن أن ينزل به الى طلب أقل يدخل ضمن الطلب الأصلي أو يعتبر من عناصره ومن ان يرتفع به إلى طلب اكبر يدخل ضمن الطلب الأصلي او يعتبر من عناصره متى كان الطلبان مستندين الى نفس السبب بين الخصوم أنفسهم .

ويلاحظ أن المادة ١١٤ لم تحدد المراد بالطلبات العارضة من المدعى اذ نصت على انه يجوز للمحكمة الابتدائية لاسباب وجيهة ان تسمح للخصوم اثناء سير الدعوى بتقديم دفوع وطرق اثبات جديدة أو أن يودعوا مستندات جديدة أو يعدلوا طلباتهم . وحري بالشارع وهو بصدد تعديل القانون أن يضع تحديداً واضحاً لحق المدعى في ابداء طلبات عارضة .

وقد اخذت التشريعات العربية بتحديد طلبات المدعى العارضة فمن ذلك نص المادة ١٢٤ من قانون المرافعات المصري الجديد ونص المادة ١٥٩ من قانون اصول المحاكمات السوري والمادة ٦٢ من قانون المرافعات العراقي .

ومن النصوص التي تقتضي التحديد نص المادة ١١٥ والتي قررت حق المحكمة في فحص الأشخاص . وهذا الحكم الذي أتى به المشرع يحتاج إلى تحديد اذ يلزم ان يكون هذا الاجراء امراً لا غنى عنه لتحديد الوقائع المطروحة على المحكمة وان لا يترتب على اجراء الفحص الحاق ضرر بالشخص أو يؤدي إلى إفشاء الأسرار التي حظر القانون الجنائي انتهاكها . ويلاحظ أن المادة ١١٨ من قانون المرافعات الايطالي التي أخذت عنها المادة ١١٥ وضعت هذه القيود على حق المحكمة في فحص الاشخاص .

٥ ـ نصوص يشوبها قصور :

توجد بعض النصوص تقصر عن استيعاب أمور تقتضي أن يشملها النص ويمكن بيان هذه الحالات فيما يلي :

ا ـ حساب مواعيد المرافعات

نصت المادة ١٦ من قانون المرافعات على حساب المواعيد اذا كانت بالأيام او بالشهور او بالسنين . غير ان النص لم يتناول كيفية احتساب الميعاد اذا كان مقدراً بالساعات .

ب ـ غياب المدعي :

نصت المادة ١٠٢ على انه اذا لم يحضر المدعى في الجلسة الأولى قررت المحكمة اعتباره متغيباً في الدعوى اذا طلب منها المدعى عليه ذلك وإلا قررت شطبها من الجدول .

وطبقاً لنص المادة ١٠٢ فان الشطب يكون في حالة غياب المدعى وعدم ابداء المدعى عليه لطلب اعتبار المدعى متغيباً أي أنه يتصور القضاء به في حالة حضور المدعى عليه اذا سلك مسلكاً سلبياً بأن حضر وسكت عن إبداء الطلبات.

ونرى ان نص المادة ١٠٢ معيب من عدة أوجه ذلك أنه جعل الحكم بالشطب مقصوراً على الجلسة الاولى اذا تغيب المدعى ولم يطلب المدعى عليه الحكم باعتباره متغيباً . ويبدو بذلك قصور النص عن مواجهة حالة تعرض لها الدعوى اثناء سيرها وهي غياب المدعى والمدعى عليه معاً يستوي ان يكون ذلك في الجلسة الأولى أو غيرها من الجلسات . طبقاً لنص المادة ١٠٢ لا تستطيع المحكمة الحكم بالشطب لأنه ممنوع عليها إذ أن الشطب لا يكون إلا في الجلسة الأولى وقد يتعذر على المحكمة الفصل في موضوع الدعوى سواء بالقبول أو بالرفض لأنها ليست مهيأة للحكم .

ونعتقد أن نص المادة ١٠٢ في حاجة الى تعديل يواجه به الشارع قصور النص الذي جعل الشطب في الجلسة الأولى ويكون من شأن هذا التعديل أن يجعل الشطب مبنياً على اساس تغيب الطرفين عن شهود الجلسة اياً كانت هذه الجلسة وبدون تخصيص .

حـ ـ نصوص الاستئناف

نصت المادة ٣٠٦ على انه يجوز استئناف الاحكام الابتدائية ما لم يمنع من ذلك القانون او اتفاق الخصوم . ويلاحظ ان نصوص التشريع لم تتناول

استئناف الاحكام الصادرة في المواد المستعجلة وهل يجوز استئنافها ام لا . كذلك أيضاً لم يتعرض المشرع لاستئناف الأحكام الصادرة بصفة انتهائية من محاكم الدرجة الأولى بسبب وقوع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم .

كذلك أيضاً بالنسبة لنص المادة ٣٠٨ الخاصة بتقدير قيمة الدعوى فيما يتعلق بنصاب الاستئناف اذا لم تتناول العرض الفعلي وهل يستنزل من قيمة الدعوى ما يعرضه المدين على الدائن عرضاً فعلياً قبل صدور الحكم في الدعوى . كما خلت نصوص الاستئناف من تحديد قيمة الدعوى بالنسبة للأحكام الصادرة قبل الفصل في موضوع الدعوى والاحكام الصادرة في مسائل الاختصاص والإحالة الى محكمة أخرى .

د ــ دعوى الاسترداد

قررت المادة ٤٥٣ حق الحاجز في المضي في التنفيذ اذا لم تقيد الدعوى أو إذا حكمت المحكمة بشطبها أو اذا اعتبرت الدعوى كأن لم تكن أو حكم باعتبارها كذلك كما يحق له أن يمضي في التنفيذ اذا حكم في الدعوى بعدم الاختصاص أو بعدم قبولها أو ببطلان صحيفتها أو بسقوط الخصومة فيها أو بقبول تركها ولو كان هذا الحكم قابلاً للاستئناف .

ويلاحظ على هذا النص أنه قصر عن بيان حالة الحكم برفض دعوى الاسترداد مع انها أولى بالنفاذ المعجل بقوة القانون مما ذكرته المادة من حالات .

٥ ــ نصوص فيها تزيد :

١ ــ نصت المادة ٣٨٣ في خصوص التظلم من خطأ الحكمة في وصف النفاذ وذلك إذا أمرت بالإعفاء من الكفالة مع وجوبها أي أن الكفالة أولاً كانت واجبة على المحكوم له وأمرت المحكمة بإعفائه من ذلك .

ويلاحظ ان نصوص القانون في النفاذ المعجل قد خلت من إلزام المحكوم له بتقديم الكفالة فكيف يتسنى الإعفاء من شيء غير واجب . ومرد ذلك ان المشرع إقتبس هذه المادة من قانون المرافعات المصري الملغى الا انه اسقط القاعدة العامة التي اخذ بها التشريع المصري في هذا الشأن والتي جعلت الكفالة واجبة في المواد التجارية ومن ثم يعتبر خطأ الاعفاء منها . اما التشريع الليبي فإنه لم يورد حكماً مماثلاً يجعل تقديم الكفالة واجباً في المواد التجارية .

ونرى ان الفقرة الاخيرة من المادة ٣٨٠ فيها تزيد لا موجب له .

ب – نصت المادة ٤٥٣ على حق الحاجز في المضي في التنفيذ في الحالات المنصوص عنها ومن بينها الحكم باعتبار الدعوى كأن لم تكن ولا توجد هذه الحالة في نصوص قانون المرافعات الليبي وهو تزيد في النص لا مقتضى له .

٦ – نصوص في حاجة إلى تطوير :

ا – نصوص البطلان

تعددت المذاهب في البطلان ويأخذ التشريع الحالي بقاعدة لا بطلان بغير نص وبأنه يقضي بالبطلان إذا شاب الإجراء عيب جوهري ترتب عليه ضرر للخصم . وقد اتجهت التشريعات الحديثة إلى عدم الحكم بالبطلان رغم النص عليه اذا ثبت تحقق الغاية من الاجراء . واخذ قانون المرافعات المصري الجديد بهذا الاتجاه ونص عليه في المادة ٢٠ وذلك تمشياً مع ما سار عليه التشريع الايطالي.

وتقليلاً لحالات البطلان تجيز التشريعات الحديثة تصحيح الإجراء الباطل وذلك بتكملة البيان او الشكل او العنصر المعيب بشرط أن يتم ذلك في الميعاد المقرر قانوناً لاتخاذه ويفتقر التشريع الليبي الى هذا الحكم .

ب ــ نصوص الدفوع

تحتاج الدفوع في مشروع القانون إلى لم شتاتها والعمل على تنسيق أحكامها فالدفع بعدم القبول اشار اليه القانون عرضاً في المادة ٩١ دون بيان . كذلك فان الدفع ببطلان ورقة التكليف بالحضور وتعدد درجات البطلان الذي يشوب الصحيفة من بطلان ينطوي على جهالة فاحشة في المادة ٨٨ /١ ، وبطلان يجوز الحكم به في الحالة ٨٨ /٢ ، ثم بطلان يزول بالحضور في المادة ٩٠ . وخليق بالشارع ان يكتفي بالنص على الحالات التي يزول فيها البطلان بالحضور . كما ينبغي تقرير حق المحكمة في تأجيل القضية واعادة اعلان المدعى عليه اذا تغيب عن الجلسة وتبين لها بطلان اعلان الصحيفة .

كما ان نصوص الدفع بعدم الاختصاص النوعي تحتاج إلى تطوير ذلك ان المشرع نص في المادة ٧٦ على انه إذا رفع الى المحكمة ما ليس من اختصاصها النوعي من حيث الموضوع قررت من تلقاء نفسها عدم اختصاصها في أية حال وأية درجة كانت فيها الدعوى .

كما تقرر محكمة الدرجة الأولى من تلقاء نفسها عدم اختصاصها من حيث القيمة في اي وقت اثناء نظر الدعوى .

ومفاد ذلك ان الدفع بعدم الاختصاص النوعي المتعلق بقيمة الدعوى يعتبر من النظام العام امام محكمة الدرجة الاولى وتقضي به المحكمة من تلقاء نفسها ولا يعتبر هذا الدفع من النظام العام أمام محكمة الدرجة الثانية اذ لا تملك الحكم به من تلقاء نفسها .

ونرى انه لا يجوز ان يعتبر الاختصاص القيمي من النظام العام أمام محكمة الدرجة الأولى ولا يعتبر كذلك أمام محكمة الدرجة الثانية . واذا كان المشرع لا يعتبر الاختصاص القيمي من النظام العام فان مؤدى ذلك ان القاضي لا يملك من

تلقاء نفسه الاعتداد بقواعد تقدير قيمة الدعوى التي وردت في التشريع ولا يملك المدعى عليه المنازعة في قيمة الدعوى ليصل الى التمسك بعدم اختصاص المحكمة الا قبل الخوض في الموضوع وان كان يملك المنازعة في القيمة لتقدير نصاب الاستئناف وما اذا كان الحكم يقبل الاستئناف او لا يقبل ويكون ذلك في أية حالة تكون عليها الإجراءات لأن قبول الاستئناف أو عدم قبوله هو أمر يتصل بالنظام العام .

وقد اصدرت المحكمة العليا حكماً قضت فيه بأن الطاعنين دفعوا امـام محكمة الدرجة الثانية بعدم اختصاص المحكمة في المنازعة المتعلقة بالملكية فكان يتعين على هذه المحكمة ان تحقق قيمة العقارات المتنازع عليها بالطرق المنصوص عليها قانوناً لتستبين مدى اختصاص المحكمة الجزئية بالفصل في هذا النزاع وما اذا كان يجب عليها ان توقف دعوى القسمة لحين الفصل في موضـوع الملكية بحكم نهائي خاصة وقد ثبت من تقرير الخبير الذي قدم إلى المحكمة الجزئية أن قيمة العقارات حوالي المائة والخمسين جنيهاً . وانتهت المحكمة العليا من ذلك إلى القول بأن الدفع بعدم الاختصاص النوعي والمتعلق بقيمة الدعوى هو من المسائل المتعلقة بالنظام العام والتي يتعين على المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها سواء دفع بذلك الخصوم أو لم يدفعوا كما يجوز التمسك بهذا الدفع في اية حالة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة امام محكمة الاستئناف أو محكمة النقض[1] .

جـ – رفع الاستئناف

نص قانون المرافعات على طريقة رفع الاستئناف في المادتين ٣١٤ ، ٣١٥ اذ قررت المادة ٣١٤ على رفع الاستئناف بتكليف بالحضور تراعى فيه الأوضاع

(١) حكم المحكمة العليا في ٢٧ يونيو سنة ١٩٦٠ مجموعة احكام المحكمة العليا الجزء الثاني صفحة ١١٣ .

المقررة لصحيفة افتتاح الدعوى اما المادة ٣١٥ فقد نصت على رفع الاستئناف بتقرير شفوي في قلم كتاب المحكمة التي اصدرت الحكم المطعون فيه وقد أثار نص المادة ٣١٥ خلافاً في قضاء المحاكم ونرى ازاء الاتجاه الى تعديل القانون ان يوحد طريق الاستئناف وان توضع النصوص الكفيلة برفع اللبس الذي وقعت فيه بعض الاحكام .

وبالنسبة لشكل التقرير الذي يقدم في جلسة الاستئناف والذي قررته المادة ٣٢٥ وهل هو كتابي أم شفوي فقد ترددت فيه الأحكام حتى ان المحكمة العليا ذهبت في حكم لها الى ان التقرير يتعين ان يكون مكتوباً ويتم تقديمه بتلاوته في الجلسة ويترتب البطلان على عدم تقديم هذا التقرير (١) .

غير ان المحكمة العليا عدلت عن هذا الرأي واكتفت بأن يكون التقرير شفوياً اذ لا لزوم لوضع تقرير مكتوب وتلاوته بالجلسة قبل السماح للطرفين بالمرافعة وانتهت الى انه يكفي في التقرير ان يكون شفوياً (٢) . وما لبثت المحكمة العليا بعد ذلك ان اصدرت حكماً آخر قالت فيه إنه يتعين على القاضي أو المستشار الذي قام بتحضير الدعوى ان يقدم تقريراً عنها أمام الهيئة التي تصدر الحكم ويكون تقديم التقرير بايداعه ملف الدعوى او تلاوته في الجلسة (٣) .

ولعل هذا التردد الذي صاحب قضاء المحكمة العليا كفيل بأن ينبه إلى ضرورة معالجة هذا الموضوع وغيره من المسائل التي أكدت الضرورات العملية وجوبها .

د ـ التنفيذ المؤقت

قسم القانون النفاذ المعجل في المواد ٣٧٩ وما بعدها الى نفاذ بقوة القانون ،

---

(١) حكم المحكمة العليا في ٢١ فبراير سنة ١٩٥٩ الطعن رقم ٣ لسنة ٤ قضائية .
(٢) حكم المحكمة العليا في ٢١ إبريل سنة ١٩٦٢ مجموعة احكام المحكمة العليا الجزء الثاني صفحة ٣٥٧.
(٣) حكم المحكمة العليا في ٢٥ يناير سنة ١٩٦٩ السنة الخامسة العدد الثالث صفحة ١٩.

ونفاذ واجب على المحكمة بغير كفالة ، ونفاذ واجب على المحكمة والكفالة فيه جائزة ، ونفاذ معجل بكفالة او بغير كفالة .

ويتسم هذا النظام بالتعقيد كما انه يقيد من سلطة القاضي وينبغي تحقيقاً للمرونة واطلاقاً لسلطة القاضي ان يخول للمحكمة سلطة الامر بالنفاذ المعجل جوازاً وذلك مع الاحتفاظ بحالات النفاذ المعجل بقوة القانون .

هـ – الأشكال للمرة الثانية

نصت المادة ٣٩٢ من قانون المرافعات على انه اذا عُرض عند التنفيذ إشكال وطلب رفعه إلى قاضي الأمور الوقتية فللمحضر ان يوقف التنفيذ أو ان يمضي فيه على سبيل الاحتياط . وفي جميع الأحوال لا يجوز للمحضر أن يتم التنفيذ قبل ان يصدر القاضي حكمه .

ويلاحظ ان الأثر الذي يترتب على رفع الإشكال هو وقف تنفيذ الحكم وتجنباً لما يعمد اليه الخصوم من استغلال هذا الاثر بغية عرقلة التنفيذ ورفع الاشكال للمرة الثانية وهكذا فإنه يحسن إضافة حكم الى المادة ٣٩٢ يجعل رفع اشكال آخر عديم الاثر فلا يتحقق به وقف اجراءات التنفيذ .

وبعد هذه بعض الملاحظات التي تعينت لي على قانون المرافعات الليبي وهي لا تستهدف غير القاء الضوء على بعض جوانب هذا القانون آثرت ان يتاح لها النشر في الوقت الذي بدأت فيه وزارة العدل القيام بمهمتها في تنقيح القانون وتطويره .

القانون الدولي الخاص

١

سحب الجنسية الليبية

تعليق على حكم المحكمة العليا الليبية في
القضية رقم ١/١٥ ق الصادر في ٣١ يناير ١٩٧١
مجلة المحكمة العليا السنة السابعة ، العدد الثالث ، ص ٢٧

للدكتور محمد عبد الخالق عمر
أستاذ مساعد بكلية الحقوق بالجامعة الليبية

أولاً ــ حكم المحكمة

الوقائع

تتحصل الوقائع في أن النيابة العامة اتهمت الطاعن في عدة تهم منها ما يعتبر جناية وذلك انه في الفترة ما بين ١ ــ ٧ ــ ١٩٦٧ وبين تاريخ القبض عليه بدائرة مركز البوليس الغربي بمحافظة طرابلس :

١ ــ قام باعداد منشورات ترمي الى منع الحكومة من مباشرة سلطاتها بان دعا الجماهير الى الاضراب والتظاهر لارغام الحكومة على اتخاذ قرارات تمنعها من مزاولة سلطاتها القانونية .
٢ ــ حرض غيره علانية على الاضراب بان خطب بمقر نقابة عمال ومستخدمي البترول .
٣ ــ اهان علانية حكومة الملك .
٤ ــ ترأس اجتماعاً عاماً في مقر النقابة ممنوع اقامته قانوناً .

وطالبت بمعاقبته بالمواد التي رأت انطباقها على تلك الاعمال وقدمته الى غرفة الاتهام مع آخرين فاحيلوا الى محكمة جنايات طرابلس .

وبتاريخ ٧ – ٨ – ٦٧ قضت محكمة الجنايات ببراءته من التهم المنصوص عليها بالمادة ٣٠١ عقوبات وبمعاقبته عن باقي التهم بالسجن اربع سنوات .

وبتاريخ ١٥–٨–٦٧ اي بعد نحو اسبوع من صدور الحكم صدر مرسوم ملكي بسحب الجنسية الليبية من الطاعن استناداً على المادة ١٠ من قانون الجنسية وذلك للحكم عليه في الجناية ٣٩١ سنة ٦٧ ونص في المرسوم على ان يعمل به من تاريخ صدوره وهذا هو القرار الاداري المطعون فيه .

الاجراءات : صدر المرسوم المطعون فيه في ١٥–٨–٦٧ ونشر بجريدة طرابلس الغرب بالعدد ٧٢٦٣ يوم الخميس ١٧ من اغسطس ٦٧ وبتاريخ ١٢–١٠–٦٧ اودعت صحيفة الطعن قلم التسجيل بالمحكمة العليا موقعاً عليها من محام مقبول امامها وأودع معها سند الوكالة وحافظة مستندات ، ثم اعلنت صحيفة الطعن في الميعاد كما قدمت ادارة قضايا الحكومة دفاع المطعون ضدهما شفعتها بحافظة مستندات في١١–١١–١٩٦٧ .

اسباب الطعن : اقام الطاعن طعنه على سببين اولهما – مخالفة القرار الاداري للقانون والخطأ في تطبيقه وذلك ان سحب الجنسية استناداً للفقرة الاولى من المادة ١٠ من قانون الجنسية لا يكون الا اذا كان المراد سحب جنسيته غير ليبي الاصل أما والطاعن ليبي الاصل من اب ليبي مولود في ليبيا فيكون المرسوم قد صدر مخالفاً للقانون . على ان المادة ١٠ تشترط لسحب الجنسية ثلاث شروط **اولها** ان يكون الشخص غير ليبي الاصل وهذا الشرط منتف بدلالة مستنداته التي قدمها ولم تنكرها الحكومة والدالة على ان والده ولد في ليبيا وكذلك اجداده وكانوا مقيمين في ليبيا **ثانيهما** ان تتوافر في حقه احدى الحالات الواردة على سبيل الحصر في الفقرة الاولى من تلك المادة ومنها الحكم على الشخص بعقوبة جناية مخلة بالشرف والجناية التي عوقب من اجلها غير مخلة بالشرف .

والسبب الثاني : ان الحكم فيها غير نهائي لأن المرسوم صدر بسحب الجنسية بعد اسبوع من صدور الحكم في الجناية ودون انتظار لفوات مواعيد الطعن بالنقض . هذا وقد طعن في حكم الجناية بالنقض فعلاً وانتهى الطاعن الى طلب قبول الطعن شكلاً وفي الموضوع بالغاء المرسوم الملكي الصادر بسحب جنسيته وكافة الآثار المترتبة عليه مع حفظ الحقوق

الاخرى وردت ادارة قضايا الحكومة على اسباب الطعن بانه وان كان والد المدعي مولوداً في ليبيا الا ان المدعي نفسه غير مولود فيها وكان متجنساً بالجنسية الفلسطينية ولذلك لا يعتبر ليبي الاصل ، كما انه يكفي لسحب الجنسية صدور حكم في جناية ولا يشترط في الجناية ان تكون مخلة بالشرف كما يذهب الطاعن كما ان القانون لا يحول دون سحب الجنسية اذا ما طعن في حكم الجناية بالنقض . وانتهت الادارة الى طلب رفض الطعن موضوعاً والزام رافعه المصروفات ومقابل الاتعاب .

قدمت النيابة مذكرة برأيها استعرضت فيها نصوص قانون الجنسية وانتهت الى ان الطاعن ليبي الاصل لان والده واجداده ولدوا جميعاً في ليبيا وان اباه ليبي الجنسية ولو ان الطاعن كانت لديه جنسية فلسطينية الا انه بصدور قانون الجنسية الليبية بعد الاستقلال اصبح له حق اختيار الجنسية الليبية وقد اختارها فعلاً ومنحت له شهادة بذلك وفقاً للفقرة ٢ من المادة ٢ من القانون ١٧ لسنة ١٩٥٤ المعدل بالقانون ٧ لسنة ١٩٦٣ التي اجازت ذلك لكل شخص ولد بالخارج وكان احد والديه او اجداده مولوداً بليبيا . وانتهت النيابة الى ان الطاعن ليبي قولاً واحداً وان المشرع لم يجز سحب الجنسية منه ومن امثاله لان الآباء والاجداد الذين ولدوا في ليبيا اضطرتهم الظروف الى النزوح عنها والتوطن خارجها واولادهم وان ولدوا خارج ليبيا يعتبرون ليبي الاصل واعطاهم القانون حق اختيار الجنسية الليبية او حق استردادها وهو ما فعله الطاعن وهؤلاء لم يجز القانون سحب جنسيتهم طبقاً لاحكام الفقرة الاولى من المادة العاشرة ، واضافت النيابة ان التعجل في اصدار مرسوم سحب الجنسية قبل ان يكون الحكم في الجناية نهائياً هو من قبيل اساءة استعمال السلطة على فرض جواز سحب الجنسية ممن هو ليبي الاصل وقالت انها تخالف الطاعن في تفسيره لعبارة (اذا حكم عليه في جناية او جريمة مخلة بالشرف) واشتراطه ان يكون الحكم لجناية مخلة بالشرف وذلك لتعارضته مع صريح النص . وطلبت النيابة قبول الطعن شكلاً وفي الموضوع بالغاء المرسوم الملكي المطعون فيه وبطلان ما تلاه من آثار مع المصروفات ومقابل اتعاب المحاماة .

وبعد ان وضع التقرير في الدعوى حدد لنظرها جلسة ٢٠ من ذي القعدة ١٣٩٠ هـ الموافق ١٧ من يناير ١٩٧١ وفيها تلى التقرير ثم نظرت الدعوى على نحو ما ثبت في المحضر ، وقدم محامي الحكومة حافظة مستندات تحوى رسالة من وكيل وزارة الداخلية رداً على

رسالة من ادارة القضايا انتهت فيها وزارة الداخلية الى القول (بانها لم تجد سنداً صحيحاً قانونياً كان قد ارتكز عليه مرسوم سحب الجنسية من الطاعن ولهذا لا نرى محلاً للدفاع عنه) ثم فوض محامي الحكومة الرأي للمحكمة واصر محامي الطاعن على طلباته على الرغم من ان الطاعن عين فور قيام الثورة رئيساً للوزارة مما يدل ضمناً على ان مجلس قيادة الثورة بتكليفه تشكيل الوزارة و توليته رئاستها قد الغى قرار سحب الجنسية . وقال محامي الطاعن انه يريد ان يكون الالغاء صريحاً بحكم المحكمة وان يرتد اثره الى وقت صدور مرسوم سحب الجنسية لمخالفته للقانون ولانه مشوب بسوء استعمال السلطة كما اصرت النيابة على رأيها بطلب الغاء المرسوم الملكي المطعون فيه ثم تقرر حجز القضية للحكم والنطق به بجلسة اليوم .

المحكمة

بعد تلاوة التقرير والاطلاع على الملف وسماع طلبات الطرفين والنيابة العامة ، وبعد المداولة .

من حيث ان الطعن سلك اجراءاته القانونية و استوفى الاوضاع الشكلية فهو مقبول شكلاً .

ومن حيث انه لا خلاف بين الطرفين على و قائع النزاع وانما الخلف بينهما قائم حول تفسير المادة العاشرة من قانون الجنسية رقم ١٧ لسنة ١٩٥٤ المعدل بالقانون رقم ٧ لسنة ١٩٦٣ التي استندت عليها الادارة في اصدار القرار الاداري المطعون فيه ، وحول ما اذا كانت الشروط التي نصت عليها تلك المادة متوافرة في حالة الطاعن عند صدور قرار سحب الجنسية ام لا .

ومن حيث أن المادة المختلف عليها يجري نص الفقرة الاولى منها على (انه يجوز في اية حالة من الحالات التالية ان تسحب الجنسية الليبية بمرسوم مسبب من اي شخص غير ليبي الاصل دخل فيها بمقتضى احد المواد (٢ – ٤ – ٦ – ٧) من هذا القانون . وذلك خلال السنوات العشر التالية لحصوله على الجنسية (أ .... ب ... ج اذا حكم عليه بجناية او جريمة مخلة بالشرف د ....) وتنص الفقرة الثانية من المادة نفسها على انه (يجوز بمرسوم مسبب اسقاط الجنسية عن الليبي في احدى الحالات الآتية : أ – اذا دخل الخدمة العسكرية

لدولة أجنبية من غير اذن حكومته – ب – اذا قام اقامة عادية في الخارج وثبت بحكم نهائي ارتكابه لجريمة تثبت عدم الولاء للوطن او للملك وامتنع عن العودة للوطن خلال ثلاثة اشهر من تاريخ وصول الاستدعاء اليه – ج – اذا اتصف في اي وقت بالصهيونية ويعتبر كذلك كل من زار اسرائيل بعد اعلان استقلال ليبيا او عمل في اي وقت على تقويتها مادياً أو معنوياً .

ومن حيث ان ظاهر النص يفيد ان اسقاط الجنسية غير سحبها ولكل من الحالتين شروطها الخاصة . وان الشروط التي يجب توافرها فيمن يراد سحب الجنسية منه والشروط التي يجب توافرها في اداة السحب هي : أولاً : ان يكون ذلك الشخص غير ليبي الاصل **ثانياً :** ان تثبت في حقه احدى الحالات التي نصت عليها على سبيل الحصر الفقرة الاولى من المادة ١٠ – **ثالثاً :** ان يكون ذلك خلال السنوات العشر التالية لدخوله الجنسية الليبية – **رابعاً :** ان يكون دخوله الجنسية بمقتضى احدى المواد (٢ – ٤ – ٥ – ٦ – ٧) من قانون الجنسية – **خامساً :** ان يكون قرار سحب الجنسية بمرسوم مسبب .

ومن حيث أن الشرط الخامس متوافر اذ ان قرار السحب صدر في شكل مرسوم ملكي جاء به ان سبب سحب الجنسية هو الحكم على الطاعن في الجناية رقم ٣٩١ لسنة ٦٧ من محكمة جنايات طرابلس بتاريخ ٨ اغسطس سنة ١٩٦٧ وهو سبب صحيح في ظاهره اذ الحكم في اية جناية يجعل الشرط الثالث متوافراً سواء اكانت الجناية مخلة بالشرف ام لا . لأن وصف الاخلال بالشرف لازم متى كان الحكم في جريمة اقل من الجناية . الا ان المحكمة ترى ان يكون الحكم في الجناية او الجريمة المخلة بالشرف نهائياً وهو ما ثبت عكسه اذ حكم الجناية طعن فيه بالنقض من قبل المتهم (الطاعن) كما ثبت ان المرسوم الملكي بسحب الجنسية صدر بعد اسبوع من صدور الحكم في الجناية دون انتظار لفوات مواعيد الطعن بالنقض . ويترتب على ذلك أن الشرط الثالث لم يكن في حقيقته متوافراً .

ومن حيث انه للبت فيما اذا كان الطاعن ليبي الاصل او غير ليبي الاصل وهو اهم ما يتمارى فيه الطرفان وعليه يتوقف ثبوت او عدم ثبوت اهم شرط من شروط جواز سحب الجنسية للبث في ذلك يجب الرجوع الى المادة ٢ من قانون الجنسية لتحديد مدلولها والى شهادة الجنسية لتحديد الطريقة التي اكتسب بها الطاعن الجنسية الليبية .

ومن حيث انه واضح من الطلبين المقدمين من الطاعن الى وزارة الخارجية الليبية في

مارس ويوليه سنة ٦٧ ومرفقاتهما ان والد الطالب واسمه سليمان سعيد ساسي مولود سنة ١٨٩٥ بليبيا (ككلة) وان والدته خديجة عمر ساسي مولودة بمصراتة سنة ١٩١٠ وانهما من عائلة ساسى و من قبيلة اولاد عيسى و ان اجداده ولدوا جميعاً في ليبيا وان والديه ارغما على الهجرة بسبب احداث سنة ١٩١١ و ان طالب الجنسية وان كان يحمل وثيقة سفر فلسطينية الا انه تنازل عنها لانه ليبي الاصل بمولد الآباء والاجداد في ليبيا ولقب العائلة واسم القبيلة وارفق طالب الجنسية الاوراق المثبتة لذلك كله و بعد التحقق من صحتها اصدرت له وزارة الداخلية في ١-٨-٦٦ الشهادة رقم ٢٤٤ سنة ١٩٦٦م بالجنسية وورد فيها بالنص (وحيث قد اتضح من المستندات المقدمة مع الطلب المذكور ان الطالب يعتبر داخلاً في الجنسية الليبية بحكم القانون طبقاً للمادة ٢ ، ٣ وبناء على قرار مجلس الوزراء بالموافقة على ذلك) وبما ان المادتين ٢، ٣ وردتا في الفصل الاول من قانون الجنسية تحت عنوان – الجنسية الليبية – وهذا الفصل مخصص لليبي الاصل بحكم المولد سواء اكانت الولادة قبل او بعد اصدار الدستور وسواء اكانت في ليبيا او في الخارج ما دام احد الابوين او الاجداد مولوداً بليبيا في حين ان الفصل الثاني من قانون الجنسية خصص للتجنس اي لتجنس الاجنبي غير الليبي الاصل . وممن يعتبر ليبي الاصل فئتان نصت عليهما المادة الثانية بقولها (يجوز لافراد الفئتين الآتيتين ان يختاروا الجنسية الليبية وفقاً لاحكام هذا القانون – الفئة الاولى – كل من ولد قبل اصدار الدستور ولم يكن مقيماً في ليبيا عند اصداره اذا توافر فيه احد الشرطين الآتيين :

أ – ان يكون قد ولد في ليبيا .

ب – أن يكون قد ولد خارج ليبيا وكان احد والديه او احد اجداده مولوداً فيها وهذا البند الاخير بند (ب) ينطبق على حالة الطاعن فهو وان كان قد ولد خارج ليبيا ولم يكن عند اصدار الدستور مقيماً بها الا انه قد ثبت ان والديه و اجداده جميعاً مولودون في ليبيا من عائلة معروفة ومن قبيلة معينة ولما ان طلب الجنسية الليبية اعطيت له شهادة لا على انه متجنس ولا على انه غير ليبي الاصل بل اعطيت له على انه معتبراً داخلاً في الجنسية الليبية **بحكم القانون** .

ومن حيث ان المشرع الليبي عند وضع قانون الجنسية ذهب الى ان من ولد في ليبيا قبل اصدار الدستور وكذا من ولد خارجها في تلك الفترة لاب مولود في ليبيا أو لجد مولود

في ليبيا هم في الواقع ليبيون أصلاء اضطرتهم ظروف قاهرة الى النزوح عنها والتوطن خارجها فاعطاهم القانون حق اختيار الجنسية الليبية أو بعبارة أخرى حق استرداد الجنسية الليبية الا ان المشرع لم يستطع استعمال التعبير الاخير وهو استرداد الجنسية لانه لم تكن هناك جنسية ليبية مستقلة ابان الحكم التركي الذي ظل قروناً طويلة . ولهذا الاعتبار فان الدولة الليبية بعد الاستقلال لم تمنح الطالب الجنسية وانما اعتبرته داخلاً فيها بحكم القانون حسب تعبير الشهادة التي اعطيت له . ولهذا الاعتبار ايضاً لم يجز المشرع سحب الجنسية منه ومن امثاله (ليبيي الاصل) كما اجاز سحبها بالنسبة للفئات الأخرى الوارد ذكرها في الفقرة الثانية من المادة الثانية والفئات الوارد ذكرها في المواد ٤ و ٥ و ٦ و ٧ .

ومن حيث انه لكل ما سلف يكون المرسوم الملكي المطعون فيه اذ سحب الجنسية من الطاعن وهو ليبي الاصل واذ استند الى الحكم عليه في جناية قبل ان يصبح الحكم نهائياً يكون قد خالف القانون مخالفة ظاهرة ويتعين لذلك الغاؤه واعتباره كأن لم يكن والغاء جميع ما ترتب عليه من آثار .

ومن حيث أن الدفاع عن الطاعن قد اشار الى أن اسناد رئاسة مجلس الوزراء للطاعن من قبل مجلس قيادة الثورة فيه تسليم ضمني بمخالفة مرسوم سحب الجنسية للقانون الا ان اعتبار قرار اسنادولى رئاسة الوزارة قراراً مضاداً لقرار سحب الجنسية قد يجعل اثره قاصراً على ازالة آثار سحب الجنسية من تاريخ ولايته للوزارة ، ويظل المدعي بعد ذلك له مصلحة في ازالة آثار القرار المطعون فيه منذ صدوره في ١٥–٨–١٩٦٧ الى تاريخ توليه الوزارة وهو محق في ذلك ما دام قد ثبت أن قرار سحب الجنسية صدر مخالفاً للقانون . هذا فضلاً عن ان قانون العفو العام رقم ٤١ لسنة ١٩٧٠م الصادر في ١٦ محرم ١٣٩٠هـ الموافق ٢٤ مارس ١٩٧٠ والمنشور بالجريدة الرسمية بالعدد ١٧ للسنة الثامنة هذا القانون شمل الجريمة التي نسبت للطاعن فازالها من الوجود فاصبحت كأن لم تكن و تنفيذاً لهذا القانون اصدر وزير العدل قراراً بقائمة القضايا وباسماء المشمولين بالعفو ونشر هذا القرار بالجريدة الرسمية بالعدد ٢٠ للسنة الثامنة وجاء في هذه القائمة تحت رقم ٢٢٦ اسم الطاعن تحت عبارة القضية رقم ٣٩١ سنة ٦٧ مركز شرطة الغربي طرابلس .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة اولاً : بقبول الطعن شكلاً ثانياً : وفي الموضوع بالغاء المرسوم

الملكي الصادر بسحب الجنسية الليبية من الطاعن والمؤرخ في ٩–٥–١٣٨٧هـ الموافق ١٥–٨–١٩٦٧م والغاء كافة ما ترتب عليه من آثار مع الزام المطعون ضدهما بصفتيهما المصروفات ومبلغ عشرين جنيهاً مقابل اتعاب المحاماة .

ثانياً – التعليق

والتعليق على هذا الحكم يقتضي بحث الموضوعات الآتية :

١ – المصلحة في الطعن بالغاء قرار سحب الجنسية .

٢ – تحديد فكرة الأصل الليبي التي تمنع سحب الجنسية.

٣ – تحديد معنى الإدانة في جناية أو جريمة مخلة بالشرف .

١ – المصلحة في الطعن

قد يثور التساؤل حول ما اذا كان شرط المصلحة متوافراً بالنسبة للطاعن . ذلك أنه بمجرد قيام الثورة عين رئيساً لمجلس الوزراء مما يفيد ضمناً أن القرار الصادر من مجلس قيادة الثورة بهذا التعيين يتضمن إلغاءاً لقرار سحب الجنسية السابق صدوره في العهد المباد ، وبالتالي فإن الطاعن لا مصلحة له في طلب إلغاء قرار السحب . وقد ردت المحكمة العليا على هذا الاعتراض بقولها « إن اعتبار قرار اسناد رئاسة الوزارة قراراً مضاداً لقرار سحب الجنسية قد يجعل أثره قاصراً على إزالة آثار سحب الجنسية من تاريخ ولايته للوزارة ، ويظل المدعى بعد ذلك له مصلحة في إزالة آثار القرار المطعون فيه منذ صدوره في ١٥ أغسطس سنة ١٩٦٧ إلى تاريخ توليه الوزارة وهو محق في ذلك ما دام قد ثبت أن قرار سحب الجنسية صدر مخالفاً للقانون » .

وفي رأينا أن المحكمة العليا قد توسعت في استخلاص توافر شرط المصلحة ، وعلى أي حال فللطاعن مصلحة أدبية في صدور حكم صريح من القضاء بإلغاء

قرار سحب الجنسية ، فضلاً عن أن له مصلحة في تأكيد مركزه القانوني كوطني بما يقطع أي شك يثـــار حول ذلك ، ولذلك فإننا نؤيد المحكمة فيما انتهت إليه (١) .

٢- الأصل الليبي

الجنسية فكرة قانونية تعبر عن ارتباط الشخص سياسياً بدولة معينة . وهي كأي فكرة قانونية تعبر بطريقة مجردة عن حقائق اجتماعية أوسياسية أو اقتصادية ، وفي بعض الأحيان يكون لنوع معين من الحقائق غلبة على غيره . ففي وقت من الأوقات كان القانون الفرنسي يعتبر الجزائريين فرنسيين . والجنسية الفرنسية التي كانت للجزائري في هذا الوقت كانت مجرد وسيلة قانونية للتعبير عن حقيقة سياسية وهي تبعية الجزائر لفرنسا ، أو اعتبار الجزائر جزءاً من إقليم الجمهورية الفرنسية . ولكن هذه الحقيقة السياسية لم تكن متفقة مع الحقيقة الاجتماعية . فالجزائريون لم يكونوا في يوم من الأيام فرنسيين كالأشخاص الذين ينتمون بأصلهم الى الاقليم الفرنسي الأصيل . وقد زال هذا الوضع باستقلال الجزائر وأصبحت الجنسية الجزائرية الجديدة متفقة مع المتطلبات الاجتماعية لذاتية شعب الجزائر . وهذا المثال يوضح أنه لا يوجد ما يحتم من الناحية القانونية أن يوجد تطابق بين الجنسية وبين الحقائق الاجتماعية ، لأن الجنسية هي أولاً وقبل كل شيء فكرة قانونية أو وسيلة قانونية ، تستخدم للتعبير عن حقيقة سياسية ، أو لتحقيق أهداف سياسية . والمجتمع الدولي مليء بالأمثلة على إمكان إنقســـام القومية الواحدة إلى جنسيات متعددة (تعدد الجنسيات العربية على الرغم من وحدة القومية العربية – انقسام القومية الألمانية إلى عدة جنسيات : النمسا ، ألمانيا الديمقراطية ، ألمانيا الاتحادية) وعلى إمكان وجود جنسية واحدة تجمع

---

(١) انظر في كفاية المصلحة في الأمان القانوني لقبول الدعوى مؤلفنا : فكرة عدم القبول في القانون القضائي الخاص (قانون المرافعات) ، باريس ١٩٦٧ (بالفرنسية) ، رقم ٢٢٦ ، ص ١١١ .

تجمع قوميات متعددة (جنسية المملكة المتحدة البريطانية التي تجمع القوميات الاسكوتلندية والويلزية والايرلندية الى جانب القومية الانجليزية، جنسية الاتحاد السوفيتي التي تجمع أكثر من مائة قومية)[١] .

وهذا الانفصال الواضح بين الجنسية ومضمونها القومي أو الاجتماعي له آثار قانونية هامة : فما دامت الجنسية مجرد أداة شكلية، فإنه من الممكن للشخص أن يتخلى عنها ، كما أنه من الممكن أن يطلب الحصول عليها . ومن ناحية أخرى يحق للدولة أن تجرد الشخص من جنسيته .

ولكن الانفصال بين الجنسية ومضمونها الاجتماعي لا ينفي أنه في بعض الأحيان تؤثر الحقائق الاجتماعية على فكرة الجنسية القانونية المجردة تأثيراً مباشراً ، وتلعب فكرة الأصل أو العنصر دوراً حاسماً .

وقانون الجنسية الليبية يعطي لفكرة الأصل الليبي وزناً كبيراً . وقد ساقته إلى ذلك الظروف الخاصة بليبيا ، التي انتقلت من السيادة العثمانية إلى الحكم الاستعماري الايطالي ثم إلى الاستقلال في فترة لا تتجاوز أربعين عاماً (من سنة ١٩١١ تاريخ الغزو الايطالي إلى سنة ١٩٥١ تاريخ الاستقلال) . وفي هذه الفترة – القصيرة نسبياً في عمر الشعوب – اضطر عدد كبير من الليبيين الى الهجرة خارج ليبيا . وبعد الاستقلال بدأوا في العودة إليها .

ويظهر اهتمام المشرع بالأصل الليبي في منح الجنسية الليبية، وفي حقوق المتمتع بالجنسية الليبية ، وفي تجريد الليبي من جنسيته .

منح الجنسية الليبية :

لم يؤسس المشرع الليبي الجنسية الليبية على أية جنسية سابقة من جنسية الدول

---

(١) انظر مؤلفنا : القانون الدولي الخاص الليبي ، ١٩٧١ ، ص ٣٠ – ٣٢ ؛ باتيفول ولاجارد، القانون الدولي الخاص ، ج ١، ١٩٧٠ ، رقم ٥٨ و ٥٩ ، ص ٦١ – ٦٣ .

التي تعاقبت على حكم أو احتلال ليبيا . ولكنه أخذ بمعيار موضوعي هو ارتباط الشخص ارتباطاً قوياً بليبيا . وقد اعتبر المشرع ليبياً بقوة القانون كل شخص كان مقيماً في ليبيا إقامة عادية يوم إصدار الدستور (الملغى) أي يوم ٧ أكتوبر ١٩٥١ بشرط الا تكون له جنسيـــة أو رعويـــة أجنبـــية وبشرط ان يتوافر فيه أحد الشروط الآتية : (م ا من قانون الجنسية رقم ١٧ لسنة ١٩٥٤) .

(ا) أن يكون قد ولد في ليبيا .

(ب) أن يكون قد ولد خارج ليبيا وكان أحد أبويه قد ولد فيها .

(ج) أن يكون قد ولد خارج ليبيا وأقام فيها إقامة عادية لمدة لا تقل عن عشر سنوات متتالية عند إصدار الدستور .

والحالتان (ا) و (ب) تعبران عن الأصل الليبي ، والحالة (ج) تعبر عن قوة ارتباط الشخص بليبيا عن طريق إقامته فيها لمدة عشرة سنوات على الأقل .

وقد اعتد المشرع أيضاً بالأصـــل الليبي في منح الجنسية الليبية التأسيسية للاشخاص المولودين قبل إصدار الدستور فتنص المادة الثانية من قانون الجنسية في فقرتها الأولى على أنه يجوز لكل من ولد قبل إصدار الدستور ولم يكن مقيماً في ليبيا عند إصداره أن يختار الجنسية الليبية إذا توافر فيه أحد الشرطين الآتيين :

(ا) أن يكون قد ولد في ليبيا .

(ب) أن يكون قد ولد خارج ليبيا وكان أحد والديه أو أحد أجداده مولوداً فيهـــا .

ويظهر الاعتداد بالأصل الليبي أيضاً في المادة الرابعة الخاصة بالجنسية الليبية الدائمة ، أي الجنسية التي تمنح للأشخاص المولودين يوم إصدار الدستور أو بعده . فهذه المادة تحدد شروط الجنسية الليبية بناء على الانتماء إلى أب ليبي .

التمتع بالحقوق :

للأجنبي حقوق وواجبات تختلف عن حقوق الوطني . والوطني المتجنس ، الذي يكتسب الجنسية لسبب طارىء وهو التجنس ، يبقى فترة من الزمن في وضع قانوني خاص ، له حقوق أكثر من حقوق الأجنبي ولكن أقل من حقوق الوطني الأصيل . وقد نص قانون الجنسية الليبي على هذه التفرقة في المعاملة في المادة ١١ /ا . ولكن المادة ١١ /ب أوردت استثناء هاماً على ذلك ، فجعلت مكتسبي الجنسية الليبية يتساوون فوراً في الحقوق مع الليبيين الأصلاء إذا كانوا من « الليبيين الأصلاء الذين هاجروا منذ سنة ١٩١١ » .

التجريد من الجنسية :

تفرق قوانين الجنسية عادة بين نوعين من التجربة من الجنسية : التجريد عن طريق سحب الجنسية من الوطنيين الطارئين ، والتجريد عن طريق إسقاط الجنسية عن الوطنيين الأصلاء . ولأول وهلة يبدو أن المشرع الليبي في المادة ١٠ /ا لم يأخذ بهذه التفرقة . إذ أن هذه المادة تجيز سحب الجنسية الليبية من أشخاص المفروض أنهم وطنيون أصلاء ، اكتسبوا الجنسية الليبية التأسيسية المؤقتة[١] بالاختيار وفقاً للمادة الثانية أو اكتسبوا الجنسية الليبية الدائمة[٢] وفقاً للمادة الرابعة . ولكن المادة ١٠ /ا حرصت على أن تقصر جواز السحب على الأشخاص الذين ليسوا من أصل ليبي وحكم المحكمة العليا أشار صراحة إلى هذا الاعتبار ؛ ونرى أنه كان مصيباً فيه كل الصواب .

وقد استدل الحكم على الأصلى الليبي للطاعن من أن والد الطالب واسمه سليمان سعيد ساسي مولود سنة ١٨٩٥ بليبيا (ككلة) ، وأن والدته خديجة

---

(١) المقصود بالمؤقتة أنها لا تنطبق الا على الأشخاص الذين ولدوا قبل إصدار الدستور .

(٢) المقصود بالدائمة أنها تنطبق على الأشخاص الذين ولدوا قبل إصدار الدستور أو بعده .

عمر ساسي مولودة بمصراته سنة ١٩١٠ وأنهما من عائلة ساسى ومن قبيلة أولاد عيسى ، وأن أجداده ولدوا جميعاً في ليبيا ، وأن والديه أرغما على الهجرة بسبب الغزو الايطالي سنة ١٩١١. وقد أرفق الطاعن طلب الجنسية الذي تقدم به بما يثبت ذلك ، وبناء عليه أصدرت وزارة الداخلية شهادة بالجنسية الليبية سلمتها له جاء فيها : (وحيث قد اتضح من المستندات المقدمة مع الطلب المذكور أن الطالب يعتبر داخلاً في الجنسية الليبية بحكم القانون طبقاً للمادة ٢ و٣ وبناء على قرار مجلس الوزراء بالموافقة على ذلك) . وهذا يكفي لإثبات الأصل الليبي للطاعن ، ولا يشكك في ذلك أن الطاعن عندما طلب الجنسية الليبية كان يحمل وثيقة سفر فلسطينية ، لأنه قد تنازل عنها . ومما يؤكد سلامة النتيجة التي انتهت اليها المحكمة أن المادة الثالثة لم تعلق إصدار شهادة بالجنسية الليبية على فقد الجنسية الأجنبية بالفعل، بل اكتفت بالتأكد من أن الطالب سيتخلى عن الجنسية الأجنبية عندما يصبح ليبياً . وتنص المادة الثالثة صراحة على أن الشخص يصبح ليبيا من تاريخ صدور الشهادة وليس من تاريخ تخليه أو فقده بالفعل للجنسية الأجنبية .

٣ ــ الادانة في جناية أو جريمة مخلة بالشرف :

حددت المادة ١٠ /١ من قانون الجنسية الأسباب المجيزة لسحب الجنسية . وذكرت من بينها : (ج) اذا أدين (الشخص) في جناية أو جريمة مخلة بالشرف وقد أشارت المحكمة العليا الى أنه لا يلزم أن يكون الحكم في الجناية مخلاً بالشرف ، وأن وصف المخل بالشرف لا يلزم الا اذا كان الحكم في جريمة أقل من الجناية . ونحن نتفق معها في هذا التفسير .

والمحكمة العليا ترى أنه يجب أن يكون الحكم نهائياً ، وأن هذه الصفة تكون متخلفة اذا كان ميعاد الطعن بالنقض لا يزال قائماً ، أو اذا طعن في حكم الجناية بالفعل . ويلاحظ أن نص المادة ١٠ /١ (ح) لم يتضمن شرط

أن يكون الحكم نهائياً . فهذا شرط أضافته المحكمة العليا ، ونتفق معها في إضافته [١] . ولكنا نختلف مع حكم المحكمة العليا في المعنى الذي أعطته للحكم النهائي : فهي تقصد به الحكم البات ، وهو أقوى درجات الأحكام . وفي رأينا أن هذا تشدد لا مبرر له ، فالحكم الذي لا يقبل الاستئناف أو المعارضة يعتبر حكماً نهائياً [٢] ، ويعد حكماً قد بلغ درجة كبيرة من الثبات ، وهو يكفي لكي يستند اليه قرار السحب . ويلاحظ أنه لو أخذت المحكمة العليـــا بهذا الرأي لما تغير وجه الحكم في القضية ، لأن قرار السحب باطل لسبب آخر وهو كون الشخص الذي صدر القرار بسحب جنسيته من أصل ليبي . ومما يؤيد وجهة نظرنا أن مجلس الدولة الفرنسي قد حكم بجواز تأسيس قرار التجريد من الجنسية على حكم بالإدانة مطعون فيه بالنقض [٣] .

وبطبيعة الحال اذا صدر عفو عن الجناية التي تأسس عليها قرار السحب ، فإن هذا يبرر الغاء القرار . وقد ذكرت المحكمة ذلك في نهاية حكمها .

---

(١) انظر مؤلفنا : القانون الدولي الخاص الليبي (١٩٧١) ، رقم ١٠٩ ، ص ٧٩ .
ولم يتعرض الفقه المصري على ما يبدو لبيان معنى الحكم بالإدانة ، أو الحكم النهائي : انظر : فؤاد رياض وسامية راشد ، ١٩٧١ ، رقم ٢١٧ ، ص ٢٢٦ (الحكم النهائي في الإسقاط) ، رقم ٢٢٥ ، ص ٢٣٥ (الحكم بالإدانة في السحب) ؛ عز الدين عبد الله ، حـ ١ ، ١٩٦٨ ، رقم ١٢٨ ، ص ٤٤٩ (الحكم النهائي في الاسقاط) ، رقم ١٢٧ ، ص ٤٤٠-٤٤٢ (الحكم بالإدانة في السحب) ، شمس الدين الوكيل الموجز في الجنسية ومركز الأجانب ١٩٦٨ ، رقم ٩٦ ، ص ٢١٤ (بالنسبة لحكم الإدانة في السحب) ، رقم ٩٧ ، ص ٢١٨ (بالنسبة للحكم النهائي في الاسقاط) .

(٢) مأمون محمد سلامة ، الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي ، حـ ٢ ، ص ٢٢٩ وما بعدها (١٩٧١)

(٣) ٢٥ مارس ١٩٤٥ ، سيرى ١٩٤٥ - ٣ - ٤٤ .