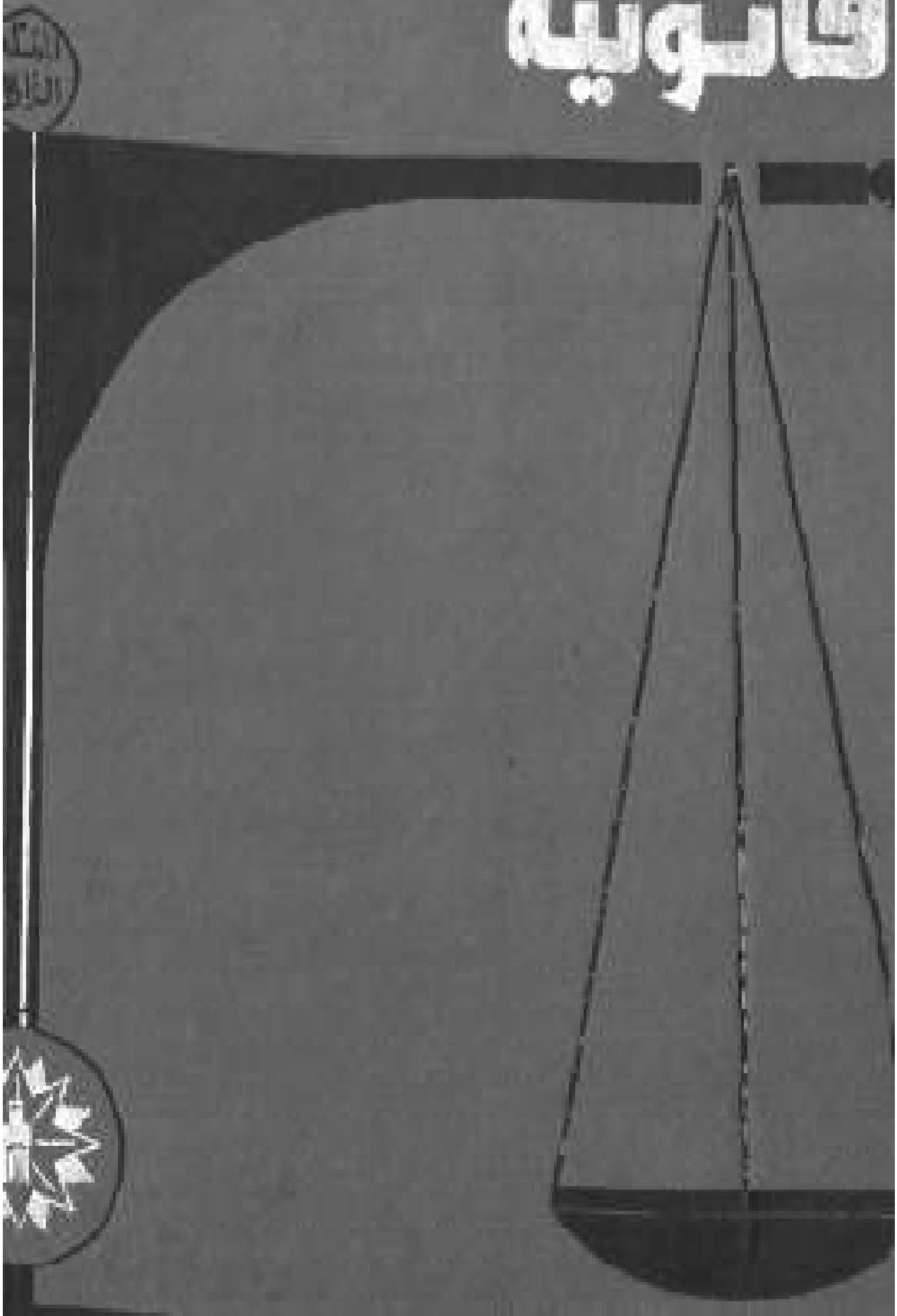
دراسات قانونية

مجلة سنوية يصدر عن أعضاء هيئة التدريس بكلية الحقوق





كلية القانون - المكتبة

كلية القانون
المكتبة
لايسار



تنبيه : يشار الى هذه المجلة على النحو الآتي : دراسات قانونية – بنغازي –
المجلد الرابع – (١٩٧٤)

جامعة قاريونس
كلية القانون - المكتبة

منشورات جامعة قاريونس
كلية الحقوق

كلية القانون
المكتبة
لايبسان

دراسات قانونية

مجلة سنوية تصدر عن أعضاء هيئة التدريس بكلية الحقوق

كلية القانون
المكتبة
لايبسان

جامعة قاريونس
مكتبة كلية الحقوق
رقم التسجيل ٩٦٦
رقم التصنيف

١٩٧٤

السنة الرابعة

المجلد الرابع

هيئة تحرير مجلة دراسات قانونية :

١ ــ الدكتور : عمر مولود عبد الحميد . رئيس تحرير المجلة .
٢ ــ الأستاذ الدكتور حسن الشيشكلي .
٣ ــ الأستاذ الدكتور عوض محمد عوض .
٤ الأستاذ الدكتور خالد الشاوي .
٥ ــ الأستاذ الدكتور صبيح مسكوني .
٦ ــ الأخ الأستاذ عمر محمد السيوي .

الفهرست

صفحة

تقديم ٥

بقلم الدكتور عمر مولود عبد الحميد

مدى مشروعية تحصين المشرع لبعض القرارات الإدارية
من رقابة القضاء ... ... ٩ — ٨١

اعداد عبدالله زايد الكاديكي

عقد المضاربة بين الشريعة والقانون ، دعوة إلى تطبيقه في
المصارف المصرفية المعاصرة ... ... ٨٣ — ١١٣

للأستاذ الدكتور عبد العظيم شرف الدين

دراسات في نظرية المال العام ، أزمة النظرية في الفقه
الفرنسي وامتداداتها الجديدة في التشريع المغربي ، ١١٥ — ١٨٩

بقلم الدكتور عبد المنعم عبد العظيم جبرة

نظام التسجيل وفقاً لقانون الشهر العقاري ، تطبيقه بصفة خاصة
على عقدي : البيع والرهن ... ... ١٩١ — ٣٠١

بقلم الأستاذ الدكتور محمد علي عمران

صفحة

الزنى المعاقب عليه حداً ... ... ٣٠٣ — ٣٦٩
بقلم الدكتور محمد سامي النبراوي

تشغيل المسجونين في ليبيا ... ... ٣٧١ — ٣٩٩
للدكتور إشوار غالي الذهبي

دراسات في القرآن الكريم ... ... ٣٩٢ — ٤٤٠
بإعداد الدكتور عمر مولود عبد الحميد

بحث عن الرقابة الإدارية ... ... ٤٤١ — ٤٩٦
للأستاذ عمر محمد السبوني

بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم

(بقلم الدكتور عمر مولود عبد الحميد)
رئيس اللجنة الشعبية بكلية الحقوق ، عميد الكلية »

يسعدني ان اقدم الى قراء مجلة دراسات قانونية المجلد الرابع في سنتها الرابعة .

وسيجد القارئ الكريم فيه بإذن الله ما تشعر بأنه في شوق اليه وتعطش لمعرفته : من البحوث القانونية والشرعية ، والآراء الفقهية الحديثة في مختلف فروع القانون .

وقد جدّت لكلية منذ انشائها في خلق وعي قانوني وثقافة موسعة في هذا المجال عن طريق ما تصدره من مجلات وما تقوم به من اعداد محاضرات او عقد ندوات خاصة او عامة ، شعوراً منها بواجبها نحو أمتها التي تكالبت عليها قوى الشر والعدوان ، وتحالفت ضدها عناصر الفساد والضلال ، يريدون سلبها خيراتها وسلب مدخراتها وتركها فقيرة ذليلة جاهلة تائهة في بحر من المشاكل لا ساحل له ، وفي ظلام دامس لا تبصر منه النور ، ولا

تستطيع الخروج منه لتهتدي الى الطريق السوي ، وبالتالي لتعرف ما لها وما عليها .

ورغم العوامل التي خلقها المستعمرون في الوطن العربي وحاولوا ان يصلوا عن طريقها الى إفناء الأمة العربية والاسلامية في جهل مطبق تضيع معه حقوقها ولا تعد قادرة على الدفاع عنها بالاسلوب القانوني المقنع ، فانهم لم يفلحوا فيما فعلوا ، بل أفلسوا امام اصرار امتنا وعطاء مبدعي شبابنا الذي اصبح صوته مجلجلاً في المحافل الدولية ، يدافع في صلابة وبكامل الفهم والوعي والعقل القانوني الخلاق عن الحقوق المسلوبة والخيرات المنهوبة ، ويدفع عن أمته ما حاول الظالمون أن يلصقوه بها : من تهم او شبهات او نقائص يريدون بها التهوين من قيمتها ، والحط من منزلتها حتى لا يعيد التاريخ نفسه فتقام للعرب دولة ، وتتحقق لهم صولة وجولة ، كما فعل أجدادهم .

والذي اثق في قدرة أمتنا على التغلب على كل الصعاب ، لأنها تحمل معها النور الالهي : نور الاسلام الذي لن يطفأ مهما حاول الاعداء ، ولأنها ايضاً مظلومة وقد وعد الله المظلومين بالنصر ووعده لن يتخلف متى حصل دفاع ودفع ، ولا شك ان جهد العلماء والمفكرين وقيام الجميع بواجبهم نحو أمتهم شرط اساسي لتقدمها ورفعة شأنها ، والجوانب متعددة لهذه الواجبات ، احدها ما نقوم به عن طريق هذا المجلد السنوي وغيره من بحث وتحقيق ، واطلاع القراء عليه وابداء الملاحظات حوله اذا رأوا ذلك هو جانب آخر لا يستهان به ، بل انه عامل اساسي لتشجيعنا والاخذ بأيدينا نحو الابداع ومضاعفة الجهد .

وفي الوقت الذي نشكر فيه الاساتذة الذين قاموا جهد مشكور وقدموا انتاجهم لهذه المجلة حتى خرج هذا المجلد بشكل يرضي القلم عليه ، نود ايضاً ان نقدم شكرنا الخالص الى القراء الكرام على بعض الملاحظات التي

وجهودها الينا وعلى تقديرهم لجهودنا التي نقوم به في سبيل الارتقاء بهم عن طريق هذه المجلة وستكون سعداء بكل ما يقدمه لنا المتخصصون في هذا المجال من انتاج او ملاحظات .

واخيراً فانني استودعكم الله على أمل اللقاء بكم في اعداد اخر ان شاء الله .

والسلام عليكم ورحمة الله .

الدكتور عمر مولود عبد الحميد

رئيس اللجنة الشعبية لكلية الحقوق

عميد الكلية :

جامعة قاريونس
كلية القانون - المكتبة

مَدَى مَشْرُوعِيَّة

تَحْصِين المُشَرِّع لِبَعْضِ القَرَارَاتِ الإِدَارِيَّة مِنْ رَقَابَة القَضَاء

«دِرَاسَة مقارنة فِي النِّظَامَيْن المِصْرِيّ وَاللِّيبِيّ»

اعداد

عبد الله زايد الكاديكي

المحاضر المساعد بكلية الحقوق – جامعة بنغازي

مقدمـــة

مبدأ المشروعية ورقابة القضاء لأعمال الادارة :

ان الادارة العامة وهي تمارس وظيفتها في تنفيذ القوانين وتسيير المرافق العامة بالدولة ، تتمتع بسلطات واسعة وامتيازات خاصة قد تجنح بها نحو التعسف والاعتداء على حقوق الافراد وحرياتهم . لذا اقتضى مبدأ المشروعية Principe de la légalité الذي تقوم عليـــه الدولة الحديثة والذي يتمثل في سيادة حكم القانون ، اقتضى هذا المبـــدأ وجوب خضوع تصرفات الادارة للقانون سواء في ذلك اعمالها القانونية وهي القرارات التنظيمية والفردية والعقود الادارية ، أو أعمالها المادية التي يترتب عليها مسئولية الادارة التقصيرية ، فالقانون بمعناه الواسع أي جميع القواعد الملزمة في الدولة سواء كانت مكتوبة أو غير مكتوبة هو الذي يرسم الحدود التي يجب أن تجري تصرفات الادارة ضمنها ويضع القيود التي تحد من سلطات الادارة وتعسفها .

وهكذا تلتزم الادارة بمبدأ المشروعية ومبدأ المسئولية أي احترام القانون والخضوع له ، وتعويض الافراد عن الاضرار التي قد تسببها تصرفاتهـــا القانونية Actes Juridiques أو الماديـــة Actes Materiels غـــير المشروعة .

على أن هذه الرقابة ليست واحدة وانما تتنوع بحسب الجهة التي تتولاها ، فهي قد تكون رقابة سياسية يمارسها البرلمان تجاه السلطة التنفيذية أو رقابة ادارية تمارسها هيئات الادارة ذاتها بعض على بعض ، على أن أهم أنواع

الرقابة واجداها هي الرقابة القضائية حيث يكون نشاط الادارة خاضعـــاً للمحاكم القضائية .

وقد درجت كثير من دول العالم المتمدين على تعميم نظام الرقابة القضائية على نشاط الادارة سواء أكان هذا النشاط في صورته القانونية أو المادية .

الا أنه وان كانت الرقابة القضائية على نشاط الادارة اصبحت من الأمور التي ينعقد عليها الاتفاق في الوقت الحاضر ، فان جهات القضاء التي تمارسها لا تزال تختلف من بلد الى آخر . ويمكننا في ذلك التمييز بين نظامين رئيسيين هما نظام القضاء الموحـــد Unité de Juridiction ونظام القضاء المزدوج Dualété de juridiction ، ويسود النظام الأول في النظم الانجـــلو سكسونية ، حيث تتولى المحاكم العادية حسم المنازعات الادارية الى جانب اختصاصها بالمنازعات المدنية . أما في النظم اللاتينية وعلى رأسها فرنسا فالنظام المتبع هو ازدواج القضاء ، بحيث يوجد الى جانب القضاء العادي قضـــاء اداري مستقل عنه استقلالاً تاماً ، فتختص جهة القضاء العادي بالمنازعات المدنية ، بينما يختص القضاء الاداري بالفصل في المنازعات الادارية .

ولئن ساد في النظم الديمقراطية مبدأ خضوع الدولة للقانون ، فان مستلزمات المصلحة العامة قضت بالتخفيف من تطبيق هذا المبدأ في كثير من الاحيان ، وذلك باستحداث بعض الاستثناءات التي ترد عليه ، فالرقابة القضائية على نشاط الادارة ، وان كانت تستهدف حماية حقوق الأفراد وحرياتهم ، الا أن هذا يجب الا يحجب عن الأبصار حاجة الادارة الى قدر من الحرية بما يكفل حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد واقامة الأمن والنظـــام .

ولهذا يقر الفقه والقضاء للادارة ببعض الامتيازات التي قد ترد قيداً

على مبدأ المشروعية ، وهذه الامتيازات تتفاوت ضيقاً واتساعاً بحسب الظروف ، وقد تبلورت في صور ثلاث :

أولاً : السلطة التقديرية للادارة : le pouvoir discrétionnaire

وهي تلك القدر من الحرية التي تتمتع به الادارة في مواجهة كل من الأفراد والقضاء لتختار في حدود الصالح العام وقت تدخلها ووسيلة التدخل وتقدير خطورة بعض الحالات التي تواجهها في الحياة العملية .

ثانياً : سلطات الحرب : والظروف الاستثنائية : Théorie des circonstances exceptionnelles

وهي ظروف تؤدي الى توسيع نطاق قواعد المشروعية العادية بحيث تصبح التصرفات غير المشروعة في الظروف العادية تصرفات مشروعة في الظروف التي يمكن وصفها بأنها استثنائية .

ثالثاً : اعمال السيادة : Actes de Souveraineté

وهي اخطر امتيازات الادارة على الاطلاق ، لأن من شأن ، اقرار القضاء لعمل من أعمال الادارة على أنه من أعمال السيادة، اخراج هـذا التصرف من رقابة القضاء الغاء وتعويضاً .

على أن بعض الدول لم تقنع بالمظاهر السابقة ، في اخذها بالقيود التي ترد على سلطة القضاء، بل عمدت الى اصدار تشريعات من شأنها ان تضفي الحصانة على بعض تصرفات الادارة ضد رقابة القضاء ، وهي ما تسمى بالتشريعات المانعة من التقاضي [1] .

---

(١) الدكتور سليمان الطماوي – مشكلة استبعاد المشرع لبعض القرارات الإدارية من رقابة القضاء الإداري – مجلة العلوم القانونية والاقتصادية –١٩٦١ . ص ١١٥ وما بعدها .

ونتناول في هذا البحث وضع هذه الظاهرة في النظام القانوني المصري والليبي وذلك بأن نستعرض في فصل أول وضع هذه الظاهرة في التشريعات المصرية والليبية بذكر أمثلة من النصوص التشريعية التي تحظر الطعن في بعض القرارات الادارية ، وفي فصل ثان نتولى بحث مدى مشروعية هذه التشريعات المانعة من التقاضي في ضوء المبادىء والأسس الدستورية في كل من البلدين والرأي الذي انتهى اليه كل من الفقه والقضاء في شأن دستورية هذه التشريعات أو عدمهـــا .

الفصل الأول

وضع هذه الظاهرة في التشريعات المصرية والليبية

يلاحظ بادىء ذي بدء أننا لا نتعرض في هذا البحث الا للقرارات الادارية التي يحصنها المشرع بنص خاص ضد رقابة القضاء ، وبذلك نخرج من نطاق بحثنا ما يسمى بأعمال السيادة ، وهي طائفة من أعمال السلطة التنفيذية تتمتع بحصانة ضد رقابة القضاء بجميع صورها سواء في ذلك رقابة الالغاء أو التعويض . وإن اتجه القضاء حديثاً إلى ممارسة رقابة التعويض دون الإلغاء .

وفي هذا النطاق ، نلاحظ بأن دعوى الالغاء لم تعرف في القانون المصري قبل انشاء مجلس الدولة بموجب القانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ ، أما قبل هذا التاريخ فان المحاكم كانت ممنوعة من الغاء أو وقف تنفيذ القرارات الادارية وان كان لها أن تحكم بالتعويض عن القرارات الادارية المعيبة اذا الحقت ضرراً بحق مكتسب لأحد الافراد[1] . أما في ليبيا فلم تعرف نظام

---

(١) كانت المادة (١٥) من لائحة ترتيب المحاكم الوطنية تنص على أنه « ليس لهذه المحاكم أن تحكم فيما يتعلق بالامـلاك الاميرية العمومية من حيث الملكيـة ، ولا أن تؤول معـنى أمر يتعلق بالإدارة ، ولا ان توقف تنفيذه ، وانما تختص أيضاً بالحكم في المواد الآتي بيانها : أولا : ... ثانياً : كافة الدعاوى التي ترفع على الحكومة بطلب تضمينات ناشئة عن اجراءات ادارية تقع مخالفة للقوانين أو الأوامر العالية ... » .

الرقابة على نشاط الادارة الا بعد استقلالها في سنة ١٩٥١ [١] ، وصدو
التشريعات الليبية المنظمة للرقابة القضائية على نشاط الادارة العامة ، ومن
قانون المحكمة العليا لسنة ١٩٥٣ ، وقانون نظام القضاء رقم ٢٩ لسنة ٩٦٢
ثم القانون رقم ٨٨ لسنة ١٩٧١ في شأن القضاء الاداري .

والمشرع المصري والليبي ، وان أقر رقابة القضاء على القرارات
الادارية الغاء وتعويضاً الا أنه كثيراً ، ما تعمد تقييد سلطة القضاء بهذ
الخصوص سواء فيما يتعلق برقابة الالغاء فحسب أو رقابة الالغاء والتعويض
معاً . وذلك عن طريق حظر الطعن في بعض القرارات الادارية أمام جهات
القضـــاء .

ونورد فيما يلي أمثلة لهذه النصوص التشريعية المقيدة لحق التقاضي في
شأن بعض القرارات الادارية ، في كل من التشريعين المصري والليبي .

المَبحَث الأول

موانع التقاضي في التشريعات المصرية

ويمكننا في هذا المجال أن نفرق بين موقف المشرع المصري قبل دستور
سنة ١٩٧١ ثم موقفه بعد صدور هذا الدستور .

أولاً : الوضع قبل دستور ١٩٧١ :

صدرت في هذه الفترة عدة تشريعات تضمنت نصوصاً تمنع التقاضي

---

(١) انظر في ذلك الدكتور خالد عريم – القانون الإداري الليبي – الجزء الثاني ص ٧١٧ وما بعدها

في شأن بعض القرارات الادارية وذلك سواء في ظل دستور ١٩٢٣ ، ١٩٥٦ ، ١٩٥٨ أو دستور ١٩٦٤ ، ومن أمثلة هذه التشريعات :

١ — القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٥٠ نص في مادته الثانية على أنه « لا تسمع أمام أية جهة قضائية ، أية دعوى أو طلب أو دفع يكون الغرض منه الطعن في أي اعلان أو تصرف أو أمر أو تدبير أو قرار ، وبوجه عام أي عمل أمرت به أو تولته السلطة القائمة على اجراء الاحكام العرفية أو مندوبوها أو وزير المالية .... وذلك سواء أكان هذا الطعن مباشرة عن طريق المطالبة بابطال شيء مما ذكر أو بسحبه أو بتعديله ، أم كان الطعن غير مباشر عن طريق المطالبة بالتعويض ... ».

٢ — المرسوم بقانون رقم ١٨١ لسنة ١٩٥٢ في شأن فصل الموظفين بغير الطريق التأديبي حيث نص في مادته السابعة على أنه : « استثناء من قانون مجلس الدولة لا يجوز الطعن بالغاء أو وقف تنفيذ القرارات الصادرة بالتطبيق لأحكام هذا القانون ... ».

٣ — المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالاصلاح الزراعي ، نص في المادة ٨٣ على منع جميع جهات القضاء من النظر في طلبات الغاء أو وقف تنفيذ قرارات الاستيلاء أو في المنازعات المتعلقة بملكية الأطيان المستولى عليهـــا .

٤ — القانون رقم ٦٠٠ لسنة ١٩٥٣ في شأن الاحالة على المعاش قبل بلوغ السن المقررة لترك الخدمة ، حيث نص في المادة الثانية على أنه « استثناء من أحكام المادة ١٢ من قانون نظام القضاء من أحكام المواد ٣ ، ٤ ، ١٠ من قانون مجلس الدولة لا يجوز الطعن بالغاء أو وقف تنفيذ القرارات الصادرة بالتطبيق لأحكام هذا القانون ، وكذلك لا يجوز سماع الدعاوى الخاصـــة

بالتعويض عنها، وذلك أمام المحاكم على اختلاف انواعها ودرجاتها ... » .

٥ ــ القانون رقم ٣٤٥ لسنة ١٩٥٦ في شأن تنظيم الجامعات حيث نصت المادة (٢٩١) على أنه «لا يجوز الطعن بالالغاء أو وقف التنفيذ أمام أية هيئة قضائية في القرارات والأوامر الصادرة من الهيئات الجامعية في شئون طلابها » وقد وردت هذه المادة بحرفيتها تحت رقم (١١٦) من قانون تنظيم الجامعات في الجمهورية العربية المتحدة رقم ١٨٤ لسنة ١٩٥٨ .

٦ ــ القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٧ في شأن موظفي الدولة ، نص في المادة (٣٨) على أن قرارات الوزير الصادرة بالبت في التظلمات التي يتقدم بها الموظفون بسبب تخطيهم في الترقية الى الدرجات المالية الأولى أو ما فوقها ، تكون نهائية وغير قابلة للطعن أمام أية جهة كانت .

٧ ــ القانون رقم ٣٣٠٩ لسنة ١٩٦٦ في شأن نظام العاملين في المؤسسات وشركات القطاع العام والتي تقضي بأن القرارات الصادرة من مجالس الادارات في نظر بعض التظلمات من القرارات التأديبية ، تكون نهائية وغير قابلة للطعن أمام أية جهة قضائية .

٨ ــ القانون رقم ٢٧٧ لسنة ١٩٥٩ الخاص بنظام الاستيداع ، نص في المادة الثانية على أن القرار الصادر بالاستيداع ، يكون نهائياً ولا يجوز الطعن فيه بالالغاء .

٩ ــ القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٦٣ ، والذي يحصن القرارات الصادرة من الجهات القائمة على الحراسة على بعض الأموال .

١٠ ــ القانون رقم ٥٤ لسنة ١٩٦٤ ، نص في المادة (٦٧) على أنه : « يصدر خلال ستة أشهر من تاريخ العمل بهذا القانون ، قرار من رئيس المجلس التنفيذي ... باعادة تعيين أعضاء الرقابة ... ويتضمن ترتيب أقدميتهم

ويعتبر هذا الترتيب نهائياً وغير قابل للطعن بأي وجه من الوجوه » .

١١ ــ القانون رقم ٧٤ لسنة ١٩٥٩ بتنظيم خاص وزارة الخارجية ، الذي نص على أنه لا يجوز الطعن بالغاء أو وقف تنفيذ القرار الجمهوري الصادر باعادة تعيين أعضاء السلكين الدبلوماسي والقنصلي ، والقرار الجمهوري الصادر بالتعيين في الوظائف الأخرى .

١٢ ــ القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٦٤ في شأن التدابير الخاصة بأمن الدولة ، حيث نص المادة (٤) على أنه « لا يجوز الطعن بأي وجه من الوجوه أمام أية جهة كانت في قرارات رئيس الجمهورية الصادرة وفقاً لأحكام القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٦٤ » .

١٣ ــ القرار بقانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٥٩ بضم قسم قضايا وزارة الأوقاف الى ادارة قضايا الحكومة ، حيث نص في المادة (٤) على أن تكون القرارات الصادرة بالتعيين أو تحديد الأقدمية وفقاً لأحكام المادة السابقة نهائية وغير قابلة لأي طعن أو مطالبة أمام أية جهة قضائية » .

١٤ ــ القرار بقانون رقم ٣١ لسنة ١٩٦٣ الذي صدر بتعديل المادة ١٢ من قانون مجلس الدولة رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ ، حيث قرر أنه يستبدل بنص المادة ١٢١ ، من ذلك القانون النص الآتي : لا يختص مجلس الدولة بهيئة قضاء اداري ، بالنظر في الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة . ويعتبر من قبيل أعمال السيادة ، قرارات رئيس الجمهورية الصادرة باحالة الموظفين العموميين على المعاش أو الاستيداع أو فصلهم من غير الطريق التأديبي »[1] .

---

(١) راجع أمثلة لذلك ــ الدكتور عثمان خليل عثمان ، مقالة بعنوان تطور القضاء الإداري بالجمهورية العربية المتحدة ، مجلة العلوم الإدارية ، السنة الأولى ، العدد الأول ص ١١٤ وما بعدها ، كذلك الدكتور سليمان الطماوي ــ القضاء الإداري ــ الكتاب الأول ص ٤٦٤ وما بعدها . =

هذه التشريعات التي ذكرناها ، هي على سبيل المثال لا الحصر ، و
وان دلت على شيء انما تدل على خرق خطير لمبدأ المشروعية وسيادة القانو
الأمر الذي أثار جدلاً عنيفاً بين رجال الفقه والقضاء المصري ، ولدى الر
العام ، ما دفع بالمشرع المصري أخيراً للتراجع عن هذا التقليد بعد أن حـ
دستور سنة ١٩٧١ اصدار مثل هذه التشريعات المانعة من التقاضي.

ثانياً : الوضع بعد دستور سنة ١٩٧١ :

لقد أفرد دستور جمهورية مصر العربية الصادر في ١١ سبتمبر س
١٩٧١ باباً خاصاً لسيادة القانون « الباب الرابع » حيث نصت المادة (٦٤
على أن : « سيادة القانون أساس الحكم في الدولة » . وقضت المادة (٦٥
بأن « تخضع الدولة للقانون ، واستقلال القضاء وحصانته ضمانان أساسيا
لحماية الحقوق والحريات » كما نصت المادة ٦٨ على أن « التقاضي حق مصو
ومكفول للناس كافة ، ولكل مواطن حق الالتجاء الى قاضيه الطبيعي ..
ويحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار اداري من رقـا
القضـــاء » .

وقد جاء هذا النص استجابة لبيان ٣١ مارس سنة ١٩٦٨ الذي وصف
القضاء بأنه الميزان الذي يحقق العدل ويعطي لكل ذي حق حقه ويرد أي
اعتداء على الحقوق والحريات ومن بين الخطوط الأساسية التي رأى أن
يتضمنها الدستور كفالة حق التقاضي . والا ينص في أي اجراء للسلطة عر
عدم جواز الطعن فيه أمام القضاء .

= والدكتور محمود حافظ ، القضاء الإداري الطبعة السادسة ١٩٧٢ ص ٣١٧ وما بعدها ، والدكتور
فؤاد العطار ، مقالة المنشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية بعنوان « كفالة حق التقاضي
ص ٦٥٢ وما بعدها .

وقد اقتضى إعمال هذا النص الدستوري مراجعة النصوص المـــانعة للتقاضي في القوانين القائمة . وبناء عليه فقد قرر مجلس الشعب القانون رقم ١١ سنة ١٩٧٢ بالغاء موانع التقاضي في بعض القوانين وقد صدر هذا القانون بتاريخ ٢٨ مايو١٩٧٢ ونص في مادته الأولى على أن « تلغى كافة صور موانع التقاضي الواردة في نصوص القوانين الآتي بيانها[1] . وكذلك

---

(١) وقد عددت هذه المادة النصوص الواردة في القوانين الآتية :

أولا : في قوانين الاصلاح الزراعي :

١ — الفقرة الرابعة من المادة ١١ من المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بشأن الإصلاح الزراعي المضافة بالقرار بقانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٥٩ .

٢ — الفقرة الأخيرة من المادة ١٤ من المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ المعدلة بالقانون رقم ٥٥٤ لسنة ١٩٥٩ .

٣ — الفقرة الأخيرة من المادة الثانية والعشرين من المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بشأن الاصلاح الزراعي .

٤ — الفقرة الثانية من المادة ٣٥ مكرر (١) من المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ المضافة بالقانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٦ .

٥ — الفقرة الأخيرة من المادة ٤ القرار بقانون رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٣ بتعديل بعض احكام قانون الإصلاح الزراعي .

٦ — المادة السابعة من القانون رقم ٥٤ لسنة ١٩٦٦ بشأن لجان الفصل في المنازعات الزراعية .

ثانياً : في بعض التشريعات الزراعية الأخرى :

١ — الفقرة الرابعة من المادة ١٢ من القانون رقم ٤١٠ لسنة ١٩٥٥ في شأن مراقبة اصناف القطن وتتبعه .

٢ — الفقرة الثانية من المادة ١٣ من القانون رقم ٢٢٨ لسنة ١٩٥٩ بإنشاء صندوق التأمين على الماشية .

ثالثاً : في قوانين الضرائب :

١ — المادة الثانية من المرسوم بقانون رقم ٥١ لسنة ١٩٣٥ الخاص بتقدير ايجار الأراضي الزراعية .

٢ — المادة ١٨ من القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٣٩ الخاص بضريبة الأطيان . =

قرر القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٧٢ بشأن الفصل بغير الطريق التأديبي الصادر بنفس التاريخ والذي كفل لذوي الشأن الطعن في القرارات النهائية الصادرة بالفصل بغير الطريق التأديبي أمام مجلس الدولة بهيئة قضاء اداري . ونصت المادة الرابعة منه على الغاء القرار بقانون رقم ٣١ لسنة ١٩٦٣ من اعتبـــار

= ٣ – المادة السادسة من القانون رقم ٣٧٠ لسنة ١٩٥٣ الخاص بتخفيف الضريبة عن صغار مالكي الأراضي الزراعية .

٤ – الفقرة الثانية من المادة ٢٤ (رابعاً) من القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٤ في شأن الضريبة على العقارات المبنية المعدلة بالقانون رقم ٥٤٩ لسنة ١٩٥٥ .

رابعاً : في قوانين الرسوم القضائية :

١ – الفقرة الثانية من البند ج من المادة ٧٥ فقرة ثانياً من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ الخاص بالرسوم القضائية في المواد المدنية المعدلة بالقانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٦٤ .

٢ – الفقرة الثانية من البند ج المادة ٦٤ فقرة ثانياً من القانون رقم ٩١ لسنة ١٩٤٤ الخاص بالرسوم القضائية أمام المحكمة الشرعية المعدلة بالقانون رقم ١٩٧ لسنة ١٩٦٤ .

٣ – الفقرة الثانية من البند ج من المادة الثانية من القانون رقم ١ لسنة ١٩٤٨ في شأن الرسوم أمام المحاكم الحسبية المعدلة بالقانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٦٤ .

خامساً : في قوانين تنظيم الجامعات وبعض الكليات :

١ – المادة ١١٦ من القانون رقم ١٨٤ لسنة ١٩٥٨ في شأن تنظيم الجامعات .

سادساً : في قوانين العمل والتأمينات الاجتماعية :

١ – الفقرة الثالثة من المادة ٨١ من القانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ باصدار قانون العمل .

٢ – المادة ٤٧ من القانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤ باصدار قانون التأمينات الاجتماعية .

سابعاً : في القوانين الخاصة ببعض العاملين في الدولة

– المادة ١٥ من القانون رقم ١٦٦ لسنة ١٩٥٤ باصدار قانون نظام السلكين الدبلوماسي والقنصلي المعدلة بالقانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٥٧ .

ثامناً : في قانون اعانة المصابين باضرار الحرب

– المادة التاسعة من القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٦٧ بتقرير .

القرارات الصادرة عن رئيس الجمهورية باحالة الموظفين الى المعاش أو الاستيداع أو فصلهم بغير الطريق التأديبي من قبل اعمال السيادة .

المَبحَث الثَاني

موانع التقاضي في التشريعات الميبيـــة

يتفق النظام القانوني الليبي الى حد كبير مع النظام القانوني المصري ذلك أن جل التشريعات الليبية ان لم تكن جميعها مستقاة في مصدرها من التشريعات المصرية سواء في مجال القانون العام أو الخاص .

وعليه فلا غرابة ان نجد أن المشرع الليبي قد تأثر أيضاً بمسلك المشرع المصري بشأن تحصين بعض القرارات الادارية ضد رقابة القضاء .

ومن الأمثلة في التشريعات الليبية ما يلي :

١ ــ قانون نظام القضاء رقم ٢٩ لسنة ١٩٦٢ المعدل بموجب القانون رقم ٨٦ لسنة ١٩٧١ بانشاء المجلس الأعـــلى للهيئات القضائية حيث نص في المادة ٧٣ فقرة ٣ على اختصاص المجلس بالفصل في طلبات الغاء القرارات الادارية النهائية المتعلقة بشئون رجال القضاء والنيابة ، وفي طلبات التعويض المترتبة عليها ، ويكون قرار المجلس نهائياً لا يقبل الطعن بأي وجه من الوجـــوه .

٢ ــ وفي ٢٧ يولية سنة ١٩٦٧ صدر المرسوم بقانون بتعديل بعض أحكام قانون نظام القضاء رقم ٢٩ لسنة ١٩٦٢ ، ونص في المادة الرابعة منه على تشكيل لجنة برئاسة وزير العدل : مهمتها اصدار قرارات باعادة تعيين

رجال القضاء والنيابة وبنقل من لم تتناولهم هذه القرارات ، بقرارات من مجلس الوزراء الى وظائف مدنية وتقوم اللجنة باعادةتشكيل المحاكم والنيابات ، وذلك باجراء حركة التنقلات التي تراها ملائمة بين رجال القضاء والنيابة ، وتنفذ هذه القرارات بمجرد ابلاغها لذوي الشأن بغير حاجـــة لأي اجراء آخر . وفي جميع الاحوال تكون قرارات اللجنة بالتعيين والنقل غير قابلة للطعن بأي وجه من الوجوه .

٣ ــ القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٦٨ بشأن تنظيم الجامعات الليبية حيث نصت المادة ٦٥ على أنه « لا يجوز الطعن بالالغاء أو وقف التنفيذ أمام أية هيئة قضائية في القرارات والأوامر الصادرة من الهيئات الجامعية في شئون طلابها .

٤ ــ القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٧٠ بشأن الاحالة على التقاعد نص في مادته الأولى على أنه « يجوز خلال ستة أشهر من تاريخ العمل بهذا القانون أن يحال الى التقاعد الموظفون المصنفون وغير المصنفين بالحكومة والمؤسسات والهيئات العامة التي يسري على موظفيها قانون التقاعد ، ورجال القضاء والنيابة واعضاء السلك الدبلوماسي والقنصلي . ورجال الشرطة وحرس الجمارك . ونصت المادة الثانية بأنه « لا يجوز الطعن بأي طريق من طرق الطعن في القرارات الصادرة بالاحالة على التقاعد طبقاً لاحكام هذا القانون » .

٥ ــ قرار مجلس قيادة الثورة في ٢٤/ ٢/ ١٩٧٠ حيث نص في المواد ١ ، ٢ على أنه يجوز لمجلس قيادة الثورة خلال ستة أشهر من تاريخ العمل بهذا القرار نقل بعض رجال الشرطة الى وظائف مدنية أخرى أو الى التقاعد قبل بلوغهم السن القانونية .

ونصت المادة الثالثة بأنه لا يجوز الطعن في قرارات النقل أو الاحالة الى التقاعد بأي طريق من طرق الطعن .

٦ ــ قرار مجلس قيادة الثورة الصادر في ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٦٩ بشأن اعادة تنظيم المحاكم والنيابات حيث نص في مادته الأولى أنه « يجوز خلال

شهرين من تاريخ العمل بهذا القرار احالة بعض رجال القضاء المدني والشرعي واعضاء النيابة الى التقاعد أو نقلهم الى وظائف أخرى معادلة لدرجاتهم وذلك بقرار من مجلس قيادة الثورة بناء على عرض وزير العدل وموافقة مجلس الوزراء . ودون التقيد بالقواعد والاجراءات المنصوص عليها في قانون نظام القضاء أو أي قانون آخر » .

وجاء في المادة الثانية على أن « تشكل لجنة برئاسة وزير العدل وعضوية النائب العام ومستشار من المحكمة العليا ورئيس محكمة استئناف مدنية وأخرى شرعية ..... وتختص باعادة تشكيل المحاكم والنيابات وذلك باجراء التنقلات التي تراها ملائمة بين رجال القضاء والنيابة دون التقيد بجهة القضاء التي يتبعونها .... » . ونصت المادة الثالثة من القرار على أن « تكون القرارات الصادرة وفقاً لأحكام المادتين السابقتين نافذة بمجرد ابلاغها لذوي الشأن ، ولا يجوز الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن » .

٧ ـ قرار مجلس قيادة الثورة الصادر في ٢٩ أغسطس سنة ١٩٧٠ بشأن اعادة تشكيل السلكين الدبلوماسي والقنصلي . حيث قضت المواد (١ ، ٢) باعادة تشكيل السلكين الدبلوماسي والقنصلي ونقل من لم يتضمنهم التشكيل لم يتضمنهم التشكيل الى الخدمة المدنية ، وجاء في المادة (٥) من القرار على أن هذا القرار غير قابل للطعن بأي وجه من الوجوه .

ومن المقارنة بين النصوص التشريعية المانعة من التقاضي في القانون المصري والنصوص المقابلة لها في القانون الليبي يتراءى لنا مدى التشابه في الموضوعات التي تناولتها هذه النصوص بالتحصين ضد رقابة القضاء . بل ان من بينها ما أخذ حرفياً عن القانون المصري مثل نص المادة ٦٥ من القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٦٨ بشأن تنظيم الجامعة الليبية والتي تطابق في حرفيتها نص المادة ١١٦ من القانون رقم ١٨٤ لسنة ١٩٥٨ بشأن تنظيم الجامعات في الجمهورية العربية المتحدة .

الفصل بين السلطات ، ومقتضى هذا المبدأ أن تستقل كل سلطة في مباشرة الوظيفة التي اسندها لها الدستور ، بحيث لا يجوز لها أن تعتدي على وظيفة سلطة أخرى . ويترتب على ذلك أن تقتصر وظيفة السلطة التشريعية على وضع تشريعات هي قواعد عامة مجردة ، ومن ثم فليس لهذه السلطة أن تباشر عملاً يدخل في وظيفة احدى السلطتين التنفيذية أو القضائية ما لم يوجد نص في الدستور يقضي بذلك . كما تقتصر وظيفة السلطة التنفيذية على اصدار قرارات عامة أو فردية ، وبذلك لا يجوز لها أن تباشر عملاً تشريعياً أو قضائياً إلا إستثناء وبناء على نص في الدستور . وكذلك الحال بالنسبة للسلطة القضائية فتنفرد بمزاولة وظيفتها القضائية التي تتحصل في تطبيق القانون على المنازعات التي ترفع اليها . سواء وقعت هذه المنازعات بين الأفراد بعضهم والبعض الآخر أو بين السلطات العامة والأفراد . وتفصل السلطة القضائية في هذه الخصومات وذلك باصدارها أحكاماً لها قوة الشيء المقضي به .

وقد التزمت الدساتير المتعاقبة في كل من مصر وليبيا بهذه المبادىء المستقرة في النظم الديمقراطية حيث نصت على حقوق الافراد وحرياتهم وأخذت بمبدأ الفصل بين السلطات واعتبرت السلطة القضائية سلطة مستقلة عن السلطتين التشريعية والتنفيذية .

ففي مصر افردت الدساتير المتعاقبة باباً خاصاً لحريات الأفراد وحقوقهم وفصلاً خاصاً لكل من السلطات الثلاث[1] . وكذلك فعل دستور المملكة الليبية لسنة ١٩٥١ .

وبعد قيام الثورة الليبية في أول سبتمبر سنة ١٩٦٩ وسقوط دستور سنة

---

(١) نص دستور جمهورية مصر العربية سنة ١٩٧١ في الباب الثالث على الحريات والحقوق والواجبات العامة . وخص السلطة القضائية بالفصل الرابع والخامس من الباب الخامس .

١٩٥١ أصدر مجلس قيادة الثورة في ١١ ديسمبر سنة ١٩٦٩ اعلاناً دستورياً مؤقتاً في ١١ ديسمبر سنة ١٩٦٩ ، وقد كفل الحريات والحقوق الأساسية للمواطنين ومبدأ المساواة بينهم ، كما أبقى على استقلال السلطة القضائية[١] .

مما تقدم يتضح أنه وفقاً للأصول الدستورية المتعارف عليها في أغلب النظم القانونية ، هو جعل السلطة القضائية مختصة دون غيرها بمزاولة وظيفة تطبيق القانون على الخصومات التي ترفع اليها ، وولايتها في هذا المجال ولاية كاملة تستند الى نصوص الدستور ذاتها بمنأى عن السلطتين التشريعية والتنفيذية .

واذا خلصنا من هذا العرض الى انفـــراد السلطة القضائية برقابة مبدأ المشروعية وذلك على مقتضى مبدأ الفصل بين السلطات . فمقتضى ذلك أن المشرع الدستوري هو الذي يحدد الأسس والمبادىء التي تحكم تحديد الاختصاص القضائي ويبين أسسه ومداه .

وبذلك يكون البحث في توافر الاختصاص القضائي أو عدم توافره انما يرتد أساساً الى الدستور ذاته ، فقد تنص أحكامه على أن تتولى السلطة القضائية ذاتها تنظيم قضائها وتعيين اختصاصه ، وقد تسند أمر هذا التنظيم وتحديد الاختصاص الى الشارع[٢] .

وقد اتجهت الدساتير في كل من مصر وليبيا صوب الرأي الأخير ، حيث قضت في أحكامها على أن يرتب القانون جهات القضاء ويحدد اختصاصاتها[٣] .

---

(١) تناول الاعلان الدستوري في مواده الحريات والحقوق الأساسية للمواطنين (انظر المواد ٥ ، ١٢ ، ١٣ ، ١٥ ، ٣٠ من الاعلان الدستوري . ونصت المادة (٢٨) منه على أن « القضاة مستقلون ولا سلطان عليهم لغير القانون » .

(٢) الدكتور فؤاد العطار – كفالة حق التقاضي – مجلة العلوم القانونية والاقتصادية السنة الأولى العدد الثاني ص ٦٤٠ .

(٣) تنص المادة ١٦٧ من دستور جمهورية مصر العربية لسنة ١٩٧١ على أن : « يحدد القانون=

ولئن جعل الدستور أمر تنظيم جهات القضاء وتحديد اختصاصاتها من سلطة المشرع . الا أن هذا الاختصاص المفوض للمشرع مقيد بقيدين : أولهما عدم مساس المشرع بوظيفة القضاء التي نص الدستور على أنها من اختصاص السلطة القضائية وحدها . وثانيهما عدم المساس بالحقوق الأساسية التي كفلها الدستور للافراد ومن أهمها حق التقاضي .

وتتناول فيما يلي مسألة تنظيم وتحديد اختصاص السلطة القضائية في حدود هذين المبدأين :

المبدأ الأول : من حيث سلطة المشرع في تنظيم وتحديد اختصاص جهات القضـــاء :

يقتضي البحث في هذا المجال أن نحدد ما المقصود من نص الدستور على أن المشرع يتولى ترتيب جهات القضاء ويحدد اختصاصاتها، وما هي حدود سلطة المشرع في هذا المجال ؟

الواقع أن الاجابة على هذا التساؤل تختلف تبعاً لكون الدستور القائم مرناً أو جامداً . فاذا كان الدستور مرناً ، كما هو في النظـــام الانجليزي ، كانت السيادة للقانون العادي . ويتفرع عن ذلك أن يكون للشارع سلطة تكاد تكون مطلقة في تنظيم جهات القضاء وتحديد اختصاصاتها ؛ فله أن يوسع من هذا

= الهيئات القضائية واختصاصاتها، وينظم طريقة تشكيلها ، ويبين شروط واجراءات تعيين اعضائها ونقلهم» وقد ورد ذات النص في دساتير ١٩٢٣، ١٩٥٦، ١٩٦٤ .

أما في ليبيا فقد كانت المادة ١٤٣ من دستور المملكة الليبية لسنة ١٩٥١ تنص على أن « يحدد القانون اختصاصات المحكمة العليا، ويرتب جهات القضاء الأخرى ويعين اختصاصاتها » أما الاعلان الدستوري ١٩٦٩، فهو وان لم ينص على الأداة التي تتولى تنظيم السلطة القضائية وتحديد اختصاصاتها – الا أن العمل سار على أن تحدد هذه الأمور بموجب قوانين تصدر عن مجلس قيادة الثورة ومثال ذلك قانون رقم ٨٦ لسنة ١٩٧١ بأنشاء المجلس المجلس الأعلى للهيئات القضائية ، والقانون رقم ٨٨ لسنة ١٩٧١ في شأن القضاء الإداري .

الاختصاص أو يقيد منه دون أن يكون للسلطة القضائية ان تراقبه في ذلك .

أما اذا كان الدستور جامداً، كما هو الحال في دستور جمهورية مصر العربية لسنة ١٩٧١ ، كانت السيادة للدستور بوصفه القانون الأعلى للدولة ، وحسبنا دليلاً على ذلك أن أحكام الدستور لا تعدل الا وفقاً لاجراءات أكثر تعقيداً من تلك التي يتم بها تعديل القوانين العادية[1] .

وبذلك يكون مقتضى الأخذ بفكرة الدستور الجامد أن تسمو أحكامه على نصوص القانون العادي ، وذلك بوصف الدستور القانون الأساسي للدولة.

وفي هذا النطاق لنا أن نتساءل عن مدى سلطة المشرع في ترتيب وتحديد اختصاص جهات القضاء .

قدمنا أن الدستور هو الذي ينظم السلطات الأساسية في الدولة ويحدد اختصاصاتها ، وأوضحنا أن مبدأ الفصل بين السلطات يقتضي أن تستقل كل سلطة في مزاولة اختصاصاتها . فلا تباشر اختصاصاً يدخل في نطاق سلطة أخرى الا بناء على نص في الدستور .

ويتفرع عن ذلك أن تنفرد السلطة القضائية بالوظيفة القضائية ولها في ذلك ولاية كاملة ، وعلى ذلك يكون المقصود من عبارة « ترتيب جهات القضاء وتحديد اختصاصاتها» لا يعدو أن يكون توزيعاً للعمل بين مختلف المحاكم

---

(١) تقضي المادة ١٨٩ من دستور جمهورية مصر العربية لسنة ١٩٧١ بأن : «لكل من رئيس الجمهورية ومجلس الشعب طلب تعديل مادة أو أكثر من مواد الدستور ، ويجب أن يذكر في طلب التعديل المواد المطلوب تعديلها والاسباب الداعية لهذا التعديل ، فاذا كان الطلب صادراً من مجلس الشعب وجب أن يكون موقعاً من ثلث أعضاء المجلس على الأقل .وفي جميع الأحوال يناقش المجلس مبدأ التعديل ويصدر قراره في شأنه بأغلبية اعضائه. فاذا رفض الطلب لا يجوز اعادة طلب تعديل المواد ذاتها قبل مضي سنة على هذا الرفض. واذا وافق مجلس الشعب على مبدأ التعديل يناقش بعد شهرين من تاريخ هذه الموافقة المواد المطلوب تعديلها . فاذا وافق على =

جامعة قاريونس
كلية القانون

التي يتكون من مجموعها السلطة القضائية . وذلك على أساس طبيعة المنازعة (مدنية ، شرعية ، جنائية ، ادارية ، دستورية) . فالقانون يجب أن يقصر غرضه على ترتيب أداة استعمال السلطة القضائية دون التعرض للسلطة ذاتها .

وعليه يجب أن يصدر القانون الذي ينظم جهات القضاء ويحدد اختصاصاتها في حدود هذا التقييد الدستوري والا كان مخالفاً لاحكام الدستور[1] .

ويترتب على هذه النتائج :

١ ــ انه ليس للمشرع العادي استناداً الى اختصاصه في ترتيب جهات القضاء وتحديد اختصاصاتها ــ ان يقتطع جزء من وظيفة القضاء ، ويسنده الى جهة أخرى غير قضائية تستقل بنظره ، ذلك أن قيام جهة غير قضائية بوظيفة السلطة القضائية ، هو اعتداء من جانب الجهة الأولى على الجهة الثانية ، من شأنه أن ينتقص من ولاية القضاء التي أوجب الدستور أن تكون كاملة .

٢ ــ أما النتيجة الثانية ، وهي متفرعة عن الأولى ، فتتحصل في أنه ما لم يوجد نص في الدستور ، ليس للشارع العادي بأن ينشىء محاكم خاصة مستقلة عن السلطة القضائية ويسند اليها الفصل في بعض المنازعات التي تدخل أصلاً في وظيفة القضاء ، وينص على أن تكون أحكامها انتهائية ، بحيث لا يجوز الطعن فيها أمام محاكم السلطة القضائية ، ذلك أن المحاكم التي تختص بالفصل في الخصومات القضائية هي تلك التي يتكون من مجموعها السلطة القضائية ، لما روعي في اختيار اعضائها ، ووضع القواعد والاجراءات التي

= التعديل ثلثا أعضاء المجلس عرض على الشعب لاستفتائه في شأنه . فأذا وافق على التعديل اعتبر نافذاً من تاريخ اعلان نتيجة الاستفتاء».

(١) الدكتور فؤادالعطار ، المرجع السابق ، ص ٦٢٢ وما بعدها .

تتبع أمامها من كفالة حقوق الأفراد وحرياتهم . ومن ثم فليس للمشارع أ
ينشىء محاكم خاصة مستقلة عن الجهة القضائية في غير الحالات التي نص
عليها الدستور.

وحسبنا دليلاً على ذلك أن المشرع الدستوري نفسه التزم هذه القاعدة
حيث خص السلطة القضائية وحدها بولاية القضاء ، وقد جرى العمل أ
المشرع الدستوري اذا رأى انشاء بعض المحاكم الخاصة ، أن ينص على ذلك
في صلب الدستور ذاته[1] .

ويبنى على ذلك أن النص الوارد في الدستور بشأن جواز انشاء محاكم
خاصة معينة ، هو نص استثنائي جاء على خلاف الأصل ، ومن ثم لا يصح
التوسع فيه أو القياس عليه أو الاستنتاج منه في جواز انشاء محاكم خاصة
مستقلة غير تلك التي نص عليها الدستور[1] .

فما دام ان المشرع الدستوري وحده هو الذي يملك تقييد ولاية القضاء. كان
من البديهي أن الشارع العادي لا يملك ذلك . ومن ثم يكون التشريع الذي يبيح
انشاء محاكم خاصة مستقلة عن السلطة القضائية تنفرد بجزء من الولاية القضائية
هو تشريع باطل ، فاذا طرح النزاع أمام القضاء ودفع بعدم مشروعية هذ

---

(١) تقضي المادة ١٧١ من دستور جمهورية مصر العربية لسنة ١٩٧١ على أن « ينظم القانو
ترتيب محاكم أمن الدولة ويبين اختصاصاتها والشروط الواجب توافرها فيمن يتولون القضاء فيها
كذلك تنص المادة ١٨٣ على أن : ينظم القانون القضاء العسكري ويبين اختصاصاته في حدو
المبادىء الواردة في الدستور » .

وكانت المادة ١٤٩ من دستور المملكة الليبية لسنة ١٩٥٦ تنص على أن «ينظم القانو
ترتيب المحاكم العسكرية ، ويبين اختصاصاتها والشروط الواجب توافرها فيمن يتولو
القضاء فيها » .

(١) الدكتور فؤاد العطار ، المرجع السابق ص ٤٤٦ .

القانون، وجب عليه أن يستبعده من نطاق التطبيق ويقضي باختصاصه بنظر هذه المسائل . ولا يغير من ذلك أن ينص القانون على تسمية هذه الجهات غير القضائية « محاكم » والقرارات التي تصدرها « أحكاماً » فهذه الجهات لا تعدو أن تكون جهات ادارية ذات اختصاص قضائي . واحكامها ليست الا قرارات ادارية من حيث طبيعتها ، مما يجوز الطعن فيها أمام القضاء[1] .

---

(١) ولذلك نرى عدم دستورية القانون رقم ٩ لسنة ١٩٥٩ بشأن منازعات الأراضي القبلية المعدل بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٦٣ ؛ والذي ينص على أن تختص بالفصل في المنازعات الخاصة بالأراضي القبلية ، غير المسجلة بمصلحة التسجيل العقاري، لجان يصدر بتشكيلها قرار من وزير العدل بالاتفاق مع وزير الداخلية وتكون برئاسة أحد قضاة المحكمة الابتدائية(م ١). وتستأنف قرارات من اللجان الابتدائية أمام لجنة استئنافية تشكل بنفس الكيفية التي تشكل بها اللجان الابتدائية وتكون برئاسة أحد مستشاري محاكم الاستئناف (م ٧، ٨). ونصت المادة التاسعة على أن تكون قرارات اللجنة الاستئنافية الصادرة في النزاع نهائية ولا يجوز بأي حال الطعن فيها أمام أية جهة قضائية . وقد أعفى القانون ، هذه اللجان من اتباع قواعد قانون المرافعات . ونستند في رأينا هذا الى أساسين :

أ) ان هذه اللجان لا تعتبر جهات قضائية تكون لأحكامها حجة الشيء المقضى به ، بل هي مجرد لجان إدارية ذات اختصاص قضائي ، وبالتالي فان القرارات التي تصدرها في شأن النزاع تعد قرارات ادارية ، يجوز الطعن فيها أمام محاكم القضاء الاداري طبقاً لنص المادة ٢٥١ من القانون رقم ٨٨ لسنة ١٩٧١ في شأن القضاء الإداري ، بل ان المشرع نفسه قد وصف القرارات التي تصدرها هذه اللجان في شأن هذه الطائفة من المنازعات على أنها قرارات وليست أحكاماً .

ب) انه حتى ولو سلمنا بأن هذه اللجان هي جهات قضائية وان ما تصدره من قرارات يعد أحكاماً قضائية لها حجية الأمر المقضى به . فانه لا يجوز للمشرع أن ينشيء جهات قضائية خاصة — يخصها بالفصل في نوع معين من المنازعات دون أن تخضع لرقابة المحكمة العليا فباعتبارها اعلى سلطة قضائية في الدولة وتتولى الرقابة على سلامة تطبيق القانون. وذلك دون الاستناد الى نص في الدستور يجيز للمشرع انشاء مثل هذه المحاكم الخاصة . كما فعل المشرع الدستوري عندما نص في المادة (١٤٩) من الدستور (دستور المملكة الليبية لسنة ١٩٥١) الذي=

٣ ـ أنه ليس للشارع أن يستند الى اختصاصه في ترتيب جهات القضاء وتحديد اختصاصاتها ، فيقتطع بعض المنازعات من ولاية القضاء متى ترتب عليها مساس بحق للأفراد . ويستوي في ذلك أن يكون المنح كلياً أو جزئياً ، فاذا خرجت السلطة التشريعية على هذا القيد الدستوري ولم تلتزمه عد التشريع غير دستوري ، ويتعين على المحاكم الامتناع عن تطبيقه اذا ما دفع أمامها بعدم دستوريته ، ويستوي في ذلك أن يكون القطاع القضائي المأخوذ به موحداً أو مزدوجـــاً .

= صدر في ظله هذا القانون حيث نص على امكانية انشاء المحاكم عسكرية خاصة .

وعليه فان القرارات الصادرة عن هذه اللجان لا تعدو أن تكون قرارات ادارية على أحسن الفروض ذلك أنها وان كانت تشمل في تشكيلها عنصراً قضائياً الا أن أغلب اعضائها هم من شيوخ القبائل الذين يختارون من قبل وزير العدل بالاتفاق مع وزير الداخلية — وبالتالي فانه لا يجوز للمشرع أن يحصن قراراتها من رقابة القضاء والا عد ذلك انتهاكاً لمبدأ الدستورية .

على أن محكمتنا العليا قضت في احكامها بخلاف هذا الرأي فقد جاء في حكمها الصادر بتاريخ ٢٠ يونيه ١٩٦٤ رد على الطعن بعدم دستورية المادة ٩ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٥٩ والتي تنص على نهائية القرارات الاستئنافية وتحريم الطعن عليها بأي طريق من طرق الطعن بمقولة أنه مخالف لنص المادة ١٤ من الدستور والتي تكفل حق التقاضي أمام جميع الدرجات . حيث قالت : « ... وحيث انه لا جدال في أن القانون رقم ٩ لسنة ١٩٥٩ قد صدر من الجهة التشريعية صاحبة ولاية التشريع وجاء في المادة التاسعة منه ان القرارات الصادرة من اللجان الاستئنافية غير قابلة للطعن عليها أمام أية جهة قضائية . كما أن المادة (١٤) من الدستور والتي يستند اليها الطاعن تنص على أن حق القاضي مكفول للجميع في حدود القانون ووفقاً لأحكامه ، ولما كان القانون المذكور قد صدر محدداً جهة الاختصاص في الفصل في المنازعات المتعلقة بملكية الأراضي والآبار التي لم تسجل من قبل والتي يحوزها أفراد القبائل وواضعاً قواعد خاصة للتقاضي واعفى اللجان من اتباع قواعد قانون المرافعات ... وما دام هذا القانون قد صدر صحيحاً أي وفق الدستور فلا يمكن أن يعاب عليه بعدم دستوريته لتنظيمه لاجراءات المحاكمة وتحريمه الطعن في القرارات الاستئنافية أمام أية جهة

ففي نظام القضاء الموحد ، توكل الوظيفة القضائية الى جهة واحدة هي المحاكم العادية ، وتكون ولايتها في القضاء كاملة ، وللشارع أن يوزع العمل بين مختلف المحاكم التي تتكون منهـا جهة القضاء. فيسند الى كـل نوع مـن أنواع هذه المحاكم المنازعـات التي تتفق وطبيعة اختصاصها . كأن يوزع القضايا بين المحاكم التي يتكون من مجموعها القضاء العادي تبعا لكونها مدنية أو تجارية أو جنائية أو أحوال شخصية . كما أن للشارع العادي أن يضيق من هذا الاختصاص أو يوسع فيه ، ولكن لا يجوز له أن ينتقص من ولاية القضاء الكاملة الا بناء على نص في الدستور .

اما نظام القضاء المزدوج فمؤداه وجود جهتين قضائيتين ، احداهما تختص بالمنازعات الادارية والأخرى والمنازعات المدنية ، وقد يتم تحديد جهتي القضاء من جانب الشارع على أساس طبيعة المنازعة ، وبذلك تصبح كل جهة قضائية ذات ولاية عامة في دائرة اختصاصها ، كما هو الحال في النظام الفرنسي والمصـــري[1] .

وقد يقتصر الشارع في ذلك على بيان اختصاص احدى الجهتين القضائيتين ، وبذلك تصبح الجهة القضائية الأخرى صاحبة الولاية العامة فيما لم يرد بشأنه

= قضائية ... » . (انظر حكم المحكمة العليا في قضية الطعن رقم ٢٢ / ١٠ — مجلة المحكمة العليا السنة الأولى : العدد الثاني ص ٤٠ وما بعدها) .

هذا والجدير بالذكر أنه بعد قيام ثورة أول سبتمبر ١٩٦٩ ، اصدر مجلس قيادة الثورة قانوناً في شأن الأراضي والآبار القبلية ، قضى في مادته الأولى باعتبار جميع الأراضي والآبار القبلية غير المسجلة بمصلحة التسجيل العقاري ملوكة للدولة ، والغاء كافة التسجيلات العقارية المبينة على قرارات لجان منازعات الأراضي والآبار القبلية . كما قضت المادة التاسعة منه على الغاء القانون رقم ٩ لسنة ١٩٥٩ المعدل بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٦٣ المشار اليه .

(١) تنص المادة (١٠) فقرة (رابع عشر) من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٦٢ بشأن مجلس الدولة على اختصاص المجلس بسائر المنازعات الإدارية .

نص . وهذا هو النظام المتبع في ليبيا . حيث خص الشارع القضاء الاداري بمنازعات ادارية معينة وفيما عداها يختص بشأنها القضاء العادي[1] .

المبدأ الثاني : من حيث كفالة الدستور لحق التقاضي :

لئن قيد الدستور سلطة المشرع العادي —وهو بصدد تنظيم جهات القضاء وتحديد اختصاصاتها— بعدم المساس بوظيفة القضاء أو الانتقاص منهـا ، بحيث لا يتخذ ذلك وسيلة لعزل القضاء عن نظر منازعات معينة مما يدخل في اختصاصه . ذلك أن المشرع الدستوري انما يفوض المشرع العادي في تنظيم الهيئات القضائية وتحديد اختصاص كل منها لا في اهدار هذا الاختصاص أو الانتقاص منه والا كان متجاوزاً حدود التفويض مخالفاً للدستور ، لئن كان ذلك كذلك الا أن هذا الشرط وان كان لازماً لضمان استقلال السلطة القضائية في أداء وظيفتها في النطاق الذي حدده الدستور . الا أنه ليس وحده بكاف لضمان هذا الاستقلال . فيجب أن يكمله ويتممه شرط آخر هو كفالة الدستور لحق الافراد في الالتجاء الى القضاء فيما يدعونه من حقوق . ففي ذلك حماية لولاية القضاء الكاملة من جانب ، وضمان حقوق الافراد وحرياتهم من جانب آخر . ولا يتأتى ذلك الا اذا نص في الدستور على أن حق التقاضي حق أصيل ومصون ، وبذلك يكون قيداً للشارع العادي لا يجوز له أن ينال منه على أية صورة من الصور .

وهكذا دأبت الدساتير على النص على حق الافراد في الالتجاء الى القضاء، فقد نص الدستور المصري لسنة ١٩٧١ في المادة (٦٨) على أن « التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة ، ولكل مواطن حق الالتجاء الى قاضيه

---

(١) صدر القانون رقم ٨٨ لسنة ١٩٧١ في شأن القضاء الإداري ، المنازعات الإدارية التي تكون من اختصاص دوائر القضاء الإداري (المواد ٢ ، ٣ ، ٤ ، ٥) .

الطبيعي ... » . بل ان الدستور المصري لم يكتف بهذا القدر لكفالة حق التقاضي وانما نص صراحة على أن يحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار اداري من رقابة القضاء .

هذا كما أن الاعلان الدستوري الليبي نص في مادته الثلاثين على أن « لكل شخص الحق في الالتجاء الى المحاكم وفقاً للقانون » .

يفهم مما تقدم أن المشرع الدستوري ، وان أباح للمشرع العادي تنظيم ممارسة الافراد لحق التقاضي ، بقانون فانه لا يقصد من ذلك تفويض المشرع العادي في نقض هذا الحق أو الانتقاص منه . بل انه قصد مجرد تنظيم ممارسة هذا الحق . فاذا خرج المشرع على هذا الفرض بأن نقضه أو انتقص منه كان ذلك خروجاً منه على أحكام الدستور .

وعليه فان حق التقاضي يرتبط بممارسة القضاء لوظيفته التي خصه بها الدستور ، الا وهي مهمة الفصل في الخصومات . ولا يمكن القول بأن تقييد حق الالتجاء الى القضاء انما ينصب على منع قبول الدعوى أمام القضاء . وبالتالي لا يمس استقلال القضاء أو ينتقص من ولايته الكاملة . ذلك أن السلطة القضائية لا تملك التصدي للخصومات من تلقاء نفسها ، بل يتعين عليها أن تظل في مكانها الذي حدده لها القانون الى أن تعرض عليها هذه الخصومة في صورة دعوى قضائية ، ولا يمكن أن يتم ذلك الا عن طريق مباشرة الأفراد لحقهم في الالتجاء الى القضاء . فاذا صدر تشريع ومنع سماع الدعوى بالنسبة لمسائل معينة . كان هذا مقيداً لحق التقاضي الذي كفله الدستور ولزم القضاء أن يمتنع عن تطبيقه ذلك أن كل تقييد لحق التقاضي هو في حقيقة الأمر تقييد لوظيفة السلطة القضائية في مباشرة ولايتها القضائية كاملة ولما ينطوي عليه من اهدار للحقوق التي كفلتها نصوص الدستور .

ولا يغير من هذه النتيجة كون التقييد الذي أورده القانون تقييداً كلياً

يرقى الى مستوى المصادرة المطلقة لحق التقاضي أو تقييداً جزئياً لبعض هذا الحق [١] .

المبحث الثاني

موقف الفقه والقضاء من التشريعات المانعة من التقاضي في ضوء هذه الأسس والمبادىء

نتناول في هذا المبحث مذهب كل من الفقه والقضاء تجاه النصوص التشريعية التي تستبعد بعض القرارات الادارية من رقابة القضاء ، سواء كان استبعاداً كلياً أو جزئياً ، وما انتهى اليه الرأي من حيث مشروعية هذه النصوص أو عدم مشروعيتها في القضاءين المصري ، والليبي .

ونقتصر في هذا المجال على موقف القضاء الاداري في كل من مصر وليبيا باعتباره الجهة المختصة بالفصل في المنازعات المتعلقة بالقرارات الادارية الغاء وتعويضاً[٢] . مع الاشارة الى موقف المحكمة العليا في مصر باعتبارها محكمة القضاء الدستوري .

الا أنه لا يفوتنا في هذا المجال — وقبل أن نأتي على ذكر موقف القضاءين

---

(١) الدكتور فؤاد العطار ، المرجع السابق ص ٦٤٨ وما بعدها .

(٢) على أن القانون الليبي لا يزال يترك الخيار لذوي الشأن بالنسبة لدعاوى التعويض — بين الالتجاء الى القضاء الإداري أو القضاء العادي (م ٣ من القانون رقم ٨٨ لسنة ١٩٧١ في شأن القضاء الإداري) .

المصري والليبي من هذه المشكلة ــ أن نشير الى بعض النظم القانونية المقارنة والتي تتأثر بها نظمنا القانونية بشكل أو بآخر.

فيمكننا القول بادىء ذي بدء أن هذه الظاهرة لم تكن مقصورة على النظام القانوني المصري أو الليبي ، بل انها تكاد تكون ظاهرة عامة امتدت الى كثير من الدول مثل انجلترا وأمريكا وفرنسا .

ففي انجلترا ــ ذات الدستور المرن ــ بمعنى أنه يمكن تعديل الدستور بنفس الاجراءات وبواسطة ذات السلطة التي تضع القوانين العادية ، بحيث يتفرع عن ذلك أن يكون للشارع العادي الانجليزي سلطة تكاد تكون مطلقة في تنظيم جهات القضاء وتحديد اختصاصاتها ، فله أن يوسع من هذه الاختصاصا أو يقيدها دون أن يوصم عمله بعدم المشروعية .

ومع هذا فانه حينما أسرف البرلمان الانجليزي في موافقة الادارة على استبعاد كثير من القرارات الادارية من رقابة القضاء ، وذلك بموجب ما يسمى بقوانين التضمينات bills of indemnity وهي القوانين التي تصدر عقب الغاء الاحكام العرفية مقررة عدم قبول أي طعن أو دعوى أو دفع بشأن الأوامر العسكرية التي تكون قد صدرت في فترة اعلان الاحكام العرفية . ويقصد بها تغطية القرارات الاجراءات والتصرفات التي أصدرتها السلطة القائمة على تنفيذ الاحكام العرفية ، باعفائها من رقابة القضاء الغاء وتعويضاً . وقد أثار هذا التقليد سخط الكثير من الفقهاء والرأي العام مما انتهى بالحكومة الى تشكيل لجنة مشتركة تجمع مختلف العناصر يطلق عليها The Donoughmare Committee نسبة الى رئيسها ، لبحث هذه الظاهرة ، وقد أوصت اللجنة بالحد من هذا التقليد [1] .

---

(١) الدكتور سليمان الطماوي – القضاء اداري ، الكتاب الأول ص ٤٦٣ – ٤٦٤ .

أما في الولايات المتحدة الأمريكية ، فقد استقر القضاء بالنسبة للتشريعات التي تمنع قبول الطعن في أنواع معينة من القرارات الادارية على أن يفرق بين حالتين :

الحالة الأولى : وتتحصل فيما اذا كان القرار المطعون فيه يتصل بمسألة من المسائل التي تترخص الادارة في اصدارها كتلك التي تقوم على أساس الترخيص للأجنبي بالدخول الى أراضي البلاد . وهذه تستقل الادارة بهـا ويطلق على هذه المسائل :

The cases involving so-called grants, benefits, or «privileges» where the state accords to the individual something to which he has no pre-existing legal right. (Bernard Schwartz, an introduction to American Administrative Law, New York 1958 p. 166) (1)

الحالة الثانية : وتتمثل في القرارات التي تصدرها الادارة وتمس حقاً للأفراد ، وهذه أخضعها لرقابته ، رغم أن النص المانع واحد في الحالتين .

وتطبيقاً لهذا المبدأ فرق القضاء في حالة ابعاد أجنبي — رغم أن القانون ينص على أن تترخص الادارة في ابعاد الأجنبي — بين الأجنبي الذي يصدر قرار بابعاده قبل دخوله الأراضي الأمريكية ، وذلك الذي يصدر قرار بابعاده بعد أن يكون دخل الأراضي الأمريكية فعلاً . فاعتبر الحالة الأولى من المسائل التي تستقل الادارة بها ، وأخضع الثانية لرقابته تأسيساً على أنها تمس حقاً تعلق بأجنبي لوجوده فعلاً في الأراضي الأمريكية .

وقد أبرزت محكمة مقاطعة ماريلاند **Maryland** هذا المعنى بجلاء ، فقضت بانه اذا صدر قانون يسند الى الادارة نشاطاً معيناً ويمنع المحاكم من نظر المنازعات التي تنشأ عن تطبيقه ، عد ذلك القانون مخالفاً للدستور . واستند

---

(١) راجع في ذلك الدكتور فؤاد العطار — المرجع السابق ص ٦٥٤ ، ٦٥٥ .

القضاء في ذلك الى أنه لا يجوز للسلطة التشريعية أن تمنح المحاكم من مباشرة وظيفتها الاساسية التي تقوم على رقابة نشاط الجهات الادارية وتهدف الى ابطال كل قرار غير مشروع متى مس حقاً من حقوق الأفراد أو حرياتهم .

«A statutory provision for administrative conclusiveness cannot override the basic principle that the Legislature cannot divest the courts of their inherent power to review the actions of administrative agencies which are illegal, arbitrary, or unreasonable and which impair personal or property right (schwarz p. 166) (1)

أما في فرنسا ، فيلاحظ أن فكرة حماية الادارة وتحصين نشاطها من رقابة القضاء ، هي أساس نشأة القضاء الاداري ذاته . ذلك أنه بعد قيام الثورة الفرنسية سنة ١٨٧٩ عمد رجال الثورة الى الغاء المحاكم القضائية والتي كانت تسمى « بالبرلمانات » لما عرف عنها من التدخل في نشاط الادارة وتحول دون تحقيق الإصلاحات التي تنوي الادارة اجراءها . ولم يكتف رجال الثورة الفرنسية بالغاء البرلمانات . ولكنهم — خوفاً من أن تستأنف المحاكم القضائية ، التي ستحل محل البرلمانات ، حربها وتدخلها في شئون الادارة — قرروا في قانون ١٦ — ٢٤ أغسطس سنة ١٧٩٠ الخاص بالتنظيم القضائي ، مبدأ الفصل بين الهيئات الادارية والهيئات القضائية . وقد ضمنوا هذا المبدأ في المادة ١٣ من ذلك القانون اذ نصت على أن « الوظائف القضائية مستقلة ، وتبقى منفصلة عن الوظائف الادارية . وعلى القضاة ، والا كانوا مرتكبين لجريمة الخيانة العظمى — الا يتعرضوا بأية وسيلة من الوسائل لأعمال الهيئات الادارية :

«Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeuront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à

---

(١) الدكتور فؤاد العطار — المرجع السابق ص ٦٥٦ .

peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs».

وتأكد هذا المبدأ كذلك في قانون ١٦ فريكتيدور للسنة الثالثة ، الذي يقرر أن القضاة لا يمكنهم التعدي على الوظائف الادارية ، أو محاكمة رجال الادارة عن اعمال تتصل بوظائفهم ، ويحظر على المحاكم حظراً مطلقاً النظر في اعمال الادارة[1] .

«Les juges; ne peuvent eut reprendre sur les fonctions administratives, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions. Défense itératives sont faites aux tribunaux de connaitre des actes d'administration de quelque espèce qu'ils soient».

وعوضاً عن ذلك فقد ترك أمر الفصل في المنازعات الادارية الى الادارة ذاتها، وهو ما يعرف بالوزير القاضي أو الادارة القاضية - (L'administration juge) على أن الأمر قد تطور في فرنسا من الادارة القاضية الى القضاء المحجوز (Justice retenue) الى أن وصل في مرحلته الأخيرة الى القضاء المفوض (Justice déléguée) وذلك بموجب القانون الصادر في ٢٤ مايو سنة ١٨٧٢ الذي أنهى مرحلة القضاء المقيد أو المحجوز ، بحيث لم تعد أحكام مجلس الدولة الفرنسي في حاجة الى تصديق أو موافقة من السلطة الادارية ، وانما تكون نافذة لمجرد صدورها . وبذلك أصبح مجلس الدولة ومجالس الأقاليم محاكم تفصل في المنازعات الادارية ، الى جانبه المحاكم العادية التي تفصل في المنازعات المدنية .

وقد أثبت القضاء الاداري الفرنسي ، على أنه جدير بهذه المهمة وأنه قادر على حماية حقوق الأفراد وحرياتهم والحد من تعسف الادارة وجنوحها .

---

(١) الدكتور ثروت بدوي ، مبادىء القانون الإداري – المجلد الأول سنة ١٩٧٠ ص ٦٤ ، ٦٥ .

فقد ابتدع عدة نظريات في القانون الاداري تحد من سلطة الادارة وتخولها على حقوق الأفراد وحرياتهم كنظرية المسئولية الادارية وتحمل المخاطر . والطعن بتجاوز السلطة .

ومع ذلك فان المشرع الفرنسي كثيراً ما لجأ الى تحصين بعض الأعمال الادارية من رقابة القضاء . الا أن القضاء الفرنسي رغم أنه يأخذ بمبدأ سيادة القانون العادي لا القانون الدستوري فان مجلس الدولة قد قضى — في شأن حظر الطعن بالالغاء في بعض القرارات الادارية ، بأن دعوة الالغاء لا ترتبط القانون من القوانين وأنها مجرد أداة لتحقيق مبدأ المشروعية وفقاً لمبادىء القانون العام . ومن ثم فقد انتهى الى اهدار النصوص التشريعية التي تمنع القضاء من التصدي لرقابة القرارات الادارية على أساس أنه غير معنى بها . (حكم مجلس الدولة بتاريخ ١٧ فبراير سنة ١٩٥٠ في قضية Dame Lamotte [1]

وبعد هذا العرض الموجز لموقف كل من القضاء الأمريكي والفرنسي من النصوص التشريعية المانعة من التقاضي ، نعرض فيما يلي الى موقف كل من الفقه والقضاء المصري والليبي . من هذه التشريعات .

أولاً : موقف القضاء :

أ) موقف القضاء المصري :

لقد طرحت مسألة دستورية النصوص التشريعية أمام القضاء المصري ليقول فيها رأيه ،وسنتناول في هذا البحث موقف كل من مجلس الدولة المصري باعتباره الجهة القضائية المختصة بالفصل في المنازعات والطعون . المتعلقة بالقرارات الادارية التي حصنها المشرع من رقابة القضاء ، ثم الى

---

(١) انظر فيدل – القانون الإداري ص ٣٩٢ .

موقف المحكمة العليا وهي الجهة القضائية التي أصبحت مختصة دون غيرها بالفصل في دستورية القوانين وذلك منذ انشائها بموجب القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ .

١ ـ موقف مجلس الدولة (القضاء الاداري) :

ويمكننا في هذا المجال أن نفرق بين موقف كل من محكمة القضـــاء الاداري ثم موقف المحكمة الادارية العليا .

مسلك محكمة القضاء الاداري :

يتسم مسلك المحكمة من هذه الظاهرة بالاعتدال فهي قد وقفت منها موقفاً وسطاً ، اذ فرقت بين حالتين : حالة ما اذا كانت الحصانة التي يضفيها المشرع على القرارات الادارية مطلقة ، بمعنى أنها تغلق في مواجهة المواطنين كافة سبل الطعن الغاء وتعويضاً ، وحالة ما اذا منع المشرع طريق الالغاء وابقى طريق التعويض مفتوحاً ، ففي الحالة الأولى استقرت أحكام المحكمة على عدم دستورية التشريع . أما في الحالة الثانية فقد رأت دستوريته . ونورد فيما يلي أمثلة من قضاء المحكمة في الحالتين :

الحالة الأولى : التشريع الذي يغلق جميع سبل الطعن هو تشريع غير دستوري :

ومن ذلك حكمها الصادر في ٢٠ مايو سنة ١٩٥٦ والذي تقول فيـــه : « ... ان منع سماع الدعوى في أي تصرف أو أمر أو قرار صدر من السلطة القائمة على اجراء الاحكام العرفية ، كما تقضي بذلك المادة الثانية من القانون رقم ٥٠ لسنة ٥٠ هو اعفاء لهذه السلطة من أية مسئولية ترتبت على تصرفاتها المختلفة لقانون الأحكام العرفية ذاته ، واعفاء سلطة عامة اعفاء مطلقاً من

كل مسئولية تحققت فعلاً في جانبها من شأنه أن يخل اخلالاً تاماً بحقوق الافراد في الحرية وفي المساواة في التكاليف والواجبات ، وهي المبادىء الأساسية التي نص عليها الباب الثاني من دستور سنة ١٩٢٣ الذي صدر في ظله القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٥٠ . كما نصت عليها المبادىء العامة في كل من الاعلان الدستوري الصادر في ١٠ فبراير ١٩٥٣ والصادر في ١٨ يونيه ١٩٥٣ وتقضي بأن المصريين لدى القانون سواء فيما لهم من حقوق وما عليهم من واجبات وان الحرية الشخصية وحرية الرأي مكفولة في حدود القانون . وان للملكية وللمنازل حرمة وفق أحكام القانون، وكذلك الباب الثالث من مشروع دستور الجمهورية المصرية لسنة ١٩٥٦ على أن الدولة تكفل الحرية والأمن والطمأنينة وتكافؤ الفرص لجميع المصريين الذين هم لدى القانون سواء ، وهم متساوون في الحقوق والواجبات العامة وان القانون يكفل حق الدفاع أصالة أو بالوكالة . وبذلك يكون القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٥٠ السالف الذكر قد جاء مخالفاً – فيما تضمنه من نص المادة الثانية منه – لاحكام الدستور الذي صدر ذلك القانون في ظله ، بل هو مخالف أيضاً لجميع المبادئ والأحكام التي صدرت خلال فترة الانتقال ، بل وتلك التي جاء بها مشروع دستور الجمهورية المصرية المعلن في ١٦ يناير سنة ١٩٥٦ »[1] .

الحالة الثانية : التشريع الذي يمنع الالغاء فحسب دستوري :

من ذلك ما جاء في حكمها الصادر في ٢٦ مارس سنة ١٩٥٧ حيث تقول : « ... الأصل في القرارات الصادرة من الجهات الادارية بناء على سلطتها العامة في حدود اختصاصاتها ، انها ملزمة للناس ولا يملكون المطالبة قضائياً بالغائها أو وقف تنفيذها . وليس لهم الا المطالبة بالتعويض عنها .

---

(١) مجموعة مجلس الدولة – السنة العاشرة ص ٣٣٤ .

اذا كانت مخالفة للقانون . وقد ظل هذا الأصل قائماً الى ان صدر القانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ بانشاء مجلس الدولة فاستحدث امكان الطعن في القرارات الادارية بالوقف أو الالغاء . ولا ريب ان هذا استحداث لاحق لا يكون مقرراً للناس من قبل افراداً أو موظفين ، يقابله انتقاص من سلطة الادارة لاخضاع قراراتها للرقابة القضائية وجعلها قابلة للوقف والالغاء ، بعد أن كان لا معقب عليها في هذا الشأن . وبتقرير هذا الحق أصبحت الدعاوى ترفع على أساسه الى مجلس الدولة بطلب الغاء تلك القرارات . وقد درج المشرع منذ انشاء مجلس الدولة على افساح مدى هذا الحق تارة ، فيبيح المطالبة بالغاء قرارات لم يكن من الجائز المطالبة بالغائها . ويضيقه تارة أخرى فيلغيه بالنسبة الى قرارات كانت المطالبة بالغائها امراً جائزاً من قبيل ، وذلك حسب ما يراه متفقاً مع المصلحة العامة التي ينشدها من وراء هذه التوسعة والتضييق على حد سواء .. »[1] .

مسلك المحكمة الادارية العليا :

حينما انشئت المحكمة الادارية العليا لأول مرة بموجب القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ كان قضاء مجلس الدولة المصري مستقراً على التفرقة السابقة . الا أن المحكمة الادارية العليا التزمت موقفاً مغايراً من هذه المشكلة ، فقد درجت في قضائها على الحكم بدستورية التشريعات التي تحرم جميع أنواع الطعون القضائية الغاء وتعويضاً .

ومن ذلك حكمها الصادر في ٢٩ يونيه سنة ١٩٥٧ في القضية رقم ١٦١ سنة ٣ ق المتعلقة بالطعن في الحكم الصادر من محكمة القضاء الاداري بتاريخ

---

(١) مجموعة مجلس الدولة السنة الحادية عشرة ص ٣١٥ ، وبذات المعنى حكمها الصادر في ١٥ مارس سنة ١٩٥٤ – السنة الثانية ص ٩٦٩ .

٢١ نوفمبر سنة ١٩٥٦ بشأن شرعية القانون رقم ٦٠٠ لسنة ١٩٥٣ والذي يخول في مادته الثانية الحكومة حق احالة الموظفين الى المعاش مع حرمانهم من حق الطعن في القرارات الصادرة بهذا الخصوص الغاء وتعويضاً . وقد قضت محكمة القضاء الاداري بدستورية القانون رقم ٦٠٠ لسنة ١٩٥٣ فيما جاء به من حرمان الموظفين من حق الطعن بالالغاء . أما فيما يتعلق بحرمانهم من طلب التعويض عن قرارات الاحالة الى المعاش فقد قضت المحكمة بعدم دستورية القانون المشار اليه في هذا الخصوص .

ولما عرض الأمر على المحكمة الادارية العليا ، قضت بدستورية نص المادة الثانية من القانون رقم ٦٠٠ لسنة ١٩٥٣ وجاء فيه « ... ان نص المادة الثانية من القانون رقم ٦٠٠ لسنة ١٩٥٣ ، وان جاء مضيقاً لاختصاص القضاء ، مانعاً اياه من نظر المنازعات المشار اليها بذلك النص الغاء وتعويضاً ، الا أنه لا وجه للنعي عليه بعدم دستوريته بدعوى مصادرته لحق التقاضي ، ذلك أنه يجب التفرقة بين المصادرة المطلقة لحق التقاضي عموماً وبين تحديد دائـــرة اختصاص القضاء . واذا كان لا يجوز من الناحية الدستورية حرمان الناس كافة من الالتجاء الى القضاء للانتصاف لأن ذلك مصادرة لحق التقاضي وهو حق كفـــل الدستور أصله ، اذ تكـــون مثل هذه المصادرة المطلقة بمثابة تعطيل لوظيفة السلطة القضائية ، وهي سلطة انشأها الدستور لتمارس وظيفتها في أداء العدالة مستقلة عن السلطات الأخرى . لئن كان ذلك كذلك ، الا أنه لا يجوز الخلط بين هذا الأمر وبين تحديد دائرة اختصاص القضاء بالتوسيع أو التضييق ، لأن نصوص الدستور تقضي بأن القانون هو الذي يرتب جهات القضاء ويعين اختصاصاتها ..[1] » .

وبذات المعنى قضت المحكمة في حكمها الصادر بتاريخ ٨ يونيه ١٩٥٧

---

(١) مجموعة احكام المحكمة السنة الثانية ، العدد الثالث ، ص ١٣٣٥ وما بعدها .

بدستورية المادة (٢٩١) ، من القانون رقم ٣٤٥ لسنة ١٩٥٦ في شأن تنظيم الجامعات ، والتي تمنع الطعن في القرارات الصادرة من الهيئات الجامعية في شئون طلابها وقد جاء في حكمها « ... ان المادة ٢٩١ من القانون رقم ٣٤٥ ١٩٥٦ في شأن تنظيم الجامعات انما تقرر حكماً جديداً يعدل من اختصاص مجلس الدولة بهيئة قضاء اداري ، وذلك بحذف نظر هذه الدعاوى من اختصاص مجلس الدولة بهيئة قضاء اداري ، وذلك بحذف نظر هذه الدعاوى من اختصاصه ، ومن المعلوم أن هذا الاختصاص يحدده القانون سواء بالزيادة أو النقصان . فالقانون هو الأداة التي انشأته كهيئة وحددت اختصاصه ، وهو الاداة التي تعيد تنظيمه وتوسع من اختصاصه أو تضيقه ، لا وجه للنعي على نص المادة ٢٩١ من القانون رقم ٣٤٥ لسنة ١٩٥٦ بأنه غير دستوري بمقولة أنه حرم الطلبة من اللجوء الى قاضيهم الطبيعي ، وهو القضاء الاداري ، لحمايتهم من اعتداء الادارة بالغاء القرارات أو وقف تنفيذها . ولا بمقولة انه يهدم مبدأ المساواة أمام القضاء ، لأنه حرم طائفة من الافراد وهم الطلبة من الالتجاء الى القضاء الاداري بطلب الالغاء ووقف التنفيذ ، في الوقت الذي يسمح به لغيرهم من الأفراد ، لا وجه لذلك كله لأن من المسلم به كأصل دستوري أن القانون هو الذي يرتب جهات القضاء ويحدد نطاق ولايتها ويوزع الاختصاصات بينها . كما أنه هو الذي يقرر الحقوق ويحدد وسائل المطالبة بها ، قضائية كانت أو غير قضائية . ولا يلزم ضمان أن تكون تلك الوسيلة قضائية أو أن تكون قضائية على وجه معين كطلب الالغاء أو وقف التنفيذ دون وجه آخر كطلب التعويض . بل المرد في ذلك كله الى ما يرتبه القانون ويحدده وبالشروط والأوضاع التي يقررها لأنه هو الأداة الدستورية التي تملك ذلك كله في حدود الدستور وبغير خروج على مبادئه . كما أن من المسلمات كذلك ، كأصل دستوري أن المقصود بالمساواة أمام القضاء هو عدم التفرقة بين أفراد

الطائفة الواحدة اذا ما تماثلت مراكزهم القانونية . والمادة (٢٩١) اذا خرجت من اختصاص القضاء الاداري النظر في طلبات الغاء أو وقف تنفيذ القرارات الادارية الصادرة من الهيئات الجامعية في شئون طلابها انما عدلت هذا الاختصاص ليسري في حق طائفة الطلبة جميعاً . ولا فرق من هذه الناحية بين فرد من هذه الطائفة وآخر ، فهم جميعاً سواء أمام القضاء في هذا الشأن ، وهذا هو المقصود بالمساواة أمام القضاء في حقهم من الناحية الدستورية . ولكن لا يمكن أن تفهم المساواة أمام القضاء بالقياس بينهم وبين طائفة أخرى من الأفراد لا شأن لهم في النظم الجامعية لعدم التماثل في المراكز القانونية .. »[1]

على أن المشرع المصري رغبة منه في تأكيد الحصانة على بعض القرارات الادارية فقد عد بعض هذه القرارات من قبيل اعمال السيادة تأسيساً على أن العمل قد جرى على عدم اختصاص القضاء بنظر الطعون المتعلقة بأعمال السيادة[2]

---

(١) مجموعة أحكام المحكمة ، السنة الثانية ، العدد الثالث ص ١١١٥ وما بعدها .

(٢) نصت المادة (٦) من قانون مجلس الدولة رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ على أن :

« لا تقبل الطلبات المقدمة عن القرارات المتعلقة بالأعمال المنظمة لعلاقة الحكومة بمجلس البرلمان ، وعن التدابير الخاصة بالأمن الداخلي والخارجي للدولة ، وعن العلاقات السياسية أو المسائل الخاصة بالأعمال الحربية ، وعلى العموم سائر الطلبات المتعلقة بعمل من أعمال السيادة

« وتكرر هذا النص في المادة ٧ من قانون مجلس الدولة لسنة ١٩٤٩ .

كذلك نصت المادة (١٢) من القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ على أنه : « لا يختص مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري بالنظر في الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة » . ونقل هذا النص أيضاً الى قانون مجلس الدولة رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ ، والمادة (١١) من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة. وقد سار المشرع الليبي على هذا النهج فقد نصت المادة (٢٦) من قانون المحكمة العليا لسنة ١٩٥٣ على أنه : « لا تقبل الطلبات الآتية أمام محكمة القضاء الإداري :

أ – الطلبات المقدمة عن القرارات المتعلقة بعمل من أعمال السيادة » .. وكذلك المادة (٦) من القانون رقم ٨٨ لسنة ١٩٧١ حيث تنص على أنه « لا تختص دائرة القضاء الاداري بنظر الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة ... »

وعلى هذا الأساس صدر القرار بقانون رقم ٣١ لسنة ١٩٦٣ معدلاً بالمادة (١٢) من قانون مجلس الدولة رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٥ حيث قرر أن يستبدل بنص المادة (١٢) المذكورة النص الآتي : « لا يختص مجلس الدولة بهيئة قضاء اداري بالنظر في الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة ، ويعتبر من قبيل أعمال السيادة ، قرارات رئيس الجمهورية الصادرة باحالة الموظفين العموميين الى المعاش أو الاستيداع أو فصلهم عن غير الطريق التأديبي » .

وقد جرى قضاء المحكمة الادارية العليا على أن القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٦٣ هو قانون معدل للاختصاص حيث قالت في حكمها الصادر بتاريخ ١٠ ديسمبر ١٩٦٦ « ..... ومن حيث أن الأصل أن معيار التفرقة بين الاعمال الادارية التي تباشرها الحكومة في حدود وظيفتها الادارية وبين اعمال السيادة التي تباشرها باعتبارها سلطة حكم مرده الى القضاء الذي ترك له المشرع سلطة تقرير الوصف القانوني بعمل المطروح عليه وما اذا كان يعد عملاً اداريا عادياً يختص بنظره أو عملاً من أعمال السيادة يمتنع عليه النظر فيه ، وان ما يعتبر في بعض الظروف عملاً اداريا عادياً قد يرقى في ظروف أخرى الى مرتبة اعمال السيادة لارتباطه في ظل الظروف الجديدة بسياسة الدولة العليا وبأحوالها الاجتماعية أو الاقتصادية المتطورة ، واذا كان الأصل على ما تقدم فان **للمشرع أن يتدخل من جانبه لخلع صفة اعمال السيادة على بعض الاعمال الإدارية** ليخرجها بالتبع من ولاية القضاء ولا عليه أن يمارس هذه السلطة وهو مانحها ، وفي هذه الحالة يلتزم القضاء بالوصف الذي خلعه المشرع على هذه الأعمال أو القرارات ... » .

« ومن حيث أن القرارات الجمهورية باحالة الموظفين العموميين الى المعاش أو الاستيداع أو بفصلهم بغير الطريق التأديبي انما تعد بحكم طبيعتها قرارات ادارية عادية مما يخضع في الأصل لرقابة القضاء ، وقد كانت معتبرة

كذلك الى أن صدر القانون المشار اليه (القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٦٣) الذي أدخل تعديلاً على اختصاص مجلس الدولة بهيئة قضاء اداري بالاستثناء منه عن طريق اعتبار القرارات المشار اليها من قبيل اعمال السيادة وبذلك ينحسر عنها ولاية القضاء الادارية بعد أن كانت تشملها في ظل القوانين السابقة ... » (١)

٢ ــ موقف المحكمة العليا (القضاء الدستوري) :

انشئت هذه المحكمة لأول مرة بموجب القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ الصادر في ٣١ أغسطس سنة ١٩٦٩ ، وقد نص في المادة (٤) من هذا القانون على أن تختص المحكمة العليا بما يأتي « ١ ــ الفصل دون غيرها في دستورية القوانين اذا ما دفع بعدم دستورية قانون أمام احدى المحاكم ؛ وتحدد المحكمة التي أثير أمامها الدفع ميعاداً للخصوم لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة العليا ، ويوقف الفصل في الدعوى الأصلية حتى تفصل المحكمة العليا في الدفـــع .... » .

وعلى هذا الأساس فان محكمة القضاء الاداري ، عندما دفع أمامها (في الدعوى رقم ١١٠٧ سنة ٢٣ ق) بعدم دستورية القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٦٣ فيما تضمنه من تعديل المادة (١٢) من قانون مجلس الدولة رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ باعتبار القرارات الصادرة من رئيس الجمهورية باحالة الموظفين العموميين الى المعاش أو الاستيداع أو بفصلهم يعتبر الطريق التأديبي من أعمال السيادة ، قررت بتاريخ ٢٢/ ٤/ ١٩٧٠ وقف الدعوى وكلفت المدعي باتخاذ اجراءات رفع الدعوى في شأن الطعن في دستورية القانون المشار اليه أمام المحكمة العليا . وذلك باعتبارها المحكمة المختصة دون غيرها بالفصل في دستورية القوانين طبقاً لنص المادة (٤) من القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ .

---

(١) مجموعة المحكمة ، السنة الثانية عشرة ــ العدد الأول ص ٣٧٩ .

ولما عرض الأمر على المحكمة العليا قضت في حكمها الصادر بتاريخ ٦ نوفمبر ١٩٧١ بعدم دستورية القرار بقانون رقم ٣١ لسنة ١٩٦٣ بتعديل المادة (١٢) من قانون مجلس الدولة رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ فيما نصت عليه من اعتبار القرارات الصادرة من رئيس الجمهورية باحالة الموظفين العموميين الى المعاش أو الاستيداع أو بفصلهم بغير الطريق التأديبي من اعمال السيادة . وجاء في أسباب هذا الحكم :

« ومن حيث أن العبرة في تحديد التكييف القانوني لأي عمل تجريه السلطة التنفيذية لمعرفة ما اذا كان من اعمال السيادة أو عملاً اداريا هي بطبيعة العمل ذاته ، فلا تتقيد المحكمة وهي بصدد اعمال رقابتها على دستورية التشريعات بالوصف الذي يخلعه الشارع على تصرفات الحكومة وأعمالها متى كانت بطبيعتها تتنافى مع هذا الوصف وتنطوي على اهدار حق من الحقوق التي كفلها الدستور .

« ومن حيث أن القرار بقانون رقم ٣١ لسنة ١٩٦٣ بتعديل المادة الثانية عشرة من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ اذ يقضي باعتبار قرارات رئيس الجمهورية الصادرة باحالة الموظفين العموميين الى المعاش أو الاستيداع أو بفصلهم بغير الطريق التأديبي من اعمال السيادة ، انما يحصن هذه القرارات وذلك بسلب جهات القضاء ولاية النظر في الطعون التي توجه اليها بينما هي بطبيعتها من صميم الأعمال الادارية التي تجريها الحكومة في اشرافها على المرافق العامة . فقد تضمنت الدساتير المتعاقبة منذ سنة ١٩٥٦ حتى سنة ١٩٧١ نصوصاً على أن رئيس الجمهورية يعين الموظفين ويعزلهم على الوجه المبين في القانون مما يؤيد وصف قرارات تعيين الموظفين وعزلهم بأنها اعمال ادارية تتم وفقاً للقانون وليست من اعمال السيادة .

« ومن حيث ان المادة ٦٨ من الدستور القائم تنص على أن (التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة ولكل مواطن حق الالتجاء الى قاضيه الطبيعي

ويحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار اداري من رقابة القضاء) وظاهر من هذا النص أن المشرع الدستوري لم يقف عند حد تقرير حق التقاضي للناس كافة كمبدأ دستوري أصيل بل جاوز ذلك الى تقرير مبدأ حظر النص في القوانين على تحصيل أي عمل أو قرار اداري ضد رقابة القضاء . وقد خص المشرع الدستوري هذا المبدأ بالذكر رغم أنه يدخل في عموم المبدأ الأول الذي يقرر حق التقاضي للناس كافة وذلك توكيداً للرقابة القضائية على القرارات الادارية وحسماً لما ثار من خلاف في شأن عدم دستورية التشريعات التي تحظر حق الطعن في هذه القرارات . وقد ردد النص المشار اليه ما أقرته الدساتير السابقة ضمناً من كفالة حق التقاضي للافراد وذلك حين خولتهم حقوقاً لا تقوم ولا تؤتي ثمارها الا بقيام هذا الحق باعتباره الوسيلة التي تكفل حمايتها والتمتع بها ورد العدوان عليها . وثمة وجه آخر لمخالفة النص المطعون فيه للدستور ذلك أن الدساتير المشار اليها قد تضمن كل منها نصاً على أن المواطنين لدى القانون سواء وانهم متساوون في الحقوق والواجبات العامة (المادة ٣١ من دستور سنة ١٩٥٦ ، ٧ من دستور سنة ١٩٥٨ ، ٢٤ من دستور سنة ١٩٦٤) كما ردد الدستور القائم هذا النص في المادة ٤٠ منه . ولما كان حق التقاضي من الحقوق العامة التي كفلت الدساتير المساواة بين المواطنين فيها ، فان حرمان طائفة معينة من هذا الحق مع تحقق مناطه — وهو قيام المنازعة في حق من حقوق افرادها ينطوي على اهدار لمبدأ المساواة بينهم وبين غيرهم من المواطنين الذين لم يحرموا من هذا الحق ....

« ومن حيث أن دفاع الحكومة القائم على أن النص المطعون فيه يقضي بنقل الاختصاص بنظر المنازعات الخاصة بالقرارات المشار اليها من جهات القضاء الى لجنة تتوافر فيها اقوى الضمانات ومن ثم فهو لا يعدو أن يكون تشريعاً معدلاً لاختصاص القضاء بما يملكه المشرع طبقاً لاحكام الدستور .

هذا الدفاع مـــردود :

أولاً : بأن الدستور اذ ينص في المادة ١٦٥ على أن « السلطة القضائية مستقلة تقولها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها » واذ ينص في المادة ١٦٧ على أن « يحدد القانون الهيئات القضائية واختصاصاتها ... » فانه يعهد الى المحاكم بولاية الفصل في المنازعات كاملة شاملة كما تعرض المشرع العادي في تحديد الهيئات القضائية وتوزيع الاختصاص بين جهات القضاء المختلفة لممارسة هذه الولاية دون مساس بها بحيث لا يتخذ ذلك وسيلة لعزل المحاكم عن نظر منازعات معينة مما تختص به . ذلك أن المشرع الدستوري انما يفوض المشرع العادي في تنظيم الهيئات القضائية وتحديد اختصاص كل منها لا في اهدار هذا الاختصاص أو الانتقاص منه والا كان متجاوزاً حدود التفويض مخالفاً للدستور .

ثانياً : بأن اللجنة التي آل اليها الاختصاص بنظر المنازعات الخاصة بالقرارات الصادرة من رئيس الجمهورية باحالة الموظفين العموميين الى المعاش أو الاستيداع أو بفصلهم بغير الطريق التأديبي قد انشئت ابتداء بقرار رئيس الجمهورية رقم ٣٥٨ لسنة ١٩٦٣ الذي نص على تشكيلها من بعض اعضاء مجلس الرئاسة ثم عدل هذا التشكيل بقرار رئيس الجمهورية رقم ٢٩١ لسنة ١٩٦٥ الذي قضى بتشكيلها من بعض اعضاء اللجنة التنفيذية العليا للاتحاد الاشتراكي العربي وأخيراً صدر قرار رئيس الجمهورية رقم ١٧٢٤ لسنة ١٩٦٦ بتشكيلها من وزير العدل رئيساً ورئيس مجلس الدولة والجهاز المركزي للتنظيم والادارة عضوين — وقد كان صدور هذه القرارات الثلاثة تعديلاً لقرار مجلس الوزراء الصادر في ٦ من ابريل سنة ١٩٥٥ ببيان اجراءات التظلم الاداري وطريقة الفصل فيه . ويستفاد من ذلك أن هذه اللجنة كانت تشكل تشكيلاً اداريا محضاً في مرحلتيها الأولى والثانية ولم يمثل فيها العنصر

القضائي الا في مرحلتها الأخيرة وظلت الأغلبية للعنصر الاداري ومن ثم فان طابع تشكيلها لم يكن قضائياً في أي مرحلة من تلك المراحل بل نشأت وظلت ذات طابع اداري ولا تتبع الاجراءات القضائية في نظر التظلمات التي توقف عليها ، كما أن قراراتها لم تكن واجبة التنفيذبذاتها لأنها لا تعد أن تكون مجرد توصيات ترفع الى رئيس الجمهورية مصدر القرارات المتظلم منها للبت نهائياً في التظلم حسبما يرى .

« وقد كان ذلك مسايرة لمنطق القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٦٣ المطعون فيه الذي اعتبر تلك القرارات من أعمال السيادة التي لا تخضع للطعن أمام جهات القضاء . وعلى مقتضى ذلك لا يسوغ اعتبار التظلم أمام تلك اللجنة بديلاً حق الموظفين في الالتجاء الى قاضيهم الطبيعي للطعن في القرارات الصادرة من رئيس الجمهورية باحالتهم الى المعاش أو الاستيداع أو بفصلهم بغير الطريق التأديبي ، حيث تنظر الدعوى طبقاً لاجراءات قضائية مقررة قانونـــاً لحماية الحقوق وكفالة الدفاع عنها ثم تصدر فيها أحكام واجبة التنفيذ بذاتها ...

« ومن حيث انه يخلص من ذلك ان القرار بقانون رقم ٣١ لسنة ١٩٦٣ بتعديل المادة الثانية عشرة من قانون مجلس الدولة الصادرة بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ اذ يقضي باعتبار قرارات رئيس الجمهورية الصادرة باحالة الموظفين العموميين الى المعاش أو الاستيداع أو فصلهم بغير الطريق التأديبي من اعمال السيادة بينما هي بطبيعتها اعمال ادارية . فانه ينطوي على مصادرة لحق هؤلاء الموظفين في الطعن في تلك القرارات أو التقاضي بشأنها فضلاً عن اهداره لمبدأ المساواة بين المواطنين في الحقوق مما يخالف المادتين ٤٠، ٦٨ من الدستور ، وكذلك للدساتير السابقة عليه على النحو المتقدم . ولا يطهره من هذا العيب ما نصت عليـــه المادة ١٩١ من الدستور من أن « كل مـــا قررته القوانـــين واللوائح واحكام قبـــل صدور هـــذا الدستور يبقى صحيحاً ونافـــذاً » ذلك أن نصوص الدستور تمثـــل القواعد والأصول التي

يقوم عليهـــا نظام الحكم ولها مقام الصدارة بين قواعد النظام العام التي يتعين التزامها ومراعاتها واهدار ما يخالفها من التشريعات باعتبارها اسمى القواعد الآمرة ، ومن ثم فان ذلك النص لا يعني سوى مجرد استمرار نفاذ هذه القوانين واللوائح دون تطهيرها مما قد يشوبها من عيوب ودون تحصينها ضد الطعن لعدم الدستورية شأنها في ذلك شأن التشريعات التي تصدر في ظل الدستور القائم ، فليس معقولاً أن تكون تلك التشريعات بمنآى عن الرقابة التي تخضع لها التشريعات التي تصدر في ظل هذا الدستور ونظمه وأصوله المستحدثة مع أن رقابة دستوريتها أولى وأوجب .

« ومن حيث انه لما تقدم يكون القرار بقانون رقم ٣١ لسنة ١٩٦٣ بتعديل المادة ١٢ من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ مخالفاً للدستور فيما نصت عليه هذه المادة من اعتبار القرارات الصادرة من رئيس الجمهورية باحالة الموظفين العموميين الى المعاش أو الاستيداع أو بفصلهم بغير الطريق التأديبي من اعمال السيادة ومن ثم يتعين الحكم بعدم دستوريته . . »[1]

ونرى ان ما ذهبت اليه المحكمة — في قولها بأن العبرة في التكييف القانوني لأي عمل تجريه السلطة التنفيذية لمعرفة ما اذا كان من أعمال السيادة أو عملاً ادارياً .. هي بطبيعة العمل ذاته ، فلا يتقيد القضاء بالوصف الذي يخلعه المشرع على بعض اعمال السلطة التنفيذية على أنها من قبيل أعمال السيادة — يتفق مع ما جرى عليه العمل في القانون المقارن . ففي فرنسا ، تعد نظرية أعمال السيادة من خلق القضاء الفرنسي ولم تتقرر بموجب نص خاص من المشرع

(١) حكم المحكمة العليا الصادر في ٦ نوفمبر سنة ١٩٧١ في القضية رقم ٢ لسنة ١ ق ، منشور بمجلة العلوم الادارية — السنة الثالثة عشرة — العدد الثالث ص ١٥١ وما بعدها . وبذات المعنى حكمها الصادر في ٣ يوليه سنة ١٩٧١ في القضية رقم ٤ لسنة ١ ق . مجلة العلوم الإدارية السنة الثالثة عشرة — العدد الثاني ص ١٤١ وما بعدها .

الفرنسي . كذلك فان اضفاء المشرع المصري صفة اعمال السيادة على القرارات الصادرة من رئيس الجمهورية باحالة الموظفين العموميين على المعاش أو الاستيداع أو بفصلهم بغير الطريق التأديبي ، يعد عودة الى مسلكه القديم في قانون مجلس الدولة رقم ١٦٢ لسنة ١٩٤٦ حيث أوردت المادة السادسة من هذا القانون بعض الأمثلة من القرارات التي تعد من قبيل اعمال السيادة حيث تقول « لا تقبل الطلبات المقدمةعن القرارات المتعلقة بالأعمال المنظمة لعلاقة الحكومة بمجلس البرلمان ، وعن التدابير الخاصة بالأمن الداخلي والخارجي للدولة . وعن العلاقات السياسية أو المسائل الخاصة بالاعمال الحربية ، وعلى العموم سائر الطلبات المتعلقة بعمل من أعمال السيادة » .

وقد لاقى هذا المسلك من المشرع انتقاداً من قبل رجال الفقه ، مما دفع بالمشرع الى العدول عن تحديد الأعمال التي تعد من قبيل اعمال السيادة بحيث اكتفى في التشريعات اللاحقة على مجرد النص على عدم اختصاص مجلس الدولة بالطلبات المتعلقة بأعمـــال السيادة مع ترك مهمة تحديـــد الأعمال التي تعد من قبيل اعمال السيادة الى القضاء ذاته . فقد قضت المادة ١٢ من القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ على أن « لا يختص مجلس الدولة بهيئة قضاء اداري بالنظر في الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة » . وتكرر هذا النص في القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ والقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة .

ب ــ موقف القضاء الليبي :

يلاحظ أنه بادىء ذي بدء وطبقاً لقانون المحكمة العليا الليبية الصادر في ١٠ نوفمبر سنة ١٩٥٣ ، فان هذه المحكمة ، علاوة على كونها محكمة نقض بالنسبة للاحكام الصادرة من المحاكم في المواد المدنية والجنائية ، فانها تختص أيضاً بالرقابة على دستورية القوانين ــ كمحكمة دستورية ــ حيث تنص المادة ١٦ من القانون على أنه « يجوز لكل ذي مصلحة شخصية مباشرة الطعن أمام

المحكمة العليا في أي تشريع أو اجراء أو عمل يكون مخالفاً للدستور » . كما خصها المشرع بالفصل في بعض المنازعات الادارية — باعتبارها محكمة قضاء اداري — المواد ٢١ ، ٢٣ ، ٢٤ ، ٢٥ من قانون المحكمة[١] .

هذا وقد أتيح لهذه المحكمة أن تقول رأيها — باعتبارها محكمة قضاء دستوري — في شأن بعض التشريعات التي تحصن بعض القرارات من رقابة القضاء ومن أحكامها في هذا الخصوص :

١ — حكمها الصادر بتاريخ ١٤ يونيه سنة ١٩٧٠ حيث قضت بعدم دستورية المادة الرابعة من المرسوم بقانون بتعديل بعض أحكام قانون نظام القضاء الصادر في ٢٧/ ٧/ ١٩٦٧ والتي تنص على أن « تصدر لجنة برئاسة وزير العدل وعضوية النائب العام ورؤساء محاكم الاستئناف المدنية والشرعية العاملين ، خلال شهرين من تاريخ نفاذ هذا القانون ، قرارات باعادة تعيين رجال القضاء والنيابة ونواب القضاة الحاليين . وينقل من لم تتناولهم هذه القرارات بقرارات من مجلس الوزراء الى وظائف ادارية . وتقوم اللجنة في الميعاد المذكور باعادة تشكيل المحاكم والنيابات وذلك باجراء حركة التنقلات التي تراها ملائمة بين رجال القضاء والنيابة ، على أن تراعي درجاتهم واقدمياتهم وصلاحية كل منهم لشغل منصبه الجديد . وتنفذ هذه التنقلات بمجرد ابلاغها لذوي الشأن بغير حاجة الى اجراء آخر . ويجوز في اعادة التشكيل نقل رجال القضاء المدني والنيابة الى درجات مقابلة في القضاء الشرعي ، وفي جميع الاحوال تكون قرارات اللجنة باعادة التعيين والنقل غير قابلة للطعن فيها بأي وجه كان » .

وقد جاء في حكم المحكمة بشأن الطعن بعدم دستورية نص المادة (٤)

---

(١) يلاحظ أن الاختصاص الاداري نقل الى دوائر القضاء الاداري بمحاكم الاستئناف المدنية وذلك بموجب القانون رقم ٨٨ لسنة ١٩٧١ في شأن القضاء الإداري .

من هذا القانون قولها « .... ومن حيث ان هذا النص الذي حرم التقاضي (الطاعن) في جميع تلك الاحوال من حق التقاضي مخالفاً للدستور الذي كان قائماً (دستور المحكمة الليبية لسنة ١٩٥١) نصاً وروحاً ، ومخالف للحريات العامة للأفراد نصت عليها الدساتير أو لم تنص ، وكيف يطلب الى القضاء الذين أعيد تعيينهم ان يقضوا بين الناس بالحق والعدل وهم يعلمون انهم هم أنفسهم لا يتمتعون بهذا الحق . أما نصوص الدستور التي خالفتها وعصفت بها المادة (٤) حين أغلقت باب التقاضي فنزلت بالقاضي (الطاعن) عن أي مواطن آخر فمنها المادة (١٤) التي وردت في باب حقوق الشعب ونصت على أنه « لكل شخص الحق في الالتجاء الى المحاكم ... » » والمادة (١٥) التي كفلت لكل مواطن محاكمة تؤمن له فيها الضمانات للدفاع عن نفسه . والمادة (١٢) التي تنص على أن « الحرية الشخصية مكفولة وجميع الأشخاص متساوون في الحماية أمام القانون » والمادة (١١) التي تنص على أن « الليبيون لدى القانون سواء وهم متساوون في التمتع بالحقوق المدنية والسياسية وفي تكافؤ الفرص » . ألا ان الحلال بين والحرام بين في هذه القضية وليس فيها بين الحلال والحرام أمور متشابهة بعدما سلف من بيان ، مما يحكم معه القول بأن الوجه الثاني من أوجه الطعن (وهو خاص بالطعن في عدم دستورية نص المادة ٤ المذكور) صائباً أيضاً ومن ثم يتعين على المحكمة اجابة الطاعن لطلباته ... » [1] .

٢ – ومن أحدث أحكام المحكمة بهذا الخصوص حكمها الصادر في ١٠ يونيه ١٩٧٢ والقاضي بعدم دستورية المادة (٦٥) من القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٦٨ في شأن تنظيم الجامعة الليبية والتي تنص على أنه « لا يجوز الطعن بالغاء أو وقف التنفيذ أمام أية هيئة قضائية في القرارات والأوامر الصادرة

---

(١) مجلة المحكمة العليا ، السنة السابعة ، العدد الثاني ص ٩ وما بعدها .

من الهيئات الجامعية في شئون طلابها » .

ورغم أنه يبين من النص ان الشارع اقتصر على حظر الطعن بالالغاء دون التعويض في القرارات الادارية الصادرة من الهيئات الجامعية في شئون طلاب الجامعة ، فان محكمتنا العليا قضت بعدم دستورية هذا النص فيما تضمنه من عدم جواز الطعن بطريق الالغاء أو وقف التنفيذ في مثل هذه القرارات — وقد جاء في اسباب حكمها قولها « ... وحيث أن ما جاء في المادة ٩٥ من القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٦٨ هو تضييق للاختصاص القضائي في شأن الرقابة على القرارات الادارية . ومما لا ريب فيه أنه وفقاً للأصول الدستورية ، تعد السلطة القضائية ، هي المختصة دون غيرها بمزاولة تطبيق القانون على الخصومات التي ترفع اليها . فولايتها في هذا المجال ولاية أصيلة وكاملة . والدستور وحده هو الذي يملك تقييد ولاية القضاء باعتباره احدى سلطات الدولة ، وليس للشارع العادي ، بحجية ترتيب جهات القضاء وتحديد اختصاصاتها ، أن يمنع بعض المنازعات من ولاية القضاء متى ترتب عليها مساس بحق الافراد سواء أكان هذا المنع كلياً أو جزئياً . واذا خرج القانون على هذا الحق الدستوري ولم يلتزمه عد التشريع غير دستوري . وقد نص الاعلان الدستوري في مادته الثلاثين وكذلك الدستور السابق عليه ، على أن لكل شخص الحق في الالتجاء الى المحاكم وفق القانون . وسلطة الشارع في ذلك مقيدة لا تتعدى تحديد الاختصاصات القضائية وتوزيعها بين مختلف جهات القضاء . فاذا جاوز اختصاصه واصدر تشريعاً يهدد هذا الحق كان ذلك مخالفاً للدستور . ذلك أن اهدار الحق في التقاضي هو في حقيقة الأمر نقل حق الفصل في الخصومة الى جهة غير قضائية ، وهذا تعطيل لوظيفة السلطة القضائية التي انشأها الدستور واسند اليها وحدها اقامة العدل مستقلة عن السلطات الأخرى . ومثل هذا يعتبر عدواناً على اختصاص السلطة القضائية التي لاعضائها من الكفاية والخبرة والدراية القانونية ما يكفل للمتقاضين

صيانة حقوقهم ضد اعتداءات الادارة ... وقد أكد هذا المعنى صدور دستور دولة اتحاد الجمهوريات العربية الذي نص في المادة (١٢) منه أنه تكفل دساتير الجمهوريات وقوانينها كحد ادنى المبادىء والحقوق التالية : ومنها ما جاء في الفقرة (د) من حق التقاضي وسلوك سبيل الطعن والدفاع أمام القضاء ، وهذا النص واجب النفاذ في جمهوريات الاتحاد منذ صدوره ونشره وموافقة جمهوريات الاتحاد عليه شعوباً وحكومات . كما أن المساس بحق التقاضي في الصورة الماثلة في المادة ٦٥ من قانون الجامعة الليبية بانقاصه حق الطلاب في التشكي الى القضاء من القرارات التي تصدر في حقهم بالفصل ، لا يعتبر عدواناً على هؤلاء الطلاب فحسب ، بل اعتداء على السلطة القضائية وانتقاص لولايتها المحددة في القانون الذي أجاز الطعن في القرارات الادارية النهائية بطريق الالغاء أخذاً بمبدأ المشروعية وسيادة القانون . واذا كان قضاء الالغاء قد انشيء بقانون فان هذا لا يعني الاقرار بشرعية أي قانون لاحق يلغي الجهة القضائية وينتقص من اختصاصاتها دون مسوغ ، لأن الأمر يتعلق بحق الادعاء وحق الطعن وهي من الحقوق الأساسية التي كفلها الدستور ولا يجوز المساس بها ... »[1] . وهو خلاف ما ذهبت اليه المحكمة الادارية العليا في حكمها الصادر بتاريخ ٨ يونيه سنة ١٩٥٧ المشار اليه .

ثانياً : موقف الفقه

تقدير الفقه لموقف القضاء من النصوص والتشريعات المانعة من التقاضي :

يكاد يجمع الفقه المصري على القول بعدم دستورية النصوص التشريعية المانعة من التقاضي .

---

(١) مجلة المحكمة العليا – السنة الثامنة – العدد الرابع ص ٩ وما بعدها .

ومن ذلك أن الدكتور المرحوم عبد الرزاق السنهوري عاب على المشرع المصري تقليده للنظام الانجليزي في أخذه عنه ما يسمى بقوانين التضمينات **bills of indemnity** . وهي التشريعات التي تصدر عقب انتهاء الأحكام العرفية لاعفاء الحكومة من المسئولية عن الحوادث التي وقعت بمناسبة تطبيق قانون الأحكام العرفية ، أي أنها تسري بأثر رجعي . ومن أمثلتها القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٥٠ السابق الاشارة اليه[1] . وذلك لأن النظام الدستوري المصري يختلف عن النظام الدستوري الانجليزي اختلافاً بيناً . فبينما يتميز النظام الانجليزي بأنه لا ينظم الاحكام العرفية بتشريع سابق عليها . بل يصفيها بتشريع لاحق هو قانون التضمينات ، وهذا يرجع الى طبيعة الدستور الانجليزي ، فهو دستور يملك البرلمان تعديله بتشريع عادي ، فما قانون التضمينات في انجلترا الا تشريع دستوري في حقيقته يعدل من القواعد الدستورية التي تقضي بمسئولية السلطات العامة عن الاجراءات المخالفة للقانون . مع مراعاة انه لا يصل الاعفاء من المسئولية الى حد حماية سوء النية ، فاذا خالف الموظف العام القانون في الاجراءات الاستثنائية التي اتخذها وكان ذلك بسوء نية بدافع غير المصلحة العامة بقي مسئولاً ولا يعفيه قانون

---

(١) انظر ص ٥ وما بعدها من هذا **البحث** . ويلاحظ أن الدكتور السنهوري يشير في مقاله الى أن مصر قد عرفت نظام قوانين التضمينات قبل ذلك وكان أولها القانون الصادر في سنة ١٩٢٣ عقب الاحكام العرفية التي تولتها السلطة المحتلة أثناء الحرب العالمية الأولى والتي أعلنت في سنة ١٩١٤ . وكذلك القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٤٧ والذي ينص على أن « لا تسمع أمام أية جهة قضائية أية دعوى أو طلب أو دفع يكون الغرض منه الطعن في أي أمر أو تصرف أو تدبير أو اعلان أو قرار ، وبوجه عام أي عمل صدر ابتداء من تاريخ العمل بالمرسوم بقانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٥ من وزير المالية أو احد الحراس العامين أو مندوبيهم أو مدير مكتب البلاد المحتلة والخاضعة للرقابة في ظل النظام المقرر بالمرسوم بقانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٤٥ والمرسوم بقانون رقم ١٠٤ لسنة ١٩٤٥ حتى نهاية العمل بهذا النظام ، ولا تجوز متابعة الدعاوى المرفوعة قبل سريان هذا القانون » .

التضمينات من هذه المسئولية . هذا بينما يوجب الدستور المصري تنظيم الأحكام العرفية مقدماً بتشريع سابق عليها ، وهو ما تقضي به المادة « ١٥٥ » من دستور سنة ١٩٢٣ . وعليه فان اقحام قوانين التضمينات على النظـــام المصري هي محل نظر ولا حاجة لها . فاذا كان النظام الانجليزي لا يعرف قانوناً ينظم الأحكام العرفيـــة بحيث يعطي السلطة التنفيذية اختصاصات واسعة تمكنها من معالجة الظروف الاستثنائية التي تواجهها فتضطر الى اتخاذ اجراءات مخالفة للقانون ، فيجيء قانون التضمينات بعد ذلك يعفي مسئوليتها . فكأن قانون التضمينات في النظام الانجليزي هو قانون لاحق يراد به تنظيم ما سبق من الأحكام العرفية . أما في مصر فهناك قانون سابق ينظم هذه الاحكام ، فما الحاجة الى قانون لاحق لتنظيمها . وقد اعطى قانون الاحكام العرفية في مصر للسلطة القائمة على اجرائها اختصاصات واسعة حتى تتمكن من مواجهة الظروف الاستثنائية ، فلا يجوز بعد ذلك لسلطة العرفية مجاوزة هذه الاختصاصات الاستثنائية والا كانت مسئولة وكان القانون الذي يعفيها من هذه المسئولية متعارضاً مع روح الدستور ، فالدستور لم يرد أن تتجاوز السلطة العرفية حدود القاضي العام الا بعد ترخيص تشريعي يتمثل في قانون الأحكام العرفية ، أي أنه اراد تنظيم الاحكام العرفية مقدماً قبل اجرائها بتشريع سابق ، لا تصفيتها مؤخراً بعد انتهائها بتشريع لاحق ، فالجمع بين قانون التضمينات الذي يبدو أنه يعفي الحاكم العسكري من المسئولية حتى لو جاوز هـــذه الاختصاصات المحددة ينطوي على تعارض دستوري ظاهر[1] .. » .

هذا على أن أغلب انتقادات الفقهاء لموانع التقاضي ، قد وردت بمناسبة تعليقاتهم على الاحكام القضائية التي صدرت في شأن الطعون الموجهة ضد

---

(١) الدكتور عبد الرزاق السنهوري : مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية ، مجلة مجلس الدولة – السنة الثالثة ص ٨٣ وما بعدها .

النصوص التشريعية التي تحظر التقاضي في شأن بعض القرارات الادارية حيث يستخلص الفقه الحجج المختلفة التي استندت اليها المحاكم في اقرار شرعية مثل هذه النصوص ويتولون الرد عليها حجة حجة[١] ، ومن الحجج التي استند اليها القضاء في الحكم بدستورية التشريعات المانعة من التقاضي أنه :

١ — يفرق القضاء بين المصادرة المطلقة لحق التقاضي والمصادرة الجزئية لهذا الحق ، فبينما يقرر أن المصادر المطلقة تقع باطلة لمخالفتها لمبدأ المشروعية وللمبادىء العليا المتفق عليها وذلك لما ينطوي عليه من تعطيل لوظيفة السلطة القضائية . نراه يقرر ان هذه المصادرة اذا وقعت جزئية كانت مشروعة . كما اذا قصر الشارع حق التقاضي على دعوى التعويض دون دعوى الالغاء (حكم محكمة القضاء الاداري بتاريخ ٢٦ مارس سنة ١٩٥٧ السابق الاشارة اليـــه) .

ويفند الفقه هذه الحجة موضحاً أن مجال دعوى الالغاء مستقل عن دعوى التعويض ، كما أن طبيعة كل من الدعويين تختلف عن الأخرى . فدعوى الالغاء دعوى عينية في حين أن دعوى التعويض دعوى شخصية ، كمـــا أن دعوى الالغاء تهدف الى الغاء المخالفات الادارية وازالتها فتعيد الحال الى ما

---

(١) انظر بهذا الخصوص أستاذنا الدكتور محمود حافظ ، القرار الاداري — محاضرات لطلبة الدكتوراه سنة ١٩٧٢ جامعة القاهرة ص ١١٣ وما بعدها ، ومؤلفه القضاء الاداري الطبعة السادسة ص ٣١٩ وما بعدها .

وكذلك الدكتور فؤاد العطار . مقاله بعنوان « كفالة حق التقاضي » مجلة العلوم القانونية والاقتصادية — السنة الأولى العدد الثاني ص ٦٦٢ وما بعدها. والدكتور سليمان الطماوي. القضاء الاداري . الكتاب الأول ١٩٦٧ ص ٤٧٤ وما بعدها .

وأستاذنا الدكتور طعيمة الجرف . رقابة القضاء لاعمال الادارة ١٩٧٠ ص ٣٦٨ وما بعدها .

والدكتور أحمد كمال أبو المجد . رسالة الدكتوراه . الرقابة على دستورية القوانين سنة ١٩٦٠ ص ٦١٢ وما بعدها .

كانت عليه عن طريق رد الاوضاع لأصولها ، بينما دعوى التعويض لا يترتب عليها الا الحكم بمبلغ من المال . وهذا لا يغني دائماً في الحلول محل الحق الذي اعتدى عليه . وينبني على ذلك ان اباحة دعوى التعويض لا تغني عن دعوى الالغاء لتعارض ذلك وضمان حقوق الافراد وحرياتهم ما دام أن لكل من الدعويين طبيعتها التي تتميز بها ومجال عملها التي تستقل به عن الأخرى . وأنه لا يمكن الاستناد الى التفريق بين الدعويين بمقولة ان قضاء الالغاء قضاء مستحدث لم يعرفه القضاء المصري قبل انشاء مجلس الدولة في سنة ١٩٤٦ . ذلك أن بقاء الافراد فترة من الزمن محرومين من قضاء الالغاء لا يمكن أن يهدر أصل حقهم فيه والا لصدقت الملاحظة على قضاء التعويض ذاته لأن المسلم به تاريخياً أن الادارة في جميع بلاد العالم كانت غير مسئولة عن تصرفاتها المخالفة للقانون حتى مطلع القرن الحالي ، فهل يمكن الاستناد الى هذه الحقيقة للقول بامكان حرمان الأفراد من التعويض ؟

٢ ــ من الحجج التي استند اليها القضاء قوله ان الدستور يقضي بأن القانون هو الذي يرتب جهات القضاء ويحدد اختصاصاتها ، ومؤدى ذلك ان كل ما يخرجه القانون من ولاية القضاء يصبح معزولاً من نظره ما دام القانون هو الأداة التي تملك بحكم الدستور ترتيب جهات القضاء وتحديد اختصاصاتهـــا .

ويعيب الفقه على القضاء هذا التفسير لنصوص الدستور ، ذلك أن المقصود من عبارة « ترتيب جهات القضاء » هو تخويل الشارع اختصاصاً في انشاء هذه الجهات وتنظيمها وفقاً لما يقضي به صالح العمل . فما لم يرد نص في الدستور يبين هذا الترتيب فالشارع هو الذي يبين أنواع جهات القضاء ودرجاتها . أما عبارة « تحديد اختصاصاتها » فتنسحب الى توزيع العمل بين مختلف هذه الجهات القضائية التي رتبها القانون على أساس تقسيم العمل .

فيستند الى كل نوع من أنواع الجهات القضائية المنازعات التي تتفق وطبيعة عمله أو تلك التي ينص على اختصاصه بها . ولكن لا يجوز للسلطة التشريعية بأية حال ان تخرج على نطاق الدستور فتناول اختصاص السلطة القضائيـــة بالتعديل ، فليس لها أن تكل أمر الفصل في خصومة قضائية الى جهة غير قضائية والا كان ذلك بمثابة تعطيل لوظيفة السلطة القضائية وهي سلطة انشأها الدستور واسند اليها وحدها أمر أداء العدالة مستقلة عن السلطات الأخرى . فمثل هذا الخروج يعد اعتداء من جانب السلطة التشريعية على السلطة القضائية وهو ما لا يتفق ومبدأ الفصل بين السلطات :

٣ ــ أما ما ساقه القضاء لتبرير مسلك الشارع في هذا الشأن ، حين قضى بوجوب التفرقة بين الهدف وهو الحق ذاته وبين المطالبة بالحق وهو الوسيلة . فقرر أن القانون هو الذي يحدد وسيلة المطالبة بالحق ويعين الجهة التي يلجأ اليها صاحب الحق لاقتضاء حقه ، قضائية كانت هذه الجهة أو غير قضائية .

فينتقده الفقه بالقول انه وان كان الحق شيء والمطالبة به شيء آخر . فكل وسيلة تهدف الى ضمان اقتضاء صاحب الحق لحقه تعتبر كافية ، ولكن اذا حدد الدستور وسيلة معينة ومحددة وهي المطالبة القضائية للوصول الى الحق ، تعين التزام هذه الوسيلة ، فلا يجوز للسلطة التشريعية أن تتجاوزها . فالدستور خول للسلطة القضائية وحدها حق الفصل في الخصومات القضائية دون السلطتين التشريعية والتنفيذية .

ولا يتأتى للسلطة القضائية أن تباشر هذه الوظيفة التي أسندها اليها الدستور الا اذا مكّن الافراد من وسيلة المطالبة القضائية ، ما دام أن السلطة القضائية لا تختص بانزال كلمة القانون الا في المنازعات التي تقدم اليها من أصحاب الشأن . وينبني على ذلك أن كل تقييد لوسيلة المطالبة القضائية هو في حقيقته تقييد لوظيفة السلطة القضائية في مزاولة اختصاصاتها لما ينطوي عليه مـــن

تعارض ومبدأ الفصل بين السلطات واهدار للحقوق التي كفلها الدستور .

٤ ــ كما أن قول القضاء بأن المقصود بالمساواة أمام القانون والقضاء هو عدم التفرقة بين افراد الطائفة الواحدة اذا ما تماثلت مراكزهم القانونية . ومن ثم فلا تفهم المساواة أمام القضاء بالقياس بين هذه الطائفة وبين طائفة أخرى من الأفراد لعدم تماثل المراكز القانونية فهذا القول مردود وعليه من جانب الفقه بأنه ليس المقصود بالمساواة ــ كما ذهبت احكام المحكمة الإدارية العليا ــ هو عدم التفرقة بين افراد الطائفة الواحدة ، بل المقصود هو عدم التفرقة بين الافراد جميعاً اذا ما تماثلت حقوقهم المعتدى عليها وتلك التي يختص بها القضاء . فمن ذلك أنه اذا اختص القضاء بالفصل في القرارات النهائية للسلطات التأديبية أو في طلبات الغاء القرارات الادارية فيما يتعلق بالموظفين ، وجب أن يختص القضاء بكافة المنازعات والطعون التي تتعلق بهذه المسائل وان اختلف الأفراد الى طوائف متعددة ما دامت طبيعة هذه المسائل واحدة .

فلا يفهم مطلقاً ان يختص القضاء بصورة معينة من المنازعات اذا تعلقت بطائفة من الافراد ولا يختص بهذه الصورة ذاتها من المنازعات اذا تعلقت بطائفة أخرى . فطبيعة القرار التأديبي ، على سبيل المثال ، واحدة سواء أكان الشخص الذي صدر في حقه هو من الموظفين أو الطلبة . كما أن طبيعة قرارات الترقية واحدة سواء تعلقت بموظف في الدرجة التاسعة أو الثامنة ... الخ .

٥ ــ واستند القضاء أيضاً في سبيل تبرير مسلك الشارع في هذا المجال الى نظرية الظروف الاستثنائية أو الصالح العام . ويرى الفقه انه وان كان ، انه ليس من حق الشارع فقط بل من حق السلطة التنفيذية أيضاً أن توقف تنفيذ القانون اذا ما تعارض والصالح العام أو استمرار سير المرافق العامـــة

بانتظام واطراد .. الا أن مناط النظر في هذه الحالة يكون عن طريق تحقق القضاء من توافر شروط الضرورة أو الصالح العام .

ويخلص الفقه من ذلك الى أنه ليس ما يمنع دستورياً السلطة التشريعية بل والسلطة التنفيذية ذاتها ان توقف نصاً تشريعياً اذا دعت الضرورة أو الصالح العام الى ذلك على أن يتم هذا الايقاف لفترة محدودة وان يخضع لرقابة القضاء . حتى يتحقق هذا الاخير من توافر شروط الضرورة أو الصالح العام أو عدم توافره . ولكن ليس للشارع أن يمنع القضاء من نظر منازعة تعلقت بحق اعتدى عليه . فاذا صدر تشريع من هذا القبيل وجب على القضاء وهو الممثل للسلطة القضائية ان يمتنع عن تطبيقه .

هذا وتصدق الانتقادات التي وجهها الفقه المصري للنصوص التشريعية المانعة من التقاضي على تلك النصوص المقابلة لها في القانون الليبي .

وقد احسنت محكمتنا العليا صنعاً عندما قضت بعدم دستورية مثل هذه النصوص . ذلك أنه علاوة عن مخالفة هذه النصوص ، لمبدأ الفصل بين السلطات واستقلال القضاء ، وهي المبادىء التي نص عليها الدستور الليبي (دستور سنة ١٩٥١) الذي كان قائماً وقت صدور هذه التشريعات ، فان هذه التشريعات المانعة من التقاضي تعد انتهاكاً لحقوق الافراد وحرياتهم واخلالاً بمبدأ المساواة بين المواطنين جميعاً .

فقد نص هذا الدستور في المادة ١١ على أن « « الليبيون لدى القانون سواء وهم متساوون في التمتع بالحقوق المدنية والسياسية ... » وتنص المادة ١٢ على أن « الحرية الشخصية مكفولة وجميع الأشخاص متساوون في الحماية أمام القانون » وتقضي المادة ١٤ صراحة بأن « لكل شخص الحق في الالتجاء للمحاكم ... » وكفلت المادة ١٥ لكل مواطن محاكمة عادلة تؤمن له فيها

الضمانات للدفاع عن نفسه . وعلاوة على هذا كله فان هذه التشريعات قد صدرت في ظروف عادية من غير توافر ضرورة تدعو اليها . فلا اضطراب داخلية تهدد الأمن والنظام ولا ثورة قامت لاعادة بناء سلطات الدولة ونظمها الاجتماعيـــة .

هذا اما بالنسبة للتشريعات الليبية التي صدرت بعد قيام الثورة منذ أول سبتمبر ١٩٦٩ وفي ظل الاعلان الدستوري للجمهورية العربية الليبية الصادر في ١١ ديسمبر سنة ١٩٦٩ والمنشور بالجريدة الرسمية في ١٥ ديسمبر سنة ١٩٦٩[1] . فيراعى بشأنها أن الاعلان الدستوري قد أضفى على طائفة منها حصانة ضد رقابة القضاء . حيث تقضي المادة ١٨ من الاعلان الدستوري على أن « مجلس قيادة الثورة هو أعلى سلطة في الجمهورية العربية الليبية ويباشر اعمال السيادة العليا والتشريع ووضع السياسة العامة للدولة نيابة عن الشعب ، وله بهذه الصفة أن يتخذ كافة التدابير التي يراها ضرورية لحماية الثورة والنظام القائم عليها ، وتكون هذه التدابير في صورة اعلانات دستورية أو قوانين أو أوامر أو قرارات ، ولا يجوز الطعن فيما يتخذه مجلس قيادة الثورة من تدابير أمام أية جهة » . وتقضي المادة ٣٥ منه بأن « يكون للقرارات والبيانات والأوامر الصادرة عن مجلس قيادة الثورة منذ سبتمبر ١٩٦٩ وقبل صدور هذا الاعلان الدستوري قوة القانون . ويلغى كل ما يتعارض مع احكامها من نصوص القوانين النافذة قبل صدورها ولا يجوز الغاؤها أو تعديلها الا بالطريقة المبينة في هذا الاعلان الدستوري » .

وهذا المسلك سبق وأن اتخذه المشرع الدستوري المصري في دستور سنة ١٩٥٦ حيث نصت المادة ١٩١ منه على أن « جميع القرارات التي صدرت

---

(١) تنص المادة ٣٦ من الاعلان الدستوري على أن « تنشر القوانين في الجريدة الرسمية ويعمل بها من تاريخ نشرها الا اذا نص على خلاف ذلك » .

من مجلس قيادة الثورة ، وجميع القوانين والقرارات التي تتصل بها وصدرت مكملة لها أو منفذة لها ، وكذلك كل ما صدر من الهيئات التي أمر المجلس المذكور بتشكيلها من قرارات أو احكام ، وجميع الاجراءات والأعمال والتصرفات التي صدرت من هذه الهيئات أو من أية هيئة أخرى من الهيئات التي انشئت بقصد حماية الثورة ونظام الحكم ، لا يجوز الطعن فيها أو المطالبة بالغائها أو التعويض عنها بأي وجه من الوجوه أمام أية هيئة كانت» .

وهكذا فان النص المانع من التقاضي في مثل هذه الحالات قد ورد في صلب الدستور ذاته ، فما حكم مثل هذه النصوص الدستورية المانعة من التقاضي ؟

حكم النصوص الدستورية المانعة من التقاضي :

الواقع أنه اذا كان الفقه والاتجاه الحديث للقضاء قد اجمع تقريباً على القول بعدم دستورية النصوص التشريعية المانعة من التقاضي فالرأي الغالب يرى انه لا محل لمناقشة مشروعية النصوص الدستورية المانعة من التقاضي . فالدستور باعتباره الاطار القانوني لتحديد وظائف الدولة فانه هو الذي يقرر وجود السلطة القضائية وولايتها ، ومن ثم فلا جدال في أن الدستور يملك أن يقيد من هذه الولاية وان يمنعها بالنسبة لانواع معينة من الخصومات ، وهذا ما استقر عليه الرأي في الفقه المصري[1] .

وذلك على أساس أن الدستور يعد القانون الأسمى في الدولة ويعلو على كل ما عداه من قوانين وتصرفات .

الا أن الفقيه الفرنسي دوجي يرى خلاف هذا الرأي ويقول بوجود

---

(١) وهو رأى الدكتور محمود حافظ . المرجع السابق ص ١٢٣ ، والدكتور سليمان الطماوي المرجع السابق ص ٤٦٩ . والدكتور فؤاد العطار المرجع السابق ص ٦٤٧ والدكتور طعيمة الجرف ، رقابة القضاء لاعمال الادارة سنة ١٩٧٠ ص ٣٥٨ .

قواعد قانونية عليا أسمى من الدستور الوضعي وتقيد السلطة المؤسسة ، فكما أن المشرع العادي يتقيد بأحكام القانون الدستوري الوضعي فان المشرع الدستوري بدوره يتقيد بدستور الدساتير أي بمجموعة المبادىء والقواعد المستقرة في الضمير الانساني العالمي . ومن ثم تعد مثل هذه النصوص المانعة من التقاضي والواردة في صلب الدستور الوضعي ذاته ، نصوصاً باطلة لمخالفتها الدستور الأعلى . ففي نظر دوجي يوجد قانون يسبق الدولة في القدم Antérieur a l'état ويعلو عليها Superieur a l'état وهو الأصل الذي ترد اليه جميع التشريعات ، فيكون التشريع صحيحاً أو باطـــلاً لا لموافقتهأو مخالفته للنصوص الدستورية فحسب بل ايضاً لموافقته أو مخالفته لهذا القانون الأعلى Droit Supérieur . ونصوص الدستور ذاتهـــا لا تكون صحيحة الا بقدر ما تتفق مع هذا القانون الذي هو من خلق النظام الاجتماعي وليس وليد ارادة المشرع .

الا أن الدكتور المرحوم عبد الرزاق السنهوري لا يؤيد هذا الرأي خشية ما عسى أن يصيب التشريع من تقلقل واضطراب اذا ما اعتمدنا في استخلاص المبادىء القانونية العليا إلى قانون غير مكتوب تختلف فيه الأنظار وتتباين عنده المذاهب فهو يرى ان يقتصر في استخلاص المبادىء القانونية العليـــا على القانون المكتوب ، أي على نصوص الدستور فحسب . وان كانت هناك مبادىء عليا تسود الدستور وتهيمن على جميع احكامه فهذه المبادىء العليا التي هي روح الدستور تستخلص استخلاصاً موضوعياً من نصوصه المدونة بحيث اذا انحرف المشرع العادي عن هذه المبادىء كان التشريع باطلاً لما ينطوي عليه من انحراف في استعمال السلطة التشريعية[1] .

---

(١) الدكتور عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ص ١٠٢ وما بعدها وبنفس المعنى الدكتور احمد كمال أبو المجد ، المرجع السابق ص ٦٠١ وما بعدها .

وتأسيساً على ذلك في اطار التسليم بسمو الدستور المكتوب . فانه لا يكون ثمة محل لبحث مشروعية الحظر الواردة في المادة ١٨ من الاعلان الدستوري الليبي أو المادة ١٩١ من الدستور المصري سنة ١٩٥٦ باعتبار أن القواعد الدستوريةتحتل المكانة العليا في سلم التدرج الهرمي لنظام القانوني في الدولـــة .

ومع هذا فاننا نرى أن الحصانة التي قررها المشرع الدستوري الليبي في المادة ١٨ من الاعلان الدستوري ضد رقابة القضاء بالنسبة للتدابير التي يتخذها مجلس قيـــادة الثورة ، تكون قاصرة عـــلى تلك التدابير التي ينخذهـــا المجلس ، سواء في صورة قوانين أو أوامر أو قرارات، بهدف حماية الثورة والنظام القائم عليها ، وبالتالي فان أية تصرفات تصدر عن المجلس ، سواء بوصفه سلطة تشريعية عادية أو سلطة تنفيذية ولا تتغيا هذا الهدف فانها تظل خاضعة لرقابة القضاء، سواء لرقابة القضاء الدستوري طبقاً لنص المادة ١٦ من قانون المحكمة العليا لسنة ١٩٥٣ والتي تنص على أنه « يجوز لكل ذي مصلحة شخصية مباشرة الطعن أمام المحكمة العليا في أي تشريع أو اجراء أو عمل يكون مخالفاًللدستور » . أو للقضاء الاداري وفقاً لاحكام المواد ٢ ، ٣ ، ٤ ، ٥ من القانون رقم ٨٨ لسنة ١٩٧١ في شأن القضاء الاداري[1]

---

(١) الا أن أستاذنا الدكتور خالد عريم ذهب في تفسير نص المادة ١٨ من الاعلان الدستوري الليبي خلاف هذا الرأي ، بحيث يرى أن الحظر بالطعن يمتد الى جميع التدابير التي يتخذها مجلس قيادة الثورة من قوانين أو أوامر أو قرارات دون قصرها على تلك التدابير التي تهدف إلى حماية الثورة والنظام القائم عليها . فالعبرة عنده بالجهة الصادر عنها التصرف لا بالهدف منه .

ومن ثم فهو يرى أنه التطبيق لنصوص المواد ١٨ المشار اليها وكذلك المادة ١/٣٤ من الإعلان الدستوري ، والتي تقضي بأن يستمر العمل بجميع الأحكام المقررة في القوانين والتشريعات القائمة فيما لا يتعارض مع أحكام هذا الاعلان الدستوري ، فان المادة ١٦ من قانون المحكمة العليا لسنة ١٩٥٣ ، والتي تنص على أنه « يجوز لكل ذي مصلحة شخصية مباشرة الطعن امام=

كما نرى أيضاً إن حظر الطعن في التدابير التي يتخذها مجلس قيادة الثورة بهدف حماية الثورة والنظام القائم عليها لا يمتد الى رقابة التعويض . ومن ثم

= المحكمة العليا في أي تشريع أو اجراء أو عمل يكون مخالفاً للدستور . قد اصبحت ملغاة . فهو يقول في الصفحة ٧٣ من مؤلفه في القانون الاداري الليبي الجزء الثاني « ... لا شك أن المادة السادسة عشرة من قانون المحكمة العليا التي تجيز لكل ذي مصلحة شخصيه مباشرة الطعن أمام تلك المحكمة في أي تشريع أو اجراء أو عمل مخالف للدستور تتعارض مع حكم المادة الثامنة عشرة من الاعلان الدستوري التي تقضي بعدم جواز الطعن في التدابير التي يتخذها مجلس قيادة الثورة أمام أية جهة ، لأن هذه المادة تمنع الطعن في حين أن المادة السادسة عشرة من قانون المحكمة تجيزه . لذا فان المادة السادسة عشرة اصبحت ملغاة عملا بحكم الفقرة الأولى من المادة ٣٤ من الاعلان التي أبقت التشريعات القائمة التي لا تتعارض مع الاعلان الدستوري سارية المفعول فقط. ويترتب على ذلك ان رقابة دستورية القوانين اصبحت ملغاة لأن مجلس قيادة الثورة هو وحده الذي يمارس السلطة التشريعية في البلاد ، كذلك الأمر بالنسبة للقرارات والأوامر الصادرة عن المجلس ... » . على أنه يرى من ناحية أخرى انه اذا كان حكم المادة السادسة عشرة قد اصبح ملغى بالنسبة لما يتخذه مجلس قيادة الثورة من تدابير فانه ما زال سارياً المفعول بالنسبة لأي عمل او اجراء يصدر عن السلطة التنفيذية حيث يقول في الصفحة ٧٤ من نفس المؤلف « ... لم يرد في الاعلان الدستوري نص يمنع الطعن بعدم الدستورية في اللوائح أو القرارات العامة أو الفرديه الصادرة عن مجلس الوزراء أو عن الوزير المختص أو عن أية جهة ادارية أخرى لذا فان تطبيق المادة السادسة عشرة على ما تتخذه السلطة التنفيذية من تدابير لا يتعارض مع أحكام الاعلان الدستوري ، وهكذا فان الاعلان الدستوري لم يلغ رقابة الدستورية في ليبيا وانما حدد التصرفات التي يجوز الطعن فيها بعدم الدستورية فقط .

لذا يجوز لكل ذي مصلحة شخصية مباشرة الطعن في أي عمل أو اجراء يصدر عن مجلس الوزراء أو الوزير المختص أو الجهات الادارية الأخرى أو السلطات القضائية ، ويكون مخالف لاحكام الاعلان الدستوري ، أمام المحكمة العليا ، وتملك هذه المحكمة سلطة الغاء ذلك العمل أو الاجراء اذا ثبتت مخالفته للاعلان الدستوري » ...

على أنه يقول بخلاف هذا الرأي في موضع آخر من مؤلفه المذكور ، فقد جاء في الصفحات ٩٧٥، ٩٧٦ وبمناسبة الكلام عن شروط قبول دعوى الالغاء وفيما يتعلق بطبيعة القرار المطعون فيه قوله « ... نحن نعتقد انه يجب التفريق بين الاعلانات الدستورية والقوانين من جهة وبين القرارات والأوامر من جهة أخرى ، فالاعلانات الدستورية والقوانين لا تقبل الطعن بالالغاء

يحق لكل من يدعي بوقوع ضرر عليه من هذه التدابير المطالبة بالتعويض عنها أمام القضاء . وذلك بخلاف نص المادة ١٩١ من الدستور المصري لسنة

= بطبيعتها لأن دعوى الالغاء لا توجه الا ضد قرار اداري . أما القرارات والأوامر فقد يوحى النص المانع من الطعن انها لا تقبل الطعن مطلقاً . الا أننا نعتقد بوجوب النظر الى الهدف من القرارات والأوامر فاذا كان هدفها حماية الثورة فلا شك انها غير قابلة للطعن لوجود النص المانع . وفي هذا حفاظ على مبدأ الشرعية الجديدة التي اقيمت على انقاض الشرعية القديمة ، اما اذا كان القرار أو الأوامر لا يهدف الى حماية الثورة وانما يهدفان الى تسيير الأمور العادية وممارسة الاختصاصات التي منحها القانون للمجلس فانهما يقبلان الطعن على ما اعتقد ، فأرى لو صدر قرار من مجلس قيادة الثورة بترقية أحد الموظفين الكبار وطعن زميل له بهذه الترقية فان المحكمة العليا ، باعتبارها محكمة قضاء اداري تستطيع قبول هذا الطعن . لأن مثل هذا القرار أو الأمر لا علاقة له بحماية الثورة وانما يهدف الى تنفيذ القوانين فقط ... » .

ويبين من هذا أن المؤلف ميز على ما يبدو بين اختصاص المحكمة العليا باعتبارها محكمة قضاء دستوري – وهو الاختصاص المنصوص عليه في المادة ١٦ من قانون المحكمة . وبين اختصاصها باعتبارها محكمة قضاء إداري (وذلك قبل نقل هذا الاختصاص الأخير الى دوائر القضاء الإداري بمحاكم الاستئناف المدنية طبقاً للقانون رقم ٨٨ لسنة ١٩٧١ في شأن القضاء الاداري) . فني حين قيد المؤلف سلطة المحكمة باعتبارها محكمة قضاء دستوري من نظر كافة التدابير التي يتخذها مجلس قيادة الثورة دون النظر الى الهدف من هذه التدابير كما جاء في الصفحة ٧٣ بمناسبة الكلام عن الرقابة على دستورية القوانين في ليبيا ، فانه اقتصر في تقييده سلطة المحكمة باعتبارها محكمة قضاء اداري على تلك الأوامر والقرارات التي تصدر عن مجلس قيادة الثورة بهدف حماية الثورة والنظام القائم عليها .

فالعبرة عنده في القيد الوارد على اختصاص المحكمة باعتبارها محكمة قضاء دستوري ، بمصدر التصرف لا بالهدف منه ، فما دامت الجهة التي صدر عنها التصرف هي مجلس قيادة الثورة . فعنده لا يجوز الطعن في هذه التصرفات بعدم الدستورية أمام المحكمة العليا بغض النظر عما اذا كان الهدف من هذه التصرفات الصادرة عن مجلس قيادة الثورة هو حماية الثورة أو خلافه .

أما فيما يتعلق باختصاص المحكمة باعتبارها محكمة قضاء اداري فمناط التفرقة عنده بالهدف من القرار بحيث قصر الحظر بالطعن على القرارات والأوامر التي تصدر على مجلس قيادة الثورة بهدف حماية الثورة دون غيرها من التدابير التي تتخذ لمواجهة الأمور العادية .

والذي نراه في تفسير نص المادة ١٨ من الاعلان الدستوري، هو أن القيد الوارد على =

١٩٥٦ الذي كان ينص صراحة على حظر الطعن بجميع وجوهه الغاء وتعويضاً .

هذا من جهة ومن جهة أخرى فاننا نرى أن النظام القانوني، سواء في جمهورية مصر العربية أو الجمهورية العربية الليبية قد صار، بقيام اتحـاد الجمهوريات العربية والذي يضم جمهورية مصر العربية والجمهورية العربية الليبية والجمهورية العربية السورية منذ أول سبتمبر سنة ١٩٧١ ، محكوماً بالمبادىء والأسس التي نص عليها دستور اتحاد الجمهوريات العربية .

ومن الأحكام الأساسية التي أقرها دستور الاتحاد . بهذا الخصوص ، ما جاء في المادة ١١ من النص على أن « تلتزم كل جمهورية من جمهوريات الاتحاد بألا يتعارض دستورها مع احكام هذا الدستور » . والمادة ١٢ تنص على أن « تكفل دساتير الجمهوريات وقوانينها كحد أدنى المبادىء والحقوق التاليـة :

أ ـ المواطنون أمام القانون والقضاء متساوون ولا تمييز بينهم بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين ..... د ـ حرية التقاضي وسلوك سبل الطعن والدفاع أمام القضاء ..... » .

= اختصاص المحكمة قاصر في جميع الأحوال على التصرفات التي تصدر عن مجلس قيادة الثورة بهدف حماية الثورة والنظام القائم عليها سواء باعتبارها محكمة قضاء دستوري أو محكمة قضاء اداري – أي بالأخذ بالمصدر والهدف معاً والقضاء هو الذي يحكم بما اذا كانت هذه التدابير تهدف حماية الثورة أو انها تدابير عادية .

وعليه فان التدابير التي تصدر عن مجلس قيادة الثورة ، في غير هذه الحالات وتقع مخالفة لاحكام الاعلان الدستوري فانه يجوز لذوي الشأن الطعن فيها أمام المحكمة العليا باعتبارها محكمة قضاء دستوري . أما تلك التصرفات التي تقع بالمخالفة للقوانين واللوائح فيجوز الطعن فيها أمام دوائر القضاء الإداري بمحاكم الاستئناف المدنية والتي أصبحت تختص ، طبقاً لاحكام القانون رقم ٨٨ لسنة ١٩٧١ ، بالمنازعات الادارية والتي كانت من اختصاص المحكمة العليا باعتبارها محكمة قضاء اداري .

وعليه فان السلطة التشريعية في كل دولة من دول الاتحاد يتعين عليها ، وهي بصدد وضع القوانين الداخلية ، أن تراعي هذه الأسس والمبادىء التي تضمنها دستور الاتحاد والتي تكفل المساواة وحق التقاضي لمواطني الاتحاد .

وهذا القيد يرد على المشرع الدستوري كما يرد على المشرع العادي . وبالتالي اذا خالف المشرع الدستوري أو العادي في أية دولة من دول الاتحاد . هذه الأسس والمبادىء فانه يمكن الطعن بعدم دستورية هذه التشريعات أمام المحكمة الدستورية الاتحادية وذلك طبقاً لنص المادة ٤٨ من دستور الاتحاد .

ومن ثم فان كل من المشرع المصري أو الليبي لم يعد مقيداً — وهو بصدد وضع التشريعات الداخلية — بالقواعد الدستورية المقررة في أي من الدولتين فحسب ، وانما يتقيد أيضاً بأحكام دستور اتحاد الجمهوريات العربية الذي تنتمي اليه الدولتان والذي صار نافذ المفعول منذ أول سبتمبر سنة ١٩٧١ .

وهذا ما أكدته محكمتنا العليا في حكمها الصادر في ١٠ يونية سنة ١٩٧٢ ، والذي سبقت الاشارة اليه في هذا البحث ، حيث جاء فيه قولها « .... وقد أكد هذا المعنى صدور دستور دولة اتحاد الجمهوريات العربية الذي نص في المادة ١٢ منه على أن تكفل دساتير الجمهوريات وقوانينها كحد ادنى المبادىء والحقوق التالية : ..... ومنها ما جاء في الفقرة (د) من حق التقاضي وسلوك سبيل الطعن والدفاع أمام القضاء . وهذا النص واجب النفاذ في جمهوريات الاتحاد منذ صدوره ونشره وموافقة جمهوريات الاتحاد عليه شعوباً وحكومات ... » .

كذلك فان اهدار حق التقاضي ينتافى والمبادىء السمحة التي جاءت بها الشريعة الاسلامية الغراء ، والتي تقوم على أساس العدل والمساواة قال تعالى : « ان الله يأمر بالعدل والاحسان » . سيما وأن الدساتير تنص على أن الشريعة

تعد مصدراً أساسياً من مصادر القانون ، فقد نصت المادة ٦ من دستور اتحاد الجمهوريات العربية على أن « تؤكد دولة الاتحاد على القيم الروحية وتتخذ الشريعة الاسلامية مصدراً رئيسياً للتشريع » . وهو ما نصت عليه كذلك المادة ٣ من دستور جمهورية مصر العربية لسنة ١٩٧١ حيث تقضي بأن « ... مبادىء الشريعة الاسلامية مصدر رئيسي للتشريع . »

الخاتمة

مما تقدم نخلص الى القول بأن التشريعات المانعة من التقاضي تعد خرقاً خطيراً لمبدأ المشروعية وسيادة القانون ، فهي تمثل اخلالاً بالمبادىء والأسس التي كفلتها الدساتير واعتداء على مبدأالفصل بين السلطات واستقلال القضاء . واهداراً لمبدأ المساواة وحماية حقوق الافراد وحرياتهم ومن أهمهـــا حق الالتجاء الى القضاء .

فاذا كان المشرع يحرم على الأفراد اقتضاء حقوقهم بأنفسهم ويحتم عليهم الرجوع بشأنها الى سلطان القضاء، الذي خصه المشرع بوظيفة حسم المنازعات. فكيف يسوغ للمشرع نفسه أن يسلب الافراد ممارسة هذا الحق الذي تقرر لهم ، بحيث يجعلهم في وضع يعجزون فيه عن المطالبة بما يدعونه من حقوق فلا هم يستطيعون اقتضاءها تحكماً ولا بالالتجاء الى القضاء . أليس في هذا هدم للأسس التي تقوم عليها الدولة ذاتها ؟

ومن ثم فاننا لا نقر مسلك المشرع في تحصينه لبعض القرارات الادارية ضد رقابة القضاء . ونرى أنه اذا حق للادارة الخروج على قواعد المشروعية العادية ، في حالات الضرورة ولمقتضيات الصالح العام ، فان مثل هـــذه الحالات الاستثنائية يجب أن يترك أمر تقديرها للقضاء ليتحقق بنفسه من توافر هذه الشروط أو عدم توافرها ، وبالتالي لا يجوز للمشرع أن يحصن مثل هذه التصرفات بنصوص مسبقة لاستبعادها من رقابة القضاء .

ولا يغير - من خروج المشرع على مبدأ المشروعية ، لجوؤه الى تشكيل لجان ادارية لتنظر في التظلمات التي ترفع ضد القرارات الادارية التي استبعدت من رقابة القضاء ، فمثل هذا الاجراء علاوة على أنه يشكل اعتداء على سلطة القضاء فانه أبعد من أن يبعث على الاطمئنان في تحقيق العدالة. اذ كيف يتسنى ذلك والخصم هو الحكم؟ الا يعد ذلك احياء لفكرة الوزير القاضي التي أقرت أغلبية الفقه والقضاء فسادها ؟ فالمشرع وان استطاع تنظيم حق التقاضي وتدعيمه فهو لا يستطيع القضاء عليه .

واذا كنا نستهجن مسلك المشرع العادي في تحصينه لبعض القرارات الادارية ضد رقابة القضاء ، فاننا ننبذ من باب أولى أن يرد مثل هذا الحظر من قبل المشرع الدستوري ، ذلك أنه اذا كان مما يخفف حيف موانع الطعن التي ترد بالقوانين العادية امكانية الطعن في مثل هذه القوانين امام جهات القضاء بدعوى عدم دستوريتها ، فان هذا المخرج لا يتحقق في حالة ما اذا ورد الحظر في صلب الدستور ذاته .

فالدستور باعتباره اسمى القوانين الوضعية والاطار الذي يضع الضوابط التي تحكم نشاط السلطة العامة في الدولة ويتكفل بالاعلان عن المبادىء الأساسية لحقوق الأفراد وحرياتهم ، فهو ادعى لأن يحمي حقاً من أهم حقوق الأفراد الا وهو حق كفالة حق التقاضي . وقديماً قيل بأن « العدل أساس الملك » .

وقد أحسن المشرع الدستوري المصري صنعاً عندما نص في دستور سنة ١٩٧١ على تحريم موانع الطعن أمام القضاء .

القاهرة — ١٩٧٣

المـــراجع

١ ــ الدكتور أحمد كمال أبو المجد

الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحده والاقليم المصري ١٩٦٠

٢ ــ الدكتور ثروت بدوي

مبادىء القانون الاداري المجلد الأول ١٩٧٠

٣ ــ الدكتور ثروت بدوي

القانون الدستوري ١٩٧١

٤ ــ الدكتور خالد عريم

القانون الاداري الليبي ــ الجزء الثاني

٥ ــ الدكتور سليمان الطماوي

القضاءالاداري ــ الكتاب الأول قضاء الالغاء ١٩٦٧

٦ ــ الدكتور سلمان الطماوي

رقابة دستورية القوانين ــ مجلة العلوم الإدارية . العدد الثانيأغسس ١٩٧١

٧ ــ الدكتور طعيمة الجرف

رقابة القضاء لاعمال الادارة ١٩٧٠

٨ ــ الدكتور عبد الرزاق السنهوري

مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال

السلطة التشريعية — مجلة مجلس الدولة — السنة الثالثة .

٩ — الدكتور عثمان خليل عثمان

تطور القضاء الاداري في الجمهورية العربية المتحدة مجلة العلوم الادارية — السنة الاولى — العدد الأول .

١٠ — الدكتور محمد عصفور

موقف الديمقراطيات والرقابة على دستورية القوانين مجلة المحاماة — العدد الأول يناير ١٩٧١

١١ — الدكتور محمود حافظ

القضاء الاداري — الطبعة السادسة ١٩٧٢
القرار الاداري ١٩٧٢

١٣ — الدكتور يحيى الجمل

الرقابة على دستورية القوانين في المملكة الليبية مجلة القانون والاقتصاد — العدد الأول — مارس ١٩٦٤

١٤ — قضاء مجلس الدولة والمحكمة العليا في مصر

١٥ — قضاء المحكمة العليا في ليبيا

١٦ — الجريدة الرسمية للجمهورية العربية الليبية

J. Vedel Droit Administratif 1961.

عقد المضاربة بين الشريعة والقانون

دعوة الى تطبيقه في العمليات المصرفية المعاصرة

للأستاذ الدكتور عبد العظيم شرف الدين

أستاذ في الشريعة الإسلامية

في كلية الحقوق – جامعة بنغازي – بالجمهورية العربية الليبية

١

التعاون بين المال والعمل يعد من العوامل الأساسية للتقدم الاقتصادي المنشود الذي تبتغيه أمتنا في ظل أحكام الشريعة الإسلامية الغراء. وعقد المضاربة المقررة في الشريعة الإسلامية يعد مظهراً من مظاهر هذا التعاون بين رب المال الذي يملك المال ولا يستطيع استثماره والعامل الذي يجيد العمل ولا يجد ما لا يتجر فيه على أن يقسم الربح بينهما وإذا حدثت خسارة تحملها رأس المال على ألا يتحمل العامل من الخسارة شيئاً سوى ضياع عمله عليه.

فما معنى عقد المضاربة؟ وما وجه مشروعيته؟

تعريف المضاربة :

المضاربة مأخوذة من الضرب في الأرض، وهو السفر والمشي، والعامل مضارب ــ بكسر الراء ــ قال الرافعي : ولم يشتق للمالك منه اسم فاعل لأن العامل يختص بالضرب في الأرض، فعلى هذا تكون المضاربة من المفاعلة التي تكون من جانب واحد مثل : عاقبت اللص[1] وأهل الحجاز يسمون عقد المضاربة القراض ــ بكسر القاف ــ من القرض، وهو القطع، سمي بذلك لأن المالك قطع قطعة من ماله، والعامل قطع لرب المال جزءاً من الربح[2].

وأهل العراق يسمونه المضاربة، ولا يقولون قراضاً البتة، وقد أخذه أهل العراق من قوله تعالى : «وإذا ضربتم في الأرض»[3].

---

(١) نيل الأوطار : ٥/٢٧٩، نتائج الأفكار : ٧/٥٧.

(٢) حاشية الدسوقي : ٣/٥١٧.

(٣) سورة النساء : آية : ١٠١.

وقوله : « وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله »[١] .

وقال رجل من جلساء عمر رضي الله عنه في قصة ولديه عبد الله وعبيد الله حينما كانا في جيش إلى العراق ، فلما قفلا مرا على أبي موسى الأشعري ، وهو أمير البصرة ، فرحب بهما وسهّل ، ثم أسلفهما مالاً من مال الله ، فابتاعا به متاعاً من متاع العراق ، فلما قدما باعا فأربحا ، فلما دفعا ذلك إلى عمر رضي الله عنه قال : أكلّ الجيش أسلفه مثل ما أسلفكما ؟

قالا : لا ، فقال عمر بن الخطاب : ابنا أمير المؤمنين ، فأسلفكما ، أديا المال وربحه ، فأما عبد الله فسكت ، وأما عبيد الله فقال : ما ينبغي لك يا أمير المؤمنين هذا ، لو نقص هذا المال أو هلك لضمناه ، فقال عمر : أدياه ، فسكت عبد الله ، وراجعه عبيد الله ، فقال رجل من جلساء عمر : يا أمير المؤمنين : لو جعلته قراضاً ، فقال عمر : قد جعلته قراضاً ، فأخذ عمر رأس المال ونصف ربحه ، وأخذ عبد الله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب نصف ربح المال [٢] .

فقول الرجل لعمر : لو جعلته قراضاً ، يدل على أنه لغة أهل الحجاز والمعروف عندهم وكان عقد المضاربة في الجاهلية ، فأقره الإسلام ، وقد عمل به الرسول صلى الله عليه وسلم لخديجة قبيل البعثة ، ونقلته الكافة عن الكافة كما نقلت الدية ، ولا خلاف في جوازه[٣] .

والمضاربة شرعاً عقد على الشركة بمال من أحد الجانبين وعمل من الآخر [٤]

وقال السمرقندي : وأما تفسير المضاربة فهو دفع المال إلى غيره ليتصرف

---

(١) سورة المزمل : آية : ٢٠ .
(٢) الموطأ : ٣/٣٤٥، ٣٤٦ .
(٣) الزرقاني على الموطأ : ٣/٣٤٥ .
(٤) نتائج الأفكار : ٧/٥٧ .

فيه ، ويكون الربح بينهما على ما شرطا ، فيكون الربح لرب المال بسبب ماله لأنه نماء ماله ، وللمضارب باعتبار عمله الذي هو سبب وجود الربح [١] وتعريف السمرقندي فيه فتور ؛ إذ الظاهر أن المضاربة في الشريعة ليست نفس الدفع المذكور ، بل هي عقد يحصل قبل ذلك أو معه [٢] .

ويؤيد هذا ما قاله السبكي : قد يشاح المصنف في قوله : أن يدفع ، ويقال : القراض هو العقد المقتضى للدفع لا نفس الدفع [٣] .

ومن هذا نرى أن الرأي السائد لدى الفقهاء هو اعتبار المضاربة عقداً يحتاج إلى إيجاب وقبول شأنه في ذلك شأن سائر العقود .

وجه مشروعيتها :

اتفق الفقهاء على جواز المضاربة ، ولا خلاف بينهم في مشروعيتها ، غير أن الجمهور منهم ذهبوا إلى أنها قد شرعت على خلاف القياس ؛ إذ القياس يقضي بعدم جواز الاستئجار بأجر مجهول ، بل بأجر معدوم ؛ ولعمل مجهول . وقد ترك القياس بالكتاب والسنة والإجماع :

أما الكتاب فقوله عز شأنه : «وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله »[٤] والمضارب يضرب في الأرض يبتغي من فضل الله عز وجل ، وأما السنة فما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال : كان العباس بن عبد المطلب إذا دفع المال مضاربة اشترط على صاحبه أن لا يسلك به بحراً ، ولا ينزل به وادياً ، ولا يشتري به دابة ذات كبد رطبة ، فإن

---

(١) تحفة الفقهاء : ٣/١٥ .
(٢) نتائج الأفكار : ٧/٥٧ .
(٣) مغني المحتاج : ٢/٣١٠ .
(٤) سورة المزمل : آية : ٢٠ .

فعل ذلك ضمن ، فبلغ شرطه رسول الله صلى الله عليه وسلم . فأجاز شرطه ، وبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يتعاملون بذلك فلم ينكر عليهم . وهذا تقرير لهم على المضاربة . والتقرير من رسول الله سنة . وأما الإجماع فهو إجماع الصحابة على جواز المضاربة ، ولم ينكر عليهم أحد ، وقد تعامل الناس بذلك من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم في سائر العصور دون إنكار أحد .

وبهذا الإجماع ترك القياس . أضف إلى هذا أن الحاجة دعت إلى مشروعيتها فالإنسان قد يكون لديه مال ، لكنه لا يهتدي إلى استثماره ، وقد تكون لديه الخبرة الكافية بأمور التجارة ولكنه لا يجد مالاً يستثمره ، فكان في تشريع هذا العقد دفع حاجة الغني والفقير ، والله تعالى ما شرع العقود إلا لمصالح العباد ودفع حوائجهم (١) .

وقد قرر ابن رشد أنه لا خلاف بين المسلمين في جواز القراض ، وأنهم أجمعوا على أن صفته أن يعطى الرجل الرجل المال على أن يتجر به على جزء معلوم ، يأخذه العامل من ربح المال ، وأن هذا استثني من الإجارة المجهولة ، وأن الرخصة في ذلك إنما هي لموضع الرفق بالناس (٢) .

والجمهور من الفقهاء يرون أن المضاربة شرعت على سبيل الرخصة ، وقد استثنيت من الإجارة بمجهول ، ومن السلف بمنفعة (٣) .

وأن القراض رخصة يقتصر فيها على ما ورد (٤) .

والقراض رخصة خارج عن قياس الإجارات كما خرجت المساقاة عن

---

(١) بدائع الصنائع : ٦/٧٩ .
(٢) بداية المجتهد : ٢/٢٣٦ .
(٣) حاشية الدسوقي : ٣/٥١٨ .
(٤) الشرح الكبير : ٣/٥١٩ .

بيع ما لم يخلق ؛ والحوالة عن بيع الدين بالدين ، والقراض عقد غرر إذ العمل فيه غير مضبوط ، والربح غير موثوق به ، وإنما جوز للحاجة[١] .

والفقهاء قد أولوا مشروعية المضاربة عناية فائقة ، وحشدوا جهودهم لبيان وجه الحاجة إليها ، ومن هذا قول صاحب الهداية : وهي مشروعة للحاجة إليها ، فإن الناس بين غني بالمال عي عن التصرف فيه ، وبين مهتد في التصرف صفر اليد عنه ، فمست الحاجة إلى شرع هذا النوع من التصرف ليتنظم مصلحة الفقير والغني[٢] .

وعلماء الحديث قد اهتموا ببيان الأدلة على جوازها ، ومن هذا ما أورده الشوكاني عن حكيم بن حزام صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه كان يشترط على الرجل إذا أعطاه مالاً مقارضة يضرب له به : أن لا تجعل مالي في كبد رطبة[٣] ولا تحمله في بحر ، ولا تنزل به بطن مسيل ، فإن فعلت شيئاً من ذلك فقد ضمنت مالي .

وقال علي : في المضاربة الوضيعة على المال ، والربح على ما اصطلحوا عليه ، قال الشوكاني بعد ذكر هذه الآثار : فهذه الآثار تدل على أن المضاربة كان الصحابة يتعاملون بها من غير نكير ، فكان ذلك إجماعاً منهم على الجواز[٤] . وقال الباجي : ووجه صحته من جهة المعنى أن كل مال يزكو بالعمل ولا يجوز استئجاره للمنفعة المقصودة منه فإنه يجوز المعاملة عليه ببعض النماء الخارج منه ؛ وذلك أن الدنانير والدراهم لا تزكو إلا بالعمل ، وليس كل أحد يستطيع التجارة ، ويقدر على تنمية ماله ، ولا يجوز له إجارتها ممن

---

(١) مغني المحتاج : ٢/٣٠٩ ، ٣١٠ .
(٢) الهداية : ٧/٥٨ .
(٣) أي لا تشتري به حيواناً ، وإنما نهاه عن ذلك لأن ما كان له روح عرضة للهلاك .
(٤) نيل الأوطار : ٥/٢٨٢ .

ينميها ، فاولا المضاربة لبطلت منفعتها . فلذلك أبيحت المعاملة بها على وجه القراض ، لأنه لا يتوصل من مثل هذا النوع من المال إلى الانتفاع بـــه في التنمية إلا على هذا الوجه (١) . فتراه يقرر أن الدراهم والدنانير لا تصح إجارتها للانتفاع بها لأن هذا يعد ربا ، وليس كل أحد يستطيع التجارة بها ، فمست الحاجة إلى القراض بها ، ولولا ذلك لتعطل الانتفاع بها . وقد أبرز في عبارته الحاجة إلى القراض من جانب رب المال لأن حاجة العامل ماسة وواضحة لا تحتاج إلى بيان .

وإذا كان الجمهور من الفقهاء يرون أن المضاربة قد شرعت على خلاف القياس فإننا نجد ابن تيمية وتلميذه ابن القيم قد ذهبا إلى أنها لا تخالف القياس شأنها شأن غيرها من العقود التي دافعاً عن مجيئها على مقتضى القياس ، وقد بين ابن تيمية أن القائلين إن المضاربة على خلا ف القياس ظنوا أنها من جنس الإجارة لأنها عمل بعوض . والإجارة يشترط فيها العلم بالعوض والمعوض ، فلما رأوا العمل والربح في المضاربة غير معلومين قالوا : هي على خلاف القياس ، وهذا من غلطهم ، فإن المضاربة من جنس المشاركات لا من جنس المعاوضات المحضة التي يشترط فيها العلم بالعوض والمعوض ، والمشاركات جنس غير جنس المعاوضات ، وإن كان فيها شوب المعاوضة ، ثم بين الفرق بين المضاربة والإجارة بأن رب المال ليس له قصد في عمل العامل كالمستأجر ، له قصد في عمل العامل ، وإنما المقصود لرب المال هو المال ، ولهذا لو عمل المضارب ما عمل ولم يربح شيئاً لم يكن له شيء ، والمضاربة مشاركة : هذا بنفع ماله ، وهذا بنفع بدنه ، وما قسم الله من ربح كان بينهما على الإشاعة ، ولهذا لا يجوز أن يختص أحدهما بربح مقدر لأن هذا يخرجهما عن العدل الواجب في الشركة : فإن مبنى المشاركات على العدل بين الشريكين ،

---

(١) المنتقى : ٥/١٥١ .

فإذا خص أحدهما بربح دون الآخر لم يكن ذلك عدلاً ، بخلاف ما إذا كان لكل منهما جزء شائع ، فإنهما يشتركان في المغنم والمغرم ، فإن حصل ربح اشتركا فيه ، وإن لم يحصل شيء اشتركا في المغرم ، وذهب نفع بدن هذا كما ذهب نفع مال هذا[1] .

وكان الصحابة رضي الله عنهم يدعون إلى التجارة بأموال اليتامى ، وكانوا يضاربون بها حتى لا تأكلها الزكاة ، قال الزرقاني : أجمع العلماء على أن القراض سنة معمول بها ، وقال عمر وابنه وعائشة وابن مسعود : « اتجروا في أموال اليتامى ، لا تأكلها الزكاة » وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : خطب رسول الله صلى الله عليه وسلم الناس فقال : « ألا من ولي مال يتيم فليتجر له فيه ، ولا يتركه فتأكله الزكاة »[2] .

أركان المضاربة :

المضاربة عقد بين رب المال والمضارب كما بينا ، ولهذا كان لا بد لها من أركان يتوقف وجودها عليها ، شأنها في هذا شأن غيرها من العقود ، وأركانها هي الإيجاب والقبول . فالإيجاب هو كل لفظ يدل على المعنى المقصود منها ، وهو يتأتى بلفظ المضاربة والمقارضة والمعاملة ، وما يؤدي معناها ، كأن يقول رب المال : خذ هذا المال مضاربة على أن ما رزق الله من ربح فهو بيننا على كذا من نصف أو ربع أو ثلث أو غير ذلك من الأجزاء المعلومة ، وكذلك لو قال : مقارضة أو معاملة ، والقبول كل لفظ يدل على الرضا بذلك كقول المضارب : أخذت أو رضيت أو قبلت ، ونحو ذلك ، ولفظ المضاربة صريح في إنشاء هذا العقد ، وكذا لفظ المقارضة صريح لدى أهل المدنية ، ولفظ

---

(١) إعلام الموقعين : ١/٣٨٤، ٣٨٦ .
(٢) الموطأ : ٣/٣٤٧ .

المعاملة يشتمل على البيع والشراء ، وهو معنى عقد المضاربة . فلو قال : خذ هذا المال واعمل به على أن ما رزق الله فهو بيننا ولم يزد على هذا ، فأجابه بالقبول تم العقد لأنه أتى بلفظ يؤدي معنى العقد ، والعبرة في العقود للمعاني لا للألفاظ والمباني .

ومن هذا يتبين لنا أن عقد المضاربة يصح إنشاؤه بذكر لفظ المضاربة أو المقارضة أو المعاملة ، وكذلك بذكر البيع والشراء أو ما يدل عليهما مع تحديد جزء شائع للمضارب من الربح إذا ربح .

وإذا ذكر رب المال ما يدل على الشراء فقط لا يتم عقد المضاربة ، فإن كان المسمى للعامل معيناً اعتبر هذا إجارة صحيحة ، فاستحق العامل الأجر على شراء ما أمره به رب المال ، وإن كان المسمى للعامل مجهولاً كانت إجارة فاسدة واستحق أجر مثله . فلو قال له : خذ هذا المال فاشتر به سيارة لا تعتبر عبارته مضاربة ، فإذا اشترى العامل السيارة كانت ملكاً لرب المال وليس من حق العامل بيعها لأنه أمره بالشراء دون البيع ، فإن باعها توقف بيعه على إجازة رب المال .

وذكر البيع والشراء مع تحديد قدر شائع من الربح كاف لإنشاء عقد المضاربة ، روى بشر عن أبي يوسف في رجل دفع إلى رجل ألف درهم ليشتري بها ويبيع فما ربح فهو بينهما ، فهذه مضاربة لأنه لما ذكر الشراء والبيع فقد أتى بمعنى المضاربة .

ويصح العقد وإن اشترط على المضارب تحمل الخسارة كلها لأن هذا شرط فاسد ، فيصح العقد ويبطل الشرط . فإذا كانت هناك خسارة لحقت رأس المال عادت على رب المال لا على المضارب .

فإن قال : خذ هذا المال مضاربة على أن لي نصف الربح صحت المضاربة استحساناً ، لأن المضاربة تقتضي الشركة في الربح ، فكانت تسمية أحد

أحد النصفين لنفسه بمنزلة تسمية الباقي للمضارب ، فكأنه قال : خذ هذا المال مضاربة على أن لك النصف . وهذا يشبه ما ورد في ميراث الأبوين في قوله تعالى : « فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث[1] » . فلما كان الميراث للأبوين وقد جعل الله للأم الثلث كان هذا بمنزلة جعل الباقي للأب ، والقياس يقضي فساد المضاربة في هذه المسألة لأن رب المال لم يجعل للمضارب شيئاً معلوماً من الربح ، وإنما سمى لنفسه النصف فقط ، وتسميته لنفسه لغو لعدم الحاجة إليها ، فكانت تسميته لنفسه والسكوت عنها لغواً ، والحاجة إلى التسمية في حق المضارب ، ولم توجد ، فلا تصح المضاربة قياساً ، ولكنها صحيحة استحساناً لما بينا .

أساس استحقاق الربح في المضاربة :

يستحق الربح في المضاربة بالمال أو العمل ، وحيث لا يكون عمل ولا مال ، فلا يستحق ربح في المضاربة، فلو اشترط لرب المال النصف ، وللمضارب الثلث ، ولأجنبي السدس ، فإن السدس لا يستحقه الأجنبي لأنه ليس له ملك ولا عمل ، وإنما يكون هذا السدس حقاً لرب المال كالمسكوت عنه ، وينطبق هذا على حالات كثيرة منها :

لو دفع رجلان إلى رجل ألف جنيه مضاربة على أن للمضارب ثلث الربح والباقي من الربح ثلثه لأحدهما وثلثاه للآخر وكانا متساويين في رأس المال ، فإن المضارب يستحق ثلث الربح الذي شرط له بالعمل ، والباقي يقسم بين صاحبي المال بالتساوي لأن ماليهما متساويان فيجب التساوي بينهما في الربح ؛ وذلك لأن الذي شرط له ثلثا الباقي لو أعطى ما شرط له لأخذ ربحاً من مال صاحبه دون أن يكون له فيه رأس مال ولا عمل ، وهذا شرط باطل ،

---

(١) سورة النساء : آية : ١١ .

فيقسم الربح بينهما بالتساوي لتساويهما في رأس المال بعد أن يأخذ العامل حصته من الربح [١].

حسبان التلف من الربح ، والخسارة على رب المال :

إذ تلف مقدار من مال المضاربة حسب في بادىء الأمر من الربح . ولا يسري إلى رأس المال ، وإذا تجاوز مقدار الربح وسرى إلى رأس المال فلا يضمنه المضارب سواء كانت المضاربة صحيحة أو فاسدة ، ويشترط أن يكون التلف بلا تعد ، ويعد التلف من الربح لأنه تابع . ورأس المال أصل ، فينصرف الهالك إلى التابع ، فإن تلف بتعدى المضارب ضمنه ، والمضارب لا يتحمل شيئاً من الخسارة إذا أمكن جعلها ضمن رأس المال ، أما إذا استغرقت الخسارة رأس المال وزادت عليه فلا يطالب رب المال بهذه الزيادة ، وحسبه ما ضاع من رأس ماله قال ابن رشد : ولا أعرف خلافاً بين فقهاء الأمصار أنه إن تكارى العامل على السلع إلى بلد ، فاستغرق الكراء قيم السلع ، وفضل عليها فضلة أنها على العامل ، لا على رب المال لأن رب المال إنما دفع ما له إليه ليتجر به [٢].

أحكام المضاربة :

المضاربة لها شبه بعدة عقود ، ولهذا ثبتت لها أحكام تتناسب مع هذه العقود . فهي عقد أمانة عند التعاقد ، وعقد وكالة عند التصرف في المال ، وعقد شركة إذا عمل في المال فربح ، وهي عقد جائز لكل منهما فسخه ، ومن أحكامها وجوب تسليم رأس المال إلى المالك قبل تسليم المضارب حصته من الربح . واستحقاق المضارب النفقة في أثناء السفر متى سافر بمال المضاربة للتجارة فيه ، وإليك تفصيل هذه الأحكام :

---

(١) المبسوط : ٢٢/ ٣٠ .

(٢) بداية المجتهد : ٢/ ٢٤١ .

١ ـ عقد أمانة :

المضارب أمين عند التعاقد باتفاق الفقهاء ، ورأس المال في يد المضارب قبل أن يشتري به شيئاً يعد أمانة بمنزلة الوديعة ، لأنه قبضه بإذن المالك لا على وجه البدل كالمقبوض على سوم الشراء ، ولا على وجه الوثيقة كالرهن ، وكل مقبوض كذلك فهو أمانة[١] .

ولا يجوز لرب المال أن يشترط على الذي دفع إليه المال الضمان ، فإن هذا الشرط يخالف ما وضع القراض عليه ، وما مضى من سنة المسلمين فيه كما قال الإمام مالك . ولا خلاف بينهم أن المضاربة أمانة[٢] . وقال ابن قدامة : والعامل أمين في مال المضاربة لأنه يتصرف في مال غيره بإذنه ، لا يختص بنفعه . فكان أميناً كالوكيل[٣] .

ولما كان هذا العقد عقد أمانة كان شرط الضمان على العامل إذا تلف المال ، أوضاع بلا تفريط شرطاً فاسداً ، وقد اختلف الفقهاء في جـــواز اشتراط رب المال الضمان على المضارب .

فقال مالك : القراض فاسد ، وإن تلف المال لم أر على الذي أخذه ضماناً لأن شرط الضمان في القراض باطل[٤] فإن دفع على الضمان فسخ ما لم يعمل ، فإن عمل بطل الشرط ورد إلى قراض مثله ، وروي عنه أنه يرد إلى أجرة مثله[٥] .

---

(١) الهداية : ٧/٥٨ ، بدائع الصنائع : ٦/٨٧ .
(٢) شرح الزرقاني : ٣/٣٥٢ .
(٣) المغني : ٥/٦٩ .
(٤) الزرقاني : ٣/٣٥٢ .
(٥) نفس المرجع .

وعمدة مالك أن اشتراط الضمان زيادة غرر في القراض ففسد، وبهذا قال الشافعي [١].

وقال أبو حنيفة وأصحابه : القراض جائز ، والشرط باطل ، لأنه يشبه الشرط الفاسد في البيع ، فالبيع جائز والشرط باطل اعتماداً على حديث بريرة[٢] وبهذا قال أحمد كما نقله عنه ابن قدامة : متى شرط على المضارب ضمان المال أو سهماً من الوضيعة فالشرط باطل ، لا نعلم فيه خلافاً ، والقصد صحيح ، نص عليه أحمد ، وروي عنه أن العقد يفسد به لأنه شرط فاسد ، فأفسد المضاربة ، والمذهب الأول ؛ وذلك أنه شرط لا يؤثر في جهالة الربح فلم يفسد به ، كما لو شرط لزوم المضاربة[٣].

وعند المالكية يجب ضمان رأس المال إذا كان الربح للعامل وحده بأن قال له رب المال : اعمل فيه والربح لك لأنه حينئذ صار قرضاً ، وانتقل من الأمانة إلى الذمة ، ولكن هذا مشروط بشرطين :

أولهما : ألا ينفي الضمان عن نفسه ، وألا ينفيه عنه رب المال ، فإن نفى الضمان عن نفسه بأن قال : ولا ضمان عليّ . أو قال له رب المال : ولا ضمان عليك لم يضمن لأن رب المال قد زاد في إحسانه إلى العامل بقبول نفي الضمان عنه .

ثانيهما : ألا يذكر لفظ القراض بأن يقول : اعمل فيه، والربح لك فإن سمي قراضاً بأن قال له : اعمل فيه قراضاً ، والربح لك لم يضمن . وإن شرط عليه الضمان حينئذ كان لغواً ، وكان القراض فاسداً يفسخ قبل العمل [٤].

---

(١) بداية المجتهد : ٢/٢٣٨ .
(٢) نفس المرجع .
(٣) المغنى ٥/٦٢ .
(٤) الشرح الصغير : ٤/١٤٠ .

ويرى المالكية أن لرب المال منعه من السفر قبل تصرفه في المال . فإن خالف وسافر ضمن . أما إذا لم يمنعه من السفر أصلاً أو منعه بعد تصرفه في المال فيجوز له السفر، ويرون كذلك أن له أن يشترط عليه ألا ينزل وادياً معيناً . أو لا يمشي بالمال ليلاً خوفاً من اللصوص أو ألا ينزل به بحراً أو ألا يبتاع به سلعة معينة ، فإن خالف في ذلك وتلف المال أو بعضه ضمن ما تلف ، كما يرون أن عليه الضمان إن عمل بموضع جور للعامل بأن كان لا حرمة له فيه ولا جاه ، كما يرون الضمان عليه أيضاً إن عمل في المال بعد علمه بموت المالك متى كان المال عيناً لأن المال صار لغير صاحبه الذي أبرم العقد معه ، ولا يضمن إذا لم يعلم بموته ، ولا إذا كان المال عرضاً فباعه بعد علمه بموت صاحبه ، إذ ليس للورثة أن يمنعوه من التصرف فيه ، ويرون ضمانه أيضاً إذا شارك عاملاً آخر فيه بغير إذن رب المال لأن ربه لم يستأ من سواه ، وكذا إذا باعه بدين بدون إذن صاحبه أو دفعه قراضاً بدون إذن صاحبه أيضاً ، وحينئذ يكون الربح بين رب المال والعامل الثاني ، ولا ربح للعامل الأول ، وعليه الزيادة للثاني إن زاد له في الربح على ما جعله له رب المال كما لو جعل له الثلث في الربح ، فقارض آخر بالنصف فالربح بين ربه والعامل الثاني على الثلث والثلثين وعلى العامل الأول للثاني تمام النصف فإن دخل معه على أقل كالربع كان الزائد لرب المال ، وإن نهاه رب المال العامل عن العمل قبل العمل وانحل العقد حينئذ فخالف وعمل فله الربح وحده وعليه الخسر ، وليس لرب المال عليه إلا رأس ماله[1] .

ومن هذا يظهر لنا أن مال المضاربة في يد المضارب في حكم الوديعة في بعض الأحكام ، وليس وديعة لأن المودع ليس له أن يودع الوديعة عند آخر ، ولكن المضارب له أن يودع رأس مال المضاربة عند آخر ، وهو في

---

(١) الشرح الصغير : ٤/١٤١، ١٤٢ .

حكم الوديعة لأنه قبض المال بإذن مالكه لا على وجه المبادلة والوثيقة ، فهو قبل التصرف إيداع ابتداء سواء كانت المضاربة صحيحة أو فاسدة ، فلو تلف رأس المال في المضاربة الفاسدة في يد المضارب بلا تعد ولا تقصير فلا يلزمه ضمان لأن المضارب أمين .

وقد اهتدى الحنفية إلى وسيلتين يمكن اتباع إحداهما لجعل المضارب ضامناً :

١ – الوسيلة الأولى : أن يقرض رب المال رأس المال للمضارب ، ويسلمه إياه ، ثم يأخذه منه مضاربة ، ثم يسلمه إياه مضاربة ليعمل فيه ، فإذا عمل المضارب وربح كان الربح بينهما مشتركاً على الوجه المشروط ولرب المال حق في أخذ النقود التي أقرضها ، ولو تلف رأس المال فإنه يكون مضموناً على العامل المستقرض .

٢ – الوسيلة الثانية : أن يقرض رب المال القسم الأعظم من رأس المال للمضارب ويسلمه إياه ، والمضارب يتخذ المبلغ الذي اقترضه مع المبلغ الذي في يد رب المال . ويكون الكل رأس مال للشركة ، ويعقد معه شركة عنان ، ثم يعمل المقترض ، والمبلغ الذي اقترضه يكون ديناً في ذمته لرب المال ، وفي حالة تلفه يكون مضموناً ، وهذه ليست مضاربة ولكنها شركة عنان[1] .

٢ - المضاربة وكالة :

تعتبر المضاربة كالوكالة إذا تصرف العامل في مال المضاربة لأنه تصرف في مال غيره بأمره ، وعلى هذا يكون شراؤه على المعروف في الوكالة ،

---

(١) شرح درر الحكام : ٣/٤٦٣ وبدائع الصنائع : ٦/٨٧ .

وهو أن يكون بمثل القيمة أو بما يتغابن الناس في مثله . وأما بيعه فهو محل خـــلاف :

فعند أبي حنيفة إذا كان البيع مطلقاً يراعى فيه الإطلاق ، فيملك البيع بالقليل والكثير . وعند الصاحبين لا يملك البيع إلا بما يتغابن الناس في مثله لأن مطلق البيع ينصرف إلى البيع المتعارف ، والبيع بغبن فاحش ليس بمتعارف فلا ينصرف إليه كالتوكيل بالشراء .

وقال أبو حنيفة : الأصل في اللفظ المطلق أن يجري على إطلاقه ولا يجوز تقييده إلا بدليل ، ولا يجوز تقييد المطلق بالعرف لتعارض العرف في البيع : وذلك أن البيع بغبن فاحش بغية التوصل بثمنه إلى ما هو أربح منه متعارف أيضاً ، أما التوكيل بالشراء فجوازه ثبت على خلاف القياس لما فيه من الأمر بالتصرف في مال الغير ، وقد جوز للحاجة ، فينصرف الأمر بمطلق الشراء إلى ثمن المثل لجريان التعارف به ، وأيضاً فالمشتري متهم بالشراء لنفسه ، فلما تبين الغبن أظهر الشراء للموكل . وهذه التهمة منعدمة في البيع[1] .

والفرق بين تصرف المضارب والوكيل أن الوكيل لو اشترى ما وكل في شرائه ، ثم دفع إليه الثمن فتلف في يده فليس له الرجوع على الموكل ، ويلزمه دفع الثمن من ماله[2] . أما المضارب إذا اشترى سلعة ، وتلف النقد الذي في يده فله الرجوع على رب المال مرة ثانية وثالثة وهكذا على أن يكون رأس المال جميع ما دفعه رب المال إليه ، فلا يظهر الربح إلا بعد استيفاء المالك جميع رأس المال ، والسبب في ذلك أن الوكيل إذا اشترى صار مديناً للبائع ، وبالتالي يصير الموكل مديناً للوكيل ، وما قبضه الوكيل حينئذ من الموكل بعد

---

(١) بدائع الصنائع : ٦/ ٢٧ .
(٢) الهداية : ٧/ ٨٤ .

استيفاء لحقه ، فإذا تلف تلف عليه هو ، ولا يعود إلى الموكل — أما المضارب فإنه إذا قبض رأس المال كان أمانة في يده ، فإذا تلف كان له الرجوع على رب المـــال ، وهكذا مهما تكرر التلف مع اعتبار كل مـــا يدفعه رب المال رأس مال المضاربة فلا يحسب ربح إلا بعد حصوله على رأس ماله[1] .

٣ — المضارب شريك إذا ربح :

اذا ربح المضارب صار شريكاً لرب المال في الربح حسب الشرط مـــا دامت المضاربة صحيحة ، لأن الربح حصل بسبب المال والعمل ، فصارا شريكين ، فإن كانت المضاربة فاسدة صار أجيراً ، وعاد الربح كله لرب المال ، وأخذ المضارب أجر مثله ، فإن خالف المضارب رب المال كان غاصباً لأنه تصرف في مال الغير بلا إذن ، وعاد الربح على المضارب وكان المضارب ضامناً رأس المال غير أن الربح لا يطيب له في قول أبي حنيفة محمد ، فهما يريان أن من غصب شيئاً فاستغله كان عليه أن يتصدق بغلته لأنها حدثت بسبب غير صحيح وهو التصرف في ملك الغير دون إذن منه ، وما كان هذا شأنه فسبيله التصدق لما ورد عن أبي موسى رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم كان في ضيافة أنصاري ، فقدم إليه شاة مصلية (مشوية) فأخذ منها لقمة ، فجعل يلوكها ولا يسيغها ، فقال النبي عليه السلام : إنها تخبرني أنها ذبحت بغير حق ، فقال الأنصاري : كانت شاة أخي ، ولو كانت أعز من هذه لم يضن علي بها وسأرضيه بما هو خير منها إذا رجع ، فقال عليه السلام: أطعموها الأسارى »[2] .

فأمر الرسول عليه السلام بالتصدق بها دليل على زوال ملك صاحبها ،

---

(١) شرح درر الحكام : ٤٦٤/٣ ، وبدائع الصنائع : ١١٣/٦ .
(٢) العناية : ٣٧٨/٧ .

وعلى منع الغاصب من التصرف ــ وقال أبو يوسف : يطيب للغاصب ربحه . من مال المضاربة إذا خالف أمر رب المال لأنه يرى أنه لا يجب عليه التصدق بالغلة ، لأنها حدثت في ضمانه وملكه ، فالمضمون يملك بأداء الضمان مستنداً إلى وقت الغصب[١] . وقد بين السرخسي أحكام المضاربة في إيجاز بقوله: ولهذا العقد أحكام شتى من عقود مختلفة ، فإنه إذا أسلم رأس المال للمضارب فهو أمين فيه كـالمودع ، وإذا تصرف فيه فهو وكيل في ذلك يرجع بمـا يلحقه من العهدة على رب المال كالوكيل ، فإذا حصل الربح كان شريكه في الربح . وإذا فسد العقد كانت إجارة فاسدة حتى يكون للمضارب أجر مثل عمله . وإذا خالف المضارب كان غاصباً ضامناً المال[٢] .

٤ ـ المضاربة عقد جائز :

يرى جمهور الفقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة أن عقد المضاربة جائز لكل من الطرفين فسخه ، فهو كالوكالة ، وهو عقد جائز عندهم في كل حال سواء تصرف المضارب في المال أم لم يتصرف فهو في ابتدائه وكالة . وفي انتهائه إما شركة وإما جعالة ، وكلها عقود جائزة[٣] .

فإذا انفسخ والمال موجود لا ربح فيه أخذه صاحبه ، وإن كان فيه ربح قسما الربح على ما شرطا ، وإن انفسخت والمال عرض فاتفقا على بيعه أو قسمه جاز لأن الحق لهما لا يعدوهما ، وهو عقد لا يورث عندهم ، بل يبطل بموت أحد الطرفين[٤] . وإذا انفسخت المضاربة والمال دين لزم المضارب تقاضيه سواء ظهر في المال ربح أم لم يظهر ، وهذا قول الشافعية والحنابلة لأن المضاربة تقتضي رأس رد المال على صفته . والديون لا تجري مجرى

---

(١) الهداية : ٧/ ٣٧٢ .
(٢) المبسوط : ٢٢/ ١٩ ؛ وكشاف القناع : ٣/ ٥٠٨ .
(٣) مغني المحتاج : ٢/ ٣١٩ .
(٤) الهداية : ٧/ ٧٤ .

الناض ، فلزمه أن ينضه ويجمعه ، حتى يرده إلى حالته الأصلية ، كما لو كان رأس المال عرضاً[١] . وقال الحنفية ؛ إذا كان في المال ربح ولو قليلاً كان على المضارب حتماً تحصيل الديون لأنه كأنه أجير يعمل بالأجرة ، ويعتبر تحصيل الديون من تمام العمل ، ونفقة طلب الديون تكون على المضارب إذا كان الدين في نفس المدينة وإلا كانت من مال المضاربة .

وإذا لم يكن هناك ربح لا يجبر المضارب على اقتضاء الديون لأن المضارب في هذه الصورة يكون وكيلاً محضاً ومتبرعاً . نعم على المضارب رد ما أخذه ولكن هذا الرد يتم برفع الموانع والتخلية وهو غير مكلف بالتسليم حقيقة ، وحينئذ يجب على المضارب أن يوكل رب المال في قبض الدين حيث ان المالك غير عاقد ، فلا ترجع إليه حقوق العقد ، وليس له بدون توكيل من المضارب الادعاء والمطالبة بالدين .

وإذا عزل رب المال المضارب لزم إعلامه بعزله ، وتكون تصرفات المضارب معتبرة حتى يقف على العزل ، ويتحقق العلم بالعزل بالمشافهة أو إخبار رجلين مستوري الحال ، أو إخبار عدل فضولي أو إخبار رسول مميز ، أو كتابة كتاب إليه — ولا يجوز له بعد وقوفه على العزل التصرف في النقود التي في يده متى كانت من نوع مال المضاربة ، فإن كان مال المضاربة ذهباً ، وتم العزل وعلمه المضارب ، ومال المضاربة ذهب في يده فليس له التصرف فيه ، فإن كان ما بيده فضة كان له بعد العلم بالعزل التصرف فيها وإبدالها ذهباً لأن الواجب على المضارب أن يرد لرب المال مثل رأس المال ، فأصبح من الضروري تبديل الفضة ذهباً ، وإن كان في يده أموال غير النقود كان له أن يحولها إلى النقد ببيعها[٢] ولا يمنعه العزل من ذلك لأن ظهور الربح يتم

---

(١) المغني : ٥/٥٩ ، ٥٣ ، وكشاف القناع : ٣/٥٢١ .
(٢) المجلة : مادة ١٤٢٤ ، بدائع الصنائع : ٦/١٠٩ .

بذلك . والمضارب مجبر على إعادة رأس المال إلى النوع الذي أخذه .

والحاصل أن مال المضاربة يحتمل :

١ ــ أن يكون من نوع مال المضاربة ، فلا يتصرف فيه المضارب متى علم بالعــزل .

٢ ــ أن يكون من نوع آخر من النقود فيحوله إلى نفس النوع الأصلي ، فالفضة يحولها إلى ذهب متى كان رأس المال ذهباً .

٣ ــ أن يكون ما بيده عروضاً ، فيبيعها حتى يحولها إلى نوع مال المضاربة ليظهر الربح .

أما عند المالكية : فالأصل في عقد المضاربة الجواز من الجانبين ، وقد يلزم من جانب دون آخر ، وقد يلزم من الجانبين . فيكون جائزاً من الجانبين قبل الشروع في شراء السلع بالمال ، فإن تزود العامل من مال القراض ، ولم يشرع في السفر كان لازماً من جانب العامل ، وليس له حينئذ فسخه ، بل الحق في فسخه حينئذ لرب المال ، وإذا التزم العامل لرب المال بما اشترى به الزاد كان له فسخ العقد .

وإن تزود العامل من ماله كان له الفسخ ، وليس لرب المال فسخه ، إلا إذا دفع له ما غرمه في شراء الزاد ، ويكون لازماً من الجانبين إذا عمل في الحضر أو ظعن في السفر منعاً للضرر عن الجانبين[1] .

وهذا العقد يورث عند المالكية ، فمن أخذ قراضاً ، فعمل به ثم مات ، فإن كان ورثته مأمونين قيل لهم : تقاضوا الديون وبيعوا السلع ، وأنتم على سهم وليكم ، فإن لم يؤمنوا وأتوا بأمين ثقة كان ذلك لهم ، وإن لم يأتوا

---

(١) الشرح الصغير : ٤/١٤٧ .

بأمين ولم يكونوا مأمونين سلموا ذلك إلى ربه ولا ربح لهم[١] .

قال مالك : الأمر المجتمع عليه عندنا في رجل دفع إلى رجل مالاً قراضاً، فاشترى به سلعة ، ثم باع السلعة بدين . فربح في المال ، ثم هلك الذي أخذ المال قبل أن يقبض المال ، إن أراد ورثته أن يقبضوا ذلك المال ، وهم على شرط أبيهم من الربح فذلك لهم إذا كانوا أمناء على ذلك المال ، وإن كرهوا أن يقتضوه وخلوا بين صاحب المال وبينه لم يكلفوا أن يقتضوه . ولا شيء عليهم ولا شيء لهم إذا أسلموه إلى رب المال . فإن اقتضوه فلهم فيه من الشرط والنفقة مثل ما كان لأبيهم في ذلك هم فيه بمنزلة أبيهم ، فإن لم يكونوا أمناء على ذلك فإن لهم أن يأتوا بأمين ثقة ، فيقتضي ذلك المال . فإذا اقتضى جميع المال وجميع الربح كانوا في ذلك بمنزلة أبيهم[٢] .

ومن هذا البيان يتجلى أن هذا العقد جائز عند جمهور الفقهاء دائماً ولا يورث بل يبطل بوفاة المضارب أو رب المال ما عدا مالكاً فإن العقد عنده جائز قبل العمل . وبعد العمل يكون لازماً . فإن تزود العامل من مال المضاربة كان لازماً من جهته ، وإن تزود من مال المضارب نفسه كان لازماً من جانب رب المال . وأنه يورث عند مالك كما بينا .

عقد المضاربة والقانون التجاري :

هناك تشابه بين عقد المضاربة في صورة من صوره وشركة التوصية البسيطة المقررة في القانون التجاري (انظر المادة ٢٣ من القانون التجاري المصري ، والمادة ٤٦٦ من القانون التجاري الليبي ، والمادة ٢٣ من قانون الشركات العراقي) ولهذا آثرت أن أبين في إيجاز الأحكام الخاصة بشركة

---

(١) التاج والاكليل : ٥/٣٧٠ .
(٢) الموطأ : ٣/٣٥٧ .

التوصية البسيطة المقررة في القانون التجاري حتى يمكن على ضوئها بيان وجه التشابه بينها وبين المضاربة في صورة من صورها المقررة في الفقه الإسلامي ، وإليك بيان ذلك :

تعريف شركة التوصية البسيطة :

عرفت المادة ٢٣ من القانون التجاري المصري شركة التوصية البسيطة بأنها الشركة التي تعقد بين شريك واحد أو أكثر مسئولين ومتضامنين وبين شريك واحد أو أكثر يكونون أصحاب أموال فيها وخارجين عن الإدارة ، ويسمون موصين . ومن الملاحظ أن مسئولية الشريك الموصى محدودة بقدر حصته في الشركة ، أما الشركاء المتضامنون في شركة التوصية فإن مسئوليتهم عن ديون الشركة تتعلق بكل أموالهم ، فشركة التوصية البسيطة تشتمل على نوعين من الشركاء شركاء متضامنين يسألون في كل أموالهم عن ديون الشركة ، وشركاء موصين لا يسألون إلا بمقدار الحصص التي قدموها في رأس مال الشركة .

وقد نصت المادة ٢٧ من القانون التجاري المصري على الشركاء الموصون لا يلزمهم من الخسارة التي تحصل إلا بقدر المال الذي دفعوه ، أو الذي كان يلزمهم دفعه إلى الشركة » .

ويقبل الكثيرون على شركات التوصية لسببين :

١ ـ أن الشريك الموصى يكون في مأمن من شهر الإفلاس إذا توقفت الشركة عن دفع ديونها .

٢ ـ أن الشركاء المتضامنين لا يكونون عادة من أرباب الأموال الذين يخشون عليها مخاطر الاستغلال ، وهم يعتمدون في الغالب على نشاطهم ومجهودهم.

مسئولية الشركاء الموصين والشركاء المتضامنين :

الشريك الموصى يسهم بنصيب في رأس مال الشركة بغية اقتسام ما ينشأ عن الشركة من ربح على أن يتحمل الخسارة في ماله الذي دفعه في رأس مال الشركة ؛ ويتكون رأس مال شركة التوصية من مجموع الحصص التي يقدمها الشركاء الموصون والشركاء المتضامنون .

والشركاء المتضامنون يسألون عن ديون الشركة مسئولية تضامنية في كل أموالهم ، أما الشريك الموصى فيقتصر التزامه على تقديم حصته للشركة ، ومتى قدمها فلا يسأل عن شيء بعدها إلا إذا تدخل في أعمال الإدارة أو أذن في إدخال اسمه في عنوان الشركة .

ويقوم الشركاء المتضامنون بإدارة الشركة أما الشركاء الموصون فلا يتدخلون في إدارتها ، وذلك لحماية الغير الذي يتعامل مع الشركة حتى لا يظن الشريك الموصى شريكاً متضامناً ، ولحماية الشركة ذاتها ، فالشريك الموصى لا يسأل عن التزامات الشركة إلا بمقدار حصته ، وقد يندفع في عمليات شديدة الخطر طالما كان مطمئناً إلى تحديد مسئوليته ، مما يعرض الشركة في كثير من الأحيان لأسوأ العواقب[1] .

ومن هذا يتبين لنا أن القانون التجاري قد أقر شركة رأس مالها يشترك فيه شركاء بعضهم عاملون وبعضهم غير عاملين ، وأن العاملين ملزمون بالضمان في جميع أموالهم ، وأن غير العاملين لا يلزمهم ضمان في غير ما أسهموا به من أموال في تكوين رأس مال هذه الشركة ، فهل لهذا نظير في الفقه الإسلامي ؟

لقد اعترف الفقه الإسلامي بهذا النوع واعتبره شركة ومضاربة في وقت

---

(١) الشركات التجارية للدكتور علي حسن يونس : ٢٨٤ - ٢٩٥ .

جامعة قار
كلية القانون

واحد ، ومن هذا ما قرره السرخسي من أنه إذا دفع رجل إلى رجل ألف درهم مضاربة على أن يخلطها المضارب بألف من قبله ، ثم يعمل بهما جميعاً على أن الربح بينهما ، للمضارب ثلثاه ، وللدافع ثلثه فهو جائز على ما اشترطا ، لأنه قد اشترط للعامل ربح ماله ، وثلث ربح مال الدافع ، فكأنه أخذ منه الألف مضاربة بثلث الربح ، وهذا جائز .

فإن اشترط الدافع لنفسه ثلثي الربح ، وللعامل ثلثه كان الربح بينهما مناصفة حسب مال كل منهما ، لأن الدافع شرط لنفسه جميع ربح ماله ، فيكون دافعاً المال على وجه البضاعة ، وشرط لنفسه جزءاً من ربح مال العامل ، وهذا منه طمع في غير مطمع لأنه ليس له في مال العامل رأس مال ولا عمل ، فبطل الشرط ، وكان الربح بينهما على قد مالهما نصفين[1] .

ومن هذا ما قرره ابن قدامة الحنبلي من جواز اشتراك مالين وبدن صاحب أحدهما . فهذا يجمع شركة ومضاربة ، وهو صحيح ، فلو كان بين رجلين ثلاثة آلاف درهم : لأحدهماألف وللآخر ألفان ، فأذن صاحب الألفين لصاحب الألف أن يتصرف فيهما على أن يكون الربح بينهما نصفين صح ، ويكون لصاحب الألف ثلث الربح بحق ماله ، والباقي وهو ثلثا الربح بينهما ، لصاحب الألفين ثلاثة أرباعه ، وللعامل ربعه ، وذلك لأنه جعل له نصف الربح ، فجعلنا الربح ستة أسهم ، منها ثلاثة للعامل — حصة ماله سهمان ، وسهم يستحقه بعمله في مال شريكه — وحصة مال شريكه أربعة أسهم : للعامل سهم وهو الربع والباقي ثلاثة أسهم لصاحب الألفين .

وإذا دفع إليه ألفا مضاربة ، وقال : أضف إليه ألفا من عندك واتجر بها ، والربح بيننا ، لك ثلثاه ، ولي ثلثهجاز وكان شركة وقراضاً ، لأنهما

---

(١) المبسوط : ٢٢/٣٢ .

تساويا في المال ، وتفرد أحدهما بالعمل ، فجاز أن ينفرد بزيادة الربح ، كما لو لم يكن له مال ، فإن شرط غير العامل لنفسه ثلثي الربح لم يجز لأنه اشترط لنفسه جزءاً من الربح لا مقابل له ، فلا يصح ، وبهذا قال الشافعي ، وقال مالك لا يجوز أن يضم إلى القراض شركة ، كما لا يجوز أن يضم إليه عقد إجارة ، والمذهب الحنبلي يجيز هذا لأنهما لم يجعلا أحد العقدين شرطاً للآخر فلا مانع من الجمع بينهما[1] .

وفي موضع آخر يعترف ابن قدامة صراحة بجواز الجمع بين الشركة والمضاربة مع مراعاة ألا يقل نصيب العامل عن حصته من الربح مقابل ماله ، ويظهر هذا من قوله :

وأما المضاربة التي فيها شركة ، وهي أن يشترك مالان ، ويأذن صاحب أحدهما : مثل أن يخرج كل واحد منهما ألفاً ، ويأذن أحدهما للآخر في التجارة بهما ، فمهما شرطا للعامل من الربح إذا زاد على النصف جاز لأنه مضارب لصاحبه في ألف ، ولعامل المضاربة ما اتفقا عليه بغير خلاف ، وإن شرطا له دون نصف الربح لم يجز لأن الربح يستحق بمال أو عمل . وهذا الجزء الزائد عن النصف المشروط لغير العامل لا مقابل له ، فبطل شرطه ، وإن جعلا الربح بينهما نصفين فليس هذا شركة ولا مضاربة لأن شركة العنان تقتضي أن يشتركا في المال والعمل ، والمضاربة تقتضي أن للعامل نصيباً من الربح في مقابلة عمله ، ولم يجعلا له ههنا في مقابلة عمله شيئاً ، وإنما جعلا الربح على قدر المالين ، وعمله في نصيب صاحبه تبرع ، فيكون ذلك إبضاعاً ، وهو جائز إن لم يكن ذلك عوضاً عن قرض . فإن كان العامل اقترض الألف أو بعضها من صاحبه لم يجز لأنه جعل عمله في مال صاحبه عوضاً عن قرضه ، وذلك غير جائز[2] .

---

(١) المغني : ٥/٢٣، ٢٤ .

(٢) نفس المرجع : ٥/٢٨ .

وهذا دليل على جواز تكوين شركة رأس مالها مكون من مال طائفتين من الشركاء ، طائفة عاملة ، والأخرى غير عاملة ، وللطائفة العاملة حصة من الربح نظير عملها إلى جانب ما يخصها من ربح نظير رأس مالها ، وهذا الاتفاق قد جمع بين الشركـــة والقراض ، وهو جائز عند الحنفية والشافعية والحنابلة ، وقد منعه مالك لأنه لا يجيز أن يضم إلى القراض شركة ، وقد قرر ابن قدامة أن الوضيعة والضمان أحد موجبي الشركة ، فتعلقا بالشريكين كالربح[1] فاعتبار الضمان بناء على الشركة يقتضي إلزام الشريك العامل في المال بالضمان في جميع أمواله لتعلق الضمان بالذمة .

وإذا كان القانون التجاري قد اعترف بالشركة في رأس المال على أن يقوم أحد الشركاء بالعمل في رأس المال المشترك فإننا نجد أن بعض صور عقد التوصية البسيطة يصح أن يكون حظ الشريك المتضامن فيها هو العمل فقط ، وهذه الصورة هي صورة عقد المضاربة المتفق عليه لدى الفقهاء المسلمين على أساس أن يكون المال من جانب والعمل من جانب آخر مع ملاحظة الفرق بين النظامين حيث لا ضمان على العامل في الفقه الإسلامي في حين أن شركة التوصية البسيطة فيها إلزام الشريك العامل بالضمان في ذمته وفي جميع أمواله .

ونخلص من هذا إلى أن شركة التوصية البسيطة لو أدخل عليها تعديل فيما يتعلق بتضمين الشركاء المتضامنين بحيث أصبح موقفهم يشبه موقف الشركاء الموصين في أن الضمان لا يتجاوز رأس مال الشركة ، وعدم إلزام الشريك بالضمان إذا عمل ولم يكن له رأس المال ، وتحميل الخسارة على رأس المال ، وحسب العامل أنه خسر عمله — لو ادخل هذا التعديل على نظام شركة التوصية البسيطة لكانت معاملة يقرها الفقه الإسلامي تماماً .

---

(١) المغني : ٥/ ١٧ .

ومما يدل على الصلة الوثيقة بين عقد المضاربة وشركة التوصية البسيطة ما قاله الدكتور أحمد البسام في كتابه (الشركات التجارية في القانون العراقي) بصدد كلامه عن شركة التوصية البسيطة :

ومن المرجح أن يجد هذا العقد بذرته الأولى في عقد المضاربة الذي عرفه البابليون وغيرهم من الشعوب السامية ، وأخذه فقهاء الشريعة الإسلامية عن العرب الجاهليين ، فهذبوه وفصلوا أحكامه[1] .

دعوة إلى تطبيق عقد المضاربة في العمليات المصرفية المعاصرة :

وبعد هذه الدراسة التي قدمتها حول عقد المضاربة في الفقه الإسلامي ، والتي ظهر منها تحديد العلاقة بين رب المال والمضارب وحقوق كل منهما وواجباته وبيان أحكام المضاربة بالتفصيل ، أرى من الضروري عقد الصلة بين عقد المضاربة والعمليات المصرفية المعاصرة ومحاولة تعديل هذه العمليات التي يشوبها الربا بحيث تتفق مع عقد المضاربة المشروع في الفقه الإسلامي ، والذي يضمن تحقيق مصلحة كل من أرباب الأموال ، ومن هم في حاجة إلى الأموال لاستثمارها بطريق مشروع .

وإذا استجيب لهذه الدعوة فإننا نوفر لمجتمعنا التقدم الاقتصادي المنشود في إطار ما شرعه الله من أحكام كفيلة بتحقيق مصالح البشر دون أن تشوبها شائبة الربا المحرم ، والذي قال فيه منزل الكتاب الكريم : « يأيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا إن كنتم مؤمنين ، فإن لم تفعلوا فأذنوا بحرب من الله ورسوله ، وإن تبتم فلكم رءوس أموالكم ، لا تظلمون ولا تظلمون » تقوم المصارف في البلاد الإسلامية بالقرض نظير فائدة ثابتة ، كما تقوم بتقبل

---

(١) انظر ص ٨٤ من الكتاب المذكور .

الودائع نظير فوائد ثابتة أيضاً ، وهذه القروض ذات الفائدة الثابتة ، وكذلك الودائع ذات الفائدة الثابتة لا ينبغي إقرارها بهذه الصورة في بلد إسلامي .

فهل من الممكن الإفادة من نظام المضاربة في تحقيق حاجة الناس سواء في هذا أصحاب الأموال والمحتاجون إليها دون أن تشوب معاملتهم الفائدة الثابتة التي تدخل تصرفهم في نطاق الربا المحرم ؟

ولتوضيح هذا أقول : إن المصارف يتكون رأس مالها من أموال المؤسسين لها مضافاً إليها الودائع إلى أجل ، وتقدم المصارف لأرباب هذه الودائع فوائد ثابتة ضئيلة ، ثم تقوم بإقراض الأموال بفوائد مرتفعة سواء في هذا القروض الاستهلاكية والقروض الإنتاجية ، والفرق بين الفائدتين يكون مصدراً لثرواتها الضخمة .

وإلى جانب هذا فإنها تستخدم جزءاً كبيراً من الودائع الجارية لديها في القروض الربوية لما أظهره التطبيق العملي من أن أصحاب هذه الودئع الجارية لا يطلبونها جملة واحدة في وقت واحد ، وهي في الغالب تستغل ثلاثة أرباع هذه الودائع الجارية في قروض ربوية ، وهي في مأمن من مواجهة أوامر الدفع التي ترد إليها من أصحاب الودائع الجارية التي لا تزيد عن ربع هذه الودائع ، كما أثبتت الإحصاءات الدقيقة في هذا المجال .

والقروض الربوية التي يقدمها المصرف ، ويقتضي عليها فوائد ثابتة قد تكون سلفة مالية يقترضها الإنسان لغرض استهلاكها ، وقد تكون قرضاً يقدمه البنك لمشروع إنتاجي يتقاضى عليه فائدة ثابتة بغض النظر عن نجاح هذا المشروع أو فشله ، وقد يتأتى القرض في صورة فتح اعتماد بمبلغ محدد يسحب منه الشخص تباعاً على أن يفرض البنك عليه فائدة ربوية ثابتة .

هذه القروض التي توجب فوائد ثابتة على المقترضين تعتبر ربا محرماً ،

ومن الممكن الإفادة من أحكام المضاربة على نحو ما بينت بتفصيل وافٍ . ولبيان هذا ينبغي أن نضع موضع الاعتبار :

المودعين الذين أودعوا ودائعهم في البنوك بغية تحصيل فوائد ثابتة . والمؤسسين الذي أسهموا بنصيب من أموالهم في تكوين رأس مال المصرف والموظفين والعمال الذين يسهرون على حساب المصارف وأداء خدماتها ، وأصحاب المشروعات الإنتاجية الذين يقترضون القروض بفوائد ثابتة كي يستخدموها في تنفيذ مشروعاتهم .

والمحتاجين الذين يلجئون إلى البنوك لأخذ القروض بفوائد ثابتة .

أما المودعون والمؤسسون فلهم رءوس أموال يستحقون عليها نسبة معينة من الأرباح التي يمكن أن يحصل عليها البنك من معاملاته مع أصحاب القروض الإنتاجية على أن يكون أصحاب هذه القروض بمثابةالمضاربين ، فهم يقومون باستثمار الأموال ، فإذا ربحوا أخذوا الحصة المشروطة لهم من الربح ، والباقي يكون حصة تعود على البنك نظير الأموال التي قدمها لأصحاب هذه المشروعات مع ملاحظة أن لا تكون أرباح البنك فوائد ثابتة بغض النظر عن نجاح المشروع أو فشله .

وإنما الأرباح تكون نسبة من الربح كالنصف أو الثلث مثلاً إذا ما ربحت المشروعات ، فإذا خسرت المشروعات كانت الخسارة من رءوس الأموال كما هو الشأن في المضاربة .

على أن يؤخذ من حصة البنك من الربح ما أنفقه البنك على الموظفين والعمال الذين يأخذون أجورهم نظير الخدمات التي يؤدونها ، وكذلك ما أنفقه من إيجار على مقره ونفقات المياه والإضاءة ، والباقي منها يقسم على أرباب الأموال ، وهم المودعون والمؤسسون بنسبة أموالهم ، ونسبة الزمن الذي بقيته أموالهم تحت تصرف البنك ، على ألا يؤخذ مؤسسو البنك الإسلامي

أكثر من نسبة حصص أموالهم ، ويكون شأنهم شأن المودعين .

وعلى هذا يمكن تكييف العلاقة بين المودعين والمسهمين من جانب وأصحاب القروض الإنتاجية من جانب آخر على اعتبار أن المودعين والمؤسسين أرباب أموال ، وأن أصحاب القروض الإنتاجية بمثابة المضاربين ، فإذا أصيبت مشروعاتهم بخسارة فلا شيء عليهم تطبيقاً لأحكام المضاربة المقررة في الفقه الإسلامي .

أما فيما يتعلق بالقروض الاستهلاكية فما دام المصرف سيكون مصرفاً إسلامياً فلا يحق له أخذ فائدة ، وينبغي اعتبار هذه القروض من قبيل القرض الحسن دون فائدة مادية ، وإذا كان المودعون والمؤسسون قد أقروا التعامل على أساس عقد المضاربة ، فما أحراهم أن يقروا أيضاً القروض الاستهلاكية دون فائدة بغية التقرب إلى الله بهذا القرض الحسن للمحتاجين .

ومما يساعد على تنفيذ مثل هذا المشروع الإسلامي ما تمتلكه البلاد الإسلامية من أموال مودعة في خزائن الدول الأجنبية ، فإن هذه الأموال يمكن الإفادة منها في إنشاء مصارف إسلامية تقوم بهذه الأعمال المصرفية التي تحقق الربح المشروع دون فائدة ثابتة .

إننا إذا فعلنا ذلك عملنا على خلق التقدم الاقتصادي المنشود في حدود ما شرعه الله من أحكام كفيلة بتحقيق مصلحة الفرد والجماعة ، وحيثما تكون المصلحة فثم شرع الله .

والله يهدي إلى الحق وإلى طريق مستقيم .

« وما توفيقي إلا بالله ، عليه توكلت ، وإليه أنيب » .

الدكتور عبد العظيم شرف الدين

أستاذ الشريعة الإسلامية في كلية الحقوق ـ جامعة القاهرة ـ فرع الخرطوم

وأستاذ الشريعة في كلية الحقوق ـ جامعة بنغازي

بنغازي في ١٠ من مايو سنة ١٩٧٤ م .

دراسات في نظرية المال العام

«أزمة النظرية في الفقه الفرنسي وامتداداتها الجديدة في التشريع العربي»

بقلـــم

الدكتور عبد المنعم عبد العظيم جيرة

المستشار المساعد بمجلس الدولة المصري

والاستاذ المساعد بكلية الحقوق جامعة بنغازي

١

ترتكز نظرية المال العام على فكرة اساسية هي ان اموال الدولة ليست كلها على درجة واحدة من حيث اتصالها بالمصلحة العامة ، فمن بين تلك الاموال ما هو مخصص مباشرة لاستعمال الجمهور او لخدمة المرافق العامة . ومنها ما يكون هدف الدولة منه مجرد الاستثمار والاستغلال .

وتقتضي اعتبارات المصلحة العامة اخضاع النوع الاول من هذه الاموال لنظام قانوني خاص يكفل المحافظة عليه ، ويضمن استمرار أدائه للاغراض التي خصص لها ، وتنزوي تلك الاعتبارات او تتضاءل بالنسبة للنوع الثاني من اموال الدولة فيظل خاضعاً بصفة اساسية للقواعد العامة التي تحكم الملكية ولا يمتد اليه النظام القانوني الاستثنائي الذي ينفرد به النوع الاول . وقد اصطلح على تسمية النوع الاول « الاموال العامـــة » او الدومين العام «domaine public» ، وتسمية النوع الثـــاني « الاموال الخـــاصة » او الدومين الخاص « «domaine privé» » .

وتكشف دراسة التطور التاريخي لنظرية المال العام ان تلك النظرية وان كانت تمتد بجذورها عبر التاريخ الى القانون الروماني ، الا انها لم تعرف طريقها الى القـــانون الفرنسي الا منذ منتصف القرن الماضي ، حينما حاول شراح القانون المدني بصفة خاصة ان يستلهموا عناصرها من نصوص تشريعية لم تكن في حقيقة الامر تكفي للقول باتجاه نية المشرع نحو بناء تلك النظرية او اقرارها .

ومع ذلك فقد تضاعف اهتمام رجال الفقه في فرنسا بنظرية المال العام

وظهر ذلك واضحاً خلال النصف الاول من القرن الحالي، حيث احتلت تلك النظرية مكان الصدارة بين موضوعات القانونين الاداري والمدني على حد سواء .

وقد اخذ المشرع في مصر وليبيا نظرية المال العام عن القانون الفرنسي ، وخصص لها عدداً من نصوص القانون المدني ؛ تناولت تعريف المال العام ، واجملت القواعد التي تشكل النظام القانوني الخاص الذي يحكمه .

ويلمس المتتبع لنظرية المال العام ان ثمة تحولات اساسية وتطورات هامة لحقت تلك النظرية في السنوات الاخيرة سواء في مصر او في فرنسا ، وان كانت طبيعة هذه التحولات وتلك التطورات قد اختلفت في كل من البلدين عنها في البلد الاخرى .

فقد ظهر بوضوح ان اهتمام الفقه الفرنسي بنظرية المال العام قد اصبح محدوداً وبدأ الحماس لها يفتر بشكل ملحوظ ، فلم تعد تلك النظرية تستهوي الباحثين او تشد انتباههم ، وتقلصت الدراسات والابحاث المعنية بهـــا ، وتناقص عددها .

وقد لا يكون في هذا الوضع ما يعبر عن تحول هام تشهده النظرية او ازمة حقيقية تمر بها ، بل من الممكن ان يحمل على انه قرينة على استقرار النظرية ورسوخها . فمن الملاحظ انه عندما تتكامل لأي نظرية اركانها ، وتتضح معالمها ، وتناقش من كل جوانبها فانها بذلك تصل الى مرحلتي النضج والتشبع في آن واحد . ويكون احجام الباحثين عن تناولها مرده ضيق مجال الجدة في بحثها ، اذ تصبح الاضافة اليها عسيرة ، ويتحول ما يقال بشأنها الى مجرد ترديد او تقليد .

الا ان الامر في الحقيقة لم يقف عند هذا المظهر الكمي ، وانما اقترن به مظهر آخر يكشف عن ازمة حقيقية تمر بها نظرية المال العام في الفقـــه

الفرنسي ، فقد بدأت الاصوات ترتفع في الفقه منادية بعقم تلك النظرية وفسادها . وتأذن باختفائها من عالم القانون[١] .

وفي تقديرنا ان السبب الرئيسي للازمة التي تتعرض لها نظرية المال العام في فرنسا يكمن في عدم استقرار الرأي على معيار قاطع للتمييز بين المال العام والمال الخاص رغم الجهود المضنية التي بذلها الشراح في هذا الصدد مما جعل النظرية تعيش حالة من الاضطراب وعدم الاستقرار لفترة طويلة من الزمن ، كما اسلمها ذلك لقدر كبير من التحكم لم يرض عنه الكثير من الشراح .

---

(١) لعل أقوى هجوم تعرضت له النظرية يجيء فيما كتبه هنري ديمنتون في مطولة عن دومين الدولة ونورد فيما يلي اهم عباراته :

(La théorie est donc inutile. Elle est anti-juridique, puisqu'elle comporte surtout des exceptions au droit commun, elle est fantaisiste, autorisant l'Etat au gré de ses intérêts à revendiquer l'application du droit civil ou à s'y soustraire, elle est compliquée, elle est incomplète ne se suffisant jamais à elle-même, elle est tyrannique, n'ayant au fond de dernière justification que dans le dessein d'augmenter les privillèges de la puissance publique et de neutraliser les fautes et les négligences de ses agents dont elle émousse les responsabilités. La théorie du domaine public pourrait sans inconvénient disparaître de notre droit.» (Traité du domaine de l'Etat — Paris 1964 P. 42 N° 130). — Paris 1964 P. 42 N° 130).

راجع ايضاً في مهاجمة النظرية R. Pelloux في رسالته بعنوان

«La notion de domanialité publique depuis la fin de l'ancien droit» Grenoble 1932 P. 313.

وديجي في مطولة في القانون الدستوري — الجزء الثالث ص ٣٤٩ . وتعليق كابيتان على حكم مجلس الدولة في قضية

«Commune de Barran — Dalloz P. 1933, III, 49»

وما ذكره M. Mestreo في تقديمه لرسالة J. Jansse بعنوان :

«Les traits principaux du régime des biens du domaine public» Paris, 1938.

أما في القانون المصري فقد اتخذ هذا التطور طابعاً مختلفاً تمام الاختلاف ، فمن الملاحظ ان المشرع بدأ يتجه الى بسط الحماية الخاصة التي يتمتع بهـا المال العام ومدها الى اموال الدولة الخاصة . وقد تحقق ذلك بالفعل بالنسبة لقاعدة عدم جواز تملك المال العام بالتقادم وبالنسبة للحماية الجنائية والادارية للمال العام . يضاف الى ذلك ان العمل يجري منذ البداية على ان قاعدة عدم جواز الحجز على المال العام تنطبق بدورها على المال الخاص .

ومؤدى هذا الوضع ان تصبح القاعدة الوحيدة التي يستأثر بها المال العام حالياً في التشريع المصري هي قاعدة عدم جواز التصرف ، وسوف يتضح لنا مدى هوان تلك القاعدة وكيف انها لا تمثل قيداً فعالاً على سلطة الادارة يغل يدها عن التصرف في المال العام ، وانها ذات قيمة نظرية بحتة . مما يمكن من القول بأن نظرية المال العام اخذت تتحول في التشريع المصري وإلى حد ما في التشريع الليبي — لتصبح نظاماً قانونياً ينطبق على اموال الدولة كلهـا دون تفرقة بين المال العام والمال الخاص .

وسوف نحاول من خلال هذا البحث استعراض التطورات الهامة التي تمر بها نظرية المال العام سواء في التشريع العربي او الفرنسي فنعرض للاسباب الكامنة وراء ازمة النظرية في الفقه الفرنسي والتي تتمثل في تعثر الجهود التي بذلت في سبيل الوصول الى معيار حاسم للتمييز بين المال العام والمال الخاص . ثم نوضح من خلال دراستنا للنظام القانوني للمال العام كيف اخذ هذا النظام يتحول في التشريع المصري الى نظام قانوني لأموال الدولة . ونعرض اخيراً لمدى انطباق فكرة المال العام على اموال المشروعات العامة التي اخذت تحتل مكاناً بارزاً في نظامنا الاقتصادي . ونرى حتى تتكامل عناصر البحث ان نمهد له بعرض لنشأة نظرية المال العام وتطورها سواء في فرنسا او في التشريع العـــربي .

وبذلك نقسم دراستنا على النحو الآتي :

باب تمهيدي : في نشأة نظرية المال العام .

الباب الاول : مشكلة المعيار في نظرية المال العام .

الباب الثاني : تطور النظام القانوني للمال العام وامتداداته الجديدة .

الباب الثالث : نظرية المال العام والمشروع العام .

باب تمهيدي

في

نشأة نظرية المال العام

أولاً : فكرة المال العام عند الرومان :

يمكن القول ان التفرقة بين المال العام والمال الخاص ترجع باصولهـــا التاريخية الى القانون الروماني ، فقد قسم فقهاء الرومان الاشياء الى قسمين رئيسيين : اشياء داخلة في دائرة التعامل ، واشياء خارجة عن دائرة التعامل .

وتشمل الاشياء الخارجة عن دائرة التعامل كل الاشياء التي لا تصلح ان تكون محلاً للتصرفات القانونية او ان تكون ملكاً لاحد بذاته ، وهي على نوعين :

(أ) اشياء تخرج عن دائرة التعامـــل بطبيعتها وتسمى الاشياء الشائعـــة « «res communes» » وهي الاشياء التي لا تقبل بطبيعتها ان يختص بها احد الافراد ويشترك الناس جميعاً في الانتفاع بها وذلك كالهواء والماء والبحار والانهار .

(ب) اشياء تخرج عن دائرة التعامل بسبب تخصيصها للمنفعة العامة او للاغراض الدينيـــة .

والتخصيص للمنفعة العامة قد يكون على المستوى القومي او المحلي وتسمى

الاشياء التي تخصص للمنفعة العامة عـــلى المستوى القومي الاشياء العامـــة « «res publicae » وتعتبر مملوكة للشعب الروماني بأسره ممثلاً في السلطة العامة ، ومن حق كل افراد الشعب الانتفاع بهـــا ، ومثالها الطرق العامة والساحات والموانى .

اما الاشياء التى تخصص للمنفعة العامة على المستوى الاقليمي او المحلي فهي تلك التي تملكها مدينة او اقليم معين ، وتخصص لخدمة سكان تلك المدينة او الاقليم ، ومثالها المسارح والملاعب والمباني التي تشغلها الهيئات الحاكمة وجهات الادارة .

واخيراً تنقسم الاشياء الخارجة عن دائرة التعامل لتخصيصها للاغراض الدينية الى ثلاثة انواع ، الاشياء المقدسة «res sacrae» وهي التي تكون مخصصة لعبادة الآلهة كالارض والمعابد. والاشياء الدينية «res religiosae» كالقبور ، والاشياء المحمية «res sanctae» كأبواب المدن واسوارها التي توضع في حماية الآلهة ورعايتها في حفل ديني عام[1] .

وسواء كان الشيء خارجاً عن دائرة التعامل بطبيعته او بسبب تخصيصه للمنفعة العامة او للاغراض الدينية ، فان مقتضى ذلك هو عدم جواز التصرف في الشيء اختياراً او بيعه جبراً او اكتساب ملكيته بالتقادم . وقد تعرض بعض فقهاء الرومان لبحث طبيعة حق الدولة على الاشياء المخصصة للمنفعة العامة وانتهوا الى ان للدولة على هذه الاشياء حق ملكية يعطيها الحق في تملك ما تنتجه من ثمار[2] .

---

(١) راجع في هذه التقسيمات الدكتور عمر ممدوح – القانون الروماني – الاسكندرية سنة ١٩٥٩ ص ٢٦٩ ، والدكتورين عبد المنعم بدر وعبد المنعم البدراوي القانون الروماني سنة ١٩٥٦ ص ١٥١ ، وجيرار القانون الروماني سنة ١٩٢٩ ص ٢٦٠ وما بعدها ، وبونييه القانون الروماني سنة ١٩٤٧ ص ٣٤١ وما بعدها ، والدكتور عبد الرزاق السنهوري – الوسيط ج ٨ مجلد ١ ص ٩٣ .

(٢) جيرار – المرجع السابق ص ٢٦١ .

ثانياً ــ فكرة المال العام في القانون الفرنسي :

لم تكن نظرية المال العام بمفهومها المعاصر معروفة في فرنسا في ظل النظام القديم ، فقد كان دومين التاج او الدومين الملكي « **domaine de la couronne, royal** » يضم خليطاً من الاموال المادية والحقوق المعنوية ذات الصبغة الدينية التي تخضع في مجموعها لنظام قانوني واحد، تمثل في بادىء الامر في اعتبارها مملوكة ملكية خاصة للملوك والامراء ، يتوارثونها فيما بينهم ويملكون التصرف فيها دون قيد او شرط ودون تفرقة بين ما يخصص من تلك الاموال للمنفعة العامة كالطرق العامة والميادين والانهار ، وما له طابع خاص كالقصور والاراضي .

وقد ظل هذا الوضع سائداً لفترة طويلة من الزمن الى ان بدأت تظهر مخاطره في قيام بعض الملوك والامراء بالتصرف في قطاعات كبيرة من اموال التاج ، دون تقدير لما لهذه الاموال من اهمية في تدعيم التاج وتوطيده . مما دفع بشارل التاسع لان يطلب من مستشاره وزير العدل ميشيل لوبيتال اعداد امر يتضمن القواعد التي تكفل حماية دومين التاج وتحول دون العبث به . وتم اعداد هذا الامر وصدر في ١٣ مايو سنة ١٥٦٦ وعرف باسم امر دي مولان **«Ordonnance de Moulin»** وقد تضمن هذا الامر النص على عدم جواز التصرف في دومين التاج ، كما عدل من نظام ملكيته فلم يصبح ملكاً خاصاً للملوك والامراء ينتقل عنهم بالوراثة ، وانما اصبح ملكاً للتاج نفسه ، ثم صدر بعد ذلك منشور اغسطس ١٦٦٧ الذي أورد قاعدة عدم جواز اكتساب ملكية دومين التاج بالتقادم .

وعندما قامت الثورة الفرنسية شكلت في اكتوبر سنة ١٧٨٩ لجنة تسمى لجنة الدومين لاعداد قانون لتنظيم اموال الدولة ، وقد اسفرت أعمال تلك اللجنة عن مرسوم صدر في ٢٢ نوفمبر سنة ١٧٩٠ سمي **«Code domanial)**

وقد أحدث هذا المرسوم تغييراً جذرياً في النظام القانوني لدومين الدولة اذ الغي قاعدة عدم جواز التصرف التي تضمنها امر دي مولان وقاعدة عدم جواز اكتساب الدومين بالتقادم التي قررها منشور اغسطس سنة ١٦٦٧ (١).

وأطلق على الاموال المكونة لدومين التاج اسماً ثورياً جديداً هو دومين الامة «domaine de la nation» ونصت المادة الاولى من هذا المرسوم على ان دومين الامة يشمل جميع الاموال والحقوق العينية التي تتملكها الامة او يكون لها عليها حق انتفاع سواء في الحال او الاستقبال. ثم تناولت المادة الثانية من هذا المرسوم تحديد ما أسمته بالدومين العام «domaine public» ونصت على انه يشمل الطرق العامة والشوارع والميادين والترع الصالحة للملاحة وشواطىء البحار والاراضي التي تتكون من طرح البحر وتلك التي تنحسر عنها مياهه والموانيء والمراسي والموارد وبصفة عامة كل جزء من الاراضي الفرنسية لا يصلح ان يكون محلاً للملكية الخاصة.

وفي سنة ١٨٠٤ صدرت المجموعة المدنية الفرنسية وخصصت المواد من ٥٣٨ الى ٥٤١ لبيان الاموال المملوكة للدولة. ومع ان تلك النصوص استعملت بدورها اصطلاح الدومين العام الذي استحدثه مرسوم ٢٢ نوفمبر سالف الذكر، الا انها لم تجر أي نوع من التمييز بين الدومين العام والاموال الاخرى المملوكة للدولة. ويكفي لابراز هذا الخلط ان نشير الى ان المادة ٥٣٨ حددت مشتملات الدومين العام بذات الطريقة وبنفس العبارات التي وردت في المادة الاولى من مرسوم ٢٢ نوفمبر، ثم جاءت المادة ٥٣٩ ونصت على ان تعتبر من اموال الدومين العام الاموال التي لا مالك لها والتركات الشاغرة. ويكاد الرأي يكون مستقراً في الفقه الفرنسي على ان نية المشرع

---

(١) راجع في عرض التطور التاريخي لنظرية الدومين العام في فرنسا رسالة «Pelloux» سالفة الذكر.

لم يتجه سواء في القانون المدني او في مرسوم ٢٢ نوفمبر سنة ١٧٩٠ الى اجراء تفرقة بين اموال الدومين العام وبين الدومين الخاص ، وانه وان كان المشرع قد استعمل اصطلاح الدومين العام واصطلاح الدومين القومي الا انه لم يعط لكل من هذين الاصطلاحين مدلولاً خاصاً وانما جاء استعمالهما كمترادفين والدلالة على معنى واحد[١] .

ومع ذلك فقد حاول شراح القانون الفرنسي وبصفة خاصة شراح القانون المدني ان يستوحوا من النصوص سالفة الذكر ما يسمح بالقول باجراء التفرقة بين الدومين العام والدومين الخاص واخضاع الدومين العام لقواعد خاصة تكفل حمايته . وقد تبلورت تلك المحاولات في مطول الاستاذ برودون Proudhon عميد كلية الحقوق واستاذ القانون المدني في جامعة ديجون بعنوان «Traité du domaine Public ou de la distinction des biens considérés par rapport au domaine public». ظهرت الطبعة الاولى منه[٢]

---

(١) راجع في ذلك اندريه دى لوبادير في مؤلفه T. Elémentaire D. Administratif الجزء الثاني – الطبعة الثالثة ص ١١٦ وص ٢١٤ ومؤلف Jean Marie Auby et Ducos Ader في القانون الإداري – دالوز – ١٩٦٧ – ص ٢٠١ رقم ١٤٣ . ورسالة «Pelloux» سالفة الذكر ، ورسالة «Claude Klein» بعنوان «La police du Domaine Public» باريس سنة ١٩٦٦ – مجموعة مكتبة القانون العام ص٨ – وقارن مقال «Barckhausen» في مجلة القانون العام الفرنسية بعنوان «Etude sur la théorie générale du Domaine Public». سنة ١٩٠٢ ص ٤٠١ ، وسنة ١٩٠٣ ص ٣١ .

(٢) لقد حدد برودون في هذا المؤلف المال العام بانه مجموعة الاموال التي تخصص لاستعمال الكافة «affecté à l'usage de tous» الجزء الأول ص ٢٤١ .

واوضح برودون ان اهم خصائص المال العام هي عدم قابليته للتصرف فيه او تملكه بالتقادم .

ويلاحظ أن برودون كان يستعمل اصطلاح دومين الدولة بمعنى اموال الدولة الخاصة او الدومين الخاص ، ثم جرى الفقه بعد ذلك على احلال اصطلاح الدومين الخاص محل اصطلاح دومين الدولة او دومين الامة . راجع في ذلك – رسالة الدكتور محمد زهير جرانه بعنوان حق الدولة والافراد على الاموال العامة سنة ١٩٤٣ ص ٤٤ .

سنة ١٨٣٣ والطبعة الثانية سنة ١٨٤٤ ولا يزال هذا المؤلف يعتبر مصدر النظرية الحديثة للمال العام في الفقه الفرنسي [١] .

ولعله مما ساعد على ازدهار نظرية المال العام بعد ذلك ان المشرع الفرنسي قد اشار اليها في تشريعات لاحقة بنصوص صريحة ، الا ان هذه التشريعات لم تكن خاصة بفرنسا نفسها وانما بمستعمراتها في الخارج ، فقد وردت اول اشارة الى التفرقة بين الدومين العام والدومين الخاص في القانون المنظم للملكية في الجزائر الصادر في ١٦ يونية سنة ١٨٥١ ، ثم جاء في احد المراسيم الخاصة بمدغشقر تعريف للدومين العام بأنه يتضمن الاشياء التي لا تقبل بطبيعتها ان تكون محلاً للملكية الفردية او التي تكون بحسب توجيهها قد خصصت لاستعمال الكافة او لاحد المرافق العامة[٢] . كما صدر في ١٥ يناير سنة ١٩٠٢ قرار خاص بالهند الصينية نص في مادته الاولى على أن الدومين العام يتكون من مجموعة الاموال التي تكون الغاية منها ان ترصد لخدمة او حماية الكافة والتي يكون للسلطة العامة عليها حق السيادة[٣] .

---

(١) اوضح «Pelloux» في رسالته السالفة الذكر ان فكرة الدومين العام تمتد بجذورها الى تاريخ سابق على برودون ، وانها قد ظهرت من خلال كتابات بعض الشراح السابقين عليه ، وخاصة «Pardessus» ، كما اشار لوبادير الى ان برودن لم يفعل اكثر من بلورة افكار سابقيه من الشراح والقاء مزيد من الضوء عليها وبصفة خاصة كتابات كل من «Pardessus, Toullier, Duranton , Delvincourt», بل ان اوبى ودى كوزادير قد اكدا في مؤلفهما سالف الذكر ان اول تفرقة واضحة بين الدومين العام والدومين الخاص قد ظهرت فعلا في مؤلف Perdessus «Traité de Servitude» الطبعة الأولى سنة ١٨٠٦ ، وان برودون قد اعاد عرض وتنسيق تلك التفرقة التي سبق لبارديمي ابرازها — المرجع السابق ص ٢٠١ رقم ١٤٤ .

(٢) «Le domaine public comprend les choses qui par leur destination sont affectés à l'usage de tous ou à un service public».

(٣) «Le domaine public en Indochine se compose de l'ensemble des choses qui ont pour destination d'être asservies à l'usage ou à la protection de tous et sur lesquelles la puissance publique exerce sa souveraineté».

ومع ان من الشراح من يرى عدم المبالغة في قيمة مثل هذه التشريعات المتعلقة بالمستعمرات والتي صيغت في ظروف خاصة ولتحقيق اغراض محددة ذات طابع عسكري بالدرجة الاولى[١] ، الا انه مما لا شك فيه ان الفقه الفرنسي وجد في تلك التشريعات سنداً له في ارساء نظرية المال العام ، واستكمال بنائها القانوني وترتيب الكثير من الآثار القانونية على التفرقة بين المال العام والمال الخاص[٢] .

ومنذ نهاية القرن التاسع عشر والجهود الفقهية متواصلة في محاولة وضع معيار للتمييز بين المال العام والمال الخاص ، وبيان النظام القانوني الذي ينفرد به المال العام .

ومما يلفت النظر ان فكرة المال العام قد بشر بها في بادىء الامر فقهاء القانون الخاص ، ثم انتقل الاهتمام بها الى فقهاء القانون العام ، وأصبح موضوع المال العام من الموضوعات الاساسية في القانون الاداري .

وتعتبر الفترة فيما بين الحربين العالميتين الاولى والثانية عهد ازدهار لنظرية المال العام فقد تعددت بشأنها الابحاث وتضاعفت ، واستهوت تلك النظرية كثيراً من اعلام القانون العام المعاصرين فوجهوا رسائلهم للدكتوراه لبحث جوانبها المختلفة وعلى رأس هؤلاء فالين واندريه دي لوبادير وموريس ديفرجيه[٣] .

---

(١) راجع في هذا المعنى « C. Klein » في رسالته سالفة الذكر هامش ٩ ص ٩ .

(٢) يشير اندريه دى لوبادير الى ان الباعث الرئيسي الذي دفع بالشراح في بادىء الامر الى محاولة اجراء التفرقة بين المال العام والمال الخاص هو الشعور المتزايد لدى هؤلاء الشراح بضرورة اخضاع المال العام لنظام قانوني متميز يختلف عما تتضمنه قواعد القانون المدني ، ولاحياء تلك القاعدة القديمة التي ألغاها مرسوم ٢٢ نوفمبر سنة ١٧٩٠ والتي كانت تقضي بعدم جواز التصرف في المال العام . المرجع السابق ص ١١٦ رقم ٢١٥ .

(٣) نذكر من هذه الابحاث : **L. Trotabas : «De l'utilisation du domaine public par les particuliers» Thèse Paris 1924.**

وقد حاول المشرع ان يتوج هذه الحركة الفقهية وتجلى ذلك في اصدار المرسوم رقم ٥٧ ـ ١٣٣٦ في ٢٨ من ديسمبر سنة ١٩٥٧ المسمى «Le code du domaine de l'Etat» والذي ادخل عليه تعديـــل جذري بمقتضى المرسوم رقم ٦٢ ـ ٦٢٩٨ الصادر في ١٤ من مارس سنة ١٩٦٢ [1] .

وثمة محاولة تشريعية لم تكتمل بعد تتمثل في مشروع النص الذي وافقت عليه لجنة تعديل القانون المدني بجلستها المنعقدة في ٦ نوفمبر سنة ١٩٥٧ ويقضي هذا النص بما يلي :

فقرة ١ ـ « ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ، لا تعتبر اموال الجماعات الادارية والمؤسسات العامة من قبيل الاموال العامة إلا بالشروط الآتية : ان تكون قد وضعت او تركت للاستعمال المباشر

M. Waline «Les mutations domaniales» Thèse Paris 1925. =

A. DE Laubadère «L'automobile et le régime de l'usage des voies publiques» Thèse Bordeaux 1935.

M. Duverger «L'affectation des immeubles domaniaux aux services publics» Thèse Bordeaux 1940.

L. Jansse «Les traits principaux du régime des biens du domaine public» Sirey 1935.

G. Morager «L'affectaton à l'usage public des biens des patrimoines administratifs» Sirey 1942.

Huet Guyard «La distinction du domaine public et du domaine privé» Thèse Paris 1939.

(١) يقرر «Klein» في رسالته سالفة الذكر ان هذا المرسوم قد عنى بتنظيم الدومين الخاص اكثر من عنايته بالدومين العام لانه لم يخصص المشرع للدومين العام اكثر من ربع عدد مواده. ومن ناحية اخرى فان التعريف الذي جاء به هذه المرسوم للدومين العام تعريف منتقد وقد قابله الفقه والقضاء بعدم اكتراث وذلك رغم ما له من صفة رسمية ـ المرجع السابق ص ١٠ ، ١١ .

ويلاحظ أن هذا المرسوم قد استعمل اصطلاح دومين الدولة للدلالة على جميع الأموال العقارية والمنقولة التي تكون للدولة ونص على ان ما يكون من هذه الاموال غير قابل للملكية الخاصة بطبيعته او بسبب تخصيصه يعتبر عن عناصر دومين الدولة العام وما عدا ذلك من اموال يعتبر من دومين الدولة الخاص .

للجمهور ، او ان تكون قد خصصت كمرفق عام وفي تلك الحالة يتعين ان تكون تلك الاموال بطبيعتها او بمقتضى اعداد خاص قد قصرت كلية او بصفة اساسية على اغراض المرافق العامة » .

فقرة ٢ — « اموال الجماعات الادارية والمؤسسات العامة المخصصة للمرافق الصناعية والتجارية لا تكون جزءاً من المال العام ما لم ينص القانون على خلاف ذلك » .

ومع ان هذا النص لم يكتسب بعد صفة رسمية اذ لا يزال ضمن نصوص مشروع لم يصدر في شكل قانون الا ان الملاحظ ان الفقه والقضاء في فرنسا اخذا يعتمدان عليه الى حد كبير كما سنوضح تفصيلاً فيما بعد .

ثالثاً : فكرة المال العام في التشريعين المصري والليبي :

عندما صدر في مصر القانون المدني المختلط سنة ١٨٧٥ والقانون المدني الاهلي سنة ١٨٨٣ كانت نظرية المال العام قد عرفت طريقها الى الفقه الفرنسي وبدأت تتضح معالمها وتستقر احكامها ، لذلك عمد المشرع الى نقلها للقانون المصري وورد النص في المادة ٢٥ من القانون المدني المختلط على ان املاك الميري ، كالاستحكامات والمين وغير ذلك لا تقبل ان تكون ملكاً لأحد . كما نصت المادة ٢٦ من القانون المذكور على سريان هذا الحكم بالنسبة للاموال المعدة لمنفعة عمومية كالطرق والقناطر وشوارع المدن وغير ذلك . وكانت تلك اول مرة يرد فيها ذكر الاموال العامة في التشريع المصري (١) .

اما نصوص القانون المدني الاهلي فقد جاءت اكثر تفصيلاً من نصوص القانون المختلط فقد نصت المادة التاسعة من القانون المدني الاهلي على ما يلي :

---

(١) الدكتور الطماوي — مبادىء القانون الإداري — الكتاب الثالث — اموال الادارة العامة وامتيازاتها ١٩٧٣ ص ٩ .

الاملاك الاميرية المخصصة للمنافع العمومية لا يجوز تملكها بوضع يد الغير عليها المدة المستطيلة ولا يجوز حجزها ولا بيعها . وانما للحكومة دون غيرها التصرف فيها بمقتضى قانون او امر .

وتشمل الاملاك الاميرية :

اولاً : الطرق والشوارع والقناطر والخواري التي ليست ملكاً لبعض افراد الناس .

ثانياً : السكك الحديدية وخطوط التلغراف البرية .

ثالثاً : الحصون والقلاع والخنادق والاسوار والاراضي الداخلة في مناطق الاستحكامات ولو رخصت الحكومة في الانتفاع بها لمنفعة عمومية اوخصوصية .

رابعاً : الشواطىء والاراضي التي تتكون من طمى البحر والاراضي التي تنكشف عنها المياه والمين والمراسي والموارد والارصفة والاحواض والبرك والمستنقعات المستملحة المتصلة بالبحر مباشرة والبحيرات المملوكة للميري .

خامساً : الانهار والنهيرات التي يمكن الملاحة فيها والترع التي على الحكومة اجراء ما يلزم لحفظها وبقائها بمصاريف من طرفها .

سادساً : المين والمرافيء والارصفة والمباني اللازمة للانتفاع بالانهار والنهيرات والترع المذكورة ولمرورها .

سابعاً : الجوامع وكافة محلات الاوقاف الخيرية المخصصة لتعليم العام او للبر او للاحسان سواء كانت الحكومة قائمة بادارتها او بصرف ما يلزم لحفظها وبقائها .

ثامناً : العقارات الميرية مثل السرايات والمنازل وملحقاتها المخصصة لاقامة

ولي الامر او المحافظات او النظارات او المديريات وعلى وجـــه العموم كافة العقارات المعدة لمصلحة عمومية .

تاسعاً : الترسانات والقشلاقات والاسلحة والمهمات الحربية والمراكب الحربية ومراكب النقل او البوسطة .

عاشراً : الدفترخانات العمومية والانتكخانات والكتبخانات الميرية والآثار العمومية وكافة ما يكون مملوكاً للحكومة من مصنوعات الفنون والاشياء التاريخية .

حادي‌عشر : نقود الميري وعلى وجه العموم كافة الاموال الميري المنقولة او الثابتة المخصصة لمنفعة عمومية بالفعل او بمقتضى قانون او امر .

ونصت المادة العاشرة من القانون المشار اليه على انه « يعد ايضاً من الاملاك الاميرية المخصصة للمنافع العمومية حقوق التطرق المتعلقة بالشوارع ومجاري المياه والاشغال العمومية والاعمال الحربية وعلى وجه العموم كافة ما تقتضيه حقوق الارتفاق التي تستلزمها ملكية الاملاك الميرية المذكورة او توجبهـــا القوانين والاوامر الصادرة لمنفعة عمومية » .

وعندما صدر القانون المدني المصري الجديد ورد النص على المال العام في المادتين ٨٧ ، ٨٨ منه ، فقد نصت المادة ٨٧ على ان « تعتبر اموالاً عامـــة العقارات والمنقولات التي للدولة او للاشخاص الاعتبارية العامة ، والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل او بمقتضى قانون او قرار جمهوري او قرار من الوزير المختص .

وهذه الاموال لا يجوز التصرف فيها او الحجز عليها او تملكها بالتقادم [1] »

---

(١) جاءت هذه المادة برقم ١١٩ في المشروع التمهيدي وكانت صياغتها على النحو الآتي « تعتبر اموالا عامة العقارات والمنقولات التي للدولة او للأشخاص المعنوية العامة والتي تكون مخصصة =

ونصت المادة ٨٨ على انه « تفقد الاموال العامة صفتها بانتهاء تخصيصها للمنفعة العامة ، وينتهي التخصيص بمقتضى قانون او قرار جمهوري او قرار من الوزير المختص او بالفعل او بانتهاء الغرض الذي من اجله خصصت تلك الاموال للمنفعة العامة »[1] .

وثمة ملاحظات عامة على نص المادتين ٨٧ ، ٨٨ نود ان نشير اليها بصفة مبدئية على النحو الآتي :

اولاً : ان المشرع ابقى على فكره التخصيص للمنفعة العامة كمعيار لتحديد المال العام على ذات النحو الذي كان يقرره القانون السابق . الا ان النص الجديد قد اقتصر على ذكر المعيار ولم يستطرد في بيان تطبيقاته وضرب الامثلة لما يعد وفقاً لهذا المعيار من المال العام مخالفاً في هذا الصدد ما جرى به النص القديم ، وبذلك تفادى ما وجه الى مسلك المشرع السابق من نقد يتمثل في ان بعض الامثلة التي ذكرها جاءت مخالفة لما استقر عليه الفقه والقضاء كما هو الشأن بالنسبة للاراضي التي تنكشف عنها المياه التي اعتبرها النص من قبيل الاموال العامة مع انه من المتفق عليه فقهاً وقضاء انها ليست كذلك[2] .

= لمنفعة عامة بالفعل او بمقتضى قانون او مرسوم ، وتخرج هذه الاموال عن التعامل فلا يجوز التصرف فيها او الحجز عليها او تملكها بالتقادم ». وقد ادخل على هذا النص تعديل طفيف في الصياغة في لجنة المراجعة واصبح رقمه ٨٩ من المشروع النهائي – الوسيط للمرحوم الدكتور عبد الرزاق السنهوري – ج ٨ هامش ص ٩١ .

(١) لاحظ الأستاذ السنهوري ان لفظ « او » الذي ورد بعد كلمة بالفعل زائد ولا محل له اذ لا يوجد الا طريقان لانتهاء التخصص : الطريق الرسمي والطريق الفعلي ، وبذلك يجب ان تقرأ العبارة الاخيرة من النص على الوجه الآتي « او بالفعل بانتهاء الغرض الذي من اجله خصصت تلك الاموال للمنفعة العامة » المرجع السابق ص ١٦٢ .

(٢) الدكتور سليمان الطماوي – مبادىء القانون الإداري ج ٣ ص ١٢ .

ومن ناحة اخرى فقد تحاشى النص الجديد باستبعاده للامثلة ما كان يشوب النص السابق من اطناب مقيت .

ثانياً : ان المشرع قنن في نص المادة ٨٧ أهم القواعد التي يتميز بها النظام القانوني للمال العام وهي عدم قابلية المال العام للتصرف فيه او الحجز عليه او تملكه بالتقادم . وبذلك لم تعد هذه القواعد مجرد اجتهادات من جانب الفقه او القضاء كما هو عليه الحال في فرنسا وانما اصبحت قواعد تشريعية مقررة بنص صريح في القانون .

ثالثاً : ان المشرع كما اجاز ان يكون التخصيص للمنفعة العامة بالفعل اجاز ايضاً وبصريح النص ان ينتهي التخصص بالفعل ، وقد كانت هذه المسائل محل خلاف في ظل النص السابق كما انها لا زالت محل خلاف في الفقه والقضاء في فرنسا .

وبعد صدور القانون المدني وردت الاشارة الى المال العام والمال الخاص في كثير من التشريعات اللاحقة ، ثم جاء الدستور المؤقت الصادر في مارس سنة ١٩٦٤ ومن بعده الدستور الدائم الصادر في سنة ١٩٧١ واشار الى تقسيم الملكية الى ثلاثة انواع هي الملكية العامة والملكية التعاونية والملكية الخاصة وسوف نعـــود الى تفصيل ذلك فيما بعد .

هذا عن التشريع المصري اما عن التشريع الليبي فقد تضمن القانون المدني النص على ما يلي في المادة ٨٧ المعدلة بالقانون رقم ١٣٨ لسنة ١٩٧٠ « تعتبر اموالاً عامة العقارات والمنقولات التي للدولة او للاشخاص الاعتبارية العامة والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل او بمقتضى قانون او مرسوم . وهذه الاموال لا يجوز التصرف فيها او الحجز عليها او تملكها بالتقادم » .

ونصت المادة ٨٨ على انه « تفقد الاموال العامة صفتها بانتهاء تخصيصها للمنفعة العامة ، وينتهي التخصيص بمقتضى قانون او مرسوم او بالفعل او بانتهاء الغرض الذي من اجله خصصت تلك الاموال للمنفعة العامة » . ويلاحظ ان ثمة تطابق بين نص هاتين المادتين والنصين المقابلين في القانون المصري .

الباب الأول

مشكلة المعيار في نظرية المال العام

يمكن القول ان فكرة التمييز بين المال العام والمال الخاص من اكثر الموضوعات التي اثارت الجدل ، واحتدم حولها النزاع في الفقه الفرنسي سواء بين فقهاء القانون العام أو القانون الخاص .

وما من معيار قيل به الا وأثبت البحث وأكد التطبيق مدى ما يحمله من عيوب وما يتضمنه من مثالب[1] .

ولا يتسع المقام لتعقب كل المعايير التي أدلى بها الشراح واستعراض تفاصيل ما وجه اليها من انتقادات ، لذلك سنحاول عرض الافكار الاساسية التي تدور حولها تلك المعايير في جملتها ، وايضاح ما تتضمنه من عيوب جوهـــرية .

---

(١) عبر العلامة « **Mestre** » عن هذه الظاهرة في تقديمه لرسالة « **Jansse** » بقوله انه من المسلمات في الوقت الحاضر انه ما من باحث تعرض لنظرية المال العام الا ووجد نفسه مدفوعاً الى هدم النظريات التي قال بها اسلافه ومحاولة اقامة نظرية جديدة مختلفة عما سبقها . كما اشار الى ذلك مفوض الدولة « **Long** » في تقريره المقدم في قضية «**Le béton**» المنشور في داللوز — ١٩٥٦ — ٦٨١ .

المَبحَث الأول

عرض للمعايير الفقهية والقضائية والتشريعية في فرنسا

اولا ــ معيار طبيعة المال :

بدأت المعايير الفقهية لتمييز المال العام في أول الامر معتمدة بصفة اساسية على طبيعة المال ذاته . وقد حمل لواء تلك الفكرة « ديكروك » وتابعه فيها كثيرون من كتاب القرن التاسع عشر[١] .

فقد أراد ديكروك ان يستخلص من نصوص القانون المدني معياراً يمكن على هديه التمييز بين المال العام والمال الخاص ، ولا حظ في هذا الصدد ان القاسم المشترك بين الامثلة التي ساقها القانون المدني للمال العام انها جميعــاً ــ حسب تقديره ــ لا تقبل ان تكون محلاً للملكية الخاصة مما جعله يقرر ان المال العام يتكون من مجموع الاموال التي لا تقبل بطبيعتها ان تكون محلاً للملكية الخاصة[٢] . «non susceptible de propriété privée par leur **nature**».

وبعد ديكرودك جاء برتملي وحاول ان يضيف الى افكار ديكروك

---

(١) نذكر من هؤلاء « **Salleilles** » في تعليقه في سيري ــ ١٨٩٥ــ٢ــ١٨٥ و« **De Récy** » في مؤلفــه **Traité du domaine public 2è. éd. 1894** وايضاً « **Aucoc** » في مؤلفــه « Conférences sur l'**administration** — **3è éd. 1885** »

(٢) «**Cours de Droit Administratif**» 7è éd. T. IV P. 95

عنصراً آخر موضحاً ان عدم قابلية المال العام للملكية الخاصة قد تفرضه طبيعة المال ذاته ، وقد يكون مرجعه تخصيص المال لاستعمال الكافة وبذلك يشمل المال العام مجموعة الاموال التي لا تقبل ان تكون محلاً للملكية الخاصة سواء بطبيعتها أو بسبب تخصيصها لاستعمال الكافة[١] .

وواضح ان التفرقة التي تستند اليها الافكار السابقة بين الاموال التي لا تقبل ان تكون محلاً للملكية الخاصة وتلك التي تقبل ذلك تفرقة تحكمية تتنافى والواقع الذي يكشف عن عدم وجود أموال تستعصى على الملكية الخاصة فالاموال في حقيقتها من طبيعة واحدة . ونظام الملكية الخاصة ليس لصيقاً ولا مرتبطاً بنوع معين من الاموال دون سائرها .

وليس أدل على ذلك من ان جميع الاموال التي كانت تدخل ضمن دومين التاج في العهد القديم ومن بينها تلك الاموال التي اصطلح على تسميتها فيما بعد بالاموال العامة ـ هذه الاموال ظلت لفترة طويلة مملوكة لحامل التاج ملكية خاصة.

كما انه ليس ثمة ما يحول دون ان تكون الانهار أوالطرق اوعلى الاقل اجزاء محددة منها محلاً للملكية الخاصة . وقد أشار جيز الى ما هو معروف ومقرر في فرنسا من تملك بعض الافراد لطرق وقنوات خاصة[٢] ، كما اوضح أندريه

---

(١) القانون الإداري ـ الطبعة الحادية عشرة ـ ص ٤٧٥ وقد سير برتلمي في رأيه عدد من الفقهاء القدامى نذكر منهم **Monteil, Colin, Capitan** ومن الكتاب المعاصرين ديمنتون في مطولة سالف الذكر ص ٢١ رقم ٦٦ . كما تأثر به المرسوم الصادر في ٢٨ من سبتمبر ١٩٥٧ الذي نص على ان الدومين العام يشمل الاموال التي تكون بطبيعتها او بحسب الغرض الذي خصصت له غير قابلة للملكية الخاصة «...qui ne sont **pas susceptibles** d'une propriété privée en raison de leur **nature ou de la destination qui** leur est donnée.»

(٢) مجلة القانون العام سنة ١٩٣١ ص ١٦٣ .

دي لوبادير ان القانون الانجـــليزي بدوره يسمح بتملك الطرق [١] .

ثانياً ــ معيار التخصيص بصورة المختلفة :

ازاء ما تبين من عدم صحة الاساس الذي تقوم عليه المعايير السابقة حاول الشراح البحث عن معايير أخرى لا تعتمد على عدم قابلية المال للملكية الخاصة وانما تعتد بالوظيفة التي يؤديها المال العام والغرض الذي يوجه اليه وقد اصطلح على تسمية تلك المعايير معايير التخصيص . «L'affectation» ، وقد اختلفت تلك المعايير فيما بينها نتيجة اختلافها في وصف التخصيص وتحديد نطاقه ومداه ، وكان لهذا الاختلاف أثره في تحديد دائرة الاموال التي يستوعبها كل معيـــار .

فمن هذه المعايير ما يقصر وصف المال العام على مجموعة الاموال التي تخصص للاستعمال المباشر للجمهور او للاستعمال العام «Affectation à l'usage du public ou à l'usage public» ويعـــد برودان أول من اشار الى هذا المعيار [٢] ، الذي سرعان ما تبين قصوره عن انه يشمل قسماً هاماً من الاموال المملوكة للدولة والتي قدر الفقه ضرورة امتداد النظام القانوني للدومين العام إليها ، وبصفة خاصة تلك الاموال التي تكون رغم ارتباطها الوثيق بالمنفعة العامة وأهميتها في خدمة الجماعة غير مخصصة للاستعمال المباشر للجمهور كما هو الشأن بالنسبة للتجهيزات العسكرية ، والعقارات والمنقولات المستخدمة بالمرافق العامة . لذلك اتجه فريق آخر من الشراح الى اضافة عنصر جديد لهذا المعيار يوسع من نطاقه الى حد بعيد وذلك باضفاء صفة المال العام على الاموال المخصصة للمرافق العامة ، وأصبح المال العام على هذا النحو يشمل الاموال المخصصة للاستعمال العام كالطرق العـــامة

---

(١) المرجع السابق ص ١١٨ رقم ٢١٩ .

(٢) مؤلف سالف الذكر - الجزء الاول ص ٢٤١ .

والأنهار وشواطىء البحار ، وتلك التي تخصص للمرافق العامة كالسكك الحديدية والاستحكامات الحربية والمباني التي تشملها المرافق العامة والمنقولات التي تستعمل فيها .[١] «Les biens affectés aux services publics»

ولقد تبين نتيجة تطبيق هذا المعيار انه يوسع من دائرة المال العام الى حد بعيد ، ويجعلها تمتد لتشمل جميع الاموال التي تستخدم في المرافق العامة دون تفرقة بين ما هو لازم وضروري من تلك الاموال لسير المرافق العامة وبين ما هو ثانوي الاهمية ضئيل القيمة لا تدعو الحاجة الى اخضاعه للنظام القانوني الاستثنائي للمال العام[٢] .

وقد تعددت الحلول التي اتجه اليها الفقه لتفادي تلك النتيجة ، فمن الشراح من اقترح ايجاد نوع من التدرج في النظام القانوني للدومين العام تتم بمقتضاه التفرقة بين ثلاثة أنواع من الاموال ، أولاً الاموال العامة وتخضع للنظام القانوني المقرر للدومين العام بصورة كاملة وتشمل الاموال المخصصة للاستعمال العام الجمهور . ثانياً : اموال الدومين الاداري وتخضع للنظام القانوني للدمين العام في نطاق محدود بأن يقتصر أثر هذا النظام على الادارة ذاتها ويعمل داخلها ولا يمتد أثره الى الغير ، ويشمل هذا النوع الاموال المخصصة للمرافق العامة . ثالثاً : أموال الدومين الخاص بمفهومها ونظامها المعروف [٣] .

---

(١) راجع في هذا المعيار **Duguit «Traité de droit constitutionnel»** 3è éd. T. III P.P. 344-405. Hariou: Précis de droit administratif. 11è. éd. P. 660. Bonnard: «Précis de droit administratif» 4è. éd. P. 539. Barckhausen: «Etudes sur la théorie général du domaine public» R.D.P. 1902 P. 401 et 1903 P. 31.

(٢) اوبى ودى كوزادير – المرجع السابق – ص ٢١٣ – واندريه دى لوبادير المرجع السابق ص ١٢٤ بند ٢٢٧ .

(٣) راجع في هذا التقسيم : M. Duverger: «L'affectation des immeubles domaniaux aux services publics» Thèse Bordeaux 1942 ; Morager :

وذهب فريق آخر من الشراح الى القول بأن اضفاء صفة المال العام ينبغي ان يكون مقصوراً على أنواع خاصة من المرافق العامة هي المرافق العامة الاساسيه ، ثم على مجموعه معينة من أموال تلك المرافق الاساسية تتمثل في الاموال التي تقوم بدور هام في عمل المرفق[1] .

وحاول بعض من الشراح ان يستهدي بالغاية من نظام الدومين العام والاسباب التي تبرر وجوده في تحديد معيار تمييزه ، فنظام الدومين العام دعت الى قيامه ضرورات اجتماعية واعتبارات تتصل بالمصلحة العامة ، وبذلك ينبغي أن يقتصر نطاق تطبيقه على الاموال التي تدعو اعتبارات المصلحة العامة الى المحافظة والابقاء عليها بذاتها وكما هي ، وبعبارة أخرى تلك الاموال التي لا يمكن الاستعاضة عنها بغيرها . وينتهي هذا الرأي الى أن عدم قابلية المال للاستبدال « «l'irremplaçabilité» تمثل المعيار المميز للمال العام ، على ان يحد ذلك بشرطين آخرين هما ان يكون المال محققاً لمنفعة عامة ، وان تكون الادارة دون غيرها هي القادرة على المحافظة عليه .

وقد عرض «Coquet» هذا المعيار في رسالته[2] ، ثم جاء قالين وتناوله

«L'affectation à l'usage public des biens des patrimoines administratifs» Sirey 1942.

(١) راجع في ذلك: Jèze: Définition du domaine public; R.D.P. 1931 P. 762.
وذات المرجع سنة ١٩٢١ ص ٣٦١ ، سنة ١٩١١ ص ٣٠٧ ، سنة ١٩١٠ ص ٦٩٥ .
ورأى مقارب عند «Latournerie» في مذكرته المقدمة في قضية «Marecor» داللوز – ١٩٣٦ – ٣ – ٢٠ حيث يرى ان صفة المال العام تقتصر على اموال المرافق العامة التي يتجسد في نشاطها اغراض المرفق وموضوعه كالقلاع والتحصينات ، دون تلك التي تمثل مجرد وسيلة لتحقيق اهداف المرفق كمباني المدارس
«...sont telles que leur emploi, leur mise en œuvre constituent l'objet même de service à l'eexclusion de celles qui sont seulement l'un des moyens par lesquels le service accomplit sa mission».

(٢) «Le domaine public colonial» Coquet, Poitiers 1905 P. 151.

بالتنقيح والاضافة مستهدياً كسلفه بالحكمة التي يقوم عليها نظام الدومين العام ، وأهميته لسير الحياة الادارية ، مما يقتضي ان يتحدد نطاقه بالاموال التي تكون بحسب تكوينها الطبيعي أو اعدادها الخاص — أو حتى لاهميتها التاريخية او العلمية — لازمة وضرورية لسير المرافق العامة أو اشباع الحاجات العامة ، والتي لا يتسنى احلال غيرها محلها في القيام بوظيفتها [١] .

وقد تبنت لجنة تنقيح القانون المدني الفرنسي هذا الرأي وأقرت تعريفاً للمال العام يتفق معه الى حد كبير [٢] .

وبعد اقرار لجنة تعديل القانون المدني لهذا التعريف وأحكام القضاء شبه مستقرة على تطبيقه والاعتماد عليه ، سواء في ذلك قضاء النقض أو قضاء مجلس الدولة ، وهو بهذا المسلك يغلب نصاً غير رسمي لم يكتسب بعد صفة القانون ولا زال مجرد مشروع ، على النص الرسمي الذي أورده المشرع في المادة الثانية من مرسوم ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٥٧ المسمى «Code du domaine de l'Etat» والذي يعرف المال العام بأنه المال الذي لا يقبل ان يكون محلاً للملكية الخاصة لأسباب ترجع الى طبيعة المال أو للاغراض التي خصص من أجلها [٣] .

---

(١) عرض فالين هذا الرأي في رسالته بعنوان «Les mutations domaniales» ص ٧٦ وما بعدها ، وفي مطولة في القانون الإداري — الطبعة الثامنة ص ٨٥٦ — وراجع في هذا المعيار ايضاً Sandevoir «La notion d'aménagement spécial» A.J. 1964 84.

(٢) سبق ان اشرنا الى نص المادة التي تضمنها المشروع المقدم من اللجنة المذكورة .

(٣) راجع على سبيل المثال حكم محكمة النقض في ٧ نوفمبر سنة ١٩٥٠ سيري — ١٩٣٢—٣—١ مع مذكرة « Tixier » . وحكم مجلس الدولة في ١٩ اكتوبر سنة ١٩٥٦ في قضية « Société Le Béton » مجموعة ليبون ص ٣٧٥ ومجلة القانون العام ١٩٥٧ ص ٣١٠ مع تقرير مفوض الدولة « Long » والقضايا الكبرى — الطبقة الرابعة ص ٤٤٦ . وحكمه الصادر في ٢١ ديسمبر سنة ١٩٥٦ في قضية « S.N.C.F. c/Giraud » المجموعة ص ٤٩٢ ، وحكمه الصادر في ٢٠ يونيه سنة ١٩٥٨ في قضية « Dame Brache » المجموعة ٣٦٦ وحكمه الصادر في ١١ مايو =

تلك هي الآراء التي قيل بها لتفادي ما وجه الى معيار التخصيص للمنفعة العامة أو للمرافق العامة من عيوب تمثلت فيما يترتب على تطبيق هذا المعيار من اتساع دائرة المال العام اتساعاً كبيراً ليس له ما يبرره . الا ان هذه الآراء وان أفلحت في بعض الاحيان في تضييق دائرة المال العام واعادها الى حدودها المعقولة الا انها لا تسلم بدورها من النقد .

فبالنسبة الى ما إقترحه كل من ديفرجيه ومواراجيه من ايجاد نوع من التدرج في النظام القانوني للدومين العام يتم بمقتضاه التمييز بين الدومين العام والدومين العام الاداري والدومين الخاص - هذه الفكرة لا تتضمن مجرد تحديد لدائرة المال بقدر ما تعني التخلي كلية عن التقسيم الثنائي لأموال الدولة ، والاستعاضة عنه بتقسيم جديد لتلك الاموال . ومن ناحية أخرى فان فكرة اخضاع الدومين الاداري داخلياً لقواعد الدومين العام وعدم سريان هذه القواعد خارجياً في مواجهة الغير ، هذه الفكرة تبدو معقدة وصعبة التطبيق من الناحية العملية ، فضلاً عن بعدها عن المنطق ، اذ كيف يمكن اعتبار المال في آن واحد مالاً عاماً في مواجهة الادرة ومالاً خاصاً في مواجهة الافراد ، فضلاً عن أن قواعد النظام القانوني للدومين العام تفقد الكثير من فاعليتها إذا لم تسر في مواجهة الأفراد ، وأخيراً فثمة مشكلة في بيان وتحديد ما يمكن من هذه القواعد ان يقتصر سريانه على الادارة وحدها .

اما بالنسبة لما اقترحه جيز من ان يقتصر اضفاء صفة المال على الاموال التي تقوم بدور اساسي في عمل المرفق دون غيرها فلا شك في غرابة وشذوذ

= سنة ١٩٥٩ في قضية « Dauphin » المجموعة ص٢٩٤ وسيري ١٩٥٩ – ١١٧ مع تقرير مفوض الدولة « Mayras » وحكمه الصادر في ٢٢ ابريل سنة ١٩٦٠ في قضية « Berthier » المجموعة ص ٢٦٤ ومجلة القانون العام سنة ١٩٦٠ ص ١٢١٣ وحكمه في ١٣ يونيه سنة ١٩٦١ في قضية « Ville de Toulouse » المجموعة ص ٥١٣ وحكمه في ١٦ من نوفمبر سنة ١٩٦٢ في قضية « Ville de Grenoble » المجموعة ٦١١ .

النتائج التي يفضي إليها تطبيق هذا المعيار ، اذ من شأنه عدم اعتبار مباني المحاكم ومرافقها المختلفة من الاموال العامة طالما أن الدور الرئيسي في اقامة العدالة يضطلع به القضاة أنفسهم ، وكذلك الشأن بالنسبة للمدارس والثكنات الحربية – ولو استطردنا في هذا المنطق ولاحظنا أن المرافق العامة هي مجموعة من الانشطة التي تقوم بها الادارة تحقيقاً للصالح العام ، وان العنصر البشري يمثل العنصر الرئيسي في هذه الانشطة في كثير من الاحوال ان لم يكن في معظمها لانتهينا الى اخراج كل أموال المرافق العامة تقريباً من دائرة الاموال العامة ، لان الدور الرئيسي في نشاط هذه المرافق يقوم به « الانسان » بمعاونة أو باستعمال المال ، فالمال يأتي دائماً في المرتبة الثانية في الاهمية بالنسبة للعنصر البشري .

واخيراً فان تحديد ما يعتبر قائماً بدور اساس في نشاط المرفق وما لا يعتبر كذلك أمر نسبي يختلف بحسب ظروف كل مرفق ، كما يختلف بشأنه التقدير من شخص لآخر . فالسيارات تقوم بالدور الأساسي في مرفق النقل العام ومرفق البريد ولكنها لا تقوم بمثل هذا الدور في مرفق العدالة وبذلك يكتسب نوع واحد من الاموال صفة المال العام في مرفق ويفتقد هذه الصفة في مرفق آخر . فضلاً عن أن ما قد يراه البعض من الاموال قائماً بدور رئيسي ، قد يراه البعض الآخر قائماً بوظيفة ثانوية .

واخيراً فانه بالنسبة لمعيار كوكي وڤالين الذي تبناه مشروع تعديل القانون المدني وجرت أحكام القضاء على تطبيقه فيما بعد والذي يقوم على فكرة المال المهيأ أو المعد اعداداً خاصاً لخدمة المرفق هذا المعيار فضلاً عن انه غير واضح ولا منضبط ، فقد أدى تطبيقه الى نتائج مخالفة تماماً لتلك التي استهدفها القائلون به

---

(١) راجع في هذا النقد «Klein» في رسالته سالفة الذكر ص ٢٤ ، و «Sandevoir» في مقاله سالف الذكر ، و Combarnour et Galabert A.J. 1960, I, 78

اذ كان الغرض من هذا المعيار هو محاولة الحد من نطاق المال العام وقصره على أنواع خاصة من أموال المرافق العامة وكان يسمى لذلك «critère réducteur» فاذا بالقضاء يتوسع في تطبيق وتفسير شرط التهيئة والاعداد الخاص توسعاً جعله يكاد ينطبق على كل الاموال التي تستخدم في المرافق العامة [١] .

فنظراً لغموض فكرة الاعـــداد الخاص وعدم تحديدها اتجهت احكام القضاء الى الاستهداء بعناصر متعددة ومتباينة للقول بتوافر شرط الاعداد الخاص ، فذهبت بعض تلك الاحكام الى النظر بعين الاعتبار الى ما صنعته يد الانسان في سبيل تهيئة المال واعداده[٢] . واعتد البعض الآخر بالصفات الطبيعية التي يتمتع بها المال[٣] . بل ان من الاحكام ماتخذ من مجرد موقع المال سنداً للقول بأنه معد اعداداً خاصاً لخدمة المرفق[٤] — ووصل الامر أخيراً بأحكام القضاء الى انها تكتفي بالقول بأن مالاً معيناً قد أعد اعداداً خاصاً لخدمة المرفق او انه ليس كذلك دون ادنى اشارة الى الاسباب التي تدعو الى اضفاء تلك الصفة او نفيها عن المال[٥] .

---

(١) راجع تعليق« Vergnaud »على حكم مجلس الدولة في قضية« Berthier» بعنوان« Vers une extension de la dominialité publique» A.J. 1960 I 140. وقد ادى ذلك بأحد الشراح الى ان يتساءل : عند اي حد يقف هذا « السعار » الذي اصاب نظرية المال العام — «Klein» المرجع السابق ص ٢٤ .

(٢) حكم مجلس الدولة في ١١ مايو سنة ١٩٥٩ في قضية« Ville de Toulluse » سالفة الذكر .

(٣) الحكم الصادر في قضية « Sté Le Béton » سالفة الذكر .

(٤) حكم مجلس الدولة الصادر في ٢١ ديسمبر سنة ١٩٥٦ في قضية « SNCF » منشور في A.J. II 240 1962 مع تقرير مفوض الدولة « Heumann »

(٥) راجع في ذلك حكم مجلس الدولة في ٢٠ يونيه سنة ١٩٥٨ في قضية« dame Prache »المجموعة ص ٣٦٦ وحكمه في ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٦١ في قضية« Coulomb »منشور في A. J. 1957 II, 55 وحكم محكمة التنازع في ٢ يوليو سنة ١٩٦٢ في قضية « Epoux Cavart » المجموعة ص ٨٢٦ .

ثالثاً ــ الاداة الرسمية وسيلة لتحديد المال العام :

يبدو ان اليأس من التوصل الى معيار عام مجرد يمكن على هديه التمييز بين المال العام والمال الخاص فقد دفع الفقهاء المحدثين الى التخلي كلية عن هذه الفكرة ومحاولة البحث عن وسيلة أخرى اكثر انضباطاً لتحديد عناصر المال العام .

وقد ظهر ذلك فيما كتبه «Jansse» في رسالته وتابعه فيه «Klein» في رسالة تعتبر من أحدث ما كتب في نظرية المال العام[1] . ويتحصل رأي الكاتبين في أن النظام القانوني للمال العام نظام استثنائي يتضمن خروجاً على القواعد المقررة بشأن الاموال بصفة عامة .

والسند الوحيد الذي يجيز ويبرر تطبيق هذا النظام على نوع معين من الاموال هو وجود اداة رسمية ترخص في ذلك سواء تمثلت تلك الادارة في عمل تشريعي او تنظيمي يدرج هذا المال ضمن الاموال العامة «Acte de classement» أو حتى في قرار اداري صريح يقضي بتخصص هذا المال للخدمة العامة «Acte d'affectation formel» وما لم توجد تلك الاداة لا محل لتطبيق النظام الاستثنائي على مال معين مهما كانت الاعتبارات .

ويخلص الكاتبان الى انه لا محل بعد ان تبين أساس نظرية المال العام للاستمرار في البحث وراء معايير لتمييز المال العام لن تكون جامعة ولا مانعة. والواقع ان هذا الرأي يتلافى العيوب التي وجهت الى المعايير السابقة والتي تتمثل فيما تفضي اليه تلك المعايير من تحكم واختلاف وجهات النظر حول

---

(١) «Jansse» المرجع السابق ص ١٠٥ وما بعدها ، « Klein » المرجع السابق ص ٢٠ وما بعدها وخاصة ص ٢٤ وراجع ايضاً ما كتبه جاكيتين في رسالته عن نظام اموال المشروعات العامة بالنسبة للتفرقة بين اموال الدومين العام والخاص ، والدومين القومي ص١٨ ، ص ٤١٤ وما بعدها .

تحديد عناصر المال العام ، فاذا ما ارتبط اضفاء صفة المال العام على مال معين بوجود اداة رسمية تقرر ذلك ، أصبح لا مجال لاختلاف الرأي حول تقرير تلك الصفة أو عدم تقريرها .

الا انه مما يعيب هذا الرأي ان تخصيص المال العام لا يستلزم بالضرورة اداة رسمية في جميع الاحوال فمن الجائز ان يتم التخصيص بالفعل أي بغير اداة رسمية تقرره ، وبذلك تبقى المشكلة قائمة لم تحل ويثور التساؤل عما اذا كان هذا المال الذي خصص بالفعل للخدمة العامة يعتبر من عناصر الدومين العام ، وطبقاً لأي معيار تتم الاجابة عن هذا التساؤل .

رابعاً ــ مشكلة المعيار تعكس اثرها على النظرية كلها :

لعلنا بعد هذا العرض للمعايير التي قيل بها لتمييز المال العام وما ثار بصدد كل منها من نقاش ، نستطيع ان نؤكد ان الأزمة التي تمر بها نظرية المال العام في فرنسا تكمن وراء مشكلة المعيار التي لم تحسم رغم مضي أكثر من قرن على نشأة النظرية ورغم الجهود المضنية التي بذلها الفقه في هذا الصدد . ولقد كان ذلك كافياً لتوقف الفقه عن بذل المزيد من الجهد في بحث تلك النظرية وفي أن يتبادر اليأس الى نفوس الشراح ونجد مهم من يطالب بالغاء تلك النظرية كلية استناداً الى عقمها وعدم جدواها وفساد الاساس الذي تقوم عليه .

لقد رأينا فيما سبق كيف فشل معيار طبيعة المال في ان يضم تحت لواء الدومين العام كل العناصر التي قدر الشراح أهمية اخضاعها لنظام قانوني خاص يضمن المحافظة عليها ، فضلاً عن عدم صحة الاساس الذي يقوم عليه المعيار والذي يتحصل في وجود أموال لا تقبل بطبيعتها ان تكون محلاً للملكية الخاصة ، ومن ناحية أخرى فان معيار التخصيص في كل صوره لم ينجح في

وضع حدود فاصلة للمال العام ، أو في ان يبرز قاسماً مشتركاً يجمع بين عناصره ومكوناته .

ولقد أسهم في صعوبة التوصل الى معيار حاسم في هذا الصدد ان المال العام أصبح يضم عناصر غير متجانسة تختلف في طبيعتها وتتباين في أهميتها وفي درجة ارتباطها بالمنفعة العامة . فلقد أصبحت تلك المجموعة المتنافرة كما تشمل شواطىء البحار والأنهار والطرق العامة تمتد الى القطع الفنية والاثرية داخل المتاحف(١) . والى المخطوطات والمستندات التاريخية والكتب الموجودة بالمكتبات العامة(٢) ، بل وإلى ارتفاقات المرور الخاصة بآلات نزح وتطهير مجاري المياه(٣) .

واذا كان العرض السابق للانتقادات التي وجهت الى كل معيار قد كشف عما يشوب المعايير جميعها من عيوب اساسية ، فان تعدد تلك المعايير بصورة

---

(١) Cass. Civ. 1er Avril 1936, A. J. 1963 486, Nancy 16 mai 1896 Dalloz 1896 II 411. وثمة تشريعات خصة في فرنسا ومصر تنص على اعتبار تلك الاموال من الدومين العام — راجع في فرنسا قانون ٣٠ مارس سنة ١٨٨٧ وقانون ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٣ وفي مصر المادة التاسعة من القانون المدني الاهلي سالفة الـذكر ، والمادة الاولى من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩١٢ بشأن الآثار والمادة الثامنة من القانون رقم ٨ لسنة ١٩١٨ بشأن حماية آثـار العصر العربي ، والمرسوم بقانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣١ بالحاق المتحف القبطي باموال الدولة العامة .

وراجع حكم محكمة النقض في ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر — ٢ — ص ٢١٥ رقم ٧٨ .

(٢) حكم محكمة النقض الفرنسية في ١٠ اغسطس سنة ١٨٤١ سيرى — ٤١—١—٧٤٢ وحكم محكمة نانس في ١٦ مايو سنة ١٨٩٦ — داللوز — ١٨٩٦—٢—٤١١ .

(٣) راجع في التشريع الفرنسي مرسوم ٧ يناير سنة ١٩٥٩ — الجريدة الرسمية عدد ٨ يناير ومرسوم ٢٥ ابريل سنة ١٩٦٠ — الجريدة الرسمية في ٣ مايو .

غير طبيعية يكشف عن مدى الاضطراب الذي يسود النظرية ، والى أي حد يمكن ان يسيطر عليها التحكم .

وتظهر خطورة هذا الوضع في أهمية الآثار المترتبة على التفرقة بين المال العام والمال الخاص في التشريع الفرنسي . اذ يكون من شأن تكييف المال على انه مال عام خضوعه لنظام قانوني خاص يختلف كلية عن النظام القانوني الذي يخضع له المال الخاص — ولقد كان ضرورياً تبعاً لذلك ان تكون ثمة معالم واضحة ومحددة لمجالات تطبيق كل من هذين النظامين القانونيين لا تدع اي فرصة لتنازعهما . أما ان تشيد نظرية المال العـــام ثم لا يكاد يتفق رأيان على حدود فاصلة لتطبيق نظامها القانوني، وبيان نهائي للاموال التي تخضع لهذا النظام وتلك التي لا ينطبق عليها ، فذلك أخطر ما يهدد النظرية . اذ ان الضمانة الاولى لنجاح واستقرار اي نظام قانوني يتمثل في البيان الواضح لمجال تطبيقه .

المَبحَث الثَاني

معيار تمييز المال العام في التشريعين المصري والليبي

اشرنا في الباب التمهيدي الى ان المشرع في مصر وليبيا قد اتخذ من فكرة التخصيص للمنفعة العامة معياراً لتمييز المال العام اذ نصت المادة ٨٧ مـــن القانونين المدني المصري والمدني الليبي على ان تعتبر أموالاً عامة العقارات والمنقولات التي للدولة او للاشخاص الاعتبارية العامة والتي تكون مخصصة لمنفعة عامـــة .

ويلاحظ ان المشرع قد اعتد بمطلق التخصيص للمنفعة العامة مما حدى

بكثير من الشراح الى القول بأن التخصيص للمنفعة العامة يتحقق في شأن المال متى كان الهدف والغاية منه هي تحقيق المنفعة العامة .

واذا صح هذا القول حق لنا ان نتساءل عما اذا كانت الاموال الخاصة التي تقوم الدولة باستثمارها واستغلالها لا تحقق بدورها أي منفعة عامة ، ولا يصدق بشأنها انها مخصصة للمنفعة العامة .

لقد كان السائد حتى وقت قريب ان ثمة اختلافاً جوهرياً بين الغايات التي تستهدفها الدولة من المال العام وتلك التي يحققها المال الخاص . فالمال العام يستهدف تحقيق المنفعة العامة، بينما تنحصر الغاية من المال الخاص في الاستثمار والاستغلال . وشأن الدولة في تملكها له شأن سائر الافراد[1] .

الا ان جانباً من الفقه بدأ يشكك في صحة هذه الفكرة استناداً الى انه لا يصح القول بأن هدف الدولة الوحيد أو الاساسي من تملك المال الخاص هو الاستثمار في ذاته . فالفرض بالنسبة للدولة ان أي نشاط تباشره انما يستهدف تحقيق المصلحة العامة لافراد الشعب . فالمصلحة العامة هي الاطار الذي يحد كل تصرفات الدولة . ولا يتصور ان تكون ثمة مصلحة مالية خاصة للدولة تنفصل عن المصلحة العامة او مصلحة الشعب . وفي ظل هذا الفهم السليم لطبيعة وظيفة الدولة لا يصح القول بأن الغاية الرئيسية من تملك الدولة للمال الخاص

---

(١) الدكتور محمد عبد الله العربي – مبادىء علم المالية والتشريع المالي سنة ١٩٣٨ جـ ٢ ص ١٩ حيث يقول « ان الدولة تسعى لانشاء موارد اصلية للدخل وذلك باحتفاظها بوسائل انتاج هذا الدخل – وهذه الوسائل قد تكون أرضاً او غابات أو مناجم او مصانع ونسمي الدومين الخاص وغاية الاولى اجتلاب الدخل ، وبجانب هذا الدومين الخاص يوجد نوع آخر من الدومين تحوزه الدولة لا طلباً لما ينتجه من دخل بل للاستعانة به على اداء المرافق العامة – هذان النوعان من الدومين علاوه على اختلافهما في الغاية من كل منهما فغاية الاول اجتلاب الدخل وغاية الثاني اسداء منفعة عامة للكافة – يختلفان في حكم كل منهما اختلافاً يرجع الى تباين الغاية » .

جامعة باريس
كلية القانون - ال

هو الاستثمار وحب المال في ذاته ، أو مجرد الاستئثار واشباع غريزة التملك كما يحدث بالنسبة للأفراد.

فعندما تتملك الدولة مصايد للاسماك أو اراضي زراعية شاسعة أو اراضي صالحة للبناء تقوم بتقسيمها وبيعها ، او اقامة المساكن عليها وبيعها او تأجيرها للافراد . فانها لا تستهدف بذلك مجرد الربح بأكبر قدر وبأسرع وسيلة . والا حادت الدولة عن وظيفتها الرئيسية وهي رعاية المصلحة العامة .

الواقع ان الدولة تستهدف من تملك المال الخاص تحقيق غرضين رئيسيين أحدهما تقليدي والآخر مستحدث . أما الغرض التقليدي فهو تزويد الخزانة العامة للدولة بالعناصر التي تمكنها من مجابهة النفقات العامة التي تتضاعف يوماً بعد يوم نتيجة التزايد المستمر لاعباء الدولة وهذا الغرض الذي يبدو ذا طابع مالي بحت لا يمكن فصله عن المصلحة العامة ، اذ كيف يتسنى القول بأن تدعيم خزانة الدولة وتمكينها من القيام بالمرافق والخدمات المنوطة بها أمر لا يحقق المصلحة أو المنفعة العامة ؟ أما الغرض المستحدث للمال الخاص فقد جاء نتيجة تزايد مذهب تدخل الدولة وقيامها بكثير من المشروعات الاقتصادية التي كانت متروكة للنشاط الفردي . وتستهدف الدولة أولاً وقبل كل شيء من وراء هذا التدخل تحقيق الكفاية لأفراد الشعب وتوفير المتطلبات والحاجيات الضرورية للمواطنين ، وتحريرهم من الاستغلال والاحتكار ، وتلك كلها أمور لا تنفصم عن المصلحة العامة بل هي التجسيد الكامل لها .

ويمكن القول تبعاً لذلك أنه لم يعد ثمة فارق في الغاية بين المال العام والمال الخاص ، فكلاهما يقوم بدوره في تحقيق المنفعة العامة . وقد تختلف الطريقة التي يسهم بها المال الخاص في تحقيق المصلحة العامة ، فالمال العام يحقق المنفعة العامة بطريق مباشر غالباً وبطريق غير مباشر أحياناً ، أما المال

الخاص فيحقق المنفعة العامة بطريق غير مباشر في معظم الاحيان وبطريق مباشر في بعضها(١) .

لذلك ذهب فريق آخر من الشراح الى القول بأن الفرق بين المال العام والمال الخاص ليس فارقاً في الهدف فكل ما يحققه نشاط الدولة او الاشخاص الاعتبارية العامة والمشروعات العامة يهدف الى تحقيق المنفعة العامة . انما يظهر الاختلاف بين المال العام والمال الخاص في الوظيفة التي يقوم بها كل منهما ، فالمال العام وظيفته الخدمة العامة وهو يؤدي هذه الوظيفة إذ يبقى حيث هو في حيازة الشخص الاداري ، أما الاموال الخاصة فهي لا تؤدي تلك الوظيفة إلاّ عن طريق التداول والاستغلال(٢) .

---

(١) راجع عرضاً لهذه الفكرة عند الدكتور السيد خليل هيكل في رسالته «الرقابة على المؤسسات العامة» ص ١٨ ، والدكتور محمد فؤاد مهنا – المرجع السابق ص ٧١١ حيث يقول « اننا نعتقد ان التفرقة التقليدية بين الاموال العامة والاموال الخاصة المملوكة للدولة او لغيرها من الاشخاص الادارية لم يعد لها مكان في ظل الاشتراكية العربية ، وانه يجب توسيع فكرة المنفعة العامة بحيث تشمل كل ما يحققه نشاط الدولة وغيرها من الاشخاص الادارية بصرف النظر عن نوع المال موضوع النشاط، وذلك لان كل ما يحققه المال العام والخاص من خدمات او ما ينتجه من ثمار طبيعية او مدنية انما تنصرف فائدته الى المجتمع كله ».

وفي الفقه الفرنسي – اوبى في مؤلفه في القانون الإداري ص ٢٠٤ رقم ١٤٧ ، ص ٣٧٥ رقم ٢٧٤ ويذكر فيه ما يلي :

«Les produits financiers de domaine privé tombent dans les budgets publics et servent à alimenter les dépenses des services d'intérêt général. Si la qualité des service public est reconnue aux services fiscaux ou aux loteries publiques ne doit-elle pas être attribuée au plus fort raison à la gestion du domaine privé?»

وراجع ايضاً رسالة Huet - Guyârd بعنوان : «La distinction du domaine public et du domaine privé» Paris 1939 149

(٢) قرب دكتور علي البارودي – في سبيل نظام قانوني موحد ص ٣١٢ بند ١٣٦ ودكتور مصطفى الجمال– الملكية ص ٦١ وما بعدها. ويلاحظ ان هذه الآراء قد قال بها الكاتبان في معرض =

وهذا الرأي سليم الى حد كبير ويتميز بالدقة والاصالة الا انه لا يحل المشكلة نهائياً اذ يبقى التساؤل عما اذا كانت جميع الاموال التي تستخدم في المرافق العامة من الاموال العامة دون نظر لأهميتها أو ضرورتها ، ام ان اضفاء تلك الصفة ينبغي ان يكون مقصوراً على أنواع خاصة من أموال المرافق العامة تتميز بما لها من أهمية في تسيير نشاط المرفق .

لقد استند بعض الشراح الى اطلاق وعموم نص المادة ٨٧ مدني للقول بأن جميع الاموال التي تكون مخصصة بذاتها للمنفعة العامة سواء باستعمال الجمهور مباشرة لها أو باستعمال الجمهور لها عن طريق المرفق العام — تعتبر أموالاً عامة . وانه لا مجال للحد من نطاق المال العام وفقاً لما جرى عليه الفقه الفرنسي في هذا الصدد[1] — .

وهذا الرأي وإن كان يتفق وظاهر النص ، إلا أنه يوسع من دائرة المال العام إلى أبعد الحدود ، ويجعلها تمتد إلى جميع الأموال المستخدمة في شتى المرافق العامة وقد سبق أن أشرنا إلى ما يوجه إلى مثل هذا التوسع من نقد[2] .

وذهب رأي آخر الى القول بأن صفة المال العام لا تثبت لأموال الاشخاص المعنوية الا اذا توافر لها شرطان : الاول ان تكون هذه الاموال مخصصة تخصيصاً مباشراً لاداء خدمة عامة هي موضوع المرفق الذي يديره . والثاني ان تكون لهذا المال المخصص أهمية ذاتية تجعله لازماً لسير المرفق العام بحيث يتعطل هذا المرفق لو حرم من تلك الاموال[3] . وهذا الرأي بدوره يعيد

— البحث عن طبيعة اموال المشروعات العامة . وراجع ايضاً في هذا المعنى دكتور فتحي عبد الصبور — الشخصية المعنوية للمشروع العام ص ٦٨٧ بند ٥٥٥ .

(١) الدكتور الطماوي – المرجع السابق ص ١٦ .

(٢) راجع ما سبق ذكره ص ٢٤، ٢٥ .

(٣) الدكتور اكثم الخولي – دراسات في قانون النشاط الحديث للدولة ص ١٣٥ .

الى الاذهان أفكار كل من كوكيه وفالين حول عدم القابلية للاستبدال . وقد رأينا ما ترتب على هذه الفكرة من تعقيدات وما أفضت اليه من تحكم .

والذي نخلص اليه ان نص المادة ٨٧ من القانون المدني لم يحل مشكلة المعيار في القانون المصري ذلك أنه لو فسرنا فكرة التخصص للمنفعة العامة بالنظر الى الهدف أو الغاية من المال العام لصح القول بأن نص هذه المادة لا يصلح كمعيار لتمييز المال العام أو تعريف له بقدر ما يصلح كتعريف وبيان للغاية من أموال الدولة بصفة عامة . كما انه لو نظرنا الى فكرة التخصص للمنفعة العامة من زاوية الوظيفة التي يقوم بها المال في مجال الخدمة العامة لأسلمنا ذلك مرة أخرى للجدل الطويل الذي ثار في الفقه الفرنسي والذي عرضنا له تفصيلاً في الفصل السابق حول ما اذا كانت كل الاموال التي تعمل في مجال الخدمة العامة ايا ما كان دورها تعتبر من الاموال العامة — ام ان ذلك يقتصر على أنواع معينة من تلك الاموال .

وسوف نرى ان الامر في التشريع المصري لا يستحق في رأينا كل هذا العناء ، فالتمييز بين المال العام والمال الخاص ليس أمراً مقصوداً لذاته ، وانما هو مقدمة ضرورية لفكرة تالية هي خضوع المال العام لنظام قانوني متميز يستأثر به دون المال الخاص ، وحينما يتبين ان النظام القانوني للمال العام لم يعد حكراً عليه وانه امتد في أصوله الجوهرية واركانه الاساسية ليشمل المال الخاص ايضاً وأنه اخذ يتحول بذلك من نظام قانوني للمال العام الى نظام قانوني لاموال الدولة ، ففي تلك الحالة تصبح محاولات البحث عن معيار للتفرقة بين المال الخاص والمال العام من قبيل الترف الفقهي الذي وان أشبع غريزة البحث لدى هوائه فانه لا يحل من الناحيـــة العملية مشكلة حادة أو ملحة . وسوف نعرض في الباب التالي لتطور النظام القانوني للمال العام وامتداداته الجديدة .

الباب الثاني

تطور النظام القانوني للمال العام وامتداداته الجديدة

نعرض في هذا الباب لأهم القواعد التي تشكل النظام القانوني للمال العام لنبين الى أي حد لم تعد تلك القواعد مقصورة على المال العام وكيف انها امتدت لتشمل أموال الدولة جميعها دون تفرقة بين المال العام والمال الخاص .

اولاً : قاعدة عدم جواز التصرف في المال العام[1] :

أوضحنا في الباب السابق ان السبب الذي من أجله نص في أمر دي‌مولان على قاعدة عدم جواز التصرف في دومين التاج كان يتحصل في حماية أموال التاج من احتمالات تبديدها والعبث بها .

وعندما حاول الشراح بعث تلك القاعدة من جديد بعد ان ألغتها تشريعات الثورة الفرنسية كانت الغاية من ذلك مختلفة تماماً ، إذ لم تعد مجرد الخشية من تبديد المال العام ، وانما ضمان إستمرار المال العام في اداء دوره في خدمة الجمهور ، أو بعبارة أخرى لضمان استمرار تخصيصه للمنفعة العامة[2] .

---

(١) راجع في هذه القاعدة V. Jourdonne في رسالته بعنوان «L'**indisponibilité du domaine public**» Toulouse 1881

(٢) لم يعد مقبولا اسناد قاعدة عدم جواز التصرف في المال العام للطبيعة الخاصة للمال العام بعد ان ثبت فشل المعيار الذي يستند الى طبيعة المال للتمييز بين المال العام والمال الخاص على نحو ما ذكرنا في الباب الاول – راجع في ذلك اندريه دي لوبادير المرجع السابق ص ١٦١ بند ٣٠٤ واوبي – المرجع السابق ص ٢٩٧ بند ٢١٧ .

وقد كانت قاعدة عدم جواز التصرف في المال العام قاعدة فقهية بحتة ثم قننها المشرع في فرنسا ثم في مصر وليبيا ؛ إذ نصت عليها المادة ٥٢ من مرسوم دومين الدولة الصادر في فرنسا في ٢٨ من ديسمبر سنة ١٩٥٧ والمادة ٨٧ من القانونين المدني المصري والليبي .

وتعتبر قاعدة عدم جواز التصرف أهم قاعدة من قواعد النظام القانوني للمال العام لا زال يستأثر بها المال العام ، ولا يتسنى تطبيقها على المال الخاص لتعارضها مع ما يتطلبه من مرونة وما يتسم به من سرعة الحركة .

الا أنه مع ذلك ينبغي عدم المبالغة في أهمية تلك القاعدة من الناحية العملية . فمن المقرر فقهاً وقضاء أن هذه القاعدة ترتبط بتخصيص المال العام وتدور معه وجوداً وعدماً ، فإذا ما انقضى التخصيص لأي سبب من الاسباب انقضت معه القاعدة وأصبح المال العام قابلاً للتصرف فيه .

وتتمتع الادارة بسلطة تقديرية واسعة في انهاء التخصيص ؛ فهي تملك انهاءه في أي وقت بلا معقب على تصرفها طالما جاء خلواً من التعسف في استعمال السلطة .

وطالما كانت قاعدة عدم جواز التصرف مرتبطة بالتخصيص، وكان من حق الادارة انهاء التخصيص في أي وقت فان مؤدى ذلك أن الادارة تملك التصرف في المال العام في أي وقت بشرط شكلي هو أن يسبق التصرف انهاء التخصيص[1] . ويكون القيد الوحيد الذي يحد سلطة الادارة في كل ذلك هو عدم الانحراف بالسلطة .

ومما لا شك فيه أن سلطة الادارة في التصرف في المال الخاص مقيدة

---

(١) راجع في ذلك فالين – المطول ص ٤٨٩ ؛ « De Récy » المرجع السابق حيث يصف القاعدة بأنها مجرد قيد ارادي «Potestative» على سلطة الادارة في التصرف .

بدورها بعدم الانحراف في استعمال تلك السلطة ، وبذلك فلا مغالاة في القول بأن الادارة كما تملك التصرف في المال الخاص تملك أيضاً التصرف في المال العام بشرط انهاء تخصيصه ؛ وان القيد الذي يرد على حريتها في التصرف في الحالتين قيد واحد هو مراعاة المصلحة العامة .

ولقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي في بعض أحكامه الى عدم إشتراط وجود قرار سابق بانهاء التخصيص حتى يتسنى للادارة التصرف في المال العام ، وقرر ان انهاء التخصيص يمكن استخلاصه من مجرد اتجاه نية الادارة نحو التصرف في المال ودون حاجة للفصل بين عملية انهاء التخصيص وبين التصرف في المال[1] .

ومؤدى ذلك كله أن قاعدة عدم جواز التصرف أصبحت تحتمي وراء فكرة التخصيص وليس كما يقول الشراح بأن الحكمة من هذه القاعدة هي ضمان إستمرار التخصيص . والاصح أن يقال ان التخصيص هو ضمان إستمرار قاعدة عدم جواز التصرف .

وليس غريباً ازاء ذلك ان نجد فقيهاً كبيراً مثل كابيتان يرى ان قاعدة عدم جواز التصرف لا ترد على المال ذاته انما ترد على « التخصيص » ، فالمال العام يجوز التصرف فيه الا أنه يبقى مثقلاً بعد التصرف فيه بالتخصيص — ويشبّه التخصيص في تلك الحالة بحقوق الارتفاق فيظل يتبع المال تحت أي يد ينتقل إليها[2] .

---

(١) راجع حكم مجلس الدولة في ٥ مايو سنة ١٩٢٢ في قضية **Agier** — المجموعة ص ٣٠٢ ، ورسالة جانس سالفة الذكر ص٥٢ ومقال **Durand** في مجلة القانون العام سنة ١٩٥٦ ص٢٣٣ وقد عادت بعض احكام المجلس الحديثة الى تطلب قرار صريح بانهاء التخصيص حتى يتسنى التصرف في المال العام—راجع حكم المجلس في ٩ مايو ١٩٥٨ في قضية **Delort** منشور في **A.J. 1958** II 331 مع تقرير مفوض الدولة **Laurent** وحكمه في قضية **Consorts Pinse** بتاريخ ١٢ يونيه ١٩٦٣ المجموعة ص ٣٥٢ .

(٢) **R. Capitan, note au D.P. 1933 III 49.** وهذا الرأي هوالمعمول به في القانون =

وفي تقديرنا أن هذه القاعدة من أساسها قاعدة غير مستساغة ، فاذا سلمنا بأن القصد منها ضمان استمرار تخصيص المال العام فانها بذلك تعني انعدام الثقـــة في الادارة وحاجتها إلى تقرير نوع من الوصاية عليها ، وتقييد أهليتها في التصرف في المال العام لضمان بقاء هذا المال مؤدياً لوظيفته . وبعبارة أخرى فان المعنى الوحيد لهذه القاعدة أن الادارة لا تملك القدرة على وزن تصرفاتها وزناً سليماً وعلى تقدير عواقب تلك التصرفات . وأنه ما لم تقيد سلطتها في التصرف في المال العام فسوف يكون عرضة لقيامها بالتصرف فيه دون اعتبار للوظيفة التي يؤديها أو لمقتضيات المصلحة العامة . ولنا ان نتساءل هل يختلف هذا كثيراً عما قيل بشأن مخاوف شارل التاسع من حماقة من تدفع بهم الظروف الى اعتلاء العرش ممن لا يقدرون المسئولية ولا يدركون ما لدومين التاج من أهمية فيعيثون فيه فساداً ؟ . وهل أصبح هذا القول مقبولاً الآن مع التطور الشامل للنظم السياسية والإدارية ؟

ثانياً : قاعدة عدم جواز تملك المال العام بالتقادم :

ظلت هذه القاعدة حكراً على المال العام في التشريع المصري حتى سنة ١٩٥٧ فقد وردت ضمن القواعد التي جاءت بها المادة ٨٧ من القانون المدني ، التي أجملت النظام القانوني للأموال العامة . ولم يرد أي اشارة في القانون المذكور إلى سريان تلك القاعدة على الاموال الخاصة . إلى ان صدر القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ بتعديل المادة ٩٧٠ من القانون المدني وأصبح نصها بعد التعديل يقضي بما يلي « في جميع الاحوال لا تكتسب حقوق الارث بالتقادم ، إلاّ اذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة ، ولا يجوز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو الاشخاص الاعتبارية العامة ، وكذلك أموال

= الانجليزي ، اذ تسمح احكام هذا القانون بشراء الأفراد وحيازتهم للمال العام بشرط ضمان استمرار استعمال الجمهور له في اندريه دي لوبادير) المرجع السابق ص ١٦١ بند ٣٠٤ .

الاوقاف الخيرية ، أو كسب أي حق عيني عليها بالتقادم »[1] .

ثم صدر القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٥٩ وادخل تعديلاً آخر على تلك المادة بحيث أصبحت تقضي بما يلي «في جميع الاحوال لا تكتسب حقوق الارث بالتقادم إلا اذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة ، ولا يجوز تملك الاموال الخاصة المملوكة للدولة أو الاشخاص الاعتبادية العامة وكذلك أموال الاوقاف الخيرية أو كسب أي حق عيني عليها بالتقادم كما لا يجوز التعدي عليها وفي حالة حصول التعدي يكون للجهة صاحبة الشأن حق ازالته ادارياً بحسب ما تقتضي المصلحة لعام » .

وأخيراً صدر القانون ٥٥ لسنة ١٩٧٠الذي أجرى تعديلاً ثالثاً على المادة ٩٧٠ أصبحت بمقتضاه تنص على أنه «في جميع الاحوال تكتسب حقوق الارث بالتقادم اذا دامت مدة ثلاث وثلاثين سنة . ولا يجوز تملك الاموال الخاصة المملوكة للدولة أو للاشخاص الاعتبارية العامة ، وكذلك أمـــوال الوحدات الاقتصادية التابعة للمؤسسات العامة أو للهيئات العامة ، وشركات القطاع العام غير التابعة لأيهما ، والاوقاف الخيرية أو كسب أي حق عيني على هذه الأموال بالتقادم . ولا يجوز التعدي على الاموال المشار إليها بالفقرة السابقة ، وفي حالة حصول التعدي يكون للوزير المختص حق ازالته ادارياً »[2]

وقد ذهب بعض الشراح الى القول بأن الحماية التي تضمنتها المادة ٩٧٠ سالفة الذكر تقتصر على تملك العقارات بالتقادم ولكنها لا تمتد الى تملك المنقول

---

(١) كانت هذه المادة قبل تعديلها تقضي بما يلي : في جميع الأحوال لا تكسب الاموال الموقوفة ولا حقوق الارث بالتقادم، الا اذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة . وقد ورد في المذكرة الايضاحية للقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ ، ان المشرع اراد بهذا الحكم الجديد ان يحمي هذه الاموال حتى تكون في مأمن من تملكها بالتقادم ، لانه مهما احكمت الرقابة والاشراف عليها فان ذلك لن يمنع من تملكها بهذا الطريق .

(٢) اشارت المذكرة الايضاحية للقانون المذكور الى مبررات مد هذه الحماية الى اموال الوحدات =

أو اكتساب حق عيني عليه من طريق قاعدة « الحيازة في المنقول سند الحائز » التي تناولتها المادتان ٩٧٦ ، ٩٧٧ من القانون المدني (١) .

وفي تقديرنا أن هذا الرأي يتمسك بالتفسير الحرفي للنصوص ولا يتفق والحكمة التي أملت هذه القاعدة وهي تقرير حماية خاصة لأموال الدولة ، فهذه الحكمة متحققة سواء بالنسبة للمنقول أو العقار ، ولقد سبق لمحكمة النقض المصرية أن قضت بأعمال هذا التفسير بالنسبة للاموال العامة ، وقضت بأنه لا يجوز اكتساب ملكيتها استناداً إلى قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية رغم ان النص الخاص بالمال العام قد تكلم عن اكتساب الملكية بالتقادم كما هو الشأن بالنسبة لنص المادة ٩٧٠(٢) .

= الاقتصادية وهي تمكين هذه الوحدات من القيام بواسطة اموالها بدورها الخطير في بناء الهيكل الاقتصادي للدولة وفي تحقيق اهداف خطة التنمية بما يقتضي ضرورة كفالة قدر مناسب من الحماية لأموالها .

(١) من انصار هذا الرأي الدكتور مصطفى الجمال في مؤلفه عن نظام الملكية ١٩٦٥ ص ٦٥ والدكتور فتحي عبد الصبور في رسالته عن الشخصية المعنوية للمشروع العام – القاهرة سنة ١٩٧٣ ص ٦٩٥ ، وراجع خلافاً لذلك الدكتور علي البارودي في مؤلفه في سبيل نظام قانوني موحد للمشروع العام ص ٢٣٨ والدكتور احمد سلامة – الملكية الفردية سنة ١٩٧٠ هامش ص ٣١ .

(٢) الحكم الصادر في ١٦ ديسمبر ١٩٣٧ المحاماة – ١٨ رقم ٣٩٩ ص ٦٠٣ ، واستاذنا الدكتور السنهوري في الوسيط – ج ٨ مجلد ١ ص ١٥٣ رقم ٧٦ وقد اوضح انه كما لا يجوز تملك الشيء العام بالتقادم لا يجوز تملكه اذا كان منقولا بالحيازة ، وعلى هذا يجوز للشخص الاداري ان يسترد الشيء العام المنقول من تحت يد حائزة ولو كان هذا الحائز حسن النية واذا كان الشيء العام قد سرق او ضاع ثم اشتراه شخص حسن النية فان الشخص الاداري يستطيع ان يسترده منه ولا يلتزم برد الثمن اليه اذا كان المشتري قد اشترى المنقول المسروق او الضائع في سوق عامة او من تاجر يتعامل في مثل هذا المنقول . وراجع ايضاً الدكتور احمد سلامة المرجع السابق ص ١٧ .

ومن ناحية أخرى لم يقتصر المشرع على المساواة بين أموال الدولة العامة وأموالها الخاصة بالنسبة لقاعدة عدم جواز تملك تلك الاموال بالتقادم ، وانما أجاز بسط هذه الحماية الى أموال الجمعيات والمؤسسات الخاصة ذات النفع العام فقد نصت المادة ٦٤ من القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ بشأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة على انه « يحدد بقرار من رئيس الجمهورية ما تتمتع به الجمعية ذات الصفة العامة من اختصاصات السلطة العامة ، كعدم جواز الحجز على أموالها كلها أو بعضها . وكذلك عدم جواز تملك هذه الأموال بمضي المدة وجواز قيام الجهة الادارية المختصة بنزع الملكية للمنفعة العامة التي تقوم بها الجمعيـــة » .

هذا عن الوضع في التشريع المصري أما بالنسبة للتشريع الفرنسي فلا تزال قاعدة عدم جواز اكتساب المال بالتقادم مقصورة بنص المادة ٥٢ من مرسوم دومين الدولة على الاموال العامة ، ولا يمتد حكمها الى أموال الدومين الخـــاص إلاّ في حـــدود ضيقة جداً وبمقتضى قواعد خاصة تقضي بعدم جواز اكتساب ملكية أنواع معينة من أموال الدولة الخاصة بالتقادم [١] . ويرى الكثير من الشراح أن قاعدة عدم جواز اكتساب المال العام بالتقادم تعتبر أهم قاعدة تحكم المال العام وتضمن له الحماية فالمال العام ليس في حاجة لحمايته من تصرف الادارة فيه بقدر ما هو في حاجة إلى حماية من إعتداء الغير عليه [٢] .

وعلى أي حال فانه يمكن القول بأن قاعدة عدم جواز اكتساب المال

---

(١) راجع على سبيل المثال المادة ١٢ من قانون ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٣ في شأن المباني الاثرية .

(٢) راجع في ذلك ديمتون – المرجع السابق ص ٢٦ بند ٨١ والدكتور السنهوري – المرجع السابق ص ١٥٢ حيث يرى ان هذه القاعدة اهم بكثير من قاعدة عدم جواز التصرف اذ يصعب تصور ان الدولة او الشخص الاداري يعمد الى التصرف في المال العام الا اذا كان غير عالم بصفته .

بالتقادم لم تعد في التشريع المصري من القواعد المكونة للنظام القانوني للمال العام وانما أصبحت قاعدة عامة تحكم كل أموال الدولة وفروعها. ويأخذ التشريع الليبي بذات الحل المقرر في التشريع المصري فقد نصت المادة الثانية من المرسوم الصادر في ٢٨ من سبتمبر سنة ١٩٦٥ في شأن أملاك الدولة الخاصة على ما يلي « لا يجوز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو الاشخاص الاعتبارية العامة بالتقادم أو كسب أي حق عيني عليها كما لا يجوز التعدي عليهـــا ».

وقد تردد هذا الحكم أيضاً في المادة السادسة من قانون التسجيل العقاري الصادر في ٢٨ من سبتمبر سنة ١٩٦٥.

ثالثاً : عدم جواز الحجز على الاموال العامة :

يختلف وضع هذه القاعدة في التشريع الفرنسي عنه في التشريع المصري. ففي التشريع الفرنسي لا تشكل هذه القاعدة عنصراً من عناصر النظام القانوني الذي ينفرد به الدومين العام، اذ جاء حكمها في عدد من نصوص التشريعات القديمة التي تقرر نوعاً من الحصانة الخاصة للدولة وفروعها ضد إجراءات الحجز، دون تفرقة بين الأموال العامة والأموال الخاصة[1] ـــ [2].

---

(١) من أهم هذه النصوص نص المادة ١٢ من المرسوم الصادر في ٢٢ اغسطس ١٧٩١ بالنسبة للاموال المملوكة للدولة، وقرار ١٩ فنتوز للسنة الثانية عشرة للثورة بالنسبة للهيئات المحلية، والمادة ٥٥٥ من مرسوم ٣١ مايو سنة ١٨٦٢ بالنسبة للمؤسسات العامة. ولم يتضمن نص المادة ٥٢ من المرسوم الخاص بدومين الدولة والذي اورد قاعدتي عدم جواز التصرف في المال العام وعدم جواز تملكه بالتقادم ـــ لم يتضمن أي اشارة الى عدم جواز الحجز على المال العام.

(٢) لعل اصدق تعبير عن هذه الفكرة يجيء فيما كتبه كـــل من العميد هوريو وجاكينيون من أن العبرة في تحديد امكانية استعمال وسائل التنفيذ الجبري على اموال الدولة ليست بطبيعة المال الذي يجري التنفيذ عليه، وانما بشخص المدين وصفته وان عدم امكان استعمال وسائل التنفيذ على المال العام ليس مرده الى خضوع المال العام لقواعد متميزة عن المال الخاص ولكن لاعتبار=

لذلك فإن دراسة تلك القاعدة تأتي عادة عند شراح المرافعات في معرض الشروط الخاصة بأطراف التنفيذ[1] . ونادراً ما يعنى شراح نظرية الدومين العام بابراز ها عند ايضاح القواعد الخاصة بالدومين العام اكتفاء بالاشارة اليها وبيان انطباقها على المال العام والمال الخاص على حد سواء .

أما بالنسبة للتشريع المصري فقد ورد النص على تلك القاعدة ضمن القواعد القانونية الخاصة بالأموال العامة والتي أجملتها المادة ٨٧ من القانون المدني . لذلك يعنى شراح نظرية الاموال العامة بابراز تلك القاعدة في معرض شرح القواعد المنظمة للمال العام ، كما أن شراح المرافعات يعنون بدراستها ضمن الشروط الخاصة بمحل التنفيذ . وذلك استناداً الى ان هذه القاعدة قد تقررت كنتيجة منطقية للقاعدة التي تقضي بعدم جواز التصرف في المـــال العام . ومن أول الشروط المقررة بالنسبة لمحل التنفيذ — في التنفيذ بطريق الحجز والبيع — ان يكون من الاموال التي يجوز التصرف فيها ، وبذلك لا تصلح الاموال العامة ان تكون محلاً للتنفيذ بحسبانها لا تقبل التصرف فيها .

= آخر هو ان هذا المـــال يملكه شخص من اشخاص القانون العـــام وعلى حد تعبير جاكينون
«La qualité de personne publique prime tout autre considération».
L. Jacquignon: Le régime des biens des entreprises nationales Dalloz 1956 II 513 n° 435.
M. Hauriou note au S. 1960 III 49 sur T.C. 9 déc. 1899 Association Syndicale du canal de Cignac.

(١) راجع على سبيل المثال مؤلف Jean Vincent; P. Cuch بعنوان Voies d'exécution حيث وردت الاشارة الى هذه القاعدة تحت عنوان « حالات لا يجوز فيها التنفيذ ضد المدين — الحصانة من التنفيذ » الطبعة العاشرة سنة ١٩٧٠ رقم ٢١ مكرر ص ٣٠ وراجـــع ايضاً Glasson, Tissier et Morel في مؤلفهم Traité de procédure 3è éd. IV n° 1004 ومؤلف Garsonnet-César-Bru بعنوان Traité de procédure 3è éd. IV n° 49.

وإذا كان الوضع في التشريع المصري يصور قاعدة عدم جواز الحجز على المال العام على انها احدى القواعد التي يتميز بها المال العام ، الا ان الرأي الغالب في الفقه مستقر على أن هذه القاعدة تسري على أموال الدولة الخاصة ولا يستأثر بها المال العام . ويستند الفقه في ذلك إلى ذات الاسباب التي يقول بها الشراح في فرنسا لتبرير النصوص التشريعية التي تقرر حصانة الدولة وفروعها ضد اجراءات التنفيذ على أموالها بصفة عامة ، والتي تتحصل في أن المفروض في الدولة وفروعها الملاءمة وقيامها بسداد ديونها ، فضلاً عن أن اتخاذ اجراءات التنفيذ ضد الدولة لا يتفق والقواعد المقررة في الحسابات الحكومية ومن شأنه ارباك تلك الحسابات (١) .

على ان ثمة رأياً حديثاً في الفقه يتجه إلى القول بأن أموال الدولة الخاصة تخضع للتنفيذ الجبري استناداً إلى أن التنفيذ الفردي لا يفترض اعسار المدين بل مجرد عدم الوفاء ، فيسار المدين لا يحول دون امكان التنفيذ ضدة ؛ أما ما يقال عن الثقة بالدولة فان امتناعها عن الوفاء بديونها مظهر للاخلال بتلك الثقة يجب عليها أن تتحمل نتيجته وهي التنفيذ الجبري ، كما لا يجوز أن تكون قواعد الحسابات الحكومية سبباً للتضحية بحقوق الافراد قبل الدولة . وأخيراً فانه ما دام من المسلم ان الدولة وهيئاتها العامة تخضع للقضاء على قدم

---

(١) راجع في ذلك اجراءات التنفيذ للدكتور احمد ابو الوفا الطبعة الخامسة ص ٢٣٧، ٢٥٧ والتنفيذ للدكتور رمزي سيف – الطبعة الثامنة ص ١٣٥ . وطرق التنفيذ والتحفظ للدكتور عبد الحميد ابو هيف سنة ١٩٢٣ ص ١٧٦ بند ٢٨١ والتنفيذ للدكتور عبد الباسط جميعي ص ٣٥ ، وتنفيذ الاحكام والسندات الرسمية للدكتور محمد حامد فهمي – ص ١١٢ ؛ والوسيط للدكتور السنهوري جـ ٨ ص ١٦٧ حيث يوضح انه وان كان الاصل هو جواز التنفيذ على المال الخاص الا ان الذي يحدث عملا هو ان الدولة لا تمكن الافراد من الحجز على املاكها الخاصة ويمتنع قلم المحضرين عادة عن اجراء هذا الحجز . ذلك ان المفروض ان الدولة مليئة غير معسرة ولا مماطلة وانه متى تبين لها ان الحق في جانب الدائن اوفته طوعاً واختياراً لا قسراً واجباراً . وراجع الملكية الفردية للدكتور احمد سلامة سنة ١٩٧٠ ص ٢٨ .

المساواة مع الأفراد ، فانها يجب أن تخضع للتنفيذ باعتباره مرحلة ضرورية من مراحل الحماية القضائية للحق [١] .

وهذا الرأي مع سلامته إلى حد بعيد لم تكتب له الغلبة بعد فضلاً عن انه قد لا يجد مجالاً للتطبيق في العمل الذي يجري بصورة مطردة على عدم التنفيذ على أموال الدولة الخاصة حتى لقد ذهب البعض إلى أن ثمة قاعدة عرفية تقضي بعدم جواز التنفيذ على تلك الأموال [٢] .

هذا عن الوضع في مصر أما في التشريع الليبي فيمكن القول بأن القاعدة المقررة في هذا الصدد هي عدم جواز الحجز على أموال الدولة الخاصة — ذلك أنه إذا كان القانون المدني قد قصر قاعدة عدم جواز الحجز على الأموال العامة الا ان صياغة نص المادة السادسة من قانون التسجيل العقاري تكشف عن اتجاه المشرع إلى مد هذه الحماية إلى الاموال العقارية الخاصة . فقد نصت هذه المادة على ما يلي « تعتبر عقارات عامة غير قابلة للتصرف فيها العقارات المملوكة للدولة أو الاشخاص الاعتبارية العامة التي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم وما عدا ذلك من العقارات يعتبر من الاموال الخاصة للدولة أو الاشخاص المذكورة . وتعتبر من الأموال الخاصة للدولة أو الهيئات الاعتبارية العامة :

١ — شواطىء البحر وما ينجلي عنه البحر من الأراضي والشواطىء .

٢ — الأراضي الموات والسباخ والملاحات والغابات والجبال وكثبان الرمل المنحركة وبطون الأودية .

---

(١) الدكتور فتحي والي — التنفيذ الجبري سنة ١٩٧١ ص ١٥٥، ١٥٦ وقد تابعه في هذا الرأي كل من الدكتور وجدي راغب — النظرية العامة للتنفيذ القضائي سنة ١٩٧١ ص ٢٧٢ و الدكتورة امينة النمر احكام التنفيذ الجبري ص ٢٣٩ .

(٢) الدكتور جميعي — المرجع السابق ص ٣٥ .

وفي جميع الاحوال لا يجوز الحجز على العقارات المملوكة للدولة أو الاشخاص الاعتبارية العامة أو ادعاء تملكها بالتقادم » .

فهذه المادة قد تناولت بالبيان عقارات الدولة بنوعيها العامة والخاصة ثم أردفت هذا البيان بالنص في الفقرة الأخيرة منها على عدم جواز الحجز في جميع الاحوال على العقارات المملوكة للدولة ، أي سواء تلك المملوكة ملكية عامة أو ملكية خاصة ، فالحكم باطلاقه وعمومه وحسب ما هو واضح من نصه ينطبق على كلا النوعين [1] .

والقاعدة التي وردت بالنسبة للعقارات تكشف عن اتجاه المشرع في حماية الأموال الخاصة مما يرخص في القول بأن التشريع الليبي يسمح أكثر من التشريع المصري بتقبل وجه النظر القائلة بأن أموال الدولة بصفة عامة لاتقبل الحجز عليها ، سواء بالتطبيق للنص الصريح بالنسبة للعقار أو استناداً إلى الحجج التي قال بها الشراح في مصر بالنسبة للمال المنقول والتي تجد سنداً يدعم قبولها .

رابعاً : الحماية الخاصة للمال العام :

جرت عادة الشراح على القول بأن المال العام يتمتع بحماية جنائية خاصة تستهدف ضمـــان استمرار تخصيصه للمنفعة العـــامة ، وتحول دون الاعتداء عليه او العبث بـــه .

وتتخذ هذه الحماية الخاصة في التشريع الفرنسي مظهراً أساسياً فريداً يتمثل في تقرير حق بعض الجهات الادارية في اصدار نوع من لوائح الضبط يستهدف المحافظة على أنواع خاصة من الاموال العامة تشمل الطرق العامة الارضية والنهرية ومواني البحار ، وملحقات تلك الطرق والموانى .

وقد اصطلح على تسمية سلطة الادارة في اصدار تلك اللوائح «police de conservation »

---

(١) راجع مؤلفنا في القواعد العامة في التنفيذ الجبري سنة ١٩٧٣ ص ٢٢٠ وما بعدها .

وتتميز هذه السلطة من حيث أهدافها عن سلطة الضبط العام التي تمارسها الادارة والتي تتحصل في حماية النظام العام بمدلولاته الثلاث الشهيرة وهي الامن العام والصحة العامة والسكينة العامة . فسلطة الضبط التي تمارسها الادارة بالنسبة لأنواع خاصة من المال العام تستهدف حماية تلك الاموال والمحافظة عليها ، مما حدى بكثير من الشراح إلى الربط بين هذه السلطة وبين النظرية القائلة بملكية الادارة للأموال العامة ، واعتبار تلك السلطة أثراً من آثار فكرة الملكية ونتيجة طبيعية لها[١] .

وثمة مظهر آخر يميز تلك السلطة عن سلطة الضبط العادية يتعلق بالاختصاص القضائي . فقد جرى العمل على تسمية المخالفات التي ترتكب بالنسبة للأموال السابقة بمخالفات الطرق الكبرى « Contravention de grande Voirie »[٢] ، وكانت تلك المخالفات تدخل في اختصاص القضاء العادي ، إلى أن لمس رجال الثورة الفرنسية ما ترتب على اهمال القضاء العادي لهذه المخالفات من آثار خطيرة أضرت بتلك الاموال إلى حد بعيد ، لذلك صدر قانون ٢٨ بليفواز للسنة الثامنة للثورة ، ٢٩ فلوريال للسنة العاشرة بنقل هذا الاختصاص إلى مجالس الأقاليم التي تحولت فيما بعد إلى محاكم ادارية[١] .

---

(١) راجع في هذا الموضوع بصفة عامة وفي عرض ونقد النظريات التي قال بها الشراح لتأصيل سلطة الضبط هذه ، رسالة **Klein** سالفة الذكر ص ٦٤ وما بعدها ، ورسالة اندريه دي لوبادير ص ٢٤١ ، ويعد دي لوبادير اول من حاول تأصيل تلك السلطة وربطها بفكرة الملكية.

(٢) راجع في الدراسة التفصيلية لهذا الموضوع رسالة **Bonnard** بعنوان :
Les contraventions de grande voirie, Bordeaux. — ورسالة
J.J. Chevalier: «La compétence juridictionnelle en matière de contravention de voirie, Th Nancy 1925.
ويلاحظ انه بالمقابلة لمخالفات الطرق الكبرى تختص المحاكم العادية بما يسمى بمخالفات الطرق الصغرى « **Contravention de petite voirie**» ويخضع اختصاصها في هذا الشأن للقواعد العامة المقررة بالنسبة لمخالفات لوائح الضبط العادية . وقد اصبح المدلول القانوني =

ولعل أول التشريعات التي نظمت هذه المخالفات هو الامر الصادر في سنة ١٦٨١ الخاص بالبحرية ثم قرار المجلس الصادر في ٢٤ يونية سنة ١٧٧٧ الخاص بالدومين النهري ، والمرسوم الصادر في ١٠ ابريل سنة ١٨١٢ في شأن شواطىء البحار والقانون الصادر في ١٥ يولية ١٨٤٥ في شأن السكك الحديدية والمرسوم الصادر في ٢٧ من ديسمبر سنة ١٨٥١ وقانون ٢٨ يوليو سنة ١٨٨٥ في شأن خطوط البرق والتليفونات .

ولقد كانت الطرق العامة الارضية وشوارع مدينة باريس تخضع لهذا النظام بمقتضى المرسوم الصادر في ٢٦ مارس سنة ١٨٥٢ وظل هذا الوضع سائداً حتى سنة ١٩٢٦ حيث نص مرسوم ٢٨ ديسمبر من تلك السنة على اخراج الطرق الوطنية والاقليمية وشوارع مدينة باريس من نطاق تطبيق مخالفات الطرق الكبرى واخضاعها لنظام مخالفات الطرق الصغرى. ثم أعيد النص على ذلك في المرسوم الصادر في ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٥٨ .

ويعتبر اختصاص المحاكم الادارية التابعة لمجلس الدولة بنظر مخالفات الطرق الكبرى مظهراً لنوع من القضاء العقابي يختص به مجلس الدولة إلى جواز اختصاصاته العادية بقضاء الالغاء والقضاء الكامل وقضاء فحص المشروعية .

ويخضع تقديم هذه المخالفات للمحاكم الادارية لنظام خاص، كما تملك

= لاصطلاح « مخالفات الطرق الكبرى » ومخالفات الطرق الصغرى » يختلف الى حد كبير عن المدلول اللفظي لها . فمخالفات الطرق الكبرى امتدت لتشمل اموالا ليست من قبيل الطرق كالمنشآت العسكرية ، وخطوط التليفونات والبرق ، ومستودعات المواد الغذائية كما أخرج من عداد الطرق الكبرى المخالفات المتعلقة بالطرق الارضية حتى ما كان منها خاصاً بالطرق العامة الكبرى والشوارع الرئيسية وادخلت تلك المخالفات بمقتضى مرسوم ٢٨ ديسمبر ١٩٢٦ في عداد مخالفات الطرق الصغرى وخضعت بذلك لنطاقها القانوني راجع في ذلك دى لوبادير – المطول – ج ٢ ص ١٦٨ رقم ٣١٧ واوبى – القانون الاداري ص ٣٦٤ رقم ٢٦٥ وما بعده ورسالة Klein ص ١٠٤ وما بعدها .

المحاكم فضلاً عن توقيع الغرامة على مرتكب المخالفة إلزامه باعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل وقوعها واصلاح ما ترتب على المخالفة من اضرار بالمال العام [١] .

ولقد صور كثير من الفقهاء هذا النظام الفريد لمخالفات الطرق الكبرى على انه عنصر من عناصر القانونية المميزة للدومين العام[٢] . ولكن سرعان ما ظهر خطأ هذا الرأي لما هو ثابت من أن هذا النظام لا ينطبق إلاّ على بعض الاموال العامة ويخرج من نطاقه غالبية العناصر الهامة للمال العام كالمباني الحكومية والمقابر والمنشئات الدينية[٣] .

ولقد رأينا كيف أن غالبية الطرق الكبرى الارضية لم تعد تخضع لهذا النظام منذ سنة ١٩٢٦. كما أن هذا النظام لا يمتد الى الترسانات والقلاع والتحصينات البحرية ، ولا ينطبق بالنسبة لشواطىء البحر إلاّ على المنشئات والمباني [٤] .

---

(١) حكم مجلس الدولة في ٢١ فبراير ١٩٤٧ في قضية Ministre des communications المجموعة ص ٦٨ .

(٢) قرب برودان المرجع السابق الجزء الثالث ص ١٤٨ ، و Rigaud: «La théorie des droits réels administratifs,» Th. Toulouse 1914 112 وايضاً «Les contraventions de grande voirie» في رسالته بعنوان Guidicelli Paris 1957, P, 49.

(٣) راجع بالنسبة للمباني الحكومية حكم مجلس الدولة في ٩ من يناير ١٩٣٠ في قضية Voortsmann المجموعة ص ٢٢ ، وبالنسبة للمقابر حكم مجلس الدولة في ٦ فبراير سنة ١٩١٤ في قضية Dame Barbarin المجموعة ص١٤٧. وحكمه الصادر في ١٩ ابريل سنة١٩٠٧ في قضية Dame Suremain المجموعة ص ٣٤٥ وبالنسبة للمنشآت الدينية حكمه الصادر في قضية Abbé Prud'hommaux منشور في S 1923 III 3.

(٤) راجع في ذلك مطول De Récy في الدومين العام – الطبعة الثانية سنة ١٨٩٤ – ج ٢ ص ١٠٧ حيث يقول « Domaine public et grande voirie ne sont pas absolument synonymes » كما اشار هوريو الى ذلك بقوله « La police du domaine public ne forme pas un corps de règles pour toutes les dépendances du domaine public mais seulement pour la voirie» Précis de droit Adm. 7è. éd. 726.

ومن ناحية أخرى فان نظام مخالفات الطرق الكبرى سابق في نشأته لفكرة الدومين العـــام .

ولأجل هذا فان الرأي السائد في الفقه هو الذي ينتهي الى أن نظام مخالفات الطرق الكبرى هو نظام قانوني متميز وقائم بذاته وليس نظاماً خاصاً بالدومين العام يسهم في التفرقة بينه وبين الدومين الخاص (١) .

هذا عن التشريع الفرنسي أما بالنسبة للتشريع المصري فقد وردت النصوص التي تحرم الاعتداء على المال العام أو إتلافه في تشريعات متفرقة فمنها ما ورد في قانون العقوبات كما هو الشأن في المواد ٩٠ ، ١١٢ ، ١١٦ ، ١١٦ مكرراً وقد تم تعديل هذه المواد بالقانون ١٢٠ لسنة ١٩٦٢ . ومن بين التشريعات الاخرى التي تناولت جرائم الاعتداء على المال العام القانون رقم ٥٣ لسنة ١٩٤٩ بالنسبة للجرائم التي تقع على الطرق العامة « المواد من ١٣ إلى ١٦ » وقد تناولت هذه المواد بالتعديل بعض أحكام قانون العقوبات وكذلك المادتان ٧٢ ، ٧٣ من القانون رقم ٨٦ لسنة ١٩٥٣ في شأن الري والصرف ، والمواد من ١٣ إلى ١٦ من القانون رقم ١٤٠ لسنة ١٩٥٦ في في شأن أشغال الطرق العامة .

على أن تعديلاً جوهرياً أدخل على الحماية الجنائية للمال العام بمقتضى القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٢ في شأن حماية الأموال العامة . وأهم تعديل إستحدثه هذا القانون هو توسعه في تعريف المال العام توسعاً جعله لا يشمل فحسب

---

(١) لقد خص جانس هـذه الفكرة بقوله «La législation de la grande voirie et les dispositions équivalentes n'ont pas une uniformité suffisante pour conférer un caractère juridique commun aux choses auxquelles elle s'applique. Elles ne concernent pas d'autre part la totalité du domaine public, et *elles ne forment pas un élément de leur régime de fond*».

الرسالة السابقة الاشارة اليها ص ٧٦ رقم ٣٦ ؛ و « Klein » المرجع السابق ص ١٠٧ وما بعدها.

جميع الاموال المملوكة للدولة سواء كانت مخصصة للمنفعة العامة أو ليست مخصصة لها ، وانما يمتد ايضاً ليشمل أموالاً ليست مملوكة للدولة أوالاشخاص الاعتبارية العامة . فقد نصت المادة الثانية من هذا القانون على ما يلي :

يقصد بالأموال العامة في تطبيق أحكام هذا القانون ما يكون مملوكاً أو خاضعاً لادارة أو اشراف احدى الجهات الآتية :

ا — الدولة ووحدات الحكم المحلي .

ب — الهيئات العامة والمؤسسات العامة والوحدات الاقتصادية التابعة لها .

ج — الاتحاد الاشتراكي والمؤسسات التابعة له .

د — النقابات والاتحادات .

هـ — المؤسسات والجمعيات الخاصة ذات النفع العام .

و — الجمعيات التعاونية .

ز — أية جهة ينص القانون على اعتبار أموالها من الاموال العامة . وقد أورد هـذا القانون العديد من جرائم الاعتداء عـلى المـال العام ووضع لها عقوبات مشددة ، كجريمة الاحراق وعقوبتها الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة (م ٣) وتعطيل وسائل الانتاج وعقوبتها الحبس أو السجن (م ٤) والإهمال في صيانة المال العام أو إستخدامه وعقوبته الحبس والغرامة أو احداهما في زمن السلم والسجن في زمن الحرب (م ٥) واستخدام الموظفين للمال العام في غير ما أعد له وعقوبة الحبس والغرامة أو احداهما (م ٦) وجريمة سرقة المال وعقوبتها الحبس مع الشغل لمدة لا تزيد على خمس سنوات والسجن إذا وقعت السرقة في زمن الحرب على مال من الأموال المخصصة للمجهود الحربي أو أحد المرافق العامة (م ٨) .

وتضمنت المادة التاسعة من القانون المشار إليه النص على تشديد العقوبات المقررة في المواد ١١٢ ، ١١٣ ، ١١٦ ، ١١٦ مكرراً عقوبات بأن جعلتها الاشغال

الشاقة المؤبدة إذا وقعت الجرائم المنصوص عليها في تلك المواد في زمن الحرب وترتب عليها الاضرار بمركز البلاد الاقتصادي أو بمصلحة قومية .

والواقع انه باصدار هذا القانون تكون قد انهارت كلية في التشريع المصري أية فوارق بين المال العام وأموال الدولة الخاصة في مجال الحماية الجنائية . ولذلك فقد اتجه الرأي إلى القول بأن اصطلاح المال العام الذي يعنيه المشرع في هذا القانون هو اصطلاح جديد يقتصر مدلوله على الاغراض التي تبناها هذا القانون وهي عقاب من يعتدي على الأموال المنصوص عليها أو يعرضها للخطر أما المال العام في مجال القانون الاداري فله معنى محدد (١).

على ان الامر لم يقف عند مجرد المساواة بين المال العام ومال الدولة الخاص في شأن الحماية الجنائية . وانما شملت هذه المساواة ايضاً الحماية الادارية والتي تتمثل في اتخاذ وسائل التنفيذ المباشر لدفع ما يقع على المال من إعتداء وأعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل وقوعها (٢).

---

(١) الدكتور الطماوي ، المرجع السابق ص ١٧ .

(٢) اذا كان ثمة مجال في القانون الفرنسي للقول بوجود التزام على عاتق الادارة بصيانة المال العام وحفظه في حالة تسمح بأدائه للغرض الذي خصص من اجله ، فان الجزاء على مخالفة هذا الالتزام لا يزال جزاء مدنياً يتمثل في اقرار مسئولية الادارة عن الاضرار التي تلحق الغير نتيجة الاهمال في صيانة المال العام وحفظه ، ويظهر ذلك بصفة خاصة بالنسبة للمسئولية عن الاشغال العامة التي ترتبط بالمال العام (راجع حكم مجلس الدولة في ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٥٢ في قضية **département de la Corrèze** المجموعة ص ٦٠٥ وحكم محكمة النقض المدنية في ١٢ يناير سنة ١٩٤٩ منشور في **A.J. 1949 II 376** وحكم مجلس الدولة في ٢٣ يناير سنة ١٩٥٩ في قضية **Commune d'Huez** المجموعة ص ٦٧ . وحكمه في ٢١ نوفمبر سنة ١٩٥٢ في قضية **Ministre des travaux Publics** المجموعة ص ٥٢٨) . كما تقوم تلك المسئولية ايضاً بالنسبة للمال العام المخصص للمرفق العامة . وتقع المسئولية في جميع الأحوال على عاتق الجهة صاحبة المال العام — راجع حكم مجلس الدولة في ٤ ابريل سنة ١٩٦٢ في قضية **Ministre des travaux publics contre Sté Chais d'Armagnac, A, J, 1962 conclusion Braibant.**

فلقد كان من المقرر أنه اذا كان للادارة حق استعمال وسائل التنفيذ المباشر بالنسبة لأموالها ، فان مجال استعمال هذه السلطة الاستثنائية مقصور على المال العام وحده ، أما بالنسبة لمال الدولة الخاص فانه لا يجوز للادارة أن تقوم بازالة هذا الاعتداء بنفسها عن طريق التنفيذ المباشر ، وانما يتعين عليها ان تلجأ إلى القضاء لدفع هذا الاعتداء وازالة آثاره . وذلك الى أن صدر القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٥٩ الذي عدل حكم المادة ٩٧٠ من القانون المدني بحيث أصبحت تنص على عدم جواز التعدي على الأموال الخاصة المملوكة لدولة أو الاشخاص الاعتبارية العامة ، وفي حالة حصول التعدي يكون للجهة صاحبة الشأن حق ازالته اداريأ بحسب ما تقتضيه المصلحة العامة وقد امتدت هذه الحماية الى أموال الوحدات الاقتصادية التابعة لأيهما وذلك بمقتضى القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٧٠ الذي أعاد تعديل نص المادة ٩٧٠ من القانون المدني بحيث شملت النص على هذه الاموال أيضاً[١] .

وبمقتضى هذه التعديلات أصبح من حق الادارة ان تلجأ إلى الطرق الادارية لدفع أي إعتداء يقع على أموالها العامة أو الخاصة على حد سواء . فإذا حاز شخص عيناً وادعت الدولة ان هذه العين من أملاكها كان لها دون أن تضطر إلى الالتجاء الى القضاء أن تنتزع هذه العين من تحت يد حائزها ولمن انتزعت منه أن يلجأ بعد ذلك إلى القضاء ان رأى وجهاً لذلك[٢] .

---

(١) سبق لنا ايراد نصوص هذه التعديلات عند عرضنا لقاعدة عدم جواز تملك المال العام بالتقادم .
(٢) الدكتور السنهوري - الوسيط جـ ٨ مجلد ١ ص ١٦٩ .

الباب الثالث

نظرية المال العام والمشروع العام

شهدت الاوضاع الاقتصادية في مصر تغييراً جذرياً منذ عام ١٩٦١ ، ففي شهر يوليو من تلك السنة صدرت ثلاثة قوانين عامة هي القانون رقم ١١٧ الذي نص في المادة الاولى منه على تأميم جميع البنوك وشركات التأمين وكذلك الشركات والمنشآت المبينة في الجدول المرفق بهذا القانون ، وجاء في المذكرة الايضاحية لهذا القانون ان السير بخطة التنمية الاقتصادية نحو الاهداف الموضوعة لها تطلب ان يوجد قطاع عام يوجد جهوده الى جواز القطاع الخاص لابلاغها الغايات المقصودة منها .

كما صدر القانون رقم ١١٨ الذي قضى بمساهمة الدولة في بعض الشركات والمنشئات والقانون رقم ١١٩ الذي وضع حداً أقصى لحق الشخص الطبيعي أو المعنوي في رأس المال المستثمر في الشركات بما لا يزيد عن عشرة آلاف جنيه .

ومنذ ذلك التاريخ ونطاق التأميم يتسع حتى لقد أوشك القطاع العام ان يسيطر على أهم أوجه النشاط الاقتصادي في مصر (١) .

---

(١) من اهم قوانين التأميم التي صدرت بعد ذلك القانون رقم ٧٢ لسنة ١٩٦٣ والقانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٦٣ والقانون رقم ١٣٧٠١٢٠ لسنة ١٩٦٤ .

وعندما صدر الدستور المؤقت سنة ١٩٦٤ نصت المادة ١٣ منه على ما يلي: الملكية تكون على الاشكال الآتية :

أ ــ ملكية الدولة أي ملكية الشعب وذلك بخلق قطاع عام قوي وقادر يقود التقدم في جميع المجالات ويتحمل المسئولية الرئيسية في خطة التنمية .

ب ــ ملكية تعاونية أي ملكية كل المشتركين في الجمعية التعاونية .

ج ــ ملكية خاصة : قطاع خاص يشترك في التنمية وفي اطار الخطة الشاملة لها في غير استغلال .

وقد ردد دستور سنة ١٩٧١ هذه الاحكام في المواد ٢٩ وما بعدها منه مع اختلاف في الصياغة إذ نصت المادة ٢٩ منه على ان تخضع الملكية لرقابة الشعب وتحميها الدولة وهي على ثلاثة أنواع الملكية العامة والملكية التعاونية والملكية الخاصة . وعرفت المادة ٣٠ الملكية العامة بأنها ملكية الشعب وذلك بالدعم المستمر للقطاع العام ويقود القطاع العام التقدم في جميع المجالات ويتحمل المسئولية الرئيسية في خطة التنمية . ونصت المادة ٣١ على ان الملكية التعاونية هي ملكية الجمعيات التعاونية ويكفل القانون رعايتها ويضمن لها الادارة الذاتية. كما نصت المادة ٣٢ على ان الملكية الخاصة تتمثل في رأس المال غير المستغل وينظم القانون اداء وظيفتها الاجتماعية في خدمة الاقتصاد القومي وفي اطار خطة التنمية دون انحراف او استغلال ولا يجوز ان تتعارض في طريق استخدامها مع الخير العام للشعب .

ولقد ثار الجدل حول المفاهيم الجديدة التي تضمنتها هذه النصوص للملكية العامة وما إذا كان مؤداها الغاء التفرقة التقليدية بين الاموال العامة والاموال الخاصة التي جاءت في أحكام القانون المدني ام ان المشرع الدستوري لم يتجه قصده إلى إلغاء تلك التفرقة ؟.

ومن ناحية أخرى فقد ترتب على التوسع في نشاط المشروعات العامة سواء عن طريق التأميم أو عن طريق قيام الدولة بانشاء تلك المشروعات ابتداء في شكل مؤسسات أو شركات عامة — ترتب على ذلك اثارة البحث حول تكييف أموال تلك المشروعات وهل تعتبر أموالاً عامة أو أموالاً خاصة ؟.

أما عن موقف النصوص الدستورية الجديدة من نظرية المال العام فقد ذهب بعض الشراح إلى القول بأن الواضح من هذه النصوص انه لم يعد للدولة سوى ملكية عامة قاصرة عليها . ولا مجال ازاء هذه النصوص الصريحة للحديث عن المال العام والمال الخاص ، وان الدستور باعتباره أسمى القوانين وأعلاها مرتبة أولى بالاتباع من القانون المدني الذي آن الاوان لكي تطور أحكامه وقواعده الخاصة بالملكية العامة بما يتفق والنصوص الدستورية المستحدثة(١) .

الا ان الرأي الغالب في الفقه يرى انه ليس ثمة تعارض بين الاحكام المقررة في القانون المدني وتلك التي أوردتها النصوص الدستورية المستحدثة ، فأحكام القانون المدني تتناول تعريف الاموال العامة بمعناها التقليدي ، أما النصوص الدستورية فتتحدث عن الملكية العامة بمفهومها الاشتراكي أي ملكية الشعب . وتشمل تلك الملكية فضلاً عن الاموال العامة بالمعنى التقليدي الوارد في القانون المدني ملكية أدوات ووسائل الانتاج وفي مقدمتها المشروعات الصناعية والتجارية . مما يمكن معه القول بأن تعبير الملكية العامة في الدستور أصبح مرادفاً لتعبير الملكية الجماعية(٢) .

---

(١) الدكتور السيد خليل هيكل في رسالته سالفة الذكر ص ٣٦ وما بعدها والدكتور محمد فؤاد مهنا — القانون الإداري العربي ص ٦٥٩ وبحث الاستاذ صلاح الدين حافظ عطية المقدم الى لجنة وضع الدستور الدائم بعنوان الملكية في التطبيق العربي للاشتراكية ص ٤٢ .

(٢) الدكتور فتحي عبد الصبور — المرجع السابق ص ٢٤٣ وما بعدها والدكتور نزيه المهدي الملكية=

أما بالنسبة لتكييف أموال المشروعات العامة ، فواضح ان أصحاب الرأي الاول يعتبرونها من الاموال العامة في ظل المفاهيم الجديدة للأموال العامة التي جاءت بها النصوص الدستورية[١] .

وباستثناء هذا الرأي الذي لم يلق تأييداً كبيراً في الفقه تتجه غالبية الآراء إلى القول بأن أموال المشروعات العامة من الاموال الخاصة وإن كان الامـــر الامر يقتضي وضع قواعد ملائمة لتلك الاموال تكفل حمايتها وضمان تحقيقها للاغراض المرجوة منها .

وذهب رأي آخر إلى القول بأن أموال المشروعات العامة شأنها شأن أموال الدولة منها ما ينطبق عليه وصف المال العام ومنها ما يعتبر أموالاً خاصة . ونعرض فيما يلي لتفاصيل هذه الآراء :

اولاً : اموال المشروعات العامة اموال خاصة :

نود أن نشير بادىء ذي بدء إلى ان المشروعات العامة تتخذ أشكالاً متعددة لعل أهمها في التشريع المصري هي المؤسسات العامة وشركات القطاع العام ، وقد يبدو غريباً ان المؤسسات العامة تعتبر جميعها من قبيل المشروعات العامة ، الا ان الواقع انه منذ صدور القانون رقم ٦٣٠ لسنة ١٩٦٣ في شأن المؤسسات العامة والمشرع المصري يميز بين المؤسسة العامة والهيئة العامة[٢] .

= في النظام الاشتراكي ص ٣٩٠ – والدكتور احمد سلامة – المرجع السابق ص ٣٤ – ويستبعد الدكتور سلامة ان يكون الدستور قد قصد الى ادماج الدومين الخاص في الدومين العام ، ويقرر انه من المؤكد ان الملكية الخاصة للدولة لا تزال قائمة وليس ادل على ذلك من صدور القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ المنظم للاملاك الخاصة للدولة .

(١) الدكتور السيد خليل هيكل – المرجع السابق ص ٦٦ وما بعدها . والدكتور فؤاد مهنا – المرجع السابق ص ٦٣٩ – ٦٤٢ .

(٢) صدر القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٦٣ بشأن الهيئات العامة ولا يزال هذا القانون معمولا به حتى =

وقد أوضحت المذكرة الايضاحية للقانون المذكور هذه التفرقة بقولها ان المؤسسات العامة في الغالب مرافق عامة اقتصادية أو زراعية أو صناعية أو مالية مما يدخل أصلاً في النشاط الخاص وترى الدولة ان تتولاه بنفسها عن طريق المؤسسات العامة في حين أن الهيئات العامة في الاغلب الاعم مصالح عامة حكومية منحها المشرع الشخصية الاعتبارية .

فالمؤسسة العامة تمارس نشاطاً تجارياً او صناعياً او زراعياً او مالياً .

أما الهيئة العامة فتقوم أصلاً بخدمة عامة ، وليس لنشاطها أي طابع إقتصـــادي .

وقد عرف القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٧١ في شأن المؤسسات العامة وشركات القطاع العام المؤسسة العامة بأنها « وحدة إقتصادية قابضة ــ تقوم في مجال نشاطها بالمشاركة في تنمية الاقتصاد القومي الاشتراكي ومعاونة الوزير في تحقيق أهداف خطة التنمية [1] .

وتقضي المادة ٢٥ من القانون المذكور بأن « تعتبر أموال المؤسسة من الأموال المملوكة للدولة ملكية خاصة ما لم ينص على خلاف ذلك في القرار

= الآن بينما الغى القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٦٣ واستبدل به القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٦ ثم الغى هذا القانون بدوره واستبدل به القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٧١ في شأن المؤسسات العامة وشركات القطاع العام .

(١) كانت المذكرة الايضاحية للقانون رقم ٦ لسنة ١٩٦٣ تعرف المؤسسة العامة بأنها شخص من اشخاص القانون العام تمارس نشاطها صناعياً او تجارياً او زراعياً او مالياً او تعاونياً ولها ميزانية مستقلة على نمط الميزانيات التجارية كما كانت تعرف الهيئة العامة بأنها شخص اداري عام يدير مرفقاً يقوم على مصلحة او خدمة عامة ، ويكون لها الشخصية الاعتبارية ولها ميزانية خاصة بها تعد على نمط ميزانية الدولة وتلحق بميزانية الجهة الادارية التابعة لها » .

الصادر بإنشائها[١] .

ونحن لن نتعرض للخلاف الذي ثار في الفقه حول ما قضت به تلك المادة من تملك الدولة لأموال المؤسسات العامة ، ذلك اننا نؤمن بصحة ما ذكره الدكتور احمد سلامة من ان هذا الامر ليس خطيراً بالدرجة التي يبدو بها لأول وهلة أو بالصورة التي أظهرها به الشراح . اذ المهم ليس هو شخص المالك وانما المهم هو شكل الملكية هل هي عامة أو خاصة[٢]. ويمكن القول ان فريقاً كبيراً من الشراح يرون ان أموال المشروعات العامة تعتبر أموالاً خاصة ، ويبدو ذلك واضحاً بالنسبة للمؤسسات العامة من صريح نص المادة ٢٥ سالفة الذكر التي تقتضي بأن أموال المؤسسات العامة تعتبر من أموال الدولة الخاصة. فالمشرع حريص على اخضاع أموال المؤسسة للقانون الخاص ليضمن

---

(١) هذه المادة ترديد حرفي للمادة ٢٧ من القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٦ الملغى . ويلاحظ ان لجنة تعديل القانون المدني الفرنسي قد اقرت نصاً يقضي بان اموال المؤسسات العامة القائمة على المرافق الصناعية والتجاريةلا تعتبر اموالا عامة الا اذا نص القانون على ذلك .

«Les biens des collectivités administratives et des établissements publics affectés à un service public à caractère industriel ou commercial ne font pas sauf disposition contraire de la loi, partie du domaine public.»

(٢) ومن الغريب ان نجد من الشراح من يستغرق في بحث مشكلة من هو المالك ولا يتعرض لتحديد نوع الملكية (النظام القانوني للمشروع العام للدكتورة اميرة صدقي ص ٤٨٨ وما بعدها) ومن الشراح من يعتبر مشكلة تحديد طبيعة المال ونوعه ترتبط في شق منها بتحديد شخص المالك (د. سعد العلوش – نظرية المؤسسة العامة ص ١٥٢) . وفي تقديرنا أنه ليس هناك اي ارتباط بين تحديد شخص المالك وبين طبيعة المال بالنسبة للمؤسسات العامة فليس ثمة تلازم بين القول بملكية المؤسسة او الدولة لاموال المؤسسة وبينوصف تلك الاموال بأنها اموال عامة او اموال خاصة طالما ان المؤسسة من اشخاص القانون العام شأنها شأن الدولة ، وانما يظهر اثر هذا الارتباط بالنسبة لاموال المشروعات العامة التي تتخذ شكل شركات المساهمة ؛ والتي لا تعتبر وفقاً للرأي الغالب في الفقه من اشخاص القانون العام .

لها المرونة وسهولة الحركة[١].

أما بالنسبة للمشروعات العامة التي تتخذ شكل شركات المساهمة فان اعتبار أموالها من الاموال الخاصة انما يرجع الى ان هذه الشركات هي أصلاً من أشخاص القانون الخاص، وليست لها صفة الشخص العام ، مما لا محل له معه للبحث في مدى انطباق التقسيمات الخاصة بأموال الدولة عليها[٢].

ويتجه بعض الشراح إلى محاولة تأصيل استبعاد تطبيق قواعد الدومين العام على أموال المشروعات العامة تأصيلاً منطقياً بعيداً عما تتضمنه النصوص . فمن الملاحظ أن ثمـــة اختلافاً جوهرياً بين الوظيفة التي يؤديها المال العام وتلك التي تؤديها المشروعات العامة ، فالمال العام يقوم بأداء الخدمة العامة بذاته وبطريق مباشر دون حركة أو انتقال اما أموال المشروعات العامة

---

(١) الدكتور الطماوي مبادىء القانون الإداري ج ٢ ص ٩٤ . والدكتور السنهوري الملكية – المرجع ص ١٦٠ بند ٨١ . ويشير الاستاذ السنهوري الى ان وجود قوانين وقرارات منشئة لبعض المؤسسات نصت صراحة على اعتبار اموالها اموالا خاصة مثل المادة ١٢ من نظام هيئة قناة السويس والمادة ٣٨ من نظام البنك المركزي المصري والمادة ١٣ من نظام البنك الاهلي المصري والمادة ٨ من قانون مؤسسة بنك مصر .

(٢) الدكتور احمد سلامة – المرجع السابق ص ٢٢ والدكتور السنهوري – المرجع السابق ذات الموضع والدكتور اكثم الحولي دراسات في النشاط الحديث للدولة بند ٥٩ وهو يضيف الى انه لا يغير من طبيعة اموال تلك الشركات انها تقوم احياناً بمرافق عامة بمعناها الموضوعي بان تقوم على اشباع حاجة عامة او تستهدف خدمة عامة . ويتفق الدكتور فتحي عبد الصبور مع اصحاب هذا الرأي في النتيجة التي ينتهي اليها وهي اعتبار اموال الشركات العامة اموالا خاصة الا انه يختلف معهم في تأصيل هذا الرأي ، اذ هو يرى ان الشركات العامة من اشخاص القانون العام وان المرد في اعتبار اموالها رغم ذلك اموالا خاصة هو اختلاف الوظيفة التي تقوم بها تلك الشركات عن التخصيص للمنفعة العامة اذ انها تقوم على تحقيق اهداف اقتصادية وفقاً للخطة الاقتصادية للدولة وتعمل وفقاً للادارة التجارية التي تتطلب المرونة والحركة وتخضع لقواعد القانون الخاص في تعاملها مع الغير ، المرجع السابق ص ٦٨٩ بند ٥٥٦ ، ص ٣٥٧ بند ٢٨٧ .

فوظيفتها تتطلب أن تدور في عجلة الكائن الاقتصادي المتحرك الحي وهو المشروع العام . ومن ناحية أخرى فان التخصيص في نظرية الدومين العام ينصب على مال معين يمكن استخدام المعيار العام لتحديده وبيانه ، أما التخصيص بالنسبة للمشروعات العامة فيشمل الذمة بأسرها داخل اطار الشخصية المعنوية .

واذا كانت قواعد الدومين العام لا تصلح في نظر هؤلاء الشراح — لان تطبق على أموال المشروعات العامة الا أنهم يرون ان الحاجة ماسة لوضع نظام قانوني يحكم أموال المشروعات العامة ويحقق لها من الحماية ما يكفل اداء دورها في تنفيذ الخطة الاقتصادية ، ولا بد أن يجيء هذا النظام نتيجة جهود مشتركة من الفقهاء في كل فروع القانون [1] .

ثانياً : اموال المشروعات العامة اموال عامة وخاصة :

لعل أول من حاول إجراء تقسيم داخلي لأموال المشروعات العامة هو الكاتب الفرنسي لويس جاكينون ، ففي رسالة مقدمة إلى جامعة جرينوبل بعنوان « نظام أموال المشروعات العامة »[2] أوضح جاكينون ضرورة البحث عن نظام قانوني جديد يحكم ذلك القطاع الهائل من الاموال الذي أصبحت تسيطر عليه الدولة ، ويضمن تحقيق الغاية منها في خدمة المنفعة العامة .

ويرى جاكينون ان أموال المشروعات العامة تنقسم إلى ثلاثة أنواع : أموال عامة وأموال خاصة ، وأموال الدومين القومي . ولا يختلف مدلول

---

(١) الدكتور علي البارودي — المرجع السابق بند ١٣٦ ، ٢١ ، ١٤٢ والدكتور مصطفى الجمال المرجع السابق بند ٣٠ ، ٣١ .

(٢) الرسالة من جزئين وهي بعنوان : «Le régime des biens des entreprises nationales : Contribution au droit des nationalisations», Paris, Dalloz 1956.

الأموال العامة والأموال الخاصة في مجال المشروع العام عن مدلولهما بالنسبة لأموال الدولة بصفة عامة ؛ ولعل الجديد الذي أتى به جاكينون هو فكرة الدومين القومي التي أقامها على ما أسماه بالمنفعة الاساسية — فأموال الدومين القومي هي تلك التي تكون ضرورية ولازمة للنشاط الرئيسي للمشروع ويرى جاكينون ان الوسيلة الاساسية لتحديد ما يعتبر من أموال المشروع داخلاً في الدومين العام أو الدومين القومي هي الاداة الرسمية — ولا تخرج أفكار جاكينون في هذا الصدد عما ذكره كل من « جانس » و« كلن » من اعتمادهما على قرار التخصيص في تمييز المال العام .

ويتحدث جاكينون منذ البداية عن ضرورة استحداث قانون جديد يحكم المشروع العام يتم اعداده في ضوء الوظيفة الاقتصادية التي يحققها المشروع .

ومن الذين نادوا بامكان تقسيم أموال المشروع العام — وبصفة خاصة المؤسسات العامة — إلى دومين عام ودومين خاص الدكتور أحمد سلامة اذ يقرر انه سواء نص القرار المنشىء للمؤسسة على ان أموالها مملوكة للدولة ملكية عامة أو سكت فاعتبرت مملوكة للدولة ملكية خاصة تطبيقاً لنص المادة ٢٥ من قانون المؤسسات العامة فان الامر لن يتغير كثيراً ، ذلك أن معيار المال العام يرجع إلى تخصيص هذا المال لمنفعة عامة لا إلى الارادة المتحكمة للمشرع . فمعياره اذن معيار موضوعي لا شكلي . ومن ثم يجب أن يفرق بين طائفتين من أموال المؤسسة طائفة تستوفي شروط المال العام ، وثانية لا تستوفيها فتعتبر ملكاً خاصاً للدولة[1] .

كما يرى الدكتور فتحي عبد الصبور ان أموال المؤسسة العامة التي تخصص بمقتضى قرار صريح أو بالفعل للمنفعة العامة تعتبر أموالاً عامة ، وما عدا

---

(١) الملكية الفردية ص ٢٢ .

ذلك من الاموال تعتبر أموالاً خاصة ، وليس ثمة مانع من أن يكون لأموال المؤسسة العامة نظامان قانونيان مع وحدة المالك – ذلك لأن الهدف من إعتبار بعض الاموال من الأموال العامة إذا كانت مخصصة للمنفعة العامة ولازمة لتسيير المرفق الذي يقوم عليه المشروع في بعض الاحوال هو حماية هذه الأموال تحقيقاً للصالح العام . كما ان الهدف من استبعاد هذه الاموال من نطاق الدومين العام، هو مراعاة وظيفة هذه الاموال في المجال الاقتصادي، مما يسمح بالتصرف فيها أو توقيع الحجز عليها لصالح الدائن لهذه المشروعات التي تعمل في الحقل الاقتصادي وفي الميدان التجاري[1] .

ثالثاً : رأينا الخاص في الموضوع :

كما سبق أن ذكرنا فان المسألة في تقديرنا لم تعد مستحقة كل هذا الجد والعناء بعد ان أخذ النظام القانوني للمال العام يمتد ليشمل أموال المشروعات العامة سواء في ذلك المؤسسات أو الشركات العامة – ولقد نص على ذلك صراحة – بالنسبة لعدم جواز اكتساب الملكية بالتقادم – القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٥٩ الذي عدل حكم المادة ٩٧٠ من القانون المدني المصري، وكذلك الشأن فقد امتدت الحماية الجنائية والادارية الى أموال المؤسسات العامة والشركات العامة بل والجمعيات التعاونية بمقتضى أحكام القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٢ .

وبقيت من النظام القانوني للمال العام قاعدتان – الأولى هي قاعدة عدم جواز التصرف في المال العام والثانية هي قاعدة عدم جواز الحجز على المال العـــام .

أما عن قاعدة جواز التصرف في المال العام فلقد سبق ان رأينا انها لا

---

(١) المرجع السابق ص ٦٩١ ، ٦٩٢ .

تمثل أكثر من قيد وهمي على سلطة الادارة في التصرف في المال العام ، وانها لم تعد تشكل عنصراً فعالاً من عناصر النظام القانوني للمال العام ، يضمن ويحقق الحماية لهذا النوع من الاموال مما يبرر عدم التخوف من حرمان أموال المشروع العام من تلك الحماية لو قلنا انها ليست من قبيل الاموال العامة .

ويحضرنا في هذا الصدد تساؤل الأستاذ الدكتور علي البارودي في مؤلفه القيم سالف الاشارة عما سوف يحدث إذا ما صدر بيان مضمونه ان جميع أموال المشروعات العامة من الاموال الخاصة وانها قابلة للتصرف فيها وهل يتولانا الرعب من اقدام مديري المشروعات العامة على بيع أموالها الاساسية في اليوم التالي للاعلان (١) ؟ .

وفي رأينا أن المشكلة بالنسبة للمشروعات العامة ليست مشكلة تحديد أموال لا تقبل التصرف فيها إلا بعد انهاء تخصيصها وأموال حرة تقبل التصرف دون قيد ، وانما المشكلة الاساسية هي حسن اختيار الادارة ، على نحو يغطي ذلك العيب الجوهري الذي يلحق ادارة المشروعات العامة وهو تخلف الحافز الفردي الذي يسيطر على ادارة المشروعات الخاصة . ويضمن لها النجاح والازدهار اما مضاعفة القيود ، واضافة المزيد من الاجراءات والتعقيدات فليس من مصلحة المشروع العـــام في شيء .

ان تحديد الاموال التي يمكن لمدير المشروع ان يتصرف فيها دون اذن وبلا قيد أو شرط الا إعتبارات المصلحة الاساسية للمشروع ، وما لا يجوز له ان يتصرف فيه الا بعد استئذان جهات معينة قد تكون مجلس ادارة الشركة أو رئاسة المؤسسة التابعة لها أو مجلس ادارتها أو حتى قرار من رئيس الوزراء ، كل ذلك يمكن أن يتم بتعليمات أو أوامر داخلية تقبل التغيير والتبديل طبقاً

---

(١) المرجع السابق ص ٣٢٨ .

لحاجة المشروع وما يتطلبه من مرونـــة ، دون ضرورة لوضع قوالب صماء ، يحدد بناءً عليها وبصورة تحكمية ما يعتبر من أموال المشروع من قبيل الأموال العامة ولا يعتبر كذلك .

ولعل تلك الخصوصية تكشف عن عقم المحاولات التي ترمي الى إلباس الجديد ثوب القديم ، ومحاولة تطبيق مفاهيم أو نظم صيغت في ظروف تاريخية معينة ، ولتحقيق أهداف خاصة على أوضاع مستحدثةمن كل الاوجه ، لا تتقبل تلك النظم ولا تتوائم معها .

لقد رأينا كيف نشأت قاعدة عدم جواز التصرف ، وماذا كان هدف شارل التاسع من صياغتها في أمر دي‌مولان، ثم كيف تغير أساسها فيما بعد ، وأخيراً كيف باتت مجرد أثر من آثار التخصيص. والواقع انه اذا كان الاصل في أموال الدومين العام بالمعنى التقليدي هو السكون والبقاء والثبات ، فان الاصل في أموال المشروعات العامة هو الحركة والتداول. وينبغي — حتى يحقق المشروع أهدافه — ألا تقيد تلك الحركة بقيود صماء مستقاة من نظم بعيدة في مفهومها كل البعد عن متطلبات المشروعات العامة .

وتبقى بعد ذلك قاعدة عدم جواز الحجز على الاموال العامة ومدى إمكان تطبيقها على المشروعات العامة وإفادتها منها ، ونحن لن نتعرض لمختلف الآراء التي قيل بها في هذا الشأن ، فما من مؤلف في المشروع العام — على وفرة تلك المؤلفات — إلاّ وتعرض لها ونكتفي بعرض وجهة نظرنا الخاصة بالنسبة لتلك المشكلة[1] .

---

(١) راجع في عرض اتجاهات الفقه والقضاء في هذه المسألة سواء في مصر او في فرنسا — الدكتور فتحي عبد الصبور — المرجع السابق ص ٦٩٩ والدكتورة اميرة صدقي — المرجع السابق ص ٥٦٦ والدكتور محمد مدحت عزمي — علاقات المشروع العام بالموردين ص ٣٠٧ ، والدكتور السيد خليل هيكل المرجع السابق ص ٧٢ والدكتور علي البارودي المرجع السابق ص ٣٣١ بند ١٤٣ ، والدكتور سعد العلوش المرجع السابق ص ١٢٥ ، وجاكينيون — المرجع السابق ص ٥٢١ .

والواقع ان التنفيذ الجبري هو العنصر الثاني من عناصر الحماية القانونية للحقوق ، فلقد استوجب إحتكار الدولة للعدالة في العصر الحديث وحرمان الافراد من اقتضاء حقوقهم بأنفسهم — استوجب ذلك أولاً تنظيم القضاء لدفع العدوان الذي يقع على الحقوق وحسم ما يثور بشأنها من منازعات ، كما اقتضى من ناحية أخرى تنظيم الوسائل التي تكفل أعمال مضمون الاحكام القضائية جبراً عن المحكوم عليهم إذا لم يمتثلوا لقضائها اختياراً . ولقد كانت هذه الحماية القانونية بكامل صورها مقصورة في بادىء الامر على علاقات الافراد فيما بينهم دون علاقاتهم بالسلطة العامة ثم أدى التطور الديمقراطي إلى الوصول الى إخضاع الدولة في كل تصرفاتها لرقابة القضاء إلغاء وتعويضاً ، سواء في ذلك أعمال السلطة أو أعمال الادارة ، وتعتبر تلك الرقابة على التصرفات العامة من أقوى الضمانات المقررة لحماية الشرعية في العصر الحالي .

الا ان هذه الضمانة تعرضت لمخاطر هددت فاعليتها وقد تجلت تلك المخاطر في صعوبة الالتجاء إلى وسائل التنفيذ الجبري في مواجهة الادارة وبذل الفقه والقضاء جهوداً مشكورة في سبيل الوصول إلى وسائل فعالة تكفل حمل الادارة على تنفيذ التزاماتها الناشئة عن الأحكام الصادرة ضدها ، وبقيت المشكلة بلاحل تقريباً بالنسبة للتنفيذ بطريق الحجز والبيع إذ يصطدم تنفيذ الاحكام الصادرة ضد الادارة القاضية بإلزامها بمبالغ معينة بقاعدة عدم جواز الحجز على المال العام . مما يجعلنا نستطيع أن نقرر ان حقوق الافراد المالية في مواجهة الدولة هي حقوق ناقصة — لا تقابلها حماية قانونية كاملة وفعـــالة .

واذا كنا نبرر ذلك في نطاق المرافق العامة الإدارية بمقتضيات المصلحة العامة التي تحول دون التنفيذ على المال العام ، ونقبل التضحية بالمصالح المالية للافراد

حماية للمصالح العامة . فأي مبرر يقتضي بسط هذه الحماية على أموال المشروعات العـــامة .

في تقديرنا انه ليس ثمة اعتبارات من المصلحة العامة تفرض شل الحماية القانونية المقررة لحقوق الافراد قبل المشروعات العامة ، وتقضي بحرمانهم من استخدام وسائل التنفيذ الجبري في مواجهة تلك المشروعات ، عندما يتأكد امتناعها عن الوفاء بالتزاماتها بمقتضى سندات تنفيذية، تمثل الاحكام القضائية النهائية أهم صورها . وليس من مصلحة المشروع ولا من مصلحة الخطة ولا من المصلحة العامة أن تتحصن أموال المشروع ضد اجراءات التنفيذ وتتمتع بنوع من الامتياز الغريب في مجال النشاط الاقتصادي يحول دون وصول المتعاملين معها إلى حقوقهم قبلها .

ويحق لنا ان نتساءل عن مبرر الخشية من بيع أموال مشروع فاشل عجز عن الوفاء بديونه ، وعن المصلحة في أن تظل الصورة غير صادقة — ويظهر المشروع متوازن مالياً وهو في حقيقة الامر مستغرق في الديون التي لا حيلة للدائنين بشأنها ولا وسيلة فعالة تمكنهم من استيفائها .

لقد تحدث الكثير من الشراح عن مصلحة المشروع نفسه من إقرار قابلية أمواله للحجز عليها ، إذ غالباً ما يكون تقرير عدم جواز الحجز سبباً في إحجام الأفراد عن التعامل معه .

ولكني أفضل إلى جوار ذلك ، الحديث عن مصلحة الأفراد أيضاً الذين يتعاملون مع المشروع العام ، وعن مصلحة المشروع العام الذي يتعامل مع مشروع عام آخر ، ولا أرى ضرورة تقضي بالتضحية بتلك المصالح جميعها ، والحرص على أن يستمر المشروع في نشاطه رغم ما يدب فيه من فساد وما يلاحقه من فشل .

ويبقى ما يثار بصفة خاصة لدى بعض رجال الفقه الفرنسي من أن ثمة حصانة تحول دون التنفيذ على السلطة العامـــة بهيئاتها المختلفة . وتقتضي عدم جواز الحجز على أموالها سواء في ذلك الأموال الخاصة أو الاموال العامة [١] .

ومن الغريب أن يتداول هذا القول في الفقه الفرنسي الذي رفض منذ زمن بعيد إقرار حصانة الدولة ضد التقاضي ، والذي يؤمن بالرقابة القضائية على السلطة العامة ايمانه بالمقدسات ، ثم يقرر مع ذلك تمتع الدولة بحصانة تحول دون التنفيذ على أموالها كلها دون تفرقة .

ولنا أن نتساءل عن جدوى اقرار حق الافراد في مقاضاة السلطة العامة ، اذ أقترن هذا الحق باقرار حصانة الدولة ضد التنفيذ الجبري على ما قد يكون لديها من أموال خاصة .

وأخيراً نقول لقد عانى الفقه والقضاء كثيراً في سبيل الوصول إلى ما يكفل احترام السلطة للأحكام الصادرة ضدها في مجال الرقابة القضائية لتصرفات الإدارة ، ولا زالت تلك المشكلة لم تحل ، ولا زالت تمثل تهديداً خطيراً يكاد يشل فاعلية تلك الرقابة .

ولا نود أن ننقل باختيارنا تلك المشكلة إلى مجال العلاقات المالية للمشروع العام ثم نحاول بعد ان تظهر مساوئها ان نبحث لها عن حلول بها .

لكل ما سبق نرى أن مشكلة البحث في طبيعة أموال المشروعات العامة وهل هي أموال عامة أو أموال خاصة فقدت الكثير من أهميتها وخاصة

---

(١) راجع ما سبق ذكرة في ص ٤٨ من هذا البحث .

في التشريع المصري، وان المشكلة الجديرة بالبحث بالنسبة لتلك المشروعات هي رفع الكفاية الادارية للقائمين عليها ، ووضع النظم الداخلية التي تكفل لها المرونة والقدرة على الحركة . ولن يحتاج المشروع العام بعد ذلك لقواعد صارمة تحدد سلفاً وبطريقة صماء ما لا يمكن التصرف فيه من أمواله إلا بعد إزالة تخصيصه وما يمكن التصرف فيه دون قيد ، كما لن تظهر الحاجة لحماية إستثنائية لأمواله ضد اجراءات التنفيذ الجبري وشل حقوق المتعاملين معه .

نظام التسجيل وفقاً للقانون الليبي

تطبيقه بصفةٍ خاصّة على عقدَيْ : البيع والرهن

بقلـــم

الاستاذ الدكتور محمد علي عمران

استاذ القانون المدني المساعد بكلية الحقوق

جامعة عين شمس والمعـــار للجامعة الليبية

تمهيد وتقسيم :

إذا كان الحق المالي منقولا ومعينا بالذات ومملوكا للبائع ، انتقلت الملكية — إذا كان التصرف بيعا — إلى المشتري فور إبرام البيع . وأما إذا كان المبيع منقولا معيناً بالنوع فإن الملكية لا تنتقل فيه إلا بالإفراز . والأشياء المعينة بالذات هي التي لا تتشابه إحداها ولا يحل بعضها محل البعض الآخر في الوفاء . في حين أن الأشياء المعينة بالنوع أو المثليات هي التي تتشابه آحادها ويقوم البعض منها محل البعض الآخر في الوفاء . ولا يترتب على هلاكها إذا كانت محلا للالتزام انقضاؤه ، بل يجب على المدين الوفاء بنوع منها ، وإن لم يتفق على درجة الجودة وجب على المدين الوفاء بنوع من جودة متوسطة .

وقد يذكر في العقد الناقل لملكية مقدار المبيع لا بقصد تحديده عن طريق تعيين مقداره بل بغية تقدير الثمن . ويعتبر البيع جزافا في هذه الحالة . وتنتقل به الملكية إلى المشتري على النحو الذي تنتقل به في الشيء المعين بالذات . وهذا الحكم هو ما نصت عليه المادة ٤١٨ مدني . كما يكون البيع أيضا جزافاً ولو كان تحديد الثمن موقوفا على تقدير المبيع ما دام أن تقدير المبيع لازم لتحديد الثمن لا لتعيين المبيع . فلو باع شخص لآخر كل القمح الموجود في مخزن معين بسعر الإردب خمسة جنيهات ، فإن البيع يكون جزافا لوروده على مثليات لم تحدد لا بنوعها ولا بمقدارها وقت إبرام البيع ولكنها حددت بذاتها (القمح الموجود في مخزن معين) ومع ذلك فإن تحديد الثمن الذي يلزم به المشتري يقتضي كيل القمح الموجود في هذا المخزن لمعرفة مجموع الثمن .

ومتى كان البيع جزافا فإن الملكية تنتقل إلى المشتري فور البيع أسوة بالأشياء المعينة بذاتها .

وأما إذا كان المبيع عقاراً ، فإن الملكية لا تنتقل فيه سواء في العلاقة بين البائع والمشتري أو في مواجهة الغير إلا بالتسجيل [1] .

ولقد نصت على هذا الحكم صراحة المادة ٩٣٨ من القانون المدني الليبي بقولها « في المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أو كان في حق الغير ، إلا إذا روعيت الأحكام المبينة في قانون الشهر العقاري . ويبين قانون الشهر متقدم الذكر التصرفات والأحكام والسندات التي يجب شهرها سواء أكانت ناقلة للملكية أم غير ناقلة ويقرر الأحكام المتعلقة بهذا الشهر » .

وفي الوقت الذي صدر فيه القانون المدني الليبي ، كان القانون المعمول به فيما يتعلق بالتسجيل هو الأمر الملكي رقم ١٢٠٧ سنة ١٩٢١ . ولقد تناول فيه المشرع الليبي بالتنظيم الأحكام الخاصة بشهر التصرفات القانونية . وأول

---

(١) والتفرقة بين المنقول والعقار كادت ان تكون بديهية ، وان انكر جانب من الفقه الحديث جدواها ، الا انها لا زالت راسخة الدعائم في النظام القانوني الليبي والمصري . ويترتب عليها تباين في الأحكام الواجبة التطبيق . ويقال ان العقار هو كل شيء ثابت في حيزه بحيث لا يمكن نقله منه دون تلف يصيبه ، واما المنقول فهو بمفهوم المخالفة – كل شيء غير ثابت في حيزه ويمكن ان ينتقل من مكانه دون تلف يصيبه . وهناك ما يسمى بالعقار بالتخصيص والمنقول بحسب المال . واما العقار بالتخصيص **immeubles par destination** فهو منقول بحسب طبيعته يضعه صاحبه في عقار مملوك له ويخصصه لخدمته . اما المنقول بحسب المال **meubles par anticipation** فهو يكون حيث ينظر القانون او المتعاقدان الى عقار بطبيعته على انه لا شك ان يؤول منقولا بحصده او هدمه ، او قطعه او اقتلاعه . ويجري التعامل فيه على اساس ايلولة العقار منقولا . فيأخذ العقار عندئذ حكم المنقول ويسمى منقولا بحسب المال . راجع – عبد الرزاق السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الثاني فقرة ٢٩ .

ما يلفت النظر في هذا القانون ما نصت عليه صراحة المادة السابعة منه (فصل٨١) إذ تنص هذه المادة على أنه « مما يلزم تسجيله في الدفاتر والسجلات العقارية ولا حكم له حتى بين الطرفين وإلا اعتبارا من تاريخ التسجيل ما يأتي :

١ ــ جميع العقود المنعقدة من ذي حق بعوض أو بغير عوض إذا ترتب عليها نقل الملكية أو إلحاقها بأحد الناس أو ترك ذي حق حقه .

٢ ــ انتقال الملكية بسبب الموت .

٣ ــ العقود التي يترتب عليها إنشاء أو تبديل أو نقل أو إسقاط أو ترك حقوق عينية كائنة على العقار كحق المنفعة والانتفاع والسكنى ... » .

وفي ٢٨ سبتمبر سنة ١٩٦٥ أصدر المشرع الليبي القانون الخاص بالتسجيل العقاري . وظل آخذاً فيه بنظام السجل العيني الذي انتهجه وسار عليه منذ صدور قانون التسجيل سنة ١٩٢١ . وتنص المادة ٥١ من هذا القانون على أن « جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله . كذلك الاحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب تسجيلها ويدخل في هذه التصرفات الوقف والوصية . ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة لغيرهم . ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الإلتزامات الشخصية بين ذوي الشأن » وتنص المادة ٥٢ من نفس القانون على أن « تسجل التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية ويترتب على عدم التسجيل أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير ، ويسري هذا الحكم على القسمة العقارية ولو كان محلها أموالا موروثة » .

فتبعاً لما تنص عليه كل من المادتين ٥١ ، ٥٢ من قانون التسجيل العقاري ، فإن الملكية لا تنتقل بالبيع ــ مثلا ــ إذا كان المبيع عقاراً إلا بالتسجيل . ولا

٣

ما يلفت النظر في هذا القانون ما نصت عليه صراحة المادة السابعة منه (فصل٨١) إذ تنص هذه المادة على أنه « مما يلزم تسجيله في الدفاتر والسجلات العقارية ولا حكم له حتى بين الطرفين وإلا اعتبارا من تاريخ التسجيل ما يأتي :

١ — جميع العقود المنعقدة من ذي حق بعوض أو بغير عوض إذا ترتب عليها نقل الملكية أو إلحاقها بأحد الناس أو ترك ذي حق حقه .

٢ — انتقال الملكية بسبب الموت .

٣ — العقود التي يترتب عليها إنشاء أو تبديل أو نقل أو إسقاط أو ترك حقوق عينية كائنة على العقار كحق المنفعة والانتفاع والسكنى ... » .

وفي ٢٨ سبتمبر سنة ١٩٦٥ أصدر المشرع الليبي القانون الخاص بالتسجيل العقاري . وظل آخذاً فيه بنظام السجل العيني الذي انتهجه وسار عليه منـــذ صدور قانون التسجيل سنة ١٩٢١ . وتنص المادة ٥١ من هذا القانون على ان « جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله ، كذلك الاحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب تسجيلها ويدخل في هذه التصرفات الوقف والوصية . ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة لغيرهم . ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الإلتزامات الشخصية بين ذوي الشأن » وتنص المادة ٥٢ من نفس القانون على أن « تسجل التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية ويترتب على عدم التسجيل أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير ، ويسري هذا الحكم على القسمة العقارية ولو كان محلها أموالا موروثة » .

فتبعاً لما تنص عليه كل من المادتين ٥١ ، ٥٢ من قانون التسجيل العقاري ، فإن الملكية لا تنتقل بالبيع — مثلا — إذا كان المبيع عقاراً إلا بالتسجيل . ولا

تنتقل الملكية وفقا لهذا الحكم سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير إلا بالتسجيل . فإذا كان التصرف الناقل للملكية بيعا ، فإن الملكية لا تنتقل من البائع إلى المشتري إلا بالتسجيل ، كما أن المشتري لا يعتبر هو المالك في مواجهة الكافة إلا بالتسجيل أيضاً .

وسوف نقسم هذه الدراسة إلى فصلين : ندرس في الأول منهما نظام التسجيل وفقا للقانون الليبي . ثم نلي ذلك بدراسة تطبيقية ؛ فنطبق نظام التسجيل على عقد البيع باعتباره أهم العقود الناقلة للملكية وعلى عقد الرهن باعتباره نموذجا هاما للتصرفات المنشئة لحق من الحقوق العينية التبعية . وسوف نقارن في ذلك بين نظام التسجيل المتبع في ليبيا ، وقرينه في مصر . فبينما أخذ المشرع الليبي منذ مدة بعيدة — منذ سنة ١٩٢١ — بنظام السجل العيني ، نجد المشرع المصري لا زال يأخذ حتى الآن بنظام الشهر الشخصي على ما به من عيوب حاول المشرع علاجها في مصر ، بل حاول أيضاً الأخذ بنظام السجل العيني فأصدر قانون التسجيل سنة ١٩٦٤ ، بيد أن هذا القانون الأخير لا زال غير مطبق في مصر حتى الآن للعديد من الصعوبات الفنية نبينها فيما بعد .

الفَصْلُ الأوّلُ

نظام التسجيل وفقاً للقانون الليبي
مقارناً بالقانون المصري

خطة البحث :

مرت ليبيا في عصرها الحديث بالكثير من النظم العقارية المتباينة ، فقد طبق فيها قانون الاراضي العثماني من تاريخ صدوره في سنة ١٢٤٧ هـ الموافق ١٨٥٨ م إلى بداية الاحتلال الإيطالي في سنة ١٩١١ م . وفي سنة ١٩١٣ صدر أول قانون للتسجيل العقاري في ليبيا وقد أخذ فيه المشرع بنظام الشهر الشخصي . وفي سنة ١٩٢١ صدر القانون المهم الذي أخذ بنظام السجل العيني . وظل هذا القانون مطبقاً إلى سنة ١٩٦٥ حيث أصدر المشرع قانون التسجيل العقاري والذي استمر آخذاً فيه بنظام السجل العيني .

المَبحَث الأول

نظم التسجيل العقاري المختلفة
التي طبقت في ليبيا ومصر

المطلبُ الاول

نظم التسجيل العقاري المختلفة التي طبقت في ليبيا حتى سنة ١٩٦٥

أولاً : قانون الأراضي العثمانية والقوانين اللاحقة له :

كانت ليبيا في فترة من فترات تاريخها جزءاً من الدولة العثمانية . وكانت القوانين المطبقة فيها في هذه الفترة هي القوانين المطبقة في الدولة العثمانية . ولقد كانت هذه القوانين إسلامية صرفة في بادىء الأمر . ثم حدث بعد ذلك في فترة ضعفت فيها الدولة العثمانية أن صدرت عدة قوانين سميت بالقوانين الإصلاحية مزج فيها بين القواعد والأحكام الإسلامية والقواعد المقتبسة من الأنظمة الغربية[١] . وكان قانون الأراضي العثمانية المشهور الصادر سنة ١٨٥٨ م

---

(١) الاستذ الدكتور محمد عبد الجواد محمد . نظام التسجيل العقاري في الجمهورية العربية الليبية . بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد في العددين الاول والثاني من السنة الثانية والاربعين ص ٢٦٩ وما بعدها .

هو أول القوانين العقارية . ويتكون هذا القانون من مقدمة وثلاثة أبواب ، وينظم ملكية الأراضي ويقسمها إلى أراضٍ مملوكة ملكية تامة ، وأراضٍ أميرية ، وأراضٍ موقوفة ، وأراضٍ متروكة ، وأخرى موات . ولقد عني هذا القانون بتنظيم الطريقة التي يتم بها التصرف في الأراضي الأميرية [1] . كما تضمن أيضا هذا القانون بعض الأحكام الخاصة بالمعادن والأحجار .

وكانت الدولة العثمانية قد شكلت لجانا لتقسيم وتبويب أنواع الأملاك في الدولة العثمانية . وتم تدوين وقيد الأراضي في سجلات مخصوصة . وهذه السجلات هي باكورة نظام الشهر . وبدار المحفوظات بطرابلس بعض هـــذه الدفاتر ويعطي للافراد شهادات بأملاكهم طبقا لما ورد بها .

ولقد ذهب استاذنا الجليل المرحوم السنهوري إلى القول بأن الدولـــة العثمانية قد أخذت فيما يتعلق بالشهر بنظام السجل العيني . ويكفي للتدليل على صحة هذا الرأي ما تنص عليه المادة ١٧٣٧ من المجلة التي تقرر بأن « البراءات السلطانية قيود الدفاتر الحاقانية لكونها أمينة من التزوير يعمل بها » وهذا يعني أن لهذه البراءات قوة مطلقة في إثبات الملكية . ولا يكون الأمر كذلك إلا في ظل نظام السجل العيني . وينص الفصل ٣٠ من قانون التسجيل الصادر في ليبيا سنة ١٩٢١ على « أن البيانات المثبتة للحقوق العقارية المعتمد عليها في الإثبات النهائي هي الآتي ذكرها :

١ ــ الدفاتر العقارية العثمانية للدفتر الحاقاني إذا كانت موجودة أو تيسر بوجه ما إعادتها إلى حالتها الأصلية ... [2] » .

---

(١) وتعرف المادة الثالثة من قانون الاراضي العثماني الاراضي الاميرية بانها « هي الاماكن التي تعود رقبتها الى بيت المال ، وتجري احالتها وتفويضها من قبل الدولة العلية كالحقول والمروج والمضائف والمشاتي والمحاطب وامثالها ... » .

(٢) والنص الاصلي الايطالي هو=**«*Fanno Prova*» dei diritti immobiliari et danno**

ثانياً : النظام العقاري في ليبيا (مرسوم سنة ١٩١٣) :

بعد الاحتلال الإيطالي لليبيا بفترة وجيزة صدر المرسوم الملكي رقم ٤٨ لسنة ١٩١٣ لتنظيم الملكية العقارية في ليبيا .

ولقد نص في البند الرابع عشر من هذا القانون على وجوب تسجيل « عموم انتقال وإسناد الأملاك » سواء بالتصرف بين الأحياء أو بسبب الوفاة (الميراث) ونص على أنه « لا حكم لها حتى فيما بين الطرفين إلا اعتباراً من تاريخ وقوع التسجيل » ويبدو ان هذا القانون قد أخذ بنظام الشهر الشخصي أسوة بالنظام المعمول به في إيطاليا . ودليل ذلك ما يقرره البند الثالث منه « سيؤسس لدى دوائر الأملاك سجل عمومي يحتوي على جميع الإيضاحات اللازمة لتعيين الأملاك والأشخاص الذين لهم الحق فيها » فالتسجيل كان يتم اذن بناء على أسماء الأشخاص الذين صدرت منهم التصرفات . وهذا هو نظام الشهر الشخصي .

ويلاحظ أن الملكية لم تكن تنتقل وفقاً لهذا القانون حتى فيما بين المتعاقدين إلا بالتسجيل ومن تاريخه . ولقد سبق المشرع الليبي في ذلك المشرع المصري . ففي هذه الآونة — وهي السابقة على قانون التسجيل الذي صدر في مصر سنة ١٩٢٣ — في مصر لم يكن التسجيل لازما إلا للاحتجاج بانتقال الحق في مواجهة الغير في حين أن التصرف كان ينتج أثره في العلاقة بين الطرفين .

ثالثاً : مرسوم سنة ١٩٢١ (أصول إثبات الحقوق العقارية وحفظها في قطري طرابلس وبرقة) :

بعد فترة وجيزة من صدور المرسوم بقانون رقم ٤٨ سنة ١٩١٣ ، أصدر

— luogo all'accertamente definitivo : 1 — registri ottomani del Daftar-Hakane che siano *autora assoluta* e che si possano altrimenti rocostituire».

المشرع الليبي الأمر الملكي رقم ١٢٠٧ سنة ١٩٢١ وهو الأمر الخاص بالشهر العقاري . ولقد تناول فيه المشرع الليبي بالتنظيم الدقيق كافة الأحكام الخاصة بشهر التصرفات القانونية . فحدد أولاً المقصود بالعقارات ، ثم بين بعد ذلك الجهات المختصة بالشهر وبتحقيق الملكية ، ثم نظم القواعد المتعلقة بإثبات وتحقيق الملكية ، ثم بين كيفية الاعتراض على القرارات الخاصة بإثبات الملكية. وأخيراً بين المشرع الليبي الأثر الذي يترتب على عدم التسجيل .

ولقد أخذ المشرع الليبي في هذا القانون بنظام السجل العيني . خلافا لما كان يأخذ به وفقاً للمرسوم الصادر سنة ١٩١٣ والذي كان يأخذ بنظام الشهر الشخصي على ما بينا . ولا يتم التسجيل وفقا لنظام السجل العيني — وهو الذي يأخذ به المشرع الليبي — على أساس أسماء الأشخاص الذين صدرت منهم التصرفات ، بل يتم فيه التسجيل على أساس العقار ذاته ويخصص لكل عقار مكان خاص به في السجل العيني . وبه تثبت كل التصرفات واجبة الشهر والمتعلقة بهذا العقار . فإذا اراد شخص أن يتعامل على عقار أمكنه الرجوع إلى المكان المخصص لشهر العقار في السجل العيني لمعرفة كل ما يتعلق بهذا العقار من تصرفات واجبة الشهر . ولا يوجد مع دقة هذا النظام احتمال للوقوع في غلط . فمتى أشهر التصرف فإنه يصبح حجة على الكافة وليس لأحد بعد ذلك أن يطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن ولو حتى بالتزوير . وفي هذا المعنى يختلف أيضاً نظام السجل العيني عن نظام الشهر الشخصي . فإذا كان التسجيل وفقاً لقوانين البلاد التي تأخذ بنظام الشهر الشخصي و من بينها مصر لا يصحح عقداً باطلاً أو قابلاً للبطلان ، فالأمر على غير ذلك في البلاد التي تأخذ بنظام السجل العيني . فقد يكون التصرف الذي أشهر معيباً — وهذا أمر نادر الوقوع — ومع ذلك فإن الحق ينتقل به إذ أن الحق ينتقل بالشهر لا بالتصرف فالشهر حجة على الكافة وليس فقط وسيلة من وسائل الإعلام . وهذا هو الذي يميز نظام السجل العيني ويفرق بينه وبين نظام الشهر الشخصي .

المطلب الثاني

نظم التسجيل العقاري المختلفة التي طبقت في مصر

مر نظام الشهر العقاري في مصر من الناحية التشريعية بثلاث مراحل . فلقد عرف المشرع المصري نظاماً خاصاً بالشهر العقاري في ظل التقنين المدني المصري الملغى ، ثم صدر بعد ذلك قانون التسجيل رقم ١٩/١٨ في ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣ معدلا أحكام التسجيل المنصوص عليها في التقنين المدني الملغى . وظل هذا القانون الأخير ساري المفعول إلى أن أصدر المشرع في ١١ أغسطس سنة ١٩٤٦ القانون رقم ١١٤ سنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقاري ونص في المادة الأخيرة منه (م ٦١) على العمل به من أول يناير سنة ١٩٤٧ . وسوف نعرض الآن بإيجاز إلى كل مرحلة من هذه المراحل .

المرحلة الاولى : نظام التسجيل في ظل التقنين المدني الملغى :

لم يعرف المشرع المصري نظاما ثابتا لشهر التصرفات العقارية قبل صدور التقنين المدني الأهلي . بل كان الأمر قاصراً على إثبات هذه التصرفات في محررات كانت تأخذ في العادة صور الحجج وتصدر من المحاكم الشرعية ، وكان للمتصرف إليه الحق في الاحتجاج بالتصرف الصادر إليه على هذا النحو في مواجهة الغير .

وظل الأمر كذلك إلى أن صدرت المجموعة المدنية الأهلية سنة ١٨٨٣ . ولقد اتبع المشرع المصري فيها فيما يتعلق بشهر التصرفات العقارية النظام الذي وضعه القانون الفرنسي الصادر في ٢٣ مارس سنة ١٨٥٥ .

وفيها أخذ المشرع المصري بنظام الشهر الشخصي ، والذي يتم فيه شهر التصرفات العقارية على أساس أسماء الأشخاص الذين صدرت منهم التصرفات موضوع الشهر .

ويعيب هـــذا النظام أنـــه يقتضي البحث عن أسماء من صدرت منهم التصرفات . بل أن هذا في حد ذاته غير كاف ، وإنما يجب البحث أيضا عن أسماء المتصرف منهم السابقين . وكثيرا ما يؤدي مثل هذا البحث لصعوبته من جهة ولتشابه الأسماء في مصر من جهة أخرى إلى الوقوع في غلط . ومثال ذلك أن يتصرف شخص في عقار غير مملوك له ويسجل التصرف باسمه ، ثم يتصرف بعد ذلك المالك الحقيقي للعقار في العقار ذاته ويسجل التصرف باسمه . وقد يتعامل شخص مع المشتري من المالك فيكون التعامل صحيحا ، وقد يتعامل شخص آخر مع المشتري من غير مالك . ومع أن التصرف قد يكون مسجلا باسم هذا الأخير ، إلا أن التصرف يكون معيباً . ولهذا السبب فقد قيل بأن التسجيل لا يصحح عقداً باطلاً أو قابلاً للبطلان . بل يظل العقد باطلاً بطلانا مطلقاً أو قابلاً للبطلان رغم تسجيله .

ولقد اعتنق المشرع المصري نظام الشهر الشخصي سواء في ظل التقنين المدني الملغى أو بعد ذلك ، ولا زال هذا النظام هو الساري في مصر حتى الآن وإن كانت عيوبه قد خففت على ما سنرى فيما بعد .

ولم يكن التسجيل لازما لنقل الملكية — إذ كان التصرف واردا على عقار — في ظل التقنين المدني المصري إلا في مواجهة الغير . وأما فيما بين المتعاقدين

فلقد كان التصرف ناقلا في حد ذاته للملكية سجل أو لم يسجل . وهذا الحكم هو ما كانت تنص عليه المادة ٦٠٦ / ٧٣٢ من التقنين المدني الملغى ، وتجري هذه المادة على النحو الآتي : « في جميع المواد تثبت الملكية أو الحقوق العينية من حق مالكها بعد إنتقال الملكية » .

وهذا يعني أن المشرع المصرفي كان يفرق في ذلك الوقت بين انتقال الحقوق العينية الأصلية العقارية فيما بين المتعاقدين وانتقالها بالنسبة للغير . فيكفي العقد لانتقال الملكية فيما بين المتعاقدين والتسجيل لازم فقط لانتقالها في مواجهـــة الغير .

ويوجه إلى هذا النظام أوجه النقد الآتية :

١ — مادام أن العقد كان كافياً لنقل الملكية فيما بين المتعاقدين ، ولا يلزم التسجيل إلا للاحتجاج بها في مواجهة الغير . فإن ذلك من شأنه أن يكون للعقارين مالكان حتى يتم تسجيله . فالمشتري هو المالك في مواجهة البائع ، فالفرض أن الملكية قد انتقلت إليه بالعقد ، والبائع هو المالك في مواجهة الغير . وفي هذا تناقض كبير ، فكيف يمكن أن يكون للعقار الواحد مالكان مختلفان في نفس الوقت : أحدهما في مواجهة البائع والآخر بالنسبة للغير .

٢ — كثيراً ما كان يعزف ذوو الشأن عن القيام بالتسجيل خاصة لما يتطلبه من نفقات واجراءات ، ما دام أن الملكية تنتقل وفقاً لهذا النظام بين ذوي الشأن بمجرد العقد دون ما حاجة إلى التسجيل .

٣ — ويضاف إلى هذين النقدين الأساسيين نقد آخر ، قوامه تعدد الجهات التي كان الشهر يتم أمامها في ظل التقنين المدني الملغى . فلم يكن الشهر مركزا أمام جهة واحدة بل كان يتم أمام كل من : المحاكم الشرعية والمحاكم

مكتبة قارئ
كلية القانون -

الأهلية ، والمحاكم المختلطة . وكان يجب على كل من يتعامل على عقار أن يلجأ إلى هذه الجهات المختلفة حتى يكون على بينة من أمره . وفي هذا بلا شك عنت كبير ومشقة .

المرحلة الثانية : نظام التسجيل وفقاً للقانون الصادر سنة ١٩٢٣م :

وظل نظام التسجيل في مصر خاضعاً للأحكام المنصوص عليها في التقنين المدني الملغى ، إلى أن تناولته يد المشرع المصري بالإصلاح إدراكاً منه لما في هذا النظام من عيوب . ففي ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٦ أصدر المشرع المصري القانون رقم ١٨ / ١٩ لسنة ١٩٢٣ وتحدد لبدء سريان الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون أول يناير سنة ١٩٢٤ . ولقد حدد قانون التسجيل الصادر سنة ١٩٢٣ التصرفات واجبة الشهر تحديداً دقيقاً . فتنص المادة الأولى من هذا القانون على أنه يجب تسجيل جميع العقود التي تقع بين الأحياء بعوض أو بغير عوض والتي من شأنها إنشاء حق ملكية أو حق عيني آخر أو نقله أو تغييره أو زواله . وكذلك الأحكام النهائية التي يترتب عليها شيء من ذلك . وهذه التصرفات المشار إليها هي التصرفات الناقلة والمنشئة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية .

ولم يكتف المشرع في هذا القانون الأخير ببيان التصرفات واجبة الشهر ، بل نص في المادة الثالثة من قانون التسجيل الصادر سنة ١٩٢٣ على ضرورة أن يتضمن العقد المقدم للتسجيل بعض البيانات الأساسية . ومن هذه البيانات ما يتعلق بأسماء المتعاقدين ومحال إقامتهم . ومنها ما يتعلق بالشيء المبيع نفسه .

وعلى الرغم من أن المشرع قد تناول بالتحديد المحررات واجبة الشهر ، إلا أنه أهمل مع ذلك سبباً من أهم أسباب كسب الملكية وهو الوفاة . فلم

يستلزم المشرع ضرورة تسجيل حق الأرث . ويلاحظ أن أهم ما استحدثه قانون التسجيل الصادر سنة ١٩٢٣ أنه فرق بين العقود والأحكام الناقلة وبين العقود والأحكام الكاشفة أو المقررة فيما يتعلق بالأثر المترتب على التسجيل، فبالنسبة للعقود والأحكام الناقلة، والمنشئة — ومن بينها على سبيل المثال عقد البيع — تشدد المشرع واشترط التسجيل لكي تنتقل الملكية سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير ، في حين أنه بالنسبة للعقود والأحكام المقررة ، فإن التسجيل لازم فقط للاحتجاج بها في مواجهة الغير . وهذا التعديل جوهري ، فلم يعد للشيء الواحد مالكان في نفس الوقت أحدهما في مواجة البائع والآخر في مواجهة الغير ، كما كان الأمر عليه في ظل التقنين المدني الملغى .

ومع ذلك فقد ظل المشرع المصري آخذا في ظل هذا القانون بنظام الشهر الشخصي . ولم يعدل عنه ويستبدله بنظام السجل العيني .

المرحلة الثالثة — قانون تنظيم الشهر العقاري الصادر سنة ١٩٤٦ :

استمر العمل بنظام الشهر المبين في القانون الصادر سنة ١٩٢٣ . ومع استمرار العمل به تكشف ما به من عيوب . وفي ١١ أغسطس سنة ١٩٤٦ أصدر المشرع المصري القانون رقم ١١٤ سنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقاري . ولا زال هذا القانون هو المعمول به حتى الآن . وتنص المادة ٥٤ من هذا القانون على أنه « لا يسري هذا القانون على المحررات التي ثبت تاريخها ثبوتا رسمياً قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ ولا على الأحكام التي صدرت قبل هـــذا التاريخ ، بل تظل هذه المحررات والأحكام خاضعة من حيث الآثار التي تترتب عليها لأحكام القوانين التي كانت سارية من قبل » .

ولقد اراد المشرع المصري بهذا الحكم الانتقالي أن يحمي المراكز القانونية المكتسبة في ظل قانون معين من أن تضار بقانون آخر لاحق .

ولقد أراد المشرع بهذا القانون أن يصل إلى الأخذ بنظام السجل العيني ، وليس هذا القانون سوى مقدمة له . فلم يكن من الممكن القفز طفرة واحدة من نظام الشهر الشخصي السائد في مصر والذي تتعدد فيه الجهات المختصة بالشهر إلى نظام السجل العيني ، وهو النظام الأكثر دقة وتكاملا من الناحيـــة التشريعية ، بل كان لابد من التمهيد له . وهذا هو ما قصد إليه المشرع في القانون الصادر سنة ١٩٤٦ حيث بدأ أولا بتوحيد جهات الشهر . فبعد أن كان الشهر يتم أمام ثلاث جهات مختلفة كما سبق القول اختصت به وفقاً للقانون الصادر سنة ١٩٤٦ جهة واحدة .

وهذا هو ما تنص عليه المادة الأولى من القانون رقم ١١٤ سنة ١٩٤٦ بقولها « ينشأ في المديريات والمحافظات مكاتب للشهر العقاري تتولى شهر المحررات التي تقضي القوانين بتسجيلها أو بقيدها . وإذا كان المشرع قد وحد في هذا القانون الأخير فيما يتعلق بالجهة المختصة بالشهر على النحو السابق بيانه ، فإنه وحد أيضاً فيما يتعلق بالأحكام المتعلقة بالشهر . ولم يعد هناك فصل بين الأحكام الخاصة بالتسجيل . (الحقوق العينية الأصلية) والأحكام الخاصة بالقيد (الحقوق العينية التبعية) .

وفي سنة ١٩٦٤ أدخل المشرع المصري نظام السجل العيني بمقتضي القانون ١٤٢ سنة ١٩٦٤ . ولذلك فقد سمي قانون سنة ١٩٦٤ بقانون السجل العيني . ولكن هذا النظام بالرغم من صدور قانون به لم يعمل به حتى الآن ، ذلك أن المادة الثانية من هذا القانون تقضي بأن يصدر وزير العدل قراراً بتعيين المناطق (الأقسام المساحية) التي يطبق فيها نظام السجل العيني . أما المناطق التي لا يطبق فيها فيستمر العمل فيها بقوانين الشهر القائمة أي بأحكام قانون سنة ١٩٤٦ . ولم يصدر حتى الآن قرار بالمناطق التي يطبق فيها نظام السجل العيني وعلى ذلك فلا يزال العمل بالقانون رقم ١١٤ سنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقاري

سارياً حتى الآن . وتنص المادة الثالثة من قانون الإصدار على أنه « في الفترة المشار إليها في المادة السابقة تستكمل المصلحة إعداد السجل العيني للقسم المساحي على الوجه المبين بالقانون المرافق » .

وهذا يدل على رغبة المشرع المصري أن يضع نظام السجل العيني موضع التطبيق في أقرب وقت ممكن نظراً لما يتسم به هذا النظام من مزايا تفوق بكثير نظام الشهر الشخصي .

المبحث الثاني

نظام التسجيل العقاري في ليبيا وفقاً لقانون التسجيل الصادر سنة ١٩٦٥

خطة البحث :

استمر العمل بقانون التسجيل الذي صدر في ليبيا سنة ١٩٢١ — ولقد كان هذا النظام يأخذ على ما بينا بنظام السجل العيني — إلى سنة ١٩٦٥ حيث أصدر المشرع الليبي قانون التسجيل العقاري [١] . وفيه ظل المشرع الليبي آخذاً أيضاً بنظام السجل العيني ؛ بل وقد استمد معظم أحكامه من قانون التسجيل السابق الصادر سنة ١٩٢١ . وسوف نبدأ أولا بدراسة أنواع العقارات الخاضعة للتسجيل وفقاً للقانون الليبي ، ثم نلي ذلك ببحث اجراءات تحقيق الملكية والاعتراض عليها ، ثم التسجيلات الأساسية العينية ، فالمحررات واجبة الشهر ، وأخيراً الأثر الذي يترتب على تسجيل هذه المحررات .

---

(١) نشر في الجريدة الرسمية . العدد ١٤ في ١٩/١٠/١٩٦٧ .

المطلب الاول

انواع العقارات الخاضعة للشهر

تنص المادة الخامسة من قانون التسجيل الصادر سنة ١٩٦٥ على أنه تنقسم العقارات إلى :

١ ــ عقارات للدولة .
٢ ــ عقارات مشتركة للقبائل .
٣ ــ عقارات خاصة .
٤ ــ أوقاف عامة .
٥ ــ أوقاف خاصة .

أولاً : عقارات الدولة

تخضع العقارات المملوكة للدولة أو لاحد الأشخاص الاعتبارية العامة لنظام الشهر . وقد تكون هذه العقارات مملوكة للدولة ملكية عامة أم خاصة . وتنص المادة السادسة من قانون السجل على أنه « تعتبر عقارات عامة غير قابلة للتصرف العقارات المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم . وما عدا ذلك من العقارات يعتبر من الأموال الخاصة للدولة أو الأشخاص المذكورة .

وتعتبر من الأموال الخاصة للدولة أو الهيئات الاعتبارية العامة :

أ — شواطىء البحر وما ينجلي عنه البحر من الأراضي والشواطىء .
ب — الأراضي الموات والسباخ والملاحات والغابات والجبال وكثبان الرمل المتحركة وبطون الأودية .

وفي جميع الأحوال لا يجوز الحجز على العقارات المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة أو إدعاء تملكها بالتقادم » .

ومثال العقارات المملوكة للدولة ملكية عامة الطرق والجسور والموانىء والمطارات وتكتسب هذه العقارات صفة المال العام لكونها مخصصة للمنفعة العامة بالفعل أو بمقتضى قانون .

وتنص المادة ٨٧ من القانون المدني على أنه « تعتبر أموالا عامة ، العقارات والمنقولات التي للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم .

٢ — وهذه الأموال لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم .

وبذلك يكون المشرع الليبي قد اخذ في هذا الخصوص بمعيار التخصيص للمنفعة العامة تاركاً بذلك ما كان قد اقترح من معايير أخرى (١) .

---

(١) ومثال هذه المعايير ما كانت تنص عليه المادة ٢٥ من القانون المدني المصري المختلط من انه « املاك الميري ، كالاستحكامات والمين وغير ذلك ، لا تقبل ان تكون ملكاً لاحد » ولقد كان هذا هو المعيار الذي قيل به للتفرقة بين الاموال العامة المملوكة للدولة **Domaine public** واموالها الخاصة **Domaine privé**. وقد قال به الفقيه الفرنسي **Ducrocq** في مؤلفه في القانون الإداري الطبعة الثالثة عشر ص ٤٧٣ وشايعه فيه العلامة **Barthelemy** فما كان من الأموال غير قابل للتملك الخاص، فإنه يكون مملوكاً للدولة ملكية عامة ومثال ذلك الطرق والانهـــار . وسرعان ما عدل بعد ذلك الفقه الفرنسي عن الأخذ بهذا المعيار ، فمن الأشياء ما يمكن أن يكون محلا للملكية الخاصة ، ومع ذلك فانه يعتبر من الاموال العامة . ومثال ذلك المنقولات الأثرية والكتب المخزونة في دور الكتب العامة وغير ذلك . بل ان من الاشياء التي يقال عنها انها لا يمكن ان تكون محلا لملكية خاصة ما يتصور ورود الملكية الخاصة عليها. ومثال ذلك الطرق او الكبارى التي تكون مملوكة ملكية خاصة او يمكن ان تكون كذلك . =

ولقد ذهب رأي في الفقه إلى القول بأن سلطة الدولة على هذه الأشياء تكون سلطة إشراف ورقابة وادارة لا ملكية [١] . في حين ذهب رأي آخر — وهو الذي نراه صحيحاً — إلى القول بأن حق الدولة على هذه الأشياء هو حق ملكية [٢] . فللدولة أو للشخص الاعتباري العام على هذه الأشياء كافة سلطات المالك من استعمال واستغلال وتصرف . غاية ما في الأمر أنه إذا أرادت الدولة التصرف في مال من أموالها العامة فعليها أن تزيل عنها أولا التخصيص للمنفعة العامة . ويكون ذلك أما بمقتضى قانون أو بالفعل .

وكل ما لا يعتبر من الأموال العامة للدولة يعتبر من أموالها الخاصة .

فيعتبر من الأموال الخاصة للدولة :

ما يكون ملكا لها ولا يكون مخصصاً للمنفعة العامة . ومن الأموال الخاصة

لذلك فقد ذهب جانب آخر من الفقــه في فرنسا الى القول بــان الشيء يكون عاماً اذا كان مخصصاً لاستعمال الجمهور **affectation de la chose à l'usage de tous** أو بإرادة السلطة (ومن القائلين بهذا الرأي كولان وكابيتان ودي لاموانديير . الجزء الاول فقرة (٩٥٣) ولكن هذا المعيار يضيق مع ذلك عن بعض العقارات والمنقولات التي يجب اعتبارها جزءاً من الدومين العام .

وسرعان ما عدل الفقه بعد ذلك عن هذا المعيار واخذ بمعيار تخصيص الشيء لمرفق عام . ومن اخذوا بهذا الرأي العلامة الفرنسي **Dugit** فاذا كان المال مخصصاً لمرفق عام ولو لم يكن مخصصاً لاستعمال الجمهور ، اعتبر مالا عاماً .

واستقر الرأي اخيراً على الاعتداد بتخصيص المال للنفع العام . واخذ به العديد من فقهاء القانون الاداري . وعلى رأسهم العلامة هوريو وفالين . وبهذا المعيار اخذ القانون الليبي كما اخذ به ايضاً القانون المصري.

(١) محمد علي عرفة . حق الملكية ص ١٤٩ رقم ١٢٣ .

(٢) السنهوري . الوسيط في شرح القانون المدني . الجزء الثامن ص ١٤١ . محمد كامل موسى . جزء اول ص ١٣٢ ، سليمان مرقس . المدخل للعلوم القانونية . الطبعة الثانية ص ٤٥٢ . محمد لبيب شنب موجز في الحقوق العينية الاصلية ص ٨ .

للدولة شواطىء البحر وما ينجلي عنه البحر من الأراضي والشواطىء ، وكذلك الأراضي البور والسباخ والملاحات والغابات والجبال وكثبان الرمل المتحركة وبطون الأودية (المادة السادسة من قانون التسجيل العقاري) .

ولا يجوز الحجز على العقارات المملوكة للدولة سواء كانت عامة أم خاصة ، كما لا يجوز أيضاً تملكها بالتقادم .

ثانياً : العقارات المشتركة للقبائل :

وللقبائل في ليبيا ملكية عقارات مشتركة . وتنص المادة الثامنة من قانون التسجيل العقاري على خضوع هذه العقارات لأحكامه . وتقضي هذه المادة بأنه « العقارات المشتركة للقبائل التي تنتفع بها طبقاً للعرف والتقاليد والعادات بما لا يخالف القوانين السارية في البلاد ، وهي مملوكة للقبائل المستوطنة بها على وجه الشيوع ويجري تسجيلها وفقاً للأحكام الواردة في هذا القانون » « وفي سنة ١٩٧٠ أصدر المشرع الليبي القانون رقم ١٤٢ سنة ١٩٧٠ معدلاً لبعض أحكام قانون التسجيل العقاري . وتنص المادة الأولى من هذا القانون على ما يأتي : « ١ – تعتبر مملوكة للدولة ملكية تامة جميع الأراضي والآبار القبلية غير المسجلة بمصلحة التسجيل العقاري والتوثيق وتسجل باعتبارها من أملاك الدولة . ٢ – وتلغى كافة التسجيلات العقارية المبنية على قرارات لجان منازعات الأراضي والآبار القبلية وتعتبر الأراضي والآبار التي سجلت على أساسها في حكم غير المسجلة وتنطبق عليها الفقرة السابقة » . « ونصت المادة الثانية من هذا القانون على أن تستمر القبائل التي تنتفع حالياً بالأراضي والآبار المشار إليها في المادة الاولى في الانتفاع بها .. » وبذلك تؤول ملكية العقارات المشتركة للقبائل للدولة . على أن تستمر القبائل منتفعة بها .

ثالثاً : الأوقاف العامة والأوقاف الخاصة :

يكون الوقف عاماً — اذا كان قد رصد على جهة من جهات البر ابتداءً ، وما عدا ذلك من الأوقاف يكون خاصاً . ويجب تسجيل الوقف عاماً كان أم خاصاً ويخضع لأحكام الشهر المنصوص عليها في القانون .

رابعاً : العقارات الحضرية والعقارات البرية :

وتنقسم أيضاً العقارات الخاضعة للشهر إلى حضرية وبرية . وتعتبر عقارات حضرية جميع العقارات الداخلة في النظام المعماري لتخطيط المدن أو في محيطها أن لم يكن لها نظام معماري وكذلك العقارات الواقعة في محيط البلديات والقرى، وما عدا ذلك من العقارات يعتبر عقارات برية (المادة العاشرة من قانون التسجيل) .

المطلب الثاني

اجراءات تحقيق الملكية والاعتراض عليها

ينبني نظام السجل العيني أساساً على حصر دقيق للملكية وتحديد مساحي منضبط لها ، فالملكية تنتقل بالتسجيل وفقاً لنظام السجل العيني ،وواقعة التسجيل نفسها هي التي تنتقل بها الملكية . وجميع البيانات الواردة في السجل العيني تعتبر صحيحة ولها حجية مطلقة في حق جميع الناس .

وتبعا لذلك ، عني قانون التسجيل العقاري سواء الذي صدر في سنة ١٩٢١ أو المطبق الآن — وهو قانون سنة ١٩٦٥ — ببيان الاجراءات الواجبة الاتباع في تحقيق الملكية ابتداء وإثباتها ، وبين كيف يمكن الاعتراض عليها ، وان اتسمت هذه الإجراءات بالتعقيد، إلا أن ذلك يقصد به درء احتمالات الوقوع في غلط .

وسوف نبدأ أولاً ببيان اجراءات تحقيق الملكية ، ثم نلي ذلك بدراسة كيفية الاعتراض عليها .

أولاً : إجراءات تحقيق الملكية :

بين قانون الشهر العقاري اجراءات تحقيق الملكية المبتدئة ويمكن إجمالها فيما يلي :

١ — يقدم أولا طلب تحقيق الملكية إلى مكتب التسجيل الذي يقع في دائرته العقار . ويجب أن يكون هذا الطلب موقعاً من ذوي الشأن أو ممن يقوم مقامهم (المادة ١٢ من قانون التسجيل العقاري) فإذا كانت العقارات واقعة في دائرة اختصاص إدارات أو مكاتب متعددة وجب إجراء التسجيل في كل هذه الإدارات والمكاتب . ولا يكون للتسجيل الذي يتم في العقارات التي يقع في دائـــرة اختصاصه أحدها أثر إلا بالنسبة لهذه العقارات أو أجزاء . ويعد بكل إدارة أو مكتب فهرس للمحررات التي تم تسجيلها (المادة ٤ من قانون التسجيل العقاري) ..

هذا ويلاحظ أنه لا يجوز رفع أي دعوى أمام القضاء بطلب استحقاق أو تثبيت ملكية عقار أو أية حقوق عينية أخرى ما لم تقدم معها شهادة مـــن الإدارة أو مكتب التسجيل المختص دالة على أن العقار موضوع النزاع ليس محلا لأجراءات تحقيق ملكية ، كما أنه لا يجور لادارات ومكاتب التسجيل اتخاذ أي إجراء بشأن طلبات تحقيق الملكية المتعلقة بأي عقار رفعت بشأنه دعوى إلى أن يصدر في الدعوى حكم حائز لقوة الأمر المقضي فيه أو إلى أن يقدم ما يفيد إشهار الدعوى (المادة ١١ من قانون الشهر العقاري) .. فإذا كان العقار المطلوب تثبيت ملكيته قد اتخذ بشأنه إجراء من اجراءات تحقيق الملكية ، أو إذا كان العقار المطلوب تحقيق ملكيته قد رفعت بشأنه دعوى أمام القضاء ، فإن الدعوى في الحالة الأولى وطلب تحقيق الملكية في الحالة الثانية يكون كلاهما غير مقبول . وهذه قاعدة منطقية فما دام العقار محلا لأي إجراء

من إجراءات تحقيق الملكية فلا يجوز أن يرفع أمام القضاء دعوى بطلب تثبيت ملكيته . ولا تكون هذه الدعوى مقبولة إلا بعد ذلك . وينطبق نفس الحكم ، وهذا هو ما نصت عليه أيضاً المادة ١١ من قانون التسجيل العقاري — إذا كانت قد رفعت دعوى بطلب تثبيت أو استحقاق ، فلا يجوز عندئذ لمكاتب التسجيل مباشرة أي إجراء من إجراءات تحقيق الملكية إذا كان متعلقاً بنفس العقار الذي رفعت بشأنه الدعوى ما لم يصدر فيها حكم نهائي حائز لقوة الأمر المقضي فيه ، أو ما لم يقدم ما يفيد انتهاء الدعوى .

ويجب أن يتضمن طلب تحقيق الملكية عدة بيانات نصت عليها المادة ١٣ من قانون التسجيل العقاري . وهذه البيانات هي :

— البيانات الدالة على شخصية كل طرف وعلى الأخص أسمه ولقبه وجنسيته ومحل إقامته وأسم أبيه .
— بيانات صفات من يقومون مقام غيرهم ومدى سلطاتهم .
— البيانات اللازمة لتعيين العقار ووضعه فإذا كان العقار بريأ بين نوع الأرض وتوابعها وعدد أشجارها ونوع هذه الأشجار وعدد الآبار والأبنيـــة والمقصود منها وحالة الأرض الحالية وإذا كان العقار حضرياً يبين المقصود من المبنى وحالته وتوابعه وعدد طوابقه وعدد حجرات كل منها .
— بيان موقع العقار بياناً واضحاً نافياً للجهالة وذلك بذكر أسم المحافظة والمتصرفية والبلد والمحلة والشارع والزنقة أو الميدان أو الساحة أو الطريق الواقع فيه والرقم المعطى له من البلد وتخطيطها له إن وجد .
— مساحة العقار وحدوده الفاصلة بينه وبين العقارات المجاورة وأرقام تسجيلها إن وجدت أسماء ملاكها .
— قيمة العقار .
— بيان الحقوق العينية المقررة على العقار موضوع تحقيق الملكية مع إرفاق

الحجج والمستندات والوثائق الدالة على ذلك .

— بيان حقوق الارتفاق .

ويجب أن تدون هذه الطلبات حسب تاريخ تقديمها على النموذج المخصص لذلك بأرقام متتابعة حسب تاريخ تقديمها (المادة ١٤ من قانون الشهر العقاري) .

٢ — على مدير الإدارة أو رئيس مكتب التسجيل قبل قيامه بإجراءات تحقيق الملكية أن يخطر ذوي الشأن في العقارات المطلوب تحقيق ملكيتها والجيران المشتركين في المورد وشيخ وأمام القبيلة أو مختار المحلة . ويتم هذا الإخطار أما عن طريق مراكز قوات الأمن أو بخطاب موصى عليه مصحوب بعلم وصول ويجب أن يتم هذا الإخطار قبل الموعد المحدد لاجراءات التحقيق بخمسة عشر يوماً على الأقل . وعلى الإدارة أو المكتب أن تلصق في اللوحة المعدة للإعلانات وقبل الموعد المحدد لإجراءات تحقيق الملكية بعشرة أيام على الأقل إعلاناً يتضمن وصف العقار وأسماء من طلبوا تحقيق الملكية .

ويلاحظ أن المواعيد السابقة الإشارة إليها والمنصوص عليها في المادة ١٥ من قانون التسجيل العقاري مواعيد حتمية ويترتب على عدم مراعاتها بطلان في الإجراءات .

٣ — يجري بعد ذلك تحقيق الملكية بناء على ما يقدمه ذوو الشأن من مستندات ووثائق أو بناء على ما يوجد من وثائق في ملفات المصلحة (مصلحة الشهر العقاري)[1] . ويجري لكل عقار تحقيق مستقل .

---

(١) ومع اختلاف نظام الشهر في القانون الليبي (نظام السجل العيني)) عن قرينه في النظام المصري (الشهر الشخصي) الا ان المادة ٢٧ من قانون الشهر العقاري المصري الصادر سنة ١٩٤٦ تعطي لمأمورية الشهر العقاري من تلقاء نفسها او بناء على طلب صاحب الشأن ان تستوفي=

وإذا لم يحضر أي من ذوي الشأن رغم إعلانهم بالحضور إعلاناً صحيحاً[1] وجب على المحقق أن يتم كافة الإجراءات المتعلقة بتحقيق الملكية ، وله في ذلك أن يستأنس بشهادة كبار السن وأهل المعرفة من أصل المنطقة (المادة ٢٠ من قانون التسجيل العقاري) .

ولمن رفض طلب تحقيق ملكيته أن يجدد هذا الطلب إذا ظهرت له وثائق جديدة لم تكن موجودة من قبل (المادة ٢١ من القانون السابق) .

٤ — بعد أن تنتهي إجراءات التحقيق ، فعلى الإدارة أو مكتب التسجيل أن يتخذ الخطوات التالية :

أ — إعلان نتيجة تحقيق الملكية ويتضمن هذا الإعلان وصفاً شاملا للعقار وبيان المالك ويعلق الإعلان لمدة عشرين يوماً متتالية على لوحة الإعلانات بالإدارة أو المكتب ولوحة لكل من المحكمة المدنية والمحكمة الشرعية والبلدية والمتصرفية .

ب — إخطار مقدم الطلب أو مقدميه إن تعددوا وكافة أصحاب الشأن وإمام القبيلة أو مختار المحلة بصورة من هذا الإعلان ، ويجب أن تتم إجراءات التعليق والإخطار في تاريخ واحد وأن يدون محضر بذلك .

ثانياً : الاعتراض على اعلان نتيجة تحقيق الملكية :

بالإعلان الذي يتحقق بالتعليق على النحو المبين آنفاً يتحقق قدر منضبط من العلم المفروض ، وآية ذلك أن المشرع عندما نظم طريقة الاعتراض على إعلان نتيجة تحقيق الملكية حدد لها ميعادا يبدأ حسابه من وقت اتخاذ إجراءات التعليق .

= البيانات فيما يتعلق بوصف العقار واصل الملكية او الحق العيني مما يكون قد قدم اليها من طلبات ، او مستندات متى كان لديها اصولها او صورها .

(١) ويتم الاعلان الصحيح اما عن طريق مراكز قوات الامن واما بواسطة خطاب مسجل موصى عليه بعلم وصول .

وتبدأ إجراءات الاعتراض على إعلان نتيجة تحقيق الملكية بطلب يقدمه كل ذي شأن ، وذو الشأن في نظرنا هو كل من يتأثر مركزه القانوني وجودا وعدما بما ورد في إعلان نتيجة تحقيق الملكية . وتنص المادة ٢٣ من قانون التسجيل العقاري على أنه « لكل ذي شأن حق الاعتراض على مضمون إعلان نتيجة تحقيق الملكية في ظرف شهرين من تاريخ اتخاذ إجراءات التعليق والإخطار المنصوص عليها في المادة السابقة »[1] .

وتختص بنظر هذه الاعتراضات والفصل فيها لجنة تشكل برئاسة أحد قضاة المحكمة الابتدائية المدنية التي يقع في دائرة اختصاصها مقر الادارة أو المكتب وتختاره الجمعية العمومية للمحكمة دون حاجته إلى أي إجراء آخر ، وبعضوية مدير الإدارة أو رئيس المكتب ورئيس قسم الأعمال الفنية والمساحية به ، وينوط الأعمال الكتابية للجنة أحد موظفي الإدارة أو المكتب يختاره مدير الادارة أو رئيس المكتب (المادة ٢٥ من قانون التسجيل العقاري معدلة بالقانون رقم ١٢٤ سنة ١٩٧٠) .

وتفصل هذه اللجنة فيما يقدم إليها من اعتراضات بعد أن يتولى رئيسها شرح موضوعها وسماع أقوال المعترض والمعترض ضده وأقوال أصحاب الحقوق وبحضور طرفي النزاع ، ثم تصدر اللجنة بعد ذلك قرارها الذي يجب أن يكون مسبباً بعد أن تصدر هذه اللجنة قرارها يجوز لكل ذي شأن

---

(١) ومع ان الميعاد المذكور في المادة ٢٤ من قانون التسجيل العقاري يبدو حتمياً وبالتالي يغلب عليه ان يكون ميعاد سقوط **Délai d'échéance** لا ميعاد تقادم الا انه يقبل مع ذلك في نظرنا الوقف اذا حال دون مباشرته قوة قاهرة او سبب اجنبي . راجع على وجه الخصوص . المؤلف . وقف التقادم وانقطاعه . بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية . العدد الثاني . السنة الرابعة عشرة يوليو ١٩٧٢ م ص ٣٠٦ وما بعدها .

في خلال ٣٠ يوماً من تاريخ إبلاغه بالقرار الصادر بالفصل في الاعتراض الطعن فيه أمام المحكمة الابتدائية المدنية التي يقع في دائرة اختصاصها مقر الإدارة أو المكتب وتنعقد المحكمة في هذه الحالة بهيئة استئنافية وتسمى محكمة الطعون العقارية .

ويجوز الطعن في الأحكام الصادرة في محكمة الطعون العقارية أمام محكمة الاستئناف المدنية الواقعة بدائرتها الإدارة أو المكتب خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان ذوي الشأن بالمحكمة في الحالات الآتية :

١ ــ إذا كان الحكم المطعون فيه مبنياً على مخالفته للقانون أو خطأ في تطبيقه أو تأويله .

٢ ــ اذا كان قد وقع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أو في الحكم .

٣ ــ اذا كان قد سبق صدور حكم في ذات الموضوع حائز لقوة الشيء المحكوم به .

ولا يجوز الطعن بعد ذلك في الحكم الصادر من محكمة الاستئناف بطريق النقد[1] .

---

(١) ويكون الحكم حائزاً لقوة الأمر المحكوم به اذا كان نهائياً ، ولم يعد الطعن فيه جائزاً بطرق الطعن العادية ولوكان قابلا للطعن فيه بطريق من طرق الطعن غير العادية كالنقض والتماس اعادة النظر . وفي هذا تختلف عبارة حجية الامر المقضي فيه عن عبارة قوة الامر المقضي فيه . فبينما تكون الاولى للاحكام ولو كانت قابلة للطعن فيها بطريقة من طرق الطعن العادية ، نجدها تكون في الثانية للاحكام اذا كانت قابلة للطعن فيها فقط بطرق الطعن غير العادية .

راجع اسماعيل غانم . في احكام الالتزام والاثبات . طبعة سنة ١٩٦٧ فقرة ٢٢٣ .

المطلب الثالث

التسجيل

تنص المادة ٣٠ من قانون التسجيل على ما يأتي : « على ذوي الشأن تقديم الأحكام الصادرة من محكمة الاستئناف أو القرارات الصادرة من محكمة الطعون العقارية أو لجنة الفصل في الاعتراضات التي أصبحت نهائية بفوات ميعاد الطعن فيها وذلك لتسجيلها في الدفاتر والسجلات العقارية » .

وتنص لمادة ٣٢ من نفس القانون على أنه « إذا لم تقدم اعتراضات على إعلان تحقيق الملكية خلال المدة القانونية أو قدمت وانتهت إجراءات الفصل فيها يصدر مدير الإدارة أو رئيس المكتب في ظرف الخمسة عشر يوماً التالية قراراً بتسجيل العقار وما قد يكون عليه من الحقوق العينية تسجيلا مؤقتاً في الدفاتر والسجلات العقارية كما يصدر سنداً مؤقتاً بالملكية ينشر مضمونه في الجريدة الرسمية » .

السند المؤقت :

يتم التسجيل في الدفاتر والسجلات العقارية إذن إما بناء على طلب ذوي الشأن وإما يقوم به من تلقاء نفسه مدير الإدارة أو رئيس مكتب التسجيل في ظرف خمسة عشر يوماً من تاريخ انتهاء ميعاد الاعتراض على إعلان تحقيق الملكية — إذا لم تقدم اعتراضات — ومن تاريخ انتهاء إجراءات الفصل في هذه الاعتراضات إذا كانت هناك اعتراضات مقدمة .

والتسجيل الذي يتم عندئذ ليس قطعياً بل مؤقتاً . والسند الذي ينشر مضمونه في الجريدة الرسمية مؤقتاً لا قطعياً .

وإمعاناً في أن تكون البيانات المدونة في السجلات العقارية منضبطة تماماً وقاطعة في إثبات الملكية نصت المادة ٣٣ من قانون التسجيل العقاري على أنه « يجوز لمن فاته الاعتراض على إعلان تحقيق الملكية أن يطعن أمام لجنة الطعون العقارية في السند المؤقت خلال سنة من تاريخ نشر مضمونه في الجريدة الرسمية وذلك في الحالات الآتية :

— إذا ثبت قضاء أن تحقيق الملكية بني على غش من صاحب الشأن .

— إذا ظهرت أدلة أو وثائق جديدة لم يتيسر إبرازها من قبل .

— إذا بني تحقيق الملكية على أدلة أو وثائق ثبت تزويرها بحكم نهائي .

فالسند المؤقت بالملكية وإن كان دالا على إثباتها، إلا أن المشرع الليبي أجاز — مع ذلك — لمن فاته ميعاد الاعتراض على إعلان تحقيق الملكية أن يطعن فيه على أن يتم ذلك الطعن أمام محكمة الطعون العقارية، وأن يقدم خلال سنة من تاريخ نشر مضمون هذا السند في الجريدة الرسمية . ويبدو ان ميعاد السنة ميعاد سقوط لا تقـــادم ، إذ يمنحه المشرع على كره منه . ومع ذلك فإن هذه المدة تقبل الوقف إذا حالت قوة قاهرة دون مباشرة الطعن . ولا تقبل هذه المدة الانقطاع[1] .

---

(١) والفرق بين الوقف والانقطاع أن الأول يترتب عليه عدم احتساب المدة ما بقي السبب الذي ادى الى الوقف قائماً . فاذا زال السبب عادت المدة الى السريان من جديد ويضاف اليها ما يكون قد انصرم منها . في حين ان الثاني يترتب عليه — اذا ما تحقق سبب من اسبابه — عدم احتساب المدة السابقة عليه . وان اختلف الوقف عن الانقطاع من هذه الزاوية الجوهرية ، الا انهما يتفقان بعد ذلك في انه يترتب على كل منها اطالة مدة التقادم .

Hencri et Leon Mazeaud, Leçons de droit civil. n 1179 et 1181, Marty

ويلاحظ أنه لا يجوز الطعن في السند المؤقت إلا لأحد الأسباب المبينة في المادة ٣٣ سابقة الإشارة إليها .

السند القطعي :

اذا مضت مدة السنة على نشر السند المؤقت في الجريدة الرسمية ولم يحدث طعن فيه أو حصل طعن وتم الفصل فيه قرر مدير الإدارة أو رئيس المكتب سحب السند المؤقت أو إبطاله إن تعذر سحبه ويستعاض عن السند المؤقت بسند قطعي يمنح لصاحب الشأن بناء على طلبه (لمادة ٣٤ من قانون التسجيل العقاري) .

ويجوز مع ذلك الطعن أمام محكمة الاستئناف الواقعة في دائرتها الإدارة أو المكتب في السندات القطعية خلال خمس سنوات من تاريخ صدورها في عدة حالات نص عليها القانون هي :

— إذا ثبت قضاء ان تحقيق الملكية قد بني على غش من صاحب الشأن .
— إذا بني تحقيق الملكية على وثائق أو أدلة ثبت تزويرها بحكم نهائي .
— إذا نشأ تحقيق الملكية عن خطأ مادي في المستندات والوثائق وتعذر تصحيحه.
— إذا أدى تحقيق الملكية إلى تسجيل مناقض لتسجيل سابق متعلق بنفس العقار .

ولا يجوز الطعن بعد ذلك في الحكم الذي تصدره محكمة الاستئناف بطريق النقض .

---

et Raymond. Droit civil, T II volume n I n 872 et 813, Jean Carbonnier. Droit civil T II n 2221 et 222.

وفي الفقه المصري . عبد الرزاق السنهوري . الوسيط في شرح القانون المدني . الجزء الثالث . طبعة سنه ١٩٥٨ ، فقرة ٦٢٧ ، محمد عبد اللطيف . التقادم المكسب والمسقط ، طبعة سنة ١٩٦٦ فقرة ١٧٢ .

المطلبُ الرابع

التسجيلات الاساسية العينية

خصص المشرع الباب الرابع من قانون التسجيل العقاري لتحديد التسجيلات الأساسية العينية . وبيان كيفية إتمام التسجيل بعد صدور السندات القطعية . وهذا هو ما سنبينه فيما يلي :

أولاً : السجلات العينية :

أوجبت المادة ٣٨ من قانون التسجيل العقاري على كل إدارة أو مكتب إمساك السجلات الآتية :

١ ــ سجل أملاك الدولة .
٢ ــ سجل الأوقاف العامة والأوقاف الخاصة .
٣ ــ سجل الأوقاف ذات الإيجارتين .
٤ ــ سجل العقارات المشتركة للقبائل .
٥ ــ السجلات العينية العقارية .

وتقيد في سجل أملاك الدولة العقارات المملوكة للدولة أو لغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة سواء تلك التي تعتبر من أموالها العامة أو أموالها الخاصة (المادة ٣٩ من قانون التسجيل العقاري) .

وتقيد في سجلات الوقف العقارات الموقوفة سواء كانت أوقافاً خيرية أو أهلية (الأوقاف الخاصة) . ويجب بالنسبة لهذه الأخيرة أن يبين اسم المنتفع

الحالي وموطنه ومن يخلفه ومن سيتولي إدارة الوقف وتوزيع غلته وسائـــر البيانات اللازمة لإيضاح حالة الوقف (المادة ٤٠ من قانون التسجيل العقاري) .

وتسجل الأوقاف ذات الإيجارتين في السجلات الخاصة بها وفي دفتر الأوراق المتممة مع إيضاح كافة البيانات الواردة في حجة الوقف .

وأما العقارات المشتركة للقبائل فإنها تسجل في سجل خاص بها مع إيضاح كيفية الانتفاع بهذه العقارات واسم القبيلة أو القبائل وفروعها والعائلات والبيوت التي تتألف منها القبائل التي لها حق الانتفاع .

وتسجل الأملاك الخاصة في السجلات العقارية الخاصة بها . ويلاحظ أن المشرع قد أطلق على هذه السجلات فيما يبدو اسم « السجلات العينية العقارية » (المادة ٣٨ / ٥ من قانون التسجيل العقاري) وكأنه يوحي بذلك أن السجلات الأخرى — سجلات أملاك الدولة ، وسجلات الأوقاف ، وسجلات العقارات المشتركة للقبائل — ليست سجلات عينية عقارية علماً بأنها كذلك . وكان الأفضل ما دام المقصود بها السجلات العقارية الخاصة أن تسمى كذلك حتى لا يثور مثل هذ اللبس السابقة الإشارة إليه .

ويجوز تسجيل عدة عقارات باعتبارها قطعة واحدة إذا كانت هـــذه العقارات مملوكة لشخص واحد أو لعدة أشخاص على الشيوع دون أن يفصلها عن بعضها فاصل من ملك عام أو خاص ودون أن يكون لبعضها أو عليه من الحقوق ما ليس للبعض الآخر أو عليه . ولا يخل ذلك بما يكون للمالك من حق في طلب تسجيل كل عقار على حدة .

ولا تمنح السندات المؤقتة أو القطعية المثبتة للملكية إلا بالنسبة للأملاك الخاصة ، أما أملاك الدولة العامة أو الخاصة والأوقاف العامة والخاصة والعقارات المشتركة للقبائل فلا يترتب على تسجيلها منح سندات بل تمنح لذوي الشأن

بناء على طلبهم شهادات عقارية توضح حالة العقار (المادة ٤٥ من قانون التسجيل العقاري) .

وإذا تعدد ملاك العقار الواحد سلم السند إلى من كان يملك أكثر من من نصف العقار فإذا لم يوجد منهم من يملك أكثر من النصف سلم السند لمن يتفق ملاك أكثر من النصف على تسليم السند إليه . فإذا تعذر الاتفاق حفظ السند بالإدارة أو مكتب التسجيل وأعطي كل مالك شهادة عقارية بمضمون ما ورد في السند للعقاري المحفوظ لديها (المادة ٤٨ من قانون التسجيل العقاري)

المطلب الخامس

المحررات واجبة الشهر

عالج المشرع الليبي في الباب الخامس من قانون التسجيل العقاري المحررات الواجب تسجيلها وشهرها . ولعل هذا الباب هو أهم أبواب القانون جميعاً من الناحية الفقهية. ويمكن تقسيم المحررات واجبة الشهر وفقاً لهذا القانون إلى ما يأتي

اولاً ـ التصرفات والاحكام المتعلقة بحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية :

تنص المادة ٥١ من قانون التسجيل العقاري على ما يأتي : « جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله ، كذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب تسجيلها ويدخل هذه التصرفات الوقف والوصية .

ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة لغيرهم .

ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن . وتنص المادة ٥٢ من قانون التسجيل العقاري على أنه « تسجل التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية ويترتب على عدم التسجيل أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير ، ويسري هذا الحكم على القسمة العقارية ولو كان محلها أموالاً موروثة » .

فيخضع للشهر إذن جميع التصرفات المنشأة أو المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية ، وأيضا لا الأحكام المنشئة أو المقررة لحق من تلك الحقوق[1] .

غير أن الأثر الذي يترتب على التسجيل يختلف بحسب ما إذا كان التصرف منشأ أو مقرراً لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية . فإذا كان التصرف منشئا أو ناقلاً أو منهياً لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية ، فإن هذا التصرف لا يحتج به سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير إلا بالتسجيل . وهذا هو ما تنص عليه المادة ٥١ من قانون التسجيل العقاري سنة ١٩٦٥ ، وما كانت تنص عليه أيضاً المادة السابعة فصل ٨١ من قانون التسجيل السابق الصادر سنة ١٩٢١ . أما إذا كان التصرف مقررا لحق من

---

(١) ومن الاحكام النهائية المثبتة لحق من الحقوق العينية العقارية الاصلية الحكم الصادر في دعوى صحة التعاقد ، فهذا الحكم واجب التسجيل؛ وكذلك ايضاً الاحكام المثبتة للعقود المنشئة لحق عيني عقاري اصلي كانشاء حق انتفاع او استعمال على عقار أو إنشاء حق ارتفاق . فكل هذه الأحكام واجبة التسجيل . ومنها ايضاً الحكم الصادر برسو المزاد في العقار، والحكم الذي يصدر بثبوت الشفعة يجب ايضاً تسجيله اعمالا لما تنص عليه المادة ٩٤٨ مدني والتي تنص بأنه « الحكم الذي يصدر نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سنداً لملكية الشفيع ، وذلك دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالقيد » راجع عبد الرزاق السنهوري . الوسيط . الجزء التاسع ص ٣٥٤ .

الحقوق العينية العقارية الأصلية ، فلا يحتج به في مواجهة الغير إلا بالتسجيل . وإن كان هذا لا يحول دون أن ينتج التصرف أثره في العلاقة بين طرفيه . ومثال ذلك عقد القسمة إذا كان وارداً على عقار ، فلكل شريك متقاسم أن يحتج بحقه في مواجهة الشركاء المتقاسمين الآخرين ولو لم يكن عقد القسمة مسجلا ، في حين لا يكون له إلا الاحتجاج به في مواجهة الغير إلا إذا كانت القسمة مسجلة .

وهذا هو نفس الحكم المعمول به في قانون الشهر العقاري المصري الصادر سنة ١٩٤٦ إذ تنص المادة التاسعة من هذا القانون على أن « جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله ، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل ويدخل في هذه التصرفات الوقف والوصية . ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة لغيرهم ... » .

كما تنص أيضاً المادة العاشرة من هذا القانون على أن جميع التصرفات والأحكام المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية لا يحتج به في مواجهة الغير إلا بالتسجيل . فالحكم واحد إذن في هذا الخصوص سواء في القانون الليبي أو القانون المصري[1] .

---

(١) وما تجب ملاحظته في هذا الشأن ان المادة ٢٧ / ١ ما قانون السجل العيني الذي صدر في مصر سنة ١٩٦٤ ولا زال هذا القانون غير مطبق حتى الآن في مصر – تنص على انه « يجب كذلك قيد جميع التصرفات والاحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الاصلية ، ويترتب على عدم القيد ان هذه الحقوق لا تكون حجة لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة لغيرهم » ويختلف هذا الحكم عن مثيله في قانون الشهر العقاري المصري ، بل وعن الحكم الوارد في قانون التسجيل العقاري الليبي . وكان الاجدر بالمشرع الليبي وهو يأخذ بنظام السجل العيني ان يقضي به ، اذ ان القيد في السجل العيني هو الذي ينشيء الحق او يكشف عنه . وليس للتصرف بمفرده في ذلك من اثر . فاذا كان التصرف المقرر لحق من الحقوق العينية الاصلية لم يسجل . فكان المنطق وفقاً لنظام=

فإذا قسم عقار شائع دون أن يسجل عقد القسمة — والقسمة تصرف مقرر لحق من الحقوق العينية الأصلية — فللغير أن يتجاهل حصول القسمة . والمقصود بالغير هنا كل شخص تلقى حقاً عينياً على العقار على أساس أنه ما زال مملوكا على الشيوع وقام بشهر حقه قبل تسجيل سند القسمة . فيعتبر من الغير إذن مشتري العقار الشائع كله أو مشتري حصة شائعة منه متى كان قد سجل عقده قبل تسجيل عقد القسمة . وكذلك أيضاً الدائن المرتهن الذي يكون قد حصل على رهن على العقار الشائع كله أو على حصة شائعة منه شريطة أن يكون قد سجل حقه قبل تسجيل عقد القسمة(١) .

فإذا باع أحد الشركاء على الشيوع حصته شائعة بعد القسمة ولكن قبل تسجيلها . وقام المشتري بتسجيل البيع قبل تسجيل عقداً القسمة . فلا يمكن الإحتجاج بهذه القسمة على المشتري بل يكون له أن يتجاهلها . ويعتبر الشيء بالنسبة له لا زال مملوكاً على الشيوع . وله بعد ذلك أن يطلب إجراء قسمة جديدة يكون هو طرف فيها .

وإذا كان التصرف المقرر لحق من الحقوق العينية الأصلية لا يرتب أثراً في مواجهة الغير إلا بالتسجيل ، فإن هذا لا يحول دون أن يرتب التصرف أثره بين أطرافه . فالقسمة تنتج أثرها بين المتقاسمين فور حوصولها ولو لم نسجل . ويصبح بعدها كل شريك مالكا لحصة مفرزة في مواجهة الشركاء الآخرين . فإذا قام ببيع هذا النصيب مثلا . فلا يكون لأحد شركائه السابقين أن يطلب أخذه بالشفعة استناداً إلى أنه شريك في الشيوع إذ أن الشيوع قد أنتهى بالقسمة (٢)

= يأخذ بالسجل العيني كالقانون الليبي الا يكون لهذا التصرف من أثر سواء في العلاقة بين المتعاقدين او في مواجهة الغير . عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني . جـ ٩ ص ١٤١ .

(١) محمد لبيب شنيب . موجز في الحقوق العينية الاصلية طبعة سنة ١٩٧٢ فقرة ٣٠٩ وراجع ايضاً نقض مدني في ٢/٤/١٩٦٤ . مجموعة احكام محكمة النقض المصرية ١٥–٨١–٥٠٣ .

(٢) فالشيوع سبب من اسباب الاخذ بالشفعة ، اذ تنص المادة ٩٤٠ من القانون المدني على انه =

ويلاحظ أن التصرفات والأحكام المنشئة هي التي يكون من شأنها إنشاء حـــق من الحقوق العينية العقاريـــة أو نقله أو زوالـــه . في حين أن التصرفات والأحكام المقررة هي التي يكون من شأنها الكشف عن حق قائم من قبل في تقرير وجوده وإزالة ما كان لاحقاً به من غموض . ومثال ذلك كما بينـــا القسمة (١) .

والتسجيل لازم لإنشاء الحق العيني الأصلي أو نقله أو زواله فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير سواء أكان التصرف المنشىء للحق عقداً أم تصرفاً مصدره الإرادة المنفردة ، كما أن التسجيل واجب أيضاً بالنسبة للتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت كالوصية . وإن كان الحق الموصى به لا ينتقل إلى الموصى له إلا بعد الوفاة حتى ولو سجلت الوصية قبل ذلك . وأما إذا تراخى التسجيل عن وقت حدوث الوفاة فإن الملكية لا تنتقل إلى الموصى له إلا عند التسجيل ومن تاريخه . ولا يترتب على الوصية غير المسجلة أثر فيما يتعلق بنقل العقار أو الحق العيني العقاري الموصي به إلى الموصى له . بل يظل الحق ملكاً للورثة مع الزامهم بنقل ملكيته وتسليمه إلى الموصى له ، ويظل الموصي له في مركز دائن التركة إلى أن يتم تسجيل الوصية .

ثانياً : تسجيل حق الارث :

وتنص المادة ٥٣ من قانون التسجيل العقاري على أنه « لا تؤول العقارات الموروثة إلى الورثة إلا بعد تقديم إعلان شرعي من المحكمة المختصة بحصر

= « يثبت الحق في الشفعة (أ) لمالك الرقبة اذا بيع كل حق الانتفاع الملابس لها او بعضه . (ب) للشريك في الشيوع اذا بيع شيء من العقار الشائع الى اجنبي . (ج) لصاحب حق الانتفاع اذا بيعت كل الرقبة الملابسة لهذا الحق او بعضها » .

(١) اسماعيل غانم . الوجيز في عقد البيع . فقرة ١٠٤ ، الاستاذ محمد شوقي . الشهر العقاري علماً وعملاً ص ١٨٨ . اسماعيل غانم . السابق ص ١٤٠ .

الورثة وبيان نصيب كل وارث وتسجيل حق الأرث « فتسجيل حق الأرث لازم إذن وفقاً لما تنص عليه عبارة المادة ٥٣ من قانون التسجيل العقاري الليبي لانتقال العقارات الموروثة من المورث إلى الورثة . ولقد كان هذا أيضاً هو نفس الحكم المنصوص عليه في الفصل ٨١ من قانون سنة ١٩٢١ والذي كان ينص على أنه « مما يلزم تسجيله في الدفاتر والسجلات العقارية ولا حكم له حتى بين الطرفين إلا إعتباراً من تاريخ التسجيل ما يأتي ١ — ..... ٢ — إنتقال الملكية بسبب الموت »(١) .

والعبارة الواردة في المادة ٥٣ من قانون التسجيل العقاري في نظرنا معيبة . فلا يلزم التسجيل — وفقاً لما نرى — لانتقال العقارات الموروثة من المورث إلى ورثته . بل يتحقق هذا الانتقال فور الوفاة . وبالوفاة تؤول ملكية الأموال الموروثة من المورث إلى ورثته سواء أكانت هذه الأموال عقارات أم منقولات وهذا الانتقال يتحقق بقوة القانون فور الوفاة . والقول بغير ذلك معناه أن تظل الأموال الموروثة بغير مالك إلى أن يتم تقديم الإعلام الشرعي وإلى أن يشهر حتى الإرث . وهذا المعنى هو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في حكم مهم لها . ولقد جاء في هذا الحكم أن « الميراث من الحالات الاستثنائية التي تجيز فيها تشريعات السجل العيني عدم تعليق نقل الحل فيه على إجراء القيد في السجل العيني لأن الميراث سبب من أسباب كسب الملكية ، ويترتب من وقت وفاة المورث . وينقل إلى الورثة ملكية مورثهم جبراً ولا يلزم تسجيل حق الارث إلا من أجل تمكين الوارث من التصرف للغير .

---

(١) ولقد عدد المشرع الليبي ثم في الفصلان ٨١، ٨٢ من قانون التسجيل السابق الصادر سنة ١٩٢١ العقود والاحكام والتصرفات واجبة الشهر . وهي تكاد لا تختلف عما ورد بقانون التسجيل العقاري في المواد ٥١—٥٧ . الدكتور محمد عبد الجواد نظام التسجيل العقاري في الجمهورية العربية الليبية . المرجع السابق ص ٢٨٦ .

وإن المراد من المادة ٥٣ من قانون التسجيل العقاري لسنة ١٩٦٥ والتي تنص على أنه لا تؤول العقارات الموروثة إلى الورثة إلا بعد تقديم إعلام شرعي بحصر الورثة وأنصبتهم وإشهار حق الإرث هو أيلولة ما انتقلت ملكيته من عقارات موروثة بالنسبة للكافة وبالنسبة للغير ، أما إنتقال الملك إلى الورثة بعد وفاة مورثهم فأمر لا ريب فيه لأن المسببات لا تتراخى عن أسبابها إلا إذا وجد ما يمنع من عمل هذه الأسباب والموت سبب للتوريث تتحقق الوراثة فوره وهي تملك الوارث لما تركه المورث وتبقى الديون متعلقة بالأموال للاستيثاق من الأداء . وليس ذلك مانع من التملك حتى لا يبقى المال سائبة دون مالك . فإذا أهمل الوارث قيد حق المورث أو أغفل باقي الورثة ذكر إسمه في القيد الذي تقدموا به ، فإن ذلك لا يسقط حقه ما دامت التركة لم تنتقل إلى الغير وما دام أحد لم يتملكها بوضع اليد المدة الطويلة [1] .

فليس المقصود بما تنص عليه المادة ٥٣ من قانون التسجيل العقاري وفقاً لما نرى عدم أيلولة العقارات الموروثة إلى الورثة فور وفاة المورث . بل المقصود بها وفقاً لما ذهبت إليه المحكمة العليا هو أنه لا يجوز شهر أي تصرف يصدر من الوارث إذا كان متعلقاً بحق من الحقوق التي انتقلت إليه بسبب الميراث إلا إذا كان قد أشهر الوارث حقه في الارث .

ولم يقع المشرع المصري في نفس الخطأ عندما أوجب تسجيل حق الارث . إذ تنص المادة ١٣ من قانون الشهر العقاري المصري الصادر سنة ١٩٤٦ على أنه يجب شهر حق الارث بتسجيل اشهارات الوراثة الشرعية أو الأحكام

---

(١) حكم صادر من المحكمة العليا . مجلة احكام المحكمة العليا في الطعن مدني رقم ١٨/٦٢ جلسة ٦ صفر ١٣٩٢ هـ . الموافق ٢١ مارس سنة ١٩٧٢ . السنة الثانية العدد الرابع ص ٨٥ . وانظر ايضاً نفس المجلة في الطعن رقم ١٨/٤٢ + جلسة ٩ جماد الأول ١٣٩٢ هـ الموافق ٢٠ يونيو ١٩٧٢ السنة التاسعة العدد الاول ص ١٢٥ .

النهائية أو غيرها من السندات المثبتة لحق الإرث مع قوائم جرد التركة إذا اشتملت على حقوق عينية عقارية وذلك بدون رسم وإلى أن يتم هذا التسجيل لا يجوز شهر أي تصرف يصدر من الوارث في حق من هذه الحقوق .

ويجوز أن يقتصر شهر حق الارث على جزء من عقارات التركة وفي هذه الحالة يعتبر هذا الجزء وحدة ينبني على أساسها تصرفات الورثة .

فلا يترتب على عدم تسجيل حق الإرث كما يبين مما تنص عليه هـذه المادة عدم انتقال ملكية العقارات الموروثة إلى الورثة ، إذ أن هـذا الأثر يترتب بقوة القـانون فور الوفاة ، بـل أن الذي يترتب على عدم تسجيل الحق في الإرث هو أنه لا يجوز شهر أي تصرف يصدر من الوارث في حق من الحقوق التي تنتقل إليه بموجب الميراث . وإذا ما اقتصر شهر حق الارث على جزء من عقارات التركة ، فإن التصرفات التي يبرمها الورثة تكون قابلة للتسجيل إذا تعلقت بجزء من العقارات التي اقتصر شهر حق الارث عليها .

خلاصة القول ان المشرع الليبي عندما أوجب تسجيل حق الارث كان يرمي وفقاً لما نرى إلى عدم جواز شهر أي تصرف يصدر من الوارث إذا كان متعلقاً بحق من الحقوق التي أنتقلت إليه بسبب الميراث إلا بعد أن يشهر حقه في الارث .

فإذا كان على التركة ديون ، فهل يجب التأشير بها على هامش تسجيل حق الارث حتى يكون لدائني التركة أن يحتجوا بحقهم في مواجهة المتصرف إليه من الوارث أم أن ذلك ليس بلازم . لاشك أن لهذه المسألة أهمية بالغة من الناحية العملية . لذلك نعرض لها أولا في ضوء الأحكام الواردة في القانون المصري ، ثم نلي ذلك ببيان الحكم الذي نراه وفقاً للقانون الليبي .

١ ــ وضع هذه المسألة في القانون المصري :

تنص المادة ١٤ من قانون الشهر العقاري المصري الصادر سنة ١٩٤٦ على أنه « يجب التأشير بالمحررات المثبتة لدين من الديون العادية على المورث في هامش تسجيل الإشهارات أو الأحكام أو السندات وقوائم الجرد المتعلقة بها .

ويحتج بهذا التأشير من تاريخ حصوله . ومع ذلك إذا تم التأشير في خلال سنة من تاريخ التسجيل المشار إليه فللدائن أن يحتج بحقه على كل من تلقى من الوارث حقاً عينياً عقارياً وقام بشهره قبل هذا التاريخ » .

ومفاد هذا النص أنه يجب على كل من له حق قبل المورث أن يؤشر به في هامش التسجيل حق الارث . فإذا تم التأشير بالحق على هذا النحو فإنه يحتج به من تاريخ حصوله على كل من يتلقى من الوارث حقاً عينياً عقارياً متى كان هذا الحق متعلقاً بعين من أعيان التركة . وينطبق نفس الحكم إذا تم التأشير بالحق على هامش تسجيل حق الأرث في خلال سنة من تاريخ هذا التسجيل . ويكون للدائن في هذه الحالة أن يحتج على كل من يكون قد تلقى من الوارث حقاً عينياً ولو قام بشهره قبل هذا التاريخ .

فإذا لم يؤشر الدائن بحقه على النحو السابق بيانه فلا يكون له ان يحتج به في مواجهة المتصرف إليه من الوارث ، إذا كان هذا الأخير قد اشهر حقه قبل أن يؤشر الدائن بحقه على هامش تسجيل حق الارث . وأما إذا أشر الدائن بحقه قبل أن ينتقل إلى المتصرف إليه حقه بشهره ، فلا يحتج بهذا التصرف في مواجهة الـــدائن . ويكون له أن ينفذ على العقار الذي انتقل إلى المتصرف إليه .

وإذا لم يكن لدائن المورث أن ينفذ في بعض الحالات على عين من أعيان التركة لانتقال ملكيتها إلى آخر ، فإن ذلك لا يحول بين دائن التركة وبين

حقه في التنفيذ على باقي أموال التركة الباقية تحت يد الوارث ولو لم يكن قد أشر بحقه على النحو السابق بيانه .

ومع ذلك فإذا عين مصف للتركة . فلا يكون لزاماً على دائني التركة التأشير بحقوقهم على هامش تسجيل حق الارث . بل على كاتب المحكمة أن يقيد يوماً فيوماً الأوامر الصادرة بتعيين المصفين . وبتثبيت أوصياء التركة في سجل عام تدون فيه أسماء المورثين (المادة ٨٧٩/ ١ مدني) ويكون لقيد الأمر الصادر بتعيين المصفي من الأثر في حق الغير الذي يتعامل مع الورثة في شأن عقارات التركة ، ما للتأشير المنصوص عليه في المادة ٩١٤ مدني (المادة ٨٧٩ / ٢) .

وتنص المادة ٩١٤ مدني (وهي التي أحالت إليها المادة ٨٧٩ / ٢ مدني) على أنه « إذا لم تكن التركة قد صفيت وفقاً لأحكام النصوص السابقة ، جاز لدائني التركة العاديين أن ينفذوا بحقوقهم أو بما أوصي به لهم على عقارات التركة التي حصل التصرف فيها ، أو التي ترتبت عليها حقوق عينية لصالح الغير ، إذا أشروا بذلك وفقاً لأحكام القانون » والمقصود بالقانون في هذا الشأن القانون ١١٤ سنة ١٩٤٦ الخاص بتنظيم الشهر العقاري ، وعلى وجه التحديد المادة ١٤ منه السابقة الإشارة إليها .

واعمالاً لنفس الحكم نصت المادة ٣١ من قانون السجل العيني المصري – وهو القانون الذي صدر في مصر سنة ١٩٦٤ ولا زال غير مطبق حتى الآن – على أنه « يجب التأشير بالمحررات المثبتة لدين من الديون العادية على المورث في صحف السجل العيني المخصصة لأعيان التركة أو حقوقها ، ويجب على الدائن إعلان كل ذي شأن بقيام الدين قبل التأشير به . ويحتج بهذا التأشير من تاريخ حصوله . ومع ذلك إذا تم التأشير في خلال سنة من تاريخ القيد المشار إليه في المادة السابقة (قيد حق الإرث) فللدائن أن يحتج

بحقه على كل من تلقى من الوارث حقاً عينياً قبل هذا التأشير » وتبعاً لذلك نقول أن المشرع المصري وهو بصدد إدخال نظام السجل العيني وأخذه به يوجب على دائن التركة التأشير بالمحررات المثبتة لدين من الديون العادية على المورث في صحف السجل العيني . وإذا تم التأشير بهذه الديون في خلال سنة من تاريخ قيد حق الإرث . فلدائن التركة الأحتجاج بحقه في مواجهة المتصرف إليه من الوارث ولو كان هذا الاخير قد قام بقيد حقه قبل هذا التأشير (١) .

٢ ــ وضع المسألة في القانون الليبي :

لكل دائن أن يتخذ من الأجراءات التنفيذية أو التحفظية ما يراه مناسباً لحماية حقه ؛ وليس هذا سوى تطبيق للقواعد العامة . فالتركة تنتقل إلى الورثة محملة بما عليها من ديون وتتحدد مسئولية الورثة عن ديون التركة بقدر ما انتقل إليهم من أصولها (٢) . وإذا كان لدائن التركة أن ينفذ على أموالها استيفاء لحقه ،

---

(١) عبدالرزاق السنهوري . الوسيط في شرح القانون المدني . الجزء التاسع ص ١١٤ . ويكاد ان يتشابه الحكم المنصوص عليه في قانون السجل العيني مع ما تنص عليه المادة ١٤ من قانون الشهر العقاري المعمول به الآن في مصر .

(٢) تنتقل التركة الى الورثة بما فيها من عقارات ومنقولات فور الوفاة . وهذا هو التفسير الذي نراه صحيحاً لم تنص عليه المادة ٥٣ من قانون التسجيل العقاري . بل وهذا هو الذي يتفق ايضاً وما تقضي به المبادىء العامة في المنطق والقانون . واذا كان هذا هو شأن حقوق المورث ، فهل يتغير الامر بالنسبة لما على التركة من ديون ؟ بمعنى هل تنتقل التركة الى الورثة بما لها من حقوق وما عليها من ديون ، ام ان التركة لا تنتقل الا بعد سداد ما عليها من ديون ؟ لا شك أن هناك قاعدة في الفقه الإسلامي قوامها الا تركة بعد سداد الديون . وتقتضي هذه القاعدة الا ينقل الى الورثة الا جانب التركة الايجابي ، اما الجانب السلبي فيجب ان يصفى قبل ان تنتقل التركة الى الورثة . فاذا مات المورث عن دين في ذمته بقي هذا الدين متعلقاً بالتركة . ولدائني التركة ان ينفذوا بحقوقهم على اموال التركة سواء كانت هذه الاموال عقارات ام منقولات . ولا صعوبة في الامر اذا لم يكن الورثة قد تصرفوا في اعيان التركة . واما اذا تصرف الورثة في بعض مشتملات التركة ــ وكان منقولا ــ فليس لدائني التركة التنفيذ عليه تحت يد المتصرف اليه متى=

فالذي لا شك فيه أن له ذلك إذا كانت أموال التركة لا زالت تحت يد الورثة .

= كان حسن النية اعملا لقاعدة الأثر المسقط للحيازة . راجع عبد الرزاق السنهوري . الوسيط في شرح القانون المدني . الجزء التاسع ص ٩٨ .

ولا تختلط اموال التركة التي يجوز للدائنين التنفيذ عليها بأموال الورثة . وهذا هو المبدأ المقرر في الفقه الإسلامي خلافاً لبعض القوانين الغربية كالقانون الفرنسي اذ ان دين التركة ينتقل فيه الى ذمة الوارث ، ولدائني التركة ان يتقدموا حتى على اموال الوارث الشخصية الا اذا كان قد رفض الميراث او قبله بشرط الجرد . ولا مثيل لهذا الحكم في القانون المدني لاختلاف الاساس الذي ينبني عليه كل من النظامين .

واذا كانت ديون التركة لا تنتقل الى الورثة ، ففي ذمة من تكون ؟ اختلفت المذاهب الاسلامية في هذا الشأن. فذهب الشافعية والحنابلة الى القول بأن الدين يبقى في ذمة المورث الى ان يصفى ما عليه من ديون. ويذهب المالكية الى القول بتعلق الدين بالتركة ذاتها لا بذمة المورث. فالذمة صفة من صفات الشخصية تنتهي بانتهائها. فاذا مات شخص ولم يترك مالا سقط دينه لانعدام محله.

واما الحنابلة فمنهم من ذهب مذهب الشافعية . ومنهم من قال بما قال به المالكية ومنهم من قال بان الدين ينتقل الى الورثة فور الوفاة اسوة بالحقوق ، غاية ما في الأمر ان الورثة لا يسألون عن ديون التركة الا بقدر ما انتقل اليهم من اصولها . ولا شك ان هذا الرأي الاخير هو الذي يتفق وما ذهب اليه المشرع عندما وضع بعض القواعد لحماية دائني التركة . كما انه يوحد في الوقت الذي تنتقل فيه التركة الى الورثة سواء في ذلك ماهلها وما عليها.

فتنتقل التركة اذن الى الورثة فور الوفاة محملة بما عليها من ديون ، مع تعلق حق دائني التركة بها . وتنتقل هذه التركة الى الورثة مثقلة بحق عيني قريب من ان يكون حق رهن ولكنه رهن مصدره القانون . ويتقرر هذا الحق العيني التبعي بطبيعة الحال لمصلحة دائني التركة.

ولا يحول دون ذلك ما ذهب اليه البعض من ان الحقوق العينية سواء اكانت اصلية ام تبعية قد وردت في القانون على سبيل الحصر . ولم يرد هذا الحق الذي نقول به لمصلحة دائني التركة من بين الحقوق العينية اصلية كانت ام تبعية . فعينية الحق هنا مقررة في الشريعة الإسلامية . وهي القانون الواجب التطبيق في مسائل المواريث . نقض مدني مصري ٢٧ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٥٩ ص ٣٥٦ . وقد قضت ايضاً محكمة النقض المصرية بأن مؤدى قاعدة الا تركة الا بعد سداد الديون ان تركة المدين تشغل بمجرد الوفاة بحق عيني لدائني المتوفى يخول لهم تتبعها واستيفاء ديونهم منها تحت يد اي وارث او من يكون الوارث قد تصرف اليهم ما دام ان الدين قائم . نقض مدني في ٧ يونيو سنة ١٩٦٢ مجموعة احكام محكمة النقض المصرية ١٣-١١٦-٧٧٤ .

أما إذا كانوا قد تصرفوا فيها فهل يكون لدائني التركة تتبع هذه الأموال والتنفيذ عليها تحت يد المتصرف إليهم أم ليس لهم هذا الحق ؟ .

للإجابة على هذا التساؤل المهم نرى التفرقة بين العقارات والمنقولات . فإذا كان المراد التنفيذ عليه عقاراً ، فقد رأينا أن المادة ٥٣ من قانون التسجيل العقاري توجب تسجل حق الإرث . وقبل هذا التسجيل لا يمكن للورثة تسجيل أي تصرف يرد على عقار من عقارات التركة . ومن ثم يكون لدائني التركة التنفيذ على عقاراتها ما دام أن حق الإرث لم يشهر .

وأما إذا أشهر حق الإرث ، فللورثة التصرف في عقارات التركة وشهر التصرفات التي ترد عليها . وتنتقل تبعاً لذلك ملكية هذه العقارات إلى من تصرف لهم الورثة . فهل يجوز لدائني التركة — والغرض أنهم دائنون عاديون — التنفيذ على هذه العقارات للحصول على ما لهم من حقوق ؟ أجابت على هذا التساؤل المادة ١٤ من قانون الشهر العقاري المصري على ما بينا[1] . وأما في ليبيا فتنص المادة ٩١٨ من القانون المدني على أنه « إذا لم تكن التركة قد صفيت وفقاً لأحكام النصوص السبقة ، جاز لدائني التركة العاديين أن ينفذوا بحقوقهم أو بما أوصي به لهم على عقارات التركة التي حصل التصرف فيها ، أو التي رتبت عليها حقوق عينية لصالح الغير ، إذا أشروا بديونهم وفقاً لأحكام هذا القانون » ولقد جاء هذا النص في القانون المدني الليبي مطابقاً لما تنص عليه المادة ٩١٤ من القانون المدني المصري . وإذا كان القانون المصري (قانون التسجيل الصادر سنة ١٩٤٦) قد أوجب على دائني التركة التأشير بحقوقهم على هامش تسجيل حق الإرث إذا ما أرادوا الاحتجاج بما لهم من حقوق في مواجهة المتصرف إليهم من الورثة على ما سبق لنا بيانه ، إلا أن القانون الليبي سواء

---

(١) راجع ما سبق ص ٣٢ .

في ذلك قانون التسجيل الصادر سنة ١٩٢١ أو القانون الصادر سنة ١٩٦٥ قد قد أتيا خلوا من بيان الطريقة التي يكون بها للدائن أن يؤشر بما له من حق .

ومع ذلك تقول أنه إذا أشر دائن التركة بحقه على هامش تسجيل حق الإرث . فله أن يحتج بهذا الحق على كل من تلقى من الوارث حقاً عينياً عقارياً وقام بشهره بعد هذا التأشير .

ونرى انه كان من الافضل تشريعياً ان يتدخل المشرع الليبي اسوة بالمشرع المصري ليبين الطريقة التي يمكن ان يتم بها هذا التأشير . وليعطي أيضاً لهذا التأشير قيمة في الاحتجاج بحق الدائن الذي حصل التأشير بحقه في مواجهة من تصرف إليهم الورثة في عقار من عقارات التركة إذا حدث هذا التأشير في مدة معينة ، ولتكن سنة كما هو الحال في قانون الشهر العقاري المصري الصادر سنة ١٩٤٦ ، وكما هو الحال أيضاً في قانون السجل العيني الصادر سنة ١٩٦٤ .

ثالثاً ــ التصرفات والأحكام النهائية المنشئة لحق من الحقوق العينية التبعية أو المقررة لها :

والتسجيل لازم أيضاً للاحتجاج بالتصرفات المنشئة أو المقررة لحق من الحقوق العينية التبعية في مواجهة الغير . وهذا الحكم هو ما تنص عليه المادة ٤٥ من قانون التسجيل العقاري. وتقضي هذه المادة بأنه « التصرفات المنشئة لحق من الحقوق العينية العقارية التبعية أو المقررة لها ، وكذلك الاحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب تسجيلها ويترتب على عدم التسجيل ان هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير » .

والحقوق العينية العقارية التبعية

هي : الرهن القانوني ، والرهن الاتفاقي ، والرهن القضائي ، والرهن الحيازي ،

وحقوق الامتياز . فإذا كان التصرف منشئاً أو مقرراً لحق من الحقوق العينية العقارية التبعية وجب تسجيله — ويلاحظ أن حقوق الامتياز لا تتقرر إلاّ بناء على نص من نصوص القانون — ويترتب على عدم التسجيل ان التصرف المنشىء أو المقرر لهذه الحقوق لا يحتج به في مواجهة الغير ، وإن كان هذا لا يعني عدم الاحتجاج به بين طرفيه .

ولقد استخدم المشرع الليبي في القانون المدني « القيد » بالنسبة للحقوق العينية التبعية . إذ تنص المادة ١٠٥٧ مدني على أنه « لا يكون الرهن نافذاً في حق الغير إلاّ إذا قيد العقد أو الحكم المثبت للرهن ..... » في حين ورد في قانون التسجيل العقاري كلمة « تسجيل » بالنسبة للحقوق العينية التبعية . وسوف نفرد مبحثا خاصاً لدراسة ذلك فيما بعد .

رابعاً — بعض الحقوق الشخصية :

تنص المادة ٥٥ من قانون التسجيل العقاري على أنه « يجب تسجيل الايجارات والسندات التي ترد على منفعة العقار إذا زادت مدتها على تسع سنوات والمخالصات والحوالات بأكثر من أجرة ثلاث سنوات مقدماً ، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك .

ويترتب على عدم التسجيل أنها لا تكون نافذة في حق الغير فيما زاد على مدة تسع سنوات بالنسبة إلى الإيجارات والسندات ، وفيما زاد على أجرة ثلاث سنوات بالنسبة إلى المخالصات والحوالات « وهذا هو ما تنص عليه أيضاً المادة ١١ من قانون الشهر العقاري المصري الصادر سنة ١٩٤٦ » .

ومع أن الدراسة التفصيلية لهذه المسألة تخرج عن نطاق هذا البحث ، الاّ أننا نقول أن تسجيل الإيجارات والسندات التي ترد على منفعة العقار إذا زادت مدتها على تسع سنوات لازم للاحتجاج بها في مواجهة الغير .

فإن لم تسجل فإنها لا تنفذ في مواجهة الغير إلاّ في حدود تسع سنوات فقط .
وتطبيقاً لذلك تنص المادة ١٠٤٩ من التقنين المدني على أنه :

« ١ — الايجار الصادر من الراهن لا ينفذ في حق الدائن المرتهن إلاّ إذا كان ثابت التاريخ قبل قيد تنبيه نزع الملكية . أما إذا لم يكن الإيجار ثابت التاريخ على هذا الوجه أو كان قد عقد بعد قيد التنبيه ولم تعجل فيه الأجرة ، فلا يكون نافذاً إلا إذا أمكن اعتباره داخلاً في أعمال الادارة الحسنة .

٢ — وإذا كان الايجار السابق على قيد التنبيه تزيد مدته على تسع سنوات ، فلا يكون نافذاً في حق الدائن المرتهن إلاّ لمدة تسع سنوات ، ما لم يكن قد قيد قبل قيد الرهن .

فالاصل أن للراهن الحق في تأجير المال المرهون ، إذ لا يترتب على الرهن — إذا كان رسمياً — غل يد المدين الراهن عن الادارة والتصرف .

ويسري هذا الرهن في مواجهة الدائن المرتهن إذا كان ثابت التاريخ قبل قيد تنبيه نزع الملكية ، أما إذا لم يكن للايجار تاريخ ثابت قبل قيد تنبيه نزع الملكية أو كان قد عقد بعد هذا التاريخ ، فانه يسري في مواجهة الدائن المرتهن متى كان من أعمال الادارة الحسنة . ويعتبر الايجار من أعمال الادارة الحسنة — كما يذهب إلى ذلك غالبية الفقهاء — إذا كان قد عقد لمدة غير طويلة ، أي لمدة لا تزيد على سنة في المباني ، وثلاث سنوات في الأراضي الزراعية (١) .

---

(١) وتبدأ مدة التسع سنوات من التاريخ الذي يبدأ فيه عقد الايجار لا من الوقت الذي يبدأ فيه الانتفاع فعلا بالعين المؤجرة ولا من الوقت الذي يكتسب فيه الغير حقه. ويبدو الآن في ظل الامتداد القانوني لعقد الايجار — اذا خضعت الرابطة الايجارية لقانون ايجار الاماكن — تضاؤل الاهمية العملية لشرط تسجيل عقد الايجار اذا زادت مدته على تسع سنوات حتى يمكن الاحتجاج به في مواجهة الغير فللمستأجر في ظل احكام قانون ايجار الاماكن ان يثبت قيام الرابطة الايجارية بكافة طرق الاثبات (المادة الثامنة من قانون ايجار الاماكن الصادر سنة ١٩٦٩). ولما كان =

٤٩

ولكن هل يشترط ألاّ تكون الأجرة قد عجّلت ؟ هذا هو ما نصت عليه صراحة المادة ١٠٤٩ من القانون المدني ، وما رددته الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، والتي يجب علينا هنا الاستهداء بها[١] . ورغم ذلك يتجه الفقه إلى عدم تطلب هذا الشرط فالايجار يعتبر من أعمال الادارة الحسنة عجلت فيه الأجرة أم لم تعجل . وبيان ذلك أن المادة ٥٣٦ من قانون المرافعات لم تشترط لاعتبار الإيجار من أعمال الادارة الحسنة عدم تعجيل الاجرة ، إذ أتى نصها كالآتي : « عقود الايجار الثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه تنفذ في حق الحاجزين والدائنين المشار إليهم في المادة ٥٥٢ والراسي عليه المزاد وذلك بغير إخلال بأحكام القانون المتعلقة بعقود الإيجار الواجبة الشهر ، أما عقود الايجار غير ثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه فلا تنفذ في حق من ذكروا إلاّ إذا كانت من أعمال الادارة الحسنة » ولم ترد في هذا النص إشارة إلى وجوب عدم تعجيل الأجرة حتى يعتبر الايجار من أعمال الادارة الحسنة . وقانون المرافعات لا حق على القانون المدني . وما ورد به في هذا الخصوص يكون هو الواجب التطبيق[٢] .

عقد الايجار يمتد امتداداً قانونياً اذا كان من العقود التي ينطبق عليها قانون ايجار الاماكن اذ لا يجوز للمؤجر انهاء العلاقة الايجارية ولو عند نهاية المدة المحددة لعقد الايجار الا اذا تحقق سبب من الاسباب المنصوص عليها في المادة الثانية من القانون السابق. فالعقد لا ينتهي بانتهاء اجله بل يتحقق سبب من اسباب الانهاء المنصوص عليها قانوناً، ويحتج به في مواجهة الكافة بالغة ما بلغت مدته وسواء سجل ام لم يسجل . ويبقى للتسجيل هنا اهميته فقط بالنسبة للعقود التي لا تخضع لقانون ايجار الاماكن . راجع سليمان مرقس . عقد الايجار فقرة ١٢٣ . حمدي عبد الرحمن. عقد الايجار ص ٧٠ .

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري . الجزء السابع ص ٤٣ . احمد سلامة . التأمينات العينية والشخصية طبعة سنة ١٩٧٠ ص ٢٦١.

(٢) احمد سلامة . المرجع السابق. نفس الموضوع (هامش ٣) علي علي سليمان . شرح القانون المدني الليبي ص ٤٦٠ .

وأما إذا كان الايجار السابق على قيد تنبيه نزع الملكية لا يزيد على تسع سنوات فانه ينفذ في حق الدائن المرتهن ، ولا ينفذ في حقه إذا لم يكن ثابت التاريخ قبل قيد تنبيه نزع الملكية إلاّ إذا اعتبر من أعمال الادارة الحسنة وتنقص مدته عندئذ إلى ثلاث سنوات . فإذا زادت مدته على تسع سنوات فانه لا ينفذ فيما يزيد على التسع سنوات — ولو كان له تاريخ ثابت — إلاّ إذا كان قد سجل قبل قيد الرهن .

وأما بالنسبة للمخالصات المقدمة بالأجرة أو حوالتها فانها لا تسري في حق الغير إذا زادت مدتها على ثلاث سنوات ما لم تكن مسجلة قبل قيد الرهن . وهذا هو ما تنص عليه أيضاً المادة ١٠٠٠ من التقنين المدني و التي جاء فيها « لا تكون المخالصة بالأجرة مقدماً لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات ولا الحوالة بها كذلك نافذة في حق الدائن المرتهن إلاّ إذا كانت ثابتة التاريخ قبل قيد تنبيه نزع الملكية . أما إذا كانت المخالصة أو الحوالة لمدة تزيد على ثلاث سنوات فانها لا تكون نافذة في حق الدائن المرتهن ما لم تكن مقيدة قبل قيد الرهن ، وإلاّ خفضت المدة إلى ثلاث سنوات مع مراعاة الحكم الوارد في الفقرة السابقة .

وتنص المادة ٥٣٩ من قانون المرافعات على أنه « المخالصات من الأجرة المعجلة والحوالة بها يحتج بها على الدائن الحاجز والدائنين المشار إليهم في المادة ٥٥٢ والراسي عليه المزاد إذا كانت ثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه . وذلك بغير إخلال بأحكام القانون المتعلقة بالمخالصات الواجبة الشهر ، فإذا لم تكن ثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه فلا يحتج بها عليهم إلاّ لمدة سنة » .

فإذا كانت المخالصة المقدمة بالأجرة أو الحوالة بها قد أعطيتا لمدة لا تزيد عن سنة فطبقاً للقانون المدني لا يحتج بها على الغير — على سبيل المثال هنا الدائن المرتهن — إلاّ إذا كانت ثابتة التاريخ قبل قيد التنبيه ، في حين

يجيز قانون المرافعات الاحتجاج بها عليه . وقانون المرافعات لاحق على القانون المدني ، لذا يجب أعمال الحكم الوارد فيه . أما إذا كانت المخالصة بالأجرة أو الحوالة بها لمدة تزيد على سنة ولا تزيد على ثلاث سنوات ، فانه يمكن الاحتجاج بها إذا كانت ثابتة التاريخ قبل قيد تنبيه نزع الملكية . فإذا زادت المدة على ثلاث سنوات فلا يحتج بها في مواجهة الدائن المرتهن ما لم تكن مقيدة (مسجلة) قبل قيد الرهن .

خلاصة القول إن المشرع أوجب تسجيل الايجارات إذا زادت مدتها على تسع سنوات ، وأيضاً المخالصات بالأجرة مقدماً أو الحوالة بها إذا زادت مدتها على ثلاث سنوات حتى يمكن الاحتجاج بالإيجار أو بالمخالصة المقدمة في مواجهة الغير . حقيقة أن للراهن أن يدير المال المرهون وله تبعاً لذلك أن يؤجره ، إلاّ أن هذا الإيجار لا يسري في مواجهة الدائن المرتهن — على ما سبق لنا بيانه — إذا زادت مدته على تسع سنوات إلاّ إذا كان مسجلاً . كما لا تسري أيضاً في حق الدائن المرتهن المخالصة المقدمة بالأجرة أو الحوالة بها إذا زادت مدتها على ثلاث سنوات إلاّ إذا سجلت . وهذا كان رغبة من المشرع في حماية الدائن المرتهن من بعض تصرفات الراهن التي قد يترتب عليها الاضرار به .

خامساً — الدعاوى الواجبة الشهر :

وتنص المادة ٥٦ من قانون التسجيل العقاري على أنه « يجب تسجيل كافة الدعاوى التي ترفع ضد مالك عقار سبق تسجيله إذا تعلقت هذه الدعاوى بحق عيني عقاري أو بصحة ونفاذ تصرف من التصرفات الواجب قيدها . ولا تقيد الدعوى في المحكمة إلاّ بعد تقديم الشهادة الدالة على ذلك » .

وتحديد الدعاوى الواجب تسجيلها وفقاً لما تنص عليه المادة ٥٦ من

قانون التسجيل العقاري أمر يكتنفه شيء من الغموض .

ويبدو محققاً أن « الدعاوى المتعلقة بحق عيني عقاري » تشمل دعاوى الاستحقاق ودعوى الإقرار بالحق العيني ودعوى الانكار للحق العيني . ودعوى الاستحقاق العقارية هي الدعوى التي يطالب فيها بملكية عقار . وليس المقصود هنا دعاوى الاستحقاق على إطلاقها ، أي الدعوى التي يرفعها المالك الحقيقي على الحائز لاسترداد عقاره . فإن هذه الدعوى إذا سجلت وقضي للمالك الحقيقي بملكية العقار كان الحكم حجة على من اشترى العقار من الحائز ولو كان حسن النية إذ إنه يكون قد اشترى من غير مالك . وإنما المقصود بدعاوى الاستحقاق في هذا الخصوص الدعاوى التي يرفعها المالك على الحائز في الحالات التي يكون فيها تصرف الحائز نافذاً في حق المالك . ومثال ذلك دعوى الاستحقاق التي يرفعها المالك الحقيقي (الوارث الحقيقي) في مواجهة الوارث الظاهر . فحق الارث واجب الشهر وفقاً لقانون التسجيل العقاري على ما بينا . بيد أنه يجب ألا يترتب على عدم شهر حق الارث عدم أيلولة العقارات الموروثة إلى الورثة ، ومع ما في نظام السجل العيني من دقة إلا أنه قد يظهر بعد ذلك أن الذي سجل حقه ليس هو الوارث الحقيقي . ويتقدم الوارث الحقيقي مطالباً الوارث الظاهر بالعقار الموروث . وهذه الدعوى يجب تسجيلها إذ إنها دعوى استحقاق بسبب الميراث .

وأما عن الدعاوى المتعلقة بصحة أو نفاذ تصرف من التصرفات الواجب قيدها — وهي الدعاوى المنصوص عليها في المادة ٥٦ من قانون التسجيل العقاري — فانها تشمل دعاوى الطعن ببطلان تصرف من التصرفات ودعوى نقض القسمة الرضائية للغبن . كما أنها تشمل أيضاً الدعاوى التي يكون الغرض الطعن بعدم نفاذ التصرفات كدعوى عدم نفاذ الوصية فيما يزيد على الثلث ،

ودعوى عدم نفاذ تصرفات المريض في أثناء مرض الموت في حق الورثة إذا كان مقصوداً بها التبرع إلا فيما لا يجاوز الثلث[١] .

ولا تقيد هذه الدعاوى في المحكمة إلاّ إذا قدم المدعي الشهادة الدالة على ذلك . ويبدو أن قانون السجل العيني يختلف عن قانون الشهر الشخصي (وهو القانون المطبق في مصر حتى الآن) في أن للمدعي وفقاً لنظام الشهر الشخصي ألاّ يشهر دعواه اكتفاء بتسجيل الحكم الذي يصدر في الدعوى . وفي هذه الحالة لا يسري الحكم في حق الغير إلاّ من تاريخ شهره ويتعرض المدعي لإمكان الاحتجاج عليـــه بالتصرفات التي تتم في الفترة ما بين رفـــع الدعوى وتسجيل الحكم الصادر فيها والتأثير به . أما في قانون السجل العيني فلا تقبل من المدعي دعواه إذا لم يقدم الشهادة الدالة على التسجيل . فالتسجيل إذن شرط للقبول .

الأثر الذي يترتب على تسجيل هذه الدعاوى والتأثير بمنطوق الحكم الصادر فيها :

---

(١) واما في مصر فتنص المادة ١٥ من قانون الشهر العقاري على انه « يجب التأشير في هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التي يكون الغرض منها الطعن في التصرف الذي يتضمنه المحرر وجوداً او صحة او نفاذاً كدعاوى البطلان او الفسخ او الالغاء او الرجوع ، فاذا كان المحرر الاصلي لم يشهر تسجل تلك الدعاوى » ولم يعد الامر في مصر قاصراً على الدعاوى التي ترفع بطلب بطلان او فسخ او الغاء السندات الواجبة التسجيل او الرجوع فيها (كما كان منصوصاً عليه في المادة السابعة من قانون التسجيل الصادر في مصر سنة ١٩٢٣) بل عم النص واصبحت دعاوى الفسخ والبطلان والالغاء والرجوع غير مذكورة على سبيل الحصر . بل على سبيل المثال فقط .

عبد الرزاق السنهوري . الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الرابع فقرة ١٦٣ ؛ عبد المنعم البدراوي . الوجيز في عقد البيع . المرجع السابق فقرة ١١٥ .

١ ــ وضع المسألة في القانون المصري (قانون الشهر العقاري الصادر سنة ١٩٤٦) .

تنص المادة ١٧ من قانون الشهر العقاري على أنه « يترتب على عدم تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشرة أو التأشير بها (وهي الدعاوى المتعلقة بصحة أو نفاذ التصرف) أن حق المدعي إذا تقرر بحكم مؤشر به طبقاً للقانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها . ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذي كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار آليها » فكأن المشرع المصري وهو لا يزال يأخذ بنظام الشهر الشخصي يفرق بين التصرفات التي تتم قبل تسجيل صحف الدعاوى المتعلقة بصحة ونفاذ التصرفات وبين التصرفات التي تتم بعد ذلك آخذاً في الاعتبار حسن نية المتصرف إليه أو سوء نيته . فإذا كان التصرف قد تم قبل تسجيل صحف هذه الدعاوى وكان المتصرف إليه حسن النية فله الاحتجاج بحقه في مواجهة المدعي . أما إذا كان سيء النية فلا يكون له ذلك . أما إذا كان التصرف قد تم بعد تسجيل صحف هذه الدعاوى . فلا يكون للمتصرف إليه الاحتجاج بحقه في مواجهة المدعي سواء كان المتصرف إليه حسن النية أم سيء النية . فالمشرع يكتفي هنا بالعلم المفروض . وليس للمتصرف إليه أن يثبت حسن نيته إذ ان ذلك لن يجديه شيئاً . فالفرض أنه يعلم أو كان في استطاعته أن يعلم ما دام أن المدعي قد سجل صحيفة دعواه .

فلا يكون الحكم الذي يصدر في الدعاوى المبينة في المادة ١٥ من قانون الشهر العقاري المصري حجة إلا على طائفتين من الاشخاص : من تلقوا حقوقهم بعد تسجيل صحف هذه الدعاوى ومن تلقوا حقوقهم قبل هذا التسجيل إذا كانوا سيئي النية [١] .

---

(١) عبد المنعم البدراوي . الوجيز في عقد البيع ص ١٩٤ .

٢ ـ وضع المسألة في ظل قانون السجل العيني المصري الصادر سنة ١٩٦٤ :

لا زال المشرع المصري حتى الآن يأخذ بنظام الشهر الشخصي . ومع ذلك فقد أصدر سنة ١٩٦٤ قانوناً يقضي بإدخال نظام السجل العيني في مصر . ولكن هذا النظام كما سبق لنا أن قلنا بالرغم من صدور قانون خاص به لم يعمل به حتى اليوم . ذلك أن المادة ٢ من قانون اصداره تنص على أنه يصدر قرار من وزير العدل بتعيين الاقسام المساحية التي يسري عليها نظام الشهر على أساس إثبات المحررات في السجل العيني . ويحدد القرار التاريخ الذي يبدأ فيه هذا السريان على أن يكون هذا التاريخ لاحقاً لصدور القرار بمدة ستة أشهر على الأقل . ولم يصدر حتى الآن قرار من وزير العدل بتعيين أي قسم مساحي يسري عليه نظام السجل العيني .

بيد أن ذلك لا يمنعنا من دراسة حكم المسألة التي نحن بصددها نظراً لأهميتها وفقاً لهذا القانون خاصة وأن القانون اللبي يأخذ بنظام السجل العيني .

وتنص المادة ٣٥ من قانون السجل العيني المصري على أنه « يترتب على التأشير بالدعاوى في السجل العيني أن حق المدعي إذا تقرر بحكم مؤشر به طبق القانون خلال خمس سنوات من تاريخ صيرورته نهائياً ، يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق وأثبتت لمصلحتهم بيانات في السجل ابتداء من من تاريخ التأشير بهذه الدعاوى في السجل . وتبدأ مدة الخمس سنوات بالنسبة إلى الاحكام النهائية القائمة وقت العمل بهذا القانون من تاريخ نفاذ القرار المشار إليه في المادة الثانية من قانون الاصدار » .

ويبين من هذا النص أنه يجب التمييز بين حالتين :

الحالة الاولى ـ وفيها يؤشر بالحكم النهائي الصادر في الدعوى التي شهرت

صحيفتها في مدة أقصاها خمس سنوات من وقت صيرورته نهائياً . وعندئذ يكون هذا الحكم حجة على الغير ممن ترتبت لهم حقوق عينية على العقار لا من الوقت الذي يؤشر فيه بالحكم ، بل من الوقت الذي شهرت فيه صحيفة الدعوى . الحالة الثانية — وفيها يتراخى التأشير بالحكم إلى ما بعد المدة السابقة ، ولا يكون هذا الحكم عندئذ حجة على الغير إلاّ من وقت التأشير به في السجل العيني دون ان يرتد إلى الماضي [1] .

وهكذا يبدو عدم اعتداد المشرع المصري بحسن نية الغير أو سوء نيته ، بل العبرة فقط بالتأشير بالحكم خلال المدة التي نص عليها القانون أو عدم التأشير به على ما بينا .

٣ — وضع المسألة في ظل قانون التسجيل العقاري الليبي :

تنص المادة ٥٧ من قانون التسجيل العقاري الليبي على أن « تسجل الأحكام النهائية الصادرة في موضوع الدعاوى المشار إليها في المادة السابقة[2] . ويؤشر بمنطوق الحكم النهائي على هامش تسجيل عريضة الدعوى » .

وتنص المادة ٥٨ من قانون التسجيل العقاري على أنه « يترتب على تسجيل الدعاوى طبقاً للمادة ١٥٦ أن حق المدعى إذا تقرر بحكم نهائي مسجل طبقاً للقانون يكون حجة على من ترتب لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعوى » .

فالدعاوى المتعلقة بحق من الحقوق العينية العقارية أو المتعلقة بصحة

---

(١) عبد الرزاق السنهوري . الوسيط . الجزء التاسع فقرة ١٥١ .

(٢) والمادة ٥٦ من قانون التسجيل العقاري تشير الى الدعاوى المتعلقة بحق من الحقوق العينية العقارية او بصحة او نفاذ تصرف من التصرفات الواجب قيدها .

أو نفاذ تصرف من التصرفات الواجب قيدها يجب تسجيلها . كما يجب أيضاً أن تسجل الأحكام الصادرة في موضوع هذه الدعاوى وأن يؤشر بمنطوق الحكم النهائي الصادر فيها على هامش تسجيل عريضة الدعوى .

فإذا تقرر حق المدعي الذي يكون سجل دعواه بحكم نهائي مسجل طبقاً للقانون ، فان هذا الحكم يكون حجة على الغير الذين ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعوى .

فليس لمن يريد المدعي أن يتمسك بحقه في مواجهته أن يثبت حسن نيته إذ إن ذلك لن يجديه شيئاً ما دام أن حق هذا الغير قد نشأ بعد أن يكون المدعي قد سجل صحيفة دعواه . في حين لا يكون للمدعي أن يحتج بحقه في مواجهة الغير — والغير هنا هو من يكون قد ترتب له حق عيني على العقار — إذا كان قد كسب حقه قبل أن يكون المدعي قد سجل صحيفة دعواه حتى ولو كان هذا الغير سيء النية . وفي هـــذا الحكم يختلف قانون السجل العيني المطبق في ليبيا عن قانون الشهر العقاري المصري ويتفق والحكم المنصوص عليه في قـــانون السجل العيني الصـــادر في مصر سنة ١٩٦٤ وان اختلف عن هذا الاخير فيما يتعلق بالمدة التي يجب أن يتم فيها التأشير بالحكم النهائي الصادر في الدعوى المتعلقة بحق من الحقوق العينية العقارية أو المتعلقة بصحة أو نفاذ تصرف من التصرفات الواجب قيدها . فبينما يشترط قانون السجل العيني المصري أن يؤشر بالحكم في خلال خمس سنوات من تاريخ صيرورته نهائياً ، نجد أن المشرع الليبي لم يشرط ذلك بل اكتفى بأن يكون حق المدعي قد تقرر بحكم نهائي مسجل حتى يمكن الاحتجاج به في مواجهة من اكتسب حقاً عينياً على العقار .

وتطبيقاً لذلك نقول انه إذا طالب البائع بدعوى فسخ بيع عقار صادر منه ومسجل في السجل العيني . وكان المشتري قد رتب رهناً على العقار

ولكن البائع شهر صحيفة دعوى الفسخ قبل ان يسجل الدائن المرتهن من المشتري حق رهنه في السجل العيني . فان الحكم النهائي الذي يصدر بفسخ البيع إذا أشر به في السجل يستند أثره إلى الماضي أي إلى وقت شهر دعوى الفسخ ويكون حجة على الدائن المرتهن ولو كان حسن النية . ويزول الرهن ويسترد البائع العقار المبيع من المشتري خالياً من هذا الحق .

أما إذا قيد الدائن المرتهن حقه قبل أن يسجل البائع صحيفة دعواه ، فإن الحكم بالفسخ لا يكون حجة على الدائن المرتهن حتى ولو كان هذا الاخير سيئ النيـــة .

نظرة انتقادية لما تنص عليه المادة ١٠٣٧ من القانون المدني :

تنص المادة ١٠٣٧ من القانون المدني على أنه « يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكية أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأي سبب آخر إذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن » .

واعمالاً لما تنص عليه هذه المادة يجمع الفقه على ضرورة توافر ثلاثة شروط لحماية المرتهن من مالك يزول سند ملكيته : أن يكون الرهن قد صدر من مالك وأن يزول سند الراهن بأثر رجعي بعد قيد الرهن ، وأن يكون الدائن المرتهن حسن النية وقت إبرام الرهن[1] ، ولا نقصد بإيراد الحكم الوارد في هذه المادة تناول المشكلة كلها بالايضاح فإن ذلك يخرج عن حدود هذه الدراسة . ومع ذلك فانه يجب ملاحظة الخلاف القائم بين نطاق تطبيق كل من المادتين ١٠٣٧ مدني والمادة ٥٨ من قانون التسجيل العقاري . فنطاق انطباق المادة ١٠٣٧ مدني — فيما يتعلق بالرهن الرسمي

---

(١) احمد سلامة . التأمينات المدنية . المرجع السابق فقرة ٥٤ .

بل وفيما يتعلق بالحقوق العينية التبعية الاخرى[١] — أوسع من نطاق تطبيق المادة ٥٨ من قانون التسجيل العقاري . فبينما تفترض المادة ٥٨ من قانون التسجيل العقاري ان هناك دعوى قد سجلت ، نجد أن نص المادة ١٠٣٧ مدني لا يشرط ذلك ، بل يقرر بقاء الرهن الصادر من المالك الذي يزول سند ملكيته بأثر رجعي لمصلحة الدائن المرتهن ، بغض النظر عن سبب زوال هذا السند، فقد يزول السند بطريق الدعوى وقد يزول بالاتفاق ؛ المهم أن يكون زوال سند ملكية الراهن بأثر رجعي بناء على حكم في القانون . ومثال ذلك بطلان سند ملكية الراهن أو فسخه أو الرجوع في الهبة بالتراضي أو التقاضي . أما إذا تقايل الطرفان في عقد البيع وجعلا لهذا التقابل أثراً رجعياً وهذا جائز فيجب ألا أن يضر هذا التقابل بحقوق اكتسبها الغير[٢] .

ويلاحظ — تطبيقاً لما تنص عليه المادة ٥٨ من قانون التسجيل العقاري — أنه متى طالب البائع بالفسخ ، إذا كان التصرف وارداً على عقار وسجل صحيفة دعواه قبل أن يسجل الدائن المرتهن من المشتري حق رهنه . فان الحكم الذي يصدر بالفسخ يكون حجة على الدائن المرتهن ولو كان حسن النية . وبالتالي لا يكون للدائن المرتهن حسن النية أن يتمسك بحقه في مواجهة البائع الذي عادت إليه ملكيته .

ولما كانت المادة ٥٦ من قانون التسجيل العقاري توجب تسجيل كافة الدعاوى التي ترفع ضد مالك عقار سبق تسجيله إذا تعلقت بصحة أو نفاذ تصرف من التصرفات الواجب قيدها أو إذا كانت متعلقة بحق عيني

---

(١) عبد الرزاق السنهوري . الوسيط في شرح القانون المدني . الجزء العاشر فقرة ١٤٣ .

(٢) احمد سلامة . المرجع السابق ، نفس الموضع . والتقايل يعتبر بمثابة عقد جديد ينقل الملكية من المشتري الى البائع ، وباعتباره كذلك فانه لا يكون له اثر رجعي وان جاز للطرفين الاتفاق على غير ذلك .

عقاري ، فالرأي عندنا أن المادة ١٠٣٧ مدني يقتصر حكمها — في ظل أحكام التسجيل العقاري وهو لاحق على القانون المدني — على المالك الذي يتقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه إذا لم يكن قد سبق تسجيله. ويشترط هنا لبقاء الرهن الصادر من هذا المالك إذا زال عنه سند ملكيته بأثر رجعي أن يكون الدائن المرتهن حسن النية لا وقت قيد الرهن بل وقت إبرامه .

أما إذا كان المالك قد سبق تسجيله ، وجب اعمال المادة ٥٦ من قانون التسجيل العقاري وهي توجب تسجيل كافة الدعاوى المتعلقة بصحة أو نفاذ تصرف من التصرفات الواجب قيدها . ويترتب على التسجيل — وفقاً لما بينا — أن حق المدعي إذا تقرر بحكم نهائي مسجل طبقاً للقانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعوى . ومن ثم لا يكون للدائن المرتهن ولو كان حسن النية أن يحتج بحقه في مواجهة المدعي .

المطلب السادس

الأثر الذي يترتب على التسجيلات الأساسية العينية

أخذ المشرع الليبي كما قلنا بنظام السجل العيني في القانون الصادر سنة ١٩٦٥ . وليست هذه هي المرة الأولى التي يأخذ فيها المشرع الليبي بنظام السجل العيني . بل سبق له أن أخذ به في قانون التسجيل السابق الصادر في في سنة ١٩٢١ . وإن كانت مظاهر الأخذ بنظام السجل العيني في القانون الصادر سنة ١٩٦٥ تبدو أكثر وضوحاً وبروزاً عنها في القانون الصادر سنة ١٩٢١ . ويمكننا اجمال الآثار التي تترتب على التسجيل في السجلات العينية فيما يلي :

أولاً ــ القوة المطلقة للقيد في السجل العيني :

للتسجيل في السجل العيني أثر مطلق في نقل الحق العيني المسجل . وتطبيقاً لذلك نصت المادة ٥١/ ٢ من قانون التسجيل العقاري على أنه « ... ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة لغيرهم » . فالتسجيل لازم للاحتجاج بإنشاء الحق العيني العقاري أو بنقله أو بزواله سواء فيما بين المتعاقدين أو في مواجهة الغير .

وتنص المادة ٧٢ من قانون التسجيل العقاري على أنه « يكون للسجلات العقارية قوة إثبات لصحة البيانات الواردة فيها » فإذا كان التسجيل لازماً لإنشاء الحق أو لنقله أو لتغييره أو لزواله سواء في مواجهة المتعاقدين أو بالنسبة للغير وفقاً لنظام الشهر الشخصي (وهو النظام المتبع في مصر) إلا أن هذا التسجيل يجب أن يستند إلى عقد صحيح . فلا يصحح عقداً باطلا أو قابلاً للبطلان . أما في ظل نظام السجل العيني فالحق العيني ينشأ أو ينتقل أو يتغير أو يزول بواقعة التسجيل نفسها منفصلة عن التصرف المنشىء أو الناقل أو المغير أو المنهي للحق . فإذا سجل تصرف ما في السجل العيني لم يعد جائزاً الطعن فيه بالتزوير ولا الطعن فيه بأنه صدر من غير مالك . وجميع البيانات الواردة في السجل العيني تعتبر بيانات صحيحة ولها حجية مطلقة في مواجهة الكافة . وتعطي هذه الحجة إلى حد عدم جواز تملك عقار مسجل بمضي المدة المكسب للملكية على ما سنبينه فيما بعد .

ويبرر هذه الحجية المطلقة لكافة البيانات الواردة في السجل العيني أن قانون السجل العيني يتحرى في إجراءاته أقصى ما يمكن من الدقة حتى يمكن التثبت من كل ما يرد فيه من بيانات . وتتمثل هذه الدقة في الإجراءات المبتدئة

لتحقيق الملكية [١] . ثم ما يليها بعد ذلك من تسجيلات . وهذه الحجية المطلقة هي حجر الزاوية في نظام السجل العيني وهي التي تميز بينه وبين نظام الشهر الشخصي . فكل ما يدون من بيانات في السجل العيني هو الحقيقة بالنسبة للغير . وبذلك يصبح من يتعامل مع من سجل كمالك للعقار في حماية من كل دعوى غير ظاهرة [٢] في السجل . وهذا يقتضي أن يؤشر بالدعاوى التي ترفع عند البيانات المدرجة في السجل لحماية رافعها من القرينة المطلقة التي تستمد من التسجيل ذاته .

---

(١) عبد الرزاق السنهوري . المرجع السابق ص ٣٤٢ .

(٢) وينطبق الحكم الذي اوردناه في المتن اذا كانت الدعوى التي يدعيها المدعي والتي تتضمن طعناً في بعض البيانات الواردة في السجل العيني غير ظاهرة . اما اذا كانت هذه الدعوى تستند الى حق ظاهر يدعيه المدعي ، فلا يمكن مجابهته بما للتسجيل من قوة مطلقة .

بيد ان المحكمة العليا في ليبيا ذهبت في احد احكامها الى القول بأن « الحكم الذي يقوم على الاعتداد بالتسجيل على الملكية بغير تفرقة بين العقود الصحيحة والصورية ، وبالتعويل على سداد الرسوم واتخاذه قرينة على اسبقية التسجيل يكون قائماً على استدلال خاطىء . ولا يتفق مع القانون » ونحن نقر المحكمة فيما ذهبت اليه من أن الاعتداد بالاسبقية في سداد الرسوم واتخاذه قرينة على اسبقية التسجيل يكون قائماً على استدلال خاطىء ولا يتفق والقانون . اما ما ذهبت اليه المحكمة من الاعتداد بالتفرقة بين العقود الصحيحة والعقود الصورية . والقول بأن الاسبقية في التسجيل لا تكون منتجة لاثرها اذا ما تزاحم المشترون اذا كان احد العقود صورياً . هذا القول وان كان صحيحاً في ظل نظام يأخذ بالشهر الشخصي ، فانه لا يصح في ظل نظام يقوم أساساً على فكرة السجل العيني . فالبيانات المدونة في السجل العيني لها حجيـــة مطلقة في الإثبات تنفذ في مواجهة الكافة . ولا تحول الصورية دون ذلك . أما ما ذهبت إليه المحكمة العليا في حكمها فيه إهدار للقاعدة التي تقضي بالقوة المطلقة لما هو مدون في السجل العيني من بيانات والذي يعتبر حجر الزاوية في هـــذا النظام . طعن مدني رقم ١٦/٤٠ ق . مجلة أحكام المحكمة العليا . السنة السابعة . العدد الثاني ذو القعـــدة ١٣٩٠ هـ ، يناير سنة ١٩٧١ . المكتب الفني . ص ٧٨،٧٧ . وتعليق الاستاذ الدكتور محمد عبد الجواد محمد على هذا الحكم . مجلة القانون والاقتصاد ، العددين الأول والثاني . السنة الثانية والأربعون . ص ٩ ومـــا بعدها .

ثانياً ــ مبدأ عدم الاعتداد بالتقادم المكسب خلافاً لما هو مدون في السجلات العقارية :

من أهم سمات نظام السجل العيني أنه لا يجوز التملك بالتقادم المكسب ذي المدة الطويلة أو القصيرة (ويكون كذلك في الحالة الأخيرة إذا ما أقترن بالحيازة سبب صحيح وحسن نية) خلافاً لما هو مدون في السجلات العقارية . ويكون مالك العقار المسجل بأسمه في السجلات العقارية في مأمن من أن يعتدي على ملكه أحد ويضع يده عليه ليتملكه بعد ذلك بعض المدة ، وهو أمر تقتضيه القوة المطلقة لما هو مدون من بيانات في السجلات العقارية . وإذا كانت هذه هي الصفة التي يجب أن يتميز بها نظام السجل العيني لاتفاقها وطبيعته ، إلا أن قانون التسجيل الصادر في ليبيا سنة ١٩٢١ وإن أخذ بنظام السجل العيني ، لم يأخذ بصفة مطلقة بالقاعدة التي تقتضي بعدم جواز التملك بالتقادم خلافاً لما هو مدون بالسجلات العقارية .

١ ــ وضع هذه المسألة في ظل قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢١ م :

تنص المادة ٩٧ من قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢١ على أنه « من تصرف بملك صرف من العقارات تصرفاً قانونياً ، مدة خمس عشرة سنة ، سمعت دعواه بحوز العقار استنادا على مرور الزمان ، ولو كان الملك مسجلا في السجلات العقارية .

وعند العمل بالفقرة السابقة يعتبر الحوز قانونياً إذا توافرت فيه الشروط المبينة في الفصل ٦٨٦ من القانون المدني » .

فالأصل إذن هو عدم جواز التملك بمضي المدة خلافاً لما هو مدون في السجلات العقارية . بيد أن ذلك جائز إذا استمرت الحيازة مدة خمس عشرة سنة . والمادة ٦٨٦ مدني المشار إليها هي المادة ٦٨٦ من القانون المدني الإيطالي .

ولا يجوز الحوز بمرور الزمان لأجل تغيير حدود العقارات المسجلة التي وقع تحديدها حسب منطوق فصل ١٠٧ من نفس القانون.

ولقد أراد المشرع بذلك أن يحمي من يكون العقار مسجلا بأسمه في السجلات العقارية من اعتداء الجار عليه بأن يضع يده على جزء من العقار المجاور له بغية اكتساب ملكية هذا الجزء بمضي المدة ومن ثم تغيير حدود العقارات المسجلة التي وقع تحديدها حسب منطوق فصل ١٠٧ من نفس القانون.

وتنص المادة ٩٨ من قانون التسجيل العقاري ذاته على أنه « المتصرف بعقار أو بحق عيني ، يجوز له عند حصول مرور الزمان أن ينال تسجيل حقه في ذلك إذا أتى بوثيقة يثبت منها أن المالك المسجل بأسمه العقار راض عن التسجيل المذكور . أو جاء بحكم يشهد بحصول مرور الزمان ، وذلك بمواجهة صاحب الملك أو ورثائه ، وإلا بمواجهة مدير دائرة الأملاك » .

فلا يكون لحائز العقار تسجيله إلا في حالتين :

أ ــ أن يثبت بوثيقة من المالك المسجل بأسمه العقار أن هذا الأخير راضٍ بالتسجيل .

ب ــ أن يجيء بحكم يشهد بحيازته للعقار مدة خمس عشرة سنة . وأن يكون هذا الحكم صادراً في مواجهة المالك أو ورثته ، أو في مواجهة مدير دائرة الأملاك .

ففي أي من هاتين الحالتين يمكن لحائز العقار أن يكتسب حقاً عليه إذا استمرت حيازته له مدة خمس عشرة سنة . شريطة أن تكون الحيازة بطبيعة الحال هادئة وخالية من العيوب[1] .

---

(١)في شروط الحيازة. راجع عبد الرزاق السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني. الجزء التاسع فقرة ٢٥٧ وما بعدها. محمد لبيب شنيب. اسباب كسب الحقوق العينية الاصلية ص ١٣١ وما بعدها .

نخلص من هذا إلى القول إلى قانون التسجيل العقاري الصادر في ليبيا سنة ١٩٢١ وإن كان قد أخذ بنظام السجل العيني ، إلا أنه لم يرتب على الأخذ بهذا النظام كافة النتائج التي كان يجب أن تترتب عليه ، ومنها كما قلنا عدم جواز التملك بمضي المدة خلافاً لما هو مدون في السجلات العقارية .

بيد أن المادة ٣/٩٧ من هذا القانون قد نصت على حالة واحدة لا يترتب فيها على الحيازة ولو استمرت المدة اللازمة لها اكتساب ملكية العقار بمضي المدة خلافاً لما هو ثابت في السجل العيني ، إذ لا يترتب على الحوز بمرور الزمان وفقاً لما تنص عليه هذه المادة تغيير حدود العقارات المسجلة التي وقع تحديدها حسب منطوق الفصل ١٠٧ من نفس القانون[1] .

٢ ــ وضع المسألة في ظل قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٦٥ :

اصدر المشرع الليبي كما بينا من قبل في سنة ١٩٦٥ قانوناً آخر للتسجيل ، أحتفظ فيه بنظام السجل العيني كأساس ينبني عليـــه التسجيل . بل أن مظاهر الأخذ بالسجل العيني غدت أكثر وضوحاً في هذا القانون . وينهض بما نقول ما تنص عليه المادة ٧٣ من هذا القانون . ونصها كالآتي : « لا يجوز استناداً إلى الحيازة ووضع اليد الادعاء بملكية العقارات التي اتخذت بشأنها إجراءات تحقيق الملكية وصدرت عنها سندات مؤقتة أو قطعية ، كما لا يجوز استناداً إلى ذلك تغيير حدود هذه العقارات . وفيما يتعلق بالعقارات غير المسجلة والتي لم تحقق ملكيتها لا يجوز تسجيل الملكية أو أي حق عيني

---

(١) ولا نوافق الاساذ الدكتور محمد عبد الجواد فيما ذهب اليه من ان الهدف الذي ابتغى المشرع الليبي تحقيقه بما اورده في المادة ٩٧ من مرسوم سنة ١٩٢١ م هو « منع استيلاء الجيران على جزء من العقار المجاور خفيه، وكسب ملكية هذا الجزء بالتقادم المكسب اقراراً بحق المالك ، فلو كان الامر كذلك ، ولو كانت الحيازة خفية ما ترتب عليها اثر في كسب الملكية . فالخفاء يعيب الحيازة في ركنها المادي . ويحول دون ان يترتب على الحيازة أثر في اكتساب الحق راجع محمد عبد الجواد في التعليق السابقة الاشارة اليه فقرة ٢٠ .

استناداً إلى الحيازة ووضع اليد المدة المقررة إلا بعد الحصول على حكم نهائي بذلك » .

فإذا كان قانون التسجيل الصادر سنة ١٩٢١ قد أجاز الاكتساب بالتقادم خلافاً لما هو مدون في السجل العيني من بيانات ، فقد منع قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٦٥ ذلك . ويشترط لإعمال هذا الحكم أن تكون هـذه العقارات قد اتخذت بشأنها اجراءات تحقيق الملكية (وهي المنصوص عليها في الباب الثالث من هذا القانون) وأن يكون قد صدر عنها سندات مؤقتة أو قطعية[1] . فإذا كان قد اتخذ بشأنها فقط إجراء من إجراءات تحقيق الملكية دون أن يكون قد صدر عنها سند قطعي أو مؤقت جاز اكتسابها بمضي المدة .

فإذا كان العقار غير مسجل ، ولم تتخذ بشأنه إجراءات تحقيق الملكية ، فلا يجوز تسجيل الملكية أو أي حق عيني استناداً إلى الحيازة ووضع اليد المدة المقررة إلا بعد الحصول على حكم نهائي بذلك (المادة ٢/٧٣ من قانون التسجيل العقاري)[2] .

وأما بالنسبة للعقارات الموقوفة ، فتنص المادة ٧٤ من قانون التسجيل العقاري على ما يأتي : « لا يجوز بأي حال الادعاء بملكية العقارات الموقوفة وقفاً عاماً استناداً إلى الحيازة ووضع اليد ، كما لا يجوز اكتساب ملكية العقارات

---

(١) راجع ما سبق ص ٥٠ .

(٢) وهذا هو ما ذهبت اليه المحكمة العليا من حكم حديث لها جاء فيه ان « قانون التسجيل العقاري الجديد في المادة ٧٣ قد استحدث قاعدة موضوعية اغلق بمقتضاها الباب نهائيا في وجه كل من يدعي ملكية العقارات التي اتخذت بشأنها اجراءات تحقيق الملكية وصدرت عنها سندات مؤقتة او قطعية ، كلما اقيم هذا الادعاء بالاستناد الى الحيازة ووضع اليد المنصوص عليها في القانون المدني . كما لا يجوز استنادا الى ذلك تغيير حدود هذه العقارات » .

مجلة احكام المحكمة العليا . العدد الرابع . في الطعن المدني رقم ٢٩ / ١٤ ق جلسة ١٣ / ٤ / ١٩٦٨ ص ١٩ .

الموقوفة وقفاً خاصاً استناداً إلى الحيازة ووضع اليد إذا كان قد سبق اتخاذ إجراءات تحقيق الملكية بالنسبة لها » .

والوقف قد يكون عاماً أو خاصاً . والوقف العام هو الذي يكون الموقوف عليه فيه ابتداء جهة من جهات البر ، ويكون الوقف خاصاً في غير ذلك . فإذا كان الوقف عاماً ، فلا يجوز بحال من الأحوال الادعاء بملكية العقارات الموقوفة استناداً إلى الحيازة ووضع اليد . أما إذا كان الوقف خاصاً ، فلا يجوز الأدعاء بملكيته إستناداً إلى الحيازة ووضع اليد إذا كان قد سبق في شأنه اتخاذ إجراءات تحقيق الملكية . وبمفهوم المخالفة نقول انه إذا لم يكن قد سبق أن اتخذ في شأن هذه العقارات الموقوفة وقفاً خاصاً إجراءات تحقيق الملكية ، فليس هناك ما يمنع من تملكها بمضي المدة .

مجمل القول إنه لا يجوز إستناداً إلى الحيازة ووضع اليد الادعاء بملكية عقار خلافاً لما هو مدون في السجلات العينية .

التنازع الزماني بين كل من القانونين : قانون التسجيل الصادر سنة ١٩٢١ وقانون التسجيل الصادر سنة ١٩٦٥ :

أجاز قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢١ الادعاء بملكية العقارات استناداً إلى الحيازة على ما بينا ، في حين منع قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٦٥ ذلك إذا كان قد اتخذ بشأن هذه العقارات إجراءات تحقيق الملكية وصدرت عنها سندات مؤقتة أو قطعية . فإذا كانت مدة التقادم قد بدأت في ظل قانون التسجيل الصادر سنة ١٩٢١ ، ولم تكتمل بعد ، ثم صدر بعد ذلك قانون التسجيل الجديد سنة ١٩٦٥ فهل يجوز للحائز التمسك بالتقادم إذا اكتملت له مدته بعد صدور قانون التسجيل الجديد استناداً إلى أن المدة قد بدأت في ظل قانون ١٩٢١ والذي كان يجيز اكتساب ملكية العقار بمضي المدة ؟ .

لا شك عندنا أنه إذا كانت مدة التقادم قد بدأت في ظل قانون سنة

١٩٢١ واكتملت قبل صدور قانون التسجيل العقاري سنة ١٩٦٥ كان للحائز أن يتمسك بالتقادم المكسب تأسيساً على أن كافة عناصر المركز القانوني من حيازة ومدة قد اكتملت قبل صدور القانون الجديد الذي نص على عدم جواز التملك بمضي المدة خلافاً لما هو مدون في السجلات العقارية .

وأما إذا كانت المدة قد بدأت في ظل القانون القديم (قانون ١٩٢١) ثم صدر بعد ذلك القانون الجديد (قانون ١٩٦٥) ولم تكن المدة قد اكتملت بعد ، فنرى أنه لا يجوز التملك بمضي المدة اعمالا لما تنص عليه المادة ١١٧ القانون المدني ونصها كالآتي : « تسري النصوص الجديدة المتعلقة بالتقادم من وقت العمل بها على كل تقادم لم يكتمل » ولما كان القانون الجديد قد منع التمسك بملكية العقارات بالتقادم استناداً إلى الحيازة ووضع اليد إذا كانت قد اتخذت بشأنها إجراءات تحقيق الملكية وصدرت عنها سندات مؤقتة أو قطعية ومن ثم فلا يكون للحائز في الفرض المعروض التمسك بالقادم[1] .

---

(١) واما في مصر ، فلا يزال المشرع يأخذ بنظام الشهر الشخصي . وهو النظام الذي ينبني كما قدمنا على اساس اسماء الاشخاص الذين صدرت منهم التصرفات . لا يصحح التسجيل في النظام القانوني المصري عقداً باطلا او قابلا للبطلان كما لا يمنع من تملك العقارات المسجلة بالحيازة المكسبة للملكية . ولما صدر في مصر سنة ١٩٦٤ قانون يقيم التسجيل على نظام آخر يختلف عن المعمول به الآن ، وهو نظام التسجيل العيني – الذي لا يزال غير مطبق حتى الآن نصت المادة ٣٧ منه على انه «يكون للسجل العيني قوة اثبات لصحة البيانات الواردة فيه . ولا يجوز التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل » ولقد جاء في المذكرة الشارحة لقانون السجل العيني تعليقاً على ما نصت عليه المادة ٣٧ السالفة الاشارة اليها ما يأتي: «يقضي مبدأ القوة المطلقة– وهو من المبادىء الاساسية في نظام السجل العيني – بانه اذا اكتسب شخص حقاً على عقار تأسيساً على قيود وتأشيرات في السجل فان هذه القيود تعتبر دليلا على مشروعية الحق الذي اكتسبه في مواجهة الغير ..... ولا يجوز التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت في السجل . فحظر بذلك التملك بالتقادم في مواجهة الحقوق المقيدة بالسجل . فمن اثبت اسمه في السجل كمالك للعقار يصبح في مأمن تام من ان يفاجأ بادعاء اي مغتصب يزعم انه تملك العقار بوضع اليد . وهو امر تقتضيه طبيعة القوة المطلقة للقيد في السجل » . راجع . عبد الرزاق السنهوري . المرجع السابق فقرة ١٣٦ ص ٣٧٥ هامش (١) .

الفصل الثاني

تطبيق نظام التسجيل على كل
من عقدي البيع والرهن

خطة البحث :

التسجيل لازم على ما بينا لإنشاء الحق العيني الأصلي ونقله أو تغييره أو زواله . ولا ينتج التصرف غير المسجل أثراً سواء في العلاقة بين المتعاقدين أو في مواجهة الغير إلا بالتسجيل . والتسجيل لازم أيضاً للاحتجاج بالتصرفات المنشئة لحق من الحقوق العينية العقارية التبعية أو المقررة لها في مواجهة الغير . وهذا يعني أن التصرف المنشىء لحق من الحقوق العينية التبعية أو المقرر لها يرتب أثره فيما بين المتعاقدين سجل أو لم يسجل . ولا يحتج به في مواجهة الغير إلا بالتسجيل .

وقد أخترنا في هذه الدراسة أن نطبق نظام التسجيل على عقدي البيع والرهن . وأولهما يعتبر أهم العقود الناقلة للملكية [1] .وثانيهما تبدو أيضاً أهميته بل أنه أهم التصرفات المنشئة لحق من الحقوق العينية التبعية .

---

(١) توفيق فرج . عقد البيع والمقايضة . طبعة سنة ١٩٧٠ فقرة ١١ .

المَبحَث الأول

تطبيق نظام التسجيل على عقد البيع

خطة البحث :

التسجيل لازم لانتقال الملكية – إذا كان البيع وارداً على عقار – سواء فيما بين المتعاقدين أو في مواجهة الغير . فما هو أثر البيع الغير مسجل ؟ . وما هو الأثر الذي يترتب على التسجيل ؟ وإذا أمتنع البائع عن القيام بما هو واجب عليه فيما يتعلق بمساعدة المشتري في القيام بإجراءات التسجيل فما هي وسيلة المشتري لإجباره على ذلك ؟ . وإذا تعدد المشترون من بائع واحد وحدث تزاحم بينهم فمن الذي يفضل منهم على الآخرين ؟ وهل يكون التفضيل على أساس أسبقية البيع ، أم يكون تبعاً للأسبقية في التسجيل ؟ .

المطلبُ الاول

اثر البيع غـــير المسجل

لا تنتقل الملكية بالبيع سواء فيما بين المتعاقدين أو في مواجهة الغير إلا بالتسجيل . وهذا الحكم هو ما نص عليه المشرع الليبي سواء في ظل قانـــون التسجيل الصادر سنة ١٩٢١ أو قانون التسجيل الصادر سنة ١٩٦٥ . فالتسجيل لازم لنقل الملكية إلى المشتري سواء في مواجهة البائع أو في مواجهة الغير . وهذا لا يعني أن البيع الذي يرد على عقار قد أصبح من العقود الشكلية . بل

أنه لا زال عقداً رضائياً . فالتسجيل ليس ركناً من أركان البيع ، بل هو لازم فقط ليترتب على البيع أثر من آثاره وهو نقل الملكية . فإذا لم يدون البيع الوارد على عقار في محرر جاز إثباته بالاقرار أو بغيره من طرق الإثبات المختلفة ويقوم الحكم لذلك مقام المحرر ويجوز تسجيله . ويظل عقد البيع مع ذلك عقـــداً رضائياً (١) .

وفيما عدا نقل الملكية فإن عقد البيع غير المسجل ينتج كافة آثاره الأخرى ويجب على البائع أن يقوم بكل ما هو لازم لنقل الملكية إلى المشتري . ولهذا لأخير إجبار البائع على ذلك عن طريق دعوى صحة ونفاذ البيع . ويترتب علي تسجيل الحكم الصادر فيها إنتقال المليكة إلى المشتري على التفصيل الذي سنبينه فيما بعد . وعلى البائع أن يسلم المبيع إلى المشتري وليس له أن يمتنع عن ذلك بدعوى أن الملكية لم تنتقل بعد إلى المشتري . فلا تلازم بين الأثنين من جهة ، ومن جهة أخرى فإن عقد البيع غير المسجل ينتج كافة آثاره فيما عدا

---

(١) عبد الرزاق السنهوري . الوسيط في شرح القانون المدني . جـ ٤ فقرة ٢٧٢ ، سليمان مرقس شرح القانون المدني . العقود المسماة. عقد البيع طبعة سنة ١٩٦٨ فقرة ١٤ .

وقد قضت محكمة النقض في مصر بأن قانون التسجيل الصادر في ٢٦ يونيو ١٩٢٣ لم يغير من طبيعة البيع من حيث هو عقد من عقود التراضي التي تتم وتنتج آثارها بمجرد توافق الطرفين . وانما هو فقط قد عدل اثاره بالنسبة للعاقدين وغيرهم فجعل نقل الملكية غير مترتب على مجرد العقد بل ارجأه الى حين حصول التسجيل . وترك لعقد البيع معناه وباقي آثاره . نقض مدني ٥ فبراير ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٩١ ص ١٦٣ . وقد جاء ايضاً في حكم آخر لمحكمة النقض المصرية ان «عقد البيع هو من عقود التراضي التي تتم وتنتج آثارها بمجرد توافق الطرفين . وكل ما استحدثه قانون التسجيل من اثر في احكام البيع هو ان نقل الملكية بعد ان كان بمقتضى الفقرة الاولى من المادة ٢٦٦ من القانون المدني المصري القديم نتيجة لازمة للبيع الصحيح بمجرد عقده اصبح متراخياً الى ما بعد حصول التسجيل ، اما احكام البيع الاخرى فلا تزال قائمة لم ينسخها ذلك القانون » جلسة ١٩٣٢/١١/٧ في الطعن رقم ٦٠ س ٢ ق. مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض . الجزء الاول . القاعدة ١٨٨ ص ٣٧٥ تحت كلمة « بيع ».

نقل الملكية ، إذ لا تنتقل الملكية إلى المشتري إلا بالتسجيل[1] ، فللمشتري مطالبة البائع بالثمار من اليوم الذي كان يجب أن يتم فيه التسليم . وليس للبائع أن يقيم على الأرض المبيعة مباني أو منشآت أخرى . وإن فعل ذلك عومل معاملة الباني الذي يبني في ملك غيره . وأما إذا كان الذي قام بالبناء هو المشتري فإنه لا يعامل نفس المعاملة .

وللبائع قبل أن يسجل المشتري أن يطالب بتثبيت ملكيته في مواجهة الكافة فيما عدا المشتري لأن ذلك يعتبر منه تعرضاً . والبائع ضامن للتعرض ولو لم يكن المشتري قد سجل عقده . وكما يكون البائع ضامناً لتعرضه الشخصي فإنه يضمن أيضاً التعرض الصادر من الغير إذا توافرت شروطه . وهو ضامن أيضاً — ولو قبل التسجيل — لما في المبيع من عيوب خفية[2] .

وكما يرتب البيع غير المسجل آثاراً في ذمة البائع ، فإنه يرتب أيضاً آثاراً في جانب المشتري . فيجب على المشتري الوفاء بالثمن إلا إذا أتفق المتعاقدان على إرجاء ذلك الى وقت لاحق . وللمشتري أن يمتنع عن الوفاء بالثمن مستخدماً في ذلك الدفع بعدم التنفيذ إذا كان التزام البائع بنقل الملكية إلى المشتري حال ولم يقم بتنفيذه (المادة ١٦٣ مدني) .

---

(١) وهذا ايضاً هو ما ذهبت اليه المحكمة العليا في حكم حديث لها جاء فيه « ومن آثار هذا الانعقاد الصحيح ان من حق المشتري ان يطالب البائع بالتسليم على اعتبار انه التزام شخصي ، واثر من آثار البيع لا يحول دونه عدم حصول التسجيل » طعن مدني ١٦/٤٩ ت . مجلة المحكمة العليا . السنة السابعة – العدد الثاني ذو القعده ١٣٩٠ هـ يناير ١٩٧١ . المكتب الفني ص ٧٧–٧٨ .

(٢) منصور مصطفى منصور البيع والايجار طبعة سنة ١٩٥٦ فقرة ٦٨ ؛ عبد الرزاق السنهوري . المرجع السابق فقرة ٢٧١ وما بعدها . محمد لبيب شنب ومجدي خليل المرجع السابق فقرة ٨٠ . راجع ايضاً نقض مدني ١٨ ديسمبر ١٩٥٨ مجموعة النقض المدني ٩–١٠٢–٧٧٦ .

المطلب الثاني

الاثر الذي يترتب على التسجيل

أولاً – رفض فكرة الاثر الرجعي للتسجيل :

قلنا الآن أن الملكية تنتقل من البائع إلى المشتري بالتسجيل . ويذهب الرأي الراجح لدينا في الفقة إلى القول بأنه ليس للتسجيل أثر رجعي سواء في العلاقة بين كل من البائع والمشتري أو في مواجهة الغير . فالملكية تنتقل بالتسجيل ومن تاريخه دون أن ترتد إلى الوقت الذي أبرم فيه البيع . فلا يعتبر انتقال الملكية من البائع إلى المشتري معلقاً على شرط واقف هو التسجيل . ويتحقق هذا الشرط تنتقل الملكية إلى المشتري بأثر رجعي تطبيقاً لقاعدة الأثر الرجعي للشرط [1] .

ومع ذلك فقد ذهب جانب آخر من الفقه في مصر إلى القول بأن للتسجيل أثر رجعي في العلاقة بين البائع والمشتري لا في مواجهة الغير . ويذهب أنصار هذا الرأي إلى القول بأن الأثر الرجعي للتسجيل هو الذي يتفق ومقتضيات الصياغة القانونية وهو الذي يفسر لنا الكثير من الحلول التشريعية [2] .

---

(١) منصور مصطفى منصور . المرجع السابق فقرة ٧١ ، اسماعيل غانم – الوجيز في عقد البيع ص ١٥٥ .
محمد لبيب شنب ومجدي خليل – عقد البيع ص ١٢٦ .
جميل الشرقاوي . عقد البيع فقرة ٥٤ .

(٢) وكان اول القائلين بهذا الرأي الاستاذ عبد السلام ذهني . الاموال . ج ٢ فقرة ٦٧٢ ، مقال في المحاماة ٦ ص ٦٠٦ ، ص ٦٠٧ . الاستاذ عبد الرزاق السنهوري . عقد الايجار فقرة ٤٨٠ .=

ولا يسعنا التسليم بهذا الرأي للأسباب الآتية :

١ ــ لم تفرق نصوص قانون الشهر العقاري المصري الصادر سنة ١٩٤٦ ولا نصوص قانون التسجيل السابق عليه الصادر سنة ١٩٢٣ بين الأثر المترتب على التسجيل سواء في العلاقة بين المتعاقدين أو في مواجهة الغير خلافاً لما كان منصوصاً عليه في ظل القانون المدني المصري الملغى حيث كان التسجيل لازماً فقط للأحتجاج بنقل الملكية في مواجهة الغير . ويبين هذا المعنى بوضوح مما تنص عليه المادة الأولى من قانون التسجيل في مصر ونصها كالآتي : « جميع العقود الصادرة بين الأحياء . . . . . والتي من شأنها إنشاء حق ملكية أو حق عيني آخر أو نقله . . . . يجب إشهارها بواسطة تسجيلها . ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيره » فليس هناك ما يدعو إلى التفرقة فيما يتعلق بتاريخ انتقال الملكية سواء فيما بين المتعاقدين أو في مواجهة الغير . فإذا كانت الملكية لا تنتقل في مواجهة الغير إلا بالتسجيل ، فإنها لا تنتقل أيضاً في مواجهة البائع إلا به .

ولو أراد المشرع المصري أن يجعل للتسجيل فيما بين البائع والمشتري أثراً رجعياً لنص على ذلك ولبينه صراحة كما فعل في المادة ١٧ من قانون الشهر العقاري عندما رتب على تسجيل الدعاوى المنصوص عليها في المادة ١٥ من نفس القانون أو التأشير بها أن يكون للمدعي إذا ما حكم له بحق مؤشر به طبقاً للقانون أن يحتج بحقه على من تترتب لهم حقوق عينية إبتداء من تاريخ تسجيل الدعوى أو التأشير بها .

ومما يدل على أن نية المشرع المصري قد اتجهت إلى ألا يكون للتسجيل أثر رجعي سواء في العلاقة بين المتعاقدين أو في مواجهة الغير ما ورد في المذكرة

= ولقد استمر استاذنا الجليل الدكتور عبد الرزاق السنهوري مشايعاً لهذا الرأي في مؤلفه الوسيط جـ ٤ – المرجع السابق فقرة ٣٨٢ .

الإيضاحية من قانون تنظيم الشهر العقاري . أما الفقرتان الثانية والثالثة من هذه المادة (التاسعة) فهما مطابقتان للفقرتين الثانية والثالثة من المادة الأولى من القانون الحالي (قانون التسجيل) ولم يرد إجراء أي تعديل في نصوصها اكتفاء بما استقرت عليه أحكام محكمة النقض والإبرام تفسيراً لهذه النصوص . وهذه الأحكام تقضي بأن الحقوق العينية المشار إليها في هذه المادة لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول إلا بالتسجيل ومن تاريخ التسجيل[1] .

٢ — مما يؤيد القول بانتقال الملكية سواء فيما بين المتعاقدين أو في مواجهة الغير بالتسجيل ومن تاريخه ، أن القول بغير ذلك يترتب عليه انتقال الملكية في تاريخين مختلفين . فبينما تنتقل الملكية فيما بين المتعاقدين منذ إبرام البيع ، نجدها تنتقل في مواجهة الغير من تاريخ التسجيل وهذا هو ما أراد المشرع أن يتجنبه عندما قرر أن الملكية لا تنتقل بالبيع فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير إلا بالتسجيل .

٣ — ويضاف إلى ما سبق أنه لا يمكن القول بأن التسجيل يعتبر بمثابة الشرط الواقف ، وبتحققه تنتقل الملكية من البائع إلى المشتري لا من الوقت الذي تحقق فيه الشرط ، ولكن منذ إبرام البيع . فالشرط سواء أكان واقفاً أم فاسخاً لا يكون إلا في منطقة الارادة . وأما حيث يرتب القانون حكماً معيناً على إجراء معين ، فإن هذا الحكم أو الأثر لا يقع إلا من تاريخ وجود سببه ، ولا يعقل منطقاً أن يسبق السبب المسبب ، بل أن العكس هو الصحيح . فلا تنتقل الملكية أذن إلا بالتسجيل . وهذا هو ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية في العديد من أحكامها[2] .

---

(١) المذكرة الايضاحية لقانون تنظيم الشهر العقاري ١١٤ سنة ١٩٤٦ فقرة ٣٧ .

(٢) راجع في سرد هذه الحجج وغيرها . الاستاذ السنهوري . السابق فقرة ٢٨١ ، ولقد ذهبت الى ذلك ايضاً محكمة النقض المصرية في الكثير من احكامها . نقض مدني ٢١ نوفمبر سنة ١٩٤٦ =

ومع ذلك فقد ذهب جانب من الفقه في مصر كما بينا إلى القول بأن للتسجيل أثر رجعي في العلاقة بين المتعاقدين . ويرون أن القول بالأثر الرجعي للتسجيل فيما بين المتعاقدين أكثر استساغة من ناحية الصياغة القانونية . فبالأثر الرجعي للتسجيل يمكن التوصل إلى الكثير من الحلول التشريعية وتفسيرها . وبغير هذا الأثر الرجعي للتسجيل — كما يقولون — يغدو ذلك الأمر صعباً . ولا يسعنا التسليم بهذا الرأي الأخير ، بل أن القول بانعدام الأثر الرجعي للتسجيل هو الذي يتفق فيما نرى والكثير من الحلول التشريعية .

فيقولون أن الأثر الرجعي للتسجيل هو الذي يفسر لنا ما تنص عليه مثلاً المادة ٤٥٨ من القانون المدني المصري وهي التي تقضي بأن للمشتري ثمر المبيع ونماءه من وقت تمام البيع ولو لم يكن عقده مسجلا ، فما ذلك إلا لأنه كان مالكاً في مواجهة البائع منذ إبرام البيع ولو لم يكن عقده مسجلا ، وهـــذا التأصيل يقتضي إقرار فكرة الأثر الرجعي للتسجيل[1] . وهذا القول هو مالا نوافق عليه إذ إن في التزام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري سواء سجل هـــذا الأخير عقده أم لم يسجله ما يمكن به أن يفسر حق المشتري في ثمر المبيع ونمائه وقت تمام البيع[2] .

وأما عن قولهم بأنه إذا تصرف المشتري في المبيع قبل أن يسجل عقد شرائه فمن ينكر الأثر الرجعي للتسجيل يعتبره قد تصرف فيما لا يملك ولو سجل عقده فيما بعد . ومن يرى أن للتسجيل أثراً رجعياً في العلاقة بين البائع والمشتري

= مجموعة عمر ٥ رقم ١١٢ ص ٢٥٥ ، ولقد قضت محكمة النقض في هذا الخصوص بأن التسجيل يترتب عليه أثره من وقت حصوله ولا يرتد الى تاريخ سابق عليه . وايضاً نقض مدني ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٤٩ . مجموعة احكام محكمة النقض ١ رقم ٣٥ ص ١١٨ .

(١) عبد الرزاق السنهوري . السابق ص ٥٢٠ . راجع في الرد على هذه الحجة اسماعيل غانم . المرجع السابق فقرة ١١٦ .

(٢) اسماعيل غانم المرجع السابق ص ١٦٠ .

يرتب على ذلك نتيجة قوامها أن المشترى قد تصرف في هذا الفرض فيما يملك . ويكفي هنا ان نلاحظ أن الأثر الرجعي للتسجيل يكون أفضل للمشتري الذى يتراخى في تسجيل عقده . وهذا هو مالا يمكن أن يكون قد قصده المشرع عندما استوجب التسجيل كي تنتقل الملكية سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير . فالغرض من اشتراط التسجيل على هذا النحو هو حث المشترين على المبادرة إلى تسجيل عقودهم . وهذا يتنافى مع فكرة الأثر الرجعي للتسجيل (١) .

وأخيراً فقد قيل في تأييد الأثر الرجعي للتسجيل إنه إذا أحدث البائع بناء في الأرض المبيعة قبل أن يسجل المشتري عقد شرائه ، فإنه يعتبر بانياً في أرض لا يملكها ويعامل معاملة الباني بسؤ نية في أرض غيره . وهذا الحل هو ما ذهب إليه القضاء . وإن كان قد أقامه على أساس آخر أكثر اتفاقاً وما تقضي بـــه القواعد العامة. وبلا حاجة إلى اللجوء إلى فكرة الأثر الرجعي وهي في حد ذاتها مجاز Fiction فالبائع يلتزم بمجرد العقد وقبل التسجيل بتسليم المبيع إلى المشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع . وعليه ألا يحدث فيه أي تغيير وإلا عومل معاملة الباني بسؤ نية في أرض مملوكة لغيره (٢) .

نخلص من كل ذلك إلى القول بأن الرأي الصحيح والذي يسير عليه الفقه في غالبه هو أنه ليس للتسجيل أثر رجعي . فلا تنتقل الملكية سواء فيما بين المتعاقدين أو في مواجهة الغير إلا بالتسجيل ومن تاريخه .

ومما يؤيد هذا الرأي ما نصت عليه المادة السابعة (فصل ٨١) من قانون التسجيل الليبي الصادر سنة ١٩٢١ أنه « مما يلزم تسجيله في الدفاتر والسجلات

---

(١) اسماعيل غانم . المرجع السابق ص ١٦٠ .

(٢) راجع في الدفاع عن فكرة الاثر الرجعي للتسجيل. السنهوري الوسيط . جـ ٤ ص ٥٢٢ . وفي هذه الحجج والرد عليها . اسماعيل غانم . السابق . فقرة ١١٦ . جميل الشرقاوي المرجع السابق فقرة ٥٤ .

العقارية ولا حكم له حتى بين الطرفين إلا اعتباراً من تاريخ التسجيل ما يأتي:
١ — جميع العقود المنعقدة بعوض أم بغير عوض إذا ترتب عليها نقل الملكية أو إلحاقها بأحد الناس أو ترك ذي حق حقه .... » .

فإذا كان الخلاف قد ثار في ظل القانون المصري بين الفقهاء ، فمنهم من رأى أن للتسجيل أثراً رجعياً فيما بين المتعاقدين ، ومنهم من رأي عكس ذلك . فإن هذا الخلاف يبدو لا وجود له في ظل القانون الليبي . ففضلا عما نصت عليه المادة السابعة (فصل ٨١) من قانون التسجيل السابق ، فإن القانون الليبي يأخذ بنظام السجل العيني . وهذا النظام يقضي بانتقال الملكية بواقعة التسجيل سواء فيما بين المتعاقدين أو في مواجهة الغير .

ثانيا : التسجيل في البيوع المتتالية

إذا تعددت البيوع الواردة على عقار ، فهل يكفي لانتقال ملكيته إلى مشتريه بتسجيل العقد الأخير أم أنه يجب تسجيل كافة البيوع الواردة عليه ؟ . أجابت على هذا التساؤل المادة ٦٠ من قانون التسجيل العقاري ونصها كالآتي :

« يراعي عند التسجيل تسلسل الملكية بحيث إذا وجد تصرف سابق غير مسجل وجب تسجيله أولاً ثم يسجل التصرف الثاني . ولا يجوز التسجيل إذا لم تتوافر في الوثائق المطلوب تسجيلها الشروط الواجب توافرها قانوناً » .

فلو باع (أ) لـ (ب) عقاراً يملكه ، ثم باع (ب) العقار نفسه إلى (ج) فلا يستطيع (ج) وفقاً لما هو منصوص عليه في المادة ٦٠ من قانون التسجيل أن يسجل البيع الصادر إليه من (ب) إلا إذا كان هذا الأخير قد سجل بدوره هو الآخر التصرف الصادر إليه من (أ) والذي ثبتت به الملكية إليه [1] .

---

(١) اما في مصر فقد كانت المادة ٦١٩ من التقنين المدني الملغى تكتفي بتسجيل العقد الاخير ولو كانت البيوع السابقة عليه غير مسجلة. فلو باع (أ) الى (ب) عقاراً يملكه ثم باع (ب) العقار =

وإذا لم يستطع المشتري الثاني أن يسجل عقده ، وكان السبب في ذلك هو عدم تسجيل البائع له (المشتري الأول ب) فهل يجوز للمشتري الثاني(ج) أن يرفع على البائع الأصلي (أ) دعوى صحة التعاقد بالنسبة إلى البيع الصادر منه إلى المشتر الأول (ب) أم أنه ليس للمشتري الثاني (ج) ممارسة هذا الحق حيث لا توجد بينه وبين البائع الأصلي علاقة تعاقدية ؟ السائد فقها وقضاء هو أنه يجوز للمشتري الثاني أن يرفع على البائع الأصلي هذه الدعوى . وهو لا يرفعها باسمه الشخصي حتى لا تكون دعوى مباشرة — والدعاوى المباشرة لا تكون إلا بنص في القانون وهذه ليست إحدى حالاتها — ولكنه

= نفسه الى (ج) فيستطيع (ج) وفقاً لما كان منصوصاً عليه في ظل التقنين المدني المصري الملغى ان يسجل العقد الصادر اليه من (ب) ولو لم يكن (ب) قد قام بتسجيل التصرف المثبت للملكية والصادر اليه من (أ) ولقد وجه الى هذا الحكم الكثير من الانتقادات لما كان يترتب عليه من اضطراب وزعزعة للثقة في المعاملات العقارية . فقد يتصرف المالك الاصلي لهذا العقار (أ) في العقار الذي سبق له التصرف فيه أ (ب) الى متصرف اليه آخر . وفي ظل نظام الشهر الشخصي وهو السائد في مصر لا يستطيع المتصرف اليه الاخير ان يدرك انه يتعامل مع غير مالك . لذلك فقد عدل المشرع المصري هذه المادة عندما اصدر في سنة ١٩٢٣ قانوناً آخر للتسجيل . وكان هذا التعديل امراً لا زماً . فلم تعد الملكية تنتقل فيما بين المتعاقدين . بمجرد العقد كما كان الامر في ظل التقنين المدني الملغى ، بل اصبح التسجيل لازماً لنقل الملكية سواء فيما بين المتعاقدين او بالنسبة الى الغير . واذا كانت الملكية لم تنتقل بعد الى المشتري — وهو في الفرض السابق (ب) فكيف يستطيع ان ينقلها بدوره الى (ج) ثم أتى بعد ذلك قانون الشهر العقاري الذي صدر في مصر سنة ١٩٤٦ واخذ بنفس الحكم الذي كان معمولا به في ظل قانون التسجيل الصادر سنة ١٩٢٣ . راجع اسماعيل غانم . المرجع السابق فقرة ١١٧ ، محمد لبيب شنب ومجدي خليل . السابق فقرة ٨٣ عبد المنعم البدراوي . الوجيز السابق فقرة ١١٣ ، ولقد قضت ايضاً محكمة النقض في ٢١ يناير سنة ١٩٥٦ بأنه اذا توصل المشتري الاخير الى تسجيل عقده رغماً عن عدم شهر سند البائع له ، فانه ليس من شأن التسجيل على هذه الصورة اعتبار هذا المشتري مالكاً (مجموعة النقض المدني ١٦–١٢–٧٣ .)

يرفعها باسم مدينه (المشتري الأول) أي أن الدعوى المرفوعة تكون دعوى غير مباشرة .

ولا يكون للدائن أن يستعمل حقوق مدينه — اعمالا للأحكام الخاصة بالدعاوى غير المباشرة — إلا إذا أثبت أن المدين لم يستعمل هذه الحقوق وأن عدم أستعماله لها من شأنه أن يسبب أعساره أو زيادة في هذا الاعسار (المادة ٢/٢٣٨ مدني) .

وأما إذا لم يكن من شأن عدم أستعمال المدين لحقوق اعساره أو زيادة اعساره ، فيذهب جانب من الفقه إلى القول بأن الدعوى التي تكون للمشتري الثاني قبل البائع تكون هي نفس الدعوى التي كانت للمشتري الأول قبل هذا الأخير . وقد انتقلت هذه الدعوى من المشتري الأول إلى المشتري الثاني باعتباره خلفاً خاصاً له ، إذ إنها تعتبر من مستلزمات الشيء الـذي انتقل إليه (المادة ١٤٦ مدني) .

المطلب الثالث

دعوى صحة ونفاذ عقد البيع

قلنا فيما سبق إنه يجب على المشتري القيام بالتسجيل حتى تنتقل إليه الملكية. وعلى البائع مساعدته في ذلك بأن يقدم إليه على سبيل المثال ما يثبت ملكيته وأن يوقع معه على الأوراق المعدة لذلك في مكتب التسجيل العقاري المختص . وقد ينفذ البائع هذا الالتزام مختاراً . ولا تثور عندئذ أي مشكلة . وقد يرفض البائع تنفيذ هذا الإلتزام الذي يقع على عاتقه . ولا يكون أمام المشتري في هذه

الحالة سوى اللجوء إلى القضاء للحصول على حكم بصحة ونفاذ عقد البيع . وهذه الدعوى تسمى أيضاً بدعوى صحة التعاقد . وهي دعوى موضوعية تنصب على حقيقة التعاقد فتتناول صحته ومداه ونفاذه . والحكم الذي يصدر فيها هو الذي يكون مقرراً لكافة ما أنعقد عليه الرضا بين المتعاقدين . وهي ليست من الدعاوى العينية العقارية وإن كانت ترمي إلى تقرير حق عيني عقاري . ولذلك فقد اعتبرت من دعاوى الاستحقاق بحسب المال (١) .

وحتى تكون هذه الدعوى مقبولة يجب أن يكون تنفيذ البائع لالتزامه عيناً لا زال ممكناً ، أما إذا كان البائع قد تصرف في المبيع إلى مشتر آخر بادر إلى تسجيل عقده ، انتقلت الملكية إلى هذا الأخير بالتسجيل . وأصبحت دعوى صحة التعاقد غير ذات موضوع لأستحالة تنفيذ الحكم الذي يصدر فيها عيناً . وعلى القاضي أن يتحقق فيها من انعقاد البيع ومن صحته . فإذا تمسك البائع بالبطلان لعدم مشروعية السبب أو لانعدام المحل وجب على القاضي أن يحقق هذا الدفاع وإلا كان حكمه باطلاً (٢). وقد يكون العقد قابلا للبطلان لعيب شاب إرادة البائع أو نقص في أهليته . فإذا ما تمسك به البائع رفض القاضي

---

(١) نقض مدني مصري في الطعن رقم ٥٨ س ٧ ق جلسة ١٩٣٣/٢/٢٢ مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض . الجزء الاول . القاعدة ٢١١ تحت كلمة « بيع » .

(٢) وتختلف دعوى صحة التعاقد عن دعوى صحة التوقيع . فالاولى موضوعية والثانية تحفظية ، ليس الغرض منها التحقق من اركان البيع او من شروط صحته ، بل ان الغرض منها هو مجرد اثبات واقعة مادية وهي صحة توقيع البائع على المحرر الثابت فيه هذا التوقيع . وهذا هو ما قضت به محكمة النقض المصرية في حكم لها بجلسة ١٩٣٩/١٢/٢٣ في الطعن رقم ٥٨ س ٧ ق . وفي هذا تقول محكمة النقض ان « دعوى صحة التوقيع هي دعوى تحفيظية شرعت لتطمين من بيده سند عرفي على آخر ان الموقع على هذا السند لن يستطيع بعد صدور الحكم بصحة تنفيذه ان ينازع في صحته .. « مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض » الجزء الاول . القاعدة ٢١١ تحت كلمة « بيع » وراجع ايضاً نقض مدني في ١١ ابريل ١٩٥٥ مجموعة النقض المدني ٦-١٣٤-١٠٣٢ .

الدعوى وليس للمحكمة بطبيعة الحال أن تقضي بالبطلان في هذه الحالة من تلقاء نفسها .

وللمالك الحقيقي للمبيع إذا لم يكن المبيع مملوكاً للبائع المرفوع عليه الدعوى أن يتدخل فيها طالباً الحكم برفضها استناداً إلى عدم ملكية البائع لما باع (١) .

ولا شك أن للمالك الحقيقي مصلحة في التدخل في هذه الدعوى حتى يحكم برفضها منذ البداية بدلا من أن ينتظر الحكم فيها ، فإذا تدخل المالك الحقيقي في الدعوى أو أدخل فيها كان على المحكمة أن تقضي برفض دعوى صحة ونفاذ البيع .

ولكن ما الحكم إذا تصرف البائع مرة ثانية في نفس العقار المبيع إلى مشتر آخر بادر إلى تسجيل عقده قبل أن يحكم في دعوى الصحة والنفاذ التي رفعها المشتري الأول ؟

لا شك أن تطبيق المبادىء العامة السابق ذكرها في التسجيل يوجب القول بأنتقال ملكية العقار المبيع إلى المشتري الذي بادر إلى تسجيل بيعه . وعلى المشتري الأول حماية لنفسه من تصرفات البائع التي قد يترتب عليها الإضرار به أن يسجل صحيفة هذه الدعوى — بل أن هذا هو ما أوجبه القانون (المادة ٥٦ قانون التسجيل العقاري) — ويترتب على هذا التسجيل أن حق المدعي إذا تقرر بحكم نهائي مسجل طبقاً للقانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية إبتداء من تاريخ تسجيل الدعوى (المادة ٥٨ من قانون التسجيل العقاري) .

قد يقال إن دعوى صحة التعاقد ليست من الدعاوى الواجبة الشهر طبقاً للنصوص الواردة في قانون السجل العيني ؛ فهي ليست متعلقة بحق من الحقوق العينية العقارية ، ولا بصحة أو نفاذ تصرف من التصرفات الواجب قيدها .

---

(١) محمد لبيب شنب ومجدي خليل . المرجع السابق – فقرة ٨٦.

ومع ذلك ، فإن هذه الدعوى وإن لم تكن متعلقة بحق عيني عقاري [1] ، إلا أن الغرض منها هو الوصول إلى تقرير حق عيني عقاري . ونرى أنها من الدعاوى الواجبة الشهر. ويترتب على تسجيل الحكم النهائي الصادر فيها نقل الملكية إلى المشتري .

ولا يسقط حق المشتري في رفع هذه الدعوى بمضي المدة . فليس للبائع أو ورثته دفع دعوى البائع بالتقادم إذا ما مضى أكثر من خمس عشرة سنة

---

(١) فدعوى صحة التعاقد تعتبر من الدعاوى الشخصية العقارية، فهي دعوى شخصية لاستنادها الى عقد بيع غير مسجل ، وهي دعوى عقارية لان الغرض منها كما ذكرنا في المتن هو الوصول الى تقرير حق عيني عقاري .

واما في مصر فتنص المادة ١٥ من قانون الشهر العقاري بانه يجب كذلك تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية ، ويترتب على تسجيل الدعوى على هذا النحو او التأشير بها ان حق المدعي اذا تقرر بحكم مؤشر به طبقاً للقانون يكون حجة على من ترتبت عليهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى او التأشير بها .

ولما صدر في مصر قانون السجل العيني ١٩٦٤ ولا يزال هذا القانون غير معمول به حتى الآن – نصت المادة ٢٦ منه على انه « ويترتب على عدم القيد ان الحقوق المشار اليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول ، لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة الى غيرهم ولا يكون للتصرفات غير المقيدة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن » ولقد ورد في المذكرة الشارحة لقانون السجل العيني في خصوص المحررات التي يجوز قبولها لاجراء تغيير في البيانات الواردة بالسجل العيني ما يأتي : « القسم (الاول) المحررات الموثقة الصادرة ممن يملك التصرف في الحقوق الثابتة في السجل . على ان الرسمية لا تعتبر ركناً في التعاقد . ولكنها شرط جوهري لقيد المحررات في السجل ، بحيث لا يسوغ قيدها استناداً الى عقد عرفي ولو صدر به حكم بصحة التعاقد » فيبقى اذن عقد البيع المسجل منشئاً فقط لالتزامات بين البائع والمشتري . بلا يترتب عليه نقل الملكية . ولا يعني تسجيل الحكم النهائي الصادر في دعوى صحة التعاقد عن المحرر الرسمي الواجب تسجيله والذي يترتب على تسجيله نقل الملكية . ولكن تبقى دعوى صحة التعاقد جائزة ، فاذا حصل المشتري على حكم فيها لصالحه ، وامتنع البائع من ذلك من توثيق البيع حتى يمكن قيده في السجل العيني ، لم يبق امام المشتري سوى المطالبة بالتعويض .

راجع عبد الرزاق السنهوري . المرجع السابق فقرة ١٣٥ ، ص ٤٠٦ هامش (١) .

على إبرام البيع تأسيساً على أن الغرض من هذه الدعوى هو إجبار البائع على تنفيذ التزامه بنقل الملكية إلى المشتري . والقاعدة أن الالتزامات تتقادم عموماً بمضي خمس عشرة سنة . ولو أجيز للبائع أو ورثته التمسك في مواجهة المشتري بالتقادم لكان ذلك منهم بمثابة التعرض له ومنازعته . وهذا هو ما يمتنع عليهم قانوناً بموجب التزامهم بالضمان[1] ومن وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض .

وإذا تعدد المشترون لعقار واحد وسجل كل منهم دعواه بصحة التعاقد وصدر لكل منهم حكم في دعواه فضل منهم من سبق إلى تسجيل دعواه على أن يكون قد اشهر الحكم الصادر له [2] وقد يصدر عقداً بالبيع بين شخصين مختلفين بدعيان ملكية عقار واحد إلى مشترين مختلفين . ويرفع كل من المشترين دعوى صحة تعاقد ويبادر بتسجيل دعواه ثم يصدر بعد ذلك حكم لصالح كل منهما بعد التحقق من توافر أركان العقد . وليس معنى ذلك الزام مكتب التسجيل العقاري بشهر كل من هذين الحكمين المتعارضين بل يجب على مكتب التسجيل إذا ما قدم إليه حكم لشهره أن يتحقق أولا من سند ملكية المتصرف منه ، فإذا لم تثبت هذه الملكية فعلى مكتب التسجيل العقاري أن يرفض التسجيل .

وعلى المشتري أن يسجل الحكم الصادر لمصلحته ولو لم تأمر المحكمة بذلك . ولا تنتقل الملكية إلى المشتري إلا بهذا التسجيل . ويقوم تسجيل الحكم

---

(١) محمد لبيب شنب ومجدي خليل . المرجع السابق فقرة ٨٩ ٤ مارس ١٩٤٤ مجموعة احكام محكمة النقض ٥—٩٠—٥٦٩ وفي ٢١ مارس ١٩٦٣ مجموعة النقض المدني ١٤—٥٦—٣٥٥ . ولقد جاء في هذا الحكم الاخير انه « يلتزم البائع بضمان عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع او منازعته فيه . وهذا الالتزام مؤبد يتولد عن عقد البيع ولو لم يكن هذا العقد مشهراً وينتقل من البائع الى ورثته فيمتنع عليهم مثله منازعة المشتري فيما كسبه من حقوق بموجب عقد البيع .

(٢) محمود شوقي . الشهر العقاري علماً وعملا ص ١٩٢ .

مقام تسجيل المحرر المثبت للبيع . ويجب أيضاً التأشير بمنطوق الحكم النهائي على هامش تسجيل عريضة الدعوى . وكما ترفع دعوى صحة التعاقد على البائع فإنها ترفع أيضاً على ورثته ، وكما يكون للمشتري رفع حق هذه الدعوى ، فلورثته أيضاً أو لاي منهم نفس هذا الحق .

المطلب الرابع

تزاحم المشترين

لا تنتقل الملكية سواء فيما بين المتعاقدين أو في مواجهة الغير إلا بالتسجيل . فإذا لم يقم المشتري بالتسجيل ، فإن الملكية لا تنتقل إليه . وقد يقوم البائع بالتصرف مرة أخرى في نفس العقار الذي سبق له التصرف فيه إلى المشتري الأول . فإذا حدث وبادر المشتري الثاني بالتسجيل ، فإن الملكية تنتقل إليه دون المشتري الأول . ولو أن عقد البيع الصادر إلى المشتري الأول سابق في التاريخ على العقد المحرر بين البائع والمشتري الثاني . وإذا قلنا أن الملكية تنتقل إلى المشتري الثاني الأسبق في التسجيل ، فهل يشترط لذلك أن يكون المشتري الثاني حسن النية أي لم يكن عالماً بسبق التصرف في نفس العقار إلى مشتر سابق عليه ، أم أن هذا العلم لا يحول دون انتقال الملكية ، بل أن الذي يحول دونها ولو قام المشتري الثاني بالتسجيل هو تواطئه مع البائع بقصد الإضرار بالمشتري الأول ، أم أن الملكية تنتقل بالتسجيل سواء أكان المشتري الثاني حسن النية أم سيىء النية ما دام أنه قد بادر إلى تسجيل بيعه ؟ .

إذا قلنا أن الملكية لا تنتقل إلى المشتري الثاني ولو بادر إلى تسجيل بيعه إلا

إذا كان حسن النية ، فإن ذلك يعني أن التسجيل في حد ذاته لا ينقل الملكية ولو استند إلى عقد بيع صحيح . وهذا يمثل أضعف ما يكون للتسجيل من قوة . وأما إذا قلنا بأن مجرد العلم لا يحول دون انتقال الملكية إلى المشتري الذي بادر إلى التسجيل . وإنما الذي يحول دونها هو تواطئه مع البائع بقصد الاضرار بالمشتري الأول . فهنا يتدرج التسجيل في القوة بأعتباره ناقلا للملكية ويصل إلى مرتبة أعلى من المرتبة الأولى . وتصل قوة التسجيل إلى مداها باعتباره ناقلا للملكية إذا قلنا بأن الملكية تنتقل بالتسجيل سواء كان المشتري الثاني على علم بسبق تصرف البائع إلى المشتري الأول ، أو حتى إذا كان المشتري الثاني قد تواطأ مع البائع بقصد الإضرار بالمشتري الأول .

وسوف نعرض لهذه المسألة أولا في القانون المصري ، ثم نعرض لها بعد ذلك في القانون الليبي :

١ – وضع المسألة في القانون المصري :

مر نظام الشهر العقاري في مصر كما سبق لنا أن قلنا بمراحل ثلاث : في التقنين المدني الملغى ثم في ظل قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ ، ثم قانون الشهر العقاري الصادر سنة ١٩٤٦ .

المرحلة الاولى – في ظل التقنين المدني الملغى :

فرق التقنين المدني الملغى كما سبق أن بينا فيما يتعلق بانتقال الملكية بين أثر العقد فيما بين المتعاقدين وأثره في مواجهة الغير . ولقد كان البيع في حد ذاته كافياً لنقل الملكية فيما بين المتعاقدين ولو كان واردا على عقار . ولم يكن التسجيل لازماً إلا للاحتجاج بنقل الملكية في مواجهة الغير . ولقد كانت المادة ٢٧٠ من التقنين المدني الملغي تنص على أنه « لا تنتقل ملكية العقار بالنسبة لغير المتعاقدين من ذوي الفائدة فيه إلا بتسجيل عقد البيع كما سيذكر بعد متى

كانت حقوقهم مبنية على سبب صحيح محفوظ قانوناً وكانوا لا يعلمون ما يضر بها » وفي هذا النص تأكيد للمعنى الذي قلناه فيما يختص بانتقال الملكية بين المتعاقدين بمجرد العقد وعدم انتقالها في مواجهة الغير إلا بالتسجيل . ثم أن النص الفرنسي المقابل لعبارة « لا يعلمون ما يضر بها » الواردة في عجز هذه المادة هو qui Sont de bonne foi أي أن يكونوا حسني النية . وعلى ذلك يمكن القول أن حسن نية المشتري الثاني كان شرطاً للتمسك بأسبقية التسجيل في ظل القانون المدني الملغى . ولقد اختلف الفقه حول تحديد المقصود بحسن النية ؟ فمنهم من ذهب إلى القول بأن المشتري الثاني يكون حسن النية إذا كان عقده جدياً . ولا يكون المشتري الثاني سيىء النية إلا إذا كان عقده صورياً . وهذا القول غير صحيح . فالعقد الصوري لا يعتد به ولا وجود له إطلاقاً . فليس هذا هو المعيار الذي يعتد به لتقدير حسن نية المشتري الثاني أو سوء نيته[1] . لذلك ذهب رأي آخر إلى القول بأن المقصود بحسن نية المشتري الأسبق في التسجيل هو عدم علمه بسبق التصرف[2] . في حين ذهب البعض الآخر إلى القول بأن المقصود بحسن النية هو عدم تواطؤ المشتري الثاني مع البائع بقصد الأضرار بالمشتري الأول[3] . والذي نراه أولى بالاتباع في ظل القانون المدني

---

(١) في عرض هذا الرأي وبيانه : احمد نجيب الهلالي وحامد زكي . شرح القانون المدني ص ٢٤٩ هامش (١) .

(٢) استئناف مصر في ١٤ مايو سنة ١٩٢٣ . المحاماة ٥٠-٢٦-٣٢ ، اثيوب الجزئية في ٢٣ فبراير سنة ١٩٢٦ . المحاماة ٦-٥٥٣-٨٩ .

(٣) استئناف مصر في ١٢ مايو ١٩٢٥ . المحاماة ٥٠-٦٦٠=٨٠٩ ؛ اسماعيل غانم . السابق فقرة ١٢٠ . ويرى انصار هذا الرأي انه لو قيل بأن مجرد العلم بسبق تصرف البائع الى مشتر آخر من شأنه ان يحول دون التمسك بالاسبقية في التسجيل لفقد التسجيل صفة من اهم صفاته اذ يصبح مدار العلانية هو العلم بالتصرف لا تسجيله ، في حين انه متى سجل العقد افترض علم الكافة به وليس لهم بعد ذلك الادعاء بعدم العلم .

الملغى أن المقصود بحسن النيـــة هو عـــدم العلم بسبق التصرف دون اشتراط التواطؤ .

المرحلة الثانية — في ظل قانون التسجيل الصادر سنة ١٩٢٣ :

أبان العمل ما في نصوص القانون المدني الملغى الخاصة بالشهر من عيوب . لذلك سرعان ما أصدر المشرع قانوناً آخر للتسجيل في سنة ١٩٢٣ . ولم يعد التسجيل وفقاً لأحكام هذا القانون لازماً لاحتجاج بالملكية في مواجهة الغير ، بل أصبح ضرورياً لنقل الملكية حتى فيما بين المتعاقدين . فلا تنتقل الملكية من البائع إلى المشتري إلا بالتسجيل . فإذا حدث وتصرف البائع بالبيع في نفس العقار المبيع مرة ثانية إلى مشتر بادر إلى تسجيل بيعه قبل المشتري الأول ، فلمن تنتقل الملكية ؟ لا شك أنها تنتقل إلى المشتري الثاني الذي سجل ، ولكن هل يلزم لذلك أن يكون المشتري الثاني حسن النية حتى تنتقل إليه الملكية ، أم ألا يكون متواطئاً مع البائع بغية الأضرار بالمشتري الأول ، أم أن الملكية تنتقل إليه سواء أكان حسن النية أم سيىء النية، وسواء أكان متواطئاً مع البائع أم غير متواطىء معه .

يذهب الفقه في عمومه إلى القول بأن علم المشتري الثاني بسبق التصرف بالبيع إلى مشتر أول لا يحول دون التمسك بأسبقية التسجيل [1] . ولقد اختلف الفقه حول أثر سوء نية المشتري الثاني وتواطئه مع البائع بقصد الإضرار بالمشتري الأول على حقه في التمسك بأسبقية للتسجيل ؟ فذهب رأي إلى القول بأنه يشترط حتى يتمسك المشتري الثاني بأسبقيته في التسجيل ألا يكون قد تواطأ مع

---

(١) جمال الدين زكي في رسالته عن حسن النية في اكتساب الحقوق ص ٢٣٧ نبذة ٢٢٢ طبعة القاهرة سنة ١٩٥٢ وراجع ايضاً في شرح هذه الآراء جميعاً . منصور مصطفى منصور . السابق ص ١١٩ . الاستاذ الدكتور السنهوري . المرجع السابق فقرة ٢٨٩ ، اسماعيل غانم . السابق فقرة ١٢١ ، محمد لبيب شنب ومجدي خليل السابق فقرة ٩٦ .

البائع بقصد الإضرار بالمشتري الأول . فالغش مفسد لكل شيء ، ولا يكافأ المشتري الثاني المتواطىء على هذا النحو بإعطائه الحق في التمسك بأسبقيته في التسجيل . ومن جهة أخرى فقد أوجبت المادة الثانية من قانون التسجيل الصادر سنة ١٩٢٣ تسجيل العقود والأحكام المقررة وتنص هذه المادة على أنه « فإذا لم تسجل هذه الأحكام والسندات فلا تكون حجة على الغير كما أنها لا تكون حجة كذلك ولو كانت مسجلة إلا إذا داخلها التدليس » فإذا كان المشرع قد اشترط ألا يكون قد شاب تسجيل العقود والأحكام المقررة تدليس حتى يمكن الاحتجاج بها في مواجهة الغير ، فإن هذا الحكم يجب إعماله أيضاً بطريق القياس بل ومن باب أولى بالنسبة للتصرفات المنشئة للملكية أو الناقلة لها .

وذهب رأي آخر إلى القول بأنه يجوز للمشتري الثاني أن يتمسك بأسبقيته في التسجيل ولو كان قد تواطأ مع البائع بقصد الإضرار بالمشتري الأول . ولا يمكن القول بتطبيق المادة الثانية المشار إليها سابقاً لأنها مقصورة على التصرفات والأحكام المقررة ، وليس البيع منها لأنه ناقل للملكية .

وكذلك فقد قيل بأنه إذا لم يكن من حق المشتري المتواطىء مع البائع أن يتمسك بأسبقية التسجيل ، فإن ذلك من شأنه زعزعة الثقة في المعاملات العقارية ، وإهدار ما للتسجيل من أثر وقوة[1] . وبهذا الرأي أخذت محكمة النقض المصرية وأعطت للمشتري الثاني الحق في التمسك بأسبقية التسجيل ولو كان قد تواطأ مع البائع بقصد الإضرار بالمشترك الأول . ولقد جاء في حكم مهم

---

(١) راجع عبد الرزاق السنهوري . المرجع السابق ص ٥٤٤ . ويرى الاستاذ الجليل ان القول بهذا الرأي من شأنه ان يذهب بالتسجيل الى اقصى ما له من قوة . ومع ذلك فيرى الاستاذ الدكتور السنهوري انه ما كان يجب القول بامكان التمسك باسبقية التسجيل ولو كان المتمسك بها سيء النية خاصة في ظل نظام الشهر الشخصي السائد في مصر .

لمحكمة النقض المصرية أنه « إذا تصرف المالك بعد تصرف سابق صدر منه دون أن يسجل لشخص آخر فإنه يتصرف فيما يملكه ملكاً تاماً، فإذا أدرك هذا الشخص وسجل عقده قبل تسجيل عقد المتصرف إليه الأول فقد خلصت له بمجرد تسجيله — تلك الملكية العينية التي لم يتعلق بها حق ما للأول حتى ولو كان المتصرف إليه الثاني سيىء النية متواطئين كل التواطؤ على حرمان المتصرف إليه الأول من الصفقة . وإذن فلن يقبل من أي إنسان لم يكن عقده مسجلا ناقلا الملك فعلا إليه أن ينازع من آل إليه نفس العقار وسجل عقده من قبله مدعياً أن له حقاً عينياً على العقار يحتج به عليه ، كما أنه لا يقبل مطلقاً الاحتجاج على صاحب العقد المسجل الذي انتقلت إليه الملكية فعلا بتسجيله لا بسوء نية المتصرف ولا بالتواطؤ (١) .

المرحلة الثالثة — في ظل القانون الخاص بتنظيم الشهر العقاري الصادر في مصر سنة ١٩٤٦ :

استمر العمل بقانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ إلى أن أصدر المشرع المصري قانوناً خاصاً بالشهر في سنة ١٩٤٦ نص فيه على ضرورة تسجيل جميع التصرفات والأحكام النهائية المنشئة أو الناقلة لحق من الحقوق العينية الأصلية ، ويترتب على عدم التسجيل عدم انتقالها لا فيما بين المتعاقدين ولا في مواجهة الغير .

ومع أن واضعي قانون تنظيم الشهر العقاري قد تناقشوا حول ما لسوء النية

---

(١) انور سلطان . عقد البيع . فقرة ١٨٣ .
ويرى الاستاذ الدكتور انور سلطان ضرورة ان يكون المشتري الثاني حسن النية حتى يكون له التمسك باسبقية التسجيل . ومعيار حسن نية المشتري الثاني او سوئها هو علمه بسبق تصرف البائع له أو عدم علمه ، ولا يشترط تواطؤ المشتري الثاني مع البائع للاضرار بالمشتري الاول . توفيق فرج . المرجع السابق فقرة ٢١٣ .

من أثر في التمسك بأسبقية التسجيل ، إلا أن نصوص القانون كلها قد أتت خلوا من الإشارة إليها . وذهب جانب من الفقهاء إلى القول بضرورة أن يكون المتمسك بالتسجيل حسن النية ، وذهب آخرون إلى القول بأن التواطؤ وحده هو الذي يحول دون التمسك بأسبقية التسجيل . ويرى فريق ثالث أنه لا أثر لحسن نية المشتري الثاني ولا لسوء نيته على حق في التمسك بأسبقية التسجيل .

الرأي الأول – اشتراط حسن نية المشتري الأسبق في التسجيل :

ذهب رأي في الفقه إلى القول بضرورة أن يكون المشتري الثاني الأسبق في التسجيل حسن النية حتى يكون له الحق في التمسك بأسبقية التسجيل . وحجتهم في ذلك أن المادة ١٥ من قانون التسجيل العقاري بعد أن أوجبت تسجيل دعاوى صحة التعاقد ، نصت المادة ١٧ من نفس القانون على أنه لا يحتج بهذا التسجيل على الغير الذي يكون قد أكتسب حقه بحسن نية قبل تسجيل هذه الدعاوي أو التأشير بها . ومؤدي ذلك – وفقاً لما يرى هؤلاء – بمفهوم المخالفة أنه إذا كان الغير سيىء النية ، فلا يكون له الاحتجاج بحقه على رافع هذه الدعوى ولو كان قد سبق إلى تسجيل عقده . كما قيل بأن الغرض من التسجيل هو إعلام الغير بوجود تصرف معين . فإذا كان الغير على علم به فليس له بعد ذلك التمسك بعدم تسجيله .

الرأي الثاني : التواطؤ وحده هو الذي يحول دون التمسك بأسبقية التسجيل :

وذهب رأي آخر إلى القول بأن علم المشتري الثاني لا يحول دون التمسك بأسبقية التسجيل ، بل أن الذي يمنع المشتري الثاني من التمسك به هو تواطئه مع البائع بقصد الإضرار بالمشتري الأول . فالغش مفسد لكل شيء وليس للمشتري الثاني إذا كان متواطئاً أن يتمسك بأسبقية التسجيل . ولا يقدح في هذا الرأي ما تنص عليه المادة ١٧ من قانون الشهر العقاري ، فإذا كانت هذه المادة

قد اشترطت حسن النية ، إلا أنها لم تحدد مدلوله . وليس المقصود بحسن نية المشتري الثاني مجرد عدم العلم ، بل المقصود بها هو إلا يكون متواطئا مع البائع بغية الإضرار بالمشتري الأول[١] .

الرأي الثالث : لا أثر لحسن النية ولا لسوء النية على حق من بادر إلى التسجيل :

وذهب رأي آخر في الفقه في مصر ، وتؤيده محكمة النقض ، إلى القول بأنه لا أثر لا لحسن نية المشتري الثاني ، ولا لتواطئه على حقه في التمسك بأسبقية التسجيل . وهذا هو ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية سواء في ظل قانون التسجيل الصادر سنة ١٩٢٣ أو الصادر سنة ١٩٤٦ والمعمول به الآن[٢] . ويؤيد ما ذهبت إليه محكمة النقض الرغبة في استقرار المعاملات العقارية ، وإن تعطي للتسجيل كشرط لازم وضروري لنقل الملكية أقصى قوة ممكنة تمهيداً للأخذ بنظام السجل العيني .

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقي . عقد البيع ص ١٠٥ ، عبد الرزاق السنهوري . المرجع السابق ص ٥٥٢ وما بعدها . ويذهب الاستاذ الكبير المرحوم عبد الرزاق السنهوري الى القول بأنه على الرغم مما استقر عليه قضاء محكمة النقض في مصر من ان التواطؤ لا يحول دون التمسك بأسبقية التسجيل ، الا أن هذا الرأي تناقضه الاعتبارات العملية ؛ ولا تنهض به الاعتبارات العملية ، وآية ذلك ما نصت عليه المادة ١٧ من قانون الشهر العقاري . واذا كان قضاء محكمة النقض قد استقر على انه ليس المقصود بحسن النية مجرد عدم العلم ، فانه يجب ان يفهم أنه اذا كان المشتري الثاني متواطئاً مع البائع بقصد الاضرار بالمشتري الاول ، فلا يكون له التمسك باسبقية التسجيل .

(٢) في الفقه المصري . منصور مصطفى منصور . المرجع السابق ص ١٢٦ ، اسماعيل غانم . المرجع السابق ص ١٤١ . المرجع السابق فقرة ٥٥ . عبد المنعم البدراوي . الوجيز ص ٢١٩ . ومن احكام محكمة النقض المصرية . نقض مدني ١٣ ابريل سنة ١٩٥٨ . مجموعة النقض المدني ٩-٣٦-٣٣ ، ٢٥ فبراير سنة ١٩٦٦ مجموعة النقض المدني ١٧-٣٩-٢٩٥ .

وأما الآن وبعد أن عبر المشرع المصري عن إرادته في إحلال نظام السجل العيني محل نظام الشهر الشخصي ، فإن هذا يدل على عدم اعتداده — عندما يدخل هذا القانون مرحلة التطبيق — لا بحسن النية ولا بالتواطؤ في التمسك بأسبقية التسجيل .

٢ — وضع المسألة في القانون الليبي :

أخذ المشرع الليبي على ما بينا سواء في قانون التسجيل الصادر سنة ١٩٢١ أو الصادر سنة ١٩٦٥ بنظام السجل العيني . وللتسجيل — كما قلنا — قوة مطلقة في نقل الملكية . وإذا كانت له هذه القوة المطلقة ، فلا أثر إذن لحسن النية أو للتواطؤ في التمسك بأسبقية التسجيل . فإذا باع (أ) عقاراً يملكه لـ (ب) ، ثم باعه مرة ثانية لـ (ج) الذي بادر إلى التسجيل قبل أن يسجل المشتري الأول (ب) ، انتقلت الملكية إلى (ج) ولو كان يعلم بسبق التصرف في نفس العقار إلى (ب) ، بل وحتى لو كان متواطئاً مع البائع بقصد الإضرار بالمشتري الأول . وهذا هو ما ذهبت إليه المحكمة العليا الليبية في العديد من أحكامها . ففي حكم حديث لها قضت بأن « المعول عليه في تقدير الأسبقية في التسجيل بين العقود الصحيحة ليس هو الأسبقية في دفع رسوم التسجيل بل هو التسجيل في الدفاتر والسجلات العقارية كما هو المستفاد من المادة ٨٠ من المرسوم بقانون رقم ١٢٠٧ الصادر في سنة ١٩٢١ والمنطبق على واقعة الدعوى »[1] .

---

(١) مجلة احكام المحكمة العليا . السنة السابعة — العدد الثاني ذو القعدة ١٣٩٠ هـ يناير ١٩٧١ في الطعن مدني رقم ١٦/٤٠ ق .

المبحث الثاني

تطبيق نظام التسجيل على عقد الرهن

خطة البحث :

ينشىء عقد الرهن الرسمي حقاً من الحقوق العينية التبعية . ولقد أتى تعداد الحقوق العينية التبعية في القانون المدني الليبي على وجه الحصر . وهذه الحقوق هي : الرهن القانوني ، والرهن الاتفاقي ، والرهن الحيازي ، والرهن القضائي ، وأخيراً حق الامتياز . وتتميز الحقوق العينية التبعية جميعاً بأنها تعطي لصاحبها سلطتي : التقـــدم **droit de préférence** والتتبع **droit de poursuite**

فلصاحب هذا الحق أن يتقدم على غيره من الدائنين العاديين والدائنين المرتهنين التاليين له في المرتبة ، وله أيضاً أن يتتبع المال الذي يرد عليه هذا الحق تحت أي يد يكون متى كان حقه نافذاً في مواجهة الغير .

والرهن الرسمي هو أحد الحقوق العينية التبعية ، ولعله أهمها . وهو الذي يعنينا في دراستنا للتسجيل ، إذ لا يرد إلا على عقار . ولا يحتج به في مواجهة الغير إلا بالتسجيل . وهو بالإضافة إلى ذلك يرتب للدائن حقاً غير قابل للتجزئة بمعنى أن العقار المرهون كله ضامن الوفاء بكل الدين أو بجزء منه ، وكل جزء من العقار المرهون ضامن للوفاء بكل الدين .

والذي يعنينا الآن هو تطبيق نظام التسجيل على عقد الرهن الرسمي بصفة خاصة .

المطلب الاول

أنعقاد الرهن الرسمي

عقد الرهن الرسمي شأنه في ذلك شأن كافة العقود الأخرى ، يجب لانعقاده توافر الرضا والمحل والسبب . ويجب أن تكون إرادة كل من الراهن والدائن المرتهن سليمة وخالية من العيوب . والمحل في عقد الرهن الرسمي هو إنشاء حق عيني على عقار مملوك للراهن لضمان الوفاء بالالتزام ترتب في ذمة الراهن أو في ذمة غيره . وأما عن السبب في عقد الرهن فغالباً ما يكون هو ضمان الدين .

ولا ينعقد الرهن الرسمي إلا إذا كتب في ورقة رسمية . والشكلية هنا لازمة للانعقاد ، ويترتب على تخلفها بطلان العقد ، ولا ينتج أثراً حتى في العلاقة بين الراهن والدائن المرتهن . ونرى أن عقد الرهن الرسمي الباطل لتخلف الشكلية المطلوبة لا يصح باعتباره وعدا بالرهن ، فللموعد بالرهن كالرهن نفسه يجب أن يكتب في ورقة رسمية[1] .

---

(١) وهذا لا يعني ان عقد الرهن العادي من الشكلية يكون بلا أثر ، فاذا صح ان مثل هذا العقد لا ينشيء وعداً بالرهن ، اذ ان الشكلية لازمة ايضاً بالنسبة لهذا الاخير ، إلا انه يرتب التزامات شخصية بين عاقديه تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة. ويكون للدائن المرتهن مطالبة الراهن بتنفيذ التزامه واتمام عقد الرهن ، فاذا نكل عن ذلك فله مطالبته بالتعويض ، وله ايضاً المطالبة باسقاط الاجل . راجع الوسيط في شرح القانون المدني ج ١ ص ٢٥٣ ، محمد كامل مرسي . السابق ص ١١١ ، احمد سلامة . المرجع السابق ص ٢٢٣ .

والرأي الغالب في الفقه الفرنسي ويؤيده بعض الشراح المصريين أن الشكلية لازمة فقط في رضاء الراهن ، إذ الغرض الذي شرعت من أجله غير منطبق إلا بالنسبة للراهن ، إذ هو المهدد بأن تنزع منه ملكية العقار الذي رهنه مستقبلا إذا عجز عن الوفاء بالدين المضمون بالرهن (١) . ونرى تمشياً مع جانب آخر من الفقه أن الشكلية لازمة في رضاء الراهن والدائن المرتهن . فهي لم تشرع لمصلحة الراهن فقط ، بل لمصلحة الدائن المرتهن أيضاً إذ بواسطتها يستطيع الدائن المرتهن أن يثبت من أهلية الراهن وأصل ملكيته . ومن ثم تكون الرسمية واجبة في رضاء الراهن والدائن المرتهن على السواء(٢) . ويضاف إلى الحجة السابقة ما تنص عليه المادة ١/١٠٣٤ من القانون المدني ، والتي تقضي بأنه « لا ينعقد الرهن إلا إذا كان بورقة رسمية وفقاً لأحكام النظام للعقاري » . فما دام عقد الرهن لا ينعقد إلا إذا كان بورقة رسمية ، فهذا يعني اشتراط الشكلية في كل من الإيجاب والقبول ، أي في رضاء كل من الراهن والدائن المرتهن . وحتى إذا سلمنا — جدلا — بأن الشكلية في عقد الرهن الرسمي قد شرعت فقط لحماية الراهن دون الدائن المرتهن ، فهذا يعني اشتراطها فقط في إرادة الراهن دون الدائن المرتهن . فالشكلية في عقد الهبة شرعت لحماية الواهب دون الموهوب له . ومع ذلك فهي ضرورية في الإيجاب الصادر من الواهب والقبول الصادر من الموهوب له(٣) .

وليس المقصود بالورقة الرسمية المنشئة للرهن « الورقة التي يثبت فيها

---

(١) Mazeaud, Droit civil T IV P. 228. وفي الفقه المصري. محمد كامل مرسي في الحقوق العينية التبعية فقرة ٦٢ ، عبد الفتاح عبد الباقي في التأمينات الشخصية والعينية سنة ١٩٥٠ فقرة ١٩١ .

(٢) احمد سلامة . التأمينات العينية والشخصية طبعة ١٩٧٠ فقرة ٦٧ وما بعدها . عبد الرزاق السنهوري . الوسيط في شرح القانون المدني . الجزء العاشر . في التأمينات الشخصية والعينية فقرة ١٢٥ .

(٣) احمد سلامة . المرجع السابق ص ٢٤٠ .

موظف عام أو شخص مكلف بأداء خدمة عامة «ما تم على يديه أو «ما تلقاه «من ذوي الشأن من بيانات في حدود «اله «من اختصاص » بل المقصود بها الورقة التي يقـــوم بتحريرها موظف مختص بتحرير العقود. ويجب أن يحرر هذا الموظف هذه الورقة وفقاً للإجراءات التي ينص عليها القانون. ولو قلنا بغير ذلك — أي بالمعنى الأول — لكان معنى ذلك أن الحكم أو محضر الصلح وكلاهما من الأوراق الرسمية يمكن أن ينشىء رهنا. وهذا هو ما لم يقل به أحد.

وتنص المادة الأولى من القانون رقم ٢٢ سنة ١٩٦٨ على أنه « يختص محررو العقود بتوثيق جميع المحررات بناء على طلب ذوي الشأن وذلك فيما عدا مسائل الأحوال الشخصية والوقف ».

وتنص المادة ١٥ من نفس القانون على أنه « يجب أن يتولى محرر العقود بنفسه أو بواسطة أحد محرري العقود المساعدين صياغة وتحرير المحرر المطلوب توثيقه وله أن يملي شخصاً آخر أو يكلفه بالكتابة تحت إشرافه وعلى مسئوليته وأن يشير إلى بذلك في المحرر ».

فمحررو العقود هم أصحاب الصلاحية في تحرير العقود التي تعتبر الرسمية ركنا فيها ويترتب على تخلفها بطلان العقد كما بينا. ولا تقتصر الشكلية على ضرورة الانعقاد في هذا الشكل الرسمي فقط بل لا بد أيضاً من شمول العقود على بيانات معينة يطلق عليها عادة تخصيص الرهن. ويتعلق هذا التخصيص بالعقار المرهون من جهة وبالدين المضمون بالرهن من جهة أخرى.

المطلب الثاني

اثر الرهن في مواجهة الغير

الرهن حق من الحقوق العينية التبعية ، ولا يحتج به في مواجهة الغير إلا بالتسجيل . وينشىء عقد الرهن آثاراً بين عاقديه (الراهن والدائن المرتهن) فور إبرامه متى كان مستوفياً للشكل الذي نص عليه القانون . وثمة فرق بين إنتاج هذه الآثار فور الإبرام وبين الاحتجاج بها في مواجهة الغير . فالراهن ضامن لسلامة الرهن ، ويقع عليه عبء هذا الضمان منذ إبرام عقد الرهن[1] . وتتقيد سلطة الراهن في الإدارة من الوقت الذي يتم فيه إبرام الرهن . آية ذلك ما تنص عليه المادة ١٠٤٩ مدني من أن « الإيجار الصادر من الراهن لا ينفذ في حق الدائن المرتهن إلا إذا كان ثابت التاريخ قبل قيد تنبيه نزع الملكية ....»

---

(١) ولقد ذهب جانب من الفقه الى القول بأنه ليس صحيحاً ما يقال من ان عقد الرهن ينشىء حق الرهن فيما بين المتعاقدين وان القيد يجعل هذا الحق نافذاً على الغير ، فالواقع ان حق الرهن لا وجود له فيما بين المتعاقدين ولا ينشأ عن عقد الرهن وهو اذا نشأ كان حتماً نافذاً في حق الغير ، والا لما كانت هناك فائدة من وجوده . الاستاذ شفيق شحاته . في النظرية العامة للتأمين العيني طبعة ١٩٥٢ . ص ٤٣ وما بعدها . وفي هذا القول كما نرى خلط بين الانعقاد والآثار . فعقد الرهن ينعقد وينتج آثاره فيما بين طرفيه متى روعي في انعقاده الشكل الذي نص عليه القانون . فاذا تصرف الراهن في العقار المرهون قبل قيد الرهن او تسجيله عد ذلك منه تعرضاً للدائن المرتهن ومن وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض . واما عن الاحتجاج بالرهن في مواجهة الغير فلا يكون الا بالتسجيل .

وأما عن أثر الرهن بالنسبة للغير فتنص المادة ١/١٠٥٧ من القانون المدني على أنه « ١ ــ لا يكون الرهن نافذاً في حق الغير إلا إذا قيد العقد أو الحكم المثبت للرهن قبل أن يكسب هذا الغير حقاً عينياً على العقار .. » وتنص المادة ١٠٥٨ من القانون المدني بأنه « يتبع في إجراء القيد وتجديده ومحوه والغاء المحو والآثار المترتبة على ذلك كله أحكام النظام العقاري » .

فالقيد لازم للاحتجاج بالرهن في مواجهة الغير . وإذا كان المشرع الليبي قد أستخدم في القانون المدني مصطلح « القيد » إلا أنه قد استخدم مصطلح « التسجيل» في قانون التسجيل العقاري الصادر سنة ١٩٦٥ .

القيد والتسجيل (الفرق بينهما) :

أوجبت المادة ١٠٥٧ / ١ مدني قيد الرهن حتى يمكن الاحتجاج به في مواجهة الغير ، ويجب أن يتم هذا القيد قبل أن يكتسب الغير حقاً عينياً على العقار المرهون ، أي قبل أن يسجل سنده . وإذا كان هذا هو ما تنص عليه المادة ١٠٥٧ / ١ مدني ، فإن المادة ٥٤ من قانون التسجيل العقاري تنص على أنه « التصرفات المنشئة لحق من الحقوق العينية العقارية التبعية أو المقررة لها ، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب تسجيلها ويترتب على عدم التسجيل أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير » .

فإذا كان القانون المدني استوجب « القيد » للاحتجاج بالتصرف المنشيء لحق من الحقوق العينية التبعية أو المقرر له في مواجهة الغير . فقد أوجبت المادة ٥٤ من قانون التسجيل العقاري الصادر سنة ١٩٦٥ « تسجيل » الحقوق العينية التبعية حتى يمكن الاحتجاج بها في مواجهة الغير . ولما كان قانون التسجيل العقاري قانوناً خاصاً ولاحقاً على القانون المدني، فهو القانون الواجب التطبيق . ومن ثم فالإجراء الواجب اتباعه للاحتجاج بالتصرف المنشيء أو المقرر لحق من الحقوق العينية التبعية في مواجهة الغير هو التسجيل . وأما فيما بين الدائن

والمدين (على سبيل المثال في عقد الرهن الرسمي الدائن المرتهن والمدين الراهن) فإن التصرف المنشيء للحق أو المقرر له ينتج أثره فور إبرامه متى كان مستوفياً للشروط التي يتطلبها القانون وخاصة ما يتعلق منها بالشكل[١] .

ويختلف التسجيل عن القيد في أن الأول يقتضي نقل صورة كاملة من المحرر في السجل المعد لذلك ، في حين أن القيد يتم عن طريق استخدام بعض البيانات التي يهم الغير معرفتها وإفراغها بعد ذلك في قائمة وتقديم هذه القائمة لتدون بعد ذلك في سجل خاص[٢] .

تجديد التسجيل :

أحالت المادة ١٠٥٨ مدني فيما يتعلق بإجراء القيد وتسجيله وتجديده ومحوه وإلغاء هذا المحو على أحكام النظام العقاري . والنظام العقاري المعمول به الآن في ليبيا هو ما نص عليه قانون التسجيل العقاري الصادر سنة ١٩٦٥ . وتنص المادة ٦٥ من هذا القانون على ما يأتي « يسقط تسجيل الحقوق العينية التبعية المشار إليها في المادة ٥٤ إذا لم يجدد خلال خمس عشرة سنة من تاريخ إجرائه وكل تجديد لا يكون له أثر إلا لمدة خمس عشرة سنة من التاريخ الذي أجري

---

(١) ولقد جاء في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري ما يأتي : « ان عقد الرهن يرتب حقاً عينياً على العقار المرهون ويترتب هذا الحق دون حاجة الى القيد فيما بين المتعاقدين ولا ينفذ في حق الغير الا بالقيد . ويمكن تعريف حق الرهن بأنه سلطة يرتبها القانون للدائن المرتهن على العقار المرهون يستطيع بها ان يستوفي حقه من ثمن هذا العقار . فاذا استعمل هذه السلطة في مواجهة الراهن لم يكن هذا استعمالا لضمانه العام ، بل ايضاً استعمالا لحق الرهن ، إلا ان هذا الاستعمال يتخذ صورة خاصة يسمونها تقدماً اذا كان الغير دائناً آخر ، وتتبعاً اذا كان الغير شخصاً انتقلت اليه ملكية العقار المرهون » .

مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج ٧ ص ٤ .

(٢) احمد سلامة . المرجع السابق فقرة ٧٧ ، عبد الرزاق السنهوري . المرجع السابق فقرة ١٩٢ .

فيه ، ويجب تجديد التسجيل ولو في أثناء الإجراءات التي تتخذ لنزع ملكية العقار المثقل بالحق العيني » . وفي حالة عدم التجديد يسقط التسجيل ويجري شطبه بعريضة تقدم من صاحب الشأن إلى الإدارة أو المكتب . فمع أن المشرع الليبي يأخذ بنظام السجل العيني ، ومن ثم استلزم تسجيل التصرف المنشىء أو المقرر لحق من الحقوق العينية التبعية لا قيده ، إلا أنه مع ذلك قد استوجب تجديد التسجيل خلال خمس عشرة سنة من تاريخ إجرائه . وإذا كان للتجديد — في رأينا — ما يبرره في ظل نظام يأخذ بالشهر الشخصي كالقانون المصري ، فالأمر على غير ذلك تماماً في نظام السجل العيني . ففي نظام الشهر الشخصي — القانون المصري على سبيل المثال — يجري القيد منسوباً إلى أسم الشخص الذي صدر منه التصرف . ويكون على من يريد الاستعلام عن حالة عقار معين أن يطلب بيانات عن التصرفات التي صدرت من مالك العقار الحالي ومن ملاكه السابقين . والتجديد يحقق لمن يريد الاستعلام عن حالة العقار مصلحة إذ يكفيه أن يكشف عن حالة العقار في العشر سنوات الأخيرة (في القانون المصري) .

وفي نظام السجل العيني فالبحث لا يجري عن أسماء الأشخاص الذين صدرت منهم التصرفات بل على العقار موضوع التصرف ذاته ، ، وبالتالي يغدو اشتراط التجديد في القانون الليبي أمراً غير منطقي ولا يحقق الفائدة التي يحققها في نظام الشهر الشخصي .

وإذا كان هذا هو رأينا ، إلا أن المشرع يوجب تجديد التسجيل وفي حالة عدم التجديد في خلال المدة التي نص عليها القانون يسقط التسجيل ويجري شطبه بعريضة تقدم من صاحب الشأن إلى الإدارة أو المكتب . فلا يترتب على عدم التجديد سقوط التسجيل ، بل يجري شطبه بعريضة تقدم من صاحب الشأن[1] إلى الإدارة أو المكتب .

---

(١) وصاحب الشأن هنا يكون عادة دائناً مرتهناً آخر تالياً في المرتبة . وأما عن الراهن فلا يكون له=

وإذا جدد الدائن المرتهن رهنه ظل محتفظاً بمرتبته الأولى . أما إذا لم يتم التجديد في أثناء المدة التي نص عليها القانون ، سقط القيد وكذلك المرتبة التي أنشأها . ويعود حق الدائن المرتهن غير نافذ من جديد في مواجهة الغير . ولا يقتضي عدم التجديد على الحق ذاته ، بل يظل هذا الحق قائماً . وإذا أراد الدائن أن يحتج به في مواجهة الغير ، فعليه أن يعيد تسجيله من جديد ، وتحسب المرتبة عندئذ من وقت إجراء هذا التسجيل الجديد .

محو التسجيل وإلغاء هذا المحو :

أ ــ محــو التسجيل :

تنص المادة ٦٦ من قانون التسجيل العقاري على أنه « لا يجوز محو تسجيل الحقوق العينية التبعية إلا برضاء الدائن بمقتضى أقرار رسمي أو بحكم نهائي .

ويقدم صاحب الشأن طلب المحو للإدارة أو المكتب المختص مرفقاً به الأقرار الرسمي أو الحكم » .

فمحو التسجيل لا يكون إلا اتفاقاً أو قضاء . فإذا كان اتفاقاً وجب أن يكون أقرار الدائن به رسمياً[1] . وقد يكون المحو نتيجة لاستيفاء الدائن حقه ، ومع ذلك فقد يرضى الدائن به حتى ولو لم يكن قد استوفى حقه من المدين ليقوي بذلك ائتمان هذا الأخير . ويجب أن تتوافر لدى الدائن الأهلية اللازمة . وتكفي أهلية الاستيفاء إذا كان الدائن المرتهن قد استوفى حقه . أما إذا لم يكن

= طلب شطب التسجيل فيما ترى حتى لو لم يجدد الدائن المرتهن تسجيل رهنه . فالراهن ضامن ومن وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض .

(١) والغرض من اشتراط الرسمية هو منع الغش الذي يحتمل وقوعه لو اكتفى بالرضا العرفي من جهة ، ومن جهة اخرى فالرسمية تعتبر تطبيق لقاعدة الشكل المقابل **Parallelisme de forme** فاذا كانت الشكلية (الرسمية) لازمة لانعقاد الرهن ، فهي لازمة ايضاً لمحو التسجيل . احمد سلامة . المرجع السابق ص ٢٠٩ .

قد استوفاه وكان الشطب من قبيل التبرع وجب أن يتوافر لدى الدائن المرتهن أهلية التنازل عن حق عيني عقاري ، فبالشطب أو المحو يفقد الدائن المرتهن مرتبته ، الأمر الذي يقترب في هذه الحالة من التنازل عن الرهن[1] .

ويكون المحو قضائياً ، ويتحقق ذلك إذا رفض الدائن المرتهن القيام به مع استيفائه لحقه مثلا ، إذ لا يكون أمام المدين من سبيل سوى اللجوء إلى القضاء للحصول على حكم بمحو التسجيل . ومتى أصبح هذا الحكم نهائياً أمكن إجراء المحو بمقتضاه .

(ب) الغاء المحـــو :

قد يقع المحو مستوفياً لشروطه القانونية ، ومع ذلك فقد يقضي بإلغاء السند الذي قرره عن طريق الحكم بتزويره مثلا ، وإذا تم المحو بحكم فقد يلغى هذا الحكم بعد ذلك بطريق النقض . ويترتب على الحكم بإلغاء المحو أن تعود للرهن مرتبته الأولى على ألا يضر ذلك بما يكون قد أجرى من تسجيلات من الفترة بين المحو والغاء المحو . وهذا الحكم هو ما تنص عليه المادة ٦٧ من قانون التسجيل العقاري ونصها كالآتي : « إذا التغى بطريق النقض حكم محي بمقتضاه حق عيني تبعي عادت لهذا الحق مرتبته الأصلية ولا يكون لإلغائه أثر رجعي بالنسبة إلى التسجيلات التي أجريت في الفترة ما بين المحو والإلغاء » والعلة في تقرير هذا الحكم هي أن هؤلاء الدائنين الذين سجلوا حقوقهم في الفترة ما بين المحو وإلغاء المحو لم يكن بمقدورهم عند الإطلاع على الكراسة العقارية الخاصة بالعقار موضوع التصرف التكهن بفاعلية هذه التسجيلات التي محيت مستقبلا . وفي القول بغير ذلك إضرار بهم . فلو فرضنا مثلا أن (أ) دائن مرتهن وقيد رهنه في أول يناير سنة ١٩٦٠ ضماناً لدين قدره ١٥٠٠ ديناراً ، ثم رهن العقار

---

(١) احمد سلامة ، المرجع السابق فقرة ٨٥ .

مرة ثانية إلى (ب) الذي قبد رهنه في أول يناير سنة ١٩٦٢ ضماناً لدين قدره ١٠٠٠ دينار ، ثم شطب رهن (أ) في أول يناير ١٩٦٣ ، وفي أول يناير سنة ١٩٦٤ رهن العقار مرة ثالثة إلى (ج) ضماناً لدين قدره ٥٠٠ دينار وفي أول يناير سنة ١٩٦٥ حكم بإلغاء المحو . فإذا بيع العقار بمبلغ ٣٠٠٠ دينار ، فلامشكلة إذ ان المبلغ يكفي للوفاء بحقوق الدائنين جميعاً . أما إذا بيع العقار بمبلغ ٢٠٠٠ دينار ، فهنا تثور المشكلة . وعند التوزيع يستوفي (ج) نصيبه كاملا على أساس عدم وجود (أ) ، وإن الدائن المرتهن الذين يتقدم عليه هو (ب) فقط . ولما كان المبلغ الذي بيع به العقار يكفي للوفاء بحقوق كل من (ب) و (ج) فعندئذ يأخذ (ج) ٥٠٠ دينار على أساس وجود (ب) وعدم وجود (أ) ثم يعاد التوزيع بعد ذلك بين كل من (أ) و(ب) . ويلاحظ تقدم (أ) على (ب) ويفترض حصول (أ) على حقه كاملا وما يتبقى يأخذه (أ) أي ١٠٠٠ دينار .

فإذا كان لإلغاء المحو بصفة عامة أثر رجعي ، إلا أنه لا يجب أن يترتب عليه الإضرار بمن سجلوا حقوقهم في الفترة ما بين المحو وإلغاء المحو .

خاتمة البحث

أخذ المشرع الليبي على ما سبق أن عرضنا في هذا البحث بنظام السجل العيني سواء في ظل قانون التسجيل الصادر سنة ١٩٢١ أو في ظل القانون المعمول به حالياً والذي صدر في سنة ١٩٦٥ . ولا تنتقل الملكية أو الحق العيني الأصلي العقاري سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير إلا بالتسجيل .

وإذا كان المشرع قد أوجب تسجيل التصرفات والأحكام المنشئة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية ، فإنه أوجب أيضاً تسجيل التصرفات المنشئة لحق من الحقوق العينية العقارية التبعية أو المقررة لها ، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك . ويترتب على عدم التسجيل أن التصرف أو الحكم لا يكون نافذا في مواجهة الغير .

ولقد أخذ المشرع الليبي بنظام الشهر الشخصي . ويتميز نظام السجل العيني ، وهو النظام المتبع في ليبيا ، بتحقيق قدر أكبر من الانضباط في المعاملات العقارية . فالحق العيني ينشأ أو ينتقل أو يتغير أو يزول بواقعة التسجيل نفسها منفصلة عن التصرف المنشيء أو الناقل أو المغير لها . فإذا سجل تصرف من التصرفات الواجبة الشهر لم يعد جائزاً الطعن فيه بعد ذلك بالتزوير ولا الطعن فيه بصدوره من غير مالك ولا يجوز الطعن فيه – فيما نرى – بعد ذلك بالصورية حتى ولو كانت مطلقة . وتتحقق الصورية إذا اتفق شخصان على إجراء تصرف

ظاهر يخفي حقيقة العلاقة بينهما . وما دام التسجيل ورد على هذا التصرف الظاهر وجب الاعتداد به . وهذا هو الذي يمكن القول به – في نظرنا – تأسيساً على مبدأ القوة المطلقة للقيد في السجل العيني (١) .

ولقد أوجب المشرع الليبي أيضاً تسجيل حق الإرث ، بل أن نص المادة ٥٣ من قانون التسجيل العقاري يقضي بعدم أيلولة العقارات الموروثة إلى الورثة بعد تقديم اعلام شرعي من المحكمة المختصة بحصر الورثة وبيان نصيب كل وارث وتسجيل حق الإرث . ولقد بينا في بحثنا أن المراد بما تنص عليه المادة ٥٣ من قانون التسجيل ليس هو عدم أيلولة العقارات الموروثة إلى الورثة إلا بعد تسجيل حق الإرث ، بل المقصود بها هو أنه لا يجوز شهر أي تصرف

---

(١) واذا وجب الاعتداد في ظل نظام الشهر الشخصي بالتصرف الحقيقي لا الظاهر . فهذا هو ما لا يجب الاخذ به في نظام السجل العيني . ولقد قضت محكمة النقض المصرية بأن « العقد الصوري يعتبر غير موجود قانوناً ولو سجل فاذا طلب مشتر بعقد غير مسجل الحكم على البائع بصحة التعاقد وابطال البيع الآخر الذي سجل عقده واعتباره كأن لم يكن لصوريته المطلقة فقضت له المحكمة بذلك بناء على ما ثبت لها من صورية العقد المسجل فانها لا تكون قد اخطأت ولو كان العقد العرفي غير ثابت التاريخ وكان تاريخه الحقيقي لاحقاً لتاريخ العقد المسجل » نقض مدني جلسة ٢٥ / ١١ / ١٩٤٣ في الطعن رقم ٨٣ سنة ١٢ ق مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض الجزء الاول . القاعدة ٢١٧ تحت كلمة «بيع» ويبدو ان المحكمة العليا في ليبيا قد اخذت بنفس المبدأ عندما قضت في الطعن رقم ٤٠ / ١٦ق بأن « الحكم الذي يقدم على الاعتداد بالتسجيل على اطلاقه بغير تفريق بين العقود الصحيحة والصورية ، وبالتعويل على سداد الرسوم واتخاذه قرينة على اسبقية التسجيل يكون قائماً على استدلال خاطىء ولا يتفق مع القانون » ونرى ان المحكمة العليا عندما ذهبت الى ما ذهبت اليه محكمة النقض المصرية فيما يتعلق بعدم الاعتداد بالتصرفات الصورية في اسبقية التسجيل ، قد فاتها ان نظام الشهر في مصر هو نظام الشهر الشخصي . وينبني على عنصرين : الاول – عقد جدي صحيح ، فالتسجيل لا يصحح عقداً باطلا . والثاني – التسجيل ويقوم على اساس اسماء الاشخاص الذين صدرت منهم التصرفات . في حين ان في نظام السجل العيني ينشأ الحق او ينتقل او يزول بمجرد واقعة التسجيل في السجل . ومن ثم وجب الاعتداد بالتصرف المشهر جدياً كان ام صورياً .

يصدر من الوارث إذا كان متعلقا بحق من الحقوق التي انتقلت إليه بسبب الميراث إلا إذا كان الوارث قد اشهر حق الإرث .

ولم ترد في نصوص قانون التسجيل العقاري الليبي نصوص خاصة بتسجيل ديون التركة أو التأشير بها على هامش تسجيل حق الإرث . ومع ذلك فقد خول القانون المدني دائني التركة الحق في أن ينفذوا بحقوقهم أو بما أوصى لهم به على عقارات التركة التي حصل التصرف فيها ، أو التي رتبت عليها حقوق عينية لصالح الغير إذا أشروا بديونهم وفقاً للقانون . ومع أن قانون التسجيل العقاري الليبي قد أتى خلوا من بيان الطريقة التي يكون بها للدائن أن يؤشر بحقه ، إلا أننا نرى أنه إذا أشر دائن التركة بحقه على هامش تسجيل حق الإرث فله الاحتجاج بهذا الحق على كل من تلقى من الوارث حقاً عينياً عقارياً وقام بشهره بعد هذا التأشير .

وكان من الأفضل فيما نرى أن يتدخل المشرع الليبي أسوة بالمشرع المصري ليبين الطريقة التي يتم بها هذا التأشير . وليعطي أيضاً لهذا التأشير أثراً بالنسبة للدائن الذي حصل التأشير بحقه في مواجهة من تصرف إليهم الورثة في عقار من عقارات التركة إذا حدث هذا التأشير في فترة زمنية معينة . ولتكن سنة كما هو الحال في قانون الشهر العقاري المصري الصادر سنة ١٩٤٦ ، وكما هو الحال أيضاً في قانون السجل العيني المصري الصادر في سنة ١٩٦٤ .

وكذلك فقد أوجب القانون الليبي تسجيل التصرفات المنشئة لحق من الحقوق العينية العقارية التبعية أو المقررة لها ، والأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك .

---

(١) وهذا هو ما تنص عليه المادة السابعة (فصل ٨١) من قانون التسجيل الصادر سنة ١٩٢١ ونصها كالآتي : « مما يلزم تسجيله في الدفاتر والسجلات العقارية ولا حكم له حتى بين الطرفين الا اعتباراً من تاريخ التسجيل ما يأتي : ... العقود التي يترتب عليها انشاء او تبديل او نقل او اسقاط او ترك حقوق عينية كائنة على العقار كحق المنفعة والانتفاع والسكنى والرهن .. ».

ويترتب على عدم التسجيل ان هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير (المادة ٤٥ من قانون التسجيل العقاري) .

ويلاحظ ان القانون الليبي مع أخذه بنظام السجل العيني الا انه قد فرق بين أثر هذه التصرفات فيما بين المتعاقدين وأثرها في مواجهة الغير . ويتفق حكمـــه في ذلك والحكم الـــوارد في قانون الشهر العقاري المصري . ولقد كان مقتضى عينية التسجيل فيما نرى هو إلا يكون للتصرف من أثر سواء في العلاقة فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير إلا بالتسجيل .

ويلاحظ ان قانون التسجيل العقاري الليبي الصادر سنة ١٩٢١ كان يأخذ بهذا الحكم ولم يكن للتصرف المنشىء أو المقرر لحق من الحقوق العينية التبعية فيه من أثر سواء فيما بين المتعاقدين أو في مواجهة الغير إلا بالتسجيل .

ومع أن المشرع الليبي يأخذ بنظام السجل العيني ، إلا أنه أوجب تجديد تسجيل الحقوق العينية التبعية كل خمس عشرة سنة . ويسقط التسجيل ويجرى شطبه إذا لم يجدد في الميعاد الذي نص عليه القانون . وفي رأينا أن تجديد القيد إذا كان واجبا في ظل نظام الشهر الشخصي ، فلم يكن هنا ما يستوجبه في ظل نظام السجل العيني ، إذ لا يتم التسجيل في هذا النظام الأخير بناء على أسماء الأشخاص الذين صدرت منهم التصرفات ، بل على أساس العقار الذي يرد عليه التصرف .

وأما عن التقادم كسبب من أسباب كسب الملكية أو بعض الحقوق العينية الأصلية الأخرى ، فقد قلت أهميته في ظل نظام التسجيل المتبع في ليبيا . فلم يعد من الجائز الإستناد إلى الحيازة ووضع اليد وتملك العقارات التي اتخذت بشأنها اجراءات تحقيق الملكية وصدرت عنها سندات مؤقتة أو قطعية . كما لا يجوز الاستناد إلى الحيازة للادعاء بملكية العقارات الموقوفة وقفاً عاماً ، أو

وقفاً خاصاً إذا كان قد سبق اتخاذ اجراءات تحقيق الملكية بالنسبة لها .

ومن ثم فالتقادم المكسب أصبح غير منتج لأثره متى كان العقار الذي ترد عليه الحيازة قد اتخذت بشأن إجراءات تحقيق الملكية أو صدرت عنه سندات مؤقتة أو قطعية . وليس للتقادم المكسب من الأثر إلا إذا وردت الحيازة على عقار لم تتخذ بشأنه إجراءات تحقيق الملكية ولم يصدر عنه سندات مؤقتة أو قطعية .

ولا شك أن المشرع الليبي وهو يأخذ بنظام السجل العيني — على ما بينا — قد رسم طريقاً طويلاً للتحقيق المبتدأ للملكية ، يبدأ بطلب يقدمه ذوو الشأن أو من يقوم مقامهم إلى مكتب التسجيل المختص، وينتهي بصدور السند القطعي، وسواء أكان السند مؤقتاً أو قطعياً وجب نشره في الجريدة الرسمية . وفي المدة ما بين بين تقديم طلب تحقيق الملكية وصدور السنة القطعي — مدة سنة على نشر السند الموقت في الجريدة الرسمية وخمس سنوات على تاريخ صدور السند القطعي — يجوز لذوي الشأن الاعتراض على نتيجة تحقيق الملكية ، ولهم أيضاً الطعن فيما تصدره محكمة الطعون العقارية أمام محكمة الاستئناف الواقعة في دائرتها الإدارة أو مكتب التسجيل لأسباب نص عليها القانون وحددها بل ولمن فاته ميعاد الإعتراض على إعلان نتيجة تحقيق الملكية أن يطعن في السند المؤقت أمام محكمة الطعون العقارية . ويجوز أيضاً الطعن بعد ذلك أمام محكمة الاستئناف في السندات القطعية للاسباب المنصوص عليها في المادة ٣٥ من قانون التسجيل العقاري .

وفي ذلك كلمة تحصين لما يدون في السجلات العقارية من بيانات . ولا بأس بعد ذلك من إعطاء هذه البيانات قوة مطلقة في الإثبات .

الزنى المعاقب عليه حدًا

الدكتور محمد سامي النبراوي

استاذ القانون الجنائي المساعد

١

كان وضعاً غريباً أن يقف الشارع في البلاد الإسلامية في مكان المتفرج ، من جريمة تعد بحق من أبشع ما وصفته الشريعة الإسلامية، واستنكرته وحرمته جميع الأديان السماوية .

وليس أدل على شناعة الزنى من أن الله سبحانه وتعالى وصفه بالفحشاء واعتبره من الكبائر العظام . وأورد في شأنه آيات قرآنية حاسمة في تحريمه ، ومقررة له أغلظ أنواع العقاب . وذلك حتى يكون للجزاء أثره الزاجر في مقاومة المغريات وتقوية العزيمة لئلا يصبح الإنسان عبدا لغرائزه .

كما أن السنة والفقه قد أحاطاه بعناية خاصة ، لم تحظ بمثلها أنواع كثيرة من النشاط الإجرامي . فوضعا له الأحكام التفصيلية التي تشمل مختلف صوره ، وأوردا في شأنه الأمثلة العديدة التي تتناول كل فروضه ، حتى لا يبقى هناك عذر لجاحد .

وقد دعى إلى هذا الاهتمام ما تمثله تلك الجريمة من عدوان على بعض الدعائم الأساسية، التي تصون للبشرية كرامتها وتحفظ للمجتمع دينه وصلاحيته ومستقبله . فلا يخفى ما في الزنى من جناية على الأعراض والأنساب ، وانحلال للأخلاق ، وإهدار للقيم . مع ما يصاحب ذلك من انعدام الثقة وانتشار الفساد ، الذي يؤدي في النهاية إلى هدم الأسرة ، التي تعد النواة الأولى لبناء الجماعة الفاضلة .

وأمام تلك الاعتبارات تسقط كل الحجج الواهية والادعاءات الباطلة التي يتذرع بها البعض، لعدم تدخل الشارع بالعقاب على جميع صور هذه الجريمة النكراء . كالقول بأن الزنى من الأمور الشخصية ، وأنه لا يمس مصلحة المجتمع . فلا يجوز العقاب عليه إلا إذا تعدى هذه الدائرة الخاصة ، كأن يكون الجاني متزوجاً أو ارتكب الفعل دون رضاء الطرف الآخر .

المبحث التمهيدي

الزنى بين الاحكام الملغاة والقانون الجديد

١ ـ تمهيد :

نتكلم هنا عن بعض الملامح والملاحظات المتعلقة بجريمة الزنى في ظل أحكام قانون العقوبات الملغاة وقانون إقامة حد الزنى . على أن نتناول المسائل الأخرى المتعلقة بهذا الشأن عند دراسة الموضوع الخاص بها ، ونقسم ذلك إلى مطلبين :

أولاً ـ أحكام جريمة الزنى الملغاة .
ثانياً ـ أحكام قانون إقامة حد الزنى .

المطلب الاول

احكام جريمة الزنى الملغاة

٢ ـ اشتراط قيام العلاقة الزوجية .
٣ ـ التفرقة بين زنى الزوجه وزنى الزوج .
٤ ـ دعوى الزنى .

٢ ـ اشتراط قيام العلاقة الزوجية :

كان قانون العقوبات ينص على جريمة الزنى في المواد ٣٩٩ ـ ٤٠٢ . وقد اقتبس الشارع هذه الأحكام من قانون العقوبات الإيطالي، مما ترتب عليه أن جاءت تلك الأحكام متعارضة مع ما يقضي به ديننا الحنيف ، ومتنافية مع تقاليد مجتمعنا الشرقي .

فالزنى بجميع أشكاله محرم ومعاقب عليه في الشريعة . ولا يعتد في ذلك بمجرد الأعتداء الشخصي الواقع على المجني عليه . بل ينظر إلى ما يؤدي إليه شيوع الفعل من آفات خطيرة تقوض بنيان المجتمع [١] . لذا يكون من المفروض أنه لا يدخل في تكوين الجريمة قيام رابطة الزوجية أو عدم الرضا أو أي عنصر آخر من هذا القبيل .

وهذا على خلاف ما ذهب إليه قانون العقوبات وأغلب التشريعات الوضعية ، حيث لا يعتبر كل وطء في غير حلال زنى . فلا يعد الفعل جريمة ويعاقب عليه إلا إذا حصل من شخص غير مرتبط بعقد زواج صحيح (المادتان ٣٩٩ / ١ و ٤٠٠ / ١ عقوبات الملغتان)[٢] . وذلك لأن هدف الشارع من الحماية هو صيانة حرمة الزواج[٣] .

---

(١) محمد ابو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي ، العقوبة ، ص ٩٤ .

(٢) لذلك اذا حملت المرأة قبل الزواج، فانها لم تكن تسأل عن الزنى، ولو وضعت حملها في اثناء قيام العلاقة الزوجية. احمد امين ، شرح قانون العقوبات الاهلي ـ القسم الخاص ـ سنة ١٩٢٤م ص ٤٦٣ ، محمد عطية راغب ، الجرائم الجنسية في التشريع الجنائي المصري سنة ١٩٤٧ م ص ٣٧ .

(٣) ونتيجة لهذا كان من المحتمل ان يتهرب الزوج من مسئوليته عن جريمة الزنى بتطليق زوجته طلاقاً بائناً بعد ارتكابه الجريمة مباشرة، لكي يسقط حقه في الشكوى . ويمكن ان تترتب نفس هذه النتيجة بالنسبة للزوجة الزانية اذا كانت العصمة بيدها .
صالح مصطفى، الجرائم الخلقية، دراسة تحليلية مقارنة ١٩٦٢ م ص ٨٦، محمد عطية =

٤

٣ ــ التفرقة بين زنى الزوجة وزنى الزوج :

فرق الشارع في المعاملة الجنائية والعقاب بين زنى الزوج وزنى الزوجة من عدة وجوه .

أولا : تثبت الجريمة في حق الزوجة إذا حصل منها الفعل في أي مكان (المادة ٣٩٩ عقوبات الملغاة) . أما الزوج فلا يثبت في حقه إلا إذا زنى في بيت الزوجية أو اتخذ له خليلة جهاراً في أي مكان (المادة ٤٠٠ عقوبات الملغاة) .

ثانياً : تعاقب الزوجة الزانية بالحبس مدة لا تزيد على سنتين (المادة ٣٩٩/ ١ عقوبات الملغاة) . أما الزوج الزاني فيعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر (المادة ٤٠٠ / ١ عقوبات الملغاة) .

ثالثاً : لا عذر قانوني للزوجة إذا فوجئت بمشاهدة زوجها متلبسا بالزنى فقتلته في الحال هو وشريكته أو أحدهما . في حين أن هذا العذر موجود بالنسبة للزوج ، فتصبح جريمته جنحة ويعاقب عليها بالحبس (المادة ٣٧٥ عقوبات)

ونظراً إلى أن هذه التفرقة لاتستند إلى أساس منطقي سليم، ويرجع سبب وجودها إلى مجرد الإبقاء على أصلها التاريخي الممتد إلى القانون الروماني ، فإنه أصبح لا مبرر لها . خاصة في ظل نظرة المساواة بين المرأة والرجل في مختلف أوجه الأنشطة [1] .

أما الشريعة فلم تعرف مثل هذه الفوارق ، لأن نظرتها دائماً تكون أعمق

= راغب ص ٣٦ . ويرى بعض الفقهاء ان هذه الحيلة لا يصح ان تقف حائلا دون المحاكمة ، محمد مصطفى القللي ، اصول تحقيق اجنايات ص ٥١ .

(١) ادوار غالي الذهبي ، الجرائم الجنسية في التشريع الليبي المقارن ١٩٧٣م ص ٢٤، ٢٥ .

وأشمل . فساوت بين الرجل والمرأة في جميع الأحكام المتعلقة بذلك الشأن .

ولكن يلاحظ أن قانون إقامة حد الزنى لم يتضمن فيما الغاه المادة ٣٧٥ عقوبات التي تنص على عذر الزوج الذي يضبط زوجته حال تلبسها بالزنى فيقتلها في الحال هي ومن يزني بها أو أحدهما .

كما أنه من ناحية أخرى لم ينص على هذا العذر بالنسبة للزوجة التي تقتل زوجها حال مفاجأته متلبساً بالزنى ، رغم ما يلحق بها من إهانة وخيانة ، مما يصعب معه مقاومة رغبتها في الانتقام .

٤ – دعوى الزنى :

كانت جريمة الزنى من بين الجرائم التي لا يجوز فيها للنيابة العامة إقامة الدعوى إلا بناء على شكوى من الزوج المجني عليه (المادة ٣٩٩ عقوبات الملغاة بشأن زنى الزوجة ، والمادة ٤٠٠ عقوبات الملغاة بشأن زنى الزوج) .

وتسقط الجريمة بتنازل الزوج عن شكواه حتى ولو بعد النطق بالحكم نهائياً . كما تسقط بموت الزوج المعتدى عليه أو بانقضاء الزواج . وذلك حتى بالنسبة للشريك في الزنى أو الخليلة أو أي شخص آخر اشترك في الجريمة . فإذا كان قد صدر حكم بالإدانة أوقف تنفيذ الحكم وتقضت آثاره الجنائية (المادة ٤٠٢ عقوبات الملغاة) .

وقصد بهذا القيد حماية مصلحة الأسرة ، حيث ترك للمجني عليه تقدير النتائج التي قد تترتب على السير في الدعوى الجنائية . فإذا فضل عدم اتخاذ الأجراءات درءا للفضيحة وما تسفر عنه من أضرار ، وجب الأخذ بهذا الاعتبار وعدم معاقبة الجاني[1] .

---

(١) جندي عبد الملك ، الموسوعة الجنائية جـ ٤ سنة ١٩٤١ ص ٧٤ .

ووفقاً لحكم المادة ٣٩٩ / ٢ عقوبات الملغاة ، لم تكن تقبل الشكوى المقدمة من الزوج إذا ثبت أنه أرتكب الزنى المعاقب عليه في خلال الخمس سنوات السابقة على ارتكاب جريمة الزوجة .

وكذلك الحال بالنسبة للزوجة ، حيث كانت المادة ٤٠٠ / ٢ عقوبات الملغاة تنص على أنه لا يعاقب على الفعل إذا أثبت الزوج أن زوجته زنت في خلال الخمس سنوات السابقة على ارتكاب جريمة الزوج .

ومعنى ذلك أن الشارع رأى أن زنى أحد الزوجين يعطي مثلا سيئاً يجعله غير جدير بتقديم شكوى ضد زوجه ، إذا كان قد أرتكب تلك الجريمة قبله[1] .

ولا يخفى ما في هذا الاتجاه من خطورة بالغة . إذ يترتب عليه منح الإذن بالزنى للزوج الذي سبق أن زنى زوجه . فلا يعاقب على أرتكابه الجريمة . وهذا ما تأباه أبسط مبادىء الأخلاق . وذلك بالإضافة إلى أنه يتنافى مع القواعد التي يأخذ بها القانون الجنائي ، حيث لا يقبل أن تمحى الجريمة بأخرى مثلها[2] .

---

(١) ادوار غالي الذهبي ص ٢٥ .

(٢) يقصر قانون العقوبات المصري ذلك على الزوجة الزانية، حيث تنص المادة ٢٧٣ على انه اذا ارتكب الزوج جريمة الزنى في المسكن الذي يقيم فيه مع زوجته كالمبين في المادة ٢٧٧ عقوبات فلا تسمع دعواه . فلا يستطيع الزوج ان يتمسك به باعتباره رب العائلة الذي يجب ان يكون القدوة الحسنة لها .

احمد امين ص ٤٧١ ، محمد عطية راغب ص ١٢٩ ، صالح مصطفى ص ٧٧ .

المطلب الثاني

احكام قانون اقامة حد الزنى

٥ ــ طبيعة أحكام قانون إقامة حد الزنى .

٦ ــ نوع جريمة الزنى .

٧ ــ حد الزنى .

٨ ــ إثبات الزنى .

٥ ــ طبيعة احكام قانون اقامة حد الزنى :

يتميز قانون إقامة حد الزنى ببعض الأحكام والقواعد المتعلقة به . وهذا ما يجعله من القوانين الخاصة . ويترتب على ذلك استبعاد أحكام قانوني العقوبات والإجراءات الجنائية في كل ما ورد به نص في هذا القانون .

أما إذا كان لم يرد في شأنه نص خاص ، فقد نصت المادة العاشرة من القانون على أنه يطبق المشهور من أيسر المذاهب بالنسبة إلى جريمة الزنى المعاقب عليها حدا . فإذا لم يوجد نص في المشهور طبقت أحكام قانون العقوبات .

وبالنسبة إلى الإجراءات فتطبق في شأنها أحكام قانون الإجراءات الجنائية فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون .

فلا تخل احكام هذا القانون باحكام قانون العقوبات او اي قانون آخر ، فيما لم يرد بشأنه نص فيه .

ومن ذلك يتضح أنه في حالة عدم وجود نص في القانون ، يجب أولا الأخذ بالمذهب الذي يكون قد أتى بأسهل الأحكام المعتبر أنها في مصلحة المتهم ، بالنسبة إلى جريمة الزنى المعاقب عليها حدا .

ولكن اتباع هذا الأتجاه على إطلاقه يؤدي أحياناً إلى نتائج قد لا تتفق مع الحكمة من العقاب على الزنى ، وينعارض مع أصول السياسة الجنائية ، كما أن أيسر المذاهب ليس دائماً أفضلها من وجهة النظر الاجتماعية .

فمثلا تختلف المذاهب في حكم المرأة التي تجامع صبياً ، فالبعض قال لا تحد[١] ، والآخر قال تحد[٢] . وهناك من وضع قيداً[٣] . فإذا أخذنا بالأيسر لترتب عليه إفلات المرأة من الحد . في حين أن ما وقع منها يعتبر زنى ويحقق لها الشهوة التي كانت تنشدها من فعلها .

بالإضافة إلى أن الأخذ بأيسر المذهب قد يؤدي إلى أختلاف الأحكام في الواقعة الواحدة بالنسبة إلى ظروف كل منهم على حدة ، لأن ما يكون في مصلحة شخص معين قد لا يعد كذلك بالنسبة للمساهم معه في ذات الجريمة[٤] .

كما أنه من ناحية أخرى الإحالة إلى قانون العقوبات فيما لم يرد بشأنه نص في المشهور من أيسر المذاهب ، قد لا يكون كافياً في بعض الفروض لسد النقص الموجود في القانون .

فمثلا بالنسبة للشروع في الجريمة ، إذا رجعنا فيه إلى قانون العقوبات ، نجد أن عقوبات الشروع محددة على أساس العقوبات المقررة للجريمة الكاملة (المادتان ٦٠ و ٦١ عقوبات) ، في حين أن قانون إقامة حد الزنى لـــم يبين الكيفية التي تحدد به العقوبة على الشروع في هذه الجريمة . وهذا ما تداركه الشارع

---

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، لعلاء الدين الكاساني ، الطبعة الاولى جـ ٧ ص ٣٤ .
(٢) المغني على مختصر الخرقي ، لمحمد عبد الله بن قدامة ، الطبعة الاولى جـ ١٠ ص ١٥٢ .
(٣) شرح عبد الله محمد الخرشي على المختصر الجليل ، الطبعة الاولى جـ ٥ ص ٣١٩ .
(٤) لذلك في قانون اقامة حدي السرقة والحرابة احال الشارع اولا الى المشهور من مذهب مالك ، باعتباره المذهب السائد في هذه البلاد من زمن طويل ، والف الناس تنظيم شئونهم في ضوء احكامه . كما الف القضاء تطبيقه في سهولة ويسر .
المذكرة الايضاحية بشأن المادة ٢٣ من قانون اقامة حدي السرقة والحرابة .

في المادة ١١ من قانون إقامة حدي السرقة والحرابة(٥) .

لذلك نرى أنه كان من الأفضل لو أن الشارع قد تعرض بالنص الصريح لمثل هذه المسائل التي يكثر بشأنها الجدل وتتباين فيها الآراء، مما يحتمل أن يترتب عليه استفادة الجاني ولو كان هذا على حساب مصلحة المجتمع .

٦ – نوع جريمة الزنى :

تنص الفقرة الأولى من المادة الثانية على أن عقوبة الزنى هي الحد مائة جلده ، مع جواز تعزير الجاني بالحبس مع الجلد .

ونظراً لأن عقوبة الجلد مستحدثة ولم تتضمنها القوانين الجنائية القائمة ، وأن تقسيم الجرائم في قانون العقوبات إلى جنايات وجنح ومخالفات يقوم على أساس نوع العقوبة المقررة لكل جريمة ، فإنه كان لزاما بيان نوع جريمة الزنى.

كما أنه بالنسبة للحبس ، فمع أنه من عقوبات الجنح (المادة ٥٤ عقوبات) إلا أنه مقرر في المادة ٢/٢ السابق الإشارة إليها بوصفه عقوبة تكميلية جوازية ، يقضي بها القانون بالإضافة إلى العقوبة الأصلية وهي الجلد ، ولا يجوز أن يحكم بها وحدها . لذلك لا يصح أن يحدد نوع الجريمة بناء عليها .

وهذا ما دعا الشارع إلى النص في المادة الرابعة على أنه « تعتبر جناية جريمة الزنى المنصوص عليها في المادة الثانية من هذا القانون » وذلك حتى تتحدد أحكام القانون المتعلقة بهذه الجريمة فيما لم يرد بشأنه نص في القانون(١) .

ولكن يلاحظ أن بعض العقوبات التبعية التي تترتب على الحكم لا تتوقف

---

(٥) تنص هذه المادة على انه « ١– تسرى احكام قانون العقوبات على الشروع في جريمتي السرقة والحرابة المعاقب عليهما حداً . ٢ – وتتحدد العقوبة على الشروع في الجريمتين المشار اليهما وفقا لاحكام المادتين ٦٠ ، ٦١ من قانون العقوبات . وذلك على اساس العقوبة المقررة الجريمة بحسب وصفها في القانون المشار اليه » .

(١) وهذا ما فعله الشارع في المادة التاسعة من قانون اقامة حدي السرقة والحرابة .

على نوع العقوبة المقضي بها فحسب ، بل يدخل في الاعتبار أيضاً طبيعتها ومقدارها، كما هو الحال بالنسبة للمادتين ٣٣ و ٣٤ عقوبات، بشأن الحرمان من الحقوق المدنية ، حيث أن الحرمان يترتب على الحكم بالسجن المؤبد أو السجن لمدة عشر سنوات أو أكثر . لذلك أعتقد أنه ينبغي إضافة عقوبات الحدود إلى تلك العقوبات ، وتبين العقوبات التبعية التي تترتب عليها .

٧ – حد الزنى :

تفرق الشريعة بين المحصن وغير محصن في الحد المقرر للزنى .فبالنسبة للمحصن غلظت العقوبة ، لأن الفعل إذا وقع من متزوج يكون جرمه شد . وذلك لإنتفاء وجود أي مبرر يقتضي التخفيف عليه أو الرأفة به ، بعد سد كل الذرائع التي قد تدفعه إلى ارتكاب هذه الجريمة . لذلك جعلت عقوبته في هذه الحالة الرجم . وهو القتل رمياً بالحجارة بشروط معينة(١) .

وهذا بإجماع الفقهاء استناداً إلى ما روي عن الرسول عليه الصلاة والسلام قولا وفعلا عندما أمر برجم كل من ماعز والغامدية والمرأة التي زنى بها العسيف . واستمر على ذلك من تبعه من الخلفاء . ولم يخالف فيه سوى طائفة من الخوارج حيث ذهبوا إلى أن الحد في الزنى هو الجلد فحسب ، استناداً إلى القول بأن حديث الرجم خبر آحاد فلا يؤخذ به(٢) .

---

(١) محمد ابو زهرة ص ١١٠ .

(٢) « وقد روى ان رسل الخوارج جاءوا عمر بن عبد العزيز رحمه الله . فكان من جملة ما عابوا عليه الرجم ، وقالوا ليس في كتاب الله الا الجلد . وقالوا الحائض اوجبتم عليها قضاء الصوم دون الصلاة والصلاة اوكد . فقال لهم عمر وانتم لا تأخذون الا بما في كتاب الله؟ قالوا نعم . قال فاخبروني عن عدد الصلوات المفروضات وعدد اركانها وركعاتها ومواقيتها ، اين تجدونه في كتاب الله تعالى ؟ واخبروني عما تجب الزكاة فيه ومقاديرها ونصبها ؟ فقالوا انظرنا فرجعوا يومهم ذلك فلم يجدوا شيئاً مما سألهم عنه في القرآن . فقالوا لم نجده في القرآن . قال فكيف ذهبتم اليه ؟ قالوا لأن النبي صلى الله عليه وسلم فعله وفعله المسلمون بعده. فقال لهم فكذلك الرجم =

أما الزاني غير المحصن فعقوبته أخف وهي الجلد مائة جلدة لقوله تعالى « الزانية والزاني فأجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة »[١] . وما روي عن الرسول صلى الله عليه وسلم من قول وفعل ، والإجماع . وقد يضاف إلى الجلد عقوبة التغريب وهي تعادل الحبس[٢] .

وعلة التخفيف عن غير المحصن هي تأخيره في الزواج والطبع يسهل زناه ، فيكون جرمه أقل من المتزوج ، مما يقتضي أن يتناسب جزاؤه مع ظروفه[٣] .

لذلك إذا كان أحد الزانين محصناً والآخر غير محصن ، كانت عقوبة الأول الرجم وعقوبة الثاني الجلد وقد يضاف التغريب اليها[٤] .

ولكن الشارع في قانون إقامة حد الزنى لم يأخذ بهذه التفرقة بين المحصن وغير المحصن في العقوبة المقررة للجريمة ، فجعلها واحدة في الحالتين ، رغم الإجماع على التفرقة بينهما وفقاً لما جاء في الشريعة ، ووجود المبرر المنطقي الذي يقتضي ذلك . فقد نص في المادة ٢ / ١ على أن « ١ – يحد الزاني مائة جلدة ويجوز تعزيره بالحبس مع الجلد » .

٨ – اثبات الزنى :

لم يتضمن قانون إقامة حد الزنى أية أحكام تتعلق بإثبات الجريمة . كما أنه لم يحل في هذا الشأن إلى المشهور من مذهب مالك مثل ما فعل في قانون إقامة حدي السرقة والحرابة (المادة ١٠) ، ولا إلى المشهور من أيسر المذاهب

= وقضاء الصوم فان النبي صلى الله عليه وسلم رجم ورجم خلفاؤه بعده والمسلمون . اذا ثبت هذا فمعنى الرجم ان يرمى بالحجارة وغيرها حتى يقتل » . المغني جـ ١٠ ص ١٢٢ .

(١) سورة النور ، الآية : ٢ .

(٢) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٩ .

(٣) عبد القادر عودة التشريع الجنائي الاسلامي جـ ٢ ص ٣٨٣ ؛ محمد ابو زهرة ص ١٠٠ .

(٤) المهذب لابي اسحق ابراهيم الشيرازي جـ ٢ ، مطبعة عيسى الحلبي ص ٢٦٨ .

كما هو الشأن بالنسبة للأحكام الموضوعية للزنى المعاقب عليه حدا (المادة ١/١٠) حيث اكتفى بالنص في الفقرة الثانية من المادة العاشرة من القانون على أن تطبق بالنسبة للأجراءات أحكام قانون الإجراءات الجنائية فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون .

ويترتب على ذلك أنه يجوز إثبات الزنى المعاقب عليه حداً بكافة طرق الإثبات القانونية من أدلة وقرائن ، حيث لم يشترط قانون الإجراءات الجنائية وسائل معينة لإثبات هذه الجريمة[١] .

في حين أنه وفقاً لأحكام الشريعة لا يجوز ذلك إلا بأدلة معينة وردت على سبيل الحصر . وهي في جملتها لا تخرج عن الإقرار والبينة . والبعض أضاف قرينة ظهور الحمل في المرأة غير المتزوجة [٢] .

وقد يكون السبب الذي دفع الشارع إلى هذا المسلك هو صعوبة إثبات الزنى وفقاً لأحكام الشريعة . خاصة فيما يتعلق بالبينة ، إذ يلزم لإقامة الحد بناء عليها أن يكون عدد الشهود أربعة بشروط خاصة . وهذا إجماع لا خلاف فيه . لقوله سبحانه وتعالى : « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة »[٣] ، وقوله « واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم »[٤] ، وقوله « لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء ، فإذا لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون »[٥] . وقد أكدت السنة ذلك.

---

(١) تقيد المادة ٢٧٦ من قانون العقوبات المصري اثبات الزنى على شريك الزوجة بادلة معينة وردت على سبيل الحصر.

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لشمس الدين الدسوقي ، مطبعة دار احياء الكتب العربية ج ؛ ص ٣١٩ ، شرح الخرشي ج ٥ ص ٢٢٣ ؛ المغني ج ١٠ ص ١٩٢ .

(٣) سورة النور ، آية ٤ .

(٤) سورة النساء : آية ١٥ .

(٥) سورة النور ، آية ١٣ .

كلية القانون

إلى جانب أنه يتعذر إثبات الزنى بغير قرائن الأحوال ، لأنه يكاد يستحال مشاهدة الجماع في أثناء حدوثه(١) .

مما يترتب عليه إفلات الزاني من العقاب إذا قيد إثبات هذه الجريمة بأدلة معينة .

ولكن كان من الممكن تلافي هذه النتيجة دون الخروج على أحكام الشريعة. وذلك بالنص على عقاب الجاني تعزيريا إذا لم تتكامل للدليل الشرعي عناصره، متى اقتنعت المحكمة بثبوت الجريمة بأي دليل أو قرينة أخرى . وهذا ما اتبعه الشارع في شأن جريمتي السرقة والحرابة المعاقب عليهما حدا(٢) .

* * *

وكان من المحتمل تجنب مثل هذه الملاحظات وما سيأتي ذكره في سياق الموضوع لو أن الشارع أرفق مذكرة إيضاحية بالقانون توضح لنا الأسباب التي دفعته إلى اتخاذ هذا الاتجاه وغيره مما أشرنا إليه .

---

(١) احمد أمين ص ٤٧٢ .

(٢) تنص الفقرة الرابعة من المادة العاشرة من قانون إقامة حدي السرقة والحرابة على انه « وتطبق العقوبات التعزيرية المنصوص عليها في قانون العقوبات اذا لم يكتمل الدليل الشرعي المنصوص عليه في هذه المادة ، او عدل الجاني عن اقراره. وذلك متى اقتنع القاضي بثبوت الجريمة بأي دليل او قرينة اخرى » .

الزنى المعاقب عليه حدا

٩ ــ أدلة التحريم .
١٠ ــ تعريف الزنى .
١١ ــ شروط الزنى الموجب للحق .

٩ ــ ادلة التحريم :

الزنى محرم في الشريعة الإسلامية بالكتاب والسنة والإجماع . بالكتاب لقوله تعالى « ولا تقربوا الزنى انه كان فاحشة وساء سبيلا »[١] ، وقال « واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم . فإن شهدوا فامسكوهن في البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سبيلا »[٢] ، وقال « الزانية والزاني فأجلدو كل واحد منهما مائة جلدة »[٣] . وقال « والذين لا يدعون مع الله الها آخر ولا يقتلون النفس التي حرم الله إلا بالحق ولا يزنون ، ومن يفعل ذلك يلقي آثاماً » .

وبالسنة لما روي عن عبدالله من أنه قال « سألت النبي صلى الله عليه وسلم أي الذنب أعظم عند الله عز وجل . قال : أن تجعل لله نداً وهو خلقك . قلت : إن ذلك لعظيم . قال : قلت ثم أي . قال أن تقتل ولدك مخافة أن يأكل معك . قال قلت ثم أي . قال : أن تزاني حليلة جارك »[٤] .

---

(١) سورة الاسراء ، الآية ٣٢ .
(٢) سورة النساء ، الآية ١٥ .
(٣) سورة النور ، الآية ٢ .
(٤) المهذب ج ٢ ص ٢٦٦ .

وروي عن أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني أنهما قالا « كنا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقام إليه رجل فقال إن ابني كان عسيفاً[١] على هذا فزنى بأمرأته . فقال على ابنك جلد مائة وتغريب عام . واغد يا أنيس على أمرأة هذا فإن اعترفت فارجمها . فغدا عليها فاعترفت فرجمها . ولو وجب الجلد مع الرجم لأمر به » .

وروى مسروق عن عبدالله « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يحل دم أمرىء مسلم شهد أن لا الاه الا الله وأتى رسول الله إلا باحدى ثلاث ، الثيب الزاني ، والنفس بالنفس ، والتارك لدينه المفارق للجماعة » .

وروى عبادة بن الصامت ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : « خذوا عني خذوا عني ، قد جعل الله لهن البكر بالبكر جلد مائـــة وتغريب عام . والثيب بالثيب جلـــد مائة والرجم »[٢] .

كما روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قـــال « إذا زنت أمـــة أحدكم فليجلدها الحد » .

أما الاجماع فقد أخذ بذلك الصحابة والسلف الصالح واقاموا الحد على الزاني والزانية في عدة حالات[٣] .

١٠ – تعريف الزنى :

اختلف الفقهاء في تعريف الزنى . فقال المالكية بأن وطء مكلف فرج آدمي لا ملك له فيه باتفاق تعمداً[٤] .

---

(١) العسيف هو الأجير .
(٢) المراد بالثيب الذي وطىء في نكاح صحيح .
(٣) المهذب ج ٣ ص ٢٦٦ .
(٤) شرح الزرقاني على مختصر خليل ج ٨ ص ٣١٧ ، مواهب الجليل شرح مختصر خليل وبهامشه=

وقال الحنفية بانه وطء الرجل المرأة في القبل في غير ملك وشبهة ملك[١] .

وقال الشافعية بانه وطء رجل لامرأة محرمة عليه من غير عقد ولا شبهة عقد[٢] .

وقال الحنابلة بانه فعل الفاحشة في قبل او دبر[٣] .

ومع الاختلاف في تعريف الزنى الذي تترتب عليه عدة نتائج متباينة ، فمن المتفق عليه بين الفقهاء انه يمكن التعبير عنه بالوطء المحرم المتعمد[٤] .

وقد نصت المادة الاولى من قانون اقامة حد الزنى على ان « الزنى هو ان يأتي رجل وامرأة فعل الجماع بغير ان تكون بينهما علاقة الزوجية المشروعة » . ونصت الفقرة الثانية من المادة الثانية على انه « ويشترط ان يكون الفاعل عاقلا أتم ثمانية عشر سنة من عمره وقصد ارتكاب الفعل » .

ومن ذلك يتضح ان الشارع أخذ بالمذهب الحنفي في تعريف الزنى . وهذا ما يتمشى مع السياسة التي اتبعها في القانون . وقد نص في المادة العاشرة بتطبيق المشهور من أيسر المذاهب فيما لم يرد بشأنه نص خاص بالنسبة إلى جريمة الزنى المعاقب عليها حدا .

= التاج والاكليل المختصر خليل للمواق ج٦ الطبعة الاولى ص ٢٩٠ ، شرح الخرشي ج٥ ص ٣١٧.

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ، الطبعة الأولى ج ٣ ص ١٦٣ ، شرح فتح القدير لابن الهمام ، ومطبوع معه شرح العناية على الهداية لمحمد بن محمود البابرتي الطبعة الاولى ج ٤ ص ١٣٨ ، بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٣ .

(٢) اسنى المطالب – شرح روض الطالب لابي يحيى زكريا الانصاري ، الطبعة الأولى ج ٤ ص ١٢٥ ، مغنى المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج لمحمد الشربيني الخطيب سنة ١٣٧٧ هـ ج ٤ ص ١٤٤ .

(٣) كشاف القناع عن متن الاقناع لمنصور بن يونس البهوتي سنة ١٠٤٦ هـ ص ٨٩ ج ٦ ؛ المغنى ج ١٠ ص ١٥١ .

(٤) عبد القادر عودة ج ٢ ص ٣٤٩ .

١١ ــ شروط الزنى :

من تعريف الزنى السابق يتبين انه يجب توافر ثلاثة شروط لقيام هذه الجريمة هي :

١ ــ الجماع المحرم .

٢ ــ القصد الجنائي .

٣ ــ ما يتعلق بالفاعل .

ويترتب على تخلف أحد هذه الشروط أو اختلاله سقوط الحد . ولكن ذلك لا يمنع من ان الفعل قد يعاقب عليه تعزيرا إذا كون جريمة أخرى وفقاً لأحكام قانون العقوبات او أي قانون آخر .

ونتكلم عن كل شرط في مبحث خاص .

المبحث الأول ــ الجماع المحرم .

المبحث الثاني ــ القصد الجنائي .

المبحث الثالث ــ ما يتعلق بالفاعل .

المَبحَث الأول

الجـــماع المحرم

١٢ ــ تمهيـــد :

الركن المادي لجريمة الزنى هو الجماع المحرم . ويتكون من عنصرين . الأول فعل الوطء . الثاني عدم قيام علاقة الزوجية .

ونتكلم عن كل عنصر في مطلب .

المطلب الاول

فعل الوطء

١٣ — الوطء المعتبر زنى .
١٤ — بقاء البكارة .
١٥ — الشروع في الزنى .
١٦ — الوطء في الدبر .
١٧ — وطء الأموات .
١٨ — وطء البهائم .
١٩ — المساحقة .
٢٠ — الاستمناء .

١٣ — الوطء المعتبر زنى :

ليس كل وطء يعتبر جماعا مما تقوم به جريمة الزنى . فالوطء قد يكون بين رجل ورجل ، أو باتيان المرأة من دبرها ؛ أو بادخال قدر من الحشفة . وفي جميع هذه الحالات لا يعد الفعل زنى . وذلك لان الجماع المكون للجريمة هو الذي يأتي فيه الرجل المرأة في فرجها . بحيث يكون الذكر في الفرج كالميل في المكحلة[1] .

---

(١) روى عن ابن هريرة انه قال « جاء الاسلمي نبي الله صلى الله عليه وسلم فشهد على نفسه انه اصاب امرأة حراماً اربع مرات. كل ذلك يعرض عنه . فأقبل في الخامسة . فقال : انكحتها ؟ قال : نعم. قال حتى غاب ذلك منك في ذلك منها ؟ قال نعم . قال كما يغيب المرود في المكحلة وكما يغيب الرشاء في البئر؟ قال:نعم . قال : فهل تدري ما الزنى ؟ قال : نعم . اتيت منها =

واذا لم يكن للذكر حشفه كما لو كان مقطوعها فيكفي ادخال قدرها .

ويلاحظ ان مجرد التحام ذكر مع انثى في المكان الطبيعي من المرأة كانت تقوم به جريمة الزنى المنصوص عليها في المادتين ٣٣٩/ ١ و ٤٠٠/ ١ عقوبات الملغتين [١] . كما تتم به جريمة المواقعة المنصوص عليها في المادة ٤٠٧ عقوبات ، ولكن هذا الفعل كما اشرنا لا يكفي لقيام جريمة الزنى الموجبة للحد .

ولكن يتحقق الزنى حتى ولو كان ادخال الذكر في هواء الفرج دون أن يلامس جدرانه [٢] . ولا يشترط أن يكون الذكر منتشرا ، فتتم الجريمة ولو كان الذكر غير منتشر ، كما لو ادخله الجاني باصبعه [٣] .

كما لا يمنع من قيام الجريمة لف قطعة قماش رقيقة أو كيس من المطاط الخفيف حول الذكر . بشرط ان لا يمنع ذلك من اللذة . اما إذا كان يترتب على هذا الحاجز الحيلولة دونها ، فإن الزنى لا يتحقق [٤] .

وهذا سواء استمر في الفعل إلى نهايته أو كف عنه فوراً ، اشبعت الشهوة أم لا ، حصل انزال او لم يحصل [٥] .

وبصرف النظر عن بلوغ المرأة سن الاياس او استحال الحمل أو استئصال الرحم ، أو ان يكون الرجل عنينا ، او لا قدرة له على القذف [٦] .

= حراماً مثل ما أتي الرجل من امرأته حلالا قال. ما تريد بهذا القول : قال : اريد ان تطهرني . فأمر به فرجم . فتح القدير ج ٤ ص ١١٥ .

(١) محمد عطية راغب ص ٣١ .

(٢) شرح الخرشي ج ٥ ص ٣١٤ ، مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٩٠ ، شرح فتح القدير ج ٤ ص ١١٥ ، أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٥ ، المغني ج ١٠ ص ١٥١ .

(٣) المهذب ج ٢ ص ٢٦٧ ، كشاف القناع ص ٩٥ .

(٤) حاشية الدسوقي ج ٤ ص ٣١٣ ، كشاف القناع ص ٩٥ .

(٥) مغني المحتاج ج ٤ ص ١٤٤ ، المهذب ج ٢ ص ٢٦٧ .

(٦) احمد امين ص ٤٦٧ .

وروي عن الرسول صلى الله عليه وسلم انه قال « لا يخلون احدكم بامرأة ليست له بمحرم فإن ثالثهما الشيطان » .

لذلك يعاقب على الفعل تعزيرا في هذه الحالات ، وفقاً لأحكام قانون العقوبات . باعتباره يكون جريمة اخرى قائمة بذاتها ، إذا توافرت الشروط المنصوص عليها .

١٤ – بقاء البكارة :

يرى أبو حنيفة والشافعي واحمد أنه إذا شهد اربعة على امرأة بالزنى ، وشهد ببكارتها بعض النساء ، سقط الحد عن المرأة والرجل للشبهة ولا حد على الشهود [١] .

أما مالك فيرى اقامة الحد رغم بقاء البكارة ، لان الوطء يمكن ان يتم دون ان يترتب عليه ازالتها . وهذا ما يتمشى مع نظريته في ان المثبت مقدم على النافي [٢] .

ويقوم ابن حزم انه « إذا شهد اربعة بالزنى على امرأة وشهد اربع نسوة أنها عذراء ، اختلف الناس في هذا . فقالت طائفة لا حد عليهما . كما روينا عن الشعبي انه قال في اربعة رجال عدول شهدوا على امرأة بالزنى وشهد أربع نسوة بأنها بكر ، فقال اقيم عليا الحد وعليها خاتم من ربها . وقال الحرث بن بهثيان آخذ بشهادة الرجال واترك شهادة النساء واقيم عليها الحد » اما عن رأيه فيقول « قال الله تعالى – كونوا قوامين بالقسط شهداء لله – فواجب إذا كانت الشهادة عندنا في ظاهرها حقا ولم يأت شيء يبطلها ان يحكم بها . وإذا صح عندنا انها ليست حقا ففرض علينا ان لا نحكم بها ، إذ لا يحل الحكم بالباطل .

---

(١) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٦٩ ؛ اسنى المطالب جـ ٤ ص ١٣٢ ؛ المغني جـ ١٠ ص ١٨٩ .
(٢) مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٩٤ ، شرح الخرشي جـ ٨ ص ٣٢٣ ؛ حاشية الدسوقي جـ ٤ ص ٣١٩ .

هذا هو الحق الذي لا شك فيه ثم نظرنا في الشهود لها انها عذراء . فوجب ان يقرر النساء على صفة عذرتها . فإن قلن انها عذرة يبطلها ايلاج الحشفة . ولا بد وانه صفاق عند باب الفرج . فقد ايقنا بكذب الشهود وانهم وهموا . فلا يحل انفاذ الحكم بشهادتهم . وإن قلن انها عذرة واغلة في داخل الفرج ، لا يبطلها ايلاج الحشفة . فقد امكن صدق الشهود ، إذ بإيلاج الحشفة يجب الحد . فيقام الحد عليها لانه لم يتبين كذب الشهود ولا وهمهم »[1] .

ومن المتفق عليه في الطب الشرعي ان الادخال قد يتم ويحصل الانزال دون أن يتمزق غشاء البكارة[2] . فبقاؤه سليماً لا يمنع من اثبات الزنى بأي أدلة أو قرائن أخرى مقبولة وفقاً لأحكام قانون الاجراءات الجنائية (المادة ١٠ / ٣) .

١٥ – الشروع في الزنى :

أختلف الرأي في امكان قيام الشروع في الزنى . فذهب اتجاه إلى أنه لا تتصور حالة الشروع لهذه الجريمة . فهي لا تقع إلا تامة[3] . وذلك لانه لا يشترط لتحقق الزنى الوقاع . فمجرد الوطء كاف . وهذا يتم بالإيلاج فحسب [4] .

وذهب اتجاه آخر إلى أنه يمكن من الناحية القانونية تصور الشروع في الزنى ، وهذا يتحقق بكل فعل يؤدي حالا ومباشرة إلى وقوع الجريمة . كما

---

(١) المحلي لابن حزم ، الطباعة المنيرة ج ١١ ص ٢٦٣ و ٢٦٤ .
(٢) محمد عبدالعزيز سيف النصر ، الطب الشرعي النظري والعملي سنة ١٩٦٠ ص ٢٩٥ .
(٣) أحمد امين ص ٤٦٧ ، صالح مصطفى ص ٥٧ .
(٤) اما الوقاع فيتطلب بالاضافة الى ذلك ان ينهي الشخص شهوته الجنسية من الطرف الآخر . فكل وقاع يتضمن وطئاً ، في حين انه لا يشترط ان يتضمن الوطء وقاعاً .
محمد عطية راغب ص ٣١ .

لو قطعت الملابسات بأن الرجل كان على وشك وطء المرأة ، ولكن أوقف الفعل لسبب خارج عن ارادتهما[١] .

ونميل إلى الأخذ بالرأي الثاني خاصة بالنسبة إلى الزنى المعاقب عليه حدا ، وذلك لانه كما سبق ان اشرنا لا يكفي لقيام هذه الجريمة مجرد الالتحام بين الرجل والمرأة في المكان الطبيعي ، إذ يشترط إدخال الحشفة أو قدرها على الاقل في الفرج[٢] . اما إذا كان ما أدخل اقل من هذا ، فإن الفعل لا يكون زنى وانما يعتبر شروعا فيه . وكذلك الحال إذا كان ما وقع من الافعال يؤدي إلى تحقيق الزنى حالا ومباشرة كأن يتم ضبط لجريمة عند وشك الوطء .

ويلاحظ انه لم يرد نص خاص بالشروع في قانون اقامة حد الزنى . وذلك على خلاف ما اتبعه الشارع في قانون اقامة حدي السرقة والحرابة (المادة ١١). ولكن هذا لا يعني بالضرورة ان الشارع رأى عدم الأخذ بفكرة الشروع في الزنى ، حيث احال بشأن كل ما لم يرد به نص إلى المشهور من أيسر المذاهب ، ثم إلى قانون العقوبات (المادة ١٠ / ١) .

ومع ان الشريعة لم تعبر عن الجرائم غير التامة باصطلاح الشروع ، فإنها قد أخذت بأحكامه وقررت العقاب عليه تعزيراً ، حيث يعد معصية ويكون جريمة قائمة بذاتها[٣] .

ونرى ان الجاني يعزر في هذه الحالة على اعتبار ان ما وقع منه يعد شروعاً في مواقعه وفقاً لأحكام المواد ٤٠٧ / ٤ و ٥٩ عقوبات و ١٠ / ٢ من قانون اقامة حد الزنى[٤] .

---

(١) ادوار غالي الذهبي ص ٣٣ .
(٢) راجع ١٩ ص .
(٣) عبد القادر عودة ج ١ ص ٣٤٥ .

وذلك لأنه لا تتوافر شروط اقامة الحد ، كما انه لا يوجد نص في قانون العقوبات يعذر على تلك الجريمة . في حين ان الفعل يخضع لحكم الفقرة الرابعة المضافة إلى المادة ٤٠٧ عقوبات حيث تنص على انه « وكل من واقع انساناً برضاه يعاقب هو وشريكه بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنوات » .

١٦ – الوطء في الدبر :

يرى المالكية والشافعية والحنابلة ومن الحنفية محمد وأبو يوسف ان ما يجب بالوطء في الفرج يجب بالوطء في الدبر ، لأنه يعتبر فرج مقصود ويتحقق به الاستمتاع . فيتعلق الحد بالإيلاج فيه كالقبل . وذلك اولى لأنه مما لا يستباح في حين ان الوطء في القبل مما يستباح (١) .

وهذا استنادا إلى قوله عزوجل « ولوطاً إذ قال لقومه اتأتون الفاحشة ما سبقكم بها من احد من العالمين (٢) » . وقوله « ولا تقربوا الفواحش ما ظهر منها وما بطن ». وسوى سبحانه وتعالى بين الزنى واللواط إذ سمي أحدهما بما يسمى به الآخر فيما خاطب فيه قوم لوط بقوله: « انكم لتأتون الفاحشة » (٣). وقوله « واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم» (٤) . وعذب به قوم لوط بما لم يعذب به احد .

كما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « إذا اتى الرجل الرجل

---

(١) رد المحتار على الدر المختار على متن تنوير الابصار لابن عابدين – السعادة ج٣ ص ١٩٤ ، شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٠ ، المهذب ج ٢ ص ٢٦٧ مغنى المحتاج ج ٤ ص ١٤٤ ، كشاف القناع ج ٦ ص ٩٤ ، المغني ج ١٠ ص ١٦٠ ، المدونة الكبرى رواية سحنون عن عبد الرحمن بن القاسم عن الامام مالك – الطبعة الاولى ج ١٦ ص ١٣ .

(٢) سورة العنكبوت – الآية ٥٠ .

(٣) سورة العنكبوت . الآية ٢٨ .

(٤) سورة النساء . الآية ١٥ .

فهما زانيان ، وان أتت المرأة المرأة فهما زانيتان »[١] .

مما يستدل منه على تحريم الوطء في الدبر . وان من فعل ذلك ممن يجب عليه حد الزنى وجب عليه الحد .

ويرى أبو حنيفة ان الوطء في الدبر لا يعتبر زنى سواء كان الموطوء ذكراً أم انثى . وحجتهم ان هذا الوطء يسمى لواطاً . واختلاف الأسامي دليل على اختلاف المعاني في الأصل .

هذا بالإضافة إلى أنه ليس فيه اضاعة الولد واشتباه الأنساب . كما أنه اندر وقوعاً من الزنى لانعدام الداعي من أحد الجانبين على ما هو الجبلة السليمة حيث الغالب ان الشهوة لا تدعو إليه . ولذا اختلف الصحابة في حد اللواط في حين اتفقوا في موجب الزنى . فيعتبر معصية يجب فيها التعزير ، ويسجن الجاني حتى يموت أو يتوب . وإذا اعتاد اللواطة قتله الأمام محصناً كان أو غير محصن[٢] .

ويذهب أهل الظاهر إلى أنه لا قتل ولا حد على الفاعل لأن الله تعالى لم يوجب ذلك ولا رسوله عليه السلام . فحكمه أنه أتى منكرا . والواجب بأمر السنة تغيير المنكر باليد عن طريق التعزير[٣] .

هذا الخلاف بين الفقهاء يقتصر على وطء الذكر أو المرأة الأجنبية في الدبر . أما إذا كانت الموطؤة زوجة الفاعل ، فمن المتفق عليه أن الفعل يكون أيضاً محرماً ، ولكنه لا يعتبر زنى ، لأن المرأة محل وطء في الجملة لزوجها .

---

(١) نيل الاوطار من اسرار منتقى الاخبار لمحمد علي الشوكاني — مطبعة بولاق جـ٧ ص ٣٠ .
(٢) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٥٠ ، المبسوط جـ ٩ ص ٧٧ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٤ ٣
ابن عابدين جـ ٣ ص ١٩٤ .
(٣) المحلي جـ ١١ ص ٣٨٥ .

فلا يقام عليه الحد وانما يعاقب بعقوبة تعزيرية ، وذلك استناداً إلى ما ورد في كتاب الله الكريم على الوجه السابق ذكره[١] .

وذهب البعض إلى حله . فقد روي عن ابن عمر أنه لا يرى بأساً من اتيان الزوجة في دبرها[٢]. استنادا إلى ظاهر قوله تعالى « نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم [٣] ».

وقد سوى قانون اقامة حد الزنى بين جميع تلك الحالات ،ولم يعتبرها من الزنى . وهذا مستفاد من التعريف الذي نص عليه في المادة الأولى[٤] فلا يقام الحد .

ولكن يعاقب على الوطء تعزيرياً وفقاً لحكم المادتين ١٠ / ٣ من القانون و ٤٠٧ عقوبات لأنه يكون جريمة المواقعة[٥] ، ولا يغير من الوضع أن يكون الفعل قد تم برضاء الطرف الثاني . وذلك بناء على الفقرة الرابعة التي اضافها الشارع إلى المادة ٤٠٧ عقوبات التي تنص على أنه « وكل من واقع انساناً برضاه

---

(١) مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٩١ ، شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٥٢ ؛ المغني جـ ١٠ ص ١٦٢ ، اسنى المطالب جـ ٤ ص ١٢٦ ، المحلي جـ ١١ ص ٣٨٠ .

(٢) المحلى جـ ١٠ ص ٦٩ ، المغني جـ ١٠ ص ١٦٢ .

(٣) سورة البقرة ، الآية ٢٢٣ .

(٤) راجع ١٦ ص .

(٥) ذهب رأي الى ان فعل المواقعة لا يكون الا من ذكر على انثى في المكان الطبيعي . وذلك وفقاً لأحكام القانون الليبي . ولكننا نميل الى الاتجاه الذي يقول بأن هذه الجريمة تقع على الذكر ايضاً مثل الانثى . لأن نص المادة ٤٠٧ عقوبات جاء مطلقاً حيث قرر « كل من واقع آخر .. » مما يستدل منه على انه يقصد الجنسين الذكر والانثى . وقد عبر الشارع صراحة عن هذا الاتجاه في بعض النصوص الاخرى مثل المادة ٤٠٣ / ١ عقوبات الملغاة . أدوار غالي الذهبي ص ١٠٧ . وقد استقر قضاء المحكمة العليا على ذلك . جلسة ٧ ديسمبر ١٩٥٥ ، مجلة المحكمة العليا جـ ١ ص ١٨٣ ، و ٢١ ديسمبر ١٩٥٥ جـ ١ ص ٢١٤ ، ٢٧ يونيه ١٩٦٠ جـ ٢ ص ٣٣٧ ، ١٢ نوفمبر ١٩٦٠ جـ ٢ ص ٣٥٩ و ٢٧ نوفمبر ١٩٦٥ جـ ٣ ص ٢٥٣ .

يعاقب هو وشريكه بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنوات[١] .

١٧ ــ وطء الامــوات :

اختلف الفقهاء في حكم وطء الأموات . سواء كان هذا بجماع المرأة الميتة أو باستدخال المرأة ذكر الرجل الميت بفرجها .

فيرى المالكية ان من أتى ميتة من غير زوجه فإنه يحد سواء كان الوطء في قبلها أو دبرها . لانطباق حد الزنى عليه حيث يشعر بلذة من فعله . أما ادخال المرأة ذكر ميت غير زوجها بفرجها ، فإنه لا يقام عليها حد الزنى لعدم الشعور باللذة ، ولكنها تعذر[٢] .

ويرى الحنفية وقول عند كل من الشافعية والحنابلة ان وطء المرأة الأجنبية الميتة ، أو استدخال المرأة ذكر الميت الاجنبي في فرجها لا يعد زنى ، لانه عمل لا يشتهى وتعافه النفس عادة . فلا يحتاج إلى زجر الطبع عنه . ويكتفى فيه بالتعزير[٣] .

والقول الثاني عند الشافعية والحنابلة يعتبر الفعل زنى لانه إيلاج في فرج

---

(١) وتنص المادة ٣٠٧ عقوبات على ان « ١ ــ كل من واقع آخر بالقوة او التهديد او الخداع يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على عشر سنوات . ٢ ــ وتطبق العقوبة ذاتها على من واقع ولو بالرضا صغيراً دون الرابعة عشرة او شخصاً لا يقدر على المقاومة لمرض في العقل او الجسم . فاذا كان المجني عليه قاصراً اتم الرابعة عشرة ولم يتم الثامنة عشرة فالعقوبة بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنوات . ٣ ــ واذا كان الفاعل من اصول المجني عليه او من المتولين تربيته او ملاحظته او ممن لهم سلطة عليه او كان خادماً عنده او عند من تقدم ذكرهم يعاقب بالسجن ما بين خمس سنوات وخمس عشرة سنة » .

(٢) حاشية الدسوقي جـ٤ ص ٣١٤ ، مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٩١ ، شرح الخرشي جـ ٥ ص ٣١٧ شرح الزرقاني جـ ٨ ص ٧٦ .

(٣) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٥٢ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٤ ، المبسوط جـ ٩ ص ١٠٢ ، ابن عابدين جـ ٣ ص ١٩٤ .

محرم ولا شبهة فيه كما لو كان حياً . فيقام الحد على الجاني [١] .

ويستفاد من نص المادتين الأولى والثانية من قانون اقامة حد الزنى أنه يشترط لقيام جريمة الزنى أن يكون كل من الرجل والمرأة حياً وقت ارتكاب الفعل . وكذلك الحال بالنسبة لجريمة المواقعة (المادة ٤٠٧ عقوبات) حيث يشترط لقيامها أن يكون المجني عليه حياً [٢] .

ولكن الجاني قد يعاقب تعزيرياً وفقاً لأحكام المواد ١٠/ ٣ من القانون و٢٩٢ و ٢٩٣ عقوبات [٣] .

١٨ – وطء البهائم :

من المسائل التي تناولها الفقهاء بالتفصيل حكم وطء البهائم وسائر الحيوانات بصفة عامة ، كأن يجامع رجل بهيمة أو ان تمكن امرأة حيواناً من نفسها .

يرى المالكية والحنفية والحنابلة واهل الظاهر أن الفعل ليس فيه معنى الزنى . ولا يرغب فيه العقلاء ولا السفهاء . والطبع السليم ينفر عنه . فلا يفتقر إلى زاجر لزجر الطباع عنه . فيكون فيه التعزير [٤] .

---

(١) المهذب ج ٢ ص ٢٦٩ ، مغني المحتاج ج ٤ ص ١٤٥ ، كشاف القناع ج ٦ ص ٩٤ ، المغني ج ١٠ ص ١٥٢ .

(٢) ادوار غلي الذهبي ص ١١١ .

(٣) تنص المادة ٢٩٢ عقوبات على انه « يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة او بغرامة لا تزيد على خمسين ديناراً كل من انتهك حرمة القبور او الجنابين او دفنها او اخل بنظام الجنازة » .

وتنص المادة ٢٩٣ عقوبات على انه « يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة كل من مثل بجثمان او اعدمه او اتلف جزءا منه او شتت رفاته » .

(٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤، المبسوط ج ٩ ص ١٠٢، شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٢ ، شرح الخرشي ج ٥ ص ٣٢٠ ، حاشية الدسوقي ج ٤ ص ٣١٦ ، مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٩٣ ، كشاف القناع ج ٦ ص ٩٤ ، المغني ج ١٠ ص ١٦٣ ، المحلي ج ١١ ص ٣٨٨ .

ويرى الشافعية تحريم اتيان البهيمة لقوله تعالى « والذين هم لفروجهم حافظون إلا على ازواجهم او ما ملكت إيمانهم غير ملومين» . فإذا أتى البهيمة وهو ممن يجب عليه حد الزنى فعندهم ثلاثة أقوال .

الأول : أنه يقتل لما روى ابن عباس من أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من أتى بهيمة فاقتلوه واقتلوها معه » كما روى أبو هريرة أن النبي عليه الصلاة والسلام قال « من وقع على بهيمة فاقتلوه واقتلوها معه » .

الثاني : أنه كالزنى ، فإن كان الفاعل غير محصن جلد وغرب . وان كان محصناً رجم .

الثالث : أنه يجب فيه التعزير ، لأن فرج البهيمة لا يشتهى ، فلم يجب فيه الحد [1] .

---

(١) كما انهم قد اختلفوا في شأن البهيمة . فمنهم من قال يجب قتلها حديث ابن عباس وأبي هريرة ولانه اذا ابقى عليها ربما تأتي بولد مشوه الخلق . وقد يكثر تعيير الفاعل بها . ومنهم من قال لا يجب قتلها لأن البهيمة لا تذبح لغير الأكل . وان الحديث بقتلها ضعيف . ومنهم من قال ان كانت البهيمة مما تؤكل ذبحت وان كانت مما لا تؤكل لم تذبح .

المهذب ج ٢ ص ٢٦٩ ، مغنى المحتاج ج ٤ ص ١٤٥ .

ويرى الحنابلة قتل البهيمة سواء كانت مملوكة للفاعل او لغيره ، مأكولة كانت او غير مأكولة لحديث ابن عباس السابق . فان كانت البهيمة ملكه فهي هدر لان الانسان لا يضمن ماله ؛ وان كانت البهيمة لغيره ضمنها لربها . لانها اتلفت بسببه اشبه ما لو قتلها . ويحرم اكلها وان كانت من جنس ما يؤكل ، لانه وجب قتلها لحق الله تعالى .

كشاف القناع ج ٦ ص ٩٥ ، المغنى ج ١٠ ص ١٦٣ .

ويرى الحنفية ذبح البهيمة وحرقها لقطع التحدث به . لانه كلما رؤيت يتأذى الفاعل . واذا ذبحت وهي مما لا يؤكل ضمن قيمتها ان كانت ملكاً لغيره.

المبسوط ج ٩ ص ١٠٢ ، شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٠ .

ويرى المالكية واهل الظاهر انه ليس في الفعل ما يوجب قتل البهيمة او ذبحها .

حاشية الدسوقي ج ٤ ص ٣١٦ مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٩٣ . =

ويستفاد من حكم المادة الأولى من القانون ان الشارع قد أخذ بما ذهب إليه جمهور الفقهاء . فلا يقع الزنى إذا جامع الرجل بهيمة أو إذا مكنت المرأة حيواناً من نفسها .

كما أن الفعل لا يمكن اعتباره مواقعة (المادة ٤٠٧ عقوبات) أو هتك عرض (المادة ٤٠٨ عقوبات) . وذلك لأنه يشترط في مثل هذه الجرائم كما هو الحال في الزنى أن يكون المجني عليه إنساناً .

ولكن هذا لا يمنع من ان الجاني قد يعذر إذا كون سلوكه جريمة أخرى كالمنصوص عليه في المادة ٥٠٢ عقوبات بشأن القسوة على الحيوان [١] .

١٩ — المساحقة :

المساحقة هي اتيان المرأة للمرأة . وتسمى أيضاً بالتدلك . وهي محرمة لقوله تعالى « والذين هم لفروجهم حافظون إلا على ازواجهم أو ما ملكت ايمانهم . فإنهم غير ملومين . فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون »[٢]. وهذا لأن الفعل يبعدهما عن الخير والرحمة والسمات الحسنة . فتكون المرأة التي تبيح فرجها لامرأة اخرى آثمة لانها لم تحفظه وتعتبر من العادين .

= وقد روي عن ابي عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لعن الله من عمل قوم لوط ثلاث مرات. لعن الله من واقع بهيمة من وجدتموه وقع على بهيمة فاقتلوه واقتلو البهيمة . فقيل لابن عباس ما شأن البهيمة ؟ فقال ما سمعت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في ذلك شيئاً . ولكن ارى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كره ان يؤكل من لحمها او ينتفع بها، وقد عمل بها ذلك العمل ».

المحلى جـ ١١ ص ٣٨٧ .

(١) تنص المادة ٥٠٢ على انه « كل من قسا على حيوان او اساء معاملته دون مبرر او ارغمه على تحمل اعباء او متاعب ظاهرة المشقة يعاقب بغرامة لا تجاوز خمسة دنانير » .

(٢) سورة المؤمنون . الآيتان ٥ و ٦ .

ويروي عن رسول الله عليه الصلاة والسلام أنه قال « لا ينظر الرجل إلى عورة الرجل ولا المرأة إلى عورة المرأة ، ولا يفضي الرجل إلى الرجل في ثوب واحـــد ، ولا تفضي المرأة إلى المرأة في الثوب الواحد [١] » . وهذا الحديث صريح في تحريم السحاق لأنه افضاء المرأة إلى المرأة .

كما روى أبو موسى الأشعري عن رسول الله عليه الصلاة والسلام أنه قال « إذا أتى الرجل الرجل فهما زانيان ، وإذا أتت المرأة المرأة فهما زانيتان [٢] ».

والمساحقة لا تعد زنى باتفاق الفقهاء ، لأنه لا إيلاج فيها . فيكون في هذا الفعل الأدب بالتعزير وليس الحد [٣] .

ما ما ورد في حديث أبي موسى من وصف الفعل بأنه زنى فإن ذلك لا يلحق بالزنى المعاقب عليه حداً للسبب السابق ذكره [٤] .

فلا يعتبر الفعل زنى وفقاً لحكم المادة الأولى من القانون . كما أن نص المادة ٤٠٧ عقوبات لا ينطبق ، لأن هذه الجريمة لا تقع إلا من ذكر كما هو الحال في الزنى [٥] .

ولكن قد يعد الفعل من قبيل هتك العرض ويعذر عليه وفقاً لأحكام المادة ٤٠٨ عقوبات . ولا يشترط أن تكون هذه الجريمة قد تمت بدون رضاء

---

(١) نيل الاوطار جـ ٦ ص ١٦ .

(٢) نيل الاوطار جـ ٧ ص ٣٦ .

(٣) شرح الخرشي جـ ٥ ص ٣٢٠ ، حاشية الدسوقي جـ ٤ ص ٣١٦ ، مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٩٣ ، المبسوط جـ ٩ ص ٧٧ ابن عابدين جـ ٣ ص ١٤٩ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٤ ، المهذب جـ٢ ص ٢٦٩، مغني المحتاج جـ٤ ص ١٤٤، كشاف القناع جـ ٦ ص ٩٥ ؛ المغني جـ ١٠ ص ١٦٢ .

(٤) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٥٠ ، المهذب جـ ٢ ص ٢٦٩ ، شرح الزرقاني جـ ٨ ص ٧٨ كشاف القناع جـ ٦ ص ٩٥ ؛ المحلى جـ ١١ ص ٣٩٠ .

(٥) ادوار غالي الذهبي ص ١١٠ .

الطرف الثاني . وذلك لأنه طبقاً لحكم الفقرة الرابعة التي اضيفت إلى المادة المذكورة كل من هتك عرض انسان برضاه يعاقب هو وشريكه بالحبس [١] .

٢٠ ــ الاستمناء :

اتفق الفقهاء على ان استمناء الرجل بيد امرأة اجنبية أو إذا أدخل الرجل أصبعه في فرج المرأة لا يعتبر زنى . ولكن الفعل يعد معصية . ويعذر الرجل والمرأة ، سواء حدث انزال أو لم يحدث .

وقد اختلف في حكم استمناء الرجل بيده أو المرأة بيدها . فيرى المالكية والشافعية أنه محرم استنادا إلى قوله تعالى « والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت ايمانهم فإنهم غير ملومين . فمن ابتغى وراء ذلك ، فأولئك هم العادون [٢] . » فيعذر الفاعل ولا حد عليه [٣] .

وذلك لأن كلا من الرجل والمرأة مطالب بحفظ فرجه إلا على زوجه . فإن التمس منكحاً سواه يكون قد تجاوز ما أحل الله تعالى إلى ما حرمه عليه . فيعتبر الفعل مباشرة دون إيلاج واشبه مباشرة الأجنبية فيما دون الفرج [٤] .

ويرى الحنفية ان الاستمناء حرام إذا كان لاستجلاب الشهوة . أما إذا

---

(١) وتنص المادة ٤٠٨ عقوبات على ان « ١ ــ كل من هتك عرض انسان باتباع احدى الطرق المذكورة في المادة السابعة يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنوات ٢ ــ وتطبق العقوبة ذاتها إذا ارتكب الفعل ولو بالرضا مع من كانت سنه دون الرابعة عشرة ، أو مع شخص لا يقدر على المقاومة لمرض في العقل او الجسم . فاذا كانت سن المجني عليه الرابعة عشرة ودون الثامنة عشرة كانت العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة ٣ ــ واذا كان الفاعل احد الاشخاص المذكورين في الفقرة الأخيرة المادة السابعة تكون العقوبة السجن مدة لا تتجاوز سبع سنوات » .

(٢) سورة المؤمنون . الآيتان ٥ و ٦ .

(٣) شرح الخرشي ج ٥ ص ٣١٧ ، المهذب ج ٢ ص ٢٦٩ ، مغني المحتاج ج ٤ ص ١٤٤ .

(٤) عبد القادر عودة ج ٢ ص ٣٦٩ .

غلبته الشهوة وليس له زوجة ولا امة ففعل ذلك لتسكينها ، فالرجاء أنه لا وبال عليه . ويجب الاستمناء لو خاف الزنى[١] .

ويقول أهل الظاهر بأن الاستمناء ليس بحرام إلا أنه مكروه . وذلك لأنه ليس من مكارم الأخلاق ولا من الفضائل . وقد انقسم الناس في شأنه فكرهته طائفة وأباحته أخرى[٢] .

ومن الواضح ان الاستمناء لا يمكن اعتباره زنى (المادة الأولى من القانون) أو مواقعه (المادة ٤٠٧ عقوبات) ، حيث لا تتم مثل هذه الجرائم إلا بالاتصال الجنسي[٣] .

ولكن الفعل قد يعد هتك عرض (المادة ٤٠٨ عقوبات) ، أو فعل فاضح (المادة ٣٢١ عقوبات) ، ويعذر عليه وفقاً لأحكام قانون العقوبات .

المطلب الثاني

عدم قيام العلاقة الزوجية

٢١ ـ الزواج الصحيح .
٢٢ ـ النكاح المختلف عليه .
٢٣ ـ النكاح في زواج باطل .

---

(١) ابن عابدين جـ ٣ ص ٢١٥ .
(٢) ويقول ابن حزم ان الكراهة صحيحة عن عطاء والاباحة المطلقة صحيحة عن الحسن وعمر بن دينار وزياد ابي علاء ومجاهد .
المحلي جـ ١١ ص ٣٩٢ .
(٣) ادوار غالي الذهبي ص ١٠٩ .

٢٤ ـ المستأجرة للنكاح .
٢٥ ـ الوطء بشبهة .
٢٦ ـ ادعاء الزوجية .

٢١ ـ الزواج الصحيح :

الوطء المحرم المكون للزنى هو الذي يحدث بين رجل وامرأة لا تربطهما العلاقة الزوجية . فكل جماع يحدث في غير ملك تقوم به الجريمة ويعاقب عليه حدا . وهذا يشمل الواطىء والموطوءة[١] .

اما إذا كانت تلك العلاقة قائمة وقت مباشرة الفعل ، فإن الجماع يكون قد حدث في ملك ، فلا يعد زنى .

فالعلاقة الزوجية تمنع من قيام هذه الجريمة ، حتى ولو كان الجماع الذي تم محرما لسبب آخر . ولكن بشرط أن يكون هذا التحريم من النوع المؤقت الذي يرفع بزوال العارض . كما لو وطىء الرجل امرأته الحائض أو النفساء أو الصائمة وما أشبه ذلك ، لأن التحريم هنا ليس لذاته بل لأمور عارضة[٢] . فحرمة وطئها عليه لم تكن أصلية ، ويجوز لـــه أن يتمتع بها فيما دون الجماع[٣] .

وكما سبقت الإشارة[٤] ، من رأي من الفقهاء حد من أتى المرأة الميتة ، أو التي تستدخل في فرجها ذكر ميت ، اشترط لذلك عدم قيام الملك ، فلا يعتبر

---

(١) شرح الخرشي جـ ٥ ص ٣١٤ ؛ حاشية الدسوقي جـ ٤ ص ٣١٣ ؛ مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٩١ .
(٢) شرح الخرشي جـ ٥ ص ٣١٧ حاشية الدسوقي جـ ٤ ص ٣١٣ ، المهذب جـ ٢ ص ٢٦٩ .
(٣) كشاف القناع جـ ٦ ص ٩٦ ، شرح الخرشي جـ ٥ ص ٣٢٠ .
(٤) راجع ص ٢٧ .

عندهم زنى جماع الميت[١] .

كذلك الذين ذهبوا إلى أن ما يجب بالوطء في الفرج يجب بالوطء في الدبر ، قالوا بأن الحد لا يقام إذا كان الوطء في ملك[٢] .

٢٢ ــ النكاح المختلف عليه :

اتفق الفقهاء على أن الوطء الذي يتم في ظل نكاح مختلف على صحته ، يمنع من إقامة الحد[٣] ، لأن الفعل في هذه الحالة لا يسمى زنى شرعاً[٤] وذلك كالنكاح بلا ولي ، وزواج المتعة[٥] والعقد بلا شهود[٦] ، ونكاح الأخت في عدة اختها[٧] .

وقد خالف في ذلك أهل الظاهر تمشياً مع اتجاههم في رفض الأخذ بمبدأ درء الحدود بالشبهات . فأوجبوا إقامة الحد في النكاح المختلف عليه . ويقول ابن حزم إن « كل نكاح لم يبحه الله تعالى فلا يجوز عقده . فإن وقع فسخ ابدا لأنه نكاح صحيح . فإن وقع فيه الوطء ، فالعالم بتحريمه زان عليه الحد . ومن كان جاهلا فلا شيء عليه[٨] .

---

(١) شرح الزرقاني جـ ٨ ص ٧٦ ؛ المهذب جـ ٢ ص ٢٦٩ ؛ مغني المحتاج جـ ٤ ص ١٤٥ .

(٢) حاشية الدسوقي جـ ٤ ص ٣١٤ ؛ مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٩١ كشاف القناع جـ ٦ ص ٩٤ المغني جـ ١٠ ص ١٦٠ .

(٣) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٤٨ ، المبسوط جـ ٩ ص ٨٨ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ١٤٥ مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٩٣ .

(٤) ويقول الماوردي ان « حل الخلاف في النكاح ان لا يقارنه حكم ، فان حكم شافعي ببطلانه حد قطعاً ، او حنفي او مالكي بصحته لم يحد قطعاً » مغني المحتاج جـ ٤ ص ١٤٥ .

(٥) بدليل ان ابن جريج احد الاعلام وفقيه اهل مكة في زمنه اباحه . ويروى انه تزوج نحواً من سبعين امرأة نكاح متعة . شرح الخرشي جـ ٥ ص ٢١٨ .

(٦) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٤٨ ، المبسوط جـ ٩ ص ٨٨ .

(٧) كشاف القناع جـ ٦ ص ١٩٧ .

(٨) المحلي جـ ١١ ص ٢٤٩ .

٢٣ ـ الزواج اللاحق :

يرى جمهور الفقهاء ان العبرة بقيام العلاقة الزوجية تكون بالوقت الذي تم فيه الجماع . أما إذا وطىء الرجل امرأة ثم تزوجها عقب هذا مباشرة ، فإنهما يكونان قد زنيا وعليهما الحد . وذلك لأنهما قد باشرا النكاح في غير ملك . وأوجب الله تعالى الحد فلا يسقطه زواجه إياها لعدم الشبهة وقت ارتكاب الفعل . كما لو سرق نصاباً ثم ملكه [١] .

وفي رواية عن أبي حنيفة أنه يرى عدم إقامة الحد في تلك الحالة ، لأن المرأة تصبح مملوكة للزوج بالنكاح . وهذا يكون شبهة تدرأ الحد [٢] .

أما الأصح عند الحنفية فهو أن الحد لا يسقط ، لأن الزواج ليس له أثر رجعي . فالوطء الذي يحدث قبل عقده يكون زنى لا شبهة فيه[٣] .

ويقول ابن حزم في ذلك « وهذه من تلك الطوام . فإن قالوا كيف نحده في وطء امرأته وامته . قلنا لهم لم نحده في وطئه لهما وهما امرأته وأمته ، وإنما نحده في الوطء الذي كان منه لهما وهما ليسا امرأته ولا أمته »[٤] .

٢٤ ـ الجماع في نكاح باطل :

يرى المالكية والشافعية والحنابلة ، ومحمد وابو يوسف من الحنفية وأهل الظاهر أن الجماع في نكاح مجمع على بطلانه بعد زنى ، ويقام فيه الحد ، لأنه لا شبهة فيه[٥] .

---

(١) المغني جـ ١٠ ص ١٩٤ ، كشاف القناع جـ ٦ ص ٩٨ ، المحلي جـ ١١ ص ٢٥٢ .
(٢) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٦٢ ، شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٥٩ .
(٣) ابن عابدين جـ ٣ ص ٢٠٠ .
(٤) المحلى جـ ١١ ص ٢٥٢ .
(٥) شرح الخرشي جـ ٥ ص ٣١٨ ، حاشية الدسوقي جـ٤ ص ٣١٥ ، مواهب الجليل جـ٦ ص ٢٩١=

كالذي يتزوج بخامسة ، لأن حلها بعقد ضعيف جداً لا أثر له في درء الشبهة . ومن طلق زوجته ثلاثاً ثم عقد عليها أو وطئها في عدتها ، وبديهي أنه أولى إقامة الحد لو جامعها بعد العدة أو بدون عقد ، لأن هذا النوع من الطلاق يرفع ملك الزوج في الحال . كما تحد الزوجة إن كانت تعلم به ، حيث قد أصبح كل من الزوجين غريباً عن الآخر (١) . وكمن تزوج امرأة لا يحل له نكاحها مثل معتدة أو منكوحة الغير ، أو وطء مسلمة نكحها وهو كافر ، أو وطء وثنية نكحها وهو مسلم . وكذلك إذا كانت المرأة من محارمه كالأصول والفروع . وعلى هذا كل محرمة بالصهارة وأولى من وطء محرمة بالنسب أو بالرضاع لأنهما لا يكونان إلا مؤبدين ، بخلاف الصهر فقد يكون مؤقتاً كما إذا عقد على الأم من غير دخول فلا تحرم بنتها (٢) .

وذلك لان العقد في جميع تلك الحالات لم يصادف محله . ومقطوع بتحريمه وليس فيه شبهة . فيكون باطلا ويعتبر وجوده كعدمه (٣) .

أما أبو حنيفة فيرى أنه رغم كون العقد معيب ، فإنه يقيم شبهة تدرأ الحد.

= شرح فتح القدير جـ٤ ص ١٤٧، بدائع الصنائع جـ٧ ص ٣٥ ، المبسوط جـ٩ ص ٨٥ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ١٤٦ ، كشاف القناع جـ ٦ ص ٩٧ ، المحلى جـ ١١ ص ٢٤٧ .

(١) وذلك على عكس الطلاق الرجعي ؛ فانه لا يرفع احكام النكاح. ويظل ملك الزوج قائماً الى ان تنتهي عدة الزوجية، والمطلقة فيه تحل للزوج بغير عقد ومهر جديدين . اما اذا انقضت العدة فلا يصح للزوج ارجاع الزوجة لانها قد بانت بينونة ملكت بها نفسها فلا تحل له الا بعقد ومهر جديدين .

(٢) ويقول اللخمي « ان تزوج ابنة زوجته ودخل بها ولم يكن قد دخل بالام لم يحد ، لانها تحل له لو طلق الام . وان كان قد دخل بالام حد . وكذلك ان تزوج ام امرأته ، فان دخل بالابنة حد ، وان لم يدخل بها لم يحد للخلاف » . مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٩١ .

(٣) مغني المحتاج جـ ٤ ص ١٤٥ ، كشاف القناع جـ ٦ ص ٩٤ .

فلا يعاقب الجاني إلا بالتعزير [١] .

ويقول في ذلك ابن حزم ان « كل عقد فاسد لا يحل . فالفرج به لا يحل ولا يصح به زواج . فهما اجنبيان كما كانا . والوطء فيه من العالم بالتحريم زنى مجرد محض . وفيه الحد كاملا من الرجم أو الجلد أو التعزير . ولا يلحق فيه ولد أصلا ولا مهر فيه . ولا شيء من أحكام الزوجية . وإن كان جاهلا فلا حد . ولا يقع في ذلك شيء من أحكام الزوجية الالحاق الولد فقط للاجماع ... واما من سمى كل عقد فاسد ووطء فاسد — وهو الزنى المحض — زواجاً ليتوصل به إلى إباحة ما حرمه الله تعالى أو إلى اسقاط حدود الله تعالى الا كمن سمي الخنزير كبشاً ليستحله بذلك الاسم [٢] . »

٢٥ — ادعاء الزوجية :

العبرة في الزواج الذي ينفي الزنى تكون بالعقد الشرعي الذي يحل النكاح . فلا يشترط أن يكون العقد قد وثق أو قام بإجرائه موظف رسمي مختص . وذلك ما دام قد استوفى شروط صحته واحل استمتاع كل طرف من الزوجين بالآخر وفقاً لأحكام الشرع .

ويرى جمهور الفقهاء انه إذا ضبط رجل يطأ أمرأة وادعيا بقيام علاقة الزوجية ، لا يقام عليهما الحد ما لم يشهد الشهود بزناهما [٣] . فإذا شهدوا ، وجب عليهما إقامة البينة على النكاح حتى يسقط عنهما الحد . وذلك لأن الشهادة بالزنى تنفي كونهما زوجين فلا تبطل بمجرد قولهما [٤] .

---

(١) ولكنه يعاقب باشد ما يكون التعزير سياسة لاحدا مقدراً شرعياً ان كان عالماً بذلك. واذا لم يكن عالماً لا حد ولا عقوبة تعزير . شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٤٧ ، بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٥ ، المبسوط ج ٩ ص ٨٥ .

(٢) المحلي ج ١١ ص ٢٤٨ و ٢٤٥ .

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٨ ، المغني ج ١٠ ص ١٦٨ ، اسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٤ .

(٤) عبد القادر عودة ج ٢ ص ٣٧٣ .

ويضيف الحنفية أنه إذا شهد الشهود على أنه زنى بأمرأة لم يعرفوها ، فلا حد عليه . لأنه من الجائز أن تكون زوجته وهذا يكون شبهة يدرأ بها الحد [١] .

ويرى أهل الظاهر أنه إذا كانا غريبين أولا يعرفان فلا شيء عليهما ولا يعرض لهما وعلى هذا الاجماع [٢] .

ويقول مالك بأنه يقع عليهما اثبات الزوجية ، حتى لا يقام عليهما الحد [٣] .

أما إذا أقر أحد الطرفين بالزنى وادعى الآخر الزوجية فيرى أبو حنيفة وأحمد أن الحد يسقط لقيام الشبهة ، حيث يحتمل صدق دعوى النكاح [٤] .

ويرى مالك والشافعي حد المقر ، لأن الإقرار يكون حجة عليه وحده ، ولا يثبت الزنى في حق الطرف الآخر . كما أنه لا يورث شبهة العدم في حق المقر [٥] .

لذلك إذا دفع الرجل والمرأة أو أحدهما بقيام علاقة الزوجية ، وجب على المحكمة الجنائية لضمان سلامة حكمها أن توقف النظر في الدعوى حتى يفصل في مسألة الزواج وقيامه من عدمه بمعرفة الجهة ذات الاختصاص [٦] .

---

(١) المبسوط ج ٩ ص ٨٩ .

(٢) المحلي ج ١١ ص ٢٤٣ .

(٣) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٥٨ ؛ المحلي ج ١١ ص ٢٤٣ .

(٤) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٨ ؛ المغني ج ١٠ ص ١٦٨ .

(٥) المدونة ج ١٦ ص ٤١ ؛ اسنى المطالب ج٤ ص ١٣٤ .

(٦) محمد عطية راغب ص ٣٧ ، صالح مصطفى ص ٥٩ .

وتنص المادة ١٩٦ اجراءات جنائية على انه « اذا كان الحكم في الدعوى الجنائية يتوقف على الفصل في مسألة من مسائل الاحوال الشخصية يجب على المحكمة الجنائية ان توقف الدعوى ، وتحدد للمتهم او المدعي بالحقوق المدنية او المجني عليه على حسب الاحوال اجلا لرفع المسألة المذكورة الى الجهة ذات الاختصاص . ولا يمنع وقف الدعوى من اتخاذ الاجراءات او التحقيقات الضرورية او المستعجلة . »

٢٦ ـ المستأجرة للنكاح :

من المسائل التي تعرض لها الفقهاء حكم المرأة التي تستأجر لنكاحها . فيرى المالكية والشافعية والحنابلة وأبو يوسف ومحمد بن الحنفية وأهل الظاهر أن من استأجر امرأة لوطء أو الخدمة ثم وطئها ، فإن فعله يكون زنى محضاً ويحد . وذلك لان عقد الاجارة لا يكون شبهة تدرأ عنه الحد لانتفاء الملك والعقد . والبضع لا يستباح بها[1] .

أما أبو حنيفة فيرى أنه لا يقام الحد في هذه الحالة ، لأن الإجارة شبهة . ويستند في ذلك إلى ما روى من أن امرأة طلبت من رجل مالا ، فأبى أن يعطيها حتى تمكنه من نفسها . فدرأ عنها عمر الحد . وقال هذا مهرها . وقد سمى الله تعالى المهر اجرة في قوله « فما استمتعتم به منهم فاتوهن من أجورهن فريضة فصار شبهة . وذلك لأن الشبهة ما يشبه الحقيقة لا الحقيقة . فلو قال الرجل امهرتك كذا لازني بك لم يجب الحد . فكذا إذا قال استأجرتك أو خذي هذا لاطأك [2] .

ويقول ابن حزم « وأمـــا الحنفيون المقلدون لأبي حنيفة في هذا ، فمن عجائب الدنيا التي لا يكاد يوجد لها نظير أن يقلدوا عمر في اسقاط الحد ههنا بأن ثلاث حبات من تمر مهر ، وقد خالفوا هذه القضية بعينها فلم يجيزوا في النكاح الصحيح مثل هذا واضعافه مهرا . بل منعوا من أقل من عشرة دراهم في ذلك . فهذا هو الاستخفاف حقاً [3] .

---

(١) شرح الخرشي جـ ٥ ص ٢١٧ ؛ حاشية الدسوقي جـ ٤ ص ٣١٤ ، مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٩١ ، كشاف القناع جـ ٦ ص ٩٨ ، المغني جـ ١٠ ص ١٩٤ ؛ مغني المحتاج جـ ٤ ص ١٤٥ ، المحلي جـ ١١ ص ٢٥٠ .

(٢) الزيلعي جـ ٣ ص ١٧٩ .

(٣) المحلي جـ ١١ ص ٢٥٠ .

ويعتبر رأي أبي حنيفة شاذا لمخالفته الأصول العامة للشريعة وخروجه عن ما أجمع عليه جمهور الفقهاء . لذلك لا يؤخذ به ويقام حد الزنى على المستأجر أو المستأجرة للوطء .

٢٧ ــ الوطء بشبهة :

يرى جمهور الفقهاء أن الشبهة تدرأ الحد . وذلك استناداً إلى ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من أنه قال « ادرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم . فإن كان له مخرج فخلوا سبيله ، فإن الإمام أن يخطىء في العفو خير من أن يخطىء في العقوبة[1] » . وقوله عليه الصلاة والسلام « أيها الناس من ارتكب شيئاً من هذه القاذورات فاستتر فهو في ستر الله ، ومن ابدى صفحة اقمنا عليه الحد » .

ومن هذا يتضح أن الشارع الحنيف يهدف من وراء الحد مجرد الزجر . فهو يضيق من نطاق تطبيقه . فيأخذ بأي شبهة تدرؤه ، ولا ينفذه إلا على من أرتكب الجريمة وليس له من عذر يشفع له .

كما أنه أوسع من دائرة التسامح فأوجب ستر الجاني إذا ما ارتكب الجريمة في غير اعلان . وذلك تشجيعاً له على التوبة الصادقة ومنعاً للأضرار التي قد تنجم عن اجراءات إقامة الحد ، كالتحريات والتحقيقات والقرارات وما تتضمنه من التشهير ونشر الفضائح . مما قد يفوق ما يترتب على عدم إقامة الحد .

هذا بالإضافة إلى أنه أخذ بالمبدأ الذي يقضي بأن خطأ القاضي في العفو خيراً من خطئه في العقاب . وذلك لأنه في الحالة الأولى لا يلحق ضرر بأحد ، ويحمي البريء من كل اتهام غير قائم على يقين . أما في الحالة الثانية فعلى العكس يضر البريء ولا يفيد أحد . مما يخالف قاعدة لا ضرر ولا ضرار في الإسلام[2] .

---

(١) نيل الاوطار ج ٧ ص ١٩ .

(٢) محمد ابو زهرة ــ الجريمة ــ ص ٢٢٢ .

وقد روي عن عمر بن الخطاب أنه قال « لئن أعطل الحدود بالشبهات أحب إلي من أن أقيمها بالشبهات » .

وتحقيقاً لهذه المعاني كان الرسول صلى الله عليه وسلم يحرص على التأكد من استيفاء شروط الحد ، ويحث على العدول عن الإقرار . وهذا واضح من واقعة ماعز حين جاءه معترفاً بالزنى فاعرض عنه عدة مرات ثم قال له : لعلك قبلتها لعلك باشرتها . فأبى ماعز الا ان يقر صراحة بالزنى . فقال له الرسول : ابك خبل ، ابك جنون . ولما علم بمن حرضه على الإقرار قال له : لو سترته بثيابك لكان خيراً لك . ولام من نفذ الحد عليه حين حاول الهروب بعد أن أشرف على الموت وقال لهم : هلا تركتموه[1] .

وقد خالف في ذلك أهل الظاهر ، حيث يرون أن الحدود لا تدرأ أو تقام بالشبهة، لانها تتعلق بحقوق الله تعالى . ويقول في هذا ابن حزم « ذهب قوم إلى أن الحدود تدرأ بالشبهات . فأشدهم قولا بها واستعمالا لها أبو حنيفة وأصحابه ، ثم المالكيون ثم الشافعيون . وذهب أصحابنا إلى ان الحدود لا يحل أن تدرأ بشبهة . وانما هو حق الله تعالى ولا مزيد . فإن لم يثبت الحد لم يحل أن يقام بشبهة ، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم ان دماءكم وأموالكم واعراضكم عليكم حرام وإذا ثبت الحد لم يحل أن يدرأ بشبهه لقول الله تعالى — تلك حدود الله فلا تتعدوها [2] .

ومع أن جمهور الفقهاء يأخذ بالشبهة كسبب لدرء الحد ، فإنهم اختلفوا فيما يعتبر شبهة . ويرجع ذلك إلى اختلافهم في التقدير بالنسبة للحالة الواحدة ، فالبعض قد يعتبرها شبهة ، والآخر قد لا يرى هذا[3] . ولا تدخل تلك الحالات

---

(١) كشاف القناع جـ ٦ ص ٩٧ .

(٢) المحلي جـ ١١ ص ١٥٣ .

(٣) عبد القادر عودة جـ ٢ ص ٣٥٩ .

تحت حصر . وسبق التعرض لعدد منها وسيأتي الكلام عن صور أخرى بصدد المسائل التي تتصل بها .

والشبهة هي ما يشبه الثابت وليس بثابت . وقد اهتم الحنفية والشافعية في تقسيمها والتعريف بها ووضع قواعد لها . أما باقي الفقهاء فقد تكلموا عنها في فروض متفرقة لمناسبات مختلفة .

فقال الشافعية أن الشبهة ثلاثة أقسام :

الأول : شبهة في المحل : وأساسها ليس مجرد الظن وانما تقوم في محل الفعل المحرم وتسلط الفاعل شرعا عليه ، كوطء الزوجة الحائض أو الصائمة .

الثاني— شبهة في الفاعل : وأساسها ظن الفاعل ، حيث إنه يأتي الفعل وهو يعتقد عدم تحريمه . كمن يجد امرأة في فراشه فيطأها ظاناً أنها زوجته .

الثالث— شبهة في الجهة : وأساسها اختلاف الفقهاء على الفعل ولو كان الفاعل يعتقد بتحريمه ، لأن ظنه ليس له أثر في ذلك[1] .

أما الحنفية فقالوا إن الشبهة قسمان :

الأول — شبهة في الفعل : وتسمى شبهة اشتباه . وهي تكون في حق من اشتبه عليه دون غيره ممن لم يشتبه عليه . فيظن الحرام حلالا ولا دليل في السمع يفيد الحل . فاعتقد غير الدليل دليلا . كأن يجامع زوجته المطلقة ثلاثا وهي في العدة ظاناً انها تحل له .

الثاني— شبهة في المحل : وتسمى شبهة حكمية أو شبهة ملك وتقوم بالاشتباه

---

(١) المهذب جـ ٢ ص ٢٧٦ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ١٤٤ ، شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٤٠ .

في حكم الشرع بحل المحل ، لقيام دليل شرعي ينفي الحرمة . وذلك سواء ظن الفاعل الحل أو علم الحرمة ؛ لأن الشبهة تتعلق بالدليل ذاته [١] .

المبحث الثاني

القصد الجنائي

٢٨ – تمهيد :

الزنى جريمة عمدية . فهي لا تقوم إلا إذا توافر القصد الجنائي لدى الفاعل وقت ارتكاب الفعل .

وقد نص البند الثاني من المادة الثانية من قانون إقامة حد الزنى صراحة على القصد الجنائي بقوله « ويشترط أن يكون الفاعل ... قصد ارتكاب الفعل » .

والقصد في الزنى قصد عام . فيتوافر بمجرد اتيان الجماع مع علم الفاعل بأنه يطأ شخصاً محرماً عليه وانصراف إرادته إلى ذلك . ولا عبرة بالغاية التي سعى إليها من وراء فعله [٢] .

من هذا يتضح أنه يلزم وجود عنصرين لقيام القصد الجنائي في الزنى ، هما العلم والإرادة ، على أن يكون ذلك معاصراً لوقت ارتكاب الجريمة .

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٤١ ، المبسوط ج ٩ ص ٩٦ ، ابن عابدين ج ٣ ص ٢٠٨ ، بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٥ .

(٢) محمد مصطفى القللي ص ١٦٠ .

المطلب الاول

العـلم

٢٩ ـ العلم بالوقائع .
٣٠ ـ الغلط في الشخص .
٣١ ـ الجهل بالقانون .
٣٢ ـ الجهل بالعقوبة .
٣٣ ـ الجهل بفساد النكاح أو ببطلانه .

٢٩ ـ العلم بالوقائع :

يجب أن ينصرف علم الفاعل إلى جميع وقائع الجريمة . وذلك بأن يكون الرجل مدركاً بأنه يجامع امرأة محرمة عليه ، وان تكون المرأة مدركة بأنها تمكن رجلا محرماً عليها . أما إذا كان الفاعل يعتقد أنه يجامع من تحل له أو أن المرأة تمكن حليلها ، فإن الجريمة لا تقوم .

فلا حد على من جامع وهو يجهل العين الموطوءة بأن ظنها زوجته. أما إذا أقدم عليها وهو شاك ، فظاهر كلام المالكية وان لم يكن صريحاً سقوط الحد[1] .

وهذا على خلاف ما ذهب إليه الحنفية حيث يرون أن من وطىء امرأة أجنبية وقال ظننت أنها تحل لي فعليه الحد[2] .

وأجمع الفقهاء على أن من زفت إليه غير امرأته وأخبرته النساء بأنها زوجته

---

(١) حاشية الدسوقي جـ ٤ ص ٣١٣ شرح الخرشي جـ ٥ ص ٣١٩ .
(٢) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٤٣ ؛ المبسوط جـ ٩ ص ٨٨ .

فوطئها ، لا حد عليه ويدفع المهر . وقد قضى بذلك على رضى الله عنه ولا يعلم فيه خلاف [١] .

وكذلك الحال بالنسبة لمن زفت إلى غير زوجها فمكنته من نفسها معتقدة أنه زوجها . أو التى تمكن مطلقها طلاقاً بائناً وهي لا تعلم أنه طلقها .

واختلف الفقهاء في حالة ما إذا وطىء الرجل امرأة اجنبية وجدت في فراشه ظانا انها زوجته ، أو من وجدت رجلا في فراشها فمكنته معتقدة أنه زوجها .

فذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى أنه لا يقام الحد ، حيث يحتمل ما يدعى به من شبهة [٢] .

ويرى الحنفية أنه يقام الحد ، لأنه لا اشتباه بعد طول الصحبة . فيكون الظن غير مستند إلى دليل . وذلك لأنه قد يرقد في الفراش غير الزوج أوالزوجة من المحارم المقيمين في نفس المنزل .

وكذلك الحال إذا كان الفاعل أعمى لأنه يمكنه التمييز بالسؤال وغيره ، إلا إذا كان دعاها فقالت له إنها زوجته لأنها لو لم تقله ، واقتصرت على الجواب بنعم ونحوه فوطئها يحد ، حيث يجب أن تطمئن نفسه إلى أنها هي .

ويرى زفر ان الحكم يختلف في حالة الأعمى ، حيث الظاهر أنه لا ينام على فراشه غير امرأته . فيستند ظنه إلى دليل تقوم به شبهة قوية تدرأ الحد عنه [٣] .

ومن ذلك يتضح أنه في جميع الحالات التي لا يعلم فيها الفاعل بأنه يجامع

---

(١) شرح الخرشي جـ ٥ ص ٣١٩ ، شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٤٣ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٧ ، كشاف القناع جـ ٦ ص ٩٦ ، المهذب جـ ٢ ص ٢٦٧ ، مغنى المحتاج جـ ٣ ص ١٤٤ .

(٢) حاشية الدسوقي جـ ٤ ص ٣١٢ ، المهذب جـ ٢ ص ٢٦٨ ، المغنى جـ ١٠ ص ١٥٥ .

(٣) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٧ ، المبسوط جـ ٩ ص ٥٧ ، حاشية ابن عابدين جـ ٣ ص ٢١٣ ، الزيلعي جـ ٣ ص ١٧٨ .

من حرم عليه ، لا يقام عليه الحد . وهذا تطبيقاً لحكم المادة ١٠ الذي يقضي بالأخذ بالمشهور من أشهر المذاهب فيما لم يرد بشأنه نص . فالخطأ هنا يكون شبهة قوية تدرأ الحد ، لقوله تعالى « وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ، ولكن ما تعمدت قلوبكم »[١] .

٣٠ ـ الغلط في الشخص :

إذا جامع رجل امرأة محرمة عليه وهو يظنها أخرى محرمة عليه أيضاً ، أو مكنت امرأة رجلا محرماً عليها وهي تظنه آخر محرماً عليها أيضاً ، فإن الحد يقام على كل منهما في الحالتين المذكورتين . وذلك لأن الخطأ في الجماع المحرم لا يعفي من العقوبة ولا يصلح شبهة تدرأ الحد ، فالفاعل اشبه بمن قتل رجلاً يظنه أجنبياً فبان ابنه . وعلى هذا جمهور الفقهاء[٢] .

فهذا النوع من الغلط لا يؤثر في مسئولية الزاني أو الزانية ، لأنه قد تعمد ارتكاب جريمة معينة فوقعت مستوفية جميع أركانها ، ولا يغير من الوضع أن علم الفاعل بأحدى الصفات المميزة لمحلها قد شابه غلط ، ما دام ذلك لا يدخل ضمن عناصر الزنى القانونية اللازمة لقيام الجريمة . فالنتيجة واحدة وهي الاعتداء على الحق الذي حماه الشارع[٣] .

أما إذا جامع الرجل زوجته وهو يظنها أخرى محرمة عليه ، أو مكنت المرأة زوجها وهي تظنه آخر محرماً عليها ، فلا حد على أي منهما .

وذلك لعدم توافر شرط التحريم . فالجماع قد تم في ظل عقد نكاح صحيح ، مما ينتفي معه حرمة الفرج للفرج ، الذي لا يقوم الزنى إلا به . ولكن هذا لا

---

(١) سورة الاحزاب ، الآية ٥ .

(٢) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٤٧ ، المغني جـ ١٠ ص ١٥٤ ، كشاف القناع جـ ٦ ص ٩٦ ، المهذب جـ ٢ ص ٢٧٦ ، شرح الزرقاني جـ ٨ ص ٧٨ .

(٣) جلسة ١٣ ديسمبر ١٩٤٩ مجموعة احكام النقض جـ ١ رقم ٥٠ ص ١٥٠ .

يمنع من اعتبار الشخص آثما على ظنه [١] .

٣١ ــ الجهل بالقانون :

الأصل في الشريعة أن الجهل بأحكامها لا يكون مسوغاً للإفلات مما تقضي به .[٢] فلا يعتبر عذراً في دار الإسلام الدفع بعدم معرفة الأحكام . فلا يقبل من أحد ولو كان قريب العهد بالإسلام ان يحتج بجهله تحريم الزنى ، توصلا إلى إثبات عدم قيام القصد الجنائي . خاصة وان هذه الجريمة قد ثبتت بالنص القرآني وبالحديث الشريف وانعقد عليها الإجماع [٣] .

وذلك كما هو الشأن في التشريعات الوضعية ، حيث يؤخذ بقاعدة أن الجهل بالقانون ليس بعذر [٤] .

ولكن استثناء من تلك القاعدة يبيح جمهور الفقهاء الإحتجاج بالجهل بالأحكام الشرعية إذا كانت ظروف الحال تؤكد عذر الجاني [٥] ، كالشخص قريب العهد بالإسلام الذي لم ينشأ في دار اسلام ، إذا كانت ظروفه ترجح جهله بتحريم الزنى [٦] .

---

(١) مغني المحتاج جـ ٤ ص ١٤٤ ، المهذب جـ ٢ ص ٢٦٧ ، شرح الزرقاني جـ ٨ ص ٨٧ ، شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٤٧ ، المغنى جـ ١٠ ص ١٥٥ ، المحلي جـ ١١ ص ٢٤٦ .

(٢) عبد القادر عودة جـ ١ ص ٤٣١ .

(٣) محمد ابو زهرة ، ص ٢٣٦ ، مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٩٣ .

(٤) محمد سامي النبراوي ص ١٧٦ .

(٥) وقد روي عن سعيد بن المسيب ان رجلا تضيف اهل بيت باليمن ، فأصبح يخبر الناس انه زنى بربة البيت . فكتب الى عمر . فقال عمر ان كان يعلم ان الله حرم الزنى فحدوه . وان كان لا يعلم فعلموه فان عاد فحدوه. ويعلق على ذلك السرخسي بقوله « فجعل عمر ظن الجهل في ذلك الوقت شبهة ، لعدم اشتهار الاحكام » .

(٦) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١١٦ ، المغنى جـ ١٠ ص ١٥٦ ، كشاف القناع جـ ٦ ص ٩٧ ، مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٩٢ ، شرح الخرشي جـ ٥ ص ٣١٩ ، حاشية الدسوقي ، جـ ٤ ص ٣١٣ ، مغنى المحتاج جـ ٤ ص ١٤٦ .

ويقول الشيرازي « ان زنى رجل بامرأة وادعى أنه لم يعلم بتحريمه ، فإن كان قد نشأ فيما بين المسلمين لم يقبل قوله ، لأنا نعلم كذبه . وإن كان قريب العهد بالإسلام ، أو نشأ في بادية بعيدة عن المسلمين أو كان مجنوناً فأفاق وزنى قبل أن يعلم الأحكام قبل قوله ، لأنه يحتمل ما يدعيه فلم يجب عليه الحد »[1] .

وهناك من فقهاء الحنفية من يرى أن الحربي إذا دخل دار الأسلام فأسلم وزني وقال ظننت أنه حلال لا يلتفت إليه ويحد وان كان فعله أول يوم دخل الدار لان الزنى حرام في جميع الأديان والملل . فكيف يقال إذا ادعى مسلم اصلي أنه لا يعلم حرمة الزنى لا يحد لانتفاء شرط الحد[2] .

٣٢ ــ الجهل بالعقوبة :

يرى جمهور الفقهاء أنه إذا علم الشخص بتحريم الزنى ولكنه في نفس الوقت كان يجهل العقاب المقرر له : فإنه لا يقبل منه هذا العذر ويقام عليه الحد . بمعنى أن جهل الحكم لا يفيد ما دام قد علم بالجريمة .

وقد استندوا في ذلك إلى قضية ماعز . فقد روي أنه قال في أثناء رجمه « ردوني إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فإن قومي غروني من نفسي واخبروني أن النبي صلى الله عليه وسلم غير قاتلي . ولكن النبي عليه الصلاة والسلام أمر برجمه[3] » .

---

(١) المهذب جـ ٢ ص ٢٦٧ .
ويروى انه اتي عمر بامرأة قد زنت فسألها عن ذلك ، فقالت نعم يا امير المؤمنين واعدت ذلك وايدته . فقال على انها لتستهل به استهلال من لا يعلم انه حرام . فدرأ عنها الحد . وهذا من دقيق الفراسة . محمد بلتاجي ص ٢٥٨ .
(٢) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٤٦ ، المبسوط جـ ٩ ص ٨٥ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٧ .
(٣) شرح الخرشي جـ ٥ ص ٣٢٠ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ١٤٦ ، كشاف القناع جـ ٦ ص ٩٧ .

٣٣ ـ الجهل بفساد النكاح أو ببطلانه :

اختلف الفقهاء في حالة ما إذا كان الشخص يعلم بتحريم فعل الزنى ، ولكنه يجهل بفساد نوع النكاح أو بطلانه ، الذي يعد فيه الجماع زنى .

فذهب البعض إلى أنه لا يقبل منه الدفع بهذا الجهل ، فيقام عليه الحد ، لأنه يفترض في كل شخص العلم بما حرم عليه . وذلك لأن قبول مثل هذه الأعذار يؤدي إلى فتح الباب واسقاط الحد [١] .

ويرى آخرون قبول الاحتجاج بهذا الجهل . وذلك لأن معرفة تفاصيل الحكم تحتاج إلى بحث فقهي مما يخفى على غير أهل العلم . فنقوم بهذا شبهة تدرأ الحد ، وان كانت لا تمنع من توقيع عقوبة تعزيرية على الفاعل [٢] .

ويستندون في ذلك إلى بعض الأقضية التي أخذ بها الصحابة رضي الله عنهم . فقد روي أنه رفع لعمر امرأة اتخذت غلامها لوطئها . فأراد رجمها . فقالت : قرأت وما ملكت إيمانكم . فقال تأولت كتاب الله على غير تأويله وتركها وجز رأس الغلام وغربه [٣] .

وقد أتت امرأة إلى علي بن أبي طالب فقالت : أن زوجي زنى بجاريتي فقال : صدقت هي ومالها لي حل . فقال له علي : اذهب ولا تعد . كأنه درأ عنه الحد بالجهالة [٤] .

وعرض على عمر امرأة تزوجت في عدتها . فقال : هل علمتما ؟ فقالا : لا . فقال : لو علمتما لرجمتكما . فجلدهما وفرق بينهما [٥] .

---

(١) المحلى جـ ١١ ص ٢٤٩ .

(٢) مغني المحتاج جـ ٤ ص ١٤٥ ، المهذب جـ ٢ ص ٢٦٧ ، المغني جـ ١٠ ص ١٥٦ المحلي جـ ١١ ص ١٨٨ .

(٣) شرح الخرشي جـ ٥ ص ٣١٩ .

(٤) المحلى جـ ١١ ص ١٨٨ .

(٥) كشاف القناع جـ ٦ ص ٩٨ ، المهذب جـ ٢ ص ٢٦٧ .

وذلك باستثناء الزنى الواضح الذي لا يجهله إلا النادر ، فإنه يحـــد فيه ولا يقبل العذر بعدم العلم . لهذا لا بد من الظن القوي حتى تقوم الشبهة فإذا لم تكن ظنة الحل ثابتة لم تكن هناك شبهة أصلا[1] .

ويلاحظ أنه في جميع حالات الاحتجاج بفساد النكاح أو بطلانه يعفى الجاني من إقامة الحد استنادا إلى توافر الشبهة التي تدرأ الحد ، ولكن لا يمنع هذا من توقيع عقوبة التعزير .

وذلك على خلاف الاحتجاج بالجهل بتحريم الزنى ، لأن قبوله يعفي الفاعل من العقوبة لانعدام القصد الجنائي . فلا يحد ولا يعذر[2] .

المطلب الثاني

الارادة

٣٤ ــ اتجاه الارادة إلى ارتكاب الزنى .
٣٥ ــ الباعث .

٣٤ ــ اتجاه الإرادة إلى ارتكاب الزنى :

لا يكفي مجرد العلم لقيام القصد الجنائي في الجرائم العمدية ، حيث يجب أن تتوافر الارادة وان تتجه إلى إتيان الفعل المحرم . فلا يتحقق القصد إذا

---

(١) مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٩٣ ، شرح الخرشي جـ ٥ ص ٣٢٠ ، شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٤١ ، المبسوط جـ ٩ ص ٥٣ .
(٢) عبد القادر عودة جـ ٢ ص ٣٧٥ .

كان الذي ارتكب الزنى غير مكلف كالمجنون ومن في حكمه أو كان لا يتمتع بحرية الاختيار[١] .

وقد اختلف الفقهاء بشأن الأكراه فيما يتعلق بالتفرقة بين الرجل والمرأة .

فبالنسبة للمرأة المكرهة على الزنى أجمع الفقهاء بأنه لا حد عليها ولا تعذر لنفي التعمد عنها اتفاقاً . لقول النبي صلى الله عليه وسلم « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» [٢] .

أما إذا أكره الرجل على الزنى فيرى بعض المالكية كابن رشد واللخمي وابن العربي بأنه أيضاً لا حد عليه . . وذهب غيرهم إلى أنه يحد حتى ولو كانت المرأة هي المكرهة له على الزنى . وعلى ذلك أكثر أهل المذهب استناداً إلى أن انتشاره ينافي اكراهه[٣] .

وكان أبو حنيفة يرى أنه يجب حد من أكرهه السلطان على الزنى . وهو قول زفر . وذلك على اعتبار ان زنى الرجل لا يتصور إلا بعد انتشار قضيبه . وهذا يعتبر دليل الاختيار وآية الطواعية . مما يترتب عليه اقتران الاكراه بما ينفيه ويبطل أثره . وذلك بخلاف اكراه المرأة على الزنى ، لأنه يكون بالتمكين وليس فيه ما يدل على الطواعية .

ثم رجع أبو حنيفة عن رأيه السابق وقال بعدم حد الرجل المكره أيضاً كالمرأة . وذلك لقيام السبب الملجىء إلى الفعل ، وان الانتشار لا يستلزم الطواعية حيث قد يكون طبعاً عن غير قصد كما في النائم مما يورد الشبهة .

---

(١) محمد سامي النبراوي ص ١٧٩ .

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٧ ؛ بدائع الصنائع ج ٨ ص ٣٤ ؛ شرح الخرشي ج ٥ ص ٣٢٢ ، حاشية الدسوقي ج ٤ ص ٣١٨ ، المهذب ج ٢ ص ٢٦٧ ، مغني المحتاج ج ٤ ص ١٤٤ ؛ كشاف القناع ج ٦ ص ٩٨ .

(٣) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٩٤ ، حاشية الدسوقي ج ٤ ص ٣١٨ ؛ شرح الخرشي ج ٥ ص ٣٢٢ .

أما إذا أكرهه غير السلطان فإنه يحد عند أبي حنيفة . لأن الإكراه في غير هذه الحالة لا يدوم إلا نادرا . وذلك لإمكان الاستعانة بالسلطان أو بجماعة المسلمين ، كما يستطيع دفعه بنفسه بالسلاح أو بغيره ، والنادر لا حكم له[١] .

ويرى أبو يوسف ومحمد أنه لا حد في هذه الحالة أيضاً ، لأن الاعتبار المؤثر في الاكراه هو خوف الهلاك . مما قد يتحقق أيضاً من غير السلطان[٢] .

وعند الشافعية رأيان :

الأول : يقول بأنه لا يجب عليه الحد وهذا الذي عليه المذهب .

الثاني : يقول بأنه يجب عليه الحد لانه الوطء لا يكون إلا بالانتشار الحادث عن الشهوة والاختيار[٣] .

وكذلك عند الحنابلة رأيان : الأول يقول بأنه يحد لان الوطء لا يكون إلا بالانتشار الحادث بالاختيار . والثاني يقول إنه لا حد على الرجل المكره كالمرأة ، لان الاكراه شبه تدرأ الحد[٤] .

ويدخل في حكم الاكراه حالة الاضطرار لأنه يترتب عليها أيضاً انتفاء حرية الاختيار على الوجه الذي يمنع من توافر القصد الجنائي . وهذا باتفاق الفقهاء لقوله تعالى « فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه»[٥] .

وقد روي أن عمر أتي بامرأة جهدها العطش فمرت على راع فاستسقت ،

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٧ ، ابن عابدين ج ٣ ص ٢٠٧ ، بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٤.

(٢) ويقول السرخسي ان هذا اختلاف عصر وزمان . ففي زمن ابي حنيفة ليس لغير السلطان من القوة ما لا يمكن دفعه بالسلطان . وفي زمنهما ظهرت القوة لكل متغلب ، فيفتى بقولهما ، المبسوط ج ٩ ص ٥٩ .

(٣) المهذب ج ٢ ص ٢٦٧ ، مغني المحتاج ج ٤ ص ١٤٤ .

(٤) كشاف القناع ج ٦ ص ٩٧ .

(٥) المبسوط ج ٩ ص ٥٨ ، الطرق الحكمية ص ٥٢ .

فأبى أن يسقيها إلا أن تمكنه من نفسها . ففعلت . فشاور الناس في رجمها . فقال علي : هذه مضطرة ارى أن يخلى سبيلها ، استنادا إلى قوله تعالى . فخلى عمر سبيلها [1].

كما يرى أهل الظاهر أنه في جميع تلك الحالات لا يقام الحد سواء انتشر أو لم ينتشر ، امنى أم لم يمن ، أنزلت أو لم تنزل ، لأنهما لم يفعلا شيئاً أصلا . والانتشار والإنماء من فعل الطبيعة الذي خلقه الله تعالى في المرء احب أم كره ، لا اختيار له في ذلك[2] .

ويستوي أن يكون الاكراه مادياً كأن يغلب الرجل المرأة بالقوة الجسدية ، أو معنوياً كالتهديد بالقتل أو الإيذاء . واقعاً من الزاني أو الزانية أو غيرهما .

ومن الواضح ان الحد لا يرفع إلا عن الزاني الواقع تحت تأثير الإكراه . أما الشخص الآخر ، فإن كان مختاراً فلا يحد . فإذا مكنت امرأة بإرادتها رجلا مكرهاً لجماعها ، فإن الحد يجب عليها وحدها دون الرجل . وكذلك الحال لو أكره الرجل المرأة على الجماع ، فلا حد عليها وانما يقام الحد على الرجل . فسقوط الحد عن أحد الواطئين لظرف يخصه وحده لا يوجب سقوطه عن الطرف الآخر . فكل منهما يؤاخذ بفعله . وهذا ما يأخذ به جمهور الفقهاء[3] .

متى تحقق القصد الجنائي بعنصريه العلم والإرادة السابقة الإشارة اليهما ، فإن جريمة الزنى تقوم ، ولا أهمية للباعث الذي دفع إلى ارتكابها[4] .

---

(١) محمد بلتاجي ص ٢٥٨ .

(٢) المحلي جـ ٨ ص ٣٣١ .

(٣) مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٩٤ ؛ حاشية الدسوقي جـ ٤ ص ٣١٨ ، شرح الخرشي جـ ٥ ص ٣٢١ ؛ المبسوط جـ ٩ ص ٧٥ ، شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٥٧ ، المهذب جـ ٢ ص ٢٦٨ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ١٤٦ ، كشاف القناع جـ ٦ ص ٩٧ .

(٤) وقد قررت المحكمة العليا «ان قصد الجنائي في جريمة هتك العرض يتوفر بالافعال المادية الحادثة =

فتوافر القصد العام يكفي وليس بشرط أن يكون الفاعل قد هدف إلى غاية خاصة من وراء فعله . فيستوي أن يكون غرضه الانتقام ، أو المغامرة والتجربة ، أو حتى مجرد ارضاء الغير[1] .

وبالنسبة إلى ان الشريعة تعاقب على الرذيلة في ذاتها ، وبغض النظر عما إذا كان يترتب عليها أثر للغير ، فإنه يكون من الممكن وقوع هذه الجريمة من امرأة بلغت سن الاياس أو كان يستحيل عليها الحمل ، أو من عنين أو شيخ فان[2] .

المطلب الثالث

مسائل متعلقة بالقصد

٣٦ — معاصرة القصد الجنائي لارتكاب الفعل .
٣٧ — اثبات القصد الجنائي .

٣٦ — معاصرة القصد الجنائي لارتكاب الفعل :

لا تقوم جريمة الزنى إلا إذا كان القصد الجنائي معاصراً لارتكاب الفعل .

= للعرض والتي وقعت من الجاني عمداً بغض النظر عن البواعث المختلفة . ولا ينفى هذا القصد بادعاء الجاني أنه لم يفعل فعلته ارضاء لشهوة جسمانية . بل يصح العقاب ولو كان لم يقصد بفعله المادي الا التماسك بالمجنى عليه » . جلسة ٢٠ يناير ١٩٧٠ م مجلة المحكمة العليا ، السنة السادسة ، الاعداد الاول والثاني والثالث ص ١٣٩ .

(١) محمد مصطفى القللى ص ١٦٠ .
(٢) صالح مصطفى ص ٥٧ .

فالعبرة بتوافر العلم والإرادة تكون بوقف حدوث الجماع . فيجب أن يكون قصد الفاعل قد انصرف في اثناء المباشرة إلى الجماع المحرم[١].

أما إذا توافر العلم والإرادة قبل الفعل ولكنهما أو أحدهما انتفى وقت المباشرة ، فإن الجريمة لا تتحقق . وذلك كأن يكون الفاعل قد قصد ارتكاب الزنى مع أمرأة اجنبية ثم أتى امرأة وجدها في فراشه معتقداً أنها زوجته ، ولكن اتضح فيما بعد أنها غريبة عنه ، فإنه لا يعد زانياً . كما أنه إذا أكره شخص على ارتكاب الزنى ، ثم انتهى الاكراه قبل مباشرة الفعل ، فإنه يعد زانياً[٢] . وهذا لأن الفاعل لا يؤاخذ إلا على وفق ما اعتقده واراده عند اقتراف الجرم[٣] . ونفس الحكم يكون اولى بالنسبة للعلم أو الإرادة التي قد تتوافر بعد الانتهاء من الفعل ، فإنه لا تأثير لها لذات العلة[٤] .

وقد يحدث أحياناً أن يأتي الرجل المرأة بالقوة رغماً عنها . وفي اثناء الفعل يكف عن الإكراه ، ولكن تظل المرأة ممكنة نفسها له برغبتها . فانها تعتبر زانية في هذه الحالة ، حيث إن الجماع استمر برضائها . وكذلك الحال إذا كانت المرأة تعتقد أن الذي يجامعها زوجها ، ثم يتأكد لها أنه رجل آخر . ولكنها

---

(١) محمد سامي النبراوي ص ١٨٣ .

(٢) عبد القادر عودة ج ٢ ص ٢٧٤.

(٣) احمد امين ص ٤٦٦ .

(٤) وقد قررت المحكمة العليا في جريمة المواقعة التي كان يلزم لقيامها انتفاء الرضاء ، قبل الغاء هذا القيد بالفقرة الرابعة التي اضيفت الى المادة ٤٠٧ عقوبات « ان الرضاء الذي ينتفي معه معنى الاكراه هو الذي يسبق الفعل او يقترن به. اما السكوت عن ذكر الفعل للغير او عدم الاستغاثة بعد وقوعه فلا يعد رضاء به لان العبرة في اعتبار الرضا قائماً من عدمه هو وقت حدوث الفعل . فمتى تم الفعل بغير رضا المجني عليه حيال ما وقع عليه ، سواء كان سلوكه ايجابياً او سلبياً .

جلسة ٢٧ فبراير ١٩٧٣ ، مجلة المحكمة العليا ، السنة التاسعة ، العددان الثاني والثالث ص ٢٠٩ .

مع هذا استمرت في تمكين نفسها له ، تكون زانية ، لأن قصدها يقـــوم برضائها[1] .

٣٧ ــ اثبات القصد الجنائي :

نظراً لأن القصد الجنائي يتكون من نشاط نفسي تتجه فيه الآراء إلى ارتكاب الفعل المحرم ، فإنه كثيراً ما يكون السلوك الإجرامي غير كاف وحده للدلالة على قيامه .

لذلك يجب على النيابة اثبات توافر العلم وانصراف الإرادة إلى الفعل وإن القصد كان قائماً بعنصريه وقت الجماع .

أما إذا ادعى الفاعل جهله بعدم قيام علاقة الزوجية أو ببطلان العقد ، أو بأنه كان مكرهاً ، فيقع عليه عبء إثبات ذلك . فيكلف بإقامة الدليل على أن الظروف لم تكن تمكنه من معرفة حقيقة الأمر ، أو أنه لم يكن في استطاعته مقاومة الاكراه الذي تعرض له[2] .

---

(١) ويذهب اتجاه الى انه في جريمة المواقعة التي كان يشترط لقيامها انعدام رضاء المجني عليه فانه يلزم استمرار انعدام الرضاء طوال الفعل. اما اذا ثبت انه قد رضي به في اثناء ارتكابه فان هذا الرضا ينسحب على الفعل الذي بدء في تنفيذه بالقوة، وذلك لأن واقعة هتك العرض تكون واقعة واحدة ولو تعددت الافعال المكونة لها . استناداً الى عدم امكان تجزئة الواقعة المكونة له ، لارتكابها في ظروف وملابسات وقت واحد وتنفيذاً لقصد واحد. مما لا يمكن معه القول بأن المجني عليه لم يكن راضياً بجزء منها وراضياً بجزء آخر . والعبرة ليست بالقوة لذاتها بل لانها معدمة للرضا . كما لا يصح ان يكون هناك وصفين مختلفين للواقعة، ويتعين وصفها بالوصف الذي فيه مصلحة للمتهم. فاذا كان وقوع اول الافعال مباغتة ولكن المجني عليه لم يعترضه على الافعال التالية ، فان ذلك يجعل الفعل الاول ايضاً حاصلا بالرضاء.

ادوار غالي الذهبي ص ١٧٧ . جلسة ٢٥ مارس سنة ١٩٤٠ م ، مجموعة القواعد القانونية ، ج ٥ رقم ٨٢ ص ١٤٧ وجلسة ٢٢ يونيه سنة ١٩٤٢ م ج ٥ رقم ٤٣٥ ص ٦٨٨ .

(٢) احمد امين ص ٤٦٦ .

ويعتبر اثبات القصد مسألة تتعلق بالوقائع مما يفصل فيه نهائياً قاضي الموضوع دون أن يخضع في هذا لرقابة المحكمة العليا[١] . وذلك طالما كان استخلاصه للنتيجة التي انتهى إليها سائغاً ، ومن شأن القرائن التي اعتمدها حمل قضائه . واستند إلى فهم صحيح منطقي للأصول الثابتة في أوراق الدعوى .

ولكن ليس معنى هذا الزام المحكمة بأن تذكر القصد الجنائي بصريح الألفاظ حيث يكفي أن يستدل عليه من عبارات الحكم والوقائع التي اوردها[٢]

المبحث الثالث

ما يتعلق بالفاعل

٣٨ — تمهيد .

٣٩ — العقل .

٤٠ — البلوغ .

٤١ — حكم من يجامع قاصراً أو مجنوناً .

٣٨ — تمهيـــد :

ينص البند الثاني من المادة الثانية من قانون إقامة حد الزنى على أنه يشترط أن يكون الفاعل عاقلا اتم ثماني عشرة سنة من عمره .

---

(١) جلسة ٢١ مارس سنة ١٩٥٦ م مجلة المحكمة العليا ج ١ ص ٤٥٣ .

(٢) جلسة ٢٢ فبراير سنة ١٩٦٤ مجلة المحكمة العليا ج ٣ ص ٤٠ .

ولا خلاف بين الفقهاء على أنه لا يقام الحد على الفاعل إلا إذا كان مكلفاً . أما إذا كان عديم أو ناقص الأهلية كالمجنون والصغير ومن في حكمهما ، فإنه لا يسأل عن فعله . استناداً إلى قول الرسول صلى الله عليه وسلم « رفع القلم عن ثلاثة : عن الصبي حتى يبلغ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق » .

وذلك لأنه اسقط التكليف عنهم في العبادات والمآثم في المعاصي ، حيث لا ارادة لهم يمتحن بها . كما ن الحد عقوبة فيستدعي الجناية ، في حين أن فعلهم لا يوصف بالجنايات ، ولذا لم تجب عليهم سائر الحدود[1] .

مما يترتب عليه أنه إذا كان فعل المجنون أو الصغير يسمى زنى لغة ، فإن ذلك لا يصدق عليه شرعاً [2] .

٣٩ ــ العقــل :

لا يكون الشخص مسئولا عن افعاله إلا إذا كان متمتعاً بكامل قواه العقلية وقت ارتكابها[3] . اما إذا كان مصاباً بعيب عقلي كلي ناتج عن مرض افقده قوة الشعور والإرادة ، فإنه لا يمكن ان تسند إليه أفعاله ، ويكون غير مسئول عنها من الناحية الجنائية[3] .

وقد روي عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال لماعز حين اقر عنده بالزنى « ابك جنون » . كما روي أنه « أتي عمر بمجنونة قد زنت فاستشار فيها اناساً . فأمر بها أن ترجم . فمر بها على بن أبي طالب رضي الله عنه فقال :

---

(١) المهذب جـ ٢ ص ٢٦٧ ، كشاف القناع جـ ٦ ص ٩٦ .
(٢) شرح الخرشي جـ ٥ ص ٣١٧ ، حاشية الدسوقي جـ ٤ ص ٣١٢ .
(٣) تنص المادة ٨٣ عقوبات على انه « لا يسأل جنائياً من كان وقت ارتكابه الفعل في حالة عيب عقلي كلي ناتج عن مرض افقده قوة الشعور والارادة » .

ما شأن هذه ؟ قالوا مجنونة آل فلان زنت . فأمر بها عمر أن ترجم . فقال : ارجعوا بها ثم أتاه . فقال يا أمير المؤمنين أما علمت أن القلم قد رفع عن ثلاثة ؟ عن المجنون حتى يبرأ وعن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم . قال : بلى . قال : فما بال هذه ؟ قال : لا شيء . قال فأرسلها . قال : فجعل عمر يكبر »[1] .

ويقصد بالجنون المرض الذي يصيب العقل ويذهب بالقوى الواعية المدركة منه سواء بصفة دائمة أو متقطعة يفصل بينها فترات افاقة . ويدخل تحت معناه الأمراض العصبية التي تؤدي إلى انحراف الجهاز العصبي وعدم سيطرته على مراكز التوجيه في المخ مما يفقد الشخص قوة شعوره وارادته كالهستريا وفصام الشخصية[2] .

ويشترط في الجنون الذي يعدم المسئولية أن يكون كلياً . وفي ذلك تقول المحكمة العليا « إن الحكم الذي يقضي بعدم المسئولية لا يكون سليماً إلا إذا كان التقرير الطبي الذي يتخذه اساساً لحكمه قاطعاً في الدلالة على وجود عيب عقلي كلي ، أو يدلل الحكم بأدلة سائغة على توافر هذا العيب الكلي »[3] .

أما إذا كان العيب العقلي جزئياً ، بمعنى أنه ينقص من قوة الشعور والإرادة على وجه جسيم دون أن يزيلها ، فإن العدالة تقتضي أن يرد أيضاً نقص مقابل على مسئولية الجاني .

ونظراً لأن الشارع لم يورد نصاً في قانون إقامة حد الزنى يعالج هذا الوضع ، فإنه طبقاً للإحالة الواردة في المادة ١٠ يعاقب الفاعل تعزيراً وفقاً

---

(١) الذخيرة للقرافي جـ ٨ ص ١٤٦ .
(٢) محمد سامي النبراوي ص ٢٤٤ .
(٣) جلسة ٢٤ فبراير سنة ١٩٧٠ مجلة المحكمة العليا – السنة السادسة – العدد الرابع ص ١٨٤ .

لحكم المادة ٨٤ عقوبات التي تنص على أنه « يسأل من كان وقت اقتراف الفعل في حالة خلل عقلي غير مطبق ناتج عن مرض أنقص قوة شعوره وارادته بقدر جسيم دون أن يزيلها ، إلا أنه تستبدل في شأنه بعقوبة الأعدام السجن لمدة لا تقل عن عشر سنوات ، وبعقوبة السجن المؤبد السجن لمدة لا تقل عن خمس سنوات وتخفض العقوبات الأخرى بمقدار ثلثيها » .

أما إذا كان تأثير الجنون ليس جسيما ، فإنه لا يعتد به من ناحية توافر المسئولية الجنائية ، وإن كان القاضي قد يدخل هذا الاعتبار في وزنه للعقوبة التي يحكم بها بمقتضى سلطته التقديرية من حيث التعزير بالحبس مع الجلد .

والعبرة في توافر الجنون تكون بوقت ارتكاب الجريمة . فلا يترتب عليه أثره إلا إذا كان معاصراً لفعل الزنى . أما إذا كان الفاعل قد شفي منه قبل ذلك أو أصابه بعده ، فإنه يسأل عن فعله . وفي ذلك تقول المحكمة العليا « إن حالة المتهم المرضية وقت ارتكاب الجرم هي التي تحدد ما يتبع في شأنه من إقامة الدعوى الجنائية ضده أو عدم إقامتها ، وعلى المحكمة أن تبين في حكمها حالة المتهم وقت ارتكابه الفعل المسند إليه وإلا كان حكمها قاصراً [1] .

وكذلك الحال إذا كان الفاعل قد باشر الجماع وهو تحت تأثير سكر أو تخدير غير اختياري[2] . وقد نصت المادة ٨٧ عقوبات على أنه « لا يسأل من ارتكب فعلا وكان وقت ارتكابه فاقد الشعور والإرادة لسكر كلي ناتج عن حادث طارىء ، أو قوة قاهرة أو عن مواد أخذها على غير علم منه بها . وإذا كان السكر غير كلي ولكنه كان من الجسامة بحيث انقص قوة الشعور والإرادة دون أن يزيلها ، يسأل الفاعل وتطبق في شأنه العقوبة التي يقررها

---

(١) جلسة ٣٠ مارس سنة ١٩٦٥ مجلة المحكمة العليا ج ٢ ص ١٦٥ .
(٢) المهذب ج ٢ ص ٢٦٧ ؛ شرح الخرشي ج ٥ ص ٣١٧ ؛ حاشية الدسوقي ج ٤ ص ٣١٣ .

القانون مع إبدالها أو تخفيفها على الوجه المبين في المادة ٨٤ » . ونصت المادة ٩٠ عقوبات على أنه « لا يحول السكر الاختياري دون مسئولية الفاعل أو ينقصها » كما نصت المادة ٢١ عقوبات على أنه « تطبق أحكام المواد ٨٧ و ٨٨ و ٩٠ أيضاً عندما يرتكب الفعل تحت تأثير المواد المخدرة »[١] .

وإذا حدث شك فيما إذا كان السكر أو التخدير غير اختياري أم اختيارياً ، فيرى المالكية وبعض الفقهاء أن الظاهر حمله على الحالة الثانية لأنه الأغلب ، إلا أن تكون حالته تدل على خلاف ذلك أو يشبته فيحمل على الأول لدرأ الحد بالشبهة[٢] .

وذلك لأن اسقاط الحد عنه يؤدي إلى أن كل من اراد أن يزني يشرب الخمر أو يتناول المخدر ويزني وهو مطمئن بأنه سيكون بمنأى عن العقاب[٣] .

ويدخل في حكم الجنون كل ما من شأنه أن يذهب بقوة الشعور والإرادة كالصمم والبكم (المادة ٨٦ عقوبات) والتسمم المزمن الناتج عن تعاطي الكحول أو المخدرات (المادة ٩١ عقوبات) وهذا لتوافر نفس الحكمة .

وكذلك الحال بالنسبة لزنى النائم حيث يرى جمهور الفقهاء أنه إذا أدخلت المرأة ذكر نائم في فرجها او إذا جامع الرجل امرأة نائمة ، فلا حد على أي منهما ، لأنه لم يصدق عليه ما يوجب الحد[٤] .

---

(١) وقد حكم بانه « الاصل على ما جرى به قضاء محكمة النقض ان الغيبوبة المانعة من المسئولية على مقتضى المادة ٦٢ من قانون العقوبات (المصري) هي التي تكون ناشئة عن عقاقير مخدرة تناولها الجاني قهراً عنه او على غير علم منه بحقيقة امرها » .
جلسة ١٣ يناير سنة ١٩٦٩ م مجموعة احكام النقض س ٢٠ رقم ٢٣ ص ١٠٤ .

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣١٢ ، حاشية الدسوقي ج ٤ ص ٣٤٥ .

(٣) المغني ج ١٠ ص ١٧٠ ، حاشية الدسوقي ج ٤ص ٢٧٨ ، كشاف القناع ج ٦ ص ٩٦ .

(٤) شرح الخرشي ج ٥ ص ٣١٧ ، حاشية الدسوقي ج ٤ ص ٣١٤ ، المهذب ج ٢ ص ٢٦٨ ، مغني المحتاج ج ٤ ص ١٤٤ ، كشاف القناع ج ٦ ص ٩٦ .

٤٠ – البلـــوغ :

لا يعد الشخص مسئولا عن أفعاله من الناحية الجنائية إلا إذا كان بالغاً . وصغر السن يعتبر مانعاً من قيام المسئولية فلا حد على الصغير الذي يرتكب فعل الجماع . وهذا للحديث الشريف السابق وإجماع الفقهاء .

والأصل أن البلوغ يكون بالاحتلام . وذلك لأنه في هذه المرحلة من السن يكتمل للانسان الشعور والإرادة، فتتوافر له الأهلية اللازمة لمعرفة ماهية أفعاله، وبالتالي يتحمل مسئولية نتائجها .

ولكن نظراً لأن علامات البلوغ قد تتقدم أو تتأخر ، فقد استعاض عنها الفقهاء بتقدير سن حكمي يفترض فيه أن الصبي يحتلم . فرأى البعض أنها تكون ببلوغ الخامسة عشرة ، بينما يرى مالك واحدى الروايتين عن أبي حنيفة أنها تكون ببلوغ الثامنة عشر [1] .

وقد أخذ الشارع بالرأي الثاني لكي ينتفي كل احتمال ويكون حكمه مبنياً على يقين . فيعتبر الفاعل بالغاً إذا كان قد اتم الثامنة عشرة . وذلك سواء كان قد احتلم فعلا أو حكماً .

والعبرة في تحديد السن تكون بوقت ارتكاب الجريمة وليس بوقت اكتشافها أو القبض على المتهم أو محاكمته [2] . فإذا كان لم يبلغ الثامنة عشر وقت الجماع فإنه لا يقام عليه الحد . وإنما يعذر وفقاً لأحكام المادة الثالثة [3] .

---

(١) تنص المادة ٨١ عقوبات على مسئولية الصغير ما بين الرابعة عشرة والثامنة عشرة على ان تخفض العقوبة بشأنه .

(٢) جلسة ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٦١ م مجلة المحكمة العليا ج ٢ ص ٥٣٨ .

(٣) تنص المادة الثالثة من قانون اقامة حد الزنى على انه : « اذا كان الجاني في المادة السابقة لم يتم الثامنة عشرة سنة يعزر على الوجه الآتي :

١ – اذا كان قد اتم السابعة من عمره ولم يتم الخامسة عشرة يعزر بالتوجيه والتوعية والتأنيب . =

ولم ينص الشارع على التقويم الذي يحسب به السن . ووفقاً لأحكام الشريعة يحسب بالتقويم الهجري بلا خلاف[1] .

٤١ — حكم من يجامع قاصراً أو مجنوناً :

اختلف الفقهاء في حكم المرأة التي تجامع صبياً أو مجنوناً . فيرى أبو حنيفة أنه لا حد عليها . وذلك لأن فعل الصبي والمجنون ليس بزنى ، فلا تكون المرأة مزنياً بها . كما أن فعل الزنى لا يتحقق منها ، إذ أنها موطوءة وليس بواطئة ، ولكنها سميت زانية مجازاً لا حقيقة تسمية للمفعول باسم الفاعل[2] .

ويرى الشافعي وأحمد وزفر وأبو يوسف في رواية عنه أن المرأة تحد . وذلك لأنه صدر منها ما يعد زنى ، وانفردت بما يوجب الحد[3] .

ويفرق المالكية في الحكم بين وطء المجنون والقاصر . فإذا مكنت المرأة مجنوناً من نفسها تحد . أما إذا مكنت صبياً يقدر على الجماع ولكنه لم يحتلم ، فإنها لا تحد ، لأنه لا يحصل لها به لذة كالكبير المجنون[4] .

أما إذا جامع الرجل البالغ العاقل صبية أو مجنونة ، فيرى أبو حنيفة أنه إذا

= ويجوز اذا تجاوز العاشرة تعزيره بالضرب بما يناسب سنه .

٢ — واذا كان قد اتم الخامسة عشرة يعزر بالضرب .

٣ — وفي الحالتين السابقتين اذا تكرر ارتكاب الجريمة يحكم على الجاني بالضرب بما يناسب سنه . فاذا كان قد تجاوز العاشرة يحكم عليه كذلك بالايواء في اصلاحية قانونية .

٤ — وتعد التعازير المنصوص عليها في هذه المادة مجرد اجراءات تأديبية .

(١) تنص المادة ١٣ عقوبات على انه : « اذا رتب القانون اثراً قانونياً على زمن يحسب ذلك الزمن بالتقويم الميلادي . ولا يدخل يوم البدء في حساب المدد » .

(٢) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٤ ، الزيلعي جـ ٣ ص ١٨٣ ، ابن عابدين جـ ٣ ص ١٩٥ .

(٣) المغني جـ ١٠ ص ١٥٢ ، المهذب جـ ٢ ص ٢٦٨ ، شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٥٦ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٤ .

(٤) مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٩١ ، شرح الزرقاني جـ ٨ ص ٧٨ ، شرح الخرشي جـ ٥ ص ٣١٩ .

كان يجامع مثلها حد . لأن العذر من جانبها لا يوجب سقوط الحد من جانبه ؛ حيث يؤاخذ كل منهما بفعله . أما إذا كانت لا يجامع مثلها لم يحد[١] .

ويرى مالك حد الرجل إذا جامع مجنونة أو صغيرة يمكن وطؤها ، لصدق حد الزنى عليه . أما إذا لم يمكن وطؤها فلا حد[٢] .

ووجه الخلاف بين أبي حنيفة ومالك هو أن مناط الحكم عند الأول صلاحية الصغيرة للوطء عموماً ، أي للزاني أو غيره . أما عند الثاني فهو تمكن الزاني من وطئها ، وان تعذر ذلك على غيره .

ويرى الشافعي وأهل الظاهر إقامة الحد على الرجل دون قيد . سواء كان يمكن جماعها أو يجامع مثلها أم لا[٣] .

وعند الحنابلة قولان : الأول يتفق مع ما ذهب إليه الشافعية . والثاني يتفق مع ما ذهب إليه المالكية[٤] .

وفي جميع الحالات التي لا يطبق فيها حد الزنى بسبب عدم البلوغ أو الجنون ، فإن الفاعل سواء كان رجلا أو امرأة يعاقب تعزيراً وفقاً لحكم المادة الثالثة من القانون أو أحكام قانون العقوبات . وكذلك الوضع بالنسبة لمن ارتكب معه الجريمة .[٥] .

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٤ ؛ ابن عابدين جـ ٣ ص ١٩٥ ؛ شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٥٦ ؛ المبسوط جـ ٩ ص ٧٥ .

(٢) شرح الخرشي جـ ٥ ص ٣١٨ ؛ حاشية الدسوقي جـ ٤ ص ٣١٤ ؛ مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢١٩ .

(٣) المهذب جـ ٢ ص ٢٦٨ ؛ مغني المحتاج جـ ٤ ص ١٤٦ ؛ المحلي جـ ١١ ص ١٥٦ .

(٤) المغني جـ ١٠ ص ١٥٢ ؛ كشاف القناع جـ ١١ ص ٩٨ .

(٥) وتنص المادة ٩٩ عقوبات على أنه « ومع ذلك اذا وجدت ظروف خاصة بأحد الفاعلين تغير وصف الجريمة او العقوبة بالنسبة له فلا يتعدى أثرها الى غيره منهم اذا كان غير عالم بتلك الاحوال » .

تشغيل
المسجونين في ليبيا

للدكتور إدوار غالي الدهبي
استاذ القانون الجنائي المشارك
بكلية الحقوق — جامعة بنغازي

مقدمة

تطور فكرة العمل في السجون :

عرف العمل في السجون منذ عهد بعيد ، وكان الغرض منه متمشياً مع الغرض من العقوبة ، ولذا كان يهدف إلى تعذيب المحكوم عليه بتشغيله في اشق الأعمال ، حتى قيل إن سلب الحرية لم يكن هو القصد من العقاب ، وإنما كان يأتي تابعاً للعمل الشاق الذي يقوم به المسجون باعتباره الغاية الحقيقية من العقوبة[1] .

وفي مطلع القرن الثامن عشر تغيرت النظرة إلى العقوبة السالبة للحرية ، كنتيجة لانتشار الأفكار العقابية الحديثة ومبدأ المساواة بين جميع الناس ، فلم يعد المسجون بمثابة « **عبد** » تسترقه إدارة السجون ، وإنما هو مواطن تردى في هوة الجريمة ، ويجب بذل كافة الجهود لمعاونته وتمكينه من العودة إلى الطريق

---

(١) انظر : Jean Pinatel, Traité élémentaire de science pénitentiaire et de défense sociale, 1950, P. 275; Résolution générale du Congrès des Nations Unies, Londres 1960, Rev. sc. crim., 1960, P. 729.

احمد محمد خليفة – نظرية العمل في السجون – مجموعة اعمال حلقة دراسات الشرق الاوسط لمكافحة الجريمة ومعاملة المسجونين – سنة ١٩٥٣ – ص ٢٧٥ وما بعدها ، حسن فؤاد علام – العمل في السجون – رسالة دكتوراه – جامعة القاهرة – سنة ١٩٦٠ ، حسن صادق المرصفاوي – تشغيل المساجين في الجمهورية العربية المتحدة – المجلة الجنائية القومية – يوليو سنة ١٩٦٢ – ص ١٦٨ وما بعدها .

السليم. وترتب على ذلك أن تغيرت فكرة العمل في السجون ، فلم يعد القصد منه تعذيب المحكوم عليه وإنما أصبح عنصراً أساسياً في المعاملة العقابية يهدف إلى تحقيق اغراض مختلفة أهمها تهذيب وتأهيل المحكوم عليه .

كذلك تطور نطاق العمل في المؤسسات العقابية تبعاً للنظم التي مرت بها ، ففي ظل نظام الحبس الانفرادي (النظام البنسلفاني أو النظام الفيلادلفي) كان نطاق العمل محدوداً إذ اقتصر على الأعمال التي تتفق مع نظام العزل المطلق ، مثل صناعة الغزل والنسج اليدوي والحياكة وغيرها. ولكن هذا النطاق المحدود أخذ في الاتساع في ظل نظام الجمع بين المحكوم عليهم في أوقات العمل .

وقد ازدادت اهمية العمل في السجون ، فناقشته عدة مؤتمرات دولية منها مؤتمر لاهاي سنة ١٩٥٠ ومؤتمر جنيف الذي عقد تحت اشراف الأمم المتحدة سنة ١٩٥٥ .

تقسيم :

يثير العمل في السجون عدة موضوعات مهمة ، منها : اغراض العمل ، نظام العمل ، توزيع العمل ، وأجور المسجونين . ولذلك سنقسم هذا البحث إلى الفصول التالية :

الفصل الأول : أغراض العمل

الفصل الثاني : نظم العمل

الفصل الثالث : توزيع العمل

الفصل الرابع : أجور المسجونين

الفَصْلُ الأوّل

أغراض العمل

تطورت أغراض العمل في المؤسسات العقابية تبعاً لتطور فكرة الغرض من العقوبة السالبة للحرية ، وانتهى الأمر إلى ترجيح الغرض التهذيبي والتأهيلي ، مع الإبقاء على أهمية الأغراض الأخرى ، وإن تفاوتت هذه الاهمية باختلاف التشريعات العقابية . وسنستعرض فيما يلي أغراض العمل بالمؤسسات العقابية :

أولا — الغرض العقابي :

ما زالت كثير من التشريعات — ومنها التشريع الليبي — تأخذ بفكرة العمل العقابي باعتباره جزءا لا يتجزأ من العقوبة ، فالأشغال الشاقة والسجن لابد فيهما من تشغيل المحكوم عليه بهما[1] ، بل وحتى بالنسبة لعقوبة الحبس — وهي أخف العقوبات السالبة للحرية — تفرق بعض التشريعات — ومنها التشريع

---

(١) تنص المادة ٢٠ من قانون العقوبات الليبي على ان : « عقوبة السجن المؤبد هي وضع المحكوم عليه في احد الاماكن المعدة لذلك **وتشغيله مدى الحياة** في الاعمال التي تعينها لوائح السجون ». وتنص المادة ٢١ على ان « عقوبة السجن هي وضع المحكوم عليه في سجن **وتشغيله** في الاعمال التي تعينها لوائح السجون .. » . وتنص المادة ١٤ من قانون العقوبات المصري على ان : « عقوبة الاشغال الشاقة هي **تشغيل المحكوم عليه في أشق الاشغال** التي تعينها الحكومة مدة حياته ان كانت العقوبة مؤبدة أو المدة المحكوم بها ان كانت مؤقتة » وتنص المادة ١٦ على ان : « عقوبة السجن هي وضع المحكوم عليه في احد السجون العمومية وتشغيله داخل السجن أو خارجه في الاعمال التي تعينها الحكومة المدة المحكوم بها عليه » .

الليبي — بين الحبس البسيط والحبس مع الشغل[1] .

وقد يكون العمل بديلا عن العقوبة السالبة للحرية ، فمثلا تنص الفقرة الأخيرة من المادة ٢٣ عقوبات على أن : « لكل محكوم عليه بالحبس البسيط لمدة لا تجاوز ستة أشهر أن يطلب ، بدلا من تنفيذ عقوبة الحبس عليه ، تشغيله خارج السجن وفقاً لقانون الإجراءات الجنائية ، إلا إذا نص الحكم على حرمانه من هذا الخيار » .

وتنص المادة ٤٧٣ من قانون الإجراءات الجنائية على أن :

« للمحكوم عليه أن يطلب في أي وقت من النيابة العامة قبل صدور الأمر بالاكراه البدني إبداله بعمل يدوي أو صناعي يقوم به » .

والرأي السائد اليوم لدى علماء العقاب هو استبعاد الغرض العقابي من بين أغراض العمل ، فإيلام العقوبة يجب أن يقتصر على مجرد سلب الحرية ، ولا يجوز ان يمتد إلى داخل السجن عن طريق تشغيل المحكوم عليه .

وقد حرص مؤتمر لاهاي سنة ١٩٥٠ ومؤتمر جنيف سنة ١٩٥٥ على النص في توصياتهما على عدم جواز اعتبار العمل تكملة للعقوبة أو عقوبة إضافية ، وإنما هو وسيلة معاملة فحسب . كذلك نصت القاعدة ٧١/ ١ من مجموعة قواعد الحد الادنى لمعاملة المسجونين على أنه : « يجب ألا يكون طابع العمل في السجون التعذيب والإيلام » .

ثانياً — حفظ النظام :

يقوم العمل بدور كبير في حفظ النظام بين المسجونين ، فقد لوحظ ان البطالة داخل المؤسسات العقابية تؤدي إلى كثير من النتائج السيئة ، منها الإخلال

---

(١) انظر المادة ٢٣ من قانون العقوبات الليبي والمادة ١٩ من قانون العقوبات المصري .

بالنظام والتمرد واحداث الشغب ، كما أنها تساعد المسجونين على التفكير في الهرب[١] . ومن ناحية أخرى فإن العمل يكفل للمحكوم عليه استقرارا نفسياً وبذلك يكون ميالا للتعاون مع إدارة المؤسسات العقابية ، وهذا التعاون شرط أساسي لنجاح جهود التهذيب والتأهيل[٢] .

ثالثاً — الغرض الاقتصادي :

يهدف العمل في السجون إلى زيادة الإنتاج وتحقيق الربح للدولة . وقد نال هذا الغرض الاقتصادي أهمية كبيرة في ظل النظم العقابية القديمة ، إذ سادت نظرية « الاعتماد الذاتي » بمعنى أن إيرادات المؤسسة العقابية يجب أن تغطي نفقاتها بحيث لا تضطر الدولة إلى انفاق شيء عليها من حصيلة الضرائب ، وذلك بحجة أنه لا يجوز أن يتحمل دافعو الضرائب شيئاً من نفقات السجون ، لأن المسجونين هم أجدر الناس بتحمل تلك النفقات .

وقد تم العدول عن هذه النظرية في ظل النظم العقابية الحديثة ، والرأي السائد اليوم لدى علماء العقاب هو ان الغرض الاقتصادي لا يجوز أن يطغي على تهذيب وتأهيل المحكوم عليهم ، وإلا أدى ذلك إلى انحراف المؤسسة العقابية عن الغرض الذي انشئت من أجله لتحقيق غرض ثانوي محدود الأهمية[٣] . وقد أكدت هذا المعنى الفقرة الثانية من القاعدة ٧٢ من مجموعة قواعد الحد

---

(١) Pierre Bouzat et Jean Pinatel, Traité de droit pénal et de criminologie. T. I, par Bouzat, Paris, 1963, n. 472; Charles Germain, Eléments de science pénitentiaire, 1959, p. 92.

وقد وقعت عدة حالات تمرد واخلال بالنظام عندما عطل العمل في السجون الامريكية بناء على طلب رجال الصناعة الحرة بدعوى منافسة منتجات السجون لهم .

(٢) محمود نجيب حسني — علم العقاب — الطبعة الثانية سنة ١٩٧٣ — بند ٢٩٠ .

(٣) بوزا — بند ٤٧٢ ؛ محمود نجيب حسني — بند ٢٨٩ .

الادنى لمعاملة المسجونين بقولها : « ومع ذلك فإن صالح المسجونين وتدريبهم المهني يجب ألا يكون ثانوياً بالنسبة للرغبة في تحقيق ربح مالي من صناعة ما في المؤسسة » . كذلك قرر مؤتمر جنيف أنه « لا يجوز إخضاع مصلحة المحكوم عليهم وتكوينهم المهني للرغبة في تحقيق الربح عن طريق العمل العقابي »(التوصية الثانية) .

رابعاً – التهذيب والتأهيل :

لا شك أن الهدف الرئيسي للعمل في المؤسسات العقابية هو تهذيب وتأهيل المحكوم عليه بما يمكنه من ممارسة حرفة أو مهنة تتفق مع ميوله ورغباته الشخصية وتساعده على الحياة الشريفة بعد الإفراج عنه . ولذلك قال بحق جون هوارد « John Howard » عبارتـــه الشهيرة : « دع المسجونين يعملون ولسوف يتحولون بذلك إلى رجال شرفاء » .

وقد ثبت أن العمل يفيد المحكوم عليه صحياً واجتماعياً ، فهو يجنبه الاضطرابات النفسية والعقلية الناشئة عن إيداعه داخل المؤسسة العقابية ، كما انه يمده بالمال فيتمكن من مساعدة اسرته والادخار لمواجهة الحياة بعد الإفراج عنه .

واختيار العمل اللازم لتهذيب وتأهيل المحكوم عليه يجب أن تقوم بـــه لجنة تصنيف مشكلة من اخصائيين فنيين وإداريين ، اعتمادا على البحوث والدراسات التي تجريها مع شخص المحكوم عليه .

وحتى يحقق العمل هذا الغرض يجب على المسئولين داخل المؤسسة العقابية مراعاة تنوع الأعمال حتى يمكن إيجاد العمل المناسب للمحكوم عليه . هذا بالإضافة إلى وجوب اختيار الأعمال المنتجة حتى يقبل عليها المحكوم عليهم .

كما يجب أن تكون وسائل العمل على غرار مثيلاتها في المجتمع الخارجي لكي يتمكن المسجونون بعد الإفراج عنهم من الحصول على العمل المناسب ، وهذا ما حرصت على تأكيده الفقرة الأولى من القاعدة ٧٢ من مجموعة قواعد الحد الادنى لمعاملة المسجونين بقولها : « يجب أن يكون تنظيم العمل ووسائله في المؤسسات على غرار مثيله في المجتمع الخارجي على قدر المستطاع ، حتى يمكن تهيئة المسجونين واعدادهم لمواجهة الظروف الطبيعية للحياة المهنية » .

الفصل الثاني

نظم العمل

توجد عدة أساليب لتنظيم العمل بالمؤسسات العقابية ، بعضها يجعل الغرض الاقتصادي في المقام الأول ، والبعض الآخر يغلب الغرض الإصلاحي والتأهيلي وفيما يلي بيانها :

أولا — نظام المقاولة العامة : « Le système de l'entreprise générale »

بموجب هذا النظام تتفق الدولة مع أحد رجال الأعمال على تولي الإدارة الكاملة للإنتاج ، فيأتي بالآلات والأدوات الأولية ويقدم الطعام والكساء والمأوي للمسجونين ويتحمل أجورهم ، ثم يتولى تسويق المنتجات لحسابه [١] .

وأحياناً يتلقى المقاول بعض المعونات من الدولة إذا كان ما ينفقه على المحكوم عليهم يتجاوز إيرادات المشروع [٢] .

ويمتاز هذا النظام بأنه يخفف عن الدولة اعباءها المالية ويجنبها مخاطر فشل المشروعات الإنتاجية . ولكن مساوئه بالغة الخطورة سواء من الناحية الاقتصادية أو الناحية العقابية ، فمن الناحية الاقتصادية يضطر المقاول — رغبة منه في

---

(١) بوزا — بند (٤٧٦)

(٢) بوزا — بند (٤٧٦) ؛ يسر انور علي وآمال عبد الرحيم عثمان — علم الاجرام وعلم العقاب — سنة ١٩٧٠ — بند (٣٧٥) .

تقليل النفقات العامة — إلى عدم تنويع منتجاته ، ويترتب على ذلك تشغيل المحكوم عليهم في نوع واحد من الصناعات ، وهذا يؤدي إلى اضرار بالغة بالصناعات الحرة[١] . ومن الناحية العقابية فإن المقاول يفضل مصلحته الخاصة في جني الربح على المصلحة العامة في تهذيب وتأهيل المحكوم عليهم ، ولذلك فهو لا يهتم بالتدريب المهني ولا بتلقين المحكوم عليهم حرفاً كاملة ، كما أنه يحاول الاحتفاظ أطول مدة ممكنة بالمحكوم عليهم الأجود إنتاجاً فيعمل على عرقلة الافراج الشرطي عنهم رغم احقيتهم له[٢] . كذلك فإن معاملته للمحكوم عليهم تتوقف على مقدار ونوع إنتاجهم ، وقد تدفعه رغبته في الربح إلى إرهاق المحكوم عليهم بالعمل دون مراعاة لظروفهم الصحية والنفسية وقدراتهم الخاصة[٣] .

ومن أجل هذه المساوىء عدلت فرنسا عن هذا النظام نهائياً منذ أول أبريل سنة ١٩٢٧ وهو تاريخ انتهاء مدة آخر عقد مقاولة أبرم في هذا الشأن [٤] .

ثانياً — نظام التصنيع : «Le système des confectionnaires»

في هذا النظام تقتصر مهمة رجل الأعمال على توريد المواد الأولية والآلات مع احتفاظ الدولة بالإشراف الفني والإداري على الإنتاج ، أما المنتجات فيتسلمها المورد لبيعها لحسابه مع التزامه بدفع مبلغ من المال للدولة نظير استغلاله عمل المحكوم عليهم[٥] .

ويمتاز هذا النظام بأنه يخفف عن الدولة بعض اعبائها دون أن يحرمها من

---

(١) بوزا — بند (٤٧٦) .
(٢) بوزا — بند (٤٧٦) .
(٣) يسر انور وآمال عبد الرحيم عثمان — بند ٣٧٥ ، محمود نجيب حسني — بند (٣١٨) .
(٤) بوزا — بند (٤٧٦) .
(٥) بوزا — بند (٤٧٨) ، محمود نجيب حسني — بند (٣١٧) .

الإشراف على المحكوم عليهم ، ولكنه لا يخلو من بعض العيوب التي وجهت إلى النظام السابق وهي في جملتها ترجع إلى تفضيل غرض تحقيق الربح على الغرض التهذيبي والتأهيلي . ومن ناحية أخرى فقد تبين أن رجال الصناعة لا يقبلون على هذا النظام ، لأنه يقتضي توظيف أموالهم مع حرمانهم من الاشراف على طريقة استغلالها[1] .

ثالثاً ـ نظام الاستغلال المباشر ـ «Le système de l'exploitation en régie»

في هذا النظام تتولى الدولة بنفسها تشغيل المسجونين دون الاستعانة بأحد فتعد الآلات والأدوات والمواد الأولية وكل ما يلزم للانتاج ، وتؤدي أجور المسجونين ، ثم تطرح منتجات السجون للبيع في الأسواق لحسابها الخاص .

ويمتاز هذا النظام بأنه يمكن الإدارة العقابية من توجيه العمل بقصد تهذيب وتأهيل المحكوم عليهم بغض النظر عن تحقيق الربح ، وبعبارة أخرى فإن هذا النظام يمكن الإدارة العقابية من تحقيق اغراض العقوبة ، وتفضيلها على الأغراض الاقتصادية للعمل .

ولا يجوز القول بأن هذا النظام يرهق ميزانية الدولة ، فمرفق تنفيذ العقوبات يجب النظر إليه على أنه مرفق خدمات وليس مرفق إنتاج ، وذلك باعتبار أنه يسعى إلى تحقيق المصلحة العامة عن طريق تأهيل المحكوم عليهم ووقاية المجتمع خطورة الاجرام[2] .

وهذا النظام هو ما أوصت به مجموعة قواعد الحد الأدنى ، إذ نصت الفقره الأولى من القاعدة (٧٣) على أنه : « من المفضل أن تقوم مصلحة السجون بنفسها بإدارة مصانعها ومزارعها إدارة مباشرة وليس عن طريق متعهدين خصوصيين » .

---

(١) محمود نجيب حسني ـ بند (٣١٨) ، يسر انور علي ، وآمال عبد الرحيم عثمان ـ بند (٣٧٦) .
(٢) محمود نجيب حسني ـ بند ٣١٨ .

نظام العمل في السجون الليبية

تأخذ السجون الليبية بنظام الاستغلال المباشر ، فتشتري الدولة المواد الأولية وتكلف المسجونين بصناعتها تحت اشرافها لغرض إنتاج بعض السلع الاستهلاكية[١] وهذا النظام يلائم النظام الاشتراكي المطبق في ليبيا ، إذ تتجه الدولة والهيئات العامة نحو إدارة أهم المشروعات الاقتصادية .

وقد يتطلب تشغيل المسجونين القيام بأعمال خارج السجن ، مثل الأعمال الزراعية ورصف الطرق وأعمال مجاري الميـــاه وإقامة المباني الحكومية وما إلى ذلك ، وفي هذه الحالات تنص المادة ٢٨ من قانون السجون على أنه « إذا اقتضى الأمر تشغيل المسجونين في أعمال تتعلق بالمنافع العامة وفي جهات بعيدة عن السجن جاز إيواؤهم ليلا في معسكرات أو سجون مؤقتة بأمر يصدره مأمور السجن بعد موافقة الوزير المختص ، وتراعى في هذه الحالة القواعد المقررة داخل السجن من حيث الغذاء والصحة والنظام والتأديب ، ويتخذ مأمور السجن ما يراه من الاحتياطات اللازمة لمنع هروب المسجونين » .

ولا شك أن تشغيل المسجونين خارج المؤسسة العقابية يحقق لهم مزايا كثيرة بالنسبة لحالاتهم الصحية والنفسية ، إذ يعملون في صورة تقترب من عمـــل الأحرار[٢] .

---

(١) بتاريخ ٩ فبراير سنة ١٩٧٤ قمت مع مجموعة من أعضاء الجمعية الجنائية بكلية حقوق بنغازي بزيارة لسجن بنغازي الرئيسي، فاتضح لنا أن هناك عدداً قليلا من المسجونين يشتغلون بالتجارة وعمل الخبز واشغال المطبخ وغيرها من الاعمال الخفيفة، اما الاغلبية العظمى من المسجونين فيقضون اوقاتهم بلا عمل، ومرجع ذلك الى ضيق مكان السجن اذ ينزل به ٦٠٨ مساجين رغم ان المفروض ان ينزل به عدد لا يزيد على مائتين .

(٢) محمود نجيب حسني — بند ٣٢٢ . وقـــد اوصى مؤتمر جنيف بالسماح للمحكوم عليه في خلال الشهور الأخيرة التي تسبق الافراج ، بمغادرة المؤسسة العقابية يومياً للعمل لـــدى رب عمل خاص او في مشروع عام ، كمـــا انه من المستحسن ان يعمل في ذات الحرفة التي كان يباشرها قبل الادانة ، اوتعلمها في اثناء تنفيذ عقابه (التوصية التاسعة) .

الفَصلُ الثالِث

توزيع العمل

توزيع العمل بحسب نوع العقوبة :

نظرا لأن المشرع الليبي يعتبر العمل جزءا من العقوبة ، فإن لائحة السجون توزع العمل بين المسجونين بحسب نوع العقوبة المحكوم بها ؛ فالمحكوم عليهم بالحبس مع الشغل يكلفون بأعمال معينة نصت عليها المادة ٣٦ من اللائحة [١] ، والمحكوم عليهم بالسجن يكلفون بالأعمال التي نصت عليها المادة ٣٧[٢] ، والمحكوم عليهم بالسجن المؤبد يكلفون بالأعمال التي نصت عليها المادة ٣٨ من اللائحة[٣] .

---

(١) تنص المادة ٣٦ من لائحة السجون على أن : « يكون تشغيل المحكوم عليهم بالحبس مع الشغل في الاعمال الآتية : ١) اعمال الحرف والصناعات : النسيج ، الحياكة ، نقش الصوف ، صناعة الاحذية ، صناعة السروج ، الحدادة ، السمكرة ، البرادة ، الخراطة ، النجارة ، كي الملابس ، تجليد الكتب ، عمل الحصر والمقاطف والاكياس . ٢) البناء واشغال العمارة . ٣) اعمال النظافة . ٤) اشغال الحدائق . ٥) اشغال المغسل . ٦) اشغال المطبخ . ٧) المعاونة في مكافحة الأمية » .

(٢) تنص المادة ٣٧ من لائحة السجون على ان : « يكون تشغيل المحكوم عليهم بالسجن غير المؤبد في الأعمال الآتية : ١) الحفر ونقل الأتربة وردم المستنقعات وصيانة الطرق وغير ذلك من اعمال المنافع العامة . ٢) قطع الأشجار ونشر الاخشاب . ٣) الأعمال الزراعية . ٤) صناعة الصابون . ٥) الاعمال المنصوص عليها في المادة ٣٦ » .

(٣) تنص المادة ٣٨ من لائحة السجون على ان : « يكون تشغيل المحكوم عليهم بالسجن المؤبد في =

كذلك تنص المادة ٢٥ من قانون السجون على أنه : « لا يجوز تشغيل المحبوسين احتياطياً أو المحكوم عليهم بالحبس البسيط في غير الأعمال المتعلقة بتنظيف حجرهم ، ويجوز أن يعفى من هذه الأعمال من يقوم منهم بدفع مبلغ خمسة عشر قرشاً يومياً ، على أنه يجوز تشغيلهم في بعض الأعمال البسيطة التي تنص عليها اللائحة إذا اختاروا ذلك » .

تشغيل النساء :

لا يجوز تشغيل السجينات إلا في داخل السجن وفي الأشغال التي تتفق وطبيعة المرأة (مادة ٤١ من اللائحة) . وتنص المادة ٢٣ من قانون السجون على أن : « تعامل المسجونة الحامل ابتداء من الشهر السادس للحمل معاملة طبية خاصة فيما يختص بالغذاء والتشغيل والنوم حتى تضع حملها ويمضي أربعون يوماً على الوضع . ويجب أن تبذل للأم وطفلها العناية الصحية اللازمة مع الغذاء والملبس المناسب والراحة ، ولا يجوز حرمان المسجونة الحامل أو الأم من الغذاء المقرر لها لأي سبب كان » .

مدة العمل :

لا يجوز أن تنقص مدة تشغيل المحكوم عليهم بالسجن المؤبد أو السجن أو الحبس مع الشغل عن ست ساعات في اليوم ولا أن تزيد على ثمان (مادة ٢٧ من قانون السجون) . ويخفض الحد الاقصى لساعات العمل يومياً إلى سبع ساعات عند نقل المسجون إلى الدرجة الثانية ، فإذا نقل إلى الدرجة الأولى خفضت ساعات العمل إلى ست ساعات (مادة ٥ من اللائحة) .

= الاعمال الآتية : ١) استصلاح الأراضي البور . ٢) الشحن والتفريغ . ٣) عمل الخبز . ٤) الاعمال الأخرى المنصوص عليها في المادتين ٣٦ و ٣٧ . ٥) شغال المحاجر وتكسير الأحجار والنحت اذا لم يتيسر تشغيلهم في الاعمال السابقة » .

ولا يجوز تشغيل المسجونين في أيام الجمع والأعياد الرسمية ، ولا غير المسلمين منهم في أعيادهم الدينية ، وذلك كله في غير حالات الضرورة (مادة ٢٩ من قانون السجون) .

وقاية المسجونين من عدوى الأمراض :

تنص المادة ٤٣ من لائحة السجون على أنه : « يجب فحص جميع المسجونين الذين يشتغلون في تجهيز المواد الغذائية ونقلها وتوزيعها للتأكد من خلوهم من الأمراض ، وتثبت نتيجة الفحص في تذكرة المسجون » . وتنص المادة ٤٤ على أنه : « لا يجوز تشغيل المسجونين المعينين لأعمال النظافة في أي عمل يتصل بغذاء المسجونين أو مياه الشرب أو الأدوات الخاصة بذلك . »

وعند قبول أي مسجون بالسجن يوضع تحت الاختبار الصحي مدة عشرة أيام ، لا يختلط خلالها بالمسجونين الآخرين ولا يؤدي عملا ولا يزار ، ثم ينقل بعدها إلى القسم المخصص له بالسجن ما لم ير الطبيب غير ذلك (مادة ٧٤ من اللائحة) .

حالات الإعفاء من الالتزام بالعمل :

الأصل هو التزام المسجون بالعمل ، ولكن هناك بعض الحالات التي يعفى فيها من هذا الالتزام ، عندما يتبين أن الأغراض المقصودة من العمل لا يمكن تحقيقها ، بل قد يكون الالتزام بالعمل في هذه الحالات مؤدياً إلى نتائج عكسية تلحق أبلغ الضرر بالصحة البدنية والنفسية للمحكوم عليه . وهذه الحالات هي :

(١) يعفى المسجون من الشغل إذا بلغ من العمر ستين سنة ميلادية ، إلا إذا أثبت الطبيب انه قادر على الشغل (مادة ٢٦ من قانون السجون) .

(٢) لا يجوز تشغيل المرضى أو المصابين بأمراض معدية (مادة ٤٢ من لائحة السجون) .

(٣) لا يجوز تشغيل المسجون في أعمال لا تلائم حالته الصحية . وإذا تبين أن المحكوم عليه عاجز عن العمل المقرر في السجن الرئيسي يعرض أمره على لجنة طبية للنظر في نقله إلى سجن مركزي (مادة ٤١ من قانون السجون).

ويجب اعفاء المسجون من العمل إذا تبين من فحصه طبياً أن هناك ضرراً على صحته من جراء العمل أو من نوع العمل ذاته. وهذا مستفاد من صياغة المادة ٦٢ من اللائحة التي تنص على أنه :

« إذا تبين للطبيب أن هناك ضررا على صحة أي مسجون من جراء المدة التي يقضيها في السجن الانفرادي أو في العمل أو من جراء نوع العمل ذاته ، وجب عليه أن يبلغ مأمور السجن كتابة بما يشير به من وسائل لدرء هذا الضرر وعلى المأمور تنفيذ ما يشير به الطبيب » .

الفصل الرابع

أجـــور المسجونين

أحقية المسجون في الأجر :

اختلف الرأي حول ما إذا كان يحق للمسجون أن يتقاضى مقابلا عـــن الأشغال التي يكلف بها أم لا ، وسبب هذا الخلاف أن العمل – في كثير من التشريعات – يعتبر جزءا من العقوبة السالبة للحرية ، كما أن الأجر يفترض وجود علاقة تعاقدية بين العامل ورب العمل وفقاً للأحكام العامة لعقد العمل ، أما المسجون فيجبر على العمل ولا خيار له فيه ، ومعنى ذلك أن التزام المحكوم عليه بالعمل لا ينشىء له حقاً في الأجر ، إذ أن عمله هو مجرد وفاء بالتزامه بتنفيذ العقوبة .

والرأي الراجح لدى علماء العقاب يذهب إلى حقية المسجون في تقاضي أجر عن عمله ، وذلك لأسباب أهمها ما يأتي :

(١) إن السياسة العقابية الحديثة لا تجعل العمل جزءا من العقوبة السالبة للحرية إذ يجب أن تقتصر العقوبة على سلب حرية المحكوم عليه ، أما العمل فيقوم به المحكوم عليه تحقيقاً لغرض التهذيب والتأهيل .

(٢) تقضي قواعد العدالة بأحقية كل فرد – دون أي تمييز – في الحصول على مقابل عمله ، وهذا ما أكدته المادة ٢٣ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان بقولها : « لكل فرد الحق في العمل وفي الإختيار الحر للوظيفة ،

وفي شروط عادلة ومناسبة للعمل ، وفي الحماية ضد البطالة . ولكل فرد — بلون أي تمييز — الحق في أجر المثل عن العمل الذي يؤديه » .

(٣) الأجر يشجع المسجون على العمل ، فيقبل عليه بهمة ونشاط ويعتاد على ذلك بعد الإفراج عنه .

(٤) الأجر يمكن المسجون من مساعدة اسرته ، خصوصاً إذا كان هو العائل الوحيد لها . ومن ناحية أخرى يمكنه ادخار جزء منه يستعين به على مواجهة الحياة بعد الافراج عنه [١] .

مقدار الأجر :

ذهب رأي إلى أن أجر المسجون يجب أن يكون أقل من أجر المثل ، إذ لا تجوز المساواة بين عامل مجرم وعامل شريف . وبالإضافة الى أن العامل المسجون يتمتع بمزايا لا يتمتع بها العامل الحر ، أهمها المأوى والطعام والكساء، إذ تتكفل الدولة بذلك كله[٢] .

والرأي الراجح لدى علماء العقاب هو وجوب تحديد الأجر وفقاً **لأجر « المثل »** بمعنى أن ما يتقاضاه المسجون من أجر يكون مماثلا لما يتقاضاه من يقوم بمثل عمله في الحياة العامة[٣] ، وذلك لأن أجر المثل يحقق الغرض التهذيبي والتأهيلي من تشغيل المحكوم عليه، فشعور المحكوم عليه بقيمة العمل الاقتصادية والإجتماعية لا يرسخ لديه إلا إذا كان أجره محددا على نفس الأسس التي يحدد بها في سوق العمل الحر[٤] .

---

(١) حسن علام — ص ١٦٤ — حسن المرصفاوي — ص ١٨٩ ، محمود نجيب حسني — بند ٣٠٨ ، يسر انور علي ، وآمال عبد الرحيم عثمان — بند ٣٨٠ .

(٢) انظر : بوزا — بند ٤٨٣ .

(٣) حسن علام — ص (١٦٩) ، محمود نجيب حسني — بند (٣٠٩) ، يسر انور علي ، وآمال عبد الرحيم عثمان — بند (٣٨٢) .

(٤) محمود نجيب حسني — بند (٣٠٩)

وقد عبرت عن أحقية المسجون في أجر عادل القاعدة ٧٦/ ١ من مجموعة قواعد الحد الأدنى بقولها : « يجب أن يثاب المسجون على عمله طبقاً لنظام مكافآت عادلة » .

موقف المشرع الليبي من أجور المسجونين :

تعتبر نصوص التشريع الليبي ، فيما يتعلق بأجور المسجونين ، متخلفة عن الرأي الحديث في علم العقاب ، سواء فيما يتعلق باحقية المسجون في الأجر أو في تحديد مقداره . فالمادة ٣٠ من قانون السجون تنص على أن : « يمنح المسجون ابتداء من السنة الثانية لدخوله السجن أجراً مقابل عمله فيه . وتبين اللائحة مقدار هذا الأجر وشروط استحقاقه وأوجه صرفه على أن يراعى في تحديده أن يكون دون الأجر العادي المقرر لمثل العمل الذي يقوم به المسجون » . وتنص المادة ٤٥ من لائحة السجون على أن : « يمنح المسجون ابتداء من السنة الثانية لدخوله السجن اجرا مقابل عمله وفقاً للفئات الآتية :

(١) ٥٠ درهماً يومياً للمحبوسين احتياطياً والمحكوم عليهم بالحبس البسيط .

(٢) ٨٠ درهماً يومياً لمن يقومون بالأعمال المنصوص عليها في المادة ٣٦ .

(٣) ١٠٠ درهم يومياً لمن يقومون بالأعمال لمنصوص عليها في البنود ١ ، ٢ ، ٣ و٤ من المادة ٣٨ .

(٤) ١٢٠ درهماً يومياً لمن يقومون بالأعمال المنصوص عليهـــا في البنود ١ ، ٢ ، ٣ ، ٥ من المادة ٣٨ . وفي جميع الأحوال **لا يجوز ان يزيد ما يصرف للمسجون عند الإفراج عنه عن :**

١٠ دينارات للمحبوسين احتياطياً والمحكوم عليهم بالحبس البسيط .

١٥ ديناراً للمحكوم عليهم بالحبس مع الشغل .

٢٥ ديناراً للمحكوم عليهم بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنوات .

٣٠ ديناراً للمحكوم عليهم بالسجن مدة تزيد على خمس سنوات [١].

وواضح مما تقدم أن المشرع الليبي لا يعطي المسجون أجراً ابتداء من دخوله السجن ، وإنما بعد مضي سنة كاملة ، كما أنه يحدد الأجر بما هو دون أجر المثل. ونهيب بالمشرع أن يبادر إلى تعديل هذه النصوص بما يتفق مع الآراء الحديثة في علم العقاب ، بحيث يحتسب الأجر للمسجون ابتداء من قيامه بالعمل ، وان يكون هذا الأجر مساوياً لأجر المثل .

التصرف في أجر المسجون :

ان القول بتحديد أجر المسجون وفقاً لأجر المثل لا يعني أن يسلم له على الفور مبلغ الأجر كله ، فمما لا شك فيه أن المحكوم عليه وهو داخل السجن تقل حاجته إلى المال ، ولذلك تنص المادة ٤٨ من لائحة السجون على أنه :
« يجوز للمسجون أن يتصرف في نصف الأجر المستحق له في الأغراض الآتية :

أ ـ الحصول على ما يحتاجه من الأصناف المسموح ببيعها في السجن وذلك مع مراعاة المادة / ١ من هذه اللائحة .

ب ـ مساعدة اسرته . أما باقي ما يستحقه من أجر فيصرف له عند الافراج عنه ، وذلك مع عدم الإخلال بحكم المادتين ٤٥ ، ٤٧ . وإذا رغب المسجون في تجاوز النسبة المسموح له بالتصرف فيها يعرض الأمر على مدير شعبة السجون مشفوعاً باقتراح مأمور السجن ليأمر بما يراه وفقاً لظروف كل

---

(١) وتنص المادة ٤٧ من اللائحة على انه : « يجوز منح العمال الفنيين اجوراً اكثر من الاجور المنصوص عليها في المادة ٤٥ على الا تزيد على الضعف . كما يجوز تجاوز الحد الاقصى المنصوص عليه في نفس المادة على الا تزيد على الضعف ايضاً . ويكون تنظيم هذه الاجور وكيفية التثبت من كفاءة العامل ومهارته بقرار من مدير شعبة السجون ، ويجوز ان يتضمن هذا القرار التدرج في زيادة الاجر تبعاً لدرجة الكفاية والمهارة الفنية ».

حالة » [1] .

ويحمي المشرع حق المحكوم عليه في الأجر ، إذ تنص المادة ٣٢ من قانون السجون على أنه :

« لا يجوز توقيع الحجز على أجور المسجونين وذلك دون اخلال بحق إدارة السجن في خصم مقابل الخسائر التي يتسبب فيها المسجون » . وإذا توفي المسجون صرف لورثته ما يكون مستحقاً له من أجر (مادة / ٣١ من قانون السجون) .

(١) تنص الفقرتان الثانية والثالثة من القاعدة / ٧٦ من مجموعة قواعد الحد الأدنى على أنه : « يجب أن يسمح للمسجونين بإنفاق جزء على الأقل من مكاسبهم لشراء الأشياء المصرح لهم بها لاستعمالهم الشخصي وإرسال جزء آخر منها إلى أسرهم . ويجب أن ينص النظام أيضاً على وجوب احتفاظ إدارة المؤسسة بجزء من مكاسب المسجون لتوفير حصيلة تسلم إليه عند الإفراج عنه ».

دراسات في القرآن الكريم

إعداد الدكتور :

عمر مولود عبد الحميد

الأستاذ المساعد في كلية الحقوق بجامعة بنغازي

رئيس اللجنة الشعبية « عميد الكلية »

دراسات في القرآن الكريم

القرآن له الصدارة :

يعتبر القرآن الكريم المصدر الأول من مصادر التشريع التي تستقى منها الأحكام الشرعية وتؤخذ منها الفروع الفقهية . ولم يخالف أحد من المسلمين في هذا الاعتبار . لأن الأدلة النقلية والعقلية تشهد له بذلك .

تعريفـــه :

القرآن والكتاب بمعنى واحد غير أن لفظ القرآن أوضح وأشهر من لفظ الكتاب في الدلالة على المعنى المراد منه ، وهو مصدر قرأ كالغفران مصدر غفر ، يقال : قرأ قراءة وقرآناً . ومنه قوله تعالى : « لا تحرك به لسانك لتعجل به إن علينا جمعه وقرآنه فإذا قرأناه فاتبع قرآنه » .

أما معناه الاصطلاحي فهو : اللفظ العربي المنزل على سيدنا محمد (ص) للاعجاز المنقول الينا بالتواتر كتابة ومشافهة جيلا بعد جيل .

وعلى ذلك فإن ما صدر عن الرسول (ص) من لفظ أو فعل أو تقرير لإفادة حكم أوحي إليه به وهو ما يسمى بالأحاديث النبوية . وكذلك الأحاديث التي ذكرها الرسول (ص) فيما يرويه عن ربه وهو ما يسمى بالأحاديث القدسية لا يكونان من القرآن ، لأن لفظهما ليس من عند الله ، كما أنهما لا يكونان في مرتبته من حيث الحجية ولا تثبت لهما بعض الأحكام الثابتة له ، وذلك كجواز التعبد وصحة الصلاة به وغير ذلك من الأمور التي انفرد بها القرآن الكريم .

كذلك التفاسير المرادفة لألفاظ القرآن الدالة على ما يدل عليه هو : لا تعد قرآناً ولو كانت مطابقة له في الدلالة ؛ لأن القرآن انزل من عند الله بألفاظه العربية الخاصة . وأيضاً ما ترجم إلى لغة أجنبية مهما بلغت دقة الترجمة وكذلك ما وصف بالقراءات الشاذة لا يعتبر قرآناً ولا تثبت له احكامه . فلا يحتج بعموم لفظه وإطلاقه ولا بصيغة عبارته ولا يتعبد بتلاوته ولا تصح به الصلاة .

وما نقل عن أبي حنيفة رضي الله عنه من تجويزه لقراءة القرآن في الصلاة بالفارسية روي أنه رجع عنه إلى ما يراه الصاحبان من أن التجويز المذكور انما يكون عند العجز عن العربية وذلك لايدل على أنه اعتبره قرآناً بل هو بمثابة الذكر . والذكر يجوز بأي لسان .

هذا والقراءات المتواترة التي نقلها جماعة عن جماعة يمتنع عادة تواطؤهم على الكذب، وتلقتها الأمة بالقبول ويصح إطلاق لفظ القرآن عليها كما تصح الصلاة والتعبد بها باتفاق جميع المسلمين بلغت سبع[1] قراءات هي : قراءة نافع بالمدينة المنورة وابن كثير بمكة المكرمة . وابن عامر بالشام وحمزة وعاصم والكسائي بالكوفة وابي عمرو بالبصرة واختلف في صحة الصلاة والتعبد بما عداها .

وقد قطع بصحة وتعين وصدق قرآنية ما توفرت فيه الأمور الآتية :

أولا : ما كان موافقاً خط المصحف .

ثانياً : ما نقل عن الثقات عن النبي (ص) تواتراً .

ثالثاً : ما كان وجهه في العربية التي نزل بها القرآن سائغاً . وهذه الأمور الثلاثة متوافرة في القراءات السبع المذكورة .

---

(١) انظر جمع الجوامع جـ ١ ص ٣١٢ ، والتبيان في علوم القرآن للصابوني ص ٢٥٤ ، واللآلىء الحسان ص ١٢٠ .

مميزاتـــه :

من التعريف السابق للقرآن الكريم يتضح لنا أنه يتميز عن غيره من الكتب السماوية والأحاديث بقسميها بعدد من المميزات نلخص أهمها فيما يلي : —

١ — القرآن الكريم نزل باللسان العربي بخلاف الكتب والصحف السماوية الأخرى المنزلة على الانبياء السابقين فلم تكن باللسان العربي .

٢ — القرآن بالإضافة إلى كونه كتاب عقيدة كبقية الكتب السماوية الأخرى أيضاً كتاب شريعة ، حيث حوى من النظم والأحكام والتشريعات الفقهية ما لم تحوه الكتب الأخرى ، مما جعل شرعته تسع البشرية كلها إلى نهاية الكون بالسعادة ، وتغمرها بالخير ، وتضع لها ولمشاكلها الحلول التي ترفع عنها الحرج ، وتسبغ عليها رداء اليسر والسهولة والسماحة . وقد ذكر فيلسوف الاندلس ابن رشد المتوفي سنة ٥٩٥ هـ أن هذه الميزة تعتبر من المعجزات الكبرى للقرآن الكريم .

٣ — نزوله منجماً[1] بحسب الوقائع والأحوال والمناسبات في مدى ثلاث وعشرين سنة تقريباً ، لأسباب تتضح لك عند التعرض لهذه الجزئية قريباً ، مما يجعله مختلفاً عن بقية الكتب السماوية الأخرى حيث كان نزولها دفعة واحدة .

٤ — وصوله الينا وإلى غيرنا عن طريق التواتر كتابة ومشافهة بشكل لا يترك أي منفذ للتحريف أو التبديل فيه تحقيقاً لقوله تعالى : « أنا نحن نزلنا الذكر وأنا له لحافظون » وذلك يختلف تماماً عما

---

(١) انظر اللآلىء الحسان ص ١٦ .

كان للكتب السماوية الأخرى مما جعلهـــا عرضة للتحريف والتبديل بالنقص تارة والزيادة أخرى . وسر ذلك أن القرآن أنزل ليكون كتاباً جامعاً لشريعة خالدة باقية أبد الدهر ، وصفة التواتر المستمر لمصدرها الرئيس يحقق لها ذلك ، بخلاف الكتب الأخرى فهي دساتير لشرائع موقته تنتهي بانتهاء وقتها المحدد لها . ولذا لم يكن لسندها ولا لمتنها من صفة التواتر ما كـــان للقرآن الكريم .

٥ ــ القرآن لفظه ومعناه من عند الله تعالى . وذلك يجعله مختلفاً عـــن الاحاديث بقسميها ، النبوية والقدسية ، لأن هذه معانيها[1] فقط من عند الله ، أما ألفاظها فهي من عند الرسول (صلى الله عليه وسلم) غاية الأمر أن ما أضيف منها إلى الله ليتقوى معناه ويتأكد سمي حديثاً قدسياً لإضافته إلى الذات المقدسة وما لم يضف اليه سمي حديثاً نبوياً . والامثلة على ذلك كثيرة في كتب الحديث ويمكن ان نذكر على سبيل المثال للحديث القدسي : ما روى عـــن الرسول (صلى الله عليه وسلم) أنه قال : قال الله تعالى : « لا أجمع على عبدي خوفين ولا أجمع له أمنين ، إذا أمنني في الدنيا أخفته يوم القيامة ، وإذا خافني في الدنيا أمنته يوم القيامة ومنه أيضاً قوله « إذا اطلعت على عبدي فوجدت الغالب عليه ذكرى توليت سياسته ورعايته وكنت أنيسه وجليسه ومحدثه . ومـــن الحديث النبوي قوله عليه السلام : « من سلك طريقاً يلتمس فيه علماً سهل الله له به طريقاً إلى الجنة » وقوله : « من أبطأ به عمله

---

(١) أصول الفقه لزكي الدين شعبان ص ٣٥ . وهناك من يرى أن الحديث القدسي لفظه ومعناه من عند الله . ويختلف حينئذ عن القرآن بأنه غير معجز . اللآلىء الحسان ص ١٠ .

لم يسرع به نسبه » .

٦ — اتصافه بالإعجاز على نحو لم يقاربه فيه غيره فضلاً عن ان يكون مثله . وسيتضح لك ذلك قريباً عند التعرض له بعنوان مستقل .

إعجازه ووجه ذلك :

المعجزة هي : أمر خارق للعادة مقرون بالتحدي سالم من المعارضة يظهر على يد نبي . والقرآن الكريم هو المعجزة الكبرى لسيدنا محمد (ص) حيث تحدى العرب بها فعجزوا رغم فصاحتهم وقوة بلاغتهم عن أن يأتوا بمثله كله . بل عجزوا عن أن يأتوا بعشر سور أو بسورة من مثله بعد ما وصفوه بأنه اساطير الاولين وانه اعانه عليه قوم آخرون . وتتجلى هذه المراحل الثلاث في قوله تعالى : « فيأتوا بحديث مثله إن كانوا صادقين ». وقوله : « أم يقولون افتراه قل فأتوا بعشر سور مثله مفتريات وادعوا من استطعتم من دون الله إن كنتم صادقين » وقوله جلت حكمته : « أم يقولون افتراه قل فأتوا بسورة من مثله » وأيضاً قوله : « وان كنتم في ريب مما نزلنا على عبدنا فأتوا بسورة من مثله وادعوا شهداءكم من دون الله إن كنتم صادقين فإذ لم تفعلوا ولن تفعلوا فاتقوا النار التي وقودها الناس والحجارة أعدت للكافرين . »

وأعظم تحد يظهر في قوله تعالى : « فإذ لم تفعلوا ولن تفعلوا . » وفعلا لم يفعلوا لا لأنهم لم يريدوا وإنما لأنهم لم يقدروا فكانت المعجزة . وهذه الآية تلتقي مع قوله تعالى : « قل لئن اجتمعت الإنس والجن على أن يأتوا بمثل هذا القرآن لا يأتون بمثله ولو كان بعضهم لبعض ظهيراً » .

ووجه الاعجاز في القرآن يتلخص في عدة أمور نذكر منها ما يلي : —

الأمر الأول :

اخباره عن الأمور الغيبية سواء كانت مما يتعلق بالماضي أو الحاضر أو

المستقبل فمما يتعلق بالمـــاضي : إخباره عن تكوين الانسان وعن أحوال الأنبياء والأمم السابقين وما حصل لهم مع أن المنزل عليه كان أمياً لا يقرأ ولا يكتب . والأمثلة على هذا كثيرة منها قوله تعالى : « ولقد خلقنا الإنسان من سلالة من طين ثم جعلناه نطفة في قرار مكين ثم خلقنا النطفة علقة فخلقنا العلقة مضغة فخلقنا المضغة عظاماً فكسونا العظام لحماً ثم أنشأناه خلقاً آخر فتبارك الله أحسن الخالقين » .

ومنها قوله في قصة سيدنا نوح : « تلك من انباء الغيب نوحيها إليك ما كنت تعلمها أنت ولا قومك من قبل هذا » .

ومنها في حق عاد وهم قوم سيدنا هود : « وأما عاد فاستكبروا في الأرض بغير الحق وقالوا من أشد منا قوة أو لم يروا أن الله الذي خلقهم هو أشد منهم قوة وكانوا بآياتنا يجحدون فأرسلنا عليهم ريحاً صرصرا في أيام نحسات » .

أما ما يتعلق بالحاضر فهو كثير أيضاً منها كشفه عما كان يدبره الكفار للنبي (ص) وصحابته الابرار . وذلك واضح من قوله تعالى : « هم الذين يقولون لا تنفقوا على من عند رسول الله حتى ينفضوا » أي حتى يتركوا الرسول الكريم وحده .

وأما إخباره عن غيب المستقبل فيتضح في عدد من الآيات منها قوله تعالى: آلم غلبت الروم في أدنى الأرض وهم من بعد غلبهم سيغلبون في بضع سنين » .

وكان الروم في ذلك الوقت أمة مستضعفة تدل ظروفها على استحالة تحقق ما أخبرت به الآية الكريمة ثم نشأت المعجزة فغلبوا وانتصروا .

ولما كثر اذى المشركين للنبي (ص) دعا عليهم بسنين كسني يوسف وانزل قرآنه يبين أن ذلك سيتحقق ، فاستهزؤا به عند سماعهم لذلك ولكن لم يمهلهم طويلا حتى وجدوا انفسهم في شر وقحط وسنين عجاف وصار

الواحد منهم ينظر إلى السماء فيرى كهيئة الدخان من شدة الجوع ، فتضرعوا عندئذ إليه ليكشف عنهم العذاب فيؤمنوا ، ففعل وانكشف عنهم ، ولكنهم ما لبثوا أن عادوا إلى عنادهم وكفرهم فانتقم منهم يوم بدر أشد انتقام ، وتتضح هذه القصة من قوله تعالى « فارتقب يوم تأتي السماء بدخان مبين يغشى الناس هذا عذاب اليم ربنا اكشف عنا العذاب إنا مؤمنون أنى لهم الذكرى وقد جاءهم رسول مبين ثم تولوا عنه وقالوا معلم مجنون إنا كاشفوا العذاب قليلا إنكم عائدون يوم نبطش البطشة الكبرى إنا منتقمون » فكانت البطشة الكبرى يوم بدر كما حدثتنا السير بذلك .

الأمر الثاني :

تناوله لما تحتاجه البشرية من تشريع مع دقة الألفاظ الدالة عليه ، وآية ذلك قوله تعالى « ونزلنا عليك الكتاب تبياناً لكل شيء » وقوله « ما فرطنا في الكتاب من شيء » .

الأمر الثالث :

روعة تأثيره في النفوس وسرعة انقيادها لسماعه . وشدة قرعه للقلوب الحائرة مصداق قوله تعالى : « لو انزلنا هذا القرآن على جبل لرأيته خاشعاً متصدعاً من خشية الله » .

وعندما شاهد العتاة من المشركين شدة تأثيره تواصوا بأن يصموا آذانهم عند سماعه وقد حكى عنهم القرآن ذلك بقوله : « وقال الذين كفروا لا تسمعوا هذا القرآن والغوا فيه لعلكم تغلبون » .

الأمر الرابع :

جمعه لكثير من العلوم والمعارف التي تنظم الحياتين : الدنيا والأخرى ،

وتعجز الأسفار الضخام عن أن تحوي ما حواه أو تصل إلى ما جمعه من صنوف هذه العلوم والمعارف .

ويكفينا أن نذكر على سبيل المثال هذه الآيات الدالة على بعض مما ذكرنا :

١ ــ قال الله تعالى : « أو لم يسيروا في الأرض فينظروا كيف كان عاقبة الذين من قبلهم كانوا أشد منهم قوة وآثاروا الأرض وعمروها أكثر مما عمروها وجاءتهم رسلهم بالبينات فما كان الله ليظلمهم ولكن كانوا انفسهم يظلمون» ومثلها أيضاً قوله تعالى « قل سيروا في الأرض فانظروا كيف كان عاقبة المجرمين» . ففي هاتين الآيتين وما شاكلهما مما هو كثير في القرآن الكريم ــ حَثٌّ صريح على التنقل والترحال للتعرف على حالات الأمم السابقة : من رقي وهبوط ، وارتفاع ونزول ، ونجاح وسقوط ، وانتصارات وهزائم، وخراب وعمران ، وعادات موروثة أو متروكة ، كل ذلك عن طريق معرفة آثارهم وما خلفوه من بعدهم :

تلك آثارنا تدل علينا فانظروا بعدنا إلى الآثار

فدراسة ذلك والتعرف عليه عن طريق التنقل والترحال هو عين ما يسمى في هذا الوقت بعلمي : التاريخ والاجتماع بكل ما يحوياته من علوم ومعارف ، وذكريات ومواعظ ، وإرشاد إلى الطريق الذي يجب سلوكه لبناء مجتمع قويم قادر على الخلق والإبداع وترك الآثار النافعة لمن يأتي بعده .

٢ ــ وقال أيضاً : « وفي انفسكم افلا تبصرون » ومعناها بصفة إجمالية : أن على الإنسان أن يتأمل في نفسه وحاله ففيهما من المعاني والعبر والآيات ما يجعله يؤمن بالله ويخصه بالعبادة ولا يخضع لسواه لإيمانه بأن النعم التي أودعت في جسمه ووهبت له لا يستطيع أن يهبها له غيره جل وعلا . ومن المسلم به أن النظر في النفس يؤدي إلى معرفة الغرائز والميولات والبواعث الانسانية

وهو ما يسمى حديثاً بعلم النفس ، وقد دعت إلى معرفته هذه الآية بكل وضوح . علاوة على جوانب أخرى علمية يمكن الوصول إليها عن طريق النظر في النفس ، وأهمها علم التشريح .

٣ ــ وقال أيضاً : « يخلقكم في بطون أمهاتكم خلْقاً من بعد خلْقٍ في ظلمات ثلاث » فقد كشفت هذه الآية منذ ما يزيد على ألف وثلاثمائة سنة خلت ما كشفه علم الطب الحديث بأجهزته الدقيقة من أن الجنين له ثلاثة أغشية سماها القرآن ظلمات وهي المسماة في علم الطب : الغشاء المنباري ، والخوربون ، والغشاء اللفائفي . وتظهر بالعين المجردة كأنها غشاء واحد .

٤ ــ وقال أيضاً : فمن يرد الله أن يهديه يشرح صدره للإسلام ومن يرد أن يظله يجعل صدره ضيقاً حَرِجاً كأنما يصعّد في السماء » .

اثبت العلم منذ زمن قريب أن الهواء الصالح للتنفس ـــ وهو المحمل بالأكسجين ــ يتناقص في طبقات الجو العليا . فكلما زاد الصاعد في الارتفاع كلما ازداد احتياجه للأكسجين وقد يتعرض للاختناق إذا وصل إلى مسافات معينة من الارتفاع . ولذا كان لزاماً أن يستعمل الطيارون آلات التنفس الصناعية المحملة بالأكسجين لتفادي الاختناق . والآية المذكورة دلت على ذلك بكل وضوح منذ ما يقرب من ألف واربعمائة سنة .

الأمر الخامس :

من بين الادلة الدالة على اعجاز القرآن خلوه من التناقض والخطأ والاختلاف ، بالرغم من طوله وكثرة معانيه ووفرة القضايا التي عالجها ، ولو لم يكن من عند الله لكثر فيه من الأخطاء والمتناقضات ما يبعده عن الاعجاز بل لكان كغيره من كلام المؤلفين والمتحدثين الذين قد يناقضون انفسهم بعد أسطر قلائل أو جمل معدودة وقد يصورون شيئا فيعجزون عن تصويره . والقرآن

الكريم رغم نزوله على أمي (ص) لايقرأ ولايكتب، رغم مرور ما يقرب من أربعة عشر قرناً من الزمن تغيرت فيها العقلية البشرية لم يحصل فيه ما يحصل عادة في كلام البشر من القصور والعجز عن الوصول، بل نرى الأصول التي أتى بها والعلوم التي تحدث عنها والقضايا التي طرحها تتناسب مع كل زمان ، وتزداد مع تقدم البشرية والتكنولوجيا وضوحاً يوماً بعد يوم ، وما ذلك إلا دليل واضح على أنه معجزة خالدة تتحدى العقول البشرية مهما ارتقت، وتدل بكل وضوح على أنه من لدن حكيم عليم وليس من صنع بشر كما قال جل وعلا: « لو كان من عند غير الله لوجدوا فيه اختلافاً كثيراً . »

الأمر السادس :

جمال التصوير ودقة التعبير وإحكام النسج الذي لن يصل إليه البشر مهما أوتوا من قوة في البيان، وعظمة في الاتقان، وذلك يدلنا على أنه لو كان من عند غير الله — كما قال تعالى — لوجدوا فيه اختلافاً كثيراً .

وقد قال فيه الوليد بن المغيرة عند سماعه لآي منه : «إن له لحلاوة وإن عليه لطلاوة وان اعلاه لمثمر وان اسفله لمغدق وانه ليعلو ولا يعلى عليه » .

الأمر السابع :

الحكم البالغة التي حواها والتي لا يمكن أن يصدر مثلها كثرة وروعة من بشر مهما بلغ من العظمة وحسن التفكير وقوة الاطلاع .

هذا قليل من كثير من أوجه الاعجاز الذي اتصف به القرآن الكريم ليكون معجزة الدهر كله الدالة على نبوة محمد (ص) وعلى أن ما جاء به إنما هو من عند خالق الكون ومدبره ، خلافاً لما يرجفه المرجفون وينسجه الافاكون .

البسملة من القرآن :

أجمع العلماء على ان البسملة جزء آية من سورة النمل وردت في قصة كتاب سيدنا سليمان[١] عليه السلام إلى بلقيس بنت شراحيل« إنه من سليمان وإنه بسم الله الرحمن الرحيم » . كما أجمعوا على أنها ليست آية ولا جزء آية من أول سورة براءة .

واختلفوا في كونها آية أو جزأها أو ليست هذا ولا ذلك في أوائل بقية السور عدا سورة براءة على مذاهب :

المذهب الأول :

يرى المالكية وبعض من الحنفية والأوزاعي وابن جرير الطبري وداود وبعض الحنابلة أنها ليست جزءاً من السور ، يستوي في ذلك الفاتحة وغيرها .

وذكرُها في أول كل سورة لا يستلزم أن تكون جزءاً منها . وإنما هو لشهرة الاستنان بها في الشرع . وبنوا على ذلك عدم لزوم قراءتها في الصلاة الفرضية بل قالوا بكراهة قراءتها فيها ودليلهم على ما يرون يتلخص فيما يلي :

١ — وجود أحاديث تدل على عدم اعتبارها من السور ، من بين ذلك ما روى عن الترمذي قال حدثنا أبو عوانه عن قتادة عن أنس قال : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبو بكر وعمر وعثمان يفتتحون القراءة بـ « الحمد لله رب العالمين » . قال أبو عيسى هو حديث حسن صحيح . ولكن نوقش بأنه لا يلزم من قوله كانوا يفتتحون بالحمدلله : انهم لم يقرءوا البسملة سراً .

---

(١) ذكر القرطبي في تفسيره ج ١٣ ص ١٩٢ أنه لم يكتب أحد بسم الله الرحمن الرحيم قبل سيدنا سليمان عليه السلام .

٢ ـ أهل العلم من أصحاب النبي والتابعين ومن بعدهم كانوا يتركونها ولا يأتون بها في أوائل السور لا في الصلاة ولا في غيرها ، وهم أدرى بما يكون من القرآن وما لا يكون ، وتركهم لها دليل على عدم اعتبارها من السور لديهم .

المذهب الثاني :

يرى الامام أحمد واسحاق وأبو عبيد ورواية عن الشافعي وقول لبعض الحنفية[١] : أنها آية في أول الفاتحة فقط .

وحجتهم فيما يرون ـ ما رواه أبو هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه كان يقول : الحمد لله سبع آيات : احـــداهن بسم الله الرحمن الرحيم . وهي سبع المثاني والقرآن العظيم . وهي أم القرآن . وفاتحه الكتاب « رواه الطبراني في الأوسط ورجاله ثقات »[٢]

المذهب الثالث :

ذكر صاحب المنار في تفسيره لفاتحة أن الامام علي وابن عباس وابن عمر وأبا هريرة وسعيد بن جبير والزهري وعطاء وابن المبارك والشافعي[٣] في مذهبه الجديد وكذلك أتباعه والثوري وأحمد في أحد قوليه يقولون بأن البسملة آية من كل سورة . ويستندون في ذلك على بعض الحجج مقتصر بعض منها .

---

(١) حاشية ابن عابدين ج ١ ص ٤٩١ .

(٢) مجمع الزوائد ج ١ ص ١٠٩ ، وقريب منه ما ذكره الدكتور ابراهيم بسيوني في بحثه المطبوع تحت عنوان : البسملة بين أهل العبارة وأهل الإشارة ص ١٣ .

(٣) انظر كتاب : صحة أصول مذهب أهل المدينة لابن تيمية تحقيق زكرياء علي يوسف . وقد ذكر الدكتور ابراهيم بسيوني في بحثه : البسملة بين أهلى العبارة وأهل الإشارة ص ١٤ أن الشافعي أقر بتلاوتها في فاتحة الكتاب وتردد في تلاوتها بالنسبة لسائر السور .

١ ــ انها أنزلت على الرسول « ص » في أول كل سورة كما صرح بذلك ابن عباس ، حيث قال : كان رسول الله « ص » لا يعرف ختم سورة وابتداء أخرى حتى ينزل عليه جبريل ببسم الله الرحمن الرحيم .

٢ ــ أنها كانت تكتب بخط المصحف في أوائل السور بأمر من الرسول (ص) .

ولم يثبت ان أحداً من الصحابة أنكر على من كتبها كذلك ، مع تشددهم في المحافظة على القرآن وابعاد ما ليس منه عنه ، حتى كرهوا التعاشير والنقط ، لئلا يختلط بغيره ، وذلك يدل على أن البسملة جزء من أوائل السور .

ومعلوم ان هذا الدليل الأخير معارض بالدليل الثاني من أدلة المالكية ، حيث أفاد أن الصحابة وغيرهم كانوا يتركونها ، وما ذلك إلا لفهمهم انها ليست لازمة في أوائل السور ، لأنها ليست جزءاً منها . لا أنهم يتعمدون تركها مع علمهم بأنها جزء من السور ، لأن ذلك معيب في حقهم وهم أحرص الناس على حفظ كتاب الله من ان يزاد فيه ما ليس منه ، أو يحذف منه ما هو جزء منه .

المذهب الرابع :

يرى الحنيفة أنها آية واحدة[1] في القرآن كله منفصلة عن السور ، وليست جزءاً منها ، وبنوا على ذلك : ان من نذر أن يقرأ القرآن فلا يفي بنذره إلا إذا قرأها معه ، كذلك لا تحصل سنة ختم القرآن دون قراءتها ، كما أن

---

(١) مسلم الثبوت ج ٢ ، ص ١٤ .

مصلي التراويح عليه أن يقرأها فيه ولو مرة جهراً لكي تكتمل له السنة .

واستدلوا على ذلك بالإجماع على أن ما هو منقول بين دفتي المصحف وبخطه يعتبر كلام الله تعالى ، وقد توفر للبسملة ذلك ، فتعتبر آية من القرآن قطعاً ، خاصة وأن الصحابة كانوا قد أثبتوها مع مبالغتهم في تجريده من كل ما ليس منه ، ولم يعتبرها الحنفية جزءاً من كل سورة لأنهم يرون أن شرط الجزئية توافر كونها جزءاً ، وهو ما لم يحصل ، ولا يكفي لاعتبارها جزءاً توافر وجودها في المحل ، وعليه فيعتبرونها أنزلت للفصل بين السور فقط ، لما روى عن ابن عباس انه قال : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يعرف فصل السورة حتى ينزل عليه بسم الله الرحمن الرحيم . ومن خلال ما تقدم يتضح ان الخلاف في اعتبارها جزءاً أو ليست جزءاً من السور اختلاف كبير ، والمختلفون لهم عذرهم ، لقوة الشبه المتواردة على الموضوع وعلى النحو المذكور يجب ان يساق الخلاف ، ومن غريب ما يوجد في بعض الكتب تصوير الخلاف في قرآنية البسملة وعدم قرآنيتها في غير سورة النمل ، وقد وصف ابن رشد هذا الصنيع بأنه تخبط وشيء غير مفهوم ، لأنه كيف يجوز في الآية الواحدة بعينها أن يقال عنها في موضع هي من القرآن وليست منه في موضع آخر .

والذي يجب ان يقال ان البسملة آية من القرآن حيثما ذكرت ، وهي جزء آية من سورة النمل ، وهل هي آية من بقية السور أو ليست آية ؟ ولقوة الخلاف لا يصح الحكم بكفر من نفى انها جزء من السور كما لا يأثم من قال هي جزء منها . والمهم ان يؤتى بها في القرآن كما هي في المصحف لأنها منه بدون شك [1] .

---

(١) بداية المجتهد جـ ١ ، ص ١٢٥ .

اشتماله على ألفاظ معرّبة :

يرى جمهور العلماء أن القرآن كله عربي الأصل ولا يوجد فيه ما ليس كذلك .

ويرى عبدالله بن عباس[1] وعكرمة أن فيه ألفاظاً معرّبة ، وهي التي وضعت عند غير العرب لمعنى ثم استعملها العرب بناء على ذلك الوضع .

وقد استدل الجمهور على ما يرونه بقوله تعالى: « إنا انزلناه قرآناً عربياً . » وقوله : « كتاب فصلت آياته قرآناً عربياً لقوم يعلمون . » وقوله : « بلسان عربي مبين » وقوله : « فإنما يسرناه بلسانك لعلهم يتذكرون » . إلى غير ذلك من الآيات التي صرح فيها بما يدل على أن القرآن كله عربي . فالتسليم بوجود ما ليس بعربي فيه يناقض هذه الآيات الصريحة .

أما ابن عباس ومن معه فقد استدلوا على دعواهم بأن القرآن فيه كلمتا : استبرق وسجيل وهما فارسيتان ، ومعنى الاولى ما غلظ وخشن من الديباج ومعنى الثانية الحجارة من الطين .

وفيه لفظ المشكاة ، وهي كلمة هندية وقيل حبشية ومعناها : الكوة في الحائط التي ليست نافذة .

وفيه لفظ قسطاس وهي رومية ومعناها : الميزان .

وكل ذلك يدل على جواز أن يكون في القرآن ما ليس بعربي الأصل . علاوة على أن النبي (ص) مبعوث للناس كافة كما تشهد بذلك الآيات القرآنية والأحاديث النبوية . فلا يستغرب أن يكون القرآن الكريم الذي هو أعظم معجزة على صدق نبوته جامعاً للغات كل الناس ليتحقق بذلك الاعجاز والبيان لكل البشر .

---

(١) انظر مختصر ابن الحاجب ج ١ ص ١٧٠ والمستصفى ج ١ ص ١٠٤ ومسلم الثبوت ج ١ ص ٢١٢ .

ورد الجمهور على هذين الدعويين بعدم التسليم بكون الكلمات المذكورة ليست عربية . وغاية ما يمكن أن تدل عليه الكلمات المذكورة عندهم هو أن اللغات المختلفة اشتركت فيها وهو غير ممتنع ولا تدل على أنها غير عربية كما هو الحال في لفظ « تنور » فإن جميع اللغات متفقة على استعماله في الاسطوانة التي تصنع من فخار لغرض إنضاج الخبز فيها .

وكون النبي (ص) مبعوثاً إلى كل الناس لا يستلزم اشتمال القرآن على لغات أخرى غير العربية لمجرد وجود بعض كلمات فيه مستعملة في بعض اللغات الأخرى كالعربية ولا استلزم اشتماله على جميع اللغات ما دام مبعوثاً لكل الناس مع عدم جواز الاقتصار على كلمة واحدة مثلا من كل لغة ، لأن ذلك لا يتحقق منه الغرض من البعثة وانزال القرآن وهو الاعجاز والبيان .

اشتماله على ألفاظ مجازية :

اختلف العلماء في اشتمال القرآن على ألفاظ مجازية وعدم اشتماله على ذلك ، فالجمهور قالوا بالأول . وخالفهم أهل الظاهر والرافضة [١] .

حجة الأولين : الوقوع . لما ورد في القرآن الكريم من قوله تعالى : « واسأل القرية التي كنا فيها والعير التي أقبلنا فيها . » وقوله : « واخفض لهما جناح الذل من الرحمة» وقوله : « جداراً يريد أن ينقض ». وقوله : « واشتعل الرأس شيباً » . إلى غير ذلك مما هو كثير في القرآن الكريم .

ووجه حمله على المجاز في هذه الآيات أن المعنى الحقيقي لا يمكن أن يراد في مثلها إذ القرية لا يصح أن تسأل وكذلك العير . وإنما أهلها هم الذين يسألون . والذل كذلك ليس له جناح حتى يخفض . والجدار لا إرادة له . كما أن الرأس لا يشتعل بالشيب وإنما الاشتعال يكون بالنار . وإذا كانت

---

(١) انظر كتاب الأحكام للآمدي ج ١ ص ٦٣ . ومسلم الثبوت ج ١ ص ٢١١ .

المعاني الأولية التي دلت عليها هذه الآيات غير حقيقية لعدم إمكان تصورها هنا فقد وجب التسليم باشتمال القرآن على ألفاظ مجازية .

وقال المخالفون وهم الظاهرية والروافض : إن المجاز هو الركيك من الكلام . وكلام الله يصان عن ذلك . وأيضاً هو كذب بدليل صدق نفيه بالنسبة لمن قال للبليد مثلاً : هو حمار ، وللأنسان الشجاع هو أسد .

وأيضاً المجاز لا يفيد معناه بلفظه دون وجود قرينة تدل على المعنى المراد من اللفظ وربما تخفي القرينة فيقع الإلباس على المخاطب وهو قبيح من الحكيم .

ويجاب على اعتبار المجاز من الكذب بالمنع ، لأنه انما يكون كذلك فيما لو أثبت ذلك حقيقة لا مجازاً ، وأيضاً المجاز عند العقلاء يعتبر من المحسنات البلاغية ، فكيف يصبح اعتباره كذباً .

كما يمنع اعتبار كون المجاز من ركيك الكلام لأن المجاز عند أهل البلاغة يعتبر أحياناً أفصح وأقرب إلى تحصيل مقاصد المتكلم البليغ .

واعتبار المجاز عند خفاء القرينة قبيحاً من الحكيم مبني على القول بالتحسين والتقبيح العقليين وقد أبطله العلماء في موضعه . كيف وهو لازم لهؤلاء المخالفين فيما ورد من الآيات المتشابهات . فما هو جوابهم عن هذا يكون جواباً لمن قالوا بوجود المجاز ؟ .

نزوله منجماً :

كانت الكتب السماوية السابقة على القرآن كلها تنزل على الأنبياء جملة واحدة ، وجاء القرآن على خلاف ذلك : حيث كان ينزل مفرقاً لمدة ما يقرب من ثلاث وعشرين سنة، حسب الأحوال والظروف والدواعي ، يدل على ذلك قوله تعالى : « وقالوا لولا نزّل عليه القرآن جملة واحدة كذلك لنثبت

به فؤادك ورتلناه ترتيلا . » وقوله : « وقرآناً فرقناه لتقرأه على الناس على مكث ونزلناه تنزيلا » .

وأسباب نزوله منجماً كثيرة لكنها تعود في مجملها إلى ما يلي / :

أولاً :ـ

ان في تنزيل القرآن منجماً تثبيتاً للنبي (ص) وتصبيراً له على الشدائد التي كثيراً ما كانت تعترض سبيله في بداية الدعوة . فكلما اشتد به الكرب كلما نزل عليه الوحي ليشعره بأن الله معه يلكؤه بعنايته ويحيطه برعايته وهذا ما يشير إليه قوله تعالى : وقالوا لولا نزل عليه القرآن جملة واحدة كذلك لنثبت به فؤادك » .

ثانياً :ـ

ان تنزيله منجماً يسهل معه الحفظ والقراءة على تؤدة منه ومن أمته كما يسهل معه تناول أحكامه بالتطبيق ، لأن ما يكون مفرقاً ومجزءاً من التكاليف يحصل معه شيء من اليسر والسهولة ، وبه يتأتى التدرج في التحلي والتخلي ، بخلاف ما لو نزل القرآن مرة واحدة فإن التكاليف تبعاً لذلك تكون مرة واحدة مما يشق على الناس امتثالها والعمل بها ، وإلى بعض هذه المعاني يشير قوله تعالى : وقرآناً فرقناه لتقرأه على الناس على مكث ونزلناه تنزيلا » .

ثالثاً :ـ

يكون في تنزيله منجماً مجاراة الأحكام للحوادث المتجددة بحيث كلما حصلت حادثة نزل حكمها ليكون ذلك أدعى إلى رسوخ الأحكام في النفوس وأقرب إلى التجاوب والتفهم لمعاني الآيات المسببة كما هو الحال في حادثة الظهار وقصة الافك ، وتصحيح ما حصل في غزوة بدر . وكشف أحوال المنافقين ،

والرد على استفسارات المستفسرين . إلى غير ذلك من الدواعي والأحوال المستوجبة لأحكام شرعية بخصوصها .

أسباب النزول وفائدة معرفتها :

ذكرت فيما سبق ان القرآن الكريم كان ينزل منجماً وذلك بحسب الظروف والأحوال والمناسبات . وتعرف هذه الأحوال والمناسبات التي كان يقترن بها نزوله عند العلماء بأسباب النزول ، ولمعرفتها فوائد عظيمة : من بينها : أنها تعين على فهم المعنى ورسوخه في الذهن ، كما تساعد على الحفظ وإدراك الحكمه الباعثة على تشريع الحكم ، وقد تزيل اللبس عن المعنى المراد من الآية ، بحيث لو لم يعرف السبب لما أمكن إدراك المعنى المقصود ، كما حصل ذلك بخصوص عدد من الآيات ، نذكر منها على سبيل المثال ما يلي :

١ ــ قوله تعالى : « ولله المشرق والمغرب فأينما تولوا فثم وجه الله » آية ١١٥ من سورة البقرة . فإنه يؤخذ من ظاهر هذه الآية أن الصلاة تصح إلى أي جهة كانت ولو لم يستقبل بها القبلة ، سواء في سفر أو حضر ، كانت القبلة معروفة أو غير معروفة ، وكانت الصلاة فرضاً أو نافلة ، مع أن هذا التعميم غير مراد ، بل هي خاصة بنافلة السفر ، وقيل خاصة بالشخص الذي تخفى عليه القبلة فيصلي مجتهداً إلى أي جهة ثم يتبين خطؤه . وسبب النزول هو الذي يبين ذلك . وقد اختلف فيه فابن عمر قال : انزلت ــ فأينما تولوا فثم وجه الله ــ في التطوع أي صل حيث توجهت بك راحلتك فيه . وقال جابر بن عبدالله : بعث رسول الله (ص) سرية كنت فيها فأصابتنا ظلمة فلم نعرف القبلة فقالت طائفة منا : قد عرفنا القبلة هي هاهنا قبل الشمال ، فصلوا وخطوا خطوطاً ، وقال بعضنا ها هنا قبل الجنوب وخطوا خطوطاً فلما اصبحوا وطلعت الشمس أصبحت تلك الخطوط لغير القبلة فلما قفلنا من سفرنا سألنا النبي « ص » عن ذلك فسكت فأنزل الله تعالى ــ ولله المشرق والمغرب فأينما تولوا فثم وجه الله » .

٢ ــ قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا عليكم انفسكم لا يضركم من ضل إذا اهتديتم » آية ١٠٥ من سورة المائدة .

وقد يتبادر إلى الذهن عند سماع هذه الآية أن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر غير واجبين ، وعلى المسلم أن يلزم نفسه ولا يتعرض للغير بأمر أو نهي ، وهذا المعنى غير مراد ، لأنه يتنافى مع مبدأ الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر الذي جاءت الشريعة الاسلامية من أجل تحقيقه ليكون واقعاً ملموساً ، كما أنه يصطدم مع النصوص الأخرى التي تفرض علينا أن نأمر وننهي .

وسبب نزول هذه الآية يبين أن المعنى المتبادر غير مراد ، فقد قيل انها نزلت بخصوص بعض الاسارى الذين عذبهم المشركون حتى ارتد بعضهم فقيل لمن بقي على الاسلام : عليكم انفسكم لا يضركم ارتداد اصحابكم .

وقيل سبب نزولها أن أشخاصاً اسلموا فقيل لهم سفهتم آباءكم وضللتموهم فأنزل الله الآية بسبب ذلك . وقال سعيد بن جبير نزلت في أهل الكتاب ، وقال مجاهد في اليهود والنصارى ومن كان على شاكلتهم ، والمعنى على رأيهم : أنه لا يضركم من ضل إذا اهتديتم بعد الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، وقال ابن خويز منداد : تضمنت الآية وجوب اشتغال الانسان بخاصة نفسه وتركه التعرض لمعايب الناس والبحث عن أحوالهم فانهم لا يسألون عن حاله فلا يسأل هو عن حالهم [1] .

وعلى أية حال : فإن الآية لا تدل على ترك الأمر بالمعروف كما قد يتبادر ، وكما تبادر بالفعل إلى افهام بعض الصحابة ، مما جعل أبا بكر الصديق يخطب فيهم قائلا : إنكم تقرؤون هذه الآية وتتأولونها على غير تأويلها « يا أيها الذين آمنوا عليكم انفسكم لا يضركم من ضل إذا اهتديتم » واني سمعت رسول

---

(١) انظر ص ٢٣ من كتاب أسباب النزول للنيسابوري .

الله (ص) يقول إن الناس إذا رأوا الظالم فلم يأخذوا على يديه أوشك أن يعمهم الله بعقاب من عنده[١] .

٣ ــ قوله تعالى :« لا يحسبن الذين يفرحون بما أتوا ويحبون أن يحمدوا بما لم يفعلوا فلا تحسبنهم بمفازة من العذاب ولهم عذاب اليم . » آية ١٨٨ من سورة آل عمران .

فلما سمع مروان بن الحكم هذه الآية جزع لتبادر ظاهرها إلى ذهنه ، ولم يعرف أن لها سببا خاصاً ، وفي يوم من الأيام وهو أمير على المدينة جاءه أبو سعيد الخدري ، وزيد بن ثابت ، ورافع بن خديج فقال مروان : يا أبا سعيد : أرأيت قوله تعالى :« لا يحسبن الذين يفرحون بما أتوا .. » الآية . والله إنا لنفرح بما أتينا ، ونحب أن نحمد بما لم نفعل . فقال أبو سعيد ليس هذا في هذا انما كان رجال في زمن النبي (ص) يتخلفون عنه وعن أصحابه في المغازي فإذا كانت فيهم النكبة وما يكره فرحوا بتخلفهم وإذا كان فيهم ما يحبون حلفوا لهم واحبوا ان يحمدوا بما لم يفعلوا[٢] » . ومعروف أنه بفهم السبب تزول الحيرة والعجب كما يقولون .

هذه أمثلة ثلاثة تبين لنا بوضوح مدى أهمية معرفة السبب في التعرف على المعنى الحقيقي للآية ولذلك فإنه ما من آية أو سورة إلا وها سبب نزول ، غاية الأمر أن ذلك السبب قد يكون خاصاً كآية الظهار وآيات بيعة الرضوان ، وكسورتي المعوذتين وغير ذلك مما هو كثير ومعروف ، وقد يكون عاماً ، ومجمله : أن كل ما نزل من القرآن قصد به من قريب أو بعيد إسعاد البشرية في دنياها وأخراها ، فيكون ذلك سبباً عاماً لكل آية أو سورة بالإضافة إلى الأسباب الخاصة التي قد تكون للآيات أو السور .

---

(١) انظر ج ٦ ص ٣٤٢ من تفسير القرطبي .
(٢) أسباب النزول للنيسابوري ص ٩١ .

ولا يلزم من خصوصية السبب خصوصية الحكم متى كان اللفظ عاماً . ولذلك قيل : العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب . ثم إن هذه الأسباب انما تعرف بالنقل الصحيح عن الصحابة الذين عاصروا التنزيل وعايشوا الاحداث والملابسات ، ولا يجوز القول فيها بالاجتهاد ، وقد اعتنى العلماء قديماً وحديثاً ببيانها وألفوا فيها الكتب العديدة، وكان أقدمهم علي بن المديني شيخ البخاري ، وأشهر الكتب في ذلك كتاب الواحدي النيسابوري .

أول ما نزل وآخر ما نزل :

ان أول ما نزل من القرآن الكريم كما هو معروف لدى الجميع الآيات الأولى من سورة العلق « اقرأ باسم ربك الذي خلق، خلق الإنسان من علق ... » وآخر ما نزل منه قوله تعالى : « واتقوا يوماً ترجعون فيه إلى الله ثم توفي كل نفس ما كسبت وهم لا يظلمون » وهذا هو الصحيح [1] الذي مشى عليه كثير من العلماء وفي مقدمتهم السيوطي لأنه منقول عن حبر الأمة الاسلامية « عبدالله بن عباس » ولأنه لم يعش الرسول (ص) بعد نزول هذه الآية سوى تسع ليال . وما يذكره كثير من الناس من أن آخر آية نزلت هي قوله تعالى : اليوم أكملت لكم دينكم واتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الاسلام ديناً » فهو قول مردود ، لأن هذه الآية نزلت على النبي (ص) في حجة الوداع وقد عاش بعدها واحداً وثمانين يوماً .

اما آية البقرة « واتقوا يوماً ترجعون فيه إلى الله » فلم يعش بعدها كما قلت سوى تسعة أيام ثم فارق الدنيا وبفراقه انقطع الوحي ، وانفصلت السماء عن الأرض بعد اتصال وثيق ورفيق، فيه شوق وحنين ، وفيه تعطش وتلهف .

---

(١) هناك آراء أخرى غير هذه . انظر المصدر المذكور ص ٥ وما بعدها .

كتابته وجمعه في صحف :

كان الرسول (ص) يعتني بكتابة وجمع ما ينزل من القرآن الكريم . بخلاف الحديث الشريف فكان ينهي عن كتابته في بداية الدعوة حتى لا يختلط الأمر على الناس ويلتبس عليهم القرآن بالحديث . وكان له كتاب كثيرون : اشهرهم الخلفاء الأربعة ، والزبير بن العوام ، وخالد بن الوليد ، ومعاوية بن أبي سفيان ، وزيد بن ثابت ، وأبي بن كعب ، والمغيرة بن شعبة وغيرهم ، وكانوا يكتبون ما ينزل في الرقاع وجريد النخل والعظام العريضة والحجارة الرقيقة . وكان (ص) يدلهم – على تبعية الآيات لسورها ، لكن مع ذلك لم تكن مرتبة كمال الترتيب حتى وقعت حروب الردة في خلافة سيدنا أبي بكر الصديق ، وقتل من حفظة القرآن عدد كبير ، خاصة في معركة أهل اليمامة . الأمر الذي افزع سيدنا عمر فزعاً شديداً وجعله يطلب من سيدنا أبي بكر أن يعمل على جمع القرآن كله في صحائف متماثلة في مقدارها بحيث يمكن ضم بعضها إلى بعض لتصان في مكان أمين . وتكون مرجعاً للمسلمين . وقد عارض سيدنا أبو بكر هذا الرأي بحجة أنه لم يحصل مثله في عهد الرسول (ص) ولكن الله شرح صدره بعد جدال لرأي عمر بن الخطاب ، واستدعى زيد بن ثابت الذي كان من ألزم الصحابة للرسول صلى الله عليه وسلم ، ومن أكثرهم حفظاً للقرآن ، وأخبره بما يرى عمر بن الخطاب وبموافقته على ذلك بعد التردد ، ثم كلفه بأن يقوم هو بالتنفيذ ، فتردد كما تردد هو من قبله . ولكنه اقتنع هو الآخر بأن ذلك مصلحة ضرورية ، ورضي بأن يقوم بذلك مع إيمانه الشديد بثقل المسؤولية . لذلك يروى عنه أنه قال : قال لي أبو بكر : انك رجل شاب عاقل لا نتهمك ، وقد كنت تكتب الوحي لرسول الله (ص) فتتبع القرآن واجمعه . فوالله لو كانوا كلفوني نقل جبل من الجبال ما كان اثقل علي مما أمرني به من جمع القرآن .

وقد بذل مجهوداً عظيماً في جمعه من اللخاف والجريد والعظام والخرق ومن صدور الرجال. وساعده على ذلك عمر بن الخطاب، وأبي بن كعب. وقد وجد آخر سورة التوبة وهي قوله تعالى : « لقد جاءكم رسول من أنفسكم عزيز عليه ما عنتم حريص عليكم بالمؤمنين رؤوف رحيم .... » مكتوبة مع أبي خزيمة الأنصاري ولم يجدها عند غيره ، وقد قبلها منه مع أنه لم يقبل غيرها من غيره ، الا إذا شهد اثنان على أنهما سمعا ذلك من الرسول الكريم . نظراً لأنه كان يحفظها هو وأبو بكر وعمر كذلك ، وأيضاً لأن رسول الله (ص) جعل شهادة أبي خزيمة بشهادة رجلين وشهد له بالصدق .

وبهذا العمل جمع القرآن في صحف متساوية في الحجم ضمت إلى بعضها وربطت بخيط ثم حفظت عند أبي بكر حتى توفي ، ثم عند عمر حتى توفي ، ثم عند حفصة أم المؤمنين ، ثم عند عبدالله بن عمر حتى أخذها مروان بن الحكم ومحاها .

وقد أطمأن المسلمون بذلك على القرآن الكريم وأمنوا ضياع أي شيء منه حتى طرأ في خلافة سيدنا عثمان ما يدعو إلى عمل آخر يكمل العمل الأول . وسبب ذلك أن حفظة القرآن الذين تلقوه من الرسول (ص) مباشرة صار عدد منهم يعلمونه للغلمان في المدينة كما سمعوه ، ونشأ عن ذلك أن أولئك الغلمان كلما اجتمعوا قرأوا ما حفظوه فوجدوا اختلافاً كثيراً بينهم مما جعلهم يخطئون بعضهم ، ووصل ذلك الأمر إلى معلميهم ، فاشتد الخلاف بينهم أيضاً حتى تناهوا إلى تكفير بعضهم ، وبلغ الأمر خليفة المسلمين فاشتد غضبه وخطب في الناس قائلا : انتم عندي تختلفون فمن نأى عني من الامصار اشد اختلافاً ، وجعل يستشيرهم فيما يفعل ، وبينما هو كذلك وإذا بحذيفة بن اليمان قادم من أرمينيا وأذربجان ، وأخبره أيضاً بأن جيش المسلمين الذين تجمعوا من العراق والشام لغزو أذربجان وأرمينيا كثر بينهم الخلاف في القرآن الكريم ، كل

منهم بخطىء الآخر ، حتى كادت تحصل فتنة بينهم . وطالبه بأن يعالج هذه المسألة قبل فوات الأوان . فاستقر الأمر بعد الدراسة والتروي والمشاورة على كتابة مصاحف تبعث للأمصار يكون اتباعها أمراً محتماً مع حرق ما عداها . وأسند هذه المهمة إلى اثني عشر رجلا منهم زيد بن ثابت . وسعيد بن العاص ابن أمية ، وعبد الرحمن بن الحارث بن هشام ، ومالك بن أبي عامر جد مالك ابن أنس ، وعبدالله بن عباس ، وابي بن كعب ، وانس بن مالك ، وعبد الله ابن الزبير ، وقد شرعوا في عملهم بجد ونشاط بعد أن رسم لهم سيدنا عثمان طريقة العمل ، وانهوه بكتابة خمسة مصاحف وقبل سبعة ثم عرضها على أمهر القراء . عندئذ أقرها سيدنا عثمان ، ثم بعث بها إلى الامصار : الكوفة . والبصرة والبحرين . واليمن . ومصر . ودمشق . وأبقى معه نسخة بالمدينة ، وهي المسماة بالمصحف العثماني أو المصحف الامام . وأمر بما سواها أن يحرق ، وبهذا العمل الجليل تمت المحافظة على الكتاب العزيز وعلى وحدة المسلمين التي هي اثمن شيء واغلاه .

والفرق بين الكتابة والجمع في زمن النبي (ص) وفي عهد الخليفتين : هو أن ما كتب في عهد الرسول كان مرتباً بالنظر إلى ما كتب في كل قطعة لكن القطع لم تكن مرتبة فيما بينها ، ويرجع ذلك لضعف أدوات الكتابة ووسائلها ولوجود المرجع الرئيسي وهو الرسول الكريم (ص) . زيادة على أنه مرتب في الصدور ، غير أنه قد يجمع بين الناسخ والمنسوخ .

أما الجمع في زمن سيدنا أبي بكر فقد قصد به حفظ القرآن من ضياع أي شيء منه فيما لو مات حفظته جميعاً ، زيادة على أنه رتبت فيه آيات السور ترتيباً كاملا بينما السور نفسها لم ترتب . وأما في زمن سيدنا عثمان فقد قصد به المحافظة عليه كما سمع من الرسول (ص) من غير تحريف ولا تبديل ، كما تم فيه ترتيب القرآن كله على ما نشاهد عليه المصحف[1] الآن .

(١) انظر مسلم الثبوت ج ٢ ص ١٣ ، و اللآلىء الحسان ص ٦٧ .

حجيته ودلالته على الأحكام :

لم يخالف أحد من المسلمين في اعتبار القرآن مصدراً أساسياً للتشريع ، بل هو صدر المصادر ، ولا يصح الرجوع إلى غيره عند البحث على الأحكام الا عند العجز عن وجود الحكم فيه، لأنه كلام الله المحفوظ من الخطإ والتحريف كما تشير إلى ذلك الآية الكريمة : « إنا نحن نزلنا الذكر وإنا له لحافظون » وأيضاً الآية الأخرى القائلة « لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه تنزيل من حكيم حميد » .

ويدل على الأحكام تارة على سبيل القطع وأخرى على سبيل الظن . فإذا كانت الدلالة لا تحتمل الا معنى واحداً كانت قطعية، فإن احتملت معاني متعددة كانت ظنية . فمثال الدلالة القطعية دلالة بعض الآيات الدالة على قواعد الإيمان وأركان الإسلام وأمهات الفضائل والمحرمات ورؤوس الأحكام التي تدور على قطبها رحي الشريعة . مثل قوله تعالى « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين » وقوله « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة » وقوله « الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة » وقوله « يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين » وقوله « كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم لعلكم تتقون » إلى غير ذلك من الآيات الدالة على الواجبات والمحرمات والأعداد المحصورة وما شابهها مما لا يحتمل التأويل ولا تعدد المعاني .

ومثال الدلالة الظنية دلالة لفظ القروء الوارد في قوله تعالى : والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » فإنه كما يحتمل الطهر يحتمل الحيض، لأن العرب تطلقه على المعنى الأول تارة ، وعلى المعنى الثاني تارة أخرى ، ولذلك كان محل اختلاف المجتهدين عند تعرضهم لبيان عدة المطلقة .

وكذلك قوله تعالى : « ومن يشاقق الرسول من بعدما تبين له الهدى ويتبع

غير سبيل المؤمنين نوله ما تولى ونصله جهنم وساءت مصيراً » .

فإن سبيل المؤمنين الوارد في هذه الآية كما يراه جمهور العلماء هو: ما اتفق عليه أهل الاجتهاد من المسلمين وكان محل اجماع منهم . وتبعاً لهذا الفهم استدلوا بهذه الآية على حجية الاجماع . لأنه إذا كان اتباع غير سبيلهم مستوجباً للعذاب فيجب تركه فإن اتباع سبيلهم وهو العمل بما أجمعوا عليه يكون منجياً من العذاب فيجب سلوكه واعتباره . ويرى غير الجمهور أن سبيل المؤمنين يراد به متابعة الرسول ونصرته ودفع الأذى عنه وليس ما اتفق عليه المجتهدون من الأحكام الشرعية الفرعية .

ولما كانت الآية تحمل هذا وتحتمل ذاك كانت دلالتها بخصوص اتباع سبيل المؤمنين دلالة ظنية وكانت محل اختلاف العلماء .

وبصفة عامة فإن كل نص فيه لفظ عام أو مطلق أو مشترك يكون من قبيل الظني لأن العام يحتمل التخصيص . والمطلق يحتمل التقييد . والمشترك كذلك ظنيته واضحة لتعدد معانيه .

الأحكام الواردة فيه :

القرآن الكريم حوى كل شيء وبين كل ما تحتاجه البشرية بصفة عامة إما مباشرة أو بواسطة . فهو كتاب جامع ومصدر كامل وشامل ، وقوله تعالى: « ما فرطنا في الكتاب من شيء وأيضاً : « ونزلنا عليك الكتاب تبياناً لكل شيء » صريح فيما ذكرنا وقد اشتمل على ذكر الكثير من اخبار الامم السابقة وما وقع لها من أحداث وما قامت به من أعمال ، كما اشتمل — تارة إجمالا وأخرى تفصيلاً — على كل ما يخص الناس من الأحكام التي تنظم علاقتهم بربهم وعلاقتهم ببعضهم وواجب الأفراد نحو انفسهم .

وعلى ذلك فإن الأحكام الواردة في القرآن تنقسم إلى ثلاثة أقسام .

القسم الأول :

أحكام اعتقادية تتعلق بما يجب على المكلف اعتقاده في الله وفي ملائكته وكتبه ورسله واليوم الآخر .

القسم الثاني :

أحكام خُلُقية تبين مايجب على المكلف أن يتصف به من الأخلاق الحميدة وما يجب أن يبتعد عنه من القبائح والرذائل .

القسم الثالث :

أحكام عملية ترتبط بما يصدر عن الانسان المكلف من أقوال وأفعال ، وهذا القسم هو الذي يتعلق به علم أصول الفقه .

ومن البين أن الأحكام العملية الواردة في القرآن نوعان : نوع اشتمل على أحكام العبادات من صلات وصوم وحج وزكاة ونذر ويمين وغيرها مما يراد به تنظيم علاقة الانسان بخالقه غالباً ، ونوع اشتمل على أحكام المعاملات من مثل العقود والجنايات والعقودات وبقية التصرفات الأخرى التي لا تدخل في باب العبادات كأحكام الأسرة[1] ، والعلاقة بين الحاكم والمحكوم ، ومعاملة المسلمين لغيرهم وما شابهها . وقد جرى الاصطلاح الشرعي على اطلاق إسم المعاملات على ما عدا العبادات . وجملة القول فإن الأحكام العملية في الاصطلاح الشرعي إما عبادات وإما معاملات .

فما يقصد به تنظيم علاقة الانسان بخالقه غالباً وليس عقائدياً فهو من قبيل العبادات وما عداه يدخل في باب المعاملات . اصالة أو تغليباً . وهناك من يرى غير هذا التقسيم .

---

(١) هناك من يجعل أحكام الأسرة نوعاً ثالثاً خارجاً عن العبادات و المعاملات ونظراً إلى كونها في الغالب تقع بين اثنين فأكثر وفيها تعامل بين متعددين من الخلق آثرنا إدخالها في باب المعاملات .

والمتتبع للقرآن الكريم يجد أن الآيات التي تعرضت للعبادات تبلغ مائة وأربعين آية ، كما يجد الآيات الواردة في الأحوال الشخصية مثل الطلاق والإرث والوصية والحجر وغيرها تبلغ سبعين آية ، ومثلها المعاملات المدنية الأخرى مثل الاجارة والشركة والرهن والتجارة وغيرها ، ويجد أيضاً نحو ثلاثين آية تتعلق بالجنايات والعقوبات . ونحو عشرين آية واردة بخصوص الشهادة والقضاء وما يتعلق بهما . وأكثر أحكام العبادات الواردة في القرآن تعبدية لا دخل للعقل فيها بخلاف المعاملات عدا الأحوال الشخصية منها فأكثرها معقولة المعنى تخضع في تطبيقها وتنفيذها للمصلحة وظروف العباد ، ليكونوا بذلك في سعة ورحمة ولتكون الشريعة بذلك أيضاً صالحة لأن تحكم وتسود في كل زمان ومكان .

بيانه للأحكام :

بعد الاستقراء والتتبع لآيات الأحكام اتضح أن ما ورد في القرآن الكريم من الأحكام يغلب عليه الاجمال لا التفصيل ، وينسم بطابع الكليات لا الجزئيات . والتفصيل نجده بصفة واضحة في أحكام المواريث والأسرة ، لأنها من المواضيع الحساسة التي تستوجب الفصل فيها بصفة قطعية وجازمة حتى لا تكون هناك عوامل فرقة في الاسرة الواحدة ، وقد طلب منها أن تكون وحدة متماسكة .

وقد اكتسبت الشريعة الاسلامية بمجيء أحكامها في القرآن على هذا النحو مرونة وشمولا يجعلانها متسعة لحاجيات البشرية مهما تنوعت وتعددت سواء طال الزمن أو قصر ، وذلك لأن الشأن في الكليات والقواعد العامة عدم الاختلاف ، والذي قد يختلف انما هو ما يندرج تحتها من جزئيات .

أسلوبـــه :

يعتبر القرآن كتاب هداية وموعظة وعبرة ، بالإضافة إلى كونه مصدراً تشريعياً . ولذلك جاءت أساليبه متنوعة حتى تؤدي الأغراض المتعددة التي يرد من أجلها القرآن ، وحتى تكون مشوقة ومرغبة للقارىء والمستمع .

فتارة يأتي الحكم مبيناً بصيغة الأمر مثل : « يا أيها الذين آمنوا اركعوا واسجدوا واعبدوا ربكم وافعلوا الخير لعلكم تفلحون » ومثل « أقيموا الصلاة وآتوا الزكاة » وتارة يأتي بصيغة النهي مثل قوله تعالى : « ولا تتمنوا ما فضل الله به بعضكم على بعض » ومثل : لا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة وساء سبيلا ».

وأحياناً يأتي بصيغة الإخبار عن الشيء بأنه مكتوب أو مفروض . أو حلال أوحرام . أو بر أو خير أو شر أو ليس من البر . وذلك مثل قوله تعالى : كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم لعلكم تتقون » وقوله : قد علمنا مـــا فرضنا عليهم في ازواجهم وما ملكت أيمانهم »وقوله : اليوم أحل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم .. » وقوله حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وماأهل لغير الله به والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع إلا ما ذكيتم وما ذبح على النصب ... » وقوله : ليس البر أن تولوا وجوهكم قبل المشرق والمغرب ولكن البر مـــن آمن بالله واليوم الآخر والملائكة والكتاب والنبيين ... » وقوله : لن تناولوا البر حتى تنفقوا مما تحبون » وقوله : ولا يحسبن الذين يبخلون بما آتاهم الله من فضله هو خيراً لهم بل هو شر لهم » .

وتارة يأتي ببيان ما يترتب على الفعل أو الترك من مثوبة أو عقوبة أو نفع أو ضرر ، مثل قوله تعالى : ومن يطع الله ورسوله ندخله جنات تجري من تحتها الأنهار خالدين فيها وذلك الفوز العظيم ، ومن يعص الله ورسوله ويتعد حدوده ندخله نارا خالداً فيها وله عذاب مهين » .

والناظر في هذه الأساليب سواء كان مجتهداً أو غيره يدرك أن ما ذكر بأسلوب المدح أو حصل وعد بالإثابة عليه يكون فعله مطلوباً : إما ، على سبيل الإيجاب وإما على سبيل الندب ، وما ورد بأسلوب الذم أو حصل توعد على مرتكبه يكون تركه هو المطلوب ويكون فعله إما حراماً أو مكروهاً ، وما لم يكن من هذا ولا ذاك وذكر بلفظ الحل فهو مباح يجوز فعله كما يجوز تركه.

المحكم والمتشابه :

يرى جمهور العلماء أن في القرآن آيات محكمات وأخرى متشابهات ، وهو ما يؤخذ من صريح قوله تعالى : « منه آيات محكمات هن أم الكتاب وآخر متشابهات فأما الذين في قلوبهم زيغ فيتبعون ما تشابه منه ابتغاء الفتنة وابتغاء تأويله » آية (٧) من سورة آل عمران . وذكر الشوماني[1] أن هذا لا خـــلاف فيه . ولكن القرطبي حكى من قبله قولين آخرين وان لم يرتضهما فانهما يدلان على وجود خلاف ، ولعل ضعفهما جعلهما في نظر الشوماني كالعدم . أولهما يقضي بأن القرآن كله محكم لقوله تعالى : كتاب أحكمت آياته ، آية (١) من سورة هـــود ويقضي ثانيهما بان جميعه متشابه ، لقوله تعالى : الله نزل أحسن الحديث كتاباً متشابهاً » آية ٢٣ من سورة الزمر . لكن ما يراه الجمهور هو المعمول عليه ، ولا دليل في هاتين الآيتين للمخالفين فيما ذكروه . لأن معنى قوله تعالى : أحكمت آياته : أي نظمت نظماً محكماً لا يلحقها تناقض ولا خلل . ومعنى قوله متشابهاً : أي يشبه بعضه بعضاً في الحسن والحكمة ويصدق بعضه بعضاً ، ليس فيـــه تناقض ولا اختلاف .

فالتشابه والإحكام إذن في هاتين الآيتين من قبيل المدح ، فهما ملتقيتان في المعنى المذكور ، أما هما في قوله تعالى : « منه آيات محكمات هن أم

---

(١) إرشاد الفحول ص ٣١ .

الكتاب وأخر متشابهات » فإنهما لا يلتقيان فيما ذكر لأنه يؤخذ من صريح هذه الآية أن المتشابه هو الذي يتبعه من في قلوبهم زيغ فيكون اتباعه مذموماً ، وأن المحكم مقابله . فهما إذن في هذه الآية غير ما هنالك . وعلى ذلك بطل أن يكون القرآن كله متشابهاً أو كله محكماً وثبت تنوعه .

غير أن للعلماء آراء عدة في تحديد معنى المتشابه والمحكم تحديداً دقيقاً : فيرى سفيان الثوري والشعبي وجابر عبدالله : أن المحكم هو : ما عرف تأويله وفهم معناه وتفسيره ، وبناء على هذا التحديد فإن الأمثلة على ذلك . غير خافية ، لأن معظم آي القرآن من هذا القبيل ، وخاصة الآيات التي فيها أحكام تشريعية ، حتى ادعى بعض العلماء أن جميعهـــا من قبيل المحكم بالاستقراء .

أما المتشابه فهو ما لم يكن لأحد سبيل إلى معرفته بل استأثر الله بعلمه دون خلقه ، مثل قيام الساعة ومعاني الحروف المقطعة في أوائل بعض السور مثل : حـم ، طـسم ، المـص . ومثل خروج يا جوج وما جوج ، ونزول المسيح الدجال ، والآيات التي يوهم ظاهرها أن يكون لله شيء يشبه ما يكون لخلقه ، مثل قوله تعالى : « يد الله فوق أيديهم » وقوله : « ويبقى وجه ربك ذو الجلال والأكرام » إلى غير ذلك .

ويرى النحاس أن المحكم من القرآن ما كان قائماً بنفسه لا يحتاج أن أن يرجع فيه إلى غيره ، بأن كان واضح المعنى لا إشكال فيه ولا تردد ، مثل قوله تعالى : ولم يكن له كفواً أحد . ومثل قوله : واني لغفار لمن تاب وآمن وعمل صالحاً ثم اهتدى .

والمتشابه هو الذي يحتاج في ظهور معناه متكاملاً إلى غيره مثل قوله جلت حكمته « ان الله يغفر الذنوب جميعاً » فإنه يحتاج إلى قوله تعالى : « ان الله لا يغفر أن يشرك به . » وإلى قوله : « واني لغفار لمن تاب » الآية .

ويرى الامام الغزالي[1] أنه ما دام لم يثبت معناهما توقيفاً فلا بد أن يفسرا بما يعرفه أهل اللغة مع لزوم مناسبته للفظ من حيث الوضع ، وقد استبعد عدداً من التفاسير ثم استحسن اثنين ، نذكر هما باختصار .

أولاً — أن المحكم هو المكشوف المعنى الذي لا يتطرق إليه إشكال أو احتمال . والمتشابه ما تعارض فيه الاحتمال كألفاظ : القرو ، واللمس ، والذي بيده عقدة النكاح » الواردة في قوله تعالى : « والمطلقات يتربصن بأنفسن ثلاثة قروء » وقوله : أولاً سم النساء » وقوله : « أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح » حيث ان القروء يحتمل أن يراد به الدم كما تحتمل أن يراد به الطهر . والملامسة تحتمل المس العادي كما تحتمل الوطء . والذي بيده عقدة النكاح : يحتمل أن يكون الزوج وأن يكون الولي .

ثانياً — أن المحكم ما انتظم وترتب ترتيباً مفيداً إما على ظاهر أو على تأويل ، وأن المتشابه هو الاسماء المشتركة وما يوهم الجهة والتشبيه من صفات الله تعالى ، كما سبقت الاشارة إلى ذلك .

هذا هو المحكم والمتشابه في القرآن الكريم باختصار . وهناك تفاسير أخرى لهاتين الكلمتين لو تتبعناها لطال بنا المقام . وأعتقد أن ما ذكرناه فيه تصوير كاف لهما . ولعل الرأي الأول الذي نقلناه عن الغزالي أوضح وأقرب دلالة على المعنى المراد لهما .

النسخ في القرآن :

قبل الحديث على النسخ في القرآن لا بد من معرفة ماهية النسخ وآراء العلماء فيه باختصار ، حتى يكون الحديث على النسخ في القرآن مبنياً على أسس

---

(١) انظر المستصفى ج ١ ص ١٠٦ .

ثابتة وعلى معرفة ببعض الجوانب الضرورية التي يحصل بها تصور لهذا الباب بصفة عامة .

ونبتدىء بذكر ماهيته فنقول : النسخ يطلق في اللغة على معنيين :

الأول : الإزالة ، يقال : نسخ الشيب الشباب إذا أزاله ، ومنه نسخت الريح آثار القوم إذا أزالتها وأعدمتها ، ونسخت الشمس الظل إذا أزالته ، ومنه أيضاً تناسخ القرون والازمنة .

الثاني : النقل . بمعنى تحويل الشيء من حالة إلى أخرى مع بقائه في نفسه . ومنه نسخت ما في الخلية من النحل إذا نقلته ، وأيضاً تناسخ المواريث لانتقالها من وارث إلى آخر ، وتناسخ الأرواح عند القائلين بذلك لانتقالها من بدن إلى غيره .

هذا معنى النسخ لغة باختصار ، أما معناه اصطلاحاً فقد طال جدال العلماء فيه ، فمنهم من عرفه بما يدل على أنه رفع للحكم وإزالة له ، ومنهم من عرفه بما يدل على أنه الكشف على ذلك الرفع وبيان انتهاء أمد الحكم .

وما من تعريف إلا وأوردت عليه عدة اعتراضات ، ولذا اكتفى بذكر التعريف الذي ذكره أبو إسحاق الاسفرايني ومشى عليه الرازي والبيضاوي والذي يدل على أنه بيان لانتهاء أمد الحكم وليس الانتهاء نفسه ، لأنه في نظري أقرب التعاريف إلى السلامة ، ونصه كما قال رحمه الله : أنه بيان انتهاء حكم شرعي بطريق شرعي متراخ عنه .

واحترز بقوله بطريق شرعي عما ثبت انتهاؤه بالجنون أو الموت أو العجز مثلا ، وذلك كسقوط وجوب غسل اليد على المتوضىء إذا كانت مقطوعة فانه لا يسمى نسخاً .

آراء العلماء فيه :

اتفق جميع المسلمين على أن النسخ جائز عقلا وواقع شرعاً من حيث هو نسخ بقطع النظر عن كونه في القرآن أو السنة . ومخالفة العالم المفسر أبي[1] مسلم الأصفهاني في الوقوع محمولة على أنه خالف في التسمية أو أنه لا يقول به في القرآن أو في الشريعة الواحدة، أما بين الشرائع المتعددة فلم يخالف في القول به ، حيث يسلم كبقية العلماء بنسخ الشريعة الاسلاميـــة لما سبقها من الشرائع ، والدليل على الجواز والوقوع : العقل والنقل .

أما العقل فلأنه لا يلزم على فرض وقوعه محال ، وكل ما كان كذلك فهو جائز ، بيان ذلك : أنه من الممكن أن تكون بعض الأحكام موافقة في علم الله تعالى لظروف الناس وأحوالهم في وقت ولا تكون كذلك فيوقت آخر ، ومن المصلحة نسخ ما لم يوافق أحوالهم وظروفهم وكان في علم الله لفترة إنتقالية مثلا بما يلائم ظروفهم مستقبلا حتى تزول عنهم المشقة ويتحقق لهم اليسر . وذلك كله مرهون بشروط[2] لا يتسع المجال لذكرها .

وأما النقل فيتحقق في أمرين :

الأمر الأول : ما يوجد من الآيات القرآنية الدالة بكل وضوح على ما ذكرنا ومنها على سبيل المثال :

١ ــ قوله تعالى : ما ننسخ من آية أو نُنْسِها نأت بخير منها أو مثلها ألم تعلم أن الله على كل شيء قدير . » آية ١٠٦ من سورة البقرة .

٢ ــ قوله تعالى : وإذا بدلنا آية مكان آية والله أعلم بما ينزل ، قالوا انما أنت مفتر بل اكثرهم لا يعلمون ... » آية ١٠١ من سورة النحل .

---

(١) انظر إرشاد الفحول ص ١٨٥ ، وشرح جمع الجوامع للمحلي مع حاشية العبادي جـ٣ ص١٥٦ .
(٢) انظر إرشاد الفحول ص ١٨٠ والمستصفى جـ١ ص ١٢١ .

٣ ــ قوله تعالى : يا أيها الذين آمنوا إذا ناجيتم الرسول فقدموا بين يدي نجواكم صدقة ... إلى قوله أأشفقتم أن تقدموا بين يدي نجواكم صدقات فإذ لم تفعلوا وتاب الله عليكم فأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة » آيتي ١٢ ، ١٣ من سورة المجادلة . حيث أمر المسلمين أولا بتقديم صدقة عند مناجاة الرسول ثم نسخ ذلك بقوله أأشفقتم إلى آخر الآية .

٤ ــ آيات أخرى نذكر بعضاً منها عند الحديث على النسخ للقرآن بالقرآن .

الأمر الثاني : اجماعات الصحابة، فقد نقل عنهم أنهم أجمعوا على أن الشريعة الإسلامية ناسخة لكل ما عداها . كما أجمعوا على القول : بأن وجوب التوجه إلى الكعبة في الصلاة ناسخ لوجوب التوجه إلى بيت المقدس الذي كان في فجر الاسلام. استناداً إلى قوله تعالى: قد نرى تقلب وجهك في السماء فلنولينك قبلة ترضاها فول وجهك شطر المسجد الحرام ... إلى آخر الآية رقم ١٤٤ من سورة البقرة .

الحكمة من وقوعه :

النسخ كبقية التشريعات الأخرى انما يقع لحكمة، وهي تختلف باختلاف الناسخ والمنسوخ ، فإذا كان المنسوخ أشد والناسخ أخف ــ وهو الكثير الغالب ــ كانت الحكمة التيسير والتخفيف ودفع المشقة على العباد. كآية الانفال وهي قوله تعالى : إن يكن منكم عشرون صابرون يغلبوا مائتين ... » فقد نسخت بقوله تعالى بعد ذلك: الآن خفف الله عنكم وعلم أن فيكم ضعفاً فان تكن منكم مائة صابرة يغلبوا مائتين ... » حيث وجب على المسلم بهذه الآية الأخيرة عند ملاقاته للكفار في الحرب أن لا يفر أمام اثنين منهم ، وله أن يفر أمام الأكثر . وقد كان محرماً عليه بمقتضى الآية الأولى المنسوخة أن يفر أمام العشرة فأقل .

وإذا كان الناسخ أشد من المنسوخ ــ وهو قليل الوقوع حتى ان بعض

العلماء لا يقولون به ـ كانت الحكمة مضاعفة الأجر للممتثل ، علاوة على التدرج بالتشريع وترويم النفوس على تلقي الصعوبات وقبولها شيئاً فشيئاً حتى لا تحصل نفرة أو يطرأ تمرد على الأحكام ، ومن الامثلة على ذلك قوله تعالى في شأن الذين لا يقدرون على الصيام وخيروا بينه وبين الفدية « وعلى الذين يطيقونه فدية طعام مساكين » على تقدير « لا » لأن الأصل : وعلى الذين لا يطيقونه ... » ثم نسخ ذلك على رأي بعض العلماء بقوله تعالى : فمن شهد منكم الشهر فليصمه .. »

وعلى أية حال فإن لحكمة في وقوع النسخ تعود إلى مراعاة مصالح المكلفين بحسب الأحوال والأزمان ، وبحسب ما يراه العليم بظروف عباده الخبير بما يصلح شأنهم .

نسخ القرآن أو السنة بالقرآن أو السنة :

يتنوع النسخ بالنظر لتعلقه بكل من القرآن والسنة إلى أربعة أنواع :

١ ـ نسخ القرآن بالقرآن .
٢ ـ نسخ القرآن بالسنة .
٣ ـ نسخ السنة بالقرآن .
٤ ـ نسخ السنة بالسنة .

ونظراً لكون البحث خاصاً بالقرآن فمجال الحديث هنا سيكون محصوراً في الأنواع الثلاثة الأولى ، لأن القرآن فيها إما ناسخ أو منسوخ أو كلاهما .

أما الأول : وهو نسخ القرآن بالقرآن فلم يخالف فيه أحد ممن قالوا بالنسخ ، لأن كلا من الناسخ والمنسوخ حينئذ في درجة واحدة من حيث الثبوت وصحة أحكامهما ووجوب الانصياع لما ثبت بهما ، ولذلك فلا مجال للخلاف فيه . وقد ورد كثيراً : ومنه :

١ ــ قال الله تعالى في سورة براءة : انفروا خفافاً وثقالا « يعني أصحاء ومرضى وقد نسخت بقوله تعالى : ليس على الأعمى حرج ولا على الأعرج حرج ولا على المريض حرج » . آية ١٧ من سورة الفتح .

٢ ــ وقال أيضاً : فإن جاءوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم « وقد نسخت هذه الآية بقوله تعالى : وان أحكم بينهم بما انزل الله ولا تتبع أهواءهم » . آية ٤٩ من سورة المائدة .

٣ ــ وقال : وان تبدوا ما في أنفسكم أو تخفوه يحاسبكم به الله . آية ٢٨٤ من سورة البقرة . وقد نسخت بقوله تعالى : « لايكلف الله نفساً الا وسعها » آية ٢٨٥ من السورة المذكورة .

٤ ــ قال الله تعالى : يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله حق تقاته « فقد نسخت بقوله : فاتقوا الله ما استطعتم » . آية ١٦ من سورة التغابن .

إلى غير ذلك مما هو كثير ، وقد حصرها بعضهم كالسيوطي في عشرين آية ، ولم يقف بعضهم الآخر عند هذا الحد .

وأما الثاني : وهو نسخ القرآن بالسنة فإن كانت متواترة فقد قال بصحة النسخ بها جمهور العلماء ، وخالف الأمام أحمد[1] في احدى الروايتين عنه ، وكذلك الامام الشافعي وأغلب أصحابه حيث قالوا بعدم الصحة .

وحجة الجمهور : هي أن النبي (ص) لا ينطق عن الهوى ، كما يصرح بذلك القرآن الكريم . فكما أن القرآن وحي من الله قطعي الثبوت فالسنة المتواترة كذلك وحي من الله قطعية الثبوت وبذلك جاز النسخ بها ، وكون أحد الوحيين متلوا ــ وهو القرآن ــ والآخر غير متلو ــ وهو السنة ــ فإنه لا يعتبر فرقاً مؤثراً ، وبالتالي فلا يكون قادحاً في القول بنسخ السنة المتواترة للقرآن .

---

(١) روضة الناظر ص ٤٤ ؛ والتوضيح ج ٢ ص ٣١٢ .

أما المانعون فلهم شبه كثيرة نقتصر منها على ما يلي :

أولاً : قالوا : إن الله خاطب نبيه بقوله : وأنزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم » وعلى ذلك تكون مهمته — بصريح هذه الآية — محصورة في تبيين ما يحتاج إلى بيان لا تتعداه إلى النسخ .

وقد أجاب المعارضون لهم : بأن النسخ تبيين أيضاً ، لأن معرفة كون هذا ثابتاً — وهو الناسخ — وذاك مرفوعاً — وهو المنسوخ — لا يخرج عن كونه تبييناً . وهو ما نريد .

ثانياً : قالوا : إن قوله تعالى : ما ننسخ من آية أو ننسها نأت بخير منها أو مثلها » يعتبر دليلا واضحاً على أن الناسخ لا بد أن يكون خيراً أو مماثلا على الأقل للمنسوخ . والسنة لا تكون كذلك، فلزم أن لا تكون ناسخة . بالإضافة إلى أن قوله نأت فيه ما يدل على أن الناسخ لا يكون إلا منه سبحانه وتعالى .

وقد أجيب على ذلك : بأن الخيرية والمثلية يراد بهما ما يحصل من الأجر والمثوبة والنفع ، أو اليسر والسهولة ودفع المشقة ، إذ لو أريد بهما غير ذلك لما صح أيضاً النسخ بالقرآن ، لأن بعضه ليس خيراً من بعضه الآخر من الحيثية التي يعنيها أصحاب الدليل .

كذلك اسناد الاتيان إليه في قوله : نأت بخير منها أو مثلها » لا يدل على أن السنة لا تكون ناسخة ، لأن السنة أيضاً من عند الله مثل القرآن، لقوله تعالى في شأن نبيه (ص) وما ينطق عن الهوى إن هو الا وحي يوحي » .

ثالثاً : قوله تعالى : قل ما يكون لي أن أبدله من تلقاء نفسي ؛ فقد نفى أن يحصل منه (ص) تبديل ، وبما أن النسخ تبديل فإن حصوله منه يكون منفياً هو الآخر بصريح الآية المذكورة .

وقد رد عليهم بأن المنفي حصول التبديل من تلقاء نفسه عليه السلام ،

والنسخ بالسنة تبديل من عند الله ؛ لأنها وحي وليس تبديلا من تلقاء النفس كما فهم أصحاب الدليل .

رابعاً : قالوا إن الله قال في كتابه العزيز : يمحو الله ما يشاء ويثبت » فدل على أن المحو والنسخ والإثبات لشيء بدل شيء آخر انما هو لله لا لأحد غيره ولو كان الرسول (ص) .

وأجيب : بأن النسخ بالسنة من قبيل نسخ الله ومحوه .

والذي يظهر بكل وضوح أن القول بجواز نسخ القرآن بالسنة المتواترة هوالذي ينبغي التعويل عليه .

أمانسخه بسنة الآحاد فالجمهور يمنعونه ؛ لأن القرآن قطعي الثبوت وسنة الآحاد ظنيته ، والظني لا يقوى على القطعي .

ومن الأمثلة على نسخ القرآن بالسنة رغم أنها لم تسلم [1] قوله تعالى واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم ، فإن شهدوا فأمسكوهن في البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سبيلا » فقد نسخت هذه الآية بقوله (ص) خذوا عني خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا ، البكر بالبكر جلد مائة وتغريب سنة والثيب بالثيب جلد مائة والرجم « فقد أصبحت عقوبة الزاني بمقتضى نص الحديث : الجلد والتغريب أو الجلد والرجم . ونسخ الامساك في البيوت حتى الموت . وهو ما كان ثابتاً بالآية الكريمة .

كذلك نسخ قول الله تعالى : كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين » بقوله (ص) لا وصية لوارث .

وأما الثالث وهو نسخ السنة بالقرآن فقد قال به الجمهور أيضاً . ومن امثلته :

---

(١) انظر مختصر المنتهى لابن الحاجب جـ٢ ص ١٩٧ ، وتفسير القرطبي جـ٥ ص ٨٤ وما بعدها .

أن التوجه إلى بيت المقدس في الصلاة كان ثابتاً بالسنة ثم نسخ بالقرآن ، وتأخير الصلاة إلى انتهاء المعارك، التي تقع بين المسلمين والكفار كان ثابتاً أيضاً بالسنة ثم نسخ بالقرآن، حيث أمر المسلمون أن يؤدوها ولا يؤخروها عن وقتها ولو كانوا في أشد المعارك، وذلك بقوله تعالى « وإذا كنت فيهم فأقمت لهم الصلاة فلتقم طائفة منهم معك وليأخذوا أسلحتهم فإذا سجدوا فليكونوا من ورائكم ولتأت طائفة أخرى لم يصلوا فليصلوا معك وليأخذوا حذرهم واسلحتهم » آية ١٠١ من سورة النساء .

كذلك قوله تعالى : « فلا ترجعوهن إلى الكفار » ناسخ لما ثبت بالسنة وهو التزامه (ص) بترجيع من يأتيه مسلماً إلى الكفار بمقتضى صلح الحديبية الذي عقده معهم[1] .

وأيضاً حرمة مباشرة الرجل لزوجته في ليالي رمضان ، وهي ثابتة بالسنة ثم نسخت بقوله تعالى : أحل لكم ليلة الصيام الرفث إلى نسائكم» .

معرفة الناسخ من المنسوخ :

هناك طرق متعددة يتعين بها معرفة الناسخ من المنسوخ وأهمها[2] ما يلي :

١ ــ الاجماع وذلك بأن يجمع أهل الحل والعقد على أن هذا متأخر على ذلك فيكون المتأخر ناسخاً للمتقدم متى توفرت شروط النسخ .

٢ ــ قول النبي (ص) هذا ناسخ لذاك . أو قوله هذا متأخر عن ذلك . أو كنت نهيتكم عن كذا فافعلوه . كما قال عليه السلام كنت نهيتكم عن زيارة القبور ألا فزوروها ... وقوله : كنت نهيتكم عن ادخار لحوم الاضاحي ألا فادخروا ... »

---

(١) انظر سيرة ابن هشام ، القسم الثاني ، ص ٣١٦ .
(٢) انظر روضة الناظر ص ٤٦ . والمعع للشيرازي ص ٣٤ .

٣ ــ ثبوت تقدم أحد النصين على الآخر تاريخياً فيكون المتأخر ناسخاً للمتقدم متى ثبتت شروط النسخ .

هذه هي أهم الطرق التي يعرف بها الناسخ من المنسوخ ، وهي محل اتفاق بين العلماء وهناك غيرها مما جرى فيه خلاف بينهم فلا داع لذكره هنا .

تنوعه بالنظر الى الحكم والتلاوة :

يتنوع النسخ في القرآن باعتبار تعلقه بالحكم والتلاوة إلى ثلاثة[1] أنواع : لأنه إما ان ينسخ كل من الحكم والتلاوة ، أو ينسخ الحكم فقط وتبقى التلاوة ، أو تنسخ التلاوة ويبقى الحكم .

أما الأول : وهو نسخ كل من الحكم والتلاوة بحيث لا تجوز بعد ذلك قراءة ما نسخ على أنه قرآن ، ولا يعامل معاملته من جميع الوجوه ، كما لا يجوز العمل بحكمه ، فإن من العلماء من لم يقل به لأنه لا يوجد ما يدل عليه سوى أخبار آحاد ، والقرآن لا يجوز الحكم عليه بمثل ما ذكر استناداً على أخبار الآحاد ، لكن النفس تميل إلى صحة القول به . وقد مثل له الزركشي بما روى عن السيدة عائشة أنها قالت : كان مما انزل عشر رضعات معلومات فنسخن بخمس معلومات ، فتوفي رسول الله (ص) وهي مما يقرأ من القرآن » رواه مسلم .

وقد أول العلماء قولها : توفي رسول الله وهي مما يقرأ من القرآن مع أنها ليست موجودة فيه الآن : بأن التلاوة نسخت قرب وفاة الرسول (ص) ولم يبلغ ذلك كل الناس إلا بعد وفاته ، فلما توفي كان بعض الناس يقرؤها حتى وصلهم خبر نسخها فتركوها .

---

(١) روضة الناظر وجنة المناظر ص ٣٩ .

وأما الثاني : وهو نسخ الحكم فقط مع بقاء التلاوة فهو بيت القصيد دائماً للمتكلمين على نسخ القرآن ، وهو الذي طال حديثهم فيه ، وكتابتهم عنه ، ومن قبيله الأمثلة السابقة التي ذكرتها عند حديثي على نسخ القرآن بالقرآن ونسخ القرآن بالسنة فلنكتف بها .

والحكمة في نسخ الحكم مع بقاء التلاوة تعود إلى امرين :

الأول : حصول الثواب للقارىء ، لأن القرآن يتعبد بتلاوته ، وما نسخ حكمه وبقي لفظه يبقى في عداد القرآن تعبداً واعتقاداً واحتراما ، وان كان حكمه منسوخاً ، وعلى ذلك يحصل له الأجر والمثوبة بتلاوته .

الثاني : أن القارىء سيتذكر بقراءته لها رحمة الله به ونعمته عليه حيث خفف عنه ويسر عليه برفع حكمها .

وأما الثالث : وهو نسخ اللفظ مع بقاء الحكم فقد طال فيه جدال العلماء ، ومنهم من أنكره لأنه لا يدل عليه غير أخبار الآحاد ، والنسخ أو الابقاء من القرآن وفيه لا يصح إثباته بأخبار الآحاد .

وقد مثل له الزركشي أيضاً بما ورد في سورة النور من قوله تعالى : « الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموهما ألبتة نكالا من الله » .

ثم تساءل بعد ذلك قائلا : ما الحكمة في رفع التلاوة مع بقاء الحكم وهلا أبقيت التلاوة ليجمع العمل بحكمها وثواب تلاوتها ؟

وأجاب هو نفسه : بأنه انما كان كذلك ليظهر به مقدار طاعة هذه الأمة في المسارعة إلى بذل النفوس بطريق الظن من غير مناقشة ولا استفصال لطلب طريق مقطوع به ، فيسرعون بأيسر شيء كما سارع الخليل إلى ذبح ولده بمنام . والمنام أدنى طرق الوحي .

فضل قراءة القرآن وجرم إهماله :

يعتبر القرآن أعظم كنز يكتنزه المسلمون . وحفظه جيداً فرض كفاية عليهم وينبغي أن لا يقل حفظته في كل وقت على عدد التواتر ، ليتم بذلك حفظه من التحريف والتبديل . ولتثاب كل الأمة بقيام تلك الطائفة بحفظه ، فإذا انعدم الحفظة أو لم يبلغوا عدد التواتر أثم الجميع ، وإذا كان حفظه فرض كفاية ونعمة من النعم فإن تعليمه أيضاً فرض كفاية بل هو أفضل القرب عند الله لقول الله تعالى : ان الذين يتلون كتاب الله وأقاموا الصلاة وأنفقوا مما رزقناهم سراً وعلانية يرجون تجارة لن تبور » . آية ٢٩ من سورة فاطر .

ولما ورد عن رسول الله (ص) أنه قال :

خير كم من تعلم القرآن وعلمه « كما قال أيضاً لا حسد إلا في اثنين رجل آتاه الله القرآن وهو يقوم به آناء الليل وآناء النهار ، ورجل آتاه الله ما لا فهو ينفقه آناء الليل وآناء النهار .

وأخرج الترمذي وابن ماجه وأحمد من حديث علي : من قرأ القرآن فاستظهره فأحل حلاله وحرم حرامه أدخله الله الجنة وشفعه في عشرة من أهل بيته كلهم قد وجبت لهم النار » .

كما أخرج الشيخان عن النبي (ص) أنه قال : مثل المؤمن الذي يقرأ القرآن مثل الاترجة طعمها طيب وريحها طيب ، ومثل المؤمن الذي لا يقرأ القرآن كمثل التمرة طعمها طيب ولا ريح لها ،ومثل الفاجر الذي يقرأ القرآن كمثل الريحانة ، ريحها طيب وطعمها مر ، ومثل الفاجر الذي لا يقرأ القرآن كمثل الحنظلة . طعمها مر ولا ريح لها .

وإذا كان قارىء القرآن له المكانة العظمى عند الله دنيا وأخرى ، فإن نفس المكان والبيت الذي تردد في جنباته قراءة القرآن يكون أفضل وأطيب عند

الله من غيره. يوضح ذلك قوله صلى الله عليه وسلم « البيت الذي يقرأ فيه القرآن يتراءى لأهل السماء كما تتراءى النجوم لأهل الأرض » أخرجه البيهقي من حديث عائشة . وأخرج من حديث أنس: نوروا منازلكم بالصلاة وقراءة القرآن » .

وأخرج البزار من حديث أنس : أن البيت الذي يقرأ فيه القرآن يكثر خيره ، والبيت الذي لا يقرأ فيه القرآن يقل خيره .

وبدهي أن الذي يحفظ القرآن ولا يتعهده بالقراءة والعمل يكون في منزلة تقابل المنزلة التي تحدثنا عنها لأن النعمة إذا عظمت عظم جرم إهمالها . وقد اعتبر العلماء نسيان الحافظ لما حفظ كبيرة ومصيبة من أعظم المصائب . لما رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه عن رسول الله (ص) أنه قال : عرضت علي ذنوب أمتي فلم ار ذنباً أعظم من سورة من القرآن أو آية اوتيها رجل ثم نسيها . ولأبي داود عن سعد بن عبادة مرفوعاً : من قرأ القرآن ثم نسيه لقي الله وهو أجذم ، حفظنا الله من نسيانه وألهمنا المحافظة عليه والعمل به ، وسلام على المرسلين والحمد لله رب العالمين .

أهم مراجع البحث

١ ــ القرآن الكريم
٢ ــ صحيح البخاري
٣ ــ تفسير القرطبي
٤ ــ أسباب النزول للنيسابوري
٥ ــ مختصر المنتهى لابن الحاجب
٦ ــ ارشاد الفحول للشوكاني
٧ ــ مسلم الثبوت
٨ ــ المستصفى للغزالي
٩ ــ المنهاج للبيضاوي
١٠ ــ اللاليء الحسان في علوم القرآن لموسى شاهين
١١ ــ أصول الفقه للخضري
١٢ ــ التبيان في علوم القرآن
١٣ ــ سيرة ابن هشام
١٤ ــ الإحكام للامدي
١٥ ــ فلسفة التشريع في الإسلام للدكتور صبحي محمصاني
١٦ ــ تاريخ الفقه الإسلامي للدكتور محمد يوسف موسى
١٧ ــ الآيات البينات لابن قاسم العبادي .
١٨ ــ شرح التوضيح على التنقيح لصدر الشريعة .
١٩ ــ روضة الناظر للمقدسي .
٢٠ ــ اللمع للشيرازي .
٢١ ــ صحة مذهب أهل المدينة لابن تيمية .
٢٢ ــ البسملة بين أهل العبارة وأهل الإشارة للبسيوني .

بحث عن

الرّقابَة الإداريّة

عمر محمد السيوي

المحاضر المساعد بكلية الحقوق

– جامعة بنغازي –

الرقابة الادارية

أهمية الدراسة :

١ ــ لدراسة هذا الموضوع أهمية كبرى من الناحية العلمية والعملية . فمن الناحية العلمية نجد الرقابة الإدارية ذات علاقة وثيقة بالقرارات الإدارية . وهذه القرارات كما نعلم أحد الأركان أو الدعائم التي يقوم عليها القانون الإداري . فحولها تدور معظم مباديء هذا القانون ونظرياته .

ومن الناحية العملية يثير هذا الموضوع مشاكل عديدة ، كانت محلاً لأحكام قضائية كثيرة ، لأجلها أبتدع القضاء الكثير من الحلول والمباديء والنظريات كنظرية سحب القرارات الإدارية وإلغائها .. سداً لحاجات الإدارة. وضماناً لحقوق الأفراد وصوناً لحريتهم وحفاظاً على مراكزهم القانونية .

ومعلوم أن الحياة لا تستقيم بين أفراد المجتمع بلا سلطة تنظم علاقتهم . فالسلطة ضرورة ولازمة من لوازم الجماعة وهي ظاهرة صاحبت الجماعة منذ نشأتها الأولى وتطورت معها كسلطة الأب في الاسرة ، وسلطة الشيخ في القبيلة وسلطة الحاكم في دولة المدينة .

وحاجة المجتمع إلى سلطة لا تختلف عن حاجته إلى رقيب على هذه السلطة لأن الإنحراف من طبع الناس والظلم من شيم النفوس كما يقول شاعر العربية أبو الطيب المتنبي ــ وأنجح موانع الظلم هو الرقابة ــ لأن السلطة بلا رقابة تفضي إلى الديكتاتورية التي تحيل المجتمع إلى قطيع من العبيد وتهدد منجزاته بالتخريب والدمار كما يعلّمنا التاريخ دائماً .

والرقابة على السلطة تتنوع إلى ثلاثة أنواع : الرقابة السياسية . الرقابة القضائية ــ الرقابة الإدارية .

والرقابة السياسية يمارسها البرلمان بصفة أساسية في مواجهة السلطة التنفيذية وهي تدرّس ضمن موضوعات القانون الدستوري .

والرقابة القضائية تمارسها المحاكم في الدولة ــ وهي تمثّل موضوعاً من موضوعات القانون الإداري .

أما الرقابة الإدارية فتمارسها الإدارة على نفسها لا عن طريق سلطة أخرى كالبرلمان في حالة الرقابة السياسية أو المحاكم في حالة الرقابة القضائية ــ ومن هنا سميت في بعض الأحيان بالرقابة الذاتية Auto-contrôle .

هذه الرقابات الثلاثة ــ وإن كانت تختلف فيما بينها كما سنعرف ذلك بالتفصيل ــ تتعاون فيما بينها وتكمل بعضها بعضاً لإقامة كيان الدولة القانونية. **Etat de Droit**

ونلاحظ في مستهل هذا البحث أن السلطات التي يمكن أن تباشرها هيئات الرقابة الإدارية تختلف باختلاف العلاقات والروابط التي تقوم بين عمال الجهاز الإداري . فإذا كانت الرابطة هي رابطة خضوع رئاسي بحت أي أن السلطة الدنيا ترتبط بالسلطة العليا باعتبار هذه الأخيرة سلطة رئاسية بالنسبة للأولى ، فللسلطة العليا حق تعديل ، أو سحب أو إلغاء أعمال السلطة الدنيا بشرط أن لا تكون قد أنشأت حقوقاً للأفراد . في هذه الحالة الأخيرة أي إذا أنشأت هذه الأعمال حقوقاً للأفراد . لا يكون للسلطة الرئاسية حق السحب إلا إذا كانت غير مشروعة وبشرط أن يتم ذلك خلال المدة التي تكون فيها هذه القرارات أو تلك الأعمال قابلة للإلغاء قضائياً (أي سواء خلال مدة الستين يوماً أو بعدها إذا امتدت بسبب رفع دعوى الإلغاء أو بسبب التظلم إلى الجهة الرئاسية) .

وإذا حدث تظلم للجهة الرئاسية خلال مدة الإلغاء تكون السلطة الرئاسية ملزمة قانوناً بالسحب طالما كان القرار المتظلم منه غير مشروع أي مشوباً بعيب من العيوب التي تبطله .

أما إذا كانت الرابطة هي رابطة خضوع وصائي فالأمر يختلف والمشرع هو الذي يحدد العلاقة بين السلطة الخاضعة للوصاية وسلطة الوصاية فالوصاية الإدارية هي رقابة السلطة المركزية لقرارات السلطات الامركزية في الحالات وبالشروط ووفقاً للأوضاع التي يحددها المشرع . فهي تختلف إذن عن السلطة الرئاسية في أنه لا يوجد هنا خضوع عام من إحدى السلطات لسلطة أخرى كما هو الحال في علاقة السلطة المرؤسة بالسلطة الرئاسية وإنما تراقب سلطة الوصاية السلطة الخاضعة للوصاية في الحالات التي يحددها القانون . فلا تملك سلطة الوصاية سحب قرارات السلطة الخاضعة للوصاية أو الغاؤها أو تعديلها . كما لا تستطيع الحلول إلا في الحالات التي يقررها القانون .

لذلك سيبدو لنا الفارق واضحاً بين الوصاية الإدارية والسلطة الرياسية . وما يترتب على هذا الفارق من اختلاف في سلطات الرقابة الإدارية[1] .

وللدراسة موضوع الرقابة الإدارية . يتعين علينا أن نستعين بقضاء مجلس الدولة الفرنسي . فهو الذي أبتدع الحلول ورسم الحدود وبيّن معالم ونظريات السحب والإلغاء بطريقة واقعية لا تهمل في نفس الوقت الأصول القانونية.

وبذلك ترك لنا ثروة قضائية ومعين لا ينضب للإستقصاء أو البحث .

---

(١) فعلاقة الحكومة المركزية بالمجالس البلدية والقروية هي علاقة وصاية إدارية ، وليست سلطة الرياسة . وأنه بناء على ذلك فان الأصل ان وزير الشئون البلدية والقروية لا يملك بالنسبة لقرارات هذه المجالس سوى التصديق عليها كما هي أو عدم التصديق عليها كما هي دون أن يكون له حق تعديل هذه القرارات . محكمة القضاء الإداري ف ١٩٥٧/٦/٢ مجموعة السنة ١١ ، ص ٤٩١ .

وقد ترسَّم مجلس الدولة المصري خطى سابقه مجلس الدولة الفرنسي فتأثر به وأخذ عنه الكثير . ولا غرابة في ذلك فالقضاء الإداري في مصر قد نشأ حديثاً على خلاف القضاء الإداري الفرنسي . كما أن ثقافة رجال القانون في مصر كانت ولا تزال ثقافة قانونية فرنسية . فمن الطبيعي إذن أن نلمس الطابع الفرنسي واضحاً ظاهراً في الفقه الإداري المصري وقضائيه [١] .

خطة البحث :

٢ — وعلى ضوء هذا التمهيد ستتناول موضوع الرقابة الإدارية في فصلين :

الفصل الأول : عن الرقابة الإدارية ومقارنتها بغيرها من أنواع الرقابة كالرقابة السياسية والرقابة القضائية .

الفصل الثاني : سيكون عن أهم سلطات الرقابة الإدارية : السحب — الإلغاء .

وسنتناول الرقابة **السياسية** في مبحث أول
» » **القضائية** » » ثان
» » **الإدارية** » » ثالث

كما سنتناول سحب القرارات الإدارية في مبحث أول وإلغاء القرارات في مبحث ثان .

وفي نهاية البحث ستكون الخاتمة .

الفصل الأول : في أنواع الرقابة
المبحث الأول : الرقابة السياسية

---

(١) أما قضاء المحكمة العليا في ليبيا فقد كان نادراً في هذا الموضوع قليل الأهمية الأمر الذي جعل هذه الدراسة تعتمد بصفة أساسية على اتجاهات الفقه والقضاء في مصر .

المَبحَث الأول

الرقـابه السيأسيه

٣ ــ صور الرقابة السياسية :

تتخذ الرقابة السياسية إحدى صورتين : رقابة الرأي العام ــ رقابة البرلمان .

أولا ــ رقابة الرأي العام :

يتمثل هذا النوع في رقابة الناخبين لممثليهم وهي رقابة يباشرها الناخبون على اشخاص المرشحين وأعمالهم عند إختيارهم لهم لعضويـــة المجالس النيابية [1] .

كما يتمثل في الرقابة التي تباشرها الهيئات والنقابات فيما تستهدفه من رعاية لمصالح اعضائها المشتركـــة .

وتبدو أخيراً في الرقابة التي تزاولها الصحافة الحرة التي تبين اتجاهات الرأي العام وترشد السلطات العامة إلى سلوك السبيل المحقق للمصالح العامة . ذلك أن الصحافة الحرة تعد المرآة التي تعكس اراء ومشاعر واتجاهات الرأي العام .

ثانياً ــ الرقابة البرلمانية :

وتمارس الرقابة البرلمانية المجالس النيابية سواء سميت بالبرلمان أو مجلس الأمة . وهي تختلف قوة وضعفاً باختلاف النظام الدستوري القائم في البلاد فهي في النظام البرلماني غيرها في النظام الرئاسي ــ كما [2] تختلف أهميتهـــا

---

(١) أنظر الدكتور فؤاد العطار : القضاء الإداري طبعة سنة ١٩٧٠ ، ص ٩٠ .

(٢) أنظر نظم السامية للدكتور بدوي ، ص ٣٢٦ طبعة سنة١٩٧٢ .

باختلاف وعي المواطنين فهي في البلاد المتقدمة أكثر فعالية وجدية بخلاف الوضع في البلاد المتخلفة .

والرقابة البرلمانية تتحقق بعدّة طرق : بتوجيه الأسئلة إلى الوزراء في البرلمان . وإستجوابهم ، ومناقشتهم في أحد الموضوعات — وإجراء التحقيق في مسألة معينة بواسطة لجان تحقيق خاصة [١] .

٤ — تقدير الرقابة السياسية :

يتضح من دراسة رقابة البرلمان لأعمال السلطة التنفيذية أنها ذات طابع سياسي فلا يستطيع البرلمان أخذاً بمبدأ الفصل بين السلطات أن يتدخل مباشرة في أعمال الإدارة بتوجيه الأوامر أو النواهي الملزمة بشأن القيام بعمل معين أو الإمتناع عن عمل معين ، وليس في إمكانه أيضاً أن يلغي قرارات الإدارة أو يعدل فيها [٢] .

لذلك تعد الرقابة البرلمانية بحق رقابة على السياسة العامة في الدولة لا على أعمال الموظفين بقصد الغائها أو التعويض عنها . فهي رقابة سياسية لا قضائية . من ثم نجد الرقابة السياسية قاصرة عن ضمان حقوق الأفراد وكفالة حرياتهم — وهذا القصور كان سبباً في قيام الرقابتين الإدارية والقضائية .

والرقابة السياسية تختلف كما قلنا وإن كانت واحدة في مجال التطبيق . وتتوقف على درجة وعي المواطنين . وسيادة الحرية ومباديء الديمقراطية فلا نبالغ إذا قلنا أن الرقابة السياسية في البلاد المتخلفة رقابة صورية . وهمية عديمة الفعالية [٣] .

---

(١) الدكتور طعيمة الجرف ، رقابة القضاء لأعمال الإدارة ، طبعة ١٩٧٠ ص ٦١ وما بعدها .

(٢) الدكتور طعيمة الجرف ، المرجع السابق ص ٦١ . ٢٢١ راجع في هذا الموضوع الدكتور فؤاد العطار المرجع السابق ص ٩١ وما بعدها والدكتور سليمان الطماوي ، القضاء الإداري ط ١٩٦٧ ص ٨٩ ومابعدها

(٣) الدكتور خالد عبدالعزيز عريم ، القانون الإداري الليبي ط ١٩٧١ الجزء الثاني ، ص ١٩٥ .

المبحث الثاني

الرقابه القضائية

٥ ـ ما هي الرقابة القضائية :

هذا النوع من الرقابة يتولاه القضاء ـ والقضاء سلطة مستقلة اسند عليها الدستور مهمة الفصل في المنازعات التي ترفع إليها .

وينكون القضاء من أعضاء هم رجال القضاء تتوافر فيهم الحيدة والاستقلال والكفاءة القانونية ولا همّ لهم غير إحقاق الحق . وحراسة القانون وضمان الحقوق ومن ثم تعد الرقابة القضائية أوفر أنواع الرقابات وأكثرها فاعلية ، بل وتعتبر حجر الأساس في بناء الدولة القانونية[1] .

فالرقابة القضائية هي وحدها التي تحقق ضمانة حقيقية للأفراد إذ تعتبر سلاحاً بمقتضاه يستطيعون الإلتجاء إلى جهة مستقلة تتمتع بضمانات حصينة من أجل إلغاء أو تعديل أو التعويض عن الاجراءات التي تتخذها السلطات العامة بالمخالفة للقواعد القانونية المقررة .

وإستقلال السلطة القضائية وتمتعها بالضمانات الكافية لصيانة هـــذا الإستقلال ضروريان لتحقيق رقابة فعالة ومنتجة ، ولا شك أن ما ينمتع به القضاء من حصانة واستقلال وعلى الخصوص تجاه السلطة التنفيذية كفيلان

---

(١) راجع الدكتور ثروت بدوي ، النظم السياسية ، طبعة ١٩٧٢ ص ١٧٩ .

بتحقيق رقابة قوية على الإدارة . وبإخضاع الحكام جميعاً لأحكام القانون وتحديد سلطاتهم تحديداً فعالاً أما حيث يفقد القضاء إستقلاله ويكون رجاله من حيث اختيارهم أو ترقيتهم أو ممارسة اختصاصاتهم خاضعين للسلطةالتنفيذية فإن الرقابة القضائية تفقد معناها على الأقل بالنسبة للحكام ويصبح مبدأ خضوع الدولة للقانون وهميا لا وجود له[1] .

٦ ــ خصائص الرقابة القضائية :

أولاً : : الرقابة القضائية من إختصاص القضاء . وبالتالي تخضع للمباديء المقررة في هذا الصدد وأهمها أن القضاء لا يمارس من تلقاء نفسه ، بل لابد من دعوى يحركها ذوي المصالح بهذا الخصوص .

ثانياً : الرقابة القضائية هي رقابة مشروعة Légalité [2] ، بمعنى أن القاضي لا يبحث في ملاءمة التصرف أو عدم ملاءمته Inopportunité. بعكس الحال في الرقابة الإدارية كما سنرى .

ثالثاً : ولما كانت الرقابة القضائية هي رقابة مشروعية فحسب ، فأن القاضي لا يملك إلا الحكم بسلامة التصرف المشكو منه أو بعدم سلامته وفي هذه الحالة الأخيرة لا يملك القضاء ابطال التصرف المعيب والتعويض عنه فليس له أن يحل محل الإدارة في ممارسة وظيفتها . فيستبدل القرار المعيب بقرار آخر سليم أو يعدل فيه أو يصدر إليها أمراً بذلك .

رابعاً : تخضع الرقابة القضائية لاجراءات وأشكال ومواعيد . بخلاف الرقابة الإدارية كما سوف نرى .

خامساً : تنتهي الرقابة القضائية بحكم يحوز حجية الشيء المقضي فيه

---

(١) الدكتور ثروت بدوي ، المرجع السابق ، ص ١٨٠ .
(٢) الدكتور سليمان الطماوي ، المرجع السابق ، ص ٤٨ .

l'autorité de la chose jugée بحيث لا يمكن إثارة النزاع من جديد لنفس السبب والأطراف والموضوع .

سادساً : إذا ما رفعت دعوى على الإدارة أمام القضاء فإن القاضي ملزم بالفصل فيها ولا يستطيع أن يمتنع عن نظرها وإلا عد مرتكباً لجريمة انكار العدالة Deni de la justice [1] .

وتستهدف رقابة القضاء في أعمالها هدفين :

فمن **ناحية** تحمي حقوق الأفراد وتصون حياتهم ضد عسف الإدارة واعتدائها ويتحقق هذا الهدف عن طريق إلغاء القرارات الإدارية والتعويض عنها أو كليهما معاً إذا مس أحد هذه القرارات حقاً لفرد أو نال من حريته .

ومن **ناحية أخرى** ، تحمل الإدارة على إحترام القانون ، بإصلاح خطئها أو الغاء قراراتها متى شابها عيب مخالفة القانون والحكم عليها بالتعويض وفي ذلك كله ما يحقق ردع الإدارة وتقويمها – وإصلاح حالها [2] .

---

(١) الدكتور سليمان الطماوي ، المرجع السابق ، ص ٤٩ .
(٢) الدكتور فؤاد العطار ، المرجع السابق ، ص ١٠٠ .

المبحث الثالث

الرقابة الادارية

٧ ــ ما هي الرقابة الإدارية :

تمارس الرقابة الإدارية بواسطة الإدارة ذاتها ، ومن هنا سميت بالرقابة الذاتية ــ أي تختص الجهات الإدارية بمراجعة أعمالها عن طريق سحبها أو الغائها أو تعديلها Auto-contrôle [١] .

وللرقابة الإدارية ثلاثة صور :

الرقابة الولائية ــ الرقابة الرئاسية ــ ورقابة اللجان .

أولا ــ الرقابة الولائية :

هي الرقابة التي يجريها مصدر القرار نفسه بناءاً على تظلم من أحد الأفراد ــ وتسمى التظلمات التي ترفع إلى مصدر القرار بالتظلمات الولائية . Recours gracieux [٢] .

ومصدر القرار يستطيع الغاء قراره بالنسبة للمستقبل فقط ، أي يزيل

---

(١) الدكتور طعيمة الجرف ، المرجع السابق ، ص ٦٦ وراجع كذلك الدكتور خالد عبدالعزيز عريم ، القانون الإداري الليبي ص ١٩٥ .

(٢) فؤاد العطار ، المرجع السابق ص ٩٢ .

آثارة المستقبلة وتبقى آثاره الماضية قائمة Abrogation ويستطيع أيضاً سحب قراره الصادر منه فيزيل آثاره الماضية والمستقبلة Retrait ويعتبر القرار بذلك كأن لم يكن .

ثانياً ــ الرقابة الرئاسية :

وهي الرقابة التي يمارسها الرئيس على أعمال مرؤوسية ــ سواء أجراها بنفسه أو بواسطة غيره من معاونيه .

وتسمى التظلمات التي ترفع إلى سلطة أعلى من السلطة التي أصدرت القرار بالتظلمات الرئاسية [1] . Recours hérairchique

ومقتضى هذه الرقابة أن يكون لكل ذي شأن الحق في أن يتظلم إدارياً لدى رئيس مصدر القرار طالباً إعادة النظر فيه بقصد سحبه أو الغائه أو تعديله على أن يبين في التظلم الأسباب التي يستند إليها في ذلك .

والرقابة الرئاسية مظهر من مظاهر السلطة الرئاسية التي يتمتع بها الرئيس الإداري على مرؤوسيه أو أساس هذه السلطة مسئولية الرئيس عن أعمال مرؤوسيه فعلى قدر السلطة تكون المسئولية وحيث تنعدم السلطة تزول المسئولية .

فسلطة الرئيس الإداري الرئاسية نتيجة لمسئوليته . ومسئولية الرئيس الإداري عن أعمال مرؤوسيه كانت سبباً في وجود السلطة الرئاسية . فهذا أمر منطقي عادل ، فما دام الرئيس الإداري مسئولا عن أعمال مرؤوسيه فمن الطبيعي أن يكون له سلطة عليهم . وبالتالي يكون له حق سحب أعمالهم أو تعديلها أو الغائها .

والرقابة الرئاسية قد تكون **سابقة** على أعمال الموظف . وتتحقق هذه

---

(١) فيديل القانون الإداري ، طبعة ١٩٦١ ص ٩٨ .

الصورة فيما يصدره رئيس الادارة من أوامر وتعليمات ومنشورات خاصة بتوجيه الموظفين وإرشادهم في تأدية واجباتهم .

وقد تكون الرقابة **لاحقة** حين يراد بها التحقق من مطابقة أعمال الموظف للشروط والأوضاع المقررة لذلك ، وللرئيس في هذه الحالة الغاء عمل المرؤوس أو تعديله أو سحبه إذا تبين أنه مخالفاً للقانون أو كان غير ملائم . إلا إذا ترتب عليه حقاً للغير ، ففي هذه الحالة لا يجوز للرئيس إبطال هذا العمل أو تعديله إلا في حدود المواعيد المقررة قانوناً فإذا انقضى هذا الميعاد اكتسب القرار حصانه تعصمه من التغيير والتعديل[١] .

ورقابة الرئيس حق وواجب . فإذا رفع إليه التظلم الرئاسي ، فعليه البت في هذا التظلم وإلا كان في امتناعه قراراً إدارياً يجوز الطعن فيه بدعوى تجاوز السلطة [٢] .

ثالثاً ــ إسناد الرقابة إلى لجنة إدارية :

في هذه الحالة يعهد إلى لجنة برقابة أعمال الإدارة . فيكون لها حق تعديل أعمال الإدارة أو سحبها أو الغائها .

وتمثل هذه الطريقة مرحلة الانتقال بين نظامين : من نظام الإدارة القاضية كالذي كان مأخوذا به في فرنسا ــ إلى نظام القضاء الإداري[٣] .

وتشكّل هذه اللجان من الموظفين العموميين ــ ولذلك فانها ومهما أحيطت

---

(١) مراجع فؤاد العطار ، المرجع السابق ، ص ٩٢ .

(٢) مجلس الدولة الفرنسي ٣٠ يونيو ١٩٥٠ Quérolot ليبون ص ٤١٣ وتنص المادة الثانية من القانون رقم ٨٨ سنة ١٩٧١ « ويعتبر من حكم القرارات الإدارية رفض السلطات الإدارية أو امتناعها عن اتخاذ قرار أو إجراء كان من الواجب عليها اتخاذه وفقاً للقوانين واللوائح .

(٣) الدكتور الطماوي ، المرجع السابق ، ص ٢٧ .

به من ضمانات الحيدة – لا تزال تمثل صورة من صور الرقابة الإدارية الذاتية[١] .

وقد عرفت مصر هذا النظام قبل انشاء مجلس الدولة ١٩٤٦ : مثل لجان الشرع ولجان الجسور ، ولجان الخبراء ، ولجان التأديب ، ولجان التقدير وفحص الطعون ولجان الشياخات وغيرها .

وبعد إنشاء مجلس الدولة اتسع العمل بها ، رغبة من المشرع في تخفيف العبء عن كاهل القضاء الإداري صدر المرسوم رقم ١٦٠١ سنة ١٩٥٢ القاضي بانشاء وتنظيم اللجان القضائية في الوزارات والمصالح المختلفة .

وقد تطورت هذه اللجان بالقانون رقم ١٤٧ سنة ١٩٥٤ إلى محاكم إدارية تعمل في الوزارات والمصالح المختلفة – وهكذا كانت تلك اللجان الإدارية ، خطوة في سبيل الإنتقال من نظام الرقابة الإدارية إلى نظام الرقابة القضائية[٢] .

٨ – خصائص الرقابة الإدارية :

أولا : الرقابة الإدارية رقابة مشروعية وملائمة ، أي تقع سواء كان القرار مخالفاً للقانون أو غير مخالف فالقرار المشروع تنسحب عليه الرقابة الإدارية متى ارتأت الإدارة أنه غير ملائم :

أما الرقابة القضائية فهي تقف عند حد المشروعية ، كما اسلفنا وهذا

---

(١) الدكتور طعيمة الجرف ، المرجع السابق ، ص ٧١ .

(٢) هناك هيئات أخرى إلى جانب هذه اللجان تختص كل منها برقابة نوع معين من أوجه النشاط الإداري مثل :
١ – ديوان المحاسبة الذي يتولى الرقابة المالية على إيرادات الدولة ونفقاتها .
٢ – وجهاز الرقابة الإدارية الذي يستهدف الكشف عن المخالفات الإدارية والمالية والتحقيق فيها توطئة لمحاكمة مقترفيها ، وهذه الهيئات موجودة ومعمول بها سواء في جمهورية مصر العربية أو في ليبيا .

الاختلاف بين الرقابتين أدى إلى إختلاف الأساس الذي يبنى عليه التظلم الإداري ، والدعوى القضائية . فالدعوى القضائية تبنى على القانون **دائماً** بخلاف التظلم الإداري الذي يمكن أن يستند إلى مجرد أسباب شخصية تتصل بالموظف كمرضه أومرض أحد أفراد عائلته .

ثانياً : الرقابة الإدارية تلقائية D'office لا تتوقف على دعوى أو طلب إذ يجوز للإدارة ان تراجع نفسها — من تلقاء نفسها فيما أصدرته من قرارات سابقة . كما يجوز لها ذلك إذا تظلم الأفراد لديها ، سواء كان التظلم ولائياً أو رئاسياً ، أو إلى لجنة إدارية خاصة .

وأساس إختصاص الإدارة في هذا المجال أساس قانوني مستمد من إختصاصها القائم على السهر على تنفيذ القانون والعمل على احترامه وبذلك يتعين على الإدارة في سلوكها ان تحترم القانون شأنها في ذلك شأن الأفراد .

ومتى اقتنعت الإدارة بخطيها وجب عليها الرجوع فيه ، ولا فرق في ذلك أن يكون من تلقاء نفسها أو بناءاً على تظلم من الأفراد .

ثالثاً : لا يخضع التظلم الإداري كقاعدة عامة لأية اجراءات أو مواعيد إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك[1] . وكل ما يلزم في التظلم أن يكون واضح الدلالة على انصراف نية صاحب الشأن إلى الاعتراض على تصرف الإدارة موضوع الشكوى، وألا يكون التظلم في عبارات عامة ينقصها التحديد والوضوح[2] .

لكن هذه القاعدة قد ترد عليها استثناءات حين ينظم القانون التظلم الإداري

---

(١) والأصل كما يقول الدكتور خالد عبد العزيز عريم : ان التظلمات الإدارية موجودة ويستطيع الأفراد اللجوء إليها ولو لم ينص المشرع على وجودها .. المرجع السابق ص ١٩٤ ومجلس الدولة الفرنسي ٢٤ يناير ١٩٥١ قضية Boudain .

(٢) الدكتور طعيمة الجرف ، المرجع السابق ص ٥٦ والدكتور خالد عبد العزيز ص ١٩٥ .

وبالذات عند ما يشترط كاجراء سابق على الدعوى القضائية فيوجب أن يتم في شكل معين تسهيلاً للاثبات ، وخلال ميعاد معين حفظاً لحق الطاعن في الالتجاء إلى الجهة المختصة .

رابعاً : ان إختيار التظلم الإداري أو رفضه لا يمنع من رفع الدعوى أو يسقط الحق في رفعها [١] .

ومرد ذلك ان التظلم الإداري يقوم إلى جانب الدعوى القضائية ، وان اختيار التظلم لا يحرم من رفع الدعوى أي ان الالتجاء إلى أحدهما لا يمنع من الالتجاء إلى الآخر .

ويستثنى من ذلك حالة وجوب الالتجاء إلى طريق التظلم الإداري قبل رفع الدعوى — ففي هذه الحالة يمتنع على صاحب الشأن الطعن ابتداءً لدى القضاء قبل سلوك التظلم ، بل يتعين عليه إلا يطرح النزاع على القضاء إلا بعد صدور قرار في التظلم الإداري[٢] .

٩ ــ تقديرنا للرقابة الإدارية :

تمتاز الرقابة الإدارية بسهولتها وبساطتها فهي لا تخضع لأية اجراءات أو أشكال أو مواعيد .

وللرقابة الإدارية فائدة عملية فهي تخفف العبء عن كاهل القضاء وتقلل الوارد من القضايا وتوفر مصروفات التقاضي وكثيراً ما يحسم النزاع بين الإدارة والأفراد بمجرد رفع التظلم دون حاجة إلى التداعي أمام المحاكم[٣] .

---

(١) راجع فؤاد العطار المرجع السابق ص ٩٨ .

(٢) راجع أيضاً في التمييز بين الطعن الإداري والطعن القضائي ، الدكتورة سعاد الشرقاوي المسئولية الإدارية ص ٤ ، ٥ ، ٦ ، طبعة ١٩٧٢ م .

(٣) راجع الدكتور خالد عبد العزيز عريم : المرجع السابق ، ص ١٩٤ .

ولكن إلى جانب هاتين الميزتين ، يؤخذ على الرقابة الإدارية أنها تجعل من الإدارة خصماً وحكماً في وقت واحد . وكثيراً ما يصعب على مصدر القرار أن يعترف بخطئه .

ولعل هذا النقد هو أخطر ما يوجّه إلى الرقابة الإدارية ، ويجعلها قاصرة عن تحقيق الحماية لحقوق الأفراد وحرياتهم ولهذا السبب كانت رقابة القضاء أوفى أنواع الرقابات وأكملها — كما أسلفنا[1] .

١٠ — التمييز بين الرقابة الإدارية والرقابة القضائية :

أولا : : إذا كانت الرقابة القضائية هي من اختصاص المحاكم وهي سلطة مستقلة عن الإدارة فإن الرقابة الإدارية تدخل في ولاية الإدارة ذاتها — فالرقابة القضائية رقابة سلطة لسلطة أخرى أما الرقابة الإدارية فهي تمارس داخل السلطة نفسها .

ثانياً : لا تثور الرقابة القضائية تلقائياً، بل لا بد من دعوى يحركها أصحاب المصالح وعلى خلاف ذلك ، تملك الإدارة مراجعة نفسها تلقائياً ودون إشتراط التقدم إليها بتظلم من أصحاب الشأن .

ثالثاً : وظيفة القاضي — بحسب الأصل — النطق بالقانون D ire le droit .

ومن ثم كانت الرقابة القضائية رقابة مشروعية — فيخرج عن سلطة

---

(١) يقول الأستاذ المرحوم الدكتور السنهوري في هذا الصدد: والحق أن الديمقراطية لم ترسخ لها قدم في الحكم الديمقراطي الصحيح هي في أشد الحاجة إلى رقابة القضاء . ذلك أن كل ديمقراطية ناشئة لم تنضج فيها المبادىء الديمقراطية تكون السلطة التنفيذية فيها هي أقوى السلطات جميعاً تتغول السلطة وتسيطر عليها وتتحيف السلطة القضائية والدواء الناجع لهذا الحال هو العمل على تقوية السلطة القضائية ؛ مجلة مجلس الدولة ؛ السنة الثالثة ص ٢ .

القاضي البحث في ملائمة القرار الإداري أو عدم ملائمته . وإنما يبحث في مشروعية القرار ، أو عدم مشروعية ويحكم برفض الدعوى أو إلغاء القرار الإداري والتعويض عنه على حساب الأحوال .

أما الرقابة الإدارية فكما سبق ان اسلفنا لا تقف عند جانب المشروعية بل تمتد إلى جانب الملائمة .

رابعاً : تؤدي الرقابة القضائية — على عكس الرقابة الإدارية — إلى قرار يحاوز قوة الشيء المقضي به ، بمعنى انه يتعذر تجديد المنازعة في حالة صدور حكم قضائي .

أما في حالة صدور قرار إداري بعد رفع التظلم ، فلا يتعذر على صاحب التظلم أن يعاود شكواه إلى جهة إدارياً أعلى . او إلى جهة القضاء ان طرق باب الإدارة ، سلفاً .

خامساً : ليس للقاضي ان يمتنع عن الفصل في الدعوى متى رفعت إليه وإلاعد مرتكباً لجريمة إنكار العدالة Deni de la jusice وعرّض بالتالي نفسه للمسئوليتين التأديبية والمدنية إلى جانب المسئولية الجنائية .

ويجب أن تكون أحكامه مسببة عند الفصل في الدعوى .

ولكن الأمر يختلف بالنسبة للإدارة عند رفع التظلم الإداري إليها ، فهي ليست ملزمة بالبت في التظلم كالتزام القاضي بالفصل في الدعوى — كما انها ليست ملزمة بتسبيبة قراراتها بعد فحص التظلمات التي تقدم إليها .

والرقابة السياسية كما قلنا ، رقابة على السياسة العامة للدولة فهي لا تصل إلى درجة الغاء أو إيقاف تصرفات السلطة التنفيذية بطريقة مباشرة .

وتؤدي الرقابة القضائية على العكس من ذلك إلى إستصدار حكم بالإلغاء يترتب عليه إعتبار القرار كأن لم يكن . في حين تؤدي الرقابة الإدارية إلى

سحب القرار الإداري إن كان معيباً . والغاؤه إو إلى تعديله وإحلال قرار جديد محله كما سوف نرى ذلك تفصيلاً .

ويختلف السحب عن الإلغاء في أن السحب يزيل القرار منذ صدوره ويزيل كل آثاره بحيث يفترض أنه لم يصدر قط ، أما الإلغاء فيسري بأثر مباشر ولا ينتهي القرار إلا للمستقبل بحيث يرتب القرار الإداري كل اثاره حتى تاريخ إلغاؤه .

وقد كانت نظرية السحب من خلق مجلس الدولة الفرنسي ، فهو الذي ، رسم حدودها وبيّن معالمها ، وهي حسنة من حسناته الكبرى أراد بها ان يوفق بين اعتبارات الشرعية من جهة ووجوب استقرار المراكز القانونية من جهة أخرى .

ونظرية السحب من أهم السلطات التي تمارسها هيئات الرقابة الإدارية وتبدو أهميتها من خطورتها وخطورة النتائج التي تترتب عليها .

لذلك يحسن بنا ان نتناول بالدراسة هذه النظرية من حيث أساسها وشروط انطباقها وموقف القضاء منها في كل من فرنسا ومصر .

الفصل الثاني

سلطات الرقابة الادارية

* * *

السحب والالغاء

تمهيد :

تختلف الأحكام المنظمة للسحب Retrait عن تلك المنظمة للالغاء Abrogation .

فالالغاء ينهي آثار القرار الإداري بالنسبة للمستقبل مع ترك آثاره في الماضي سليمة وبهذا يعامل القرار الإداري ككائن حي يعيش ويموت .

أما **السحب** : يعدم آثار القرار الإداري بالنسبة للماضي والمستقبل بحيث يعتبر القرار كأن لم يولد اطلاقاً .

ولذلك يحسن بنا ان نتناول نظرية **السحب** في مبحث أول **والإلغاء** الإداري في مبحث **ثان** :

المبحث الأول

سحب القرار الاداري

١٢ – معنى السحب :

سحب الشيء أي جرّه ويقال سحب الحبل أي مده وسحب السيف أي سلّه ورجل مسحوب أي أكول وشروب [١] .

أما السحب قانوناً فيقصد به إزالة القرار الإداري بكافة آثاره الماضية وإعتباره كأن لم يصدر قط بخلاف الإلغاء الذي يقصد به إزالة الآثار المستقبله للقرار مع بقاء آثاره الماضية سليمة [٢] .

والسحب يشبه من بعض النواحي الفسخ في دائرة القانون الخاص Résolution الذي يترتب عليه أن ينحل العقد من وقت نشوئه وهو يتميز عن الالغاء كما قلنا ، الذي تقتصر آثاره على المستقبل ويشبه من بعض الوجوه الانفساخ Résiliation [٣] .

ولكي يكون هناك سحب لقرار أو رجوع في القرار كما يسميه استاذنا

---

(١) أساس البلاغة ، للإمام الزمخشري طبعة بيروت ١٩٦٥ ص ٢٨٧ .

(٢) راجع أيضاً طعن إداري رقم ١٦/٢ ق يونيه ١٩٧٠ مجلة المحكمة العليا السنة السابعة وتوحي كلمة Retrait باللغة الفرنسية معنى التراجع أو الحركة إلى الوراء Action de se retirer.

(٣) Larousse des débutants. M. de Toro .

الدكتور السنهوري[١] ، يلزم أن يكون هناك قرار إداري اكتملت عناصره فالأعمال المادية والأعمال القانونية التي لا تعتبر قرارات إدارية لا يكون الرجوع فيها سحباً .

فلا يعتبر سحباً بالمعنى المقصود لهذه العبارة الرجوع في الإجراءات التمهيدية للقرار ، أو عدم الأخذ بالآراء التي تبدى بشأنه قبل إصداره بل يعتبر ذلك مجرد توقف عن الاستمرار في الاجراءات المؤدية لصدور القرار .

وبهذه المناسبة ثار النقاش حول ما إذا كان الرجوع في القرار الإداري قبل أن ينشر أو يعلن سحباً للقرار فارتأى البعض أن الرجوع في القرار قبل نشره أو اعلانه لا يعتبر سحباً للقرار .

والصحيح عندي أنه ما دام القرار الإداري قد اكتملت عناصره ، وصدر واتجهت نية مصدره إلى إتخاذ اجراءات تنفيذه ثم عدل عنه يكون العدول سحباً للقرار ولو حصل قبل الاعلان أو النشر — لأن القرار اكتمل بمجرد صدوره أما النشر فلا يعدو أن يكون شرطاً لنفاذه — والفرق كبير بين تمـــام القرار بصدوره ونفاذه بنشره .

ولا يشترط في القرار الساحب شكلا معيناً (إلا إذا استلزم القانون ذلك)— ولا يشترط فيه أن يكون صريحاً بل يجوز أن يكون ضمنياً بأن تتخذ الإدارة قرار جديداً لا يستقيم إلا على أساس سحب القرار السابق فإذا ما أصدر الرئيس الأعلى قرارا بإحالة شخص على مجلس التأديب عن نفس التهمة التي وقع من أجلها الجزاء عليه من نفس الساحب أو من رئيس المصلحة المختص كان ذلك بمثابة سحباً للقـــرار التأديبي السابق وتركا للمسألة برمتها إلى مجلس

---

(١) راجع مقال الأستاذ عبده مخرم ، مجلة مجلس الدولة ، السنة الأولى ، ص ١٠٦ وما بعـــدها وراجع أيضاً في التعريف لوبادير ، القانون الإداري ، ص ١٨٢ (٢) .

التأديب[1] .

وسنتناول نظرية السحب من عدة جوانب .

أولاً : ما هي **الأسس** التي تقوم عليها نظرية السحب .

ثانياً : ما هي **شروط** السحب .

ثالثاً : وأخيراً الآثار التي تترتب على السحب .

أولاً ـ الأسس التي تقوم عليها نظرية السحب :

يثور صراع بمناسبة سحب القرارات غير المشروعة بين مبدأين هامين مبدأ الشرعية الذي يقضي بأن يكون للإدارة حق سحب قراراتها المعيبة أو الباطلة في كل وقت ـ ومبدأ عدم جواز المساس بالحقوق المكتسبة الذي يقضي باحترام المراكز القانونية الفردية التي تنشأ بين الإدارة ، والأفراد .

كيف يمكن التوفيق بين المبدأين ؟

يرى البعض وعلى رأسهم **ديجى** أن مبدأ الشرعية يجب أن يكون هو الأعلى ومن ثم تكون له الأولوية دائماً على مبدأ عدم المساس بالمراكز الفردية المكتسبة كلما حدث التعارض بينهما . وحجته في ذلك أن القرار الباطل لا يولد حقاً . وبناء على ذلك يرى أصحاب هذا الرأي امكان سحب القرار الباطل في كل وقت . تحقيقاً لمبدأ الشرعية[2] .

ولكن **يعيب** هذا الرأي أنه غير عملي إذ كيف تسمح للإدارة بعد ان تقرر وضعاً مخالفاً للقانون مدة طويلة ان تهدمه فجأة، أليس في ذلك مدعاة

---

(١) طعن إداري رقم ٩/١٥/ق مجلة المحكمة العليا ، السنة السادسة العدد الرابع جلسة ٢٣ مايو ١٩٧٠ م .

(٢) راجع في ذلك الدكتور ثروت بدوي ، تدرج القرارات الإدارية ومبدأ الشرعية ص ١٥٣ طبعة ١٩٧٠ ، ومن هذا الرأي أيضاً الدكتور السنهوري المرجع السابق ، ص ١٦ .

للاضطراب ! وزعزعة للإستقرار الواجب للأوضاع القانونية .

لذلك كان مبدأ عدم المساس بالمراكز القانونية الفردية او احترام الحقوق المكتسبة متفقاً عليه من الكافة . والاتجاه السليم إذن هو الالتجاء إلى حل وسط يكون بمثابة نوع من التصالح بين مبدأي الشرعية واحترام الحقوق المكتسبة وقد جاء هذا الحل الوسط في اعطاء الإدارة حق سحب القرارات الباطلة بشرط ان يكون ذلك في خلال مدة معينة يمتنع بعدها السحب ويطمئن الأفراد إلى إستقرار أوضاعهم — حددها مجلس الدولة الفرنسي — ومن بعده المصري بميعاد الطعن بالإلغاء وفي حالة رفع الدعوى فعلاً يمتد الميعاد ويبقى السحب ممكناً طالما لم يصدر حكم .

وفوق ما تقدم يعتبر السحب جزاءاً لعدم مشروعية القرار كما يقول الاستاذ دي لوبادير [1] . تقوم به الإدارة من تلقاء نفسها بدل السلطة القضائية — وبهذا المعنى يكون السحب بديلا للإلغاء القضائي .

فيحقق السحب ما يمكن أن يحققه قاضي الالغاء [2] .

والقول بأن السحب جزءا لعدم المشروعية يترتب عليه كون السحب واجباً على الإدارة قبل أن يكون حقاً لها — فمتى استبان له وجه عدم المشروعية وجب عليها أن تسحب قرارها وإلا اعتبر امتناعها من قبيل إساءة استعمال السلطة [3] .

وقد أورد الاستاذ **عبده محرم** حجة أخرى حاصلها أن قانون مجلس الدولة سواء في فرنسا أو في مصر إذ حدّد الأحوال التي يكون القضاء الإداري فيها مختصاً لم يعط للإدارة الحق في رفع الدعوى بالغاء قرار باطل صادر منها بل

---

1 — Une véritable sanction de l'illégalité de l'acte. A Laubadère traité élémentaire de droit administratif, édition 1953. P. 186.

7 — C.E. 24 nov. 1972 — Baldochi.

3 — C.E. 13 février 1938. Syndicat national des statistiques.

جعل ذلك لصاحب المصلحة في الطعن في القرار ولو لم يكن للإدارة حق في سحب قراراتها المخالفة للقانون ، لكان معنى ذلك التفرقة في المعاملة بين الإدارة والأشخاص الذين يصدر القرار لمصلحتهم وحرمان الإدارة من حق خوّله لها القانون لأن العمل القانوني الباطل يجوز لمن صدر منه ولكل ذي شأن أن يرفع دعوى ببطلانه .

ويستوي في ذلك العمل القانوني من جانبين أو العمل القانوني الصادر من جانب واحد كالقرار الإداري — فلا يوجد شك في أن للإدارة — إذا لم يمنعها القانون أن تطلب ببطلان العمل القانوني المخالف للقانون لو لم يكن لها حق السحب ويكون حرمانها من هذا الحق في التشريع سببه ما أستقر من ذهن المشرع أنها من غنى عن هذا الإجراء لأنها تملك سحب القرارات الباطلة ومتى كان لأمر كذلك وجب عليها استعمال حق السحب في ميعاد الطعن القضائي [1] .

وأخيراً يحقق السحب جملة فوائد عملية . فهو يقلّل الوارد من القضايا ، ويبسّط الاجراءات ، ويوفّر المصروفات وكثيراً ما يحسم النزاع عن طريقه بدل التداعي أمام المحاكم .

لذلك كله تأسست نظرية السحب إعمالا لمبدأ الشرعية من جهة وتحقيقاً لفوائد عملية من جهة أخرى .

ثانياً : شروط السحب

لكي يتم سحب القرارات الإدارية لا بد من توافر شرطين جوهريين :

---

(١) الأستاذ عبده محرم ، مجلة مجلس الدولة ، السنة الأولى ، ص ١١١ .

أولاً ـ أن يكون القرار محل السحب قراراً إدارياً غير مشروع .
ثانياً ـ أن يجري السحب خلال الميعاد المقرر قانوناً للطعن بالإلغاء .

الشرط الأول : أن يكون القرار محل السحب قراراً إدارياً غير مشروع .

فالقرار السليم لا يمكن سحبه[١] لأن السحب إعدام لقرار بأثر رجعي وفي هذا إعتداء على الحقوق المكتسبة ومخالفة صريحة لمبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية .

أي أن مبدأ عدم الرجعية يمنع من السحب بأثر رجعي في حالة القرار السليم ويستوي في ذلك القرار الفردي والقرار التنظيمي والقرار المنشيء للحقوق وغير المنشيء لها[٢] .

ولئن كانت القرارات السليمة لا يمكن سحبها ، فان الأمر يختلف بالنسبة للقرارات الباطلة . فهذه القرارات يجوز الغاؤها لا بالنسبة إلى المستقبل فحسب بل بالنسبة إلى الماضي أيضاً وذلك لسببين :

١ ـ لا تستطيع القرارات الباطلة كقاعدة عامه أن تنشيء حقوقاً للأفراد بالتالي لا يكون في اعدامها بأثر رجعي إعتداءاً على حق مكتسب إذ ليس لأحد أن يدعي باكتساب حق على خلاف القانون [٣] .

٢ ـ كما أن سحب القرار غير المشروع يعد بمثابة جزاء لعدم مشروعيته **une véritable sanction de l'illégalité de l'acte.**

فيجوز للادارة أن تفعل ما يفعله قاضي الإلغاء فيما لو طعن في القرار

---

2 — **A. Butenbach. Manuel de droit Administratif, page 332.**

(٢) الدكتور ثروت بدوي ، المرجع السابق ، ص ١٢١ ولكن مراعاة لاعتبارات العدالة خرج مجلس الدولة الفرنسي على هذه القاعدة في حالة فصل الموظفين وأجاز سحبه ولو صدر سليماً .

(٣) الدكتور سليمان الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، ص ٦٧٨ ، الطبعة الثالثة ١٩٦٦

المعيب أمامه وبالتالي لا معنى لمنع الإدارة من الغاء قرار مصيره الطبيعي إلى الإلغاء أمام القضاء بل من واجبها أن تقوم بذلك لأن واجب الإدارة الأول أن تعمل على سيادة حكم القانون وان تكون تصرفاتها في نطاقه . فإذا ما خالفت القانون بحسن نية أو بسوء نية ، فعليها في كل وقت ان ترجع مختارة إلى حظيرة القانون بتصحيح الأوضاع غير المشروعة وإزالة ما يترتب عليها من آثار[1] .

ولقد استقر القضاء على وجوب سحب القرارات الآتية :

١٦ ــ القرارات المنعدمة :

القرارات المنعدمة من قبيل الأعمال المادية ومن ثم لا تعتبر إفصاحاً عن إرادة الإدارة ولا ترتب أثراً قانونياً ــ ولذلك جاز سحبها في أي وقت[2] .

فالقرار المعدوم **Inexistant** هو الذي بلغ به العيب حداً ، جسيماً يجرده من كيانه ويجعله مجرد عمل مادي لا يتمتع بما تتمتع به القرارات الإدارية من حصانة .

ونرى بحق أن الرجوع في القرارات المعدومة لا نعتبر سحباً بل مجرد إعلان بانعدام القرار لأن السحب يفترض إزالة أثر قانوني كان يرتبه القرار المسحوب أما القرارات المنعدمة فلا ترتب أثراً قبل إعلان إنعدامها فهي كمن ولد ميتاً .

١٧ ــ القرارات الصادرة عن غش :

المقصود بالغش أن يصدر القرار بنتيجة قيام أحد الأفراد بطرق احتيالية

---

(١) الدكتور الطماوي : المرجع السابق ٦٨٩ .

(٢) الدكتور محمود حلمي ، القرار الإداري ، ص ٣٧٠ طبعة سنة ١٩٧٠ ، ومراجع أندريه بوتيناخ المرجع السابق ، ص ٣٣٢ .

تؤدي إلى عدم مشروعية القرار . فيتضمن الغش إذن عنصرين :

١ ــ طرق احتيالية ٢ ــ أن تؤدي هذه الطرق إلى عدم مشروعية القرار.

الطرق الاحتيالية :

هذه الطرق في الغالب أقوالاً وافعلاً أو معلومات خاطئة يدلي بها الفرد وتؤدي إلى صدور القرار غير المشروع (١) .

ومن قبيل الطرق الاحتيالية أن يقوم المستفيد من القرار بما من شأنه أن يوهم الادارة بواقعة معينة أو مركز قانوني معين فيصدر القرار استناداً إلى تلك الواقعة أو هذا المركز .

فإذا أصدر قرار بإبعاد أجنبي أو سلك هذا الشخص ما يعد طرقاً غير قويمة في الحصول على قرار بمد إقامته ، فإن القرار إلا خير يعتبر نتيجة لغش صادر منه ولا يمكن أن يستفيد منه(٢) .

ويتحقق الغش بطريقة **إيجابية** في صورة أقوال أو أفعال تصدر عن المستفيد من القرار ، وأيضاً بطريقة **سلبية** كما لو أخفى المستفيد من القرار بعض المعلومات الأساسية ويعلم ان الإدارة تعول عليها في إصدار القرار فسكوته في هذه الحالة يعد من قبيل الغش الذي يفسد عمل الإدارة(٣) .

فإذا استلزم القانون ضرورة ذكر مدة الخدمة السابقة عند التعيين في الخدمة وأغفل المرشّح التنويه عن هذه المدة وصدر قرار التعيين مخالف للقانون إذ يتبيّن بعد صدوره ان الموظف الذي يعين كان قد فصل من وظيفة أخرى

---

(١) الدكتور محمد حلمي ، المرجع السابق ، ص ٣٧٦ .
(٢) حكم محكمة القضاء الإداري ، في ٢١ مارس ١٩٥٣ المجموعة ٧ ص ٦٤٨ .
(٣) الدكتور الطماوي ، المرجع السابق ، ص ٧٠٧ .

كعقوبة تأديبية منذ مدة وجيزة ففي هذه الحالة يعتبر القرار قد صدر عن غش هذا الموظف .

و لا يشترط أن يصدر الغش عن المستفيد من القرار بل يجوز أن يصدر عن غيره[١] . ويشترط في جميع الأحوال أن يكون تصرف المستفيد قد صدر عن غش (بسوء نية) لا عن خطأ أو غلط ، فلا يعتبر عمل المستفيد غشا إلا اذا شابه نية التضليل .

٢ ــ أن تؤدي الطرق الاحتيالية إلى عدم مشروعية القرار :

أي أن توافر علاقة السببية بين الطرق الاحتيالية وعدم مشروعية القرار أي بين السبب (الطرق الاحتيالية) وعدم مشروعية القرار (النتيجة) حتى يمكننا أن نقول أنه لولا الغش ما توافر عيب مخالفة القانون .

فاذا تقدم أحد الافراد لشغل منصب معين وقدم شهادة غير حقيقية بأنه سبق أن شغل منصباً مماثلا وكان هذا الشرط لا يتطلبه القانون فانه لا يمكن اعتبار قرار التعيين معيبا لهذا السبب ولكن يتغير الحال لو ان الادارة كانت قد وضعت في الاعتبار هذه الشهادة ومنحت المرشح او لوية على زملائه إستناداً إليها[٢] .

١٨ ــ القرارات التي لا تنشيء حقوقاً أو مزايا :

ان من حق الإدارة بل من واجبها ان ترجع في القرارات غير المشروعة واصلاح الاوضاع المخالفة للقانون ولا يعتبر ممارسة هذا الحق أو القيام بهذا

---

(١) الدكتور محمود حلمي ، المرجع السابق ، ص ١٧٢ .
(٢) الدكتور سليمان الطماوي ، المرجع السابق ، ص ٧١١ .

الواجب الا العمل على استقرار الاوضاع القانونية التي نشأت عن القرار غير المشروع واستقراره بعد مدة معينة [١] .

لذلك كان من حق الادارة ان تسحب في أي وقت القرارات غير المشروعة التي لا تنشيء حقوقاً أو مزايا للموجهة إليه وفي ذلك تقول محكمة القضاء الاداري أن القرارات الفردية التي لا تنشيء مراكز وأوضاعا قانونية بالنسبة للغير هذه القرارات يجوز سحبها في أي وقت لان القيود التي تفرض على جهة الادارة في سحب القرارات الفردية انما تكون في حالة ما إذا انشأت هذه القرارات مزايا وأوضاعاً أو مراكز قانونية لمصلحة فرد من الافراد لا يكون من المناسب حرمانهم منها [٢] .

ولكن من يعتبر القرار منشئاً لحق أو مزية أو مركز ؟

١٩ ــ ذهب البعض [٣] إلى تقسيم القرارات : إلى قرارات فردية وقرارات شرطية واخرى لائحية .

فالقرارات الفردية الشخصية هي التي تنشيء مراكز قانونية خاصة كمركز البائع أو مركز الدائن ــ سمبت خاصة أو شخصية . **Subjectif** لانها تخص فرد معين أو حالة معينة بالذات .

أما القرارات الشرطية : **Acte condition.**

فهي وان كانت فردية الأثر كالقرارات الشخصية الا انها لا تنشيء أي

---

(١) وتلاحظ في هذا الصدد بأن هذا النوع من القرارات أوسع من مفهوم القرارات غير المشروعة فهذا النوع الأخير نوع من القرارات التي لا تولد حقوقاً أصل وعله السحب في الحالين واحدة : وهي عدم المساس بالحقوق المكتسبة ، فضلا عن إزالة عيب عدم المشروعية في الحالة الثانية . محمود حلمي المرجع السابق ، ص ٢٧٣ .

(٢) محكمة القضاء الإداري ، ١٠ ابريل ١٩٥٥ .

(٣) منهم الأستاذ عبده محرم ، المرجع السابق ، ص ١٠٦ .

مركز خاص بل تدخل فرداً معينا في نطاق نظام قائم من قبل أي نظام لائحي Reglementaire كقرارات تعيين الموظفين مثلاً .

والقرارات اللائحية هي تلك التي تنشيء مراكز قانونية عامة لا خاصة أي تتضمن قواعد عامة مجردة لا تنطبق على اشخاص بذواتهم (١) .

وقد ذهب هذا البعض إلى أن النوع الأول فقط ينشيء حقوقاً اما النوع الثاني فهو لا ينشيء حقوقا بل ينشيء مزايا .

واما النوع الأخير فالمتفق عليه أنه لا يولد حقوقاً مكتسبة لأحد ومن ثم جاز سحبها أو الغاؤها في أي وقت (٢) .

ولكن الغالبية الساحقة من رجال الفقه أجمعت على عدم امكان ايجاد معيار عام للتمييز بين القرار المنشيء للحق والقرار غير لمنشيء للحق (٣) ويجب تقدير كل حال على حدة .

Il est extrêmement difficile en pratique de donner un critérium général permettant de faire distinction des décisions conférant des droits et des décisions non conférant des droits.

وازاء ذلك اقتصر الفقهاء على ذكر امثلة للقرارات التي لا تنشيء حقوقاً ويجوز لذلك سحبها دون التقيد بمدة معينة وهي :

---

(١) راجع في دراسة أنواع القرارات الإدارية ، محمود حلمي ، ص ٨ المرجع السابق والدكتور الطماوي المرجع السابق ص ٤٥٠ والدكتور ثروت بدوي ، المرجع السابق ص ١٢٤ .

(٢) منهم الأستاذ عبده محرم المرجع السابق ص ١٠٦ .

V. Vedel, la soumission de l'administration à la loi. P. 65.

(٣) عكس ما يرى أستاذنا الدكتور الطماوي حيث يقول : اننا ننضم إلى الرأي القائل باستحالة سحب اللوائح السليمة فيكون حق الإدارة في تعديل اللوائح السليمة وفي إلغائها واستبدالها بغيرها مقصوراً على المستقبل د المرجع السابق ص ٦٤٧ .

١ ــ القرارات الولائية : Actes gracieux

وهي قرارات تخول الفرد رخصة أو تسامحاً . ومثلها التقليدي في فرنسا منح احد الموظفين اجازة في غير الحالات التي يحتم فيها القانون منح هذه الاجازة .

٢ ــ القرارات الوقتية : Actes provisoires

وهي قرارات ترتب حقوقاً وقتية وذلك بناء على نص في القرار أو بسبب نقص في الإجراءات اللازمة لصدور قرار كامل أو بناء على شرط ضمني يتضح من طبيعة القرار نفسه أو من إرادة مصدره فيعتبر قرارا وقتياً القرار الصادر برخصة شغل طريق لغرض وقتي .

٣ ــ القرارات غير التنفيذية : Actes non exécutoires

كالقرارات التي تصدر بقصد التمهيد لاصدار قرار معين ، وكالقرار الصادر بوقف موظف بقصد إحالته إلى المحاكمة التأديبية والقرارات التي تحتاج إلى تصديق من السلطة الرئاسية ومن سلطة الوصاية .

٤ ــ المنشورات والأوامر الداخلية :

وهي عبارة عن الأوامر التي تصدر عن رئيس المصلحة إلى مرؤوسيـــة متضمنة تفسير القوانين والتشريعات القائمة ــ فهي موجهة إلى الموظفين وهم ملزمون باحترامها ولا أثر لها قبل الأفراد العاديين . ولكن ذلك مشروط بأن تلتزم تلك الأوامر حدود التفسير ولا ترتب أحكاماً جديدة لا سند لها في القوانين اللوائح فان هي تعدت حدود التفسير إلى الانشاء والخلق ، أي خلق مراكـــز قانونية جديدة أو تعديل مراكز قائمـــة أعتبرت بالتالي قرارات إدارية مكتملة .

٥ ــ القرارات التي تشترك في تكوين عملية مركّبة Opération complexe

كالقرارات التي تصدر بإبرام عقد يجوز الغاؤها قبل ابرام هذا العقد .

وقد ذهب القضاء الاداري الفرنسي في الكثير من احكامه إلى اعتبار القرارات المبنية على سلطة مقيدة من الجائز سحبها بعكس القرارات المبنية على سلطة تقديرية[1] . Pouvoir discrétionnaire

والحقيقة كما قال استاذنا الدكتور سليمان الطماوي أن تعبير قرار إداري صادر عن سلطة مقيدة ــ وقرار إداري صادر عن سلطة تقديرية هو اصطلاح غير موفّق لتداخل التقدير والتقييد معا في كل قرار إداري تقريباً[2].

وهذا فضلا على أن هذه التفرقة تتنافى مع الأسس التي قامت عليها نظرية السحب فالحلول التي انتهى اليها مجلس الدولة الفرنسي في موضوع السحب كانت بقصد التوفيق بين مبدأ الشرعية ومبدأ احترام الحقوق المكتسبة وهذا الاساس ليس من شأنه ان يجعل القواعد الخاصة بسحب القرارات المبنية على سلطة مقيدة مغايرة لتلك التي تتعلق بالقرارات المبنية على سلطة تقديريــة لأن الحكمة في عدم جواز السحب في الحالتين واحدة .

ولكن من الملاحظ ان القرارات المبنية على سلطة مقيدة هي في الغالب قرارات كاشفة لا تأت بجديد في عالم القانون ولا تنشيء حقوقاً بمعنى الكلمة ومن ثم يجوز سحبها في أي وقت بعكس القرارات المبنية على سلطة تقديرية .

على أن التلازم ليس حتمياً ودائماً بين القرارات الكاشفة والقرارات المبنية على سلطة مقيدة لأن من القرارات المنشئة ما يتضمن ممارسة لإختصاص مقيّد . لذلك فالربط بين هذين النوعين ليس صحيحا على إطلاقه .

---

(١) محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ٥١٥٧ لسنة ٨ ق ١١ ابريل ١٩٥٧ .
(٢) الدكتور سليمان الطماوي ، المرجع السابق ، ص ٧١١ .

٢٠ – القرارات المترتبة على القرار المحكوم بإلغائه :

تلتزم الإدارة أثر حكم الإلغاء باصدار قرارات تعتبر نتيجة لازمة للقرار المحكوم بالغائه ، فتصدر قرارات بسحب القرارات المترتبة عليه .

هذه القرارات المترتبة على القرار المحكوم بالغائه من الواجب سحبه احتراماً لحجيه الحكم وتنفيذاً لمضمونه تنفيذاً كلياً [١].

ولقد استقر القضاء وأطرد على حق الادارة في سحب القرارات الادارية الفردية رغم ما يتولد عنها من حقوق مكتسبة متى كان السحب لازماً تطبيقا لحكم قضائي نهائي [٢] .

فتنفيذ حكم الالغاء لا يقتضي الغاء القرار المحكوم بالغائه فحسب بل الغاء كل ما يستند في وجوده إلى القرار المحكوم بالغائه [٣] .

والآن وقد أنتهينا من الشرط **الأول** يحسن بناء أن نتناول بالتفصيل الشرط **الثاني** وهو شرط **المدة** .

الشرط الثاني : أن يجري السحب خلال الميعاد المقرر قانوناً لدعوى الإلغاء :

٢١ – تقتضي الأوضاع القانونية السليمة أن تمكّن الإدارة من سحب القرارات الباطلة في كل وقت ودون التقيد بمدّة معينة ولكن من غير الجائز إطلاق يد الإدارة حيث يتسنى لها أن تهدم وضعاً بصورة مفاجئة كان قد استقر منذ مدة طويلة ومن الخير إذن الأخذ بحل وسط يتمثل في إجازة سحب القرارات

---

(١) الدكتور محمود حلمي ، ص ٢٧٩ المرجع السابق .
(٢) الدكتور طعيمة الجرف ، المرجع السابق ص ٨٧ وفي الموسوع الدكتور الطماوي ، القضاء الإداري ص ١٠٦٢ .
(٣) محكمة القضاء الإداري جلية ٢٣ فبراير ١٩٥٦ .

الباطلة إرضاءاً لجانب القانون مع قصر السحب على مدة معقولة ارضاء الجانب الاستقرار .

هذه المدة المعقولة Raisonnable حدّدها مجلس الدولة الفرنسي ومن ورائه مجلس الدولة المصري بميعاد الطعن بالالغاء ومرد ذلك يرجع إلى وجوب التوفيق بين ما يجب أن يكون للادارة من حق في اصلاح ما ينطوي عليه قرارها من مخالفة قانونية وبين وجوب استقرار الاوضاع القانونية المترتبة على القرار الإداري مع مراعاة الإتساق بين الميعاد الذي يجوز فيه لصاحب الشأن طلب إلغاء القرار الاداري وبين الميعاد الذي يجوز فيه سحب القرار المذكور (١) .

وعلى ذلك تكون المدّة التي يجوز للادارة فيها سحب القرار الاداري إذا لم ترفع دعوى الالغاء هي ستون يومـاً ما لم ينص القانون على خلاف ذلك فاذا حدد القانون ميعاداً للسحب يختلف عن ميعاد الطعن بالالغاء فهذا الميعاد الخاص هو الذي يسري دون غيره .

Mais lorsque la loi a organisé contre l'acte en cause un recours outre que le recours pour l'excès de pouvoir comportant un délai spécial, c'est ce delai spécial qui s'applique. (٢)

وتبدأ هذه المدة من تاريخ نشر القرار أو إعلان صاحب الشأن به فاذا تم العلم بالقرار عن هذا الطريق ومضت المدة أستحال طلب الالغاء عن طريق القضاء ، وبالتالي أستحال سحبه عن طريق الادارة .

ويسري على مدة السحب ما يسري على مدة الطعن بالالغاء من أسباب الايقاف والانقطاع والتقصير والاطالة (٣).

فيمتد ميعاد السحب إذا رفعت دعوى الإلغاء وللادارة أن تسحب القرار

---

(١) الدكتور طعيمة الجرف ، المرجع السابق ، ص ٨٨ وحكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ ٧ يونيو ١٩٥٣ ، السنة السابعة ص ١٤٨٣ .

2. A. Laubadère, le Manuel de droit A. P. 186.

(٣) الدكتور محمود حلمي ، المرجع السابق ص ٢٨٦ .

في أي وقت قبل صدور الحكم في الدعوى[١] .

غير أن الربط بين ميعاد السحب وميعاد الطعن بالالغاء قد يوحي بأنهما متلازمين ، فيجوز السحب متى أمكن الطعن بالإلغاء، ويمتنع السحب متى استحال الطعن بالالغاء وهذا غير صحيح .

فالسحب والالغاء ليسا أمرين متلازمين دائما في كل الأحوال لأن المشرّع قد يرى لاسباب تتعلق بالمصلحة العامة عدم جواز الطعن بالالغاء امام المحكمة الادارية في قرارات معينة ، وليس معنى ذلك ان يمتنع على السلطة مصدرة القرار سحبه إذا وجدت أن في هذا السحب تحقيق مصلحة أو رفع غبن وقع [٢].

وبانتهاء المدة يتحصن القرار ويتعين بالتالي عدم المساس به لا لإستغلاق الطعن القضائي ، ولكن التحقيق دواعي الإستقرار التي تقوم عليها نظرية سحب القرارات الإدارية .

ويلاحظ أخيراً بأن بقاء الحق في رفع دعوى التعويض لا يترتب عليه كما يقول أستاذنا الدكتور السنهوري إمتداد ميعاد السحب — والعلّه في ذلك واضحه إذ لو جاز الرجوع للادارة عن قراراتها في هذه الحاله لظل باب الرجوع مفتوحاً مدة خمسة عشرة سنة . وهي التي يجوز فيها المطالبه بالتعويض وفي هذا تعارض مع الإستقرار الواجب للأوضاع الظاهرة[٣] .

---

1) Laubadère — P. 186.
C. E. Kremer 12.6.1963.

(٢) مجلس الدولة المصري ٦ يناير ١٩٥٥ السنة التاسعة .

(٣) الدكتور السنهوري ، المرجع السابق ص ٢٠ .
محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ٥١٥٧ لسنة ٨ ق ١١ ابريل ١٩٥٧ .

والسؤال الذي يعرض في هذا المقام هو الآتي :

هل ينقلب القرار الغير المشروع إلى قرار مشروع بعد فوات مدة الطعن بالإلغاء فيولد حقوقاً ويكسب أوضاعاً لمصلحة الأفراد ؟

٢٢ ــ توحي أحكام مجلس الدولة الفرنسي بأن القرار الإداري غير المشروع يولد حقاً والصيغة التقليدية في أحكامه تجري على النحو التالي :

S'il appartient aux ministres, lorsqu'une décision ayant crée des droits est entachée d'une illégalité.

أما مجلس الدولة المصري فتكاد الصيغة التي يستعملها تلتقي مع العبارة السابقة ، « أما القرارات الفردية فلا يجوز سحبها ــ ولو كانت معيبة الإخلال ستين يوماً من تاريخ صدورها ، بحيث إذا انقضى هذا الميعاد يصبح لصاحب الشأن حق مكتسب فيما تضمنه القرار »[(١)].

ويؤيد بعض الفقهاء هذا الاتجاه السائد قضاءاً ومنهم الأستاذ فيديل[(٢)] . .

ويذهب البعض الآخر مذهباً مخالفاً ، فالقرار غير المشروع عند هذا البعض لا يولد حقاً ولا ينتج أثراً وفقاً لمنطق القانون ولا يقيد الجهة التي أصدرته فهي تستطيع الرجوع فيه في أي وقت تشاء ــ والمركز الذي نشأ من قرار غير مشروع يجب ازالته في أي وقت بشرط تعويض المضرور عن هذا السحب . وعلى رأس هذا الإتجاه ديجي والأستاذ السنهوري[(٣)] .

والصحيح عندي ذهب اليه أصحاب الرأي الثاني فلا يمكن أن ينشأ حق على خلاف القانون ومن المقرر أن الباطل لا يستطيع أن ينتج الا الباطل ، فلا خلاف على ان الباطل لا ينتج أثراً ولا يمكن لأحد أن يدعي بوجود حق مكتسب على

---

(١) الدكتور الطماوي ، المرجع السابق ص ٦٨٦ .
(٢) الدكتور الطماوي ، المرجع السابق ص ٦٨٦ .
(٣) الدكتور السنهوري ، المرجع السابق ص ١٦ وما بعدها .

خلاف القانون . ولكن الخـــلاف الحقيقي بين الرأين ينحصر في أثر المدة وهل لفواتها قيمة بحيث يصبح من المصلحة عدم المساس بالمركز والأوضاع التي نشأت . ذهب رأي [١] .

ذهب رأي [٢] لعلّه أكثر الآراء تصويراً للحقيقة — بأن مرور وقت معقول على بقاء القرار المعيب يولّد ثقة مشروعة لدى الأفراد في الوضع المترتب عليه ، ويحوله من مجرد حاله واقعية إلى حالة قانونية تولد حقوقاً مشروعة . فيكون ثمة نوع من التقادم المسقط لعيب المشروعية .

فالحق لا يولد عن القرار غير المشروع مباشرة ، ولكن عن مرور المدة المعقولة التي يتعين بعدها أن تستتب الأوضاع .

ثالثاً — أثر السحب :

٢٣ — يترتب على السحب إعدام القرار الإداري من يوم صدوره واعتباره كأن لم يكن فلا يترتب على السحب إلغاء القرار المسحوب بالنسبة للمستقبل فقط بل يرجع أثره إلى وقت صدور القرار المسحوب وتعاد الأمور إلى ما كانت عليه قبل صدور القرار المذكور [٣] .

فيترتب إذن على السحب آثار هادمه من جانب وآثار إنشائيه من جانب آخر [٤] .

---

1) De Soto «Contribution à la Théorie des nullités des actes administratifs unilatéraux. Paris 1941. P. 206.

ذكره الدكتور الطماوي ، المرجع السابق ص ٦٨٧ .

(٢)

(٣) محمود حلمي ، المرجع السابق ص ٢٩٠ .

(٤) الدكتور الطماوي ، المرجع السابق ص ٧٤٨ .

٢٤ ـ الآثار الهادمة للقرار الساحب : Destructifs

فالسحب كما أسلفنا يترتب عليه إعدام القرار ، وإعتباره كأن لم يكن وبالتالي فان القرار الساحب يعدم كل الآثار التي تكون قد ترتبت على القرار المسحوب قبل سحبه .

فمثلاً يؤدي القرار الصادر بسحب تعيين أحد الموظفين في وظيفة معينة إلى أن يفقد الموظف بأثر رجعي كل المزايا الماليه التي ترتبت على هذا التعيين ، وكذلك الشأن فيما يتعلق بالترقية .

ويترتب على سحب القرار كذلك زوال القرارات التي استندت في وجودها إلى القرار المعدوم ـ واعتبارها هي الاخرى كأن لم تكن .

وأخيراً إذا سحب القرار . ودعوى الإلغاء مرفوعه ، تعين على المحكمة ان تقضي برفض الدعوى إذ لم يعد ثمه محل للحكم فيها [1] .

٢٥ ـ الآثار الإنشائية للقرار الساحب : Constructifs

يترتب على السحب ، فضلاً عن إعدام القرار بأثر رجعي واعتباره كأن لم يكن ضروره إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل صدور القرار المسحوب وبالتالي تلتزم الادارة باصدار القرارات الكفيلة باعادة الحال إلى ما كانت عليه . فسحب القرار الصادر بالفصل يقتضي إعادة الموظف إلى عمله كما لو كانت خدمته مستمره بإصدار كافة القرارات والإجراءات المتعلقة بحقه في المعاش أو العلاوات والترقية كما لو كانت خدمته متصلة [2] .

وفي ضرورة إعادة الحال إلى ما كانت عليه ، لا يختلف القرار الساحب

---

(١) هذا عن دعوى الإلغاء التي تستهدف إعدام القرار بأثر رجعي وهو ما يحققه سحب القرار ولكن قد تكون هناك مصلحة في الاستمرار في نظر دعوى التعويض ورغم صدور قرار السحب .

(٢) الدكتور الطماوي ؛ المرجع السابق ص ٧٥٥ .

عن الحكم بالالغاء فتلتزم الادارة بعد صدور هذا الحكم وذلك القرار باعادة الحاله إلى ما كنت عليه .

ولكن يفترق القرار الساحب عن الحكم الصادر بالالغاء من حيث الطبيعة فالحكم القضائي يتميز عن العمل الإداري بخاصية الحجية ومن ثم يكون الالغاء عن طريق القضاء بحكم يجوز حجية الأمر المقضي لا يجوز الطعن فيه كما أنه حجة على الكافة . Erga omnes.

أما السحب الاداري فيتم بقرار يخضع لكافة الاحكام المنظمة للقرارات الادارية . فان كان سليماً لا يجوز الرجوع فيه ، وان كان باطلاً جاز الرجوع فيه خلال مدة الطعن ، إذ ليس للسحب طبيعة الشيء المقضي به .
L'autorité de la chose jugée.

والسحب كما عرفنا إذن يزيل آثار القرارات الماضية والمستقبله وبهذا يفترق عن الالغاء الذي يسري بالنسبة للمستقبل فقط أما ما هو الالغاء وما هي الأسباب الداعيه إليه والسلطة المختصه به — فهذا ما سنفصله في في المبحث الثاني إن شاء الله ...

المبحث الثاني

الالغـــاء

٢٦ - ما هو الإلغاء : Abrogation

يقصد بالالغاء الإداري انهاء اثار القرار موضوع الالغاء بالنسبة للمستقبل فقط اعتباراً من تاريخ الالغاء مع ترك آثاره قائمة في الماضي في الفترة ما بين تاريخ صدوره وتاريخ الغائه[١] .

وبهذا التعريف يتضح الفارق بين الالغاء الاداري والسحب فالالغاء يزيل آثار القرار بالنسبة للمستقبل فقط أما السحب فيزيل آثار القرار الماضية والمستقبله معاً .

وقد أدى هذا الفارق إلى اختلاف القواعد التي تحكم السحب عن تلك التي تحكم الالغاء .

إذ بينما يحكم الالغاء مبدأ عدم المساس بالمراكز الفردية المكتسبة فقط [٢]

---

(١) راجع في التعاريف طعيمة الجرف ، المرجع السابق ص ٧٩ ودي لوباديير المرجع السابق ص ١٨٤ ؛ الدكتور فؤاد العطار ، القانون الإداري طبعة ١٩٧٢ ص ٦٣٥ ؛ والأستاذ فيديل ، القانون الإداري ص ١٦٣ الذي عرفه .

V. Vedel. P. 163. L'abrogation met fin pour **l'avenir aux effets d'une décision.**

(٢) الدكتور ثروت بدوي ، المرجع السابق ص ١٢٠ .

فان قواعد السحب يحكمها إلى جانب المبدأ السابق الذي يتعلق بالمستقبل مبدأ آخر يتعلق بالماضي الا وهو عدم رجعية القرارات الإدارية . وهذا المبدأ يجعل السحب غير جائز أصلاً إلا في حالة القرارات غير المشروعة إعلاءاً للشرعية وتطبيقاً لحكم القانون .

وسنتناول موضوع الالغاء الاداري من ثلاثة زوايا مختلفة :

اولا : ما هي القرارات التي يجوز الغاؤها .

ثانيا : السلطة المختصة بالالغاء .

ثالثا : حالات الالغاء .

ونختم هذا المبحث بكلمة موجزة عن مسألة القرار المضاد Actes contraire لإتصالها الوثيق بموضوع الالغاء .

أولا ـ ما هي القرارات التي يجوز إلغاؤها :

القرارات التنظيمية : les actes réglementaire:s

٢٧ ـ أستقر القضاء في فرنسا وفي مصر أيضا على أنه يجوز للادارة في كل وقت ان تعدل اللوائح أو أن تلغيها أو تستبدل بها غيرها وفقاً لمقتضيات الصالح العام .

أساس ذلك أن اللوائح تنشىء مراكز تنظيمية عامة وهذه المراكز النظامية العامه تخضع لقاعدة التغيير ولتبديل في كل وقت [1] .

وهذا لا يعني ان اللوائح غير ملزمه ، والحقيقة أن اللوائح تعتبر ضمن القواعد القانونية الملزمة في البناء القانوني للدولة وجواز الغاؤها لا يعني سوى مرونتها لا عدم الزامها ، ذلك ان اللوائح ملزمة لكافة السلطات في الدولة .

---

(١) الدكتور الطماوي ؛ المرجع السابق ص ٦٤٨ .

بل والسلطة التي اصدرتها والتي تملك تعديلها في كل وقت حتى صدور القرار اللائحي الجديد[1].

وفي ذلك تقول المحكمة الادارية العليا « ، ان القواعد التنظيميه العامه التي تصدر ممن يملكها متسمة بطابع العمومية والتجريد، تكون بمثابة اللائحة والقاعدة القانونية الواجبة الاتباع في حدود ما صدرت بشأنه فيلتزم بمراعاتها لا المرؤوسين وحدهم ، بل الرئيس بنفسه كذلك في التطبيق على الحالات الفردية طالما لم يصدر تعديل أو إلغاء لها بنفس الأداة أي بقرار تنظيمي عام مماثل لا في تطبيق فردي قصراً عليه»[2].

القرارات الفردية : Les actes individuels

٢٨ ــ القاعدة المسلم بها في فقه القانون العام أن القرارات الادارية الفردية متى صدرت سليمة وترتب عليها حق شخص أو مركز خاص لا يمكن المساس بها إلا في الأحوال المسموح بها قانوناً . ذلك ان القرارات الادارية الفردية متى صدرت طبقاً للقوانين واللوائح وأصبحت مصدراً للحقوق المكتسبه يتعين على الإدارة احترام هذه الحقوق فلا يجوز الإعتداء عليها ، فالمساس بالحقوق المكتسبه أمر لا يجيزه القانون لأنه في الواقع ليس إلا غصباً غير مشروع لهذه الحقوق[3] .

غير أن ذلك لا يعني ان المراكز الناشئة عن قرارات فردية مشروعة مراكز نهائية لا تقبل التبديل أو التغيير ــ وإنما المقصود بذلك أن تعديل تلك المراكز او الغاؤها لا يتم إلا وفقاً للشروط التي ينص عليها القانون .

---

1) D. Laubadère. P. 185. Pour les actes — règles le retrait — abrogation est toujours possible. Tout règlement administratif peut toujours être modifié ou abrogé par l'autorité qui l'édicte.

C. F. 17 mars 1911 Blanchet.

(٢) أحكام المحكمة الإدارية العليا ٢٥ نوفمبر ١٩٥٥ : السنة الأولى ص ٤٥ .

(٣) الدكتور طعيمة الجرف ، المرجع السابق ص ٨٣ .

فالمراكز الناشئة عن قرارات إدارية مشروعة لا يمكن المساس بها إلا باصدار قرار إداري مضاد **Acte contraire** تراعي فيه الشروط والاجراءات التي ينص عليها القانون .

واختصاص الادارة في اصدار القرار المضاد اختصاص مقيد في الغالب **compétence lié** لا سلطة تقديرية **Pouvoir discrétionnaire** كما هو الحال عند تعديل اللوائح الإدارية أو الغاؤها .

وتطبيقا لما تقدم لا يجوز الغاء أو تعديل القرار المشروع الصادر . بتعيين موظف ، ولكن يجوز فصل هذا الموظف أو احالة إلى المعاش في الأحوال وطبقاً للشروط التي يقررها القانون . وذلك تحت رقابة القضاء[1] .

وتقسيم القرارات إلى قرارات تنظيمية يجوز الغاؤها في كل وقت وقرارات فردية لا يجوز الغاؤها ، تقسيم تقليدي أصيل درجت عليه غالبية الفقه ويتفق مع طبائع الأمور . ولكن الدكتور محمود حلمي ينكر التفرقة بين القرارات ، الفردية والقرارات التنظيمية بدعوى أن تلك القرارات يجوز الغاؤهـــا مثل القرارات التنظيمية في أي وقت [2] . فيقول ؟ وكل الفرق انها تتمتع باستقرار نسبي وان المشرع يشترط لإلغائها شروط موضوعية وشكلية لا يشترطها عادة لإلغاء اللائحة .

ولكن هذا الرأي مردود عليه .

---

(١) الدكتور طعيمة الجرف ؛ المرجع السابق ص ٨٢ وفوق ذلك ذهب القضاء في فرنسا إلى وجوب تسبيب قرار الإلغاء للقرار مشروع :

Doit toujours être motivée. Les Laboratoires du bac. 27.2. 1948.

(٢) الدكتور محمود حلمي ، المرجع السابق ص ٣٢٦ .

C. E. Jeunesse Ind. Chrétienne Féminine C.E. mars 1948.

فمن ناحية أجمع الفقه واستقر القضاء على ان القرارات الفردية لا يمكن المساس بها متى صدرت سليمه وترتب عليها حق شخص أو مركز خاص بعكس الحال في القرارات التنظيمية حيث يجوز للإدارة ان تعدلها وتلغيها في كل وقت وفقاً لمقتضيات الصالح العام .

ومن ناحية ثانية نرى أنه لا يمكن ان نساوي في الحكم بين نوعين من القرارات يختلفان في الجوهر وفي الطبيعة . أي أن الفارق بين النوعين موضوعي مرجعه إلى أن القرارات التنظيمية هي من حيث الطبيعة بمثابة تشريع يصدر عن السلطة الادارية تضع قواعد عامة مثلها مثل التشريعات الصادرة من البرلمان .

وهي تنشىء كذلك مراكز عامه . لا مراكز ذاتية كما هو الحال بالنسبه للقرارات الفرديه — ومعلوم ان المراكز العامة قابلة للتعديل والتغيير في كل وقت .

فالأصل إذن هو إطلاق يد الإ دارة في الغاء القرارات التنظيمية وتقييدها في حالة القرارات الفردية — ومن غير المعقول ان نساوي في الحكم بين الإطلاق والتقييد وبين المنع والإجازة .

ثانياً ـ السلطة المختصة بالإلغاء :

٢٩ ـ الأصل أن يختص بالغاء القرار نفس العضو الاداري المختص باصدار القرار نفسه .

غير ان المشرع كثيراً ما يخرج على هذا الأصل ، فيحرم على مصدر القرار الغاءه [1] مثل القرارات الصادرة بالتعيين وبالترقية فان سلطة الغائها تكون لمجالس التأديب او المحاكم التأديبية بحسب الأحوال .

---

(١) الدكتور محمود حلمي ؛ ص ٣٣٢ المرجع السابق .

وقد يشترط المشرع في الإلغاء شروط شكلية تختلف عن شروط اصداره فمثلا تختلف الشروط الشكلية في قواعد الغاء التعيين في الوظائف العامة عن شروط صدور قرار التعيين هذا فضلاً عن اختلاف الشروط الموضوعية بين الاصدار والالغاء .

وإذا كان الغالب في حالة الغائه أن الإختصاص بإصدار القرار تقديرياً ، يكون الإختصاص مقيداً في معظم الحالات إلا فيما ندر .

والقاعدة العامة في هذا المجال انه لا يمس قرار إداري إلا بقرار اداري في قوته فالقرار الصادر من الوزير لا يمكن المساس به بقرار من وكيل الوزارة ، والقرار الصادر من رئيس الجمهورية يجب أن يكون القرار الصادر بانهائه في صورة قرار جمهوري أيضاً .

وتختص بالغاء القرار أيضاً السلطة الرئاسية لمصدر القرار وسلطة الرقابة الادارية بالنسبة لبعض قرارات الهيئات اللامركزية كما تلغي اللوائح أحياناً عن طريق الهيئة التشريعية ، وذلك بأن تصدر تشريعاً ينص صراحه على الغاء اللائحة وينظم الموضوع الذي كانت تنظمه اللائحة . فالمشرع له دائماً أن يتصدى لتنظيم المسائل التي تختص بها اللائحة [1] .

مسألة القرار المضاد : Acte contraire

٣٠ ــ من المسلم به أن إلغاء القرارات الإداريه السليمة والتي ترتب حقاً ليس مجرد ممارسة لذات الأختصاص باصدارها ، ولكنه ممارسة لاختصاص جديد يخضع لاحكام مستقلة عن الأحكام المتعلقة باصدار القرار الملغي :

---

(١) الدكتور الطماوي ، المرجع السابق ص ٦٧٦ . والدكتور محمود حلمي ؛ المرجع السابق ص ٣٣٤ .

ويمكننا ان نلخص احكام القرار الصادر بالغاء القرارات الفردية السليمه فيما يلي : —

١ — قد يكون الغاء القرار الفردي الغاءاً مجرداً، بان تقتصر الادارة على مجرد اعدام القرار بالنسبة إلى المستقبل كليا أو جزئيا دون ان تحل محله قرار آخر كالاقتصار على الغاء الترقية أو الترخيص .

وقد يكون الإلغاء باحلال قرار آخر محل القرار الأول بحيث يكون من شأن القرار الثاني إلغاء القرار الأول كليا أو جزئيا كالقرار الصادر بفصل موظف وتعيين آخر في وظيفة يقتضي إلغاء قرار التعيين .

ويجب في جميع الأحوال أن يكون ثمة قرار إداري مكتمل العناصر أما إذا أقتصرت الإدارة على مخالفة القرار السليم بتصرفات مادية من جانبها فان ذلك لا يؤثر على سلامة القرار الأول مهما طالت تلك التصرفات فالقرارات الادارية لا يمكن أن تسقط بالأهمال أو الترك .

٢ — وإذا كان المشرع قد حدد اجراء معيناً لاصدار القرار المضاد فيجب اتباعه فاذا لم يحدد المشرع اجراء معينا فلا مناص من تطبيق القاعدة العامة وهي انه لا قيد على حرية الادارة في التعبير عن إرادتها .

وهذا لا يعني ان حرية الادارة مطلقة ، بل ان تلك الحرية مقيدة بالقواعد العامه والتي من مقتضاها ألا يُمَس القرار الاداري الا بقرار آخر في قوته .

ولا تلتزم الادارة بحسب الأصل بتسبيب قراراتها إلا إذا الزمها المشرع بذلك صراحة والغالب في حالة القرار المضاد أن تلتزم الإدارة بتسبيبه .

ولكن مجلس الدولة الفرنسي قد خرج على هذا الأصل فأوجب تسبيب جميع القرارات الصادرة بالغاء القرارات الادارية السليمة[1] .

---

(١) سبق أن أشرنا إلى ذلك ، راجع بند ٢٨ .

وذلك حماية للأفراد من ناحية وتسهيلاً لمهمة الرقابة القضائية من ناحية أخرى .

٣ – يسري القرار المضاد بالنسبة للمستقبل فقط ولا ينسحب على الماضي فتبقى كافة الآثار التي ولدها القرار الملغي سليمة ومنتجة – لجميع اثارها .

فالقرار الصادر بفصل موظف لا أثر له على كافة الأعمال التي قام بها الموظف قبل قرار الفصل وتظل هذه الأعمال سليمة وملزمة للموظف الذي يعين خلفاً له وللادارة كلها[1] .

وبهذا يمتاز الالغاء بالنسبة إلى المستقبل عن السحب باثر رجعي كما سبق ان أسلفنا .

ثالثاً – حالات الإلغاء :

ما هي الأحوال التي يجوز فيها الإلغاء بالنسبة للمستقبل :

٣١ – لابد لنا عند دراسة موضوع الالغاء ان نحدد الاسباب التي تدعو الادارة إلى المساس بقرار اداري سليم[2] ، فالمراكز القانونية الناشئة عن قرارات سليمة ليست نهائية لا يمكن المساس بها وانما ذلك مرهون بمراعاة الاحوال والشروط التي ينص عليها القانون .

واسباب الغاء القرارات الادارية هي :

أولا – رضاء ذي المصلحة :

ورغم أن رضاء الافراد – لا يعول عليه كقاعدة عامة في علاقات القانون

---

(١) الدكتور سليمان الطماوي ، المرجع السابق ص ٦٧٧ .

(٢) إذ لو كان باطلا ، لتعين على الإدارة سحبه لا مجرد إلغائه .

العام الا ان بعض القرارات الادارية يكون الدافع الأول على إصدارها مصلحة الفرد وحينئذ يكون من الجائز للادارة إلغاؤها بالاتفاق مع صاحب الشأن .

والمثال على ذلك قرارات الترخيص الصادرة لبعض المواطنين فيجوز لسبب أو لآخر ان تتفق الإدارة معهم على إلغائها .

ثانياً ــ عدم احترام المستفيد للالتزامات المفروضة عليه بمقتضى القرار :

فاذا تضمن القرار الصادر لصالح أحد الأفراد شروط أو التزامات معينة فان شرعية هذا القرار تكون معلقة صراحه أو ضمناً على احترامه لتلك الشروط أو تنفيذه لتلك الالتزامات . وبالتالي يحق للادارة ان تلغي القرار متى ثبتت لها المخالفة .

مثال ذلك القرار الصادر بالتعيين بشرط عدم الزواج باجنبية أو القرار الصادر بالترخيص في فتح محل تجاري بشرط عدم العمل في الحكومة فتبقى هذه القرارات طالما بقيت شروطها محترمة وتلغى إذا خولفت .

ثالثاً ــ تغير الظروف المادية :

وقد يكون بقاء القرار مرهون ببقاء الظروف على حالها ؛ فاذا تغيرت انتهى القرار : إذ ان بقاء الظروف المادية التي صدر بها القرار شرط لبقائه .

ومثال ذلك ان تسمح الادارة لأحد الأفراد بفتح محل عام لأن المنطقة مأهولة بالسكان فاذا ما هجرت المنطقة بعد مدة معينة فانه يحق للادارة ان تلغي ذلك الترخيص .

---

(١) الدكتور سليمان الطماوي ؛ المرجع السابق ص ٦٧٢ .

رابعاً ــ إلغاء القرار لدواعي الصالح العام :

فقد تدعو المحافظة على المصلحة العامة . او السكينة العامة او الأمن العام إلى الغاء القرارات الادارية السليمة بالنسبة للمستقبل .

وحماية للافراد ، يجب الا يترك تقدير الصالح العام للادارة وحدها حتى لا تفتح الباب لتحكمات الادارة مما يهدد استقرار القرارات الادارية السليمة .

ومن ثم فان الادارة لا تستطيع ان تلغي قراراً اداريا سليما قبل نهايته الطبيعية بقصد الصالح العام المجرد بل يجب أن يكون لصالح العام في هذه الحالة مخصصاً فالتصريح الصادر لأحد الأفراد ببيع نوع معين من الأدوية يجوز الغاؤه ولكن يجب أن يكون المقصود من ذلك المحافظة على الصحة العامه إذا ثبت ان هذا الدواء خطر [1] .

خامساً ــ تغير التشريع عقب إصدار القرار :

مما يترتب عليه عدم مطابقة القرار للقانون الجديد ــ فيتعين الغاء القرار وتعديله ليكون متفقا مع التشريع الجديد . ذلك ان القرارات الادارية يجب ان تكون متفقة مع القانون لحظة إصدارها ، وطوال مدة سريانها ، غير ان صدور التشريع الجديد لا يقلب القرار السليم إلى باطل أو القرار المشروع إلى غير المشروع لان العبرة في تقدير ما إذا كان القرار سليما أو غير سليم صحيحا أو غير صحيح هي بكونه كذلك وقت صدوره لا بما يجد من أحداث من شأنها ان تغير وجه الحكم عليه إذ لا يسوغ في مقام الحكم على مشروعية القرار وسلامته جعل أثر الظروف للاحقة المستجدة بنعطف على الماضي لابطال قرار

---

(١) الدكتور سليمان الطماوي ، المرجع السابق ص ٦٧٢ .

صدر صحيحا او بتصحيح قرار صدر باطلا في حينه [١] .

ونلاحظ ان هذه الأسباب كلها ترتد إلى سبب أصيل واحد وهو تغير الظروف مادية كانت أو قانونية .

فرضاء صاحب المصلحة أو عدمه ، وعدم تنفيذه للالتزامات المفروضه عليه ويتغير دواعي المصلحة العامة تُعَدّ كلّهَا من قبيل الظروف المادية .

كما ان صدور تشريعات جديدة لا يتفق القرار معها من قبيل تغيير الظروف القانونية . ذلك ان بقاء الظروف على حالها شرط لبقاء القرار فان تغيرت تعين بالتالي تعديله أو الغاؤه حسب الاحوال .

---

(١) عكس هذا يرى الدكتور محمود حلمي ، المرجع السابق ص ٧٣٥ .
حيث يقول ؟ إذا ما صدر قرار لا يشوبه عيب ، ولكن صدر تشريع فيما بعد يجعل القرار مخالفاً له فان واجب الإدارة أن تلغي القرار لعدم مشروعيته ؟ .

كلمة ختامية

٣٢ ـ عرفنا في هذه اللمحات ماهية الرقابة الادارية، وقلنا لها تمتاز بسهولة اجراءتها وبساطتها ، كما تمتاز بفوائدها العملية فهي تخفف العبء عن كاهل القضاء . وتقلل الوارد من القضايا ، وكثير ما يحسم النزاع بين الادارة والافراد بمجرد رفع التظلم الاداري دون حاجة إلى التداعي أمام المحاكم .

ولكن إلى جانب هذه المزايا ، يوجه إلى الرقابة الادارية نقد جوهري أساسي مؤداه انها تجعل من الادارة خصما وحكما في آن واحد ، الأمر الذي يتنافى مع اعتبارات العدالة ولا يحقق اطمئنان الافراد إذ ليس من المعقول ان يكون الخصم حكماً او الحكم خصما في آن واحد . فالعدالة تقضي ان ينظر النزاع أمام قاضي محايد لا هم له إلا سيادة القانون .

ومن هنا كانت الرقابة القضائية أو في أنواع الرقابات كلها كما أسلفنا .

٣٣ ـ ويعد السحب من أخطر السلطات التي تمارسها هيئات الرقابة سواء في آثاره الهادمة التي تعدم القرار وتعتبره كأن لم يكن او من حيث اثاره الانشائية التي تعيد الحالة إلى ما كانت عليه قبل صدور القرار المسحوب .

وقد كانت نظرية السحب من خلق مجلس الدولة الفرنسي ، فهو الذي شيدها وطورها وكان في هذا التطوير وذلك التشييد خلاقاً مبدعاً .

لكانت هذه النظرية حسنة من حسناته الكبرى استطاع بها ان يوفق ، بها بين اعتبارين لازمين متناقضين : المشروعية ـ والاستقرار فاعطى الادارة

حق السحب إرضاءاً لجانب المشروعية وقيد هذا السحب بمدة معينة إرضاءً لجانب الاستقرار .

الا ان بعض الفقهاء ومنهم الفيقيه دوجي أنتقدوا هذه النظرية بشدة وهم يرون أن الادارة يجب أن تمكن في كل وقت من تصحيح الاخطاء القانونية التي تقع فيها وليس لاحد ان يشكو سحبها للقرارات لان هذه السلطة مقرره لمصلحة الافراد وانه إن أضر هذا السحب بأحد فيكفي ان يقرر له حق التعويض وإن مسلك مجلس الدولة في فرنسا الذي ينطوي على مبالغة في العطف على الأفراد بحمايتهم ولو على حساب المبادىء القانونية هو مسلك متطرف .

لكننا نلاحظ على هذا الرأي انه يركز على ضرورة احترام القانون ويهمل في نفس الوقت مبدأ آخر لا يقل عنه أهمية ولا يخلو منه أي نظام قانوني هو ضرورة الابقاء على أوضاع استقرت يؤدي المساس بها إلى اضطراب في حياة الناس فلا يصح ان نسمح للادارة ان تهدم فجأة وضعاً كان قد استقر مدة طويلة ، لأن ذلك لا يتفق مع الحياة القانونية السليمة .

ثم ان هؤلاء الفقهاء يريدون التضحية بأوضاع استقرت من الناحية العملية في سبيل مبادىء نظرية هي أولى بالتضحية .

وإذا كان القانون الخاص قد احنى رأسه أمام هذه الاعتبارات العملية فسمح بسقوط دعوى البطلان بعد مضي فترة من الزمن فأولى بالقانون العام ان يسبقه إلى ذلك وهو الطليق من قيود القانون الخاص .

لذلك كان موقف القضاء الاداري المصري على حق إذ نحى منحى القضاء الفرنسي في هذا الخصوص الذي استطاع أن يوفق بين حق الادارة في اصلاح ما انطوى عليه قرارها المخالف للقانون وبين وجوب استقرار الأوضاع المؤسسة على هذا القرار استقراراً يعصمه من كل تغيير أو تبديل .

٣٤ ـ وقد حالت طرافة الموضوع وما يثيره من مشكلات قانونية وفنيه على درجة كبير من التعقيد — دون استكمال بعض الجوانب والألمام ببعض التفاصيل .

لذلك استميح القراء العذر فيما يكون في البحث من قصور أو إغفال لبعض الجوانب او ما قد يعوز الآراء التي أسوقها من حجج وأسانيد .

تم بحمد الله

عمر محمد السبوي

LE LITIGE INTERNATIONAL DEVANT LES TRIBUNAUX LIBYENS

par

Ahmed Omar BUZGHAIA

INTRODUCTION

Dans cette étude, on entend par litige international, le litige issu des rapports internationaux intéressant des particuliers, ce sont d'abord, ceux qui ne mettent en cause que des particuliers et qui outrepassent les limites d'un Etat unique, en ce que, par leurs divers éléments, ils se rattachent à deux ou même plusieurs Etats simultanément. Il se distingue du litige international au sens de droit international public parce que les parties en cause sont des particuliers et non des Etats, et il se distingue également du litige interne en raison de ces éléments tenant aux personnes et au lieux.

Ainsi, le litige est international quand les parties sont de nationalité différente ou quand ils ont leur domicile dans des pays différents, ou encore quand le litige est né d'un contrat conclu ou qui doit être exécuté hors du pays de la nationalité ou du domicile dans des pays différents, ou encore quand le litige est né d'un contrat conclu ou qui doit être exécuté hors du pays de la nationalité ou du domicile des parties.

Ce sont ces litiges qui nous intéressent ici, car il est évident que les tribunaux Libyens, comme les tribunaux de tous les pays, ne connaissent pas des litiges entre Etats (litiges internationaux au sens du droit international public). Mais quels sont les tribunaus Libyens ?

Au lendemain de l'indépendance (24 décembre 1951), le législateur trouva un héritage lourd, caractérisé par la diversité des organes judiciaires. Cette diversité commença avec l'annexion de la Libye à l'Italie (5 novembre 1911) lorsque les institutions judiciaires de la métropole furent transposées en Libye, mais sous

une exception traditionnelle d'après laquelle le statut personnel fut attribué à des tribunaux spéciaux, ce qui aboutit à la création des tribunaux sharaïtes qui connaissent les affaires relatives au statut personnel des musulmans et des tribunaux rabbiniques en ce qui concerne le statut personnel des israélites.

Cette diversité fut encore aggravée après l'installation de l'administration militaire Franco-anglaise par suite de la défaite de l'Italie lors la deuxième guerre. Cette période qui dura de 1942-1943 jusqu'à l'indépendance se caractérise par le partage du pays en trois provinces : la Tripolitaine, la Cyrénaique et le Fazzan. Ce dernier fut confié à la France et les deux autres restèrent aux anglais. Et ainsi la diversité qualitative fut aggravée par une autre quantitative (1).

Comme réaction à cette diversité, et bien que la forme de l'Etat fût fédérale (de l'indépendance jusqu'à 1963), le législateur adopta le système de la fusion ; une seule juridiction pour toutes les affaires, à l'égard de tout le monde et sur tout le territoire. Ce système va continuer jusqu'au 18 octobre 1958, où on a séparé les tribunaux sharaïtes pour établir une juridiction spéciale en matière de statut personnel des musulmans.

C'était là faire un pas en arrière que l'on ne peut que regretter. Ainsi, selon le système qui est en place depuis 1958, on distingue deux sortes de tribunaux :

1° — **Les tribunaux civils** : Ils constituent la juridiction du droit commun et ils se divisent en trois catégories ; les Cours d'appel (il y en a deux, à Tripoli et à Benghazi), les tribunaux de grande instance et les tribunaux d'instance.

2° — **Les tribunaux Sharaïtes** : Ils forment une juridiction spéciale en matière de statut personnel et des Wakfs pour les Libyens musulmans. Ils se divisent en deux catégories : les Cours d'appels et les tribunaux de première instance.

---

(1) Sur cette diversité on peut consulter l'ouvrage comportant de nombreux documents de Adrien PELT, **Libyen independence and the United Nations.** A noter que l'auteur était le représentant personnel du Secrétaire général de l'O.N.U. en Libye pour l'application de la recommandation de l'O.N.U. concernant l'indépendance de la Libye.

Au-dessus de ces tribunaux, il y a la Cour Suprême qui assume des attributions multiples; en tant que Cour, que Cour constitutionnelle, en tant que Cour de Cassation et en tant que Conseil d'Etat en matière administrative. Elle connaissait les affaires administratives en premier et dernier degré jusqu'à la loi du 31 octobre 1971 qui a attribué ces affaires aux Cours d'appels (civiles) en premier degré et à la Cour Suprême en deuxième et dernier degré.

La question qui nous intéresse ici, est la suivante : les tribunaux sharaïtes ont-ils une compétence à l'égard des étrangers? D'après l'art. 15 de la loi n° 29-1962 sur l'organisation judiciaire, la compétence des tribunaux en question est essentiellement limitée aux affaires concernant le statut personnel et les Wakfs à l'égard des Libyens - musulmans (al. 1), ils connaissent également de ces affaires à l'égard des étrangers, si le droit musulman est applicable d'après les règles de rattachement prévues par le Code civil (al. 2). Cette condition existera dans le cas où le droit musulman régit le statut personnel des parties en cause d'après leur loi nationale, mais en dehors de cette hypothèse les étrangers restent justiciables devant les tribunaux civils.

A ce propos, il faut comprendre le statut personnel au sens plus large que le sens admis en droit français. En effet, d'après l'art. 20 de la loi n° 29-1962 susmentionné, «le statut personnel comprend les contestations relatives à l'état et à la capacité des personnes, au mariage, aux régimes matrimoniaux, aux droits et devoirs réciproques des époux, au divorce, à la répudiation, à la séparation, à la filiation, à la reconnaissance et au désaveu de paternité, aux relations entre ascendants et descendants, à l'obligation alimentaire entre parents et autres alliés, à la légitimation, à l'adoption, à la tutelle, à la curatelle, à l'interdiction, à l'émancipation, aux donations, aux successions, aux testaments et aux dispositions à cause de mort, à l'absence et à la présomption de décès».

Cette définition du statut personnel sert, à la fois, pour délimiter la compétence «ratione materiae» des tribunaux sharaïtes et le champ d'application des règles de conflit des lois en matière du statut personnel.

Si notre sujet ainsi délimité n'est pas sans intérêt il ne va pas non plus sans difficultés. Faire une étude sur «le litige international» au sens de droit international privé n'est pas sans intérêt parce qu'il a été constaté que cette partie du droit international privé (que l'on appelle à tort, conflit de juridictions) est une partie sous-développée (1). Malgré son importance primordiale, elle n'a pas fait l'objet de grandes études et elle n'a pas suffisamment retenu l'attention des écoles de droit international privé. Ce phénomène est d'autant plus vrai en droit Libyen qui, dans son ensemble, n'a pas fait l'objet d'études complètes. L'utilité d'une étude sur le droit Libyen apparaît donc indéniable. Et nous nous sommes orenités vers le droit international privé, car cette branche du droit présente, par excellence, le terrain viable et utile pour faire une étude de droit comparé.

Mais, faire une étude sur le droit Libyen ne va pas sans difficultés parce que ce droit est assez récent par rapport au droit d'autres pays voisins comme l'Egypte par exemple. En effet, une série de codes ont été promulgués en 1953, s'inspirant, en général, des codes égyptiens et dans certains domaines des codes italiens (notamment en droit pénal et procédure civile). Jusqu'à maintenant il n'y a pas d'ouvrages de doctrines propres au droit Libyen sauf les contributions, assez limitées d'ailleurs, des professeurs de la Faculté de Droit de Benghazi. D'autre part, on constate l'absence presque totale de la jurisprudence étant donné qu'elle n'a pas fait l'objet des publications systématiques Seules les décisions de la Cour Suprême, sont publiées régulièrement par la Cour elle-même; au début dans un recueil et depuis 1964 dans une revue trimestrielle

Ainsi, la pénurie des sources nous obligera à recourir à la doctrine et à la jurisprudence égyptiennes et italiennes à titre d'analogie.

Le litige de caractère international pose plusieurs problèmes: la compétence, les procédures à suivre, la loi applicable et enfin, si le litige avait déjà fait l'objet d'un procès à l'étranger, l'efficacité de la solution donnée par le tribunal étranger.

---

(1) Cf. NIBOYET, **Traité** VI, p. 255.

Nous laisserons de côté, le problème de la loi applicable parce qu'il fait, généralement l'objet d'études séparées et déborderait le cadre d'un mémoire. Donc, nous nous occuperons des autres problèmes pour lesquels une classification dualiste est possible. Tout d'abord le problème de la compétence des tribunaux Libyens dans les litiges internationaux et ensuite la réalisation contentieuse du litige.

Ainsi, notre étude sera divisé en deux parties :

I — La compétence des tribunaux Libyens dans les litiges internationaux.

II — La réalisation contentieuse du litige.

PREMIERE PARTIE

LA COMPETENCE DES TRIBUNAUX LIBYENS DANS LES LITIGES INTERNATIONAUX

Le problème de la compétence internationale des tribunaux Libyens est réglé par un seul article dans le code de procédure civile et commerciale, c'est l'art. 3.

Cet article prévoit le cas d'un défendeur étranger mais le cas d'un défendeur Libyen reste controversé. Il faut noter que cet article est copié de l'art 4 du Code de procédure civile italien.

Il nous faudra étudier l'art. 3 pour savoir quels sont les critères de compétence, ensuite, si une dérogation à cet article est possible.

Par conséquent, cette partie sera divisée en deux chapitres:

CHAPITRE I — Les critères de compétence.

CHAPITRE II — La dérogation à la compétence.

CHAPITRE I

LES CRITERES DE COMPETENCE

L'article 3 du Code de procédure civile et commerciale est ainsi conçu :

« La juridiction Libyenne est compétente pour connaître les actions dirigées contre l'étranger dans les cas ci-après :

1° — S'il y a une résidence dans le pays, ou un domicile élu ou un représentant qui soit autorisé à ester devant la justice, ou bien s'il a accepté les sentences de la juridiction Libyenne, à moins que l'action ne soit relative à un immeuble hors du Royaume (la République).

2° — Si l'action concerne des biens se trouvant en Libye ou une succession d'un citoyen Libyen ou une succession ouverte en Libye ou une faillite qui y a été déclarée ou bien si l'action née d'un contrat conclu, exécuté ou devant être exécuté en Libye ou si elle naît d'un fait qui y était survenu.

3° — Si l'action est en rapport avec une cause pendante devant la juridiction Libyenne, ou des mesures conservatoires à exécuter en Libye ou relative à des rapports pour lesquels la juridiction Libyenne est compétente.

4° — Dans le cas où la juidiction étrangère est compétente pour connaître des actions dirigées contre les Libyens et ce à titre de réciprocité ».

Ce texte nous montre bien la variété qui caractérise les critères de compétence; tantôt le législateur prend en considération

la personne du défendeur (sa résidence...), tantôt il tire le critère du lieu du litige avec le territoire Libyen (la situation des biens, la conclusion ou l'exécution du contrat...).

Malgré cette variété, il est possible de classer ces critères en deux catégories : la première inclut les critères généraux et la deuxième est celle des critères spéciaux.

SECTION I

LES CRITERES GENERAUX

On entend par critères généraux, les critères qui sont tirés de la personne du défendeur. Ils ne tiennent pas compte de l'objet du litige et son rapport avec le territoire Libyen. Il suffit qu'un seul critère parmi eux existe pour rendre les tribunaux libyens compétents. Peu importe, après, que le litige ait un lien de rattachement objectif avec l'Etat Libyen.

A noter que ces critères, en tant que tirés de la personne du défendeur, sont applicables quand il s'agit aussi bien de la personne morale que de personne physique (1). Ces critères généraux sont soit une localisation physique du défendeur en Libye, la résidence, soit la volonté du défendeur, soit enfin, une mesure de réciprocité, mais avant tout quel sera le rôle de la nationalité Libyenne en la matière.

A — Le rôle de la nationalité Libyenne comme fondement de compétence.

Rares sont les Etats qui adoptent un système semblable au système français des articles 14 et 15 du Code civil. Dans le sys-

(1) Cass. it. 5 déc. 1966, chr. juris. it. par Giovanni DI GIOMMO, Clunet, 1968, p. 389.

tème Libyen, comme d'ailleurs dans le système italien, la nationalité Libyenne du demandeur ne joue pas de rôle dans la détermination de la compétence étant donné que l'art. 3 c. proc. civ. limite les cas de compétence à l'égard de l'étranger. Par conséquent, le demandeur, libyen ou étranger ne peut assigner un étranger que dans les limites de l'art. 3 précité.

Il reste à examiner le cas inverse, à savoir la nationalité Libyenne du défendeur. Ce cas n'est pas prévu dans le code de procédure.

Devant le silence de la loi, on peut se demander si le pouvoir de juger à l'égard des nationaux est illimité ? ou bien, au contraire, faut-il qu'existe un critère parmi ceux qui ont prévus par la loi ?

Dans les pays où existe une situation semblable (par ex. en droit italien et égyptien), l'opinion presque unanime accepte que les tribunaux nationaux exercent une compétence toutes les fois que le défendeur est un ressortissant du pays du tribunal saisi (2). Mais sur la justification de cette solution l'opinion n'est pas unanime.

Pour une première thèse, la juridiction est analysée comme un concept absolu et illimité et par conséquent les dispositions du code de procédure ont toujours pour objet de poser des limites à la juridiction.

Ainsi, l'art. 3 c. pr. civ. (correspondant à l'art. 4 du code italien) ne pourrait avoir pour effet que de soustraire à la juridiction tous les procès dans lesquels le défenseur est étranger, en dehors des hypothèses indiquées dans ledit article. D'après cette thèse, il s'agit à défaut de règles expresses, d'extraire des principes généraux de la procédure, les critères de la juridiction en tenant compte aussi de l'art. 3, et ainsi on arrive à ce principe que le citoyen peut toujours être assigné devant le juge de son

---

(2) FRAGISTAS, **La compétence internationale en droit privé**, Cours de La Haye, 1961 — III, pp. 205, 206, Cour d'appel de Milan, 3 juin 1955, publié au **Bull. Jurs.** it., Clunet, 1957, p. 175 et ss. note BRULLIARD, **EIZZ EL DIN Abdalla, Traité de D.I.**, p. 11, 6e éd. p. 668. M.A. OMAR, **D.I. p. Lybien**, pp. 184-185; mais il préfère une intervention législative.

propre pays sans aucun autre lien de rattachement.

Pour une seconde thèse, sans partir du principe de l'universalité de juridiction, c'est l'art, 3 qui indiquerait directement et indirectement les critères de juridiction.

Directement en ce qui concerne le défendeur étranger et indirectement pour le défendeur citoyen. Ainsi le principe serait déduit à contrario de l'art. 3, c'est-à-dire que le législateur en limitent la compétence à l'égard de l'étranger dans l'art 3 a voulu laisser la compétence illimitée à l'égard du citoyen (3).

Il semble que le droit Libyen soit favorable à la première thèse. Il nous fournit les arguments nécessaires en ce sens. En fait, l'art. 8 du décret-loi du 23 nov. 1953, relatif à l'organisation judiciaire dispose : « les tribunaux sont compétents pour connaître toutes les contestations civiles, commerciales, statut personnel et les infractions sauf disposition contraire et cela à l'égard des Libyens et des non-Libyens» (4).

Ce texte montre bien la conception absolue et illimitée de la compétence juridictionnelle, à défaut de dispositions spéciales. Par conséquent, la compétence à l'égard d'un défendeur citoyen reste dans le domaine de l'art. précité, étant donné que ce cas n'est pas réglé par une disposition spéciale comme il en est pour le défendeur étranger. Ainsi nous n'avons pas besoin de recourir à l'interprétation par «argument à contrario» car ce procédé peut être quelque fois dangereux (5).

B. — **La localisation physique du défenseur en Lybie.**

La résidence.

Parmi les règles essentielles de droit judiciaire privé la règle

(3) Note BRULLIARD sous Milan, précité. OMAR op. cit., p. 185, EIZZ EL DIN Abdalla, op. cit., p. 623.
(4) Dans les réformes postérieures en la matière le texte reste le même sauf la dernière phrase «.... à l'égard des Libyens et des non Libyens» qui ne figure plus, mais cela ne touche pas la portée générale du texte.
(5) V. Carbonnier, **Droit civil I**, p. 139.

de « actor sequitur forum rei », selon laquelle en droit interne les litiges sont soumis à la compétence du tribunal du domicile du défendeur. Cette règle manifeste un esprit de faveur envers celui qui se défend; il est évident qu'il est plus confortable pour le défendeur de poursuivre le procès à son domicile. Ces idées qui militent pour l'adage «actor sequitur forum rei» dans le droit interne, gardent aussi leur valeur sur le plan international et justifient en principe la soumission des litiges internatioaux à la compétence du tribunal du domicile du défendeur (6).

Il y a plus, en faveur de la compétence des tribunaux du domicile du défendeur, il existe sur le plan international « une raison supplémentaire et spéciale qui cette fois est favorable aux intérêts du demandeur. En effet, pour que celui-ci soit satisfait, il doit souvent recourir à l'exécution forcée du jugement rendu en sa faveur; mais l'exécution forcée ne peut en règle générale porter de fruits que si elle est faite au domicile du défendeur, car c'est là que, dans la plupart des cas, celui-ci possède ses biens» (7).

Ces arguments seront valables dans la mesure où on arrive à préciser le domicile dans un sens international. Le problème ici est un problème de qualification mais la diversité des conceptions adoptées par les systèmes juridiques différents rend impossible de trouver une définition du domicile acceptable pour tous les systèmes juridiques.

Le législateur Libyen a fait abstraction du domicile comme critère de compétence, l'étranger peut être cité devant les tribunaux Libyens s'il est résident en Libye (art. 3-1). Donc, il y a lieu de distinguer entre les personnes physiques et les personnes morales en ce qui concerne la résidence des unes et des autres.

a) — **Les personnes physiques** : Le rapport entre l'individu et le territoire peut être plus ou moins étroit; soit s'il est domicilié dans le territoire, soit résidant, soit, enfin, habitant (8) ;

---

(6) **EIZZ EL DIN** Abdalla, **D.I. p.** Tome II, 6e éd. p. **646**, **M. ABD EL KHALIK** Omar, **D.I.p. Lybien**, p. 186 nº 256.

(7) **FRAGISTAS. La compétence internationale en droit privé**, Cours de La Haye, 1961, III p. 199.

(8) **Sur cette distinction entre le domicile, la résidence et l'habitation**, v.

et le point de rattachement le plus fort parmi les trois est, bien entendu, le domicile, ensuite la résidence et enfin le point le plus faible l'habitation ou la présence occasionnelle sur le territoire. Entre ces trois points de rattachement les législations varient ; la plupart des législations font un cumul entre le domicile et la résidence (art. 4-1 c. proc. it., art 3 c. proc. Egypt. de 1949 et l'art. 29 du nouveau code de 1968), peu de législations ont considéré la présence occasionnelle (p. ex. art. 15 A c. civ. Irakien). Le législateur Libyen ne fait pas le cumul entre le domicile et la résidence, ce qui est préférable pour nous car, le cumul n'a aucun sens si on prend en considération la conception du domicile dans le code civil. En effet, selon l'art. 40 al. 1 c. civ. Lib. (9) le domicile est «le lieu de la résidence habituelle».

Le domicile ainsi défini implique deux éléments ; l'un matériel, consiste dans le fait de la résidence dans un lieu déterminé, et l'autre, psychologique ou intellectuel, qui suppose l'intention d'y rester et d'y revenir en cas d'abandon (animus manendi et animus rivertendi) (10).

Cette conception conduit à deux corollaires nettement opposés aux corollaires de la conception française sur le domicile (11) ; un individu peut être sans domicile, de même il peut avoir plusieurs domiciles (art. 40 al. 2 c. civ.). Par conséquent, l'existence d'un domicile suppose toujours la résidence, par contre la résidence sans l'animus manendi et l'animus rivertendi ne constitue pas un domicile. Ainsi, le cumul entre le domicile et la résidence n'a pas d'intérêt pratique, car si les tribunaux libyens sont compétents d'après la résidence, ils seront, à fortiori, compétents s'il existe un domicile.

Etant donné que le législateur exige la résidence pour fonder la compétence des tribunaux libyens vis-à-vis de l'étranger, cela signifie que la présence occasionnelle, en passage ou tourisme, de l'étranger en Libye, ne suffit pas pour fonder la compétence, car

---

MARTY-RAYNAUD, **Droit civil** I p. 1190, GABER GAD, **D.I.p.** arabe, **Tome** II, pp. 9-11.

(9) Correspond à l'art. 40 al. 1 du code Egyptien.

(10) Hassan KIRA, **Introduction à l'étude de droit**, p. 714.

(11) Sur la conception française, v. CARBONNIER, **Droit civil I** p. 212.

cette présence ne constitue pas de résidence (12).

L'adoption, comme base de compétence de la résidence du défendeur dans le pays du tribunal saisi est préférable chez certains auteurs (13) car «elle nous offre une solution relativement simple, et qui s'adapte beaucoup mieux aux conditions de la vie moderne qu'une conception de nature technique comme celle du domicile».

b) — **Les personnes morales** : La théorie sur laquelle est fondée l'existence du domicile dans le code civil Libyen est difficile à appliquer aux personnes morales étant donné que cette théorie implique l'animus manendi qui ne peut être attribué à une personne morale; c'est pourquoi le législateur libyen a pris, lui-même, le soin de fixer le domicile des personnes morales. D'après l'art. 53 d c. civ. la personne morale est « considérée comme domiciliée dans le lieu où se trouve son siège administratif. Et pour les Sociétés qui ont leur siège principal à l'étranger et qui exercent une activité en Libye, leur siège administratif, à l'égard de droit interne, est considéré dans le lieu où se trouve l'administration locale».

Ainsi, le législateur a localisé les Sociétés étrangères dans le lieu où l'administration locale est établie malgré que le texte utilise le terme de «domicile» mais ce n'est pas un domicile au sens de l'art. 40 c. civ. et il est peut être préférable de dire «résidence» au lieu de «domicile». En conséquence, les Sociétés étrangères peuvent être citées devant les tribunaux Libyens si elles ont en Libye une administration locale ou en d'autres termes une succursale.

Pourtant, il semble logique que la compétence ne soit pas étendue à toutes les contestations, mais elle devait, être limitée aux litiges concernant l'activité de la succursale.

---

(12) En ce sens GUTTERIDGE, **Le conflit des lois de compétence judiciaire dans les actions personnelles,** Cours de La Haye 1933, vol. 44 p. 165. EIZZ EL DIN Abdalla., op. cit. p. 671.
(13) GUTTERIDGE, op. cit. p. 164.

C. — **La volonté du défendeur**

Le défendeur peut agir de manière à créer un point de rattachement convenable pour fonder la compétence des tribunaux Libyens et cela avant qu'aucune contestation ne soit née, ce qu'on peut appeler la volonté indirecte. Il peut, aussi, justifier la compétence par sa volonté directe de soumettre le litige à la compétence des tribunaux Libyens.

1/ — **La volonté indirecte** : Deux critères mentionnés par l'art. 3 dépendent de la volonté du défendeur; l'élection de domicile et la représentation. Nous disons, ici, que la volonté du défendeur est indirecte parce que l'acte du défendeur quand il élit un domicile ou choisit un représentant n'est pas orienté vers l'attribution de compétence aux tribunaux libyens ; ce n'est qu'indirectement que sa manière d'agir créera un « forum conveniens» pour fonder la compétence.

a) — **Le domicile élu :** L'étranger peut être cité devant les tribunaux libyens s'il a en Libye, un domicile élu (art. 3-1). Il s'agit, bien entendu de domicile élu au sens du droit libyen. Selon l'art. 43 al. 1 du code civil, on peut choisir un domicile élu pour l'exécution d'un acte juridique déterminé (en général, il s'agit d'un contrat). Le domicile élu ne peut être prouvé que par écrit (art. 43, al. 2). Il paraît que le domicile élu a peu d'intérêt pratique étant donné qu'il intervient toujours à propos d'un acte juridique à exécuter en Libye, et que la compétence peut alors être fondée sur un autre critère spécial parmi ceux qui seront évoqués à la Section II. Toutefois, il faut noter que le domicile élu une fois fixé sert en lui-même comme fondement de compétence indépendamment de la volonté des parties et sans justifier la compétence par la prorogation volontaire de compétence (14) parce que il peut arriver que dans le même contrat les parties élisent un domicile en Libye et attribuent la compétence à une juridiction étrangère.

Enfin, la compétence fondée sur l'existence d'un domicile élu

(14) Comp. NIBOYET VI, p. 437.

en Libye trouve sa limite dans la notion même de domicile élu ; ce dernier est choisi pour l'exécution d'un acte juridique déterminé, par conséquent la compétence s'étend seulement aux affaires pour lesquelles le domicile a été élu (art. 43 al. 3 c. civ.).

b) — **La représentation** : Le fait que l'étranger a, en Libye, un représentant autorisé d'ester en justice est un fondement valable de compétence des tribunaux Libyens pour connaître les actions dirigées contre cet étranger.

L'intérêt de ce critère apparaît en ce qui concerne les Sociétés étrangères qui n'estiment pas nécessaire de créer une succursale en Libye et se contentent de choisir un représentant pour faciliter leurs transactions avec les commerçants ou les sociétés libyens.

Mais ce critère peut aussi être appliqué dans le cas de la représentation légale des incapables car normalement la loi selon laquelle le représentant légal a été institué, lui donne le pouvoir d'ester en justice pour défendre les intérêts de l'incapable.

Le représentant au sens de l'art. 3-1, est le représentant permanent et non le représentant nommé pour une seule opération ou contrat. De toute façon la représentation des Sociétés étrangères est réglementée par plusieurs dispositions dans le code de commerce, la loi sur le registre du Commerce et une loi spéciale n° 15-1959 (15).

Enfin l'existence d'un représentant signifie que l'étranger a des intérêts importants en Libye, par conséquent, il est justifiable qu'il soit soumis à la juridiction de l'Etat Libyen (16).

2/ — **La volonté directe — L'acceptation** : La grande majorité des Etats reconnaît à la volonté des parties un rôle créateur de compétence s'il s'agit d'attribuer à leurs tribunaux une compétence au-delà des limites prescrites par leur propre

---

(15) Il est hors de notre sujet d'étudier cette question; nous renvoyons à l'article de Mr. Ralph J. GIBERT **Legal aspects of doing business in Lybia,** in The Libyan Economic and business Review vol. III, n°1, p. 25, spéc. pp. 37-38.

(16) Cf. OMAR, op. cit., p. 187.

loi (17). Dans cette hypothèse on dit que la volonté «est directe» parce qu'elle s'oriente vers l'attribution de compétence ; cette volonté peut être aussi bien tacite qu'espresse. L'exemple topique de la volonté expresse consiste dans la convention par laquelle les parties attribuent la compétence aux tribunaux libyens.

L'acceptation tacite dépend des circonstances ; le fait de comparaître en justice sans contester l'incompétence constitue une acceptation tacite, mais la défaillance du défendeur ne forme pas une acceptation tacite, et le juge doit soulever l'incompétence d'office s'il n'y avait un autre critère possible (18).

D. — **Le réciprocité.**

En vertu de l'art. 3 n° 4 tout étranger peut être cité devant les tribunaux Libyens lorsque, dans les mêmes conditions, le juge de l'Etat auquel l'étranger appartient peut connaître d'une demande identique contre un citoyen Libyen.

Nous nous trouvons ici en présence d'une de ces mesures de rétorsion que le caractère exorbitant de l'art. 14 c. civ. français a fait édicter dans plusieurs pays (19). Mais cette mesure a un caractère différent de l'art. 14 c. civ. français, « tandis que ce dernier détermine directement les litiges pour lesquels la nationalité du demandeur fonde la compétence des tribunaux français, l'art. 3-4 appartient par sa structure au groupe des règles dont le fonctionnement est conditionné par le droit d'un pays étranger, dans l'espèce celui du demandeur» (20).

Bien que le fonctionnement de ce critère soit conditionné par le droit d'un pays étranger, il n'a rien de commun avec le problème du renvoi en matière de compétence juridictionnelle. Il ne s'agit même pas d'un pseudo-renvoi (21). Il découle du but de

---

(17) FRAGISTAS, op. cit., p. 239 et ss.
(18) GUTTERIDGE, op. cit. p. 173, EIZZ EL DIN Abdalla, op. cit. p. 734.
(19) Citons le droit italien, autrichien et portugais, c. FRAGISTAS op. cit. p. 193 et tout récemment c. pr. civ. Tunisien art. 2 n° 6. v. Raoul BENATTAR, **L'évolution récente du D.I. p. tunisien,** R. crtique 1969, p. 17.
(20) Martha WESER, **Les conflits de juridiction dans le cadre du Marché Commun,** R. critique 1959, pp. 638-639.
(21) Cf. FRAGISTAS, op.c it. p. 194.

loi (17). Dans cette hypothèse on dit que la volonté «est directe» parce qu'elle s'oriente vers l'attribution de compétence ; cette volonté peut être aussi bien tacite qu'espresse. L'exemple topique de la volonté expresse consiste dans la convention par laquelle les parties attribuent la compétence aux tribunaux libyens.

L'acceptation tacite dépend des circonstances ; le fait de comparaître en justice sans contester l'incompétence constitue une acceptation tacite, mais la défaillance du défendeur ne forme pas une acceptation tacite, et le juge doit soulever l'incompétence d'office s'il n'y avait un autre critère possible (18).

D. — **Le réciprocité.**

En vertu de l'art. 3 n° 4 tout étranger peut être cité devant les tribunaux Libyens lorsque, dans les mêmes conditions, le juge de l'Etat auquel l'étranger appartient peut connaître d'une demande identique contre un citoyen Libyen.

Nous nous trouvons ici en présence d'une de ces mesures de rétorsion que le caractère exorbitant de l'art. 14 c. civ. français a fait édicter dans plusieurs pays (19). Mais cette mesure a un caractère différent de l'art. 14 c. civ. français, « tandis que ce dernier détermine directement les litiges pour lesquels la nationalité du demandeur fonde la compétence des tribunaux français, l'art. 3-4 appartient par sa structure au groupe des règles dont le fonctionnement est conditionné par le droit d'un pays étranger, dans l'espèce celui du demandeur» (20).

Bien que le fonctionnement de ce critère soit conditionné par le droit d'un pays étranger, il n'a rien de commun avec le problème du renvoi en matière de compétence juridictionnelle. Il ne s'agit même pas d'un pseudo-renvoi (21). Il découle du but de

---

(17) FRAGISTAS, op. cit., p. 239 et ss.
(18) GUTTERIDGE, op. cit. p. 173, EIZZ EL DIN Abdalla, op. cit. p. 734.
(19) Citons le droit italien, autrichien et portugais, c. FRAGISTAS op. cit. p. 193 et tout récemment c. pr. civ. Tunisien art. 2 n° 6. v. Raoul BENATTAR, **L'évolution récente du D.I. p. tunisien,** R. crtique 1969, p. 17.
(20) Martha WESER, **Les conflits de juridiction dans le cadre du Marché Commun,** R. critique 1959, pp. 638-639.
(21) Cf. FRAGISTAS, op.c it. p. 194.

ce critère qu'il est édité en faveur du demandeur Libyen et que le demandeur étranger ne peut bénéficier de ce critère (22).

Selon la Cour de Cassation italienne la preuve de l'attitude du droit étranger est à la charge du demandeur (23). On peut cependant objecter contre cette solution que le juge doit s'assurer lui-même de sa propre compétence.

(22) OMAR, op. cit. p. 199 ainsi pour l'art. 14 c. civ. fr. v. NIBOYET VI, p. 302.

(23) Cass. it. ch. réu. 26 septembre 1956 cité par Ernest BARDA in **Tendances générales de la jurisprudence italienne en matière de D.I.p.**, Clunet, 1961 p. 842.

APPENDICE

— Les critères généraux dans le projet de nouveau code de procédure .

Un projet de nouveau code de procédure a été élaboré par une Commission en 1970, mais il n'est pas encore promulgué.

Dans ce projet, deux critères ont subsisté, ce sont la représentation et l'acceptation, mais d'autres ont disparu, le domicile élu et la réciprocité, et un nouveau critère est adopté pour le cas de pluralité des défendeurs Il suffit alors que l'un d'entre eux soit domicilé en Libye pour que la juridiction libyenne ait compétence à l'égard des autres défendeurs.

Enfin, la résidence est remplacée par le domicile, ce qui est plus rigoureux parce qu'il ne sera plus possible de fonder la compétence des tribunaux lybiens sur la résidence du défendeur, mais on peut justifier cette rigueur par le fait que le projet a élargi l'étendue des critères spéciaux de compétence.

SECTION II

LES CRITERES SPECIAUX

A côté des critères généraux, il y a aussi un nombre de critère spéciaux basés sur des liens substantiels du fond du litige avec le territoire du pays dans lequel le procès se déroule, ou sur la connexité du litige avec un autre soumis à la compétence du tribunal saisi.

Dans tous ces cas, les caractéristiques individuelles des parties en cause ne sont plus retenues; on s'attache seulement aux considérations objectives.

Ces critères sont prévus par l'art. 3 n° 2, 3 c. pro. civ. et seront successivement étudiés.

A. — La localisation de l'objet du litige en Libye.

Aux termes de l'art. 3-2 c. pro. civ. les tribunaux Libyens seront compétents «si l'action concerne des biens se trouvant en Libye.... ou est née d'un contrat conclu, exécuté ou devant être exécuté en Libye ou si elle naît d'un fait qui y était survenu».

Dans ces trois cas l'objet du litige (contrat ou bien) se localise sur le territoire libyen; par conséquent, l'Etat Libyen est intéressé à trancher ces litiges par ses propres tribunaux.

Les trois cas visés par l'art. 3-2 concernant la compétence en matière d'obligations et à propos des biens situés en Lybie.

1/ — **Le «forum obligationis»** : Il convient de distinguer entre les obligations contractuelles, le «forum contractus», et les obli-

gations contractuelles, le « forum contractus», et les obligations extracontractuelles. le «forum delicti».

a) — **Les obligations contractuelles:** Le «Forum contractus» ne s'étend pas seulement au lieu de conclusion, mais également au lieu d'exécution. Selon Savigny le lieu de conclusion n'a pas d'importance, ce pourquoi il a proposé de limiter le «forum contractus» au lieu d'exécution car, c'est l'exécution qui est l'élément essentiel de l'obligation, tandis que la conclusion du contrat est un élément accidentel et transitoire (24).

Pour savoir si le contrat est conclu en Libye ou non, il faut recourir aux principes de droit civil parce qu'il s'agit d'une question de qualification (25). Le contrat entre présents ne soulève pas de difficultés quant à la détermination du lieu de conclusion; la difficulté apparaît pour les contrats entre absents.

D'après l'art. 97 c. civ. Lib., le lieu de conclusion est le lieu où l'offrant a pris connaissance de l'acceptation (26) par conséquent, le contrat est conclu en Libye si l'acceptation est parvenue à l'offrant en Libye.

Ce n'est pas seulement quand le contrat est conclu en Libye que les tribunaux Libyens auront compétence, mais également quand le lieu d'exécution du contrat se situe en Libye. Il suffit, selon la Cour de Cassation italienne (27) qu'une seule obligation parmi celles nées du contrat, doive être exécutée en Italie, même s'il ne s'agit pas de l'obligation qui fait l'objet du litige.

Un troisième cas a été proposé, à savoir : la compétence des

---

(24) Cité par GUTTERIDGE, op. cit. p. 169.

(25) Cass. it. ch. réunies 24 mai 1966 «Chr. jurs. it», par Giovanni DI GIOMMO, Clunet 1968, p. 385.

(26) Le code civil Libyen, comme le code égyptien, adopte le système de l'information pour déterminer le lieu et le temps de conclusion des contrats entre absents, v. EL SANHORI, Traité de droit civil, T.I., p. 261, pour les autres systèmes proposés et leur critique, v. WEIL, Les Obligations, p. 161 et ss.

(27) Cass. it. ch. réunies 4 juill. 1958 in Tendances générales de la jurisprudence italienne en matière de D.I.P.; par E. BARDA, Clunet 1961, p. 840.

(28) GUTTERIDGE, op. cit., p. 170.

tribunaux du pays dont le droit a été choisi comme applicable au contrat (28).

Juridiquement, nous ne pouvons pas créer un critère de compétence qui n'est pas prévu par le législateur, mais sur le plan théorique on peut discuter l'opportunité de cette opinion. Elle a le mérite d'unifier la compétence législative et juridictionnelle ; mais il est douteux que les parties puissent choisir, comme droit applicable à leur contrat, le droit d'un Etat entièrement étranger aussi bien à elles-mêmes qu'au fond de l'affaire (29).

Ainsi, cette opinion qui donne compétence aux tribunaux du pays dont le droit a été choisi pour régir le contrat, perd sa valeur. Selon cette opinion, pour résoudre le problème de compétence, il faut tout d'abord déterminer si le droit libyen est applicable ou non au contrat tandis que la compétence est préalable à toute recherche sur le droit applicable.

b) — **Les obligations extracontractuelles** : Il est universellement admis que la compétence en matière de faits juridiques appartient aux tribunaux du lieu où le fait est survenu. Mais une difficulté surgit quand le fait générateur est commis dans un pays et que le dommage se produit dans un autre pays. Ce qui nous intéresse ici, c'est de déterminer la compétence des tribunaux Libyens dans une telle hypothèse.

Si le fait générateur est commis dans un pays étranger tandis que le dommage s'est produit en Libye, les tribunaux libyens seront-ils compétents ou non ? Il est difficile dans cette hypothèse d'accorder la préférence entre le fait générateur et le dommage et par conséquent, les tribunaux libyens auront compétence même si le fait générateur est survenu à l'étranger, tant que le dommage s'est produit en Libye (30). Il en est ainsi pour l'enrichissement sans cause où il suffit, pour fonder la compétence que le fait d'enrichissement ou d'appauvrissement se réalise en Libye (31).

---

(29) BATIFFOL et LAGARDE, **Dr. inter. privé**, 5e éd. Tome II, p. 219, 220.

(30) En ce sens GUTTERIDGE, op. cit. p. 169, OMAR, op. cit. p. 195, au contraire pas de compétence si le fait générateur est survenu à l'étranger, EIZZ EL DIN Abdalla, op. cit. p. 712, cass. it. ch. réunies 27 févr. 1962, **Chr. juris. it.** Clunet, 1964, p. 342.

(31) OMAR, loc. cit.

2/ — **Le «forum rei sitae»** : Les tribunaux Libyens sont compétents pour connaître des litiges concernant des **biens situés** en Libye (art. 3-2). De solides raisons justifient cette **compétence**. Tout d'abord sur le terrain des conflits de lois; le **bien** est régi par la loi de sa situation (lex rei sitae), ainsi la loi **Libyenne** sera applicable pour régir le statut des biens situés en **Libye**.

En second lieu, sur le terrain de l'efficacité **des** jugements rendus en la matière, la compétence des tribunaux **de la situation** du bien rendra facile l'exécution des jugements rendus en faveur du demandeur. Ce critère est applicable qu'il s'**agisse** tant des biens corporels (meuble ou immeuble) que des **biens incorporels** (32). Il concerne aussi toutes les actions portant **sur** des biens réels, personnels ou mixtes (33).

B. — **Le problème de la centralisation de compétence.**

Il est des litiges qui méritent d'être portés **devant** un seul tribunal. On rencontre cette idée en droit interne (par ex. en matière de succession) et on la rencontre également **sur** le plan international.

Deux types de litiges visés par l'art. 3-2 c. pro. **civ**. Lib illustrent cette idée; d'une part si le défunt avait son **dernier** domicile en Libye ou s'il possédait la nationalité libyenne **les tribunaux** libyens seront compétents pour tout ce qui **concerne sa** succession; d'autre part, si une faillite a été prononcée **en** Libye **les** tribunaux Libyens seront compétents pour tous **les** litiges concernant cette **faillite**.

Il faut préciser à ce propos que la centralisation ici est une centralisation unilatérale étant donné le caractère unilatéral des règles de compétence internationale; c'est-à-dire qu'elle ne joue qu'en faveur de la compétence des tribunaux Libyens. Par exemple, la faillite prononcée à l'étranger n'a aucun effet sur la compétence des tribunaux libyens dans une affaire déterminée, si cette

---

(32) Cass. it. 2 mars 1966. **Chr. jurs. it.** Clunet 1968 p. 389. (en l'espèce la Cour a retenu la compétence du juge italien pour connaître une demande en nullité par défaut de nouveauté des brevets exploités en Italie).
(33) OMAR, op. cit. p. 190. EIZZ EL DIN Abdalla, op. cit. p. 709-710.

dernière entre dans la compétence des tribunaux en question et le défendeur ne peut pas soulever la litispendance de l'affaire devant le tribunal qui a prononcé la faillite. Il en est ainsi pour les successions.

a) — **En matière de succession :** Le législateur a indiqué deux cas de compétence en matière de succession ;

1° — la succession d'un citoyen Libyen,
2° — la succession ouverte en Libye.

1/ — **La succession d'un citoyen libyen** . Ici la législation a considéré la nationalité de l'individu lors de son décès et cela se justifie parce que la succession appartient en droit libyen des conflits de lois, au statut personnel qui est régi par la loi nationale du défunt (art 17 al. 1 c. civ.), par conséquent, c'est la loi successorale libyenne qui est applicable aux successions des Libyens abstraction faite de leur domicile ou de la situation de l'actif de la succession et quelle que soit la nationalité des bénéficiaires (34).

2/ — **La succession ouverte en Libye** : La succession est ouverte en Libye, si le De cujus y avait son dernier domicile (35).

Ainsi, la personne du défunt se continue en quelque sorte, bien que le domicile soit une notion personnelle à chacun et qu'on ne puisse parler du domicile d'un défunt. Il y a cependant «prolongation des effets de ce domicile, solution qui se justifie certainement par d'excellentes raisons d'ordre pratique» (36).

Si un argument en faveur de la compétence a été tiré dans le cas précédent, de la loi applicable, il n'en est rien dans ce cas, car ce critère est applicable seulement dans les successions des

---

(34) Une interprétation surprenante a été donnée par la Cour d'appel de Trieste, 22 nov. 1961, **Chr. jurs. it.**, Clunet 1964, p. 342. selon laquelle: «Il faut entendre par «succession d'un citoyen italien celle dans laquelle le bénéficiaire est italien».

(35) **EIZZ EL DIN** Abdalla, op. cit., p. 698, OMAR op. cit. p. 191, à noter qu'il n'y a pas de texte analogue à l'art. 110 c. civ. fr. pour déterminer le lieu où la succession s'ouvrira.

(36) NIBOYET, T. VI p. 449.

étrangers lesquelles sont régies par leurs lois nationales, sans distinction entre les successions mobilières et immobilières.

La possibilité d'appliquer le droit Libyen par le renvoi n'existe pas, étant donné que le renvoi est écarté expressément (art. 27 c. civ. Lib.). Cependant, l'intérêt de ce critère apparaît si le défunt possédait des biens en Libye.

b) **En matière de faillite :** Ici. comme en matière successorale l'idée essentielle consiste à centraliser les diverses actions relatives à une faillite devant le tribunal qui a déclaré la faillite. Indiquons tout d''abord que l'art. 3-2, qui rend les tribunaux Libyens compétents «....si l'action concerne une faillite déclarée en Libye», ne fournit pas de réponse à la question préalable de savoir, quand les tribunaux Libyens seront compétents pour prononcer une faillite ?

On oppose généralement l'universalité et l'unité de faillite à la territorialité et la pluralité des faillites (37); entre les deux conceptions il semble que le droit Libyen a choisi la deuxième étant donné que le code de commerce admet la pluralité des faillites.

Selon l'article 738 c. com. C (promulgué en 1953) : « le tribunal compétent pour déclarer la faillite est le tribunal du lieu du siège de l'activité principale du commerçant. Et le commerçant dont le siège de l'activité principale est à l'étranger peut être déclaré en faillite en Libye, même s'il était failli à l'étranger, sous réserve des traités internationaux». Il en résulte qu'une faillite étrangère n'empêche pas qu'une autre faillite soit prononcée, mais ce texte ne répond pas à la question que nous venons de poser. Dès lors la seule possibilité est d'appliquer les autres critères visés par l'art 3 et par conséquent la compétence pour déclarer faillite pourra être fondée soit sur l'existence d'une succursale en Libye, soit sur l'existence des biens du failli en Libye (38).

---

(37) v. à ce sujet J.A. PASTOR FIDRUEJO, **La faillite en D.I.p.** Cours de La Haye 1971 — 11 p. 141 et s. spéc. chap. II sur le compétence judiciaire p. 156-177, NIBOYET VI p. 156 et s.

(38) En ce sens OMAR, op. cti. p. 193-194, EIZZ EL DIN Abdalla op. cit. p. 719, NIBOYET VI p. 159.

C. — **La connexité**

Selon un principe fondamental de procédure civile, le tribunal compétent pour connaître d'une affaire est, en règle générale, également compétent pour connaître les affaires connexes à la première, même si ces dernières en elles-mêmes ne relèvent pas de sa compétence. Ce principe admis en droit interne, est transposé par l'art. 3-3 c. priv. civ., sur le plan international.

On invoque en faveur de ce principe qu'il a été conçu «dans l'intérêt de la justice, d'une part afin d'éviter la pluralité des instances et la contrariété des décisions, et d'autre part afin de contribuera à un meilleur discernement des questions» (39).

L'appréciation du lien de connexité s'effectuera d'après la lex fori (40). Par conséquent, si les liens entre la demande nouvelle et la cause pendante, ne sont pas aux yeux du droit Libyen, de nature à retenir cette connexité, ce critère doit être écarté.

La règle sur la connexité, comme d'autres règles en droit international privé, n'est appliquée qu'à sens unique et au profit de la compétence des tribunaux Libyens. On ne peut l'utiliser au profit dès la compétence étrangère en vue d'en déduire l'incompétence des tribunaux Libyens (41).

Enfin l'applicabilité de ce critère exige que l'affaire principale soit pendante devant les tribunaux Libyens et que ceux-ci soient compétents pour en connaître (42).

D. — **Les mesures conservatoires**

D'après l'art. 3-3 c. pro. civ. la compétence des tribunaux Libyens pour ordonner des mesures conservatoires est retenue en deux cas :

---

(39) FRAGISTAS, op. cit. p. 263 au même sens NIBOYET VI p. 464.
(40) Css. it. ch. réunies 26 sept. 1966 in **Tendances générales de la juris. it. en matière de D.I.p.**, Ernest BARDA, Clunet 1961 p. 842, OMAR, op. cit. p. 197.
(41) en ce sens NIBOYET VI, p. 465.
(42) OMAR, op. cit. p. 196.

1° — si la mesure doit être exécutée en Libye,
2° — si la mesure est relative à des rapports relevant de la compétence des tribunaux libyens.

Dans le premier cas, les tribunaux Libyens peuvent ordonner des mesures conservatoires sur un immeuble ou un meuble sis en Libye ou une saisie-arrêt, même s'ils ne sont pas compétents pour connaître de l'action pour laquelle ces mesures ont été demandées (43).

Et dans le deuxième cas, les tribunaux en question peuvent ordonner des mesures conservatoires en ce qui concerne les rapports pour lesquels ils ont compétence. Il est possible dans cette hypothèse que la mesure ordonnée doive s'exécuter à l'étranger, si, par exemple, l'objet de la mesure se trouve à l'étranger. Dès lors l'efficacité des décisions prises par les tribunaux Libyens, dépend de la loi du pays étranger.

Dans l'un et l'autre cas, le texte parle de « mesures conservatoires», mais il ne dit rien des «mesures exécutoires» ou des voies d'exécution, comme l'exécution sur un meuble ou un immeuble se trouvant en Libye. La compétence des tribunaux Libyens dans ces matières n'est pas douteuse parce que la pratique de ces mesures exige nécessairement l'intervention d'une autorité étatique car nul ne peut se faire justice à soi-même. Or, la force publique n'obéit qu'aux ordres de son souverain (44).

---

(43) OMAR, op. cit., p. 198, EIZZ EL DIN Abdallah, op. cit. p. 722 note 2.
(44) Cf. LEREBOURS-PIGEONNIERE et LOUSSOUARN, op. cit. p. 542-543.

APPENDICE

— Les critères spéciaux dans le projet de nouveau code de procédure —

En général le projet conserve les mêmes critères que ceux qui viennent d'être exposés. mais en ajoute d'autres.

Tout d'abord, l'art. 3-3 du présent code concernant la connexité et les mesures conservatoires est devenu l'art. 33 dans le projet en ajoutant la question préalable et les demandes reconventionnelles, et en ce qui concerne les mesures conservatoires la compétence est retenue seulement dans le cas où la mesure doit être exécutée en Libye. Par conséquent, le deuxième cas de compétence dans ces matières, prévu par l'art. 3-3, n'est pas considéré dans le projet. Ensuite, l'art. 32 du projet, ajoute de nouveaux cas à propos desquels, on remarque que le législateur manifeste un esprit de faveur envers le demandeur parce que son domicile justifie la compétence des tribunaux Libyens (art. 32, n° 3, 4, 5 du projet) (45). Il en est ainsi pour l'action d'une épouse contre son époux qui avait un domicile en Libye; ou pour une demande de pension alimentaire ou pour une tutelle sur des biens ou sur la personne. Dans tous ces cas, le demandeur est en situation de faiblesse vis-à-vis du défendeur.

Au surplus, l'ordre public, dans ces cas, est en cause, on ne peut pas refuser une demande de pension alimentaire, par exemple, pour le motif que le défendeur n'a pas de domicile en Libye. Justement, si celui qui demande la pension a les moyens

(45) Nous renvoyons pour ces textes aux annexes.

d'aller plaider à l'étranger, il n'en aura pas besoin. Il en est de même pour la tutelle ou les autres matières relatives au statut personnel.

Cependant la compétence des tribunaux Libyens dans les litiges de caractère international, n'est pas établi dès l'instant qu'un critère existe parmi ceux prévus par le code en vigueur ou le projet.

Une autre condition négative, est également nécessaire : les tribunaux Libyens ne seront pas compétents dans le cas de dérogation aux règles générales de compétence.

CHAPITRE II

LA DEROGATION A LA COMPETENCE

La compétence des tribunaux Libyens n'est pas satisfaite dès qu'un critère de rattachement parmi ceux précédemment exposés existe, il faut, en plus, que ladite compétence ne soit pas exclue, c'est-à-dire que les tribunaux Libyens n'ont pas compétence, là où une dérogation intervient.

Tout d'abord, il faut examiner si les parties en cause peuvent exclure la compétence des tribunaux en question. Ensuite. s'il y avait des dérogations édictées par le législateur lui-même ou non.

SECTION I

LA DEROGATION CONVENTIONNELLE

De manière générale les conventions des parties relatives à la compétence se présentent sous plusieurs possibilités :

1° — Les parties peuvent convenir de la compétence des tribunaux d'un pays déterminé. Cette convention se manifeste en la forme d'une clause attributive de compétence.

2° — Elles peuvent convenir d'exclure toute compétence étatique

pour soumettre l'affaire à des arbitres. L'exclusion de la compétence est alors combinée avec un compromis ou une clause compromissoire.

3° — Il est possible, enfin, que les parties conviennent de renoncer à tout recours à la justice, de se soustraire à toute démarche judiciaire.

Ecartons ce dernier cas parce qu'il est douteux qu'une telle convention soit valable ou qu'elle ne se heurte pas à l'ordre public (46).

Donc il nous reste à examiner les clauses attributives de compétence (A) et la clause d'arbitrage (B).

A. — Les clauses attributives de compétence

Sur le plan international, la clause attributive de compétence produit un double effet :

1° — rendre compétent le tribunal choisi dans l'hypothèse où il n'a pas compétence selon sa propre loi.

2° — exclure la compétence d'un autre tribunal lorsque celui-ci est compétent d'après sa propre loi.

L'effet positif de cette clause a déjà été mentionné avec les cas où la volonté des parties peut servir comme critère de compétence. Seul l'effet négatif mérite donc d'être ici examiné.

La convention des parties en cause qui attribue la compétence à une juridiction étrangère sera-t-elle valable pour exclure la compétence des tribunaux Libyens, édictée par la loi ?

a) — **La question en droit comparé:** Les différents pays sont loin de donner une solution unanime. Leurs droits se divisent en deux systèmes opposés : les uns tiennent en principe pour valides les conventions qui excluent la compétence des tribunaux d'un

---

(46) Comp. FRAGISTAS, op. cit. p. 236 note 8. Une opinion très répandue se prononce pour leur validité en soutenant que «le nombre des obligations naturelles n'est pas limité; en dehors de celles prévues par la loi. Ces parties peuvent toujours en créer d'autres».

Etat étranger, tandis que les autres dénient à ces accords toute efficacité.

1° — **En droit français :**

Le problème est traité, en droit français, comme une question de renonciation au bénéfice des art. 14 et 15 c. civ. qui sont considérés comme instaurant un privilège. Or, l'opinion a prévalu que les bénéficiaires de ce privilège peuvent y renoncer (47).

En dehors des art. 14, 15, la compétence internationale est réglée par la transposition des règles de compétence territoriale sur le plan international, or, la compétence territoriale n'est pas d'ordre public et par conséquent il est permis aux plaideurs d'y déroger (48).

2°/ — **En droit italien :**

La question est résolue par l'art. 2 c. pro. civ. d'après lequel la juridiction italienne ne peut être écartée par un accord des parties en faveur d'une juridiction étrangère ou d'arbitres qui statuent à l'étranger, qu'en matière d'obligations entre étrangers, ou entre un étranger et un italien n'ayant ni résidence, ni domicile en Italie (49).

3°/ — **En droit Egyptien :**

Malgré l'absence de texte, comme en droit italien, l'opinion unanime, aussi bien la doctrine (50) que la jurisprudence (51) ne

---

(47) v. BATIFFOL et LAGARDE, op. cit. p. 36 et s. ; NIBOYET VI p. 315 et 332, LEREBOURS-PIGEONNIERE et LOUSSOUARN, op.cit. p. 534.

(48) Cf. NIBOYET VI. p. 437.

(49) L'art. 2 c. pro. civ. its. est ainsi conçu : « on ne peut déroger par convention à la juridiction italienne en faveur d'une jurdiction étrangère ou d'arbitres qui statuent à l'étranger, à moins qu'il ne s'agisse d'un litige relatif à des obligations entre étrangers ou entre un étranger et un citoyen ni résidant ni domicilié dans l'Etat, et si la dérogation résulte d'un acte écrit.

(50) EIZZ EL DIN Abdalla, op. cit. p. 738 et les références.

(51) Tribunal d'Alexandrie, 8 mai 1950 et 21 mars 1951, Revue Egyp. de Dr. inter. Vol. VII, 1951 p. 200 et s. note QUADRI.

valide pas les conventions dérogeant à la compétence internationale comme étant d'ordre public.

b) — **En droit Lybien** : Les textes sont muets à ce sujet, mais la question a été portée devant la Cour Suprême qui a déclaré caducques ces conventions par ce que (52) la compétence internationale est d'ordre public. Il s'agissait en l'espèce d'un contrat de travail conclu entre un travailleur et une Compagnie américaine en Californie (U.S.A.) pour travailler avec ladite Compagnie en Libye.

Le contrat stipulait que toute contestation serait portée devant les tribunaux de l'Etat de Californie et régie par ces lois; à la suite d'une rupture abusive du contrat, le travailleur a intenté une action en dommages-intérêts. Devant le premier juge, la Compagnie a soulevé l'incompétence selon la clause du contrat et le juge l'a accepté en qualifiant la compétence dont il s'agit, de compétence territoriale.

Jugée inexacte, cette thèse a été rejetée en appel où la Cour a retenu sa compétence sur la base de l'art. 3-2 c. proc. civ. en donnant à cet article le caractère d'ordre public. C'est par les mêmes motifs que la Cour Suprême a confirmé la thèse de la Cour d'appel en ajoutant un autre argument tiré de la loi applicable.

Selon la Cour Suprême, c'est le code du travail qui régit les rapports entre les parties en cause. Or, les règles du droit du travail sont d'ordre public et il est évident qu'une loi étrangère n'est pas applicable dans les matières touchant l'ordre public, sauf si elle est plus favorable au travailleur (53).

Donc, la jurisprudence de la Cour Suprême est contraire à la

---

(52) L'affaire n° 32-10e an. judiciaire 28 mai 1966. Revue de la Cour Suprême 2e du n° 4 p. 29. Notre commentaire sur cet arrêt à la Revue «AL ABDALA» n° 5 mars 1970 p. 62 et s.

(53) Ainsi, la Cour s'est prononcée sur le conflit des lois en matière de contrat du travail ce qui n'est que surplus de la Cour; au même sens : Cass. fr. Ch. sociale 19 oct. 1967, Clunet 1968 p. 342, note Marthe SIMON-DEPITRE, «la renonciation à l'art. 14 c. civ. est illicite en matière de travail».

validité des clauses dérogeant à la compétence en question et rejoint ainsi la jurisprudence et la doctrine égyptienne, mais la solution du droit français a été soutenue (54) en prétendant que si le législateur libyen voulait interdire ces clauses, il lui était possible d'édicter un texte comme l'a fait le législateur italien (55). Cet argument n'est pas décisif car en Italie, même avant l'entrée en vigueur du nouveau Code de procédure de 1942 où il n'y avait pas de texte comme l'art. 2 précité, la jurisprudence admettait le caractère d'ordre public de la compétence en question (56).

Ce qui est intéressant dans cette thèse, ce sont les exceptions qu'elle nous propose à savoir : la clause sera caduque si l'action concerne des immeubles situés en Libye ou si une loi de police, l'ordre public ou le droit public Libyens sont en cause ; ou enfin dans le cas de la fraude à la loi (57).

Or, précisément il est fort possible de faire entrer la quasi-totalité des critères prévus par l'art. 3 c. proc. sous ces exceptions.

Si, en droit français, il y a des motifs qui justifient cette thèse, il n'est pas exact de la transposer dans les systèmes juridiques où ces motifs n'existent pas, et si on peut tirer des arguments favorables des exigences du commerce international, dans cette matière les parties peuvent recourir à l'arbitrage, comme cela va être examiné immédiatement, autrement, il n'y a aucun motif propre à justifier le sacrifice de compétence étatique Libyenne en faveur d'une autre compétence étatique étrangère.

B. — **Le compromis et la clause compromissoire.**

On distingue, en droit français, entre le compromis et la clau-

---

(54) OMAR, op. cit. p. 180-181.

(55) **Ibid.**

(56) A titre d'exemple v. Trib. de Gênes, 27 jan. 1935, Clunet 1937, p. 163, nous relevons» .... c'est un principe indiscuté que le droit de rendre la justice dérivant des pouvoirs souverains de l'Etat, il présente un caractère d'ordre public et ne peut subir aucune atteinte sauf dans des cas limitativement admis par la loi».

(57) Comp. en ce sens Helène GAUDEMENT-TALLON, **La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé**, pp. 208-225.

se compromissoire (58). Cette distinction n'a pas de grande portée en droit Libyen étant donné que l'art. 739 c. pro. civ. Lib. assimile l'un à l'autre et édicte leur validité en principe.

Il n'entre pas dans notre propos de traiter ici, l'ensemble de l'arbitrage, mais d'examiner seulement dans quelle mesure il a une incidence sur la compétence des tribunaux Libyens.

a) — **La validité du compromis et la clause compromissoire:** L'art. 739 édicte la licéité des conventions par lesquelles les parties ont recours à l'arbitrage, mais il faut respecter certaines exigences :

1°/ — **Quant à l'objet** : l'arbitrage est interdit dans les matières concernant l'ordre public, dans les litiges entre les travailleurs et les employeurs relatifs à l'application des lois, de l'assurance sociale, les accidents du travail et les maladies de la profession et dans les litiges relatifs à la nationalité ou à l'état des personnes y compris la séparation de corps (art. 740 c. proc. civ.). Il faut remarquer ici le législateur. après avoir généralisé, en mentionnant l'ordre public, a spécifié certains cas à titre d'exemple, autrement les cas mentionnés sont inclus dans l'ordre public.

2°/ — Quant aux personnes qui peuvent compromettre, la loi exige la capacité de disposition (art. 740 in fin). Donc, les parties doivent avoir la capacité de disposer du droit litigieux.

3°/ — Quant à la forme, on exige une preuve écrite (art. 742 c. pro. civ.).

b) — **L'effet du compromis et la clause compromissoire vis-à-vis des tribunaux Libyens** : Lorsqu'ils sont valables, ils entraînent l'incompétence des tribunaux Libyens, à moins que, le cas échéant, les intéressés ne soient d'accord pour renoncer à la procédure arbitrale (59). Mais c'est une compétence relative que le juge ne peut soulever d'office

Ainsi, on constate que le rôle de la volonté dans ce domaine

---

(58) V. CUCHE Vincent, **Procédure civile**, 13e éd. p. 654 et ss.
(59) Cf. NIBOYET VI, p. 438.

est très limité et cela relève du caractère du droit public, du droit judiciaire privé en tant qu'il organise un service public (60). Dès lors, la volonté des parties n'aura pas de rôle à jouer quant à la détermination du domaine où ce service doit fonctionner.

Néanmoins, sur le plan international, il y a des raisons propres à justifier la délimitation du champ d'activité du pouvoir judiciaire. Dans ce cas là, c'est le législateur lui-même qui intervient pour édicter certaines dérogations.

(60) BATIFFOL et LAGARDE, op. cit. p. 398.

SECTION II

LES DEROGATIONS LEGALES

Dans certains cas, le législateur édicte des dérogations pour des considérations soit d'ordre objectif, soit d'ordre subjectif. Le premier cas se trouve quand la dérogation a été édictée à raison de l'objet du litige et le deuxième consiste dans le fait que certaines personnes échappent à la compétence des tribunaux Libyens.

A. — Les dérogations quant à l'objet du litige.

Il y a deux dérogations:

1°/ — les actions portant sur un immeuble situé à l'étranger,
2°/ — en matière de transport aérien international.

a) — **Les actions concernant un immeuble situé à l'étranger:** Cette dérogation est édictée par l'art. 3-1 c. pro. civ. in fine «... à moins que l'action ne soit relative à un immeuble hors du Royaume (République)». De même, l'art. 75 du même code affirme cette exception en lui donnant un caractère général et impératif car ce texte dispose que l'incompétence doit être soulevée d'office par le juge «..si le défendeur est étranger et que l'action concerne un immeuble situé à l'étranger».

Quant à la justification de cette dérogation, plusieurs arguments concordent en sa faveur ; la loi applicable (lex rei sitae), la facilité de l'exécution des jugements rendus.

Quant à son domaine, les textes visent «les actions concernant un immeuble» sans précision. Par conséquent, elle s'applique-rà à toutes les actions relatives à un immeuble; réelles, personnelles ou mixtes (61).

---

(61) A noter que le projet du nouveau Code de procédure a prévu cette

Toutefois, cette dérogation est édictée par rapport au défendeur étranger seulement. Dès lors on s'interroge sur le cas d'un défendeur citoyen; est-elle applicable ou non ?

Nous avons un précédemment que la compétence à l'égard d'un citoyen n'est pas prévue expressément. Aussi certains auteurs italiens étendent cette exception au cas d'un défendeur citoyen. Leurs arguments consistent à dire que le législateur en excluant de la compétence ces actions à l'égard d'un défendeur étranger n'a rien fait que de suivre la tendance de toutes les législations à soumettre le statut de l'immeuble à la compétence législative et juridictionnelle de sa situation. De plus, l'exécution des jugements rendus dans ces matières s'effectue là où l'immeuble se trouve et exige l'intervention des autorités étatiques du pays de la situation (62). Cette thèse n'est qu'une manifestation de ce que M. Battifol appelle la «puissance d'attraction» de la situation de l'immeuble qui, débordant le terrain des conflits de lois, s'annexe celui de la compétence judiciaire» (63).

D'autres auteurs soutiennent le contraire. Pour eux l'exclusion par le législateur des actions en question n'a que la valeur d'exception. Par conséquent, elle ne peut être étendue au cas d'un défendeur citoyen. Il semble que cette thèse a prévalu en doctrine et jurisprudence italiennes (64).

Du point de vue juridique, les textes législatifs sont favorables à la dernière thèse et les arguments de la première paraissent insuffisants. Les difficultés de l'exécution des jugements à l'étranger ne sont pas spécifiques aux matières immobilières, elles peuvent surgir à propos de toute matière et elles ne peuvent être résolues que par la coopération internationale dans ce domaine. Mais il nous apparaît paradoxal que la portée de cette exception varie selon s'il s'agit d'un défendeur étranger ou citoyen, car les motifs pour lesquels elle a été édictée restent les mêmes dans les deux cas.

---

exception pour les actions réelles seulement (art. 31).

(62) Comp. en ce sens NIBOYET VI pp. 313-314, EIZZ EL DIN Abdalla op. cit. 2e éd. p. 495, OMAR op. cit. p. 185.

(63) BATIFFOL et LAGARDE, op. cit. p. 360.

(64) note BRULLIARD sous Milan (3 juin 1955) précité.

b) — **Le transport aérien international :** la Convention de Varsovie du 12 octobre 1929, ratifiée en Libye par la loi n° 29-1968 (65) établit un régime spécial de compétence. Ce régime se substitue dès lors au droit commun et exclut l'application de l'art. 3 c. pro. civ.

Selon l'art. 28 de la convention, l'action en responsabilité contre le transporteur à raison du contrat de transport, est de la compétence, au choix du demandeur, soit du tribunal du domicile du transporteur, du siège principal de son exploitation ou du lieu où il possède un établissement par les soins duquel le contrat a été conclu, soit du tribunal du lieu de la destination. Mais ces tribunaux doivent être ceux d'une des puissances contractantes et statuer sur son territoire. Et toute clause dérogeant à ces règles pour saisir un autre tribunal est interdite à moins qu'il ne s'agisse de saisir des arbitres; en pareil cas, les arbitres doivent se réunir et statuer dans un des lieux visés par l'art. 28 (art. 32 de la Convention).

Il s'agit bien ici des fors spéciaux qui sont d'ores et déjà seuls retenus en matière de transport aérien international.

Cette dérogation avec la précédente concernant les actions portant sur un immeuble situé à l'étranger, formant des exceptions à l'art. 3 c. pro. civ. tirées de l'objet du litige; mais il y a aussi des dérogations d'ordre légal dépendant de la personne du défendeur.

B. — **Les personnes échappant à la compétence des tribunaux Libyens. (L'immunité de juridiction).**

Il est traditionnellement admis par tous les pays que la prérogative de juridiction nationale ne peut être exercée contre un Etat étranger ou certaines personnes qui jouissent de l'immunité de juridiction. En général, cette immunité résulte de la coutume internationale bien qu'elle ait finalement donné lieu à des conventions internationales (la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques et celle du 24 avril 1963 sur les re-

---

(65) J.D. 4 mai 1968.

lations diplomatiques et celle du 24 avril 1963 sur les relations consulaires) (66). Mais en Libye, elle a fait l'objet d'une loi spéciale, la loi n° 21-1954 sur les immunités et les privilèges. A la lumière de cette dernière loi on examinera brièvement les bénéficiaires avant d'envisager le caractère de l'immunité.

a) — **Les bénéficiaires de l'immunité** : Les immunités ne sont pas établies sur un mode uniforme et ne comprennent pas les mêmes prérogatives dans tous les cas. Elles diffèrent dans une large mesure suivant la qualité des bénéficiaires.

1°/ — **Les Etats étrangers** : Tout Etat souverain en tant qu'entité internationale bénéficie de l'immunité. En sont donc exclus les Etats fédérés, seule l'union fédérale jouissant de l'immunité (67).

L'immunité est étendue également au chef d'Etat (68), mais pour les organismes de l'Etat qui possèdent la personnalité juridique, il faut un arrêté du ministre des affaires étrangères pour qu'ils puissent jouir de l'immunité (art. 9 de la loi précitée).

2°/ — **Les agents diplomatiques** : Les immunités reconnues aux agents diplomatiques sont les plus anciennes.

D'après la loi n° 21-1954, l'immunité est absolue en ce qui concerne le chef de la mission (art. 5-1A) ainsi que tout le personnel officiel: ministre plénipotentiaire, conseillers, secrétaires et attachés (art. 5-1B). Cette immunité couvre, également, les femmes de ces agents, leurs fils jusqu'à l'âge de 18 ans et leurs filles non-mariées (art. 14) Par contre, l'immunité est limitée aux actes accomplis dans l'exercice de la fonction pour les personnes en service du chef de la mission et à condition qu'elles possèdent la nationalité de l'Etat à laquelie la mission appartient (art. 4-2). Néanmoins, l'immunité des agents diplomatiques est conditionnée par la réciprocité (art. 16). c'est-à-dire que les agents diplomatiques précédemment mentionnés jouissent en Libye des immunités dont

---

(66) Ces deux Conceptions ne sont pas ratifiées par la Libye.
(67) BATIFFOL et LAGARDE, op. cit. p. 389.
(68) Ibid.

les agents Libyens jouissent à l'étranger.

3°/ — **Les Consuls :** Bien que les Consuls ne fassent pas partie du corps diplomatique (69), la loi leur accorde une immunité pour les actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions (art. 6-A). Cette immunité couvre le consul général, son adjoint et l'agent consulaire (art. 8-1), et également le personnel au service du consul à condition qu'il ne possède pas la nationalité Libyenne (art. 8-2). On exige la réciprocité aussi dans ce cas (art. 16).

4°/ — **Les forces armées étrangères :** A l'époque où la Libye était liée avec la Grande Bretagne, les U.S.A., et la France par des accords d'après lesquels des forces armées de ces pays étaient autorisées à stationner sur le territoire Libyen, ces forces jouissaient de certaines immunités notamment en matière pénale. Mais à l'heure actuelle la question ne se pose plus étant donné que la présence de ces forces armées a disparu en Libye (70).

5°/ — **Les organisations internationales :** La question est nouvelle, depuis que après la guerre, des organismes internationaux ont vu le jour. La loi n° 21-1954, distingue entre les organisation et leurs fonctionnaires. L'immunité est absolue en ce qui concerne l'O.N.U ses agences spécialisées et également pour les autres organisations internationales, après une reconnaissance du ministre des affaires étrangères (art. 9). Mais pour les fonctionnaires de ces organisations l'immunité est limtiée aux actes de la fonction (art. 92).

Toutefois, la loi en question n'a rien dit sur la Ligue des Etats Arabes, et même la Convention approuvée par le Conseil de la Ligue le 10 mai 1953 (71) sur l'immunité de la Ligue et de ses fonctionnaires n'a pas été ratifiée par la Libye. Mais nous croyons que l'immunité de la Ligue et de ses fonctionnaires ne doit pas être mise en doute.

Par contre la Convention élaborée par l'O.U.A. (Organisa-

---

(69) Cf. BATIFFOL et LAGARDE, op. cit. p. 386.

(70) v. à ce sujet André COCATRE-ZILGIEN, **Les Accords Franco-Lybiens**, A.F.D.I. 1966 p. 242 et s. spéc. p. 249 sur «le régime juridictionnel».

(71) v. EIZZ EL DIIN Abdalla, op. cit. p. 783-784.

tion de l'Unité Africaine) a été ratifiée par la loi n° 33-1968 (72), d'après cette convention l'O.U.A. jouit d'une immunité absolue (art. 2 de la convention), tandis que ses fonctionnaires jouissent d'une immunité limitée aux actes de la fonction (art. 5).

b) — **Le caractère de l'immunité** : Intéressant les rapports des Etats entre eux, les immunités diplomatiques ont en principe un caractère d'ordre public. D'où cette conséquence que l'incompétence des tribunaux à l'égard des bénéficiaires de l'immunité peut être soulevée d'office par le juge (73). Mais le fait que l'immunité est établie dans l'intérêt des bénéficiaires. a fait admettre que ceux-ci peuvent y renoncer. La renonciation peut émaner de l'intéressé lui-même ou de son gouvernement ou de l'organisme international selon le cas (art. 15 de la loi).

La possibilité de renonciation limite considérablement le droit du tribunal de soulever d'office son incompétence, car dès le moment où l'intéressé renonce formellement à l'immunité ou que son attitude fait présumer qu'il entend y renoncer, la compétence des tribunaux sera définitivement acquise.

Une fois que la compétence des tribunaux Libyens est acquise par l'existence d'un critère de rattachement et l'absence de toute dérogation, une autre question se pose, celle concernant la réalisation contentieuse du litige.

---

(72) J.O. 18 mai 1968.

(73) v. NIBOYET, **L'immunité de juridiction et incompétence d'attribution.** Revue critique 1950, p. 139, comp. BATIFFOL et LAGARDE, op. cit. p. 393.

DEUXIEME PARTIE

LA REALISATION CONTENTIEUSE DU LITIGE

Après avoir déterminé la compétence des tribunaux Libyens dans les litiges internationaux nous arrivons à la seconde étape, celle de la réalisation contentieuse du litige. Les modes de réalisation différent selon qu'il s'agisse d'un litige porté prématurément devant les tribunaux Libyens ou d'un litige porté devant un tribunal étranger qui l'a tranché par un jugement pour lequel on veut se prévaloir l'efficacité en Libye.

Donc il y a lieu de diviser la présente partie en deux chapitres :

CHAPITRE I — La réalisation contentieuse des litiges déférés aux tribunaux Libyens.

CHAPITRE II — L'efficacité vis-à-vis des tribunaux Libyens de la solution des litiges déférés aux tribunaux étrangers.

CHAPITRE I

LA REALISATION CONTENTIEUSE DES LITIGES DEFERES AUX TRIBUNAUX LIBYENS

Nous avons un litige qui, par hypothèse, comporte une partie étrangère. De là, une question se pose; les étrangers ont-ils le droit d'accès en justice ? Après quoi, le régime procédural de l'instance.

SECTION I

LE DROIT DES ETRANGERS D'ACCES EN JUSTICE

L'examen du droit d'accès en justice amène à se demander si d'abord on reconnaît ce droit aux étrangers et si, en second lieu, quant à son exercice ils sont assimilés aux nationaux.

A. — La reconnaissance aux étrangers du droit d'accès en justice.

Il faut tout d'abord, distinguer entre trois choses bien différentes :

1°/ — le droit d'accès en justice,

2°/ — La capacité d'ester en justice,

3°/ — l'incompétence dans les litiges entre étrangers.

Le droit d'accès en justice est la faculté donnée à quelqu'un de recourir aux tribunaux et ce n'est en réalité que la capacité de jouissance.

La capacité d'ester en justice est une condition pour la recevabilité de l'action en justice. Et c'est la capacité d'exercice par opposition de la capacité de jouissance.

Enfin l'incompétence dans les litiges entre étrangers. C'est le principe qui était admis par les tribunaux français.

Or, en matière de conflit des lois ; tandis que la capacité d'exercice est soumise à la loi personnelle, la capacité de jouissance d'un droit dépend de la loi du pays dont l'étranger prétend avoir le droit, autrement dit, c'est une question de condition des étrangers.

a) — **Le droit d'accès en justice et l'incompétence dans les litiges entre étrangers :**

Le principe a longtemps été que les tribunaux français étaient incompétents pour connaître d'un litige entre étrangers. On a beaucoup exagéré en prétendant, sous l'empire de la jurisprudence d'incompétence dans les litiges entre étrangrs, que les étrangers n'avaient pas le droit d'ester en justice. On posait mal le problème en le discutant du point de vue de la condition des étrangers.

En réalité, les tribunaux français se sont déclarés incompétents car il n'y avait pas des liens de rattachement (absence du domicile selon l'art. 13 c. civ. avant qu'il soit abrogé). D'autre part, les exceptions portant sur un principe étaient tellement nombreuses que sa valeur de principe est douteuse. La véritable position du problème était d'y voir une question de conflit des juridictions ; insuffisance des règles de compétnce (1) et si on a essayé de tirer un argument de la qualification du droit d'accès en justice comme un droit civil, c'était un argument inexact car «il serait inutile de reconnaître aux étrangers la jouissance des droits naturels, si on leur refuse le moyen de les faire valoir en justice» (2).

Il est vrai que le droit d'un étranger d'avoir accès devant la justice d'un pays déterminé est une question de condition des

---

(1) NIBOYET, Traité VI, n° 1793 et s.
(2) BATIFFOL et LAGARDE, op. cit. p. 375.

étrangers; une question de jouissance des droits soumise à la loi territoriale mais la pseudo-incompétence» comme l'appelle M. Niboyet n'a rien à voir avec la condition des étrangers.

b) — **Le droit d'accès en justice est un droit naturel :** Si on admet que le droit d'agir en justice est soumis à la loi territoriale, on admet, d'autre part que ce droit est au nombre des droits naturels dont les étrangers jouissent de plein droit sans qu'il soit prévu expressément par la loi.

Le principe en droit Libyen, à cet égard, est l'assimilation pure et simple des étrangers aux nationaux. En fait, aucun texte ne prévoit expressément le droit des étrangers de recourir aux tribunaux, mais certains textes peuvent néanmoins être invoqués en faveur du principe de l'assimilation.

En premier lieu. Il y avait l'art. 14 de la Constitution de 1951 qui n'est plus en vigueur (3) mais qui était la base des institutions juridiques du nouvel Etat Libyen. Cet article disposait: «chacun a le droit de recourir aux tribunaux dans les formes prescrites par loi». Dans ce texte on trouve le terme «chacun» sans distinction entre nationaux et étrangers, tandis que la législation utilise le terme «Les Libyens» quand il s'agit des droits politiques (par ex. l'art. 11). Ainsi, on peut admettre que le droit d'accès en justice, dans l'esprit de la constitution, est un droit naturel.

En second lieu, il y a des dispositions parmi certaines lois qui nous montrent bien la compétence des tribunaux Libyens dans les litiges entre étrangers.

1° — L'art. 3 du C. proc. civ. et com. qui vise les cas où l'étranger peut être assigné comme défendeur. Cet article n'exige aucune condition quant au demandeur. Il peut être étranger aussi bien que Libyen.

2° — L'art. 15 de la loi n° 29-1962, relative au système judiciaire,

---

(3) v. la traduction française de cette constitution A.A.N. 1963. p. 927; cette Constitution est remplacée par la déclaration constitutionnelle du 11 décembre 1969 (traduction en anglais de cette déclaration, A.A.N., 1969, p. 994) et l'art. 14 est devenu l'art. 30.

qui détermine la compétence des tribunaux Sharaïts. Cet article leur donne compétence en matière de statut personnel des étrangers (4).

3° — Enfin, le législateur octroie aux étrangers l'assistance judiciaire, dont nous parlerons plus loin ce qui implique qu'ils ont le droit d'accès aux tribunaux, à quoi leur servirait-il sinon de bénéficier de l'assistance ?

c) — **Le droit d'accès en justice et l'état de guerre :** Le droit d'accès en justice tel qu'il vient d'être établi peut-il être refusé aux étrangers en cas d'état de guerre ? La réponse nous amène à examiner la question en droit international public, en droit français, pour arriver enfin, au droit Libyen.

1° — **Quant au droit international public :** l'art. 234 du règlement de La Haye de 1899-1901 concernant «les lois et coutumes de la guerre sur terre», interdit aux belligérants « de déclarer éteints, suspendus ou non recevables en justice, les droits et actions des nationaux de la partie adverse». Et l'art. 80 de la Convention de Genève de 1949 sur la protection des personnes civiles garantit aux internés ennemis la pleine capacité civile (5). Il en résulte que les ressortissants des parties belligérantes conservent leur droit d'ester en justice malgré l'état de guerre.

2° — **Quant au droit français,** le problème s'est posé pendant la première guerre mondiale où le législateur promulguait un décret du 27 septembre 1914 et un autre du 1er novembre 1915, les deux décrets interdisent la conclusion ou l'exécution de tout acte ou contrat avec les sujets ou habitants de l'Allemagne, l'Autriche-Hongrie et de la Bulgarie. La jurisprudence, comme la doctrine furent divisées, sur la portée de la prohibition édictée par lesdits décrets.

1/ — La cour de Paris, par arrêt du 20 avril 1916, a jugé que

---

(4) A condition que le droit musulman soit applicable d'après les règles de rattachement prévues dans le Code civil. v. supra p. 3.
(5)) Ency. DALLOZ, de Dr. intern. II, Guerre, n° 83.

le droit d'ester en justice est au nombre des droits naturels dont l'étranger jouit en France, en dehors de toute disposition expresse de la loi et de toute convention internationale et que, un étranger ennemi peut ester en justice dans les formes imposées aux nationaux, en donnant à un avoué mandat de la représenter ; ce mandat ne rentre pas dans la catégorie des contrats prohibés.

2/ — Au contraire, le tribunal civil de la Seine (ordonn. de référé du 18 mai 1916) a jugé que la prohibition est générale et absolue et vise tous les actes et les contrats qui constituent de la part d'un sujet ennemi une manifestation quelconque de son existence et son activité juridique et s'il est assigné personnellement, il doit être mis hors de cause (6).

L'ordonnance de référé rejette la Convention de La Haye précitée parce qu'elle «ne peut prévaloir contre une loi postérieure qui en modifie les dispositions et dont le respect s'impose rigoureusement dès sa mise en vigueur». D'autre part, il fait appel à la notion du «contrat judiciaire» pour faire tomber le droit d'ester en justice sous la prohibition «ester en justice, c'est former un contrat judiciaire» (7).

Il est clair que la jurisprudence se trouvait en présence de textes qui ne visaient pas expressément le droit d'ester. L'un les a interprétés restrictivement, et l'autre extensivement. Or, des textes posant des restrictions aux principes du droit commun, ne devraient être interprétés que restrictivement. Par conséquent, le droit d'ester en justice reste acquis aux étrangers ennemis, tant qu'il n'y a pas de textes expresses qui les privent de ce droit (8).

---

(6) Ces deux décisions ont été publiées au D.P. 1916-2-105 note A. MERIGNHAC, au S. 1920-2-17 note PILLET dans ces deux notes sont indiqués d'autres arrêts dans les deux sens.

(7) Critique de cette notion, note PILLET, précitée.

(8) note de M. MERIGNHAC, précitée où il dit : « .... il semble donc qu'au point de vue du droit interne l'action en justice constitue pour l'étranger en temps de paix comme en temps de guerre, une faculté ne pouvant disparaître qu'en vertu d'une disposition législative formelle. Et cette manière de voir est absolument conforme aux règles du droit public international».

3° — **Quant au droit Libyen :** La question peut se poser à propos de l'état de guerre entre la Libye et les pays arabes d'une part, et l'Etat d'Israël de l'autre. Il semble d'ailleurs que la question reste purement théorique étant donné que la possibilité pour les ressortissants des deux côtés de séjourner les uns chez les autres, n'existe pas; des moyens de communication non plus. On remarquera en outre qu'entre les pays arabes et Israël, il n'existe pas un état de guerre au sens classique.

Il faut noter, aussi, que l'état de guerre n'a été déclaré de la part de la Libye que le 5 juin 1967, mais sur le plan pratique, cet état a été admis de facto.

Des mesures législatives ont été prises à ce propos, mais ce sont des mesures soit d'ordre économique et commercial (la loi n° 62-1953 sur le boycottage d'Israël) (9), soit d'ordre réglementaire, comme le réglement de 1954 sur l'immigration qui prive les personnes qui visitent Israël du droit d'entrer en Libye (art. 4, par. 2 du réglement) sauf certaines exceptions.

Mais, par contre, il n'existait aucune disposition relative au droit d'ester en justice, et il fallait attendre 1961 pour qu'un texte intervienne sur ce point.

La Cour Suprême Libyenne avait l'occasion de rendre un arrêt sur le sujet, mais il n'était pas net. Elle a déclaré recevable l'action intentée par un israélite qui immigrait vers Israël après avoir laissé un mandat à son fils pour poursuivre l'action. Dans l'espèce, la défenderesse avait plaidé l'irrecevabilité de l'action en invoquant l'état de guerre et le règlement de 1954 susmentionné. Selon la défenderesse, le demandeur devenu ennmi ne pouvait assigner un citoyen Libyen devant les tribunaux Libyens. La Cour avait rejeté cette thèse sans rien dire sur l'état de guerre par deux motifs :

1/ — Le mandat du demandeur à son fils est antérieur au réglement.

---

(9) J.O. 20 mai 1957.

2/ — De même, le réglement ne peut être invoqué pour empêcher un israélien résident en Israël d'assigner un citoyen arabe devant les tribunaux des pays arabes, car il n'a pour but que de régler les conditions d'obtention d'un visa d'entrée en Libye (10).

Postérieurement à cet arrêt, la loi n° 6-1961 (11), relative au séquestre des biens de certains Israéliens, dispose dans son article premier : «sont mis sous séquestre les biens et les avoirs qui se trouvent en Libye et qui appartiennent aux établissements où aux personnes soit résidant en Israël, soit de nationalité israélienne, soit travaillant pour le compte d'Israël. Et dans son art. 4, elle déclare que, les établissements ou les personnes visés dans l'art. 1er, ne peuvent intenter une action quelle qu'elle soit, civile ou commerciale devant n'importe quelle juridiction en Libye, ou de poursuivre une action pendante devant ces juridictions.

Il es clair que cet article prévoit expressément la privation du droit d'ester en justice pour les catégories prévues par l'article 1er. Il en résulte la création d'une incapacité fondée sur des raisons politiques, par conséquent, il n'appartient pas aux tribunaux d'apprécier cette incapacité car cela échappe à leur compétence et entre dans le pouvoir discrétionnaire du gouvernement, ou du législateur (12).

A cet égard, les conventions de La Haye ne peuvent être invoguées car le principe en droit international est que les traités n'ont pas la force obligatoire sur le plan interne qu'après leur ratification et la Libye n'a pas encore ratifié ces conventions.

En conclusion, le droit d'accès en justice est un droit naturel. Il reste acquis aux étrangers sauf une disposition contraire. Mais, il sera inutile de reconnaître aux étrangers ce droit si, quant à son exercice, ils ne sont pas assimilés aux nationaux.

B. — **L'exercice du droit d'accès en justice.**

Il ne suffit pas d'accorder aux étrangers le droit d'accès en

---

(10) L'affaire n° 7-3ème année judiciaire. **Recueil de la jurisprudence de la Cour Suprême.** I, 2ème éd. 1967, p. 132.

(11) J.O., 1er avril 1961.

(12) Comp. NIBOYET, VI, p. 398.

justice mais il faut, d'une part que l'exercice de ce droit ne soit pas soumis à des conditions spéciales (caution judicatum solvi) et d'autre part, qu'on mette à leur disposition les moyens nécessaires pour l'exercer.

a) — **La caution judicatum solvi** : Si certaines législations donnent au défendeur la faculté de réclamer caution au demandeur étranger, comme c'est le cas du droit français (13), il n'en est rien en droit Libyen.

b) — **L'assistance judiciaire** : C'est un bénéfice accordé aux indigents et qui leur permet d'obtenir une remise provisoire ou même définitive des frais de justice et généralement de tous ceux qu'entraîne le procès.

L'assistance judiciaire apparaît pour les étrangers comme une condition même du droit qui leur appartient d'avoir accès à la justice, c'est pourquoi on admet généralement aujourd'hui en France que la qualité d'étranger ne fait pas obstacle à l'octroi de l'assistance judiciaire (14).

Les textes relatifs à l'assistance judiciaire en droit Libyen, ont toujours été une partie intégrante des lois de l'organisation judiciaire. Dès le premier réglement du système judiciaire (décret 28 nov. 1953), jusqu'à la loi n° 29-1962, actuellement en vigueur, les textes réglant l'assistance restent les mêmes. A la lumière de la dernière loi, nous verrons les principes qui gouvernent l'assistance.

1° — **L'octroi de l'assistance** : d'après l'art. 112 l'assistance peut être accordée aux indigents, demandeurs ou défendeurs ainsi qu'aux personnes morales ayant pour but une œuvre pieuse ou l'éduction des indigents, quelle que soit l'action. Les conditions de

(13) J. cl. de Dr. inter. fasc. 589 A. Pour le droit italien, l'art. 9 du Code de pro. civ. de 1942 prévoyait la faculté pour le juge d'imposer une caution au demandeur à la requête du défendeur, sans aucune discrimination faite quant à la nationalité de l'une ou l'autre des parties en cause, mais la Cour constitutionnelle a prononcé l'illégalité de cet article. *v.* Chr. jur. it. par Ernest BARDA, Clunet 1966, p. 680.

(14) SOLUS-PERROT, Dr. jud. privé, I. p. 963.

l'octroi de l'assistance sont indiquées dans l'art. 113. Elles sont au nombre de deux.

1/ — **L'état d'indigence** ; ici le législateur n'a pas voulu lesser cette notion à la diversité des interprétations en indiquant que l'état d'indigence ne signifie pas la pauvreté complète, mais il suffit que le demandeur (le demandeur de l'assistance) soit dans un état où il ne peut supporter les frais du procès (al. 2 de l'art. 113). En plus, le législateur prévu les moyens de preuve de l'état d'indigence (al. 3).

L'état d'indigence est considéré comme prouvé : pour les Libyens par un certificat de l'autorité administrative locale, et pour les étrangers par un certificat de leur consulat. Ainsi, nous voyons que les étrangers bénéficient de l'assistance judiciaire sur un pied d'égalité avec les nationaux.

2/ — **L'éventualité de gagner le procès**

Cette condition est éxigée pour empêcher l'exercice abusif des actions et pour donner aux juges chargés de l'examen de la demande de l'assistance le moyen de contrôler, si l'action dont on demande l'assistance est sérieuse ou non.

Mais qui va apprécier cette éventualité ? C'est bien le juge saisi pour les tribunaux d'instance et de grande instance, et un juge parmi les juges de la Cour d'appel en ce qui concerne les actions en appel (art. 114).

2° — **Effets de l'octroi de l'assistance** : ses effets sont énumérés dans l'art. 117, selon lequel l'assistance produit les effets suivants :

1° — Le bénéfice de la défense gratuite dans le procès.

2° — L'assisté ne paye pas les frais de justice.

3° — Le Trésor paye les frais de transport des juges, des officiers ministériels, des avocats et des témoins.

4° — La gratuité de la publication dans le cas où la publication est exigée par la loi.

Il faut noter, enfin, que l'assistance fonctionne aussi devant la Cour Suprême dans les mêmes conditions que celles qui viennent d'être exposés, car l'art. 42 du réglement intérieur de la Cour renvoie aux dispositions de la loi n° 29-1962.

Une fois que le problème du droit d'accès en justice est résolu, nous nous retrouverons en face d'une autre question; quelle procédure faut-il suivre ?

SECTION II

LE REGIME PROCEDURAL DE L'INSTANCE

L'instance comportant un élément étranger est-elle soumise à la procédure applicable à l'instance nationale dans tous ses éléments ? La doctrine du Droit International privé nous répond par l'affirmative, et le Code Civil Libyen affirme lui aussi ce principe (Art. 22).

Donc, les procédures sont soumises à la compétence de la loi du for; mais la distinction entre ce qui est procédural et ce qui touche le fond ou la personne du demandeur n'est pas toujours facile à effectuer. Ainsi, il faut délimiter le domaine de la loi du for par rapport aux autres lois.

D'autre part, la compétence de la loi du for ne signifie pas l'application pure et simple du régime procédural du droit interne. L'existence même d'un élément d'extranéité exige certaines procédures propres aux rapports internationaux.

A. — Le domaine de la loi du for

Nous examinerons le domaine de la loi du for sur deux points: la recevabilité de l'action en justice et la preuve.

1/ — De la recevabilité de l'action

Les processuslistes nous disent que pour la recevabilité de l'action en justice certaines conditions sont requises. Ils distinguent entre deux groupes de conditions: (15), le premier porte

(15) SALUS-PERROT, op. cit., p. 197.

sur les formalités et les délais et le deuxième concerne: l'intérêt, la qualité et la capacité (16).

Il n'est pas douteux que les formalités sont soumises à la compétence de la loi du for, mais la question de la capacité, la qualité, l'intérêt et les délais nécessite une discussion.

a) — **La capacité :** la capacité d'ester en justice n'est pas une question de procédure. Elle s'attache à la personne du demandeur. Par conséquent, elle est soumise à la loi personnelle, c'est-à-dire, la loi nationale du demandeur (Art. II, al. 1, c. civ. Liby.). S'agissant d'une personne morale, la capacité dépend de la loi qui gouverne son régime juridique (17) et c'est la loi du pays où la personne morale a établi son siège administratif (Art. II, al. 2, c. civ. Liby.) et ce n'est pas forcément la loi de la nationalité de la personne morale.

b) — **La qualité :** Si la qualité est «le pouvoir en vertu duquel une personne exerce l'action en justice» (18), elle ne s'apprécie que d'après la loi régissant le fond (19).

La représentation aussi se situe en dehors du domaine de la loi procédurale. Pour la représentation légale des mineurs ou des incapables, il faut appliquer la loi gouvernant leur protection, c'est-à-dire, la loi nationale (Art. 16, c civ. Liby.). Il en est ainsi en ce qui concerne la représentation des personnes morales pour lesquelles il faut consulter la loi régissant leur régime juridique pour savoir qui a la qualité de représentant.

Mais en ce qui concerne la représentation conventionnelle, si en principe, les parties en cause sont libres de choisir un représentant ou de plaider en personne, en droit Libyen il y a des li-

---

(16) Certains auteurs ajoutent «la contestation» v. ABD EL KHALIK Amar, **La notion d'irrecevabilité en Dr. jur. priv.**, L. GD. J. 1967, p. 101 et suiv. et son ouvrage en D.I. p. Liby, précité pp. 201-2, d'après lui «la contestation s'apprécie selon la loi du for. Sur l'ensemble du sujet v. F. TERRE', **Le conflit des lois en matière d'action en justice**, travaux du Com. fr. Dr. inter. privé, 1964-1966, pp. 111 et suiv.

(17) EIZZ EL DIN Abdalla, op. cit. p. 796.

(18) SALUS-PERROT, op. cit. p. 243.

(19) BATIFFOL et LAGARDE, op. cit. p. 401.

mites sur ce principe ou plus exactement une obligation.

D'après l'Art. 26 c. proc. civ. les justiciables doivent plaider par l'intermédiaire d'un avocat (20). Cette obligation s'applique à toutes les actions introduites devant les tribunaux Libyens.

c) — **L'intérêt** : l'appréciation de l'intérêt du demandeur d'intenter une action touche le principe de «la bonne administration de la justice», par conséquent l'intérêt est régi par la loi du for; celle-ci, nous dira s'il suffit d'un intérêt éventuel ou bien, au contraire, s'il faut que l'intérêt soit né et actuel (21).

d) — **Les délais:** l'exercice des actions est limité dans un certain délai variable selon les cas; mais tout d'abord, il faut distinguer entre trois catégories de délais ; les délais de procédure, les délais de prescription et les délais préfix ou de forclusion (22).

Pour les délais de procédures (par ex. délais de recours ou d'ajournement) ils sont très importants pour l'accélération de l'instance ou la protection des droits de la défense (23) ici, l'application de la loi du for ne soulève pas de problèmes.

Mais en ce qui concerne les délais de prescription et de forclusion ou «les délais initieux» (24), ils tiennent à la matière envisagée (25) et cela justifie la soumission de ces délais à la loi du fond: ainsi, la loi du lieu délit en ce qui concerne la prescrip-

---

(20) D'après cet article il faut faire une distinction :
1°/ — Devant le tribunal d'instance, cette règle est facultative pour les justiciables sauf si le juge exige un avocat.
2°/ — Devant la Cour d'appel elle est obligatoire sauf pour les actions relatives au statut personnel.
3°/ — Devant la Cour Suprême, elle est obligatoire dans tous les cas.
Mais ledit article ne dit rien à propos du Tribunal de grande instance. Nous croyons qu'il est assimilé au Tribunal d'instance.

(21) En ce sens EIZZ EL DIN Abdalla, op. cit. p. 798, OMAR, op. cit p. 203. Au sens contraire v. BATTIFAL et LAGARDE, op. cit. p. 402, pour la loi du for en ce qui concerne les actions déclaratoires v. F. TERRE, op. cit. pp. 123, 124.

(22) Sur cette distinction v. SALUS-PERROT, op. cit. pp. 394-395.

(23) v. Jean VINCENT, **Procédure Civile**, 14e éd. 1970, p. 429.

(24) F. TERRE', op. cit. p. 125.

(25) BATIFFOL et LAGARDE, op. cit. p. 403.

tion de l'action en responsabilité délictuelle (26) ou la loi applicable au contrat, en ce qui concerne la prescription extinctive de la créance née du contrat (27) ou, enfin, la loi personnelle pour la prescription de l'action en nullité du contrat de mariage (28).

II/ — De la preuve

La preuve pose plusieurs problèmes : la charge, l'objet, l'admissibilité, l'administration et enfin la force probante. Parmi ces problèmes, certains sont résolus (la charge, l'objet et l'administration). mais les autres restent controversés.

a) — Les questions résolues :

1' — La loi du fond va régir la charge et l'objet de la preuve, parce que «leur réglementation revient à un aménagement du droit lui-même» (29).

Ainsi, dans les procès relatifs à la propriété immobilière, le rôle de la possession, permettant au possesseur de bénéficier, en cas de doute, d'une décision favorable dépend de la loi de la situation de l'immeuble qui régit la propriété immobilière (30).

2' — Par contre, c'est la loi du for qui va régir l'administration de la preuve, comme les formes de production des diverses sortes d'écrits, les formes de la prestation de serment, le procédure de l'enquête (31).

b) — Les questions controversées :

1' — L'admissibilité des modes de preuve pose un problème de choix difficile entre la loi du for, la loi du fond et la règle «locus

---

(26) Paris 1er Juillet 1959, Trib. Grande Instance de la Seine, 5 Mars 1960. R. critique 1960, p. 192, note Pierre BOUREL.

(27) Cass. Civ. 25 Juin 1957, R. Critique 1957, p. 680, note BATTIFOL.

(28) Cass. Civ. 15 Mai 1963. R. Critique 1964, note Paul LAGARDE.

(29) BATIFFOL et LAGARDE, op. cit. p. 406.

(30) LEREBOURS-PIGEONNIERE et LOUSSOUARN, Dr. Inter. Priv., 9e édit., p. 572.

(31) Ibid., pp. 574, 575. BATIFFOL et LAGARDE, op. cit. p. 410, EIZZ EL DIN Abdalla, op. cit. p. 809.

regit actum». A cet égard, nous ne trouvons pas une solution unique, mais des solutions conciliatrices. Si on se prononce en faveur de l'application pure et simple de la loi du for, en va sacrifier les intérêts de la règle «locus regit actum» ou porter préjudice à la loi applicable au fond dans certains cas. Pourtant la règle «locus regit actum» n'est valable que pour la preuve écrite.

Le droit positif français paraît actuellement bien fixé dans le sens suivant : l'admissibilité des modes de preuve est régie en principe par la loi du for (32) mais ce principe comporte trois restrictions :

— les présomptions légales sont soumises à la loi du fond car elles déplacent la charge de la preuve (33).

— les modes de preuve des actes juridiques sont soumis à la règle «locus regit actum» et c'est une solution classique affirmée par la Cour de Cassation française à plusieurs reprises (34).

— il faut aussi appliquer la loi régissant le fond pour l'admissibilité des modes de preuve dans certaines institutions où la preuve est en rapport étroit avec le fond; par exemple : la preuve de la filiation légale (35) ou l'aveu en matière de divorce (36).

M. Battifol a eu le mérite de mettre en relief une idée très importante en ce qui concerne l'admissibilité des modes de preuve : «la conviction du juge est un phénomène psychologique, indépendant du lieu, d'origine de l'acte litigieux (37). Cette idée peut intervenir même quand il s'agit d'un acte juridique soumis à la règle «locus regit actum». On peut citer en exemple une coutume bien établie en Libye, antérieure à la colonisation italienne et

---

(32) Encycl. DALLOZ, Dr. Inter. II preuve par MATULSKY, n° 36, en ce sens QUADRI, **Commentaire sous cassation Egyptien**, R. Egyptienne Dr. Inter. 1953, p. 234, EIZZ EL DIN Abdalla, op. cit. pp. 804-805.
(33) LEEBOURS-PIGEONNIERE et LOUSSOUARN, op. cit. p. 572.
EIZZ EL DIN Abdalla, Lec. cit.
(34) BATIFFOL et LAGARDE, op. cit. pp. 406, 407 et note 6 bis.
(35) QUADRI, loc. cit.
(36) BATIFFOL et LAGARDE, op. cit. p. 407.
(37) Ibid.

d'ailleurs respectée par la législation italienne ; d'après cette coutume les contractants ne signent pas l'acte, mais considèrent suffisante la signature des témoins. Les choses se passent de la manière suivante : les témoins déclarent dans l'acte en question, que MM. X et Y ont contracté sur telle ou telle chose et ils signent. La Cour Suprême Libyenne a été saisie à propos de la validité de ces actes. Par un arrêt du 29 Mai 1957 (38) elle s'est prononcée pour leur validité dans la mesure où ils ont été faits sous l'empire de ladite coutume (c'est-à-dire avant l'entrée en vigueur du code civil Lybien en 1954).

«Attendu, dit cette décision, que la règle générale de la preuve écrite dans la législation moderne est que l'acte sous-seing privé tient sa force de la preuve de la signature de l'intéressé, mais attendu que la coutume dans ce pays était que les témoins rédigent et signent les actes et les contrats au lieu des parties, qu'il faut donc que les parties puissent invoquer ces actes comme modes de preuves lorsqu'ils ont passés sous l'empire de ladite coutume. . . .». Par un autre arrêt du 8 Décembre 1970 (39), la Cour a considéré que cette coutume a été abrogée dès l'application du Code civil italien en Libye en 1913 (40) : ce dernier arrêt est critiquable car l'article 69 du règlement de 1913 qui a énuméré les codes à appliquer en Libye dit à la fin «. . . . per quanto è consentito delle condizioni locali. . . .» c'est-à-dire, dans la mesure où ces codes s'adaptent à la condition locale (41).

Mais s'il en est ainsi en droit interne, on peut se demander sur le plan international quelle sera la décision d'un tribunal étrager quant à la validité d'un tel acte réalisé en fonction de cette coutume ?

Si on tient compte de la formule de la Cour de cassation

---

(38) L'affaire nº 16 — 2ème année judiciaire — Récue, jurisp. Cour sup. (jurisp. civile I, p. 285).

(39) L'affaire nº 49, 16ème année judiciaire. Revue de la Cour supréme, Janvier 1971, p. 83.

(40) L'application des codes italiens en Libye était en vertu de l'art. 69 de: **Ordinamento giudiziario e disposizioni relative alle leggi da applicarsi nella Tripolitania e nella Cirenaica.**

(41) Sur ce sujet v. commentaire de M.M. ABD EL GAWAD. **Les coutumes et usages Libyennes dans la législation italienne** p. 34 et s.

française : «le mode de preuve des actes, comme leurs formes extérieures sont essentiellement réglées par les lois, usages et coutumes du pays où ils sont passés», l'admissibilité de ces actes par le juge français n'est pas douteuse.

Cependant nous doutons que de tels actes soient validés par le juge français; nous en doutons en raison d'une intervention possible de l'ordre public (42) et surtout à cause de l'idée que «la vocation normale des modes de preuve est det endre à la conviction du juge.»

2° — **La force probante** : une distinction doit être faite entre les modes de preuve écrits et les modes non écrits; pour les premiers, la loi qui régit leur forme est compétente pour déterminer leur force probante (43) car les preuves préconstituées ont une force probante internationale que la loi du for ne peut méconnaître (44). En revanche la loi du for reprend son empire en ce qui concerne la force probante des modes non écrits (45). Mais ceux qui rendent la loi du fond compétente pour l'admissibilié des présomptions légales feront dépendre la force probante de ces dernières de la loi du fond. Ainsi, la loi du fond déterminera si la présomption est absolue ou simple (46).

Le domaine de la loi du for une fois déterminé, il reste à préciser les procédures propres aux procès comportant un élément étranger.

B. — **Les procédures propres aux rapports internationaux**

Le procès comprenant un élément international implique quelque fois une série d'actes de procédure qui doivent s'effectuer à l'étranger. L'objet essentiel de ces procédures consiste dans: la transmission des actes judiciaires à l'étranger et la commission rogatoire.

---

(42) Comp. Ency. Dalloz, Loc. cit. n° 57.
(43) BATIFFOL et LAGARDE, op. cit. p. 409. Ency. Dall. loc. cit. n° 63.
(44) LEREBOURS-PIGEONNIERE et LOUSSOUARN, op. cit. p. 676.
(45) En ce sens Ency. Dall. loc. cit. n° 66, BATIFFOL et LAGARDE, loc. cit.
(46) EIZZ EL DIN Abdalla, op. cit. p. 808.

1 — **La transmission des actes judiciaires à l'étranger** (47).

a) — **Le droit commun:** l'article 14-12°-13° du Code proc. civ. Libyen prévoit seulement la signification de l'exploit d'ajournement aux personnes résidant à l'étranger, mais on peut l'appliquer à propos des autres actes judiciaires.

Selon cet article, il faut distinguer entre deux hypothèses:

1° — Les personnes qui ont un domicile connu à l'étranger ; la signification est remise par l'huissier au ministère public pour être transmise par la voie diplomatique (art. 14-12°).

2° — Les personnes qui n'ont pas un domicile connu à l'étranger; la signification au ministère public est valable, mais il faut indiquer le dernier domicile connu de l'intéressé soit en Libye soit à l'étranger (art. 14-13°).

Cette réglementation est applicable si la signification n'a pas été remise à l'intéressé personnellement lors d'un passage en Libye; cela découle de l'Art. 18, c. proc. civ. qui prévoit les délais de distance pour les personnes résidant à l'étranger.

Ce système de signification ressemble au système français avant la modification portée par le décret 65-1006 du 26 Novembre 1965 (48). D'après ce système, la remise des actes s'effectuera de deux manières : soit par les consuls Libyens à l'étranger, soit par l'autorité étrangère. Dans les deux cas ce système n'est pas efficace car les consuls n'ont aucun moyen de contrainte contre le destinataire et l'autorité étrangère n'est pas obligée de remettre l'acte en l'absence d'un traité, mais elle le fait à son gré et à titre de courtoisie (48).

Tout au moins le code de procédure augmente les délais de

---

(47) F. RIGAUX, **La signification des actes judiciaires à l'étranger**, Revue critique: 1963, p. 477.

(48) Sur ce décret Jacques NORMAND, **Le délivrance des actes à l'étranger et les délais de distance dans le décret n° 65-1006 du 26 Novembre 1965.** Revue critique 1966, p. 387. comp. avec le système italien. F. RIGAUX, op. cit. p. 451

(49) En ce sens Ch. GAVALDA, **La coopération internationale en matière de procédure civile,** Etudes du Droit contemporain, (Nouvelle Série) 1962, p. 331.

la signification aux personnes résidant à l'étranger, mais il nous propose des délais arbitraires ne reposant pas sur des données pratiques. Selon l'art. 18 du c. proc. les délais augmentés à cause de la distance sont les suivants :

— 30 jours pour les pays méditerranéens,
— 60 jours pour les pays européens,
— 150 jours pour les autres pays.

Néanmoins, le législateur donne au juge des référés la faculté d'abréger ces délais au fur et à mesure que la communication deviendra plus facile ou dans le cas d'urgence, mais la faculté d'augmenter ces délais n'existe pas.

Quand on compare les délais de l'art. 18 ci-dessus avec ce qui se passe en pratique, on trouvera que ces délais sont artificiels. Par exemple, la remise d'un acte de la France exige : 3 à 6 mois pour l'Espagne, 3 à 6 mois pour les U.S.A. (50). Ainsi, «la facilité de communication» souhaitée par l'art. 18, est fort éloignée de la réalité des choses. Le souci du législateur consiste à sauvegarder les intérêts du demandeur qui, de toute façon, ne doit pas souffrir des irrégularités ou retard de communication, sur lesquels il n'a aucun pouvoir de contrôle (51) mais cela porte atteinte au droit propre de la défense.

Avec toutes ces considérations et à cause d'elles la conciliation entre les intérêts contradictoires des parties en cause devient difficile et la coopération internationale en la matière sera nécessaire.

b) — Les conventions : Malheureusement le droit conventionnel ne fait pas une partie importante dans le régime juridique Libyen. Il y a seulement deux conventions judiciaires relatives à la transmission des actes judiciaires et à l'exécution des commissions rogatoires et à l'exéquatur des jugements. La première a été conclue avec la Tunisie (convention du 14 Juin 1961) (52) et

---

(50) J. clas. Dr. inter. Fasc. 583, par PICARD, nº 65 et s.
(51) Ch. GAVALDA, op. cit. pp. 331-332.
(52) J.O. Liby. 6 Septembre 1963,. Texte français V.A.A.N. 1966, p. 745,

la deuxième avec le Maroc (le 27 Décembre 1962) (53). Les deux conventions sont analogues (54). Elles adoptent pour la transmission des actes judiciaires la voie diplomatique, c'est-à-dire qu'il n'y a pas de transmission directe entre les autorités considérées (art. 3). La remise des actes s'effectuera selon les deux règles suivantes :

1° — Le bordereau de transmission devra contenir les indications concernant l'objet de la remise et les deux parties en cause et notamment celles relatives au destinataire; l'acte à transmettre sera établi en deux exemplaires dont l'un sera remis au destinataire et l'autre retourné dûment revêtu de la signature de l'intéressé ou d'une mention constatant soit la remise, soit le refus du destinataire (art. 3-a).

2° — L'agent chargé de la remise indiquera sur l'exemplaire à retourner le mode de la remise de l'acte conformément à ses propres lois. (art. 3-b).

Et la remise faite selon les deux règles ci-dessus sera considérée comme si elle avait été effectuée sur le territoire de l'Etat requérant (art. 5).

Ainsi, malgré que le système établi par les conventions ne diffère pas du système du droit commun, l'existence d'une convention assure la diligence de l'autorité étrangère.

Si la signification des actes à l'étranger n'a pas beaucoup d'incidence sur la marche de l'instance parce que le défendeur en tout état de cause sera assigné par défaut à l'expiration des délais prévus par la loi, il en est autrement pour les mesures d'instruction qui doivent se dérouler à l'étranger car ces mesures sont quelquefois très nécessaires pour la marche de l'instance.

II — La Commission rogatoire

Le Tribunal saisi d'une cause comportant un élément étranger a besoin quelquefois d'ordonner des mesures d'instruction qui devront se dérouler à l'étranger. Selon un usage ancien, la pra-

---

(53) Ibid., 7 Septembre 1963. Texte français V.A.A.N. 1963, p. 958.
(54) Nous citerons seulement le numéro de l'article sans référence à la convention.

tique internationale admet que le Tribunal saisi délégue un juge étranger pour assurer ces mesures (55), c'est ce qui fait l'objet de la commission rogatoire.

a) — **Le droit commun** : au terme de l'art. 152 c. proc. civ. Liby., les décisions des tribunaux Libyens concernant la délégation des autorités étrangères pour une mesure d'instruction se transmettent par la voie diplomatique. En général l'exécution de la commission rogatoire n'est pas obligatoire pour l'autorité requise et si elle accepte l'exécution elle sera faite selon ses propres lois.

D'autre part, le résultat de la commission sera apprécié librement par l'autorité requérante qui peut toujours faire abstraction de ce résultat.

Cette faculté attribuée au juge en droit interne pour les procédures qu'il a lui-même diligentées (art. 151 c. proc. Liby.) se conçoit à fortiori pour les procédures exécutées loin de lui.

b) — **Les conventions** : les deux conventions déjà citées avec la Tunisie et le Maroc, adoptent comme mode de transmission la voie diplomatique (art. 7).

L'exécution de la commission rogatoire selon les deux conventions est réglée de la manière suivante :

1° — L'autorité requise exécutera la commission selon ses propres règles de procédure. Mais il est aussi possible de l'exécuter selon une procédure spéciale si l'état requérant le désire et dans la mesure où cette procédure n'est pas contraire à la législation de l'Etat requis (art. 7 - a).

2° — L'Etat requis a le droit de refuser l'exécution, lorsqu'elle est de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité ou à l'ordre public (art. 7 - c).

Ainsi, nous constatons les mérites de la coopération internationale en maière de procédure, mais, elle a aussi une grande importance quand il s'agit de l'efficacité des jugements étrangers.

---

(55) Ch. GAVALDA, op. cit. p. 336, aussi son article **Les commissions rogatoire internationales en matières** cvile et **commerciale**, R. critique 1964, p. 15 et s.

CHAPITRE II

L'EFFICACITE VIS-A-VIS DES TRIBUNAUX LIBYENS DE LA SOLUTION DES LITIGES DEFERES AUX TRIBUNAUX ETRANGERS

L'hypothèse, ici, considérée est que le litige avait été porté devant un tribunal étranger qui l'a tranché par un jugement dont on veut se prévaloir l'efficacité en Libye. La question est alors de savoir comment on peut réaliser cette efficacité en Libye ?

A cette question il y a trois réponses possibles:

1°/ — ou bien on refuse tout effet ou jugement étranger : dès lors le demandeur sera obligé d'intenter une nouvelle action en Libye et il produira le jugement étranger en tant que mode de preuve dont la force probante dépend de la loi du juge saisi.

2°/ — ou bien, on reconnaît au jugement étranger tous ses effets en tant que jugement sans aucune formalité; il y a assimilation pure et simple des jugements étrangers aux jugements nationaux, ce qui constitue le système le plus avantageux pour le demandeur.

3°/ — ou enfin, il faut «nationaliser» — si on ose dire — le jugement étranger au moyen de la procédure de l'«exequatur».

La première solution est d'une sévérité injustifiable, et la deuxième est une utopie dans l'état actuel du droit international où le principe de la territorialité de la souveraineté domine.

La troisième solution qui représente une position intermédiaire est le système adopté par la plupart des pays y compris la Libye.

Néanmoins la diversité des régimes de l'exequatur d'un Etat à l'autre fait apparaître que dans bien des cas il y a des obstacles à l'exécution des jugements étrangers. C'est précisément pour atténuer l'importance de ces obstacles et simplifier le régime de l'exequatur que la Libye, comme la plupart des Etats a passé des conventions judiciaires avec certains pays. C'est donc non seulement le droit commun conventionnel qu'il convient d'analyser.

SECTION I

L'EXEQUATUR D'APRES LE DROIT COMMUN

Contrairement au laconisme existant en droit français relativement à l'exécution des jugements étrangers, à laquelle les articles 546 du Code de procédure et 2123 al. final du Code civil font une allusion très insuffisante (56), la matière est assez réglementée en droit Libyen, à la lumière des principes modernes posés par le droit international privé.

Les textes fondamentaux sont les articles 405 à 411 du Code de procédure civile Libyen qui réglementent les conditions d'octroi de l'exequatur, mais ne précisent guère quel est son champ d'application.

A. — Le champ de l'exequatur

Le législateur Libyen soumet à l'exequatur, presque dans les mêmes conditions, les jugements proprement dits, les ordonnances; c'est-à-dire les actes de juridiction gracieuse, les sentences arbitrales étrangères et enfin les actes publics (art. 405, 408, 410).

Mais, à propos de la délimitation du champ de l'exequatur deux questions se posent : que faut-il entendre par jugement étranger ? d'autre part, quelle catégorie de jugements étrangers est susceptible d'exequatur ?

a) — **La notion de jugement éranger** : est qualifié comme étranger, le jugement rendu «au nom d'une souveraineté étran-

---

(56) v. NIBOYET, VI, vol. II, pp. 1, 2.

gère» (57). Il en résulte que les jugements prononcés à l'étranger au nom de la souveraineté Libyenne ne sont pas des jugements étrangers. En revanche les jugements prononcés en Libye au nom d'une souveraineté étrangère sont étrangers et ne peuvent avoir la force exécutoire qu'après l'exequatur. A ce propos les jugements rendus par une juridiction internationale soulèvent des problèmes particuliers (58).

On peut citer en exemple de juridiction internationale, en ce qui concerne la Libye, le tribunal de l'O.N.U. en Libye, à l'époque où il existait. Ce tribunal a été établi par la résolution 338 (V) de l'Assemblée générale de l'O.N.U. le 15 décembre 1950 « dispositions économiques et financières relatives à la Libye» (59).

Selon l'article X n° 3 de cette résolution les décisions de ce tribunal sont «sans appel et obligatoires». Nous croyons que les sentences de ce tribunal n'avaient pas besoin de l'exequatur (60) Ce critère de la distinction entre le jugement étranger et le jugement Libyen, est facile à appliquer à propos des ordonnances et actes publics qui sont rendues ou sont faits conformément aux lois d'un Etat étranger, mais il soulève des difficultés quand il s'agit des sentences arbitrales.

Certains auteurs considèrent comme étant « étrangères les sentences «rendues en vertu de la volonté des parties selon une procédure étrangère» (61), mais le Code de procédure Libyen adopte un autre critère qui est celui du lieu où la sentence a été rendue selon l'art. 761 al. 1 la sentence arbitrale doit être rendue dans le territoire Libyen sinon elle sera soumise aux règles appli-

---

(57) BATIFFOL et LAGARDE, op. cit. p. 415.

(58) v. NIBOYET VI, vol. II, p. 10, BATIFFOL et LAGARDE p. 416.

(59) v. Documents officiels, 5e session, suppl. n° 20 A 11775.

(60) Malgré son caractère international et interétatique et qu'il ne peut être saisi que sur demande gouvernementale; mais le fait qu'il avait pour mission de trancher des questions relatives à la succession d'Etats rend ses décisions importantes pour les individus notamment quand il décide du caractère public ou privé des biens à transférer à l'Etat Libyen. Par conséquent les individus sont intéressés à se prévaloir des sentences de ce tribunal en Lybie. v. une sentence rendue par ce tribunal le 27 juin 1955 A.F.D.I., 1955, p. 282.

(61) BATIFFOL et LAGARDE, op. cit. p. 421 et note 13.

cables aux jugements rendus à l'étranger (62).

Faut-il que la Libye ait reconnu l'Etat étranger pour que les jugements rendus par ses tribunaux soient susceptibles d'exequatur ? Il paraît que la reconnaissance n'est pas nécessaire (63) mais nous ne croyons pas que les jugements rendus par les Tribunaux d'Israël sont susceptibles d'exequatur en Libye à cause de la situation existant à l'heure actuelle où il n'y a pas de reconnaissance et il y a un état de guerre (v. supra, p. 52, à 54).

b) — **Les jugements étrangers susceptibles d'exequatur :** Les textes disent «les jugements étrangers» sans précisions. Faut-il dès lors accorder l'exequatur à tous les jugements sans distinction entre les jugements de droit privé et ceux de droit public ? On pourrait le penser, mais le fait que l'exequatur est réglementé dans le code de procédure civile et commerciale, signifie qu'il ne peut être accordé qu'aux jugements de droit privé. De plus la tradition est que le droit public échappe au domaine du droit international privé.

Mais il faut envisager le jugement selon sa nature et non en fonction de la juridiction qui l'a rendu; un jugement d'une juridiction répressive comportant une condamnation à des dommages-intérêts est susceptible d'exequatur (64).

Ainsi se délimite le champ de l'exequatur, voyons maintenant les conditions requises pour l'octroi de l'exequatur.

B. — Les conditions de l'octroi de l'exequatur

Ces conditions sont énumérées dans les articles 405 et 407 du Code de procédure. Selon l'art. 405 : «les jugements et ordonnances prononcées dans un pays étranger peuvent être rendues exécutoires, sous les mêmes conditions exigées par les lois de ce pays pour l'exécution des jugements et ordonnances Libyens». Et l'art. 407 dispose : «l'exequatur n'est accordé qu'après vérification :

---

(62) En ce sens NIBOYET, VI, vol. II, pp. 124, 135.
(63) BATIFFOL et LAGARDE, op. cit., p. 486.
(64) En ce sens OMAR op. cit. pp. 209, 210. EIZZ EL DIN Abdalla, op. cit. p. 825, NIBOYET, VI, vol. II, p. 15.

1° — que le jugement ou l'ordonnance ont été rendus par une juridiction compétente conformément aux lois du pays où ils ont été rendus et qu'ils ont acquis l'autorité de la chose jugée selon ces lois,

2° — que les parties ont été assignées et représentées régulièrement,

3° — que le jugement ou l'ordonnance n'est pas contraire à un jugement ou ordonnance précédemment rendu par les tribunaux Libyens,

4° — que le jugement ou l'ordonnance ne contient rien de contraire à la morale ou à l'ordre public en Libye».

De ces textes, nous trouvons une condition préalable, c'est la réciprocité et d'autres conditions relatives au contrôle de la forme extérieure du jugement étranger.

a) — **La réciprocité :** Souhaitée par certains auteurs (65), critiquée par d'autres (66), la réciprocité à notre avis est une condition fondamentale dans les relations internationales. La manifestation de la souveraineté étrangère ne mérite pas le respect en Libye tant que la manifestation de la souveraineté Libyenne n'est pas respectée à l'étranger. Mais qu'est-ce qu'on entend par la réciprocité ?

Elle signifie que les jugements étrangers ne produiront pas leurs effets en Libye, si le pays dans lequel ils ont été rendu n'accorde pas des effets aux jugements Libyens. A cet égard il y a deux hypothèses :

1°/ — Ou bien, la loi du pays où le jugement a été rendu refuse tout effet au jugement Libyen en tant que jugement, et oblige le demandeur à intenter une nouvelle action s'il veut se prévaloir de son droit dans ce pays. Dais ce cas les jugements rendus dans ce pays ne peuvent obtenir l'exequatur en Libye.

2°/ — Ou bien, au contraire elle reconnaît aux jugements Libyens tous les effets après l'exequatur et dans ce cas la récipro-

---

(65) NIBOYET, VI, vol. II, p. 31.
(66) BATIFFOL et LAGARDE, op. cit. p. 443.

cité est remplie et les jugements rendus dans ce pays sont susceptibles d'exequatur en Libye.

Certains auteurs étendent la portée de la réciprocité au-delà du sens ci-dessus. D'après eux, il faut vérifier aussi le rôle du juge étranger quand il statue sur une demande d'exequatur ; s'il révise au fond le jugement étranger, le juge Libyen devrait réviser lui aussi avant d'accorder l'exequatur ou encore s'il apprécie la compétence internationale des tribunaux Libyens selon ses propres règles de compétence internationale (68), le juge libyen devrait en faire autant. Il semble aussi que la jurisprudence allemande admette cette interprétation de la réciprocité (69).

Une telle interprétation assez extensive de la réciprocité est inadmissible car elle aura pour conséquence la subordination d'une institution libyenne — c'est-à-dire l'exequatur — à la pratique de la jurisprudence étrangère d'une part et de l'autre elle rend inutile l'art. 407 c. pr. L. qui prévoit les conditions exigées pour accorder l'exequatur. Il suffirait au législateur de prévoir la réciprocité comme condition unique de l'exequatur.

Le fait qu'il y a d'une part la réciprocité et d'autre part les conditions relatives au contrôle de la régularité internationale du jugement signifie que la réciprocité constitue une exigence bien distincte des conditions du contrôle, ces dernières sont requises même si le pays d'origine du jugement reconnaît aux jugements libyens tous leurs effets de plein droit sans exequatur. Donc la réciprocité s'étend seulement au principe de l'exequatur des jugements Libyens à l'étranger; si dans le pays étranger les jugements Libyens sont susceptibles d'exequatur, les jugements rendus par les tribunaux de ce pays le seront réciproquement en Libye et dans le cas contraire ils ne pourront y obtenir l'exequatur.

Toutefois, le texte ne précise pas de quelle façon doit s'établir la réciprocité. Suffit-il qu'elle résulte de la pratique judiciaire du pays d'origine du jugement ? ou faut-il que le législateur de ce pays l'édicte formellement ? ou encore doit-elle être l'objet d'une

---

(67) EIZZ EL DIN Abdalla, op. cit. pp. 891-92-93, OMAR, op. cit. p. 214.
(68) OMAR, Loc. cit.
(69) Cour d'appel de Francfort-sur-le-Main, 6 juill. 1966, R. critique 1967, p. 361, note Ph. F.

convention diplomatique ?

Il n'est pas douteux que la réciprocité diplomatique suffit, mais elle n'est pas exigée, aussi la réciprocité législative est suffisante. Mais, si la loi étrangère est muette sur la question, comme c'est le cas en droit français, alors il faut consulter la pratique judiciaire dans le pays en question. La solution de l'art. 105 du projet de codification de D.I.p. français (70) nous paraît préférable.

b) — **Le contrôle de la régularité du jugement étranger :** L'art. 407, énumère les conditions selon lesquelles s'apprécie la régularité du jugement étranger. Nous allons examiner ces conditions successivement :

1° — **Le jugement rendu par un tribunal compétent** (art. 407-1).

Il faut pour accorder l'exequatur que le jugement soit rendu par un tribunal compétent. Cette compétence s'apprécie selon la loi du pays d'origine du jugement. Néanmoins le texte ne précise pas de quelle compétence il s'agit ? D'après l'interprétation littérrale la compétence internationale et interne à la fois seraient exigées. Si la compétence internationale n'est pas douteuse, la compétence interne (ratione materise et ratione loci) est discutable, on s'interroge sur l'opportunité de laisser au juge de l'exequatur le pouvoir de contrôler la régularité de cette compétence étant donné que le jugement a obtenu l'autorité de chose jugée (71), mais les partisans de cette thèse admettant que si le défaut d'incompétence interne était lourd, il faut refuser l'exequatur (72).

Cette thèse a l'avantage pratique de ne pas imposer au juge de l'exequatur des recherches approfondies dans un droit procédural qui n'est pas le sien, mais ce n'est pas une vraie difficulté parce qu'en Droit international privé on exige des juges, des re-

(70) v. ce projet R. critique 1950, p. 111 et s.
(71) Cf. BATIFFOL et LAGARDE, op. cit., p. 430. Certaines législations étrangères ont exclu le contrôle de la compétence interne; c. proc. Egypt. de 1968, art. 298-1°, c. proc. it. art. 797-1°.
(72) EIZZ EL DIN Abdalla, op. cit. 2e édit. p. 717.

cherches et des efforts pour comprendre les systèmes étrangers.

Personne n'a dit que le juge n'applique pas la loi étrangère désignée par la règle de conflit en matière contractuelle ou de statut personnel et la loi procédurale n'est qu'une loi comme les autres. D'autre part, la distinction entre le défaut d'incompétence lourd ou léger est susceptible de controverses. Donc il faut appliquer cette condition en sa portée générale, par conséquent le terme «compétent» visé par l'article ci-dessus concerne la compétence tant internationale que interne.

La compétence s'apprécie comme le dit le texte selon la loi du juge qui a statué. Cette solution est contraire à la solution adoptée par plusieurs législations où la compétence s'apprécie selon la loi du juge de l'exequatur, tel est le cas du droit français (73) et du droit italien (art. 791-1° c. proc.).

La solution du Code Libyen était admise par le Code Egyptien de 1949 (art. 493), mais les auteurs égyptiens ont violemment critiqué cette solution dont on ne trouve pas de semblables en droit comparé, et ils ont proposé une limite selon laquelle l'exequatur est refusé si les tribunaux égyptiens étaient compétents dans la contestation qui a été vidée par le jugement étranger (74). Lors de l'élaboration du nouveau code de procédure 1968, le législateur a codifié cette proposition (75). Ils préconisent aussi que ce n'est pas dans tous les cas où la loi donne compétence aux tribunaux égyptiens qu'il faut refuser l'exequatur, mais seulement dans le cas où cette compétence est «exclusive». Finalement on arrive à la distinction fameuse entre la compétence «nécessaire» et la compétence «possible» (76).

---

(73) BATIFFOL et LAGARDE, op. cit., p. 424 et note 19 bis sur les autres législations qui admettent cette solution.

(74) EIZZ EL DIN Abdalla, op. cit., 2e ed. p. 719.

(75) Dans l'art. 298 al. 1 qui dispose : «l'exequatur n'est accordé qu'après vérification : 1° — que les tribunaux égyptiens sont incompétents dans la contestation qui a été vidée par le jugement de l'ordonnance et que les tribunaux étrangers qui l'ont rendu sont compétents selon la loi de compétence judiciaire internationale prévue dans ces lois». Comp. ainsi l'art. 104 du projet de codification de D.I. p. français. R. critique 1950, p. 111.

(76) Sur cette distinction en droit français v. BATIFFOL et LAGARDE, op. cit., p. 424 et s.

Nous ne souscrivons pas à cette doctrine pour plusieurs motifs : le premier juridique et les autres d'ordre académique ou théorique. Juridiquement nous ne pouvons pas faire en droit Libyen une limite qui va à l'encontre de la lettre du texte. En acceptant cette limite, c'est exiger une condition supplémentaire pour l'exequatur qui, n'est pas prévu par la loi (77).

En ce qui concerne les motifs théoriques, tout d'abord, les inconvénients de la thèse selon laquelle la compétence s'apprécie d'après la loi du juge de l'exequatur, ont conduit la doctrine à faire la distinction entre la compétence «nécessaire» ou «exclusive» et la compétence «possible».

Ensuite, cette solution aura, en droit Libyen et Egyptien, des graves conséquences étant donné que la compétence internationale dans ces deux systèmes juridiques est d'ordre public, et que la jurisprudence ne valide pas les clauses attributives de compétence ; tandis qu'en droit français la renonciation est possible.

Enfin, la distinction entre une compétence «exclusive» et autre «possible» ne va pas sans difficultés parce que, dans l'état actuel du droit, chaque Etat élabore ses propres règles de compétence internationale sans tenir compte des législations étrangères, ainsi il existe dans la plupart des cas, plusieurs tribunaux compétents.

Il est rigoureux de demander aux tribunaux étrangers le respect de nos règles de compétence tandis qu'ils sont obligés d'appliquer leurs propres règles.

2° — Le jugement a l'autorité de la chose jugée (art. 407-1)

Pour accorder l'exequatur, il faut que le jugement étranger ait l'autorité de la chose jugée d'après les lois du pays où il a été rendu. Et le jugement a cette autorité quand il n'est pas susceptible de recours par les voies ordinaires (par ex. appel..). Il en résulte que les jugements exécutoires provisoirement ne sont pas susceptibles d'exequatur car ils ne possèdent pas l'autorité de la

---

(77) En ce sens OMAR, op. cit., p. 217.

chose jugée (78). Malgré que le texte assimile l'ordonnance (décisions gracieuses) au jugement, mais cette condition n'est valable que pour les jugements car il est connu que les décisions gracieuses ne possèdent pas l'autorité de la chose jugée (79). Pour les sentences arbitrales il faut aussi qu'elles soient définitives et exécutoires dans le pays où elles ont été rendues (art. 408 c. pr. civ. Lib.) et il en va de même pour les actes publics étrangers (art. 410, c. pr. civ. Lib.).

3°/ — La régularité de la procédure (art. 407-2)

Il faut que les parties en cause soient citées et régulièrement représentées. Dès lors deux problèmes se posent : tout d'abord la régularité de la procédure ne concerne-t-elle que la signification ou la représentation devant le tribunal étranger, ou bien a-t-elle un sens plus large que le sens donné par le texte? Ensuite, le texte ne précise pas selon quelle loi il faut apprécier la régularité?

Quant au premier problème, en réalité, l'art. 407-2 n'est qu'une expression partielle d'un principe relatif à la régularité de toutes les procédures suivies devant le tribunal étranger et pas seulement la signification comme le dit le texte (80).

Quant à la loi applicable, le texte ne le précise pas comme il le fait pour les autres conditions, mais par application de l'art. 22 du Code civil qui dispose : «la compétence et les formes de procédure sont déterminées d'après la loi du lieu où l'action a été intentée». La régularité de la procédure s'apprécie selon la loi du tribunal étranger; la Cour de cassation égyptienne a jugé (81) que la signification par la publication dans un journal selon la loi du juge qui a rendu le jugement n'est pa contraire à l'ordre public égyptien bien que le droit égyptien ne connaisse pas ce moyen de signification.

---

(78) En ce sens EIZZ EL DIN Abdalla op. cit. p. 920, en sens contraire OMAR, op. cit. p. 218. Ainsi en droit français v. BATIFFOL et LAGARDE. op. cit. p. 434 et note 29.

(79) SALUS-PERROT, op. cit., p. 457.

(80) OMAR, op. cit. p. 219.

(81) 2 juill. 1964 cité par EIZZ EL DIN Abdalla, op. cit. p. 918, en l'espèce il s'agissait d'un jugement Jordanien rendu par défaut.

4°/ — **La non-contrariété avec un jugement Libyen** (art. 407-3).

L'exequatur est refusé au jugement étranger s'il est contraire à un jugement précisément rendu par un tribunal Libyen. Donc le jugement Libyen ne fait obstacle à l'exequatur du jugement étranger que dans le cas où il a été rendu avant l'introduction de l'instance en exequatur.

Faut-il que le jugement Libyen soit passé en force de chose jugée pour refuser l'exequatur ? Nous ne le pensons pas car le texte dit «jugement» sans précision, ce qui veut dire un jugement quel qu'il soit passé en force de chose jugée ou non.C ette solution n'est pas contestée (82) mais ce que nous contestons, c'est le refus de l'exequatur par le seul fait qu'il y a un procès pendant devant les tribunaux du pays de l'exequatur (83). Il lui suffit d'intenter une action devant les tribunaux Libyens pour empêcher l'exequatur d'un jugement rendu contre lui à l'étranger.

5°/ — **La non-contrariété à l'ordre public** (art. 407-4).

Enfin la notion traditionnelle de l'ordre public qu'on rencontre dans bien des cas en droit international privé.

L'ordre public est une notion difficile à saisir, très variée tant dans le temps que dans l'espace. Ainsi, on n'accorde pas l'exequatur au jugements étrangers qui touchent l'ordre public ou la morale en Libye, mais l'ordre public n'intervient, à propos de l'exécution des jugements étrangers, que par son effet dit «atténué» parce qu'il s'agit de donner effet à des droits acquis à l'étranger» (84). L'ordre public intervient aussi quand il s'agit des actes publics adressés par une autorité étrangère (art. 410 al. 3 c. pro. civ.).

De même pour les sentences arbitrales (art. 408) pour lesquelles il faut que la sentence soit rendue dans un litige susceptible d'être tranché par la voie de l'arbitrage d'après le droit

---

(82) BATIFFOL et LAGARDE, op. cit. p. 442, OMAR, op. cit. p. 219.
(83) C'est la solution de la jurisprudence française, v. BATIFFOL et LAGARDE, 188, vit l'art.
(84) BATIFFOL et LAGARDE, op. cit. p. 441.

Libyen. On trouve dans l'art. 740 c. pro. civ. Lib. l'énumération des cas où l'arbitrage est interdit.

Voilà les conditions prévues par le code de procédure civile Libyen pour l'exequatur. Nous ne trouvons pas parmi elles une condition relative à la loi applicable comme l'exige la jurisprudence française (85). Il en résulte que cette condition n'est pas requise pour l'octroi de l'exequatur en droit Libyen. Chaque fois que les conditions ci-dessus sont établies, il faut accorder l'exequatur quelle que soit la loi qui a été appliquée au fond du jument.

C. — Procédure de l'exequatur

L'exequatur est de la compétence du tribunal de grande instance du lieu de l'exécution en ce qui concerne les jugements, les ordonnances et les sentences arbitrales (art. 408). Le demandeur va saisir le tribunal d'après le régime ordinaire des actions. En ce qui concerne l'exequatur des actes publics ou notariés, la compétence appartient au juge des référés du tribunal susmentionné et les procédures sont soumises au régime relatif aux ordonnances sur requêtes (art. 410 al. 2) (86).

On remarque ici qu'il y a une dérogation aux règles du droit commun sur la compétence territoriale en donnant compétence au tribunal du lieu de l'exécution tandis que la compétence territoriale en droit commun appartient au tribunal du domicile du défendeur généralement. En dehors de cela il n'y a pas d'autre procédure spécifique à l'instance en exequatur.

D. — Effets de l'exequatur

Dès que le tribunal Libyen accorde l'exequatur, le jugement étranger aura l'autorité de la chose jugée, la force exécutoire et les autres garanties de l'exécution des jugements.

---

(85) Ibid., nº 726.

(86) v. la contraire en droit français. BATIFFOL et LAGARDE, op. cit. p. 448.

1°/ — L'autorité de la chose jugée

Le jugement aura cette autorité dès l'octroi de l'exequatur et pour l'avenir sans rétroagir au jour où le jugement étranger a été rendu (87), mais il paraît que la jurisprudence italienne admet que le jugement de l'exequatur produit, en principe, un effet rétroactif au jour où le jugement étranger produit ses effets (38).

Si on admet que le jugement étranger n'a pas l'autorité de la chose jugée avant l'exequatur, la rétroactivité aurait pour conséquence que le jugement produirait des effets subordonnés à l'autorité à une date où celle-ci n'existait pas (89).

Enfin, cette autorité est celle du droit Libyen, qu'elle soit plus ou moins étendue que celle de la loi étrangère; ainsi l'autorité de la chose jugée ne s'attache qu'au dispositif du jugement et non à ses motifs.

2°/ — La force exécutoire

Le jugement exequaturé possède la force exécutoire reconnue aux jugements Libyens. Donc le demandeur qui a obtenu l'exequatur d'un jugement étranger dispose des voies d'exécution accordées par la loi Libyenne parce que ces voies sont liées à la force exécutoire, c'est-à-dire, qu'«elles sont rigoureusement propres à chaque pays» (90). Bien entendu, la force exécutoire ne peut exister qu'à partir du moment de l'exequatur. Pratiquement il est impossible d'entreprendre les mesures d'exécution avant l'exequatur.

3°/ — Les garanties d'exécution

Le jugement étranger rendu exécutoire possède toutes les garanties d'exécution des jugements libyens notamment l'hypothèque judiciaire.

---

(87) En ce sens NIBOYET VI vol. II, p. 131, BATIFFOL et LAGARDE, op. cit. p. 454, EIZZ EL DIN Abdalla op. cit. p. 930.

(88) Casa, it. 22 mai 1963, Chr. jur. it. par Ernest BARDA, Clunet 1966, p. 699.

(89) Cf. NIBOYET, loc. cit.

(90) cf. NIBOYET, p. 128.

D'après l'art. 1090 du Code Civil (91) «on ne peut obtenir d'hypothèque judiciaire par un jugement rendu par un tribunal étranger ou une sentence rendue par des arbitres que si le jugement ou la sentence est devenu exécutoire». Il n'est pas nécessaire donc que cette garantie ait existé dans le pays d'origine du jugement (92).

En revanche les garanties prévues par la loi étrangère pour l'exécution des jugements ne sont pas prises en considération en Libye si elles n'existent pas en droit Libyen.

En conclusion, le système de l'exequatur en droit Libyen se classe parmi les systèmes les plus libéraux; mais on serait étonné de constater que le système établi par les traités diplomatiques est plus rigoureux que celui du droit commun.

(91) Correspond à l'art. 2123 du Code civil français.

(92) En ce sens OMAR, op. cit. p. 224, en sens contraire EIZZ EL DIN Abdalla op. cit., p. 934. A noter que le Code civil Egyptien ne connait pas l'hypothèque judiciaire, mais une institution semblable «Droit d'affectation» et que tous les auteurs civilistes égyptiens reconnaissent au jugement étranger exéquaturé cette garantie, v. EL SANHOURI, Traité de Dr. civ. Egyptien, Tome X, 1970, pp. 854 et s.

SECTION II

L'EXEQUATUR D'APRES LE DROIT CONVENTIONNEL

Par comparaison aux autres systèmes juridiques (le droit français, par exemple) les conventions diplomatiques jouent un rôle très modeste en droit Libyen, il n'y a que deux conventions, précédemment citées, avec la Tunisie et le Maroc.

A noter que la Ligue arabe a élaboré une convention sur l'exécution des jugements entre les pays membres (93), mais la Libye n'a pas adhéré à cette convention.

Les deux conventions susmentionnées sont identiques ; même les articles correspondent l'un à l'autre. Dans cette Section il nous suffit de traiter brièvement leur champ d'application (A) pour les comparer ensuite avec le système du droit commun (B).

A. — Le champ d'application des conventions

a) — **Les décisions visées** : Les deux conventions d'une part, ne visent que les jugements (art. 10) et les sentences arbitrales (art. 12). Donc les décisions de la juridiction gracieuse et les actes publics restent dans le domaine du droit commun. D'autre part, ils prévoient la possibilité de l'exécution des jugements répressifs portant condamnation à des peines privatives de liberté (art. 34).

Les jugements susceptibles d'exequatur sont ceux qui ont été

(93) Sur les efforts de la Ligue dans ce domaine v. GABER GAD, **Vers un droit international privé arabe.** Revue Egyp. Dr. inter. 1965, pp. 1 et 2.

rendus par des juridictions civiles ou commerciales ou des juridictions répressives et allouent des dommages-intérêts ou enfin des juridictions statuant en matière de statut personnel.

Néanmoins, l'art. 11 dit «les juridictions **siégeant...**» ce qui laisse penser que le siège du tribunal est pris en considération, et cela contrairement du critère qui a été adopté pour la distinction entre un jugement national et un jugement étranger (v. supra). Au contraire, il faut comprendre cette expression comme signifiant les juridictions qui rendent la justice au nom des Etats considérés.

Par conséquent, s'il existe ou existera dans l'avenir des organismes ou des conseils qui ne rendent pas la justice au nom de l'Etat Tunisien ou Marocain (94) leurs décisions ne seront pas couvertes par les conventions en question. De même, il faut que le jugement soit rendu par une «juridiction» au sens où l'entend le droit Libyen; ainsi ce qu'on appelle au Maroc le «conseil de famille» ne constituera pas une juridiction (95).

Comme les deux conventions réglementent l'extradition, ils prévoient la possibilité d'exécuter certains jugements pénaux. Selon l'art. 34 «les jugements portant condamnation à une peine privative de liberté pourront être exécutés sur le territoire de l'Etat dans lequel réside le condamné sur demande adressée par l'Etat où ces jugements ont été rendus, à condition toutefois que l'Etat requis donne son assentiment». Etant donné que les jugements portant condamnation à des amendes, il n'y a pas de raison d'excepter ces derniers de la possibilité d'exécution.

b) — **Les parties en cause** : Les deux conventions s'appliquent quelle que soit la nationalité des parties en cause (art. 18). Et cela est tout à fait normal car en matière d'effet des jugements la nationalité des plaideurs n'est pas prise en considéra-

---

(94) Comp. pour les décisions des tribunaux rabbiniques de France. NIBOYET VI, vol. II, p. 8 et note 1.

(95) v. en ce sens Tr. Gde. Instance de la Seine, 20 juin 1961, R. critique 1970, p. 475 note Paul LAGARDE.

tion (96) ; on s'attache uniquement à la considération du pays d'origine d'un jugement. Ainsi tout jugement rendu par les tribuaux tunisiens ou marocains quelle que soit la nationalité des parties est gouverné par les conventions.

B. — **Comparaison avec le droit commun**

Il est intéressant de noter que sur le terrain des conditions de l'octroi de l'exequatur, les conventions sont plus exigeantes que le droit commun. Peut-être le seul avantage de ces conventions est qu'il n'y est plus question de la condition de réciprocité. Mais sur le terrain des effets de l'exequatur, il y a une dérogation au droit commun.

a) — **Les conditions de l'exequatur** : ces conditions sont énumérées dans l'art. 11;

1°/ — Conditions conformes au droit commun :

- — la décision émane d'une juridiction compétente selon la législation de l'Etat requérant sauf renonciation certaine de la partie succombante.
- — la partie succombante a comparu en personne ou s'est fait régulièrement représenter ou a été régulièrement citée mais ne s'est pas présentée.
- — la décision passée en force de chose jugée, est susceptible d'exécution conformément à la législation de l'Etat où elle a été rendue.
- — la décision ne contient rien de contraire ni à l'ordre public de l'Etat où son exécution est demandée, ni aux principes de droit international public applicable dans cet Etat. Si le jeu de l'ordre public est conforme au droit commun, on s'interroge, cependant sur la portée de la référence aux «principes de droit international public»

(96) Comp. au contraire pour la convention Franco-Polonaise M. R. DE BOTTINI, **La convention Franco-Polonaise relative à la loi applicable, la compétence et l'exequatur dans le droit des personnes et de la famille,** R. critique 1970, p. 35.

et si lesdits principes ne forment pas une partie de l'ordre public de chaque Etat. L'art. 13 constitue un autre obstacle à l'exequatur, si l'exécution»... s'avère incompatible avec les conventions et accords internationaux en vigueur dans l'Etat requis».

2°/ — **Conditions dérogeant au droit commun:**

● — la décision ne doit pas être contraire à une décision judiciaire prononcée dans l'Etat requis et possédant à son égard l'autorité de la chose jugée. Donc, il faut pour refuser l'exequatur dans ce cas, que le jugement Libyen ait l'autorité de la chose jugée, et cela contrairement au droit commun où il suffit un jugement même s'il n'a pas l'autorité de la chose jugée.

● — aucune juridiction de l'Etat requis n'a été saisie d'une affaire entre les mêmes parties et sur le même objet antérieurement à la juridiction qui a rendu la décision dont l'exécution est demandée. Il faut préciser à ce propos que la saisine des tribunaux Libyens d'une affaire entre les mêmes parties et sur le même objet, ne suffit pas en elle-même pour faire échec à l'exequatur; Cette saisine doit être antérieure à la saisine de la juridiction qui a rendu le jugement.

Ainsi, on s'attache uniquement à la juridiction qui a été saisie la première sans considération de la date où le jugement a été rendu.

Néanmoins il peut arriver qu'un tribunal Libyen soit saisi de l'affaire postérieurement à la saisine du tribunal tunisien (ou marocain); mais qu'il rende un jugement possédant l'autorité de la chose jugée avant l'introduction de la demande en exequatur du jugement rendu par le tribunal de l'Etat en question. Dans cette hypothèse, l'exequatur sera refusé bien que le tribunal ait été saisi postérieurement au tribunal tunisien (ou marocain) parce que le jugement Libyen qui possède l'autorité de la chose jugée fait échec à l'exequatur d'après la condition précédente.

Enfin cette condition suppose qu'un tribunal a été saisi avant l'autre; quelle sera la solution si les deux tribunaux ont été saisis en même temps ou plus exactement le même jour ? A cet égard nous croyons qu'il faut faire retour au droit commun, si le tribunal Libyen a tranché l'affaire par un jugement,même s'il n'a pas l'autorité de la chose jugée avant l'introduction de la demande d'exequatur, ce dernier sera refusé.

b) — **Effets de l'exequatur** : En droit commun nous sommes partis de l'idée que le jugement exequaturé produit les mêmes effets et possède les mêmes garanties que le jugement Libyen.

Les conventions en question adoptent une solution contraire d'après l'article 17 : «la décision rendue exécutoire acquiert sur le territoire de l'Etat qui a accordé l'exequatur, la même force exécutoire que sur le territoire de l'Etat requérantù.

On ne trouve pas un texte semblable dans les conventions conclues par la France avec les autres pays, mais ce texte est conforme à l'art. 6 de la convention relative à l'exécution des jugements entre les pays membres de la Ligue des Etats arabes du 14 Septembre 1952 (97).

Le texte ci-dessus ne mentionne que «la force exécutoire», mais la logique exige que la même solution soit étendue à l'autorité de la chose jugée et aux garanties de l'exécution. Par conséquent, l'autorité du jugement tunisien (ou marocain) rendu exécutoire s'apprécie selon la loi tunisienne (ou marocaine), ainsi que les garanties de l'exécution comme l'hypothèque judiciaire.

Quoi qu'il en soit, les voies d'exécution ne peuvent être pratiquées que d'après la loi Libyenne.

•

(97) v. GABER GAD, Loc. cit.

CONSLUSION

Nous nous sommes efforcés, au cours de cette étude, de tracer les étapes du litige international devant les tribunaux Libyens.

Nous avons déterminé, tout d'abord, la compétence des tribunaux Libyens dans les litiges internationaux. A ce sujet le droit Lybien a suivi l'exemple du droit italien en faisant la séparation entre la compétence territoriale et la compétence internationale; ce n'est pas le cas pour certains droits.

Ensuite, nous avons examiné le litige international quant à sa réalisation contentieuse et nous avons vu que le droit Libyen ne présente rien d'original en ce qui concerne la procédure à suivre dans les rapports internationaux. Il adopte le principe, communément admis par tous les pays, d'après lequel les procédures sont régies par la loi du for. Mais, en revanche, il présente une certaine originalité sur le terrain de l'exequatur des jugements étrangers. C'est peut-être, le système le moins exigeant, notamment en ce qui concerne l'appréciation de compétence du juge étranger ; cette compétence s'apprécie dans presque tous les systèmes d'après la loi du juge de l'exequatur, tandis qu'en droit Libyen, elle l'est d'après la loi du juge étranger.

En règle générale, on peut dire que le droit Libyen n'a pas encore acquis un caractère qui lui soit vraiment propre. Il emprunte ses solutions d'autres droits. Mais cela est utile dans la mesure où on essaie, en droit international privé, de faire des rapprochements entre les différents systèmes, car en tout état de cause les intérêts qui sont en jeu, en droit international privé, ne changent pas de nature d'un pays à l'autre. Il est toujours souhaitable que la situation juridique des individus soit semblable en tous lieux.

En revanche, cette méthode d'importation comporte des inconvénients car, dans certains cas, elle ignore le contexte local. C'est précisément la mission d'une doctrine, encore en formation, de guider le juge, voire le législateur, vers des solutions adaptées aux réalités Libyennes et aux exigences du commerce international.

Puisse notre modeste apport y contribuer.

ANNEXES

I. — Les textes du code de procédure civile et commerciale promulgué en 1953 relatifs au droit international privé.

art. 3. — La compétence à l'égard de l'étranger.

La juridiction Libyenne est compétente pour connaître les actions dirigées contre l'étranger dans les cas ci-après :

1° — S'il a une résidence dans le pays ou un domicile élu ou un représentant qui soit autorisé à ester devant la justice, ou bien s'il a accepté les sentences de la juridiction Libyenne, à moins que l'action ne soit relative à un immeuble hors du Royaume (La République).

2° — Si l'action concerne des biens se trouvant en Libye ou une succession d'un citoyen Libyen, ou une succession ouverte en Libye ou une faillite qui a été déclarée ou bien si l'action née d'un contrat conclu, exécuté ou devant être exécuté en Libye ou si elle naît d'un fait qui y était survenu.

3° — Si l'action est en rapport avec une cause pendante devant la juridiction Libyenne, ou des mesures conservatoires à exécuter en Libye ou relative à des rapports pour lesquels la juridiction Libyenne est compétente.

4° — Dans les cas où la juridiction étrangère est compétente pour connaître des actions dirigées contre les Libyens et ce à titre de réciprocité.

art. 405

Les jugements et ordonnances prononcés dans un pays étran-

ger peuvent être rendus exécutoires, sous les mêmes conditions exigées par les lois de ce pays pour l'exécution des jugements et ordonnances Libyens.

art. 406

La demande en exequatur sera introduite par assignation de l'adversaire dans les formes ordinaires devant le tribunal de grande instance dans le ressort duquel l'exécution doit avoir lieu.

art. 407

L'exequatur n'est accordé qu'après vérification :

1° — que le jugement ou l'ordonnance ont été rendus par une juridiction compétente conformément aux lois du pays où ils ont été rendus et qu'ils ont acquis l'autorité de la chose jugée selon ses lois.

2° — que les parties ont été assignées et représentées régulièrement.

3° — que le jugement ou l'ordonnance n'est pas contraire à un jugement ou ordonnance précédemment rendu par les tribunaux Libyens.

4° — que le jugement ou l'ordonnance ne contient rien de contraire à la morale ou à l'ordre public en Libye.

art. 408

Les sentences arbitrales rendues dans un pays étranger peuvent être rendues exécutoires, si elles étaient définitives et exécutoires dans le pays où elles ont été rendues, sous réserve des règles prévues par les articles précédents.

art. 409

Le tribunal statuera d'urgence sur la demande d'exequatur.

art. 410

Les actes authentiques exécutoires passés dans un pays

étranger pourront être rendus exécutoires sous les mêmes conditions que celles qui sont exigées par les lois de ce pays pour l'exécution des actes authentiques exécutoires passés en Libye.

L'exquatur sera demandé par requête au juge de référé du tribunal de grande instance dans le ressort duquel l'exécution doit avoir lieu. Il ne pourra être accordé qu'après vérification que l'acte réunit les conditions exigées pour son authenticité par la loi du pays où il a été passé et qu'il ne contient rien de contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public en Libye.

art. 411

Les règles précédentes sont applicables sans préjudice des accords conclus ou qui seront conclus entre la Libye et les autres Etats dans ce domaine.

II — Les textes du projet de nouveau code de procédure civile et commerciale concernant la compétence internationale des tribunaux libyens.

art. 31

Sauf les actions réelles relatives à un immeuble à l'étranger, ies tribunaux Libyens sont compétents pour connaître des actions dirigées contre un libyen même s'il n'a pas de domicile ou résidence dans la République arabe Libyenne, et des actions dirigées contre un étranger s'il a un domicile en Libye ou un représentant qui soit autorisé à ester en justice ou s'il a accepté les sentences de la juridiction Libyenne expressément ou tacitement.

art. 32

A défaut des conditions précédentes, les tribunaux Libyens sont compétents pour connaitre des actions dirigées contre l'étranger dans les cas ci-après :

1° — Si l'action concerne des biens se trouvant en Libye ou une succession d'un citoyen Libyen ou une succession ouverte en Libye.

2° — Si l'action concerne une obligation conclue, exécutée ou de-

vant être exécutée en Libye, ou un contrat notarié en Libye ou un fait qui y était survenu ou une faillite qui a été déclarée par ces tribunaux.

3° — Si l'action est intentée par une épouse qui a un domicile en Libye contre son époux qui y avait domicile.

4° — Si l'action concerne une pension alimentaire de l'un des parents, d'une épouse ou d'un interdit, ou d'un miner, ou la paternité ou la tutelle sur les biens ou sur les personnes, si celui qui demande la pension ou le mineur ou l'interdit sont domiciliés en Libye.

5° — Si l'action concerne le statut personnel et que le demandeur est Libyen ou étranger domicilé en Libye, et cela si le défendeur n'a pas un domicile connu à l'étranger ou si la loi nationale (98) est applicable en l'espèce.

6° — Si l'un des défendeurs a un domicile en Libye.

art. 33

Les tribunaux Libyens sont compétents pour juger les questions préalables et les demandes reconventionnelles à l'action principale qui est de leur compétence; ils jugent également toute demande connexe à cette action, dont la bonne administration de la justice exige qu'elle soit réglée ensemble. De même ils sont compétents pour ordonner des mesures provisoires ou conservatoires à exécuter en Libye même s'ils n'ont pas compétence dans l'action principale.

art. 34

Si le défendeur n'a pas comparu et que les tribunaux Libyens ne sont pas compétents pour juger l'affaire, le tribunal soulèvera d'office son incompétence.

---

(98) C'est-à-dire la loi Libyenne.

BIBLIOGRAPHIE

I — OUVRAGES

1 — BATTIFOL-LAGARDE — **Droit international privé,** 5e éd. **T. II,** 1971, L.G.D.J., Paris.

2 — CARBONNIER (Jean) — **Droit civil,** T.I., coll. Thémis, 8e éd. (mise à jour 1969) P.U.F., Paris.

3 — CUCHE Vincent — **Procédure civile, Précis** Dalloz, 13e éd. 1963, Dalloz, Paris.

4 — EIZZ EL DIN Abdalla — **Droit international privé,** (en arabe) T.D. 6e éd. 1969, Le Caire.

5 — EL SANHOURI — **Traité de droit civil,** (en arabe) T.I. 2e éd. 1964, T. X, 1970, Le Caire.

6 — GABER GAD — **Droit international privé arabe** (en arabe) T. II, 1970, Le Caire.

7 — GAUDEMENT - TALLON (Hélène) — **La prorogation volontaire de juridiction en Droit international Privé,** 1965, Dalloz, Paris.

8 — KIRA (Hassan) — **Introduction à l'étude de droit ; spécialement le droit Egyptien et Libanais,** 1967, Beyrouth.

9 — LEREBOURS - PIGEONNIERE - LOUSSOUARN — **Droit international privé,** 9e éd. 1970, Dalloz, Paris.

10 — MARTY-RAYNAUD — **Droit civil,** T.I., vol. I, 2e **éd. 1967** Sirey.

11 — NIBOYET (J.P.) — **Traité de droit international privé** T. VI, vol. I, 1949, vol. II, 1950, Sirey, Paris.

12 — OMAR (M. ABD EL KHALIK) — **Droit international privé Libyen,** 1971, Le Caire.
La notion d'irrecevabilité en droit judiciaire privé, 1967, L.G.D.J., Paris.

13 — PELT (Adrien) — **Libyan independence and the United Nations,** 1971, New-Haven, London, Yale University Press.

14 — SOLUS-PERROT — **Droit judiciaire Privé,** T.I., 1961, Sirey, Paris.

15 — VINCENT (Jean) — **Procédure civile,** 14e éd. 1970, Dalloz, Paris.

II — ARTICLES, NOTES, COMMENTAIRES ET CHRONIQUES DE JURISPRUDENCE

16 — ABD EL GAMAD (M.) — **Les coutumes et usages Libyens dans la législation italienne** (en arabe) (dactylographiée) Faculté de Droit, Benghazi, 1971.

17 — BARDA (Ernest) — **Tendances générales de la jurisprudence italienne en matière de droit international privé (1957-1960),** Clunet, 1961.
— **Chronique de jurisprudence italienne** Clunet 1964.
— **Chronique de jurisprudence italienne,** Clunet 1966.

18 — BATIFFOL (H.) — **Note. Revue critique de droit international privé, 1967.**

19 — BOUREL (Pierre) — **Note. Revue critique de droit international privé, 1960.**

20 — BRULLIARD (G) — **Bulletin de jurisprudence italienne,** Clunet, 1957.

21 — BUZGHAIA (Ahmed) — **Commentaires** (en arabe) Revue AL ADALA, mars 1970.

22 — COCATRE - ZILGIEN (André) — **Les accords Franco-Libyens,** Annuaire Français de Droit international, 1956.

23 — DE BOTTINI (R) — **La convention Franco-Polonaise relative à la loi applicable, la compétence et l'exequatur dans le droit des personnes et de la famille.** Revue critique de droit international privé, 1970.

24 — DI GIOMMO (Giovanni) — **Chronique de jurisprudence italienne,** Clunet 1968.

25 — FRAGISTAS (Ch. N.) — La **compétence internationale en droit privé.** Recueil des Cours de l'Académie de droit international, La Haye, 1961 - III.

26 — F. (Ph.) — **Note,** Revue critique de droit international privé. 1967.

27 — GABER GAD — **Vers un droit international privé,** (en arabe) Revue Egyptienne de droit international, 1965.

28 — GAVALDA (Ch.) — **La coopération internationale en matière de procédure civile.** Etudes de droit contemporain. (Nouvelle Série) T. XXIII, Cujas, 1962.

— **Les commissions rogatoires internationales en matière civile et commerciale.** Revue critique de droit international privé, 1964.

29 — GILBERT (Ralph J.) — **Legal aspects of doing business in Libya.** The Libyen Economic and Business Review, Vol. III, n° 1.

30 — GUTTERIDGE (H.G.) — **Le conflit des lois de compétence judiciaire dans les actions personnelles,** Recueil des cours de l'Académie de droit international, La Haye 1933, II.

31 — LAGARDE (Paul) — **Notes,** Revue critique de droit international privé, 1964, 1970.

32 — MERIGNHAC (A.) — **Note,** Dalloz Périodique, 1916.

33 — NORMAND (Jacques) — **La délivrance des actes à l'étranger et les délais de distance dans le décret n° 65-1006 du 29 novembre 1965,** Revue critique de droit international privé, 1966.

34 — PILLET (A.) — **Note.** Recueil Sirey, 1920.

35 — POSTOR RIDRUEJO (J.A.) — **La faillite en Droit international privé.** Recueil des Cours de l'Académie de droit international, La Haye, 1971, II.

36 — QUADRI (Roland) — **Note,** Revue Egyptienne de droit international, 1951.
— **Commentaire,** Revue Egyptienne de droit international, 1953.

37 — RIGAUX (F.) — **La signification des actes judiciaires à l'étranger,** Revue critique de droit international privé, 1963.

38 — SIMON-DIPITRE (Marthe) — **Note,** Clunet 1968.

39 — TERRE (F.) — **Les conflits de lois en matière d'actions en justice,** Travaux du Comité français de droit international privé, (1964-1966), Dalloz 1967.

40 — WESER (Martha) — **Le conflit de juridiction dans le cadre du marché commun,** Revue critique de droit international privé, 1959.

III — DIVERS

41 — **Annuaire d'Afrique du Nord** (C.N.R.S..)

42 — **Recueil de la jurisprudence de la Cour Suprême** (en arabe)

43 — **Revue de la Cour Suprême** (en arabe).

44 — **Traduction du code de procédure civile italien,** par Yvette LOBIN et autres. La pensée universitaire, Aix-en-Provence, 1960.

