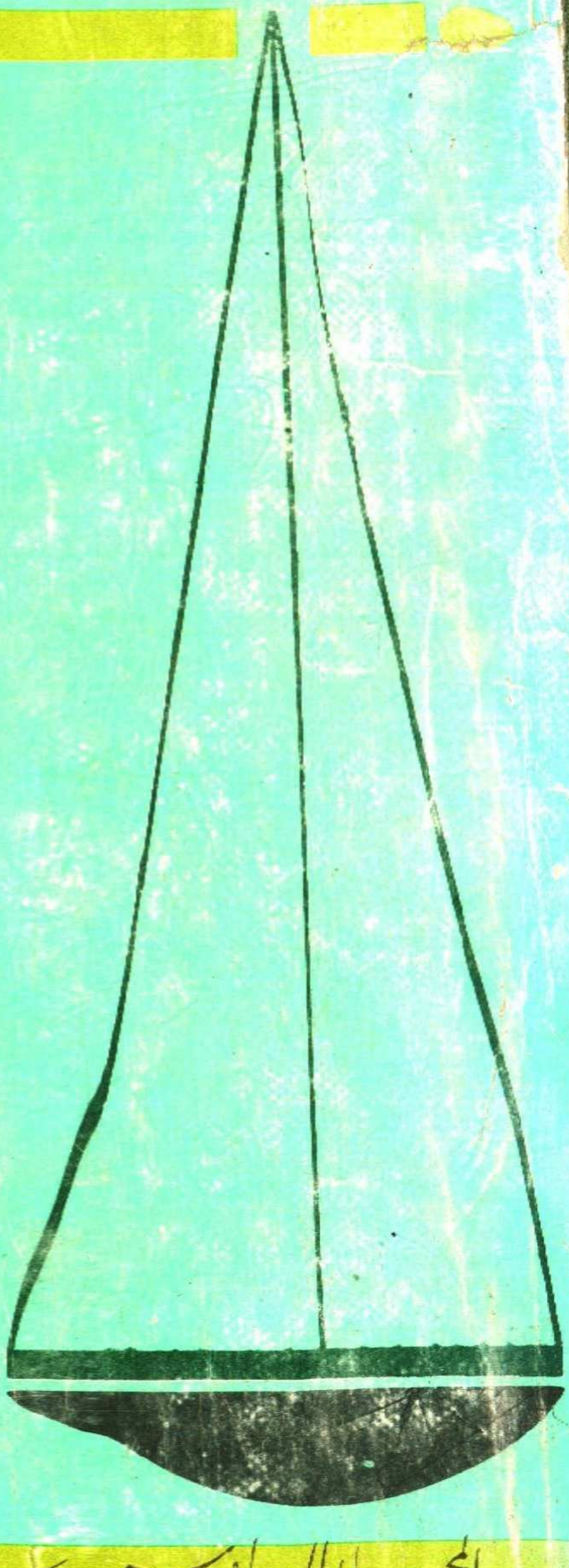
دراسات

دورية يصدر عن أعضاء هيئة التدريس بكلية

قانونية



المجلد السادس . السنة السادسة ١٩٨٦

كلية القانون
المكتبة
لا يعار

دراسات قانونية

تنبيه – يشار إلى هذه المجلة على النحو الآتى

دراسات قانونية – قاريونس – المجلد السادس (١٩٧٧)

المطبعة العربية الحديثة

٨ شارع ٤٧ بالمنطقة الصناعية بالعباسية

تليفون : ٨٢٦٢٨٠ القاهرة

منشورات جامعة قاريونس
كلية الحقوق

كلية القانون
المكتبة
لا يعار

دراسات قانونية

مجلد سنوي يصدر عن أعضاء هيئة التدريس بكلية الحقوق

كلية الحقوق
مكتبة

١٩٧٧
السنة السابعة
المجلد السادس

هيئة تحرير مجلة دراسات قانونية :

١ ـ الأستاذ الدكتور عبد السلام على المزوغى
رئيس اللجنة الشعبية

٢ ـ الأستاذ الدكتور عبد الرازق مرتضى سليمان
وكيل اللجنة الشعبية

٣ ـ الأستاذ الدكتور عمر مولود عبد الحميد
رئيس تحرير المجلة

٤ ـ الأستاذ الدكتور محسن الشيشكلى

٥ ـ الأستاذ الدكتور خالد الشاوى

٦ ـ الأستاذ الدكتور محمد سامى البراوى

بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم

بقلم : الدكتور عمر مولود عبد الحميد
الأستاذ المشارك بالكلية ، رئيس هيئة التحرير
رئيس قسم الشريعة

كم يسعد الإنسان وهو يشاهد نجاح أى عمل يشرف عليه أو يسهم فيه بكل استطاعته .

وعلى العكس من ذلك عند ما يرى أى شىء له علاقة به يتعرض للهزات أو الفشل ، حيث يشتد ألمه ، ويعظم أسفه وتوجعه .

وعندما نقدم لك أيها القارىء الكريم خلاصة آراء أساتذة شرعيين وقانونيين فى هذا العدد « السادس » من مجلة دراسات قانونية التى تصدر عن أساتذة كلية الحقوق بجامعة قاريونس ، وتشرف عليها حالياً وحدة البحوث بها ، فإننا نفتخر بالشوط الذى قطعناه فى مجال التثقيف والتعريف بجوانب شرعية وقانونية عظيمة تهم الخاصة والعامة فى مجتمعنا العربى الإسلامى ، رغم قصر عمر هذه المجلة ، بل والكلية التى تعنى بشئونها ، وتعتز باستمراريتها وجودة مادتها .

ورغم كثرة أعباء هيئة التدريس بكلية الحقوق وشدة انشغالهم بواجباتهم الرئيسية فقد استطعنا بفضل جهودهم المشكورة أن نقدم للمعنيين بهذه المجلة هذا العدد الحافل بمادة علمية جيدة متنوعة فى موضوعها وفى مجالها .

وثقتنا قوية فى أن يجد المطلع على هذا العدد كالأعداد السابقة ما يشده إليه ويربطه به ويدفعه إلى مزيد من التشجيع لنا والدفع بنا نحو الأمام .

كما أننا على استعداد لتقبل ودراسة مايقدم لنا من آراء واقـ
كما يسعدنا أن نرى أساتذة من جامعات أخرى يسهمون بأفكارهـ
المتخصصة فى الكتابة بهذه المجلة التى نعتبرها عملا مشتركاً لكل الـ
العطاء فى هذا المجال .

د . عمر مولود عبد الحـ

رئيس هيئة التحرير
ورئيس قسم الشريعة بـ

٤ شعبان ١٣٩٧ هـ
٢٠ يوليو ١٩٧٧ م

المحتويات

أولا : مواضيع باللغة العربية :

١ ــ تقديم العدد ٥
للدكتور عمر مولود عبد الحميد
الأستاذ المشارك ، رئيس قسم الشريعة ، رئيس هيئة التحرير

٢ ــ الإثبات فى الشريعة الإسلامية وفقهها ٩
للدكتور محمد الزحيلى الأستاذ المساعد بجامعة دمشق

٣ ــ الجوانب القانونية والواقعية فى ضوابط الإسناد ٢٩
للدكتور محمد إبراهيم دسوقى المحاضر بالكلية

٤ ــ حجية القرار بعدم وجود وجه لإقامة الدعوى الجنائية ٧١
للدكتور إدوار غالى الدهبى المستشار الجمهورى بمصر وعضو هيئة التدريس بجامعتى القاهرة وقاريونس سابقاً

٥ ــ نظام البلديات الجديد بين المركزية واللامركزية ٩٧
للدكتور صبيح مسكونى الأستاذ المشارك بالكلية

٦ ــ الحكم الجنائى وأثره على علاقة الموظف بالدولة ١٠٩
للأستاذ عبد الله الكاديكى المحاضر المساعد بالكلية

٧ ــ تقرير مجلس الإدارة السنوى للجمعية الاعتيادية فى شركات المساهمة ١٥١
للأستاذ الدكتور خالد الشاوى الأستاذ بالكلية

٨ ــ تعليقان على أحكام محاكم مختلفة ١٦٥
للدكتور عبد السلام على المزوغى أستاذ القانون المدنى المحاضر ورئيس اللجنة الشعبية بالكلية

ثانياً : مواضيع باللغة الاجنبية :

٩ ـ التطورات الحديثة للعقود النفطية فى ليبيا : إجراءات المشاركة فى
الامتياز ، نهاياتها وما قدمته لسلطة الدولة ... ...
للدكتور عبد الرازق المرتضى سليمان ، محاضر بالكلية

CENTE ÉVOLUTION DES CONTRATS PÉTROLIERS EN
: Les actes de Participation dans Les concessions Petrolières,
boutissements et Leurs apports au Pouvoir de L'Etat.
Abdelrazeg El-Murtadi Suleiman
de con férence à la faculté.

١٠ ـ السياسة المبررة للقواعد الخاصة بتنفيذ الأحكام الأجنبية فى
دراسة مقارنة ... ...
للأخ أحمد الجهانى ، المحاضر المساعد بالكلية

OLICIES UNDERLAYING THE RULES
FORCEMENT OF FOREING JUDGMENTS
BYE : A COMPARATIVE STUDY
Ahmed M. Jehani. Assistant - Lecturer

الإثبات فى الشريعة الإسلامية وفقهها

بقلم
الدكتور محمد الزحيلى
الأستاذ المساعد فى كلية الشريعة بجامعة دمشق

قبل البدء فى وسائل الإثبات فى الشريعة الإسلامية وفقهها لا بد من مقدمات هامة وضرورية ، منها :

أولا ــ الكمال فى الشريعة :

الإسلام عقيدة وشريعة ، شريعة للعمل والحياة ، شريعة للنظام والتطبيق شريعة للسعادة والتقدم ، شريعة تنظم علاقة الإنسان بربه ، وتحكم علاقته بنفسه ، وتواكب علاقته بأفراد مجتمعه .

والشريعة حقوق وواجبات ، أو مكاسب والتزامات ، والله سبحانه وتعالى أرشد إلى أحكم السبل ؛ فشرع الأحكام ، ونظم المعاملات ، وضبط علاقات الناس بعضهم ببعض ، وأقر الحقوق ، وبين الحدود التى يجب الوقوف عندها والالتزام بها ، ومنع الاعتداء عليها ، قال تعالى : « تلك حدود الله فلا تعتدوها ، ومن يتعدى حدود الله فأولئك هم الظالمون » البقرة /٢٢ .

ولكن لنتساءل : ماهى فائدة الحقوق ، وماهى الجدوى من تقريرها والنص عليها ، وتنسيقها بالعبارات ، وتسطيرها فى الكتب ، وصياغتها فى اللوائح والقوانين والدساتير والإعلانات ، والمناداة بها شعاراً للناس ؟ ؟

وأضرب مثالا لذلك (إعلان حقوق الإنسان العالمى) فقد نص على أعظم القيم والمبادىء والمثل ، وتضمن جل الحقوق ، وشمل جميع مايهتم به الإنسان فى حياته ، وما يتطلع إليه فى غده ، وما يحلم به فى مستقبله ، حتى يخيل لقارئه أنه يؤمن الحياة المثالية الخالدة . وقد صدقت عليه جميع الدول والتزمت به ، ولكن ماهو الأثر العملى لذلك ؟ وما هى النتيجة التى وصل إليها ؟

ويكفى أن نلقى نظرة على الواقع العالمى ، ومجريات الحياة الاجتماعية فى مختلف البلدان والشعوب والقارات ، لنعرف الجواب ! ! وقد حاز أفلاطون وأرسطو شرف السبق لهذا الإعلان قبل ألفى سنة فى الجمهورية

الفاضلة ، ولكن ماذا استفاد البشر منها ، وما هو نصيب الفرد العادى
كما أعلنت الثورة الفرنسية مبادئها البراقة ، وشعاراتها الخلابة ثم أ
قانون حقوق الإنسان ، فهل التزمت بهـذه المبادىء فى بلادها
نفذته مع شعوب الأرض ؟ أم انطلقت فى الاستعمار والاضطهاد و
لشعوب المعمورة ؟

إذن : لافائدة من منح الحقوق والنص عليها إذا لم تطبق فعلا
بها الأفراد والجماعات ، وتتوفر لها الحماية والتطبيق والتنفيذ ، سواء
ذلك بالرغبة أم بالرهبة ، بالعقيدة أم بالقوة ، يقول إهرنج ، أحد
الألمان : الحق بدون قوة ملزمة كلمة فارغة لامعنى لها .

وإن الله سبحانه وتعالى أكرم هذه الأمة بخاتمة الشرائع والرسالا
وجعل شريعتها محكمة كاملة ، فقال تعالى : « اليوم أكملت لكم دينكم و أ
عليكم نعمتى ، ورضيت لكم الإسلام ديناً » المائدة / ٣ ، فجاءت الش
الإسلامية خاتمة لما قبلها ، ناسخة ماسبقها ، حاضنة للأحكام السماوية
حتى تحقق للبشرية حياة إنسانية رغيدة ، وتبشرهم بنعيم خالد فى الآخ
فتكلفت هذه الشريعة برعاية الإنسان من مهده إلى لحـده ، ووضع
الأحكام الشرعية الرشيدة ، ومنحته جميع الحقوق يستمتع بها ويمارس
ورسمت له الطريق ، وأرشدته إلى أقوم السبل ، وتوجهت به نحو
الكمال ، وترقت بعواطفه ومشاعره إلى أسمى الغايات فى علاقته ب
ومجتمعه وربه .

فصار المسلم فى نظر الإسلام يتمتع بكافة الحقوق ، وينعم بجميع ال
التى تحقق له السعادة ، ولكن الله تعالى الذى أنزل هذه الشريعة ، وأ
بناءها يعلم الطبيعة البشرية ، والفطرة الإنسانية ، وتكوين الإنسان وما
عليه من حب للذات ، وسير وراء الشهوات ، وطمع فى المال ، وانز
عن الفضيلة ، وأنانية وذاتية ، واتباع للشيطان الذى يجرى فى ابن
مجرى الدم ، لذلك لم تكن الشريعة خيالية ، بل جمعت بين المثالية والواقعية

وانطلاقاً من الواقع البشرى ، وتكميلا لما أقرته من الحقوق ، فقد أوضحت
طريقة استعمالها ، وكيفية التصرف بها ، ثم شرعت السبل لحمايتها .

وقد كلف الله تعالى الدولة الممثلة بسلطتها القضائية ونظامها القضائى بحما
هذه الحقوق والحفاظ عليها ، والقاضى هو الرقيب والحارس لطبيق الأحك
وحفظ الحقوق وردها إلى أصحابها عند الاعتداء عليها ، فيقيم العدل ، وينف
شريعة السماء التى نزلت لإنقاذ الناس من الظلم والظلام ، ويطبق حدود ا
تعالى ، قال عز وجل : « لقد أرسلنا رسلنا بالبينات ، وأنزلنا معهم الكتاب
والميزان ، ليقوم الناس بالقسط » الحديد /٢٥ . وقال تعالى : « وإذا حكم
بين الناس أن تحكموا بالعدل ، إن الله نعما يعظكم به » النساء/٥٨ وقال تعالى
« يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين لله ، شهداء بالقسط ، ولايجرمنكم شنـ
قوم على ألا تعدلوا ، اعدلوا هو أقرب للتقوى ، واتقوا الله إن الله خبير
تعملون » المائدة /٨

ولكن الحق والعدل الذى يريد القاضى إقامته وتحقيقه يتيه بين الأفراد
ولابد من كشفه وإظهاره وبيانه للقاضى ليحكم به ، وإلاضاع الحق ، وذه
فى متاهات الظلم والطغيان ، ومات فى أيدى الطغاة وتحت أرجل الظالمين
وعلى المدعى أن يثبت حقه فى مجلس القضاء ، وإلا فقده ، وأصبح ه
منثوراً ، قال الشاعر :

والدعاوى إن لم يقيموا عليها بينـات أصحابهـا أدعيـاء

ولذلك لابد لحماية الحق من دليل وبينة تثبته وتظهره أمام القضاء
ولذا قيل : الدليل فدية الحق .

وقد أرشدت الشريعة الغراء إلى طرق إثبات الحقوق عند التنا
والتخاصم فيها ، حتى لايستأثر القوى بحقوق الضعيف ، ولايستبد الظ
بأموال المظلومين ، ولايطمع باغ فى دماء البشرية ، ولايستمرىء فا
بأعراض المسلمين .

وقد نظم الإسلام الإثبات ، ونص على الحجج والبينات ، وبذ
الصالح الجهد الكبير فى دراسته وبحثه والتفريع عليه ، ووضعوا
منارات يستضىء بها فى إثبات الحقوق ، وجاء القضاء فى ظل
الإسلامية فأكملوا البناء وزينوه وزخرفوه ، حتى أصبح القضاء و
أنموذجاً ومثلا أعلى لمن ينشد الحق والعدل .

وبذلك كانت الشريعة متكاملة لا يأتيها الباطل من بين يديها
خلفها ، فأعلنت حقوق الإنسان ، وبينت طرق ممارستها واستعمالها ، وأو
سبل حمايتها ، وصرحت بوسائل إثباتها عند الاختلاف ، حتى
الحقوق ، وتفقد قيمتها ، وتصبح فى مهب الرياح أمام العواصف و
والمنازعات .

ثانياً ــ أهمية وسائل الإثبات :

والإثبات أكثر الموضوعات والأحكام مساساً بحياة الناس ، و
المجتمع ، فلا تطلع شمس ، ولا ترفع دعوى ، ولا يطالب بحق ، إلا و
الناس إلى وسائل الإثبات لتأكيد حقوقهم وإثباتها أمام القضاء ، وإن
الإثبات هى الدرع الواقى للحقوق ، والأداة الفعالة فى تحقيق العدل .

وإن الأسلوب الذى يتبعه المشرع فى الإثبات يتوقف عليه ميزان
وإحقاق الحق ، وإن فساد الأسلوب فى الإثبات يحول دون وصول
إلى حقوقهم ، أو يضع العراقيل فى الطريق الموصل إليها ، فيعجز صاحبها

وإن الحاجة ماسة لمعرفة وسائل الإثبات عندما يواجه القاضى ا
ويريد الفصل بين الناس ، وقطع النزاع بينهم ، وإقامة العدل ، و
القسطاس المستقيم ، وحفظ الحقوق لأصحابها ، وقد أمرنا الله تعالى بحف
ونهانا عن إضاعتها والتفريط فيها ، وخاصة إذا ضعفت النفوس ، و
الوازع الدينى ، وغفل المرء عن الرقابة الإلهية ، فطمع بما فى أيدى الآ
ومد عينيه للسطو عليهم .

أما إذا ترك القضاء لأهواء الناس ، وترك القضاة للحكم بمجرد الدعوى ، فإنه ينتشر الظلم ، وتهدر الدماء ، وتسلب الأموال ، وتنتهك الأعراض ، وتسود الفوضى ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال دماء رجال وأموالهم ، ولكن اليمين على المدعى عليه) وفى رواية البيهقى : « ولكن البينة على المدعى واليمين على من أنكر »(١).

وإن المسلمين اليوم بأشد الحاجة إلى بيان وتطبيق قواعد الإثبات الشرعية وصياغتها فى قوانين لحماية حقوقهم ، وقد تجلت هذه الحاجة بالأصوات المرفوعة من القضاة فى مختلف الأقطار العربية والإسلامية ، والمطالبة بتقنين وسائل الإثبات الشرعية ، وقد زار وفد من علماء المسلمين فى أندونيسيا كلية الشريعة فى جامعة دمشق ، وطرحوا هذا الموضوع بالذات ، وبينوا أنهم بحاجة إلى قانون للإثبات مستمد من الشريعة الإسلامية لتطبيقه فى بلادهم ، وأبدوا رغبتهم فى تحديد وسائل الإثبات الشرعية ، وتخريج الوسائل الحديثة عليها ، ويؤكد هذه الضرورة وجود الخصائص والميزات فى الإثبات الشرعى .

ثالثاً — خصائص الإثبات الشرعى :

يختص الإثبات الشرعى بخاصية فريدة ، وميزة عظيمة تؤكد سموه ، وتؤمن تطبيقه ، وتضمن استقامته ، وتصون أحكامه ، وتكفل تنفيذه ، وهى اعتماده على العقيدة والأخلاق ، فيمتاز الفقه الإسلامى على الشرائع الوضعية بالجانب التعبدى فيه الذى يلازم التكاليف الشرعية كلها ، فالأحكام الشرعية لها اعتباران : اعتبار ديانى ، واعتبار قضائى دنيوى ، وإذا كانت الشريعة الإسلامية تشارك القوانين فى الاعتبار القضائى فإنها تمتاز عنها ، وتنفرد بالاعتبار الديانى والمعنى الروحى وأساس فكرة الحلال والحرام والثواب والعقاب التى تقوم عليها عقيدة المسلم . وهذا المعنى هو الذى يتكفل

(١) رواه البخارى ومسلم وأحمد والبيهقى وأصحاب السنن .

بتربية الوازع الدينى عند المسلم ، ويجعل من وازعه الدينى مراقباً
عامة ، وفى وسائل الإثبات خاصة .

كما تمتاز الشريعة الإسلامية بقيامها على الأخلاق التى تعتبر عن
فى حياته ، ورائده فى معاملاته مع الآخرين ، ولذلك كانت أح
الإسلامى تستند إلى دعامتين متينتين هما العقيدة والأخلاق ، أو الوا
والوازع الخلقى .

والإسلام حرص على غرس العقيدة فى وجدان المسلم قب
بالأحكام ، وأحاطه بسياج من الأخلاق بجانب التكاليف، ويظهر
فى سيرة النبى صلى الله عليه وسلم فى مطلع الدعوة ، لأن العقيدة ه
لتنفيذ الأحكام حقيقة ، وهى الحامى لصحة التنفيذ الدقيق وحسن
والبعد عن الانحراف ، وهى الرقيب فى الطاعة الكاملة فى التطبيق
فإن العقيدة وتعاليم الأخلاق ذواتا أثر عظيم وخطير فى الإثبات
وجود العقيدة وسلامة الأخلاق تعتبران المهماز الأساسى فى قبول
الإثبات والاطمئنان إلى صحتها ، وترجيح صدقها على كذبها ،
القناعة منها ، ووجوب القضاء بها .

وإن توفر العقيدة وممارسة العبادات الإسلامية يؤديان إلى تربية
ويحققان تهذيب النفس ، ويدعمان الباعث الدينى ، والشريعة ا
دين وقانون ، وهما قسمان متعاونان متكاملان ، يلتقيان فى شخص
المسلم ، فالناحية الدينية فى العبادة والتربية والأخلاق تتصل بخفايا
وتكون المسئولية أمام الله تعالى الذى يعلم السر وأخفى ، كما تمتزج
الخلقية والقواعد الدينية مع القواعد التشريعية ، فنرى وجوب أداء
مع الترغيب فيها ، وأداء اليمين مع الأجر فى ذكر الله تعالى ، ا
على الحنث فيها .

ويظهر الوازع الدينى فى الإثبات بشكل جلى وظاهر ، فيش

الشهادة العدالة التى تعرف بالتزام الأحكام الشرعية مع اجتناب الكبائر وعدم الإصرار على الصغائر ، ومن هذا الشرط نعرف السبب الرئيسى فى اعتبار الشهادة أهم وسائل الإثبات فى الشريعة ، كما أن الأساس فى مشروعية اليمين اللجوء إلى العقيدة الدينية بإشهاد الله تعالى على صدقه ، وتحمل الحنث والكفارة والهلاك عند الكذب ، وإن طلب اليمين فى الإثبات يعنى قبول عقيدة الحالف والاحتكام إلى ضميره .

كما يتدخل الوازع الدينى فى الإقرار والنكول إيجاباً وسلباً رغم قبوله من البر والفاجر ، واعتمادهما على خلاف الوازع الطبيعى فى الإنسان بإقراره لغيره مع حبه لنفسه ، أو ترك الحلف مع استحقاق الآخر بالنكول ، ومع ذلك تحث العقيدة على الإقرار الصحيح ، والاعتراف بالحقوق لأصحابها وتنهى عن الاعتراف الكاذب الذى يقر به لدوافع خاصة يريد المقر إخفاءها ومثل ذلك كتابة الدين ، واستنباط القرائن ومعاينة الوقائع وتحمل الشهادة وأداؤها .

ولم يكتف المشرع عند هذا الحد ، بل زاد على ذلك ترغيباً وترهيباً ، فحث على أداء الشهادة ، فقال تعالى : « وأقيموا الشهادة لله » الطلاق /٢ ، وقال تعالى : « كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم » النساء /١٣٥ وقال عز وجل : « ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا » ، « ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه » البقرة / ٢٨٢ ، وبين الرسول الكريم كيفية تحمل الشهادة وأدائها ووجوب اعتمادها على اليقين ، فقال عليه الصلاة والسلام للسائل : ترى الشمس ؟ قال : نعم ، قال : على مثلها فاشهد أو دع (١) ورهب الشارع الحكيم من شهادة الزور ، وجعلها فى مرتبة الإشراك بالله واعتبرها من أكبر الكبائر ، وهدد مرتكبها بالويل والثبور ، وحذر من اليمين الغموس التى تغمس صاحبها فى النار ، وتذر الديار بلاقع ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (ألا أنبئكم بأكبر الكبائر ؟ قلنا : بلى يارسول الله

(١) رواه البيهقى والحاكم .

قال : الإشراك بالله ، وعقوق الوالدين ، وكان متكئاً فجلس ألا وقول الزور ، ألا وشهادة الزور ، فما زال يكررها حتى سكت)[1] .

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (لن تزول قدم شا حتى يوجب الله له النار[2] » . وقال عليه الصلاة والسلام : (الإشراك بالله ، وعقوق الوالدين ، وقتل النفس ، واليمين الغموس وقال : (عدلت شهادة الزور الإشراك بالله ، ثلاث مرات ، « فاجتنبوا الرجس من الأوثان ، واجتنبوا قول الزور ، حنفاء مشركين به »[4] ، وقال عليه الصلاة والسلام : (من اقتطع ما مسلم بيمينه فقد أوجب الله له النار ، وحرم عليه الجنة ، فقال رج كان شيئاً يسيراً ؟ قال : (وإن كان قضيباً من أراك)[5] . وفى رو حلف على يمين هو فيها فاجر ، ليقتطع بها مال امرىء مسلم ، ت وهو عليه غضبان)[6] .

وأمر الله تعالى كاتب الوثائق بالتقوى ومراعاة أحكام الله ن يعلمها فى كتابته ، فقال جل وعلا : « وليكتب بينكم كاتب ولا يأب كاتب أن يكتب كما علمه الله ، فليكتب وليملل الذى عليه وليتق الله ربه » البقرة / ٢٨٢

وإذا تعسرت وسائل الإثبات ، أو تمكن أحد الخصوم من قل إلى باطل ، بإثبات ماادعاه زوراً وبهتاناً ، لم يبق إلا الوازع الدي أشار إليه النبى الكريم عندما قال : (إنما أنا بشر ، وإنكم تختصمو

(١) رواه البخارى ومسلم والترمذى وأحمد والبيهقى عن أبى بكر .
(٢) رواه ابن ماجه والشافعى والحاكم .
(٣) رواه البخارى والنسائى والترمذى وأحمد والبيهقى والحاكم .
(٤) رواه أبو داود والترمذى وابن ماجه وأحمد والبيهقى .
(٥) رواه مسلم والنسائى وابن ماجه وأحمد والشافعى عن أبى أمامة .
(٦) رواه البخارى ومسلم وأصحاب السنن وأحمد والبيهقى عن ابن مسعود .

ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض ، فأقضى له بنحو ما أسمع ، فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه ، فإنما أقطع له قطعة من النار »[1] .

ومن ذلك نرى أن القيم الخلقية ومبادىء العقيدة تسهم بنصيب وافر فى الإثبات ، وتوفر له الحيطة والاطمئنان فى الأداء والفصل فى النزاع ، وتجعل من الإخلال به مناطاً للجزاء الأخروى ، لأن المسلم يشعر عند أداء الشهادة والإقرار بالحق والإقدام على اليمين وكتابة الحقوق واستنباط القرائن أنه ينفذ أحكام الله تعالى ، فيطمع فى مرضاة الله ، ويقوم بها بوحى من نفسه ، لاخوفاً من حاكم ، ولا رهبة من سلطان ، ولا تهرباً من غرامة .

وكذلك فإن التربية الروحية والالتزام الأخلاقى يكونان السند الحصين فى وسائل الإثبات ، ولا أعدو الحقيقة إذا قلت : إن الأخلاق الفاضلة والعقيدة السليمة هى أساس وسائل الإثبات ، ومنطق العدل ، وركيزة الحق والقسطاس المستقيم ، وإلا فلنسأل : ماهو الرادع عن شهادة الزور ؟ وما هو الحافز إلى الإقرار بالحق ؟ وما هو المعتمد فى اليمين ؟ وما هو الضامن والجزاء الحقيقى فى الكتابة المشبوهة والتزوير والمحاكاة ؟ ولئن بادر إنسان للإجابة عن ذلك بما يشرع من جزاء رادع ، وعقوبة صارمة لمن يرتكب ذلك ، فأقول فوراً : إن القانون إن عثر على حالة واحدة فلا يصل إلى بقية الحالات ، ويفوته أكثر مما وجد ، كما أنه لا يحكم إلا على الظاهر ، وكم تخفى البواطن من حقائق ؟ وكم يجرى فى السر ومن وراء الكواليس من أعمال ؟ وكم قصر الحاكم عن تناول جميع المجرمين ؟ وكم ضاعت حقوق ، وأهدرت دماء بالباطل ؟ .

أما صاحب العقيدة والأخلاق فإنه يميز بين الحلال والحرام ، ولعل فكرة الحلال والحرام المبثوثة فى بطون الفقه الإسلامى أهم هذه الدعائم

---

(١) رواه البخارى ومسلم وأصحاب السنن والبيهقى ومالك والشافعى وأحمد .

وأنجع الوسائل فى قطع دابر الظلم ، وإقامة التعاون والمحبة والطمأنينة فى ربوع المعمورة ، فإذا عجزت الوسائل المادية عن إثبات الحق الوسائل الروحية والخلقية ، وبرزت فكرة الحلال والحرام ، مشاعر المسلم وخلجات المؤمن لتحثه على التزام الحق والعمل به .

فالإسلام اتجه إلى تربية الفرد وإعداده إعداداً كاملا بحيث يقيم رقيباً على أعماله وتصرفاته ، ويجعل من إيمانه بالله تعالى ، الذى يعلم ما يعلم من الجهر ، رقيباً ومشرفاً ووازعاً للمحافظة على حقوق والإقرار بها لهم ، وتحريم أموال بعضهم على بعض ، والمشاركة العدل عن طريق الشهادة ، والترهيب من شهادة الزور ، لما ورد التهديد والوعيد والويل والثبور لمن يرتكبها ، أو يتنكب الصراط فى أقواله .

وأعود لأسأل مرة ثانية : أى مسلم يشعر بحلاوة الإيمان ، قلبه ذرة من إيمان يجرؤ على شهادة الزور ، أو يجهر باليمين أو يرتكب جريمة التزوير ، وهو يعلم الجزاء الرهيب من علام الغيوب

وهكذا نجد الأحكام الشرعية تقوم على أسس الأخلاق و التشريع لتحقيق القسط ، والمحافظة على الحقوق ، ونشر ر والعدل ، وهو ما يحلم به فقهاء القانون الوضعى .

وإن استناد الحقوق إلى الأخلاق هو أعلى درجات السمو الذى سيصل بالإنسان إلى الكمال الذى ترمى إليه مقاصد الشريعة .

وقد أسهبت قليلا فى أثر العقيدة والأخلاق على التشريع عام الإثبات خاصة ، لأن هذا المعنى توارى عن أنظار المسلمين الحكام والمشرعون ، وأغفله شراح القوانين ، وأختم هذه الن المرحوم محمود شلتوت : والعقيدة فى الوضع الإسلامى هى الأ تبنى عليه الشريعة ، والشريعة أثر تستتبع العقيدة ، ومن ثم

للشريعة فى الإسلام إلا بوجود العقيدة ، كما لا ازدهار للشريعة إلا فى ظل العقيدة . . . وإذن فالإسلام يحتم تعانق الشريعة والعقيدة ، بحيث لا تنفرد إحداهما عن الأخرى ، على أن تكون العقيدة أصلا يدفع إلى الشريعة ، والشريعة تلبية لانفعال القلب بالعقيدة ، وقد كان هذا التعانق طريق النجاة والفوز بما أعد الله لعباده المؤمنين ، وعليه فمن آمن بالعقيدة وألغى الشريعة ، أو أخذ بالشريعة وأهدر العقيدة ، لا يكون مسلماً عند الله ، ولا سالكاً فى حكم الإسلام سبيل النجاة(١) .

أنواع وسائل الإثبات :

إن وسائل الإثبات التى أقرتها الشريعة الإسلامية للاعتماد عليها والأخذ بها سبعة وسائل أصلية ، وتحت كل منها أنواع وفروع كثيرة ، ونحن نستعرض بإيجاز واختصار هذه الوسائل ، ونبين ماينندرج تحتها من أنواع وفروع ، ثم نذكر الحالات والوقائع والحقوق التى يجوز إثباتها بكل نوع منها

أولا — الشهادة :

تعريفها : الشهادة إخبار الشخص بحق للغير على الغير بلفظ أشهد وأكد جمهور الأئمة على أداء الشهادة بلفظ (أشهد) وبصيغة المضارع لأنه يتضمن المشاهدة حقيقة فى الماضى ، والإخبار جزماً فى الحاضر ، ولا معناها يتضمن — لغة — القسم واليمين ، والقصد هو التأكد والجزم والقطع

مشروعيتها : اتفق المسلمون على مشروعية الإثبات بالشهادة ، لثبو فى القرآن الكريم والسنة والإجماع والمعقول ، ونكتفى ببعض الأدلة م الكتاب والسنة ، قال تعالى : « واستشهدوا شهيدين من رجالكم ... ثم قال تعالى فى نفس الآية : « وأشهدوا إذا تبايعتم » .. وقال : « ولا يأ

---

(١) الإسلام عقيدة وشريعة .

الشهداء إذا مادعوا » البقرة /٢٨٢ ، ثم قال تعالى : « ولا تكت
البقرة /٢٨٣ ، وقال تعالى : « فإذا دفعتم إليهم أموالهم فأش
النساء / ٦ ، وقال تعالى : « وأشهدوا ذوى عدل منكم » ال
فهذه الآيات الكريمة تطلب الإشهاد لتوثيق الحقوق وتثبي
خشية النكران ، فتكون الشهادة حجة وبرهاناً ودليلا أمام القض
من التوثيق هو الاعتماد على الشهادة عند التنازع حفظاً للحقو
من الضياع ، وقد جعل الله تعالى إقامة الشهادة حقاً له ،
« وأقيموا الشهادة لله » الطلاق / ٢ ، وقال رسول الله صلى
لرجل اختصم إليه : (شاهداك أو يمينه)[1] ، وقال لرجل
بينة ؟ قال : لا ، قال : فلك يمينه)[2] ، وقال عليه الص
لرجل عندما سأله عن الشهادة ، قال للسائل : هل ترى الشم
نعم ، قال : على مثلها فأشهد أودع[3] .

شروطها : اشترط الفقهاء شروطاً كثيرة فى الشاهد ، لض
ومراعاة الاحتياط ، واجتناب التهمة والشبهة ، وهذه الشروط
عليه ، وبعضها مختلف فيه ، منها أن يكون الشاهد مسلماً بالغ
رشيداً بصيراً ناطقاً متيقظاً عالماً بالمشهود به ، وأن يكون عدل
يجتنب الكبائر ولا يصر على الصغائر ، وأن يكون ذا مروء
يتخلق بخلق أمثاله ، وأن لا يكون الشاهد محدوداً فى قذف ،
متهماً لقرابة أوخصومة أو عداوة أو شركة وغيرها .

نصاب الشهادة : وهو القدر المعتبر لوجوبها ، أو ه
عليه وجودها الشرعى ، وقد اشترط الأئمة الأربعة و
والزيدية والإمامية والأباضية والظاهرية العدد فى نصاب الش
لاتقبل شهادة الشاهد الواحد إلا استثناء فى بعض الصور التى

(١) رواه البخارى ومسلم وأصحاب السنن وأحمد .
(٢) رواه مسلم وأبو داود والنسائى والترمذى .
(٣) رواه البيهقى والحاكم وصححه .

الأخبار والرواية أو للضرورة ، وذهب ابن تيمية وابن القيم ، وهو مروى عن القاضى شريح ورزارة ابن أبى أوفى ومعاوية إلى عدم اشتراط العدد فى النصاب ، والاكتفاء بالشاهد الواحد فى القضاء ، وهذا قول شاذ ، وسوف نعود إلى بيانه قريباً .

وإن الوجود الشرعى للشهادة يتنوع بحسب نصابها إلى عدة أنواع ، وهى مراتب الشهادة :

١ ـ شهادة الرجلين :

اتفق الفقهاء جميعاً على مشروعية الإثبات بشهادة رجلين ، وأنها حجة شرعية تثبت المشهود به ، وتجعله كالعيان ، وتلزم القاضى بإصدار الحكم ، وإجبار المشهود عليه بموجب الشهادة ، متى تحقق من صحة الشهادة ، وتوفرت الشروط السابقة ، قال الإمام القرافى : ماعلمت عندنا ولا عند غيرنا خلافاً فى قبول شهادة شاهدين مسلمين عدلين فى الدماء والديون[1] .

واستدلوا بالأدلة السابقة فى مشروعية الشهادة ، التى حددت العدد باثنين ، مع قوله تعالى : « شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم » المائدة /١٠٦ ، وقوله صلى الله عليه وسلم : (لا نكاح إلا بولى وشاهدى عدل)[2] .

والقاعدة العامة أن شهادة الرجلين حجة كاملة يجوز الإثبات بها فى جميع الحقوق سواء فى ذلك العقود المالية كالبيع والإجارة والرهن ، أو فى التصرفات الإرادية المنفردة التى تصدر من شخص بانفراده كالهبة والوصية أو فى الأحوال الشخصية كالنكاح والطلاق والنسب والميراث ، أو فى الحدود كالسرقة والقذف والشرب ، أو فى الجنايات كالقتل والقطع أو فى التعزيرات ، كما يجوز الإثبات بها فى جميع الوقائع والحوادث كالضر

---

(١) الفروق ، له : ٤/٨٦

(٢) رواه البيهقى فى السنن الكبرى ، والطبرانى فى الكبير ، وقال الذهبى : إسناده صحيح .

والإيذاء والإتلاف ، وفيما لا يطلع عليه الرجال غالباً مثل عيوب
والولادة والاستهلال والرضاع وغير ذلك .

ويستثنى من قاعدة ما يجوز إثباته بشهادة رجلين حالتان فقط ،
الإثبات فيهما بشهادة رجلين ، بل يحتاج إلى أمر زائد ، الحالة ١ لأو
عليها ، وهى إثبات الزنى كما سيأتى ، والحالة الثانية مختلف فيها
إثبات حالة الإعسار لشخص عرف له مال ، وادعى التلف و
والفقر ، فقال الإمام أحمد وبعض الشافعية : لا يكفى رجلان ، ب
من ثلاثة رجال لحديث قبيصة بن مخارق الهلالى : (ورجل أص
حتى يقول ثلاثة من ذوى الحجى من قومه : لقد أصابت فلاناً فاق
له المسألة حتى يصيب قواماً من عيش)(١) . وقال جماهير العلم
رجلان لإثبات الإعسار للنصوص الأخرى الصحيحة ، وإن هذا
لحل المسألة ، وليس لإثبات الإعسار أمام القاضى .

وذهب ابن أبى ليلى وشريح والنخعى والشعبى وابن القيم
وجوب إلزام القاضى بشهادة الشاهدين ولو توفرت الشر
وعدم اعتبارها بينة كاملة إلا بعد أن يحلف المدعى يميناً على صح
واستحقاق المدعى به لاستظهار الحق بأقصى مايمكن ، فالنصاب ف
شاهدان ويمين ، قال ابن رشد : وكل متفق أن الحكم يجب ب
من غير يمين المدعى إلا ابن أبى ليلى ، فإنه قال : لا بد من يم
وقال شريح : لو أثبت عندى كذا وكذا شاهداً ماقضيت لك حتى ت
وهذه آراء شاذة ولا مجال لمناقشتها والرد عليها .

٢ ـ شهادة أربعة رجال فى الزنى :

اتفق الفقهاء على عدم الاكتفاء بشهادة رجلين فى الزنى ، و

---

(١) رواه مسلم وأبو داود وابن خزيمة وابن حيان .
(٢) بداية المجتهد : ٢/٥٠١
(٣) المغنى ، لابن قدامة : ١٠/٢٤٦

فى إثباته أربعة رجال ، لقوله تعالى : « واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم » النساء /١٥ ، وقوله تعالى : « لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء ، فاذ لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون النور / ١٣ .

ونصاب الأربعة محصور فى حالة الزنى فقط بإجماع المسلمين ، والحكمة من ذلك أن الله تعالى يحب الستر على عباده ، كما أن جريمة الزنى لا تقع إلا من اثنين ، فكأن كل شاهدين يشهدان على أحدهما ، ولا يقبل فى ذلك إلا الرجال باتفاق المذاهب الأربعة ، لحديث الزهرى : (مضت السنة أنه لا يجوز شهادة النساء فى الحدود ولا فى النكاح والطلاق)(١) .

وذهب ابن حزم الظاهرى إلى جواز شهادة النساء والرجال فى الزنى وهو مروى عن عطاء وحماد ، وذهب الإمامية إلى أنه يثبت الزنى مع الرجال بأربعة رجال ، أو بثلاثة رجال وامرأتين ، ويثبت الزنى مع الجلد بما سوى وبرجلين وأربع نساء .

٣ ـ شهادة الرجل والمرأتين :

لقوله تعالى : « واستشهدوا شهيدين من رجالكم ، فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء ، أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى » البقرة / ٢٨٢

فالآية الكريمة صريحة فى جواز شهادة الرجل مع المرأتين ، ويثبت الحق أمام القاضى إذا شهد رجل وامرأتان ، ويلزم القاضى بالحكم بشهادتهم مع الرجل ، وقوله تعالى : « فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان » هذه ألفاظ الابدال ، وظاهره يعنى ألا تجوز شهادة النساء إلا عند تعذر شهادة الرجال ، وهذا ليس على ظاهره ، ولو أراد الله تعالى ذلك لقال : «

(١) رواه مالك وابن أبى شيبة .

لم يوجد رجلان » ولكن الله تعالى قال : « فإن لم يكونا » وهذا
الوجود وحالة العدم ، فهو من قبيل التخيير ، كما قال علماء التفسير

ولكن الترتيب فى الآية يفيد أن شهادة الرجلين أقوى من
والمرأتين ، لذلك رجح بعض الفقهاء شهادة الرجلين على
والمرأتين ، قال بعضهم الآخر : لاترجح ، لأن كلا منهما
كما هو موضح فى تعارض البينات .

وقد أشارت الآية الكريمة إلى السبب فى إقامة امرأتين مقام
فى الشهادة ، بلفظ « فتذكر » من التذكار ، أى يحصل لها
من الأشهاد ، بعد قوله تعالى : « أن تضل إحداهما » والضلال
والغفلة التى يعقبها الذكر ، والحكمة من جعل شهادة المرأة
الرجل يتجلى فى المكانة الاجتماعية والمركز الخاص الذى هيأه
والوظيفة المقدسة التى أعدها لها ، بعيدة عن الاختلاط المريب
المالية وغيره مما لا مجال لذكره هنا ، وليس إهانة وانتقاص
كما يحلو لتجار الجنس وأتباع المستعمر أن يروجوا .

واتفق الفقهاء على جواز شهادة الرجل والمرأتين فى المال
إليه كالبيع والإجارة والرهن والضمان ومال السرقة والخلع ،
الرجل والمرأتين جاءت فى آية المداينة التى تتضمن الديون أو السلم
عليها المال ، وما يقصد منه المال ، ولكثرة وقوع حالات المال
البلوى بها .

واتفق أئمة المذاهب الأربعة على عدم قبول شهادة الرجل
فى الحدود والقصاص ، خلافاً لابن حزم وحماد فيهما ، و
الزنى ، كما سبق .

ثم اختلف أئمة المذاهب فى قبول شهادة الرجل والمرأتين فى إثبات ماليس بمال ، ولا يؤول إلى مال ، كأحكام الأبدان وغيرها من النكاح والطلاق والرجعة والعدة والوصية والنسب والوقف والوكالة على قولين :

القول الأول : عدم جواز شهادة الرجل والمرأتين فيما ليس بمال ولا يؤول إلى مال ، ولا تثبت إلا برجلين ، وهو مذهب المالكية والشافعية والحنابلة والإمامية ، وهو مروى عن الزهرى والنخعى وأهل المدينة وسعيد ابن المسيب والحسن وربيعة وقتادة والأوزاعى وعمر بن عبد العزيز رضى الله عن الجميع ، لاقتصار الآية على المال ، فلا تتعدى إلى غيره .

القول الثانى : جواز شهادة الرجل والمرأتين فيما ليس بمال ، ولا يؤول إلى المال ، فتقبل شهادتهم فى أحكام الأبدان والأحوال الشخصية ، وهو مذهب الحنفية والحنابلة فى رواية والزيدية والإمامية فى قول والظاهرية وهو مروى عن جابر بن يزيد وإياس بن معاوية والشعبى والثورى وإسحاق وأصحاب الرأى وعطاء ، لأن لفظ « فرجل وامرأتان » مطلق عن معين من الحقوق ، فيعم جميع المواضع والحقوق ، وعرض الأدلة ومناقشتها متوفر فى كتب المذاهب .

٤ ـ الشاهد واليمين :

الإثبات بالشاهد واليمين هو أن يؤدى الشهادة أمام القاضى شاهد واحد ويتعذر على المدعى إقامة شاهد ثان لتكميل النصاب الشرعى فى الشهادة جماهير العلماء ؛ فيكلفه القاضى أن يحلف على حقه ، ويقوم هذا اليمين مقام الشاهد الآخر ، فتكمل الشهادة الشرعية ، ويستحق المدعى ما ادعى ويلتزم القاضى بالقضاء والحكم بالمدعى به ، لحديث ابن عباس رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : (قضى بيمين مع الشاهد)(١) وحديث جابر رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم

(١) رواه مسلم وأحمد وأبو داود وابن ماجه والنسائى والشافعى والحاكم .

باليمين مع الشاهد[1] . وحديث على كرم الله وجهه أن رسول الله عليه وسلم قضى بشهادة شاهد واحد ويمين صاحب الحق[2] . من الأحاديث الكثيرة الصحيحة .

وهذا قول المالكية والشافعية والحنابلة والإمامية والزيدية والخلفاء الراشدين ؛ وهو مروى عن عدد كبير من الصحابة وفقهاء المدينة السبعة .

واتفق القائلون بمشروعية الإثبات بالشاهد واليمين على أنه يجب بهما فى المال ، وما يؤول إلى المال .

كما اتفقوا على عدم جواز القضاء بهما فى الحدود ؛ بالشبهات ، ولأنها من حق الله تعالى .

ثم اختلفوا فى جواز القضاء بهما فى غير الأموال والحدود القصاص وحقوق الأبدان من الأحوال الشخصية وغير ذلك .

فذهب ابن حزم الظاهرى إلى أن القضاء بالشاهد واليمين القصاص وجميع حقوق الأبدان كالنكاح والطلاق والرجعة الأحاديث التى شرعت الإثبات بهما .

وذهب الزيدية إلى أن القضاء بالشاهد واليمين جائز فى أحكا والأموال كابن حزم ، وغير جائز فى القصاص ، لأنها تدرأ كالحدود .

وذهب المالكية والشافعية والحنابلة والإمامية إلى أن القضا

---

(١) رواه أحمد والترمذى وابن ماجه ، وروى مثله أبو داود والترمذى وابن عن أبى هريرة رضى الله عنه .

(٢) رواه أحمد والدارقطنى والبيهقى ومالك والشافعى ، ورواه الترمذى عن على رضى الله عنه ، ثم قال : وقضى به فى العراق .

واليمين غير جائز فى أحكام الأبدان ولا فى القصاص ، وإنما يقتصر القضاء
بهما فى الأموال وما يؤول إلى مال ، لما جاء فى رواية أحمد فى حديث ابن عباس
عن عمرو راوى الحديث : إنما كان ذلك فى الأموال ، وروى الشافعى
فى حديث على رضى الله عنه أن جعفراً راوى الحديث قال : فى الدين .

وأنكر الحنفية والأباضية وبعض المالكية القضاء بالشاهد واليمين
وأنه لا بد من شاهد آخر ، وإلا حلف المدعى عليه ، لعدم ثبوت الأحاديث
السابقة عندهم ، وأخذاً بعموم أحاديث وآيات الشاهدين أو الشاهد والمرأتين
وهو رأى الأوزاعى والليث والزهرى وأصحاب الرأى وبعض التابعين .

٥ ــ المرأتان واليمين :

ذهب المالكية وابن حزم والحنابلة فى وجه ، كما حكاه ابن القيم
واختاره ابن تيمية إلى جواز القضاء بشهادة المرأتين مع يمين المدعى قياساً
على جواز القضاء بالشاهد الرجل واليمين ، فقاسوا المرأتين فى الشهادة على
الرجل ، بجامع قبول شهادة كل منهما ، فكما يجوز القضاء بشهادة الرجل
مع اليمين ، فكذلك يجوز القضاء بشهادة المرأتين مع اليمين ، والدليل على
قيام شهادة المرأتين مقام شهادة الرجل قوله تعالى : « فرجل وامرأتان »
وقوله صلى الله عليه وسلم : (شهادة امرأتين تعدل شهادة رجل)(١)
وإذا قامت المرأتان مقام الرجل فيجوز القضاء بشهادتهما مع اليمين ، ولأن
قبول شهادة المرأتين مع اليمين مثل قبول شهادة المرأتين مع الرجل لتوفر
العدالة والعدد ، فقبولهما مع الرجل ليس لمعنى فى الرجل ، بل لتوفر
العدالة فيهما ، ولأن المدعى يحلف مع نكول المدعى عليه لقوة جانبه
بالنكول ، ومع شهادة المرأتين فإن جانبه يصبح أقوى من حالة النكول .

وذهب الشافعية والحنابلة والزيدية والإمامية إلى منع القضاء بالمرأ

---

(١) هذا جزء من حديث رواه البخارى ومسلم والبيهقى وأبو داود والترمذى وابن
وأحمد والحاكم عن عبد الله بن عمر .

واليمين ، لأن شهادة المرأتين ضعيفة ، وتقبل للضرورة ، والضرو
بقدرها ، ولا يزاد عليها ، وانجبرت بانضمام الرجل إليها ، والإثبا
ضعيف ، فالإثبات بامرأتين ويمين هو ضم ضعيف إلى ضعيف
فى مجال الإثبات ، وهذا ما يقوله الحنفية والأباضية بالأولى ، لأنهم
القضاء بالشاهد واليمين أصلا .

٦ ــ شهادة النساء منفردات :

وهى أن يؤدى الشهادة أمام القاضى عدد من النساء ليس معهن
وقد اتفق الفقهاء (إلا ماينقله ابن حزم عن زفر صاحب أبى حنيفة
على مشروعية القضاء بشهادة النساء منفردات فيما لا يطلع عليه
كالولادة والبكارة وعيوب النساء التى تخفى على الرجال ، لما رواه
قال : (مضت السنة أن تجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غ
ولادات النساء وعيوبهن)(١) ، ولما رواه ابن عمر رضى الله ع
(لاتجوز شهادة النساء وحدهن إلا على ما لا يطلع عليه إلا هن من
النساء ، ومايشبه ذلك من حملهن وحيضهن)(٢) . ولأن هذه
لايطلع عليها الرجال فى العادة ، وإذا لم تقبل شهادة النساء وحدهن
الأحكام وهدرت الحقوق عند التجاحد والتنازع ، فتقبل شهادتهن ل

ولكن العلماء اختلفوا فى العدد المطلوب فى الشهادة على ع
أشهرها ثلاثة :

الأول : أن نصاب الشهادة من النساء واحدة ، والثنتان أحو
مذهب الحنفية وأحمد فى أشهر رواية عنه ومذهب الأباضية
والأوزاعى ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة القابلة وح

(١) رواه عبد الرزاق فى مصنفه وابن أبى شيبة .
(٢) رواه عبد الرزاق ، وحدث به سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير وعبيدالله بن ع
(٣) رواه البيهقى والدارقطنى والطبرانى فى الأوسط ، وهو حديث ضعيف
باطل لا أصل له .

ويقول الكاسانى : العدد فى الشهادة ثبت تعبداً غير معقول المعنى فيقتصر على الحالات التى ورد بها ، ولم يرد فى شهادة النساء منفردات ، فلا تقاس على غيرها ويبقى على الأصل كالرواية(١) .

والثانى : أن نصاب الشهادة من النساء أربع نسوة ، وهو مذهب الشافعية والأباضية فى قول ، وإليه ذهب الظاهرية والإمامية إلا فى الرضاع عندهما فواحدة ، واستدلوا على رأيهم بأن الله تعالى جعل شهادة المرأتين تساوى شهادة رجل واحد ، ونصاب الشهادة رجلان ، فالنصاب من النساء أربع .

والثالث : أن نصاب الشهادة من النساء امرأتان ، وهو مذهب مالك والثورى وأحمد فى رواية ، وقاسوا نصاب النساء وهن منفردات على نصاب الرجال وهم منفردون بجامع مشروعية الشهادة وصحتها فى كل منهما فيما يخصه .

أما الحالات التى يجوز فيها القضاء بشهادة النساء منفردات فقد اتفق الفقهاء على قبولها فى عيوب النساء وما لا يطلع عليه الرجال غالباً من حالات النساء وشئونهن ، واقتصر جماهير العلماء على ذلك لما ورد فيه من النصوص السابقة ، بينما توسع ابن حزم الظاهرى فأجاز شهادة النساء منفردات فى الحدود والقصاص والأموال والأبدان وفى كل شىء وهو تساهل عجيب منه(٢) .

٧ ـ شهادة الشاهد الواحد :

سبق القول أن الأئمة الأربعة وجماهير الفقهاء والزيدية والإمامية والأباضية والظاهرية اشترطوا العدد فى نصاب الشهادة ، وأنه لا تقبل شهادة الشاهد الواحد إلا استثناء فى بعض الصور التى هى من قبيل الأخبار

(١) بدائع الصنائع ، له : ٦/٢٧٨ ، وانظر : كشاف القناع : ٤/٢٧١
(٢) المحلى ، ابن حزم ٩/٣٩٦

أو الرواية أو للضرورة ، واستدلوا على رأيهم بأدلة كثيرة
والسنة ، منها قوله تعالى : « واستشهدوا شهيدين من رجالكم ،
رجلين فرجل وامرأتان » البقرة / ٢٨٢ ، وقوله تعالى : « وأ
عدل منكم » الطلاق /٢ ، وقوله تعالى : « شهادة بينكم إذا
الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم » ا
فالعدد صريح بصيغة المثنى ، فلا يجوز الحكم بشاهد واحد
المدعى لثبوته عن رسول الله صلى الله عليه وسلم كما سبق فى الت
عند الجمهور ، وإلا شهادة المرضعة والقابلة عند الحنفية كما سب
النساء منفردات .

واعترض ابن القيم أن الآيات السابقة فى التوثيق والأشهاد
الحق ، وليس لأداء الشهادة أمام القاضى ، فالتوثيق شىء ، وا
القاضى شىء آخر .

ورد عليه العلماء بأن اشتراط العدد فى الأشهاد يلزم منه اش
فى الإثبات ، لأن الأشهاد تمهيد للإثبات أمام القضاء عند التنا
لم يكن للعدد فائدة ، والقول بالاكتفاء بشاهد واحد مخالف لصري
فى الكتاب ، وقد حددت السنة الشريفة النصاب فى طلب
القضاء ، فكانت مفسرة للقرآن ، كما ورد فى القرآن الكريم ط
فى الإثبات أمام القاضى ، قال تعالى : « واللاتى يأتين الفاحشة
فاستشهدوا عليهن أربعة منكم » النساء /١٥ ، وقال تعالى: « لولا
بأربعة شهداء ، فإذ لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم
النور / ١٢ ، وإذا قبلنا شهادة الشاهد الواحد كان النص
والأربعة عبثاً ولا فائدة منه ، وهو محال ، لأنه لاعبث فى الش
أخرج البخارى ومسلم عن الأشعث بن قيس قال : كانت بينى
خصومة فى بئر فاختصمنا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ،
الله : (شاهداك أو يمينه) فهذا نص صريح على اشتراط وطا

النزاع والدعوى للفصل فيها ، ولو كان الشاهد الواحد يكفى للحكم لما أمر
صلى الله عليه وسلم بإحضار شاهدين يشهدان على حقه فى البئر ، وهـ
الحادثة — وغيرها كثير — فى القضاء ومعرض الحكم ، وليست فى التوث
والإشهاد ، وغير ذلك من الأدلة الكثيرة .

وذهب ابن تيمية وابن القيم ، وهو مروى عن القاضى شريح وزرا
ابن أبى أوفى ومعاوية إلى عدم اشتراط العدد فى القضاء ، ويكتفى بشه
الشاهد الواحد ، لقوله تعالى : (إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا) الحجرات/٦
فالآية أمرت بالتثبت والتبين ، ولم تطلب الرد والرفض ، فإن تثبت القاض
من شهادة الواحد وجب عليه أن يحكم بها .

ورد العلماء على هذا الاستدلال بأن الآية الكريمة فى الرواية وا
والشهادة ، وكل من ينقل نبأ ، وقد قيدت فى مجال الشهادة بالعدد
الآيات والأحاديث الأخرى ، وعلى فرض أنها فى الشهادة فليس فيها د
على الاقتصار على مجرد الشهادة لشاهد واحد .

واستدل ابن القيم بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : (من شه
خزيمة فهو حسبه)(١) حيث جعل شهادة خزيمة وحده شهادة
وبينة تامة لا تحتاج إلى شىء آخر ، واكتفى بها فى النزاع وحكم بموجبها .

ورد العلماء على ابن القيم بأن الحديث حجة عليه وليس له لأنه
وخصوصية لخزيمة لا يشاركه فيها أحد من الصحابة ، والدليل على
خصوصية تتمة الحديث : (فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم
خزيمة بشهادة رجلين)(٢) ، وفى رواية أحمد : فكان خزيمة يدع
« ذا الشهادتين » . فيفهم من هذا أن الأصل فى الشهادة رجلان
لخزيمة خصوصية بجعل شهادته شهادة رجلين .

---

(١) رواه أبو داود والنسائى وأحمد والبيهقى .
(٢) رواه أبو داود والحاكم والنسائى والبيهقى .

واستدل ابن القيم أيضاً بحديث ابن عباس أن رسول الله ص
وسلم قبل شهادة أعرابى واحد فى رؤية هلال رمضان ، وأمر الناس
واعترضوا عليه بأن رؤية هلال رمضان هى خبر وليست شهادة
من الشهادة .. ، كما استدل بأن رسول الله صلى الله عليه وسلم
المرضعة وحدها ، وأمر الرجل بترك الزوجة التى رضعت
المرضعة فقط (٢) ، واعترضوا عليه بأن الحديث جواز شهادة ا
فعل نفسها خلافاً للأصل لعدم قبول شهادة الشاهد على فعل نفس
التهمة ، وإن قلنا إنها شهادة فتكون فى الإرضاع خاصة استثناء
بعض الفقهاء ، والاستثناء لا يتوسع فيه .

ونلاحظ أن ابن القيم رحمه الله تعالى قد اشتبه عليه الأمر
الحالات التى وردت بشاهد واحد إما أنها خصوصية ، وإما
إبداء الخبرة ، وأن كل شهادة أجازها الفقهاء بدون نصاب ف
الخبرة كالقابلة وغيرها ، جمعاً بين الأدلة كما سنرى فى بحـ
وأننا نستغرب التناقض الذى وقع فيه ابن القيم ، فهنا يكتفى بالشا
وعند بحث الشاهدين واليمين ، أوبحث يمين الاستظهار نجده
الاستظهار مع الشاهدين ، وأن الشاهدين لا يكفيان فى الإثبا
يجب دعمهما باليمين للاحتياط ، فكيف يكتفى هنا بالشاهد الواح
هناك بالشاهدين مع توفر الشروط فى الحالتين .

وقول ابن تيمية وابن القيم هو ماذهب إليه القانون مع الفرق
والهدف والغاية .

الإثبات بالشهادة اليوم :

وقبل الانتقال إلى الوسيلة الثانية نبين نبذة عن شأن ا

(١) رواه أبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه عن عكرمة عن ابن عباس
(٢) رواه البخارى وأبو داود والنسائى والترمذى .

وحديثاً مع الإشارة إلى موقف القوانين اليوم ، وما يذكره بعض شرا
القوانين المستوردة .

لم يحدد القانون نصاباً للشهادة ، وإنما أجاز شهادة الواحد ، واعتبر
حجة كاملة وبينة تامة ، ولم يفرق بين شاهد وآخر ، وإنما ترك الأمر للقاضى
فى قبول الشهادة ومدى القناعة التى يكونها منها أو ردها ، سواء أكانت
من شاهد واحد أم أكثر ، وسواء أكانت من كبير أم من صغير ناقص
الأهلية . ومن أقوالهم (المدار فى الشهادة على الوزن لا على العدد) أ
ينظرون إلى الكيف لا إلى الكم ، ويصح للقاضى أن يعول على شهادة الفر
وينبذ شهادة الجماعة ، حسبما يوحى إليه ضميره ، وتبعاً للمؤثرات الخاص
التى يستخلصها من وقائع الحال .

والقانون جعل الأصل فى الإثبات الكتابة ، ولكن الإثبات بالكتا
مستحيل فى بعض الحالات كالوقائع المادية ، ويعسر فى بعضها الآخر
وفيه من الضيق والحرج والتعقيد فى قسم ثالث ، لذلك اضطر المشر
للرجوع إلى الإثبات بالشهادة ، ولكنه جعلها فى المرتبة الثانية بعد الكتابة
وحدد الحالات التى تشرع فيها الشهادة وذكرها بالنص .

ونلاحظ أن القانون تساهل فى صفة الشهود وعددهم ، ثم تشدد
تقدير قيمة الشهادة ، وحصر الحالات التى تجوز فيها الشهادة ، ففس
المجال لشهادة الشاهد الواحد ، الرجل والمرأة ، الكبير والصغير ، ثم سل
عن الشهادة أثرها القانونى وقوتها الإثباتية ، وخول القاضى تقدير قيم
الشهادة قبولا ورفضاً وامتناعاً ، كما أوجب تحليف اليمين للشاهد قبل أد
الشهادة .

وهذا يناقض أحكام الشريعة الإسلامية التى حددت بدقة صفا
الشاهد ، ونصت على نصاب الشهادة ، ثم قبلت الإثبات بالشهادة
جميع الأحكام دون تفريق بينها ، ومنحت القاضى ، بل فرضت عليه التأ

من شروط الشاهد وصحة أقواله ، فإن ثبتت صحتها ، وجب عليه
وهكذا أقامت الشريعة التوازن بين حرية القاضى وتقييده ،
يده إلى أقصاها ، ثم تشله فى الطرف الثانى .

وأهمية الشهادة تعود إلى التاريخ القديم ، والحضارات
كانت تعتمد على الشهادة بشكل رئيسى ، وهى أهم وسيـ
بل هى الأصل فى إثبات الحقوق نظراً لتفشى الأمية وقلة الكتابة
المأثورة : المشهود خير من المكتوب ، ومن قواعدهم
(الشهادة) على الكتابة ، ولا تزال كذلك فى التشريع الألمانى و

ومع مرور الزمن فقدت الشهادة أهميتها لانتشار العلم و
وضعف الوازع الدينى ، ورقة الإيمان ، وسوء الأخلاق
الزور وتعقد شئون الحياة ، وتشابك المعاملات التى لا يضبطها
حتى أصبحت أبغض طرق الإثبات عند رجال القانون
واستعمالا ، وصارت وسيلة ثانوية تخضع لتقدير القاضى واجتها

ومن الإنصاف أن نقرر أن الشهادة اليوم قد ضعفت ، وأ
وخدشها الخطأ والكذب والزور ، وتطرق إليها العجز والشيخ
المتبادر فيها ترجيح جانب الكذب على الصدق ، على الر
مطبقة فى قضايا الأحوال الشخصية حتى وقتنا الحاضر ، وم
الكتابة فى سورية ، وتقديم الكتابة عليها فى مصر ، وخضوعها
فى القوانين المدنية .

ونرى أنه لا مانع شرعاً من تقييد حالات قبول الشهادة
كما فعل القانون ، نظراً للحالة الاجتماعية والخلقية السائدة فى الم
بحيث تمنع الشهادة فى القضايا المهمة ، والمبالغ المالية الكبيرة
موثقة ومسجلة فى سجلات وقيود كتابية .

ولكن هذا التقييد حل مؤقت ، ويجب البحث فى وضع الحلول الجذرية ، لأن العزوف عن الشهادة يرجع لأسباب خارجة عنها ، فهى حسنة لا يتبدل حسنها ، ولا تحتمل النسخ ، وإن ورد عليها ما يحتمل القبح ، ولا يزال المشرع فى العصر الحاضر مضطراً للاعتماد عليها فى حالات كثيرة ، فهى الوسيلة الوحيدة فى إثبات الوقائع المادية كالإتلاف والضرر والقتل ... وإن واقع الناس الآن لا يؤثر فى تقييمها ، لأن المفروض عدالة الشهود ، فالشهادة وسيلة للإثبات قديمة قدم الحق ، وستبقى وسيلة للإثبات إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها .

وإن الإثبات فى الشريعة يقوم على مبدأ أساسى ، وقاعدة متينة ، وركيزة ثابتة تنبع من الإيمان والعقيدة والامتثال لأوامر الله تعالى ، فأمر بالإشهاد ، وطلب تحمل الشهادة ، ونهى عن كتمانها ، وبين عقوبة من يخالف ذلك أو يبدله أو يغيره أو يشهد على باطل ، ووضع للشهادة الحدود ، وشرط فيها شروطاً ، وأقام لها ضوابط ، وطلب من القاضى التثبت من حال الشهود والسؤال عنهم (ممن ترضون من الشهداء) .

وإزاء هذا الواقع الاجتماعى والقضائى لانجد طريقاً وعلاجاً إلا العودة إلى العقيدة الدينية والتربية الإسلامية ، نستهدى مبادئها ، ونطبق أحكامها لتستقيم النفس البشرية وتصلح أحوال الراعى والرعية .

وإن الأوصاف والشروط التى وضعتها الشريعة الغراء للشهادة يصعب تحقيقها فى العصر الحاضر مالم تعتمد على عقيدة راسخة ، وذمة ثابتة ، وتربية روحية ، ومراقبة ذاتية ، وخوف من عذاب الله تعالى ، وخشية من عقابه ولذلك نتطلع إلى مجتمع إسلامى تسوده هذه المثل ، لتهذب النفوس ، وتصلح السلوك فى الحياة وعند النزاع وأمام القضاء .

وأخيراً لا بد من التفرقة بين الشهادة الشرعية بصفاتها وشروطها التى يلتزم بها الفقيه أو القاضى المسلم ، وبين واقع القضاء اليوم المنسوب إ

الشريعة فى تطبيق نزر بسيط من الأحكام الشرعية التى يحيطها خضم
من القوانين الوضعية ، وهذا الواقع يحمل القانون الوضعى مسئولي
وليس على الشريعة الإسلامية غبار فى ذلك ، لأن الشريعة كل لا يتج
وبناء كامل يجب أن يطبق كلياً وإلا شوه شكله وفسد تطبيقه ،
الشريعة ليست مسئولة عن مجتمع يحكمه القانون الفرنسى ، وتسوده
التقليد الأعمى للغرب والشرق .

وإن معظم شراح القانون الوضعى تعرضوا — وللأسف الشدي
للشهادة الشرعية ، وقالوا — إما بحسن نية أو خبث طوية — إن أثرها
للقاضى ، ولو لم يقتنع بها ، بل ولو كانت مخالفة للواقع وحقيقة الأ
ثم مرغوا ألسنتهم بالقدح والسخرية والاستهزاء والاستخفاف بقيمة الش
التى أقرتها الشريعة وجعلتها فى المكان الأول .

وهذا القول إن دل على شىء فإنما يدل على الجهل بالأحكام الش
أو التحامل على الشريعة الإسلامية ، وإن نظرة سريعة إلى كتب الفق
الشهادة وشروطها توضح أن الأمر على عكس قولهم تماماً ، وأن الف
وضعوا شروطاً كثيرة لقبول الشهادة لتمييز الخبيث من الطيب ، كاشت
العدالة والمروءة وانتفاء التهمة والريبة والعداوة واشتراط العلم الت
بالمشهود به والمشهود له والمشهود عليه وعدم الغفلة والنسيان فيها وغ
مما يؤكد الدقة الفقهية والاحتياط الشديد والنظرة العميقة والحكم السدي
الشهادة ، فإذا انتفت هذه الشروط فلا تقبل الشهادة أصلا ، والقا
هو المسئول عن توفر هذه الشروط ، وهو الملزم بتطبيقها ليقيم الش
الكاملة ، وإلا اعتبر مقصراً ومرتكباً للإثم الموجب للعزل والتعزير والم
عليه ، ومتى اقتنع بها بعد توفر الشروط فلا عذر لرفضها ، وإذا لم ت
هذه الشروط فلا مسوغ للقاضى أن يعتمد عليها ويصدر الحكم جزافاً فيها

ثانياً — الإقرار :

وهو إخبار الشخص بحق على نفسه لآخر ، ويكون الإقرار بالاعت
وإظهار الحق لفظاً أو كتابة أو إشارة .

والإقرار سيد الأدلة قديماً وحديثاً ، وهو الفصيل الحاسم فى بيان الحقوق ، وإعطائها إلى أصحابها ، وهو أقوى حجة لإنهاء النزاع أمام القاضى ، لأن المدعى عليه إما أن ينكر ، وعندئذ يجب على المدعى القيام بإحضار الدليل ، وتهيئة الحجج والبينات لإثبات حقه ، وإما أن يقر فيقطع النزاع ، ويعفى المدعى من عبء الإثبات لعدم حاجته ، ويصبح الحق المدعى به ظاهراً ، ويلتزم المقر بموجب إقراره ، ولذلك فقد أجازت الشريعة الغراء الإقرار ، وجعلته وسيلة من وسائل الإثبات ، قال الله تعالى فى آية المداينة : « وليملل الذى عليه الحق ، وليتق الله ربه » البقرة /٢٨٢ ، فقد أمر الله تعالى المدين أن يملى على الكاتب الحق الذى عليه للدائن ، والإملاء من المدين إقرار واعتراف بالدين والتزام به ، وإظهار له ، ثم نهاه الله تعالى عن كتمان الحق أو النقص منه ، وقال تعالى : « يأيها الذين آمنو كونوا قوامين بالقسط ، شهداء لله ، ولو على أنفسكم » النساء /١٣٥ ، والشهادة على النفس إقرار بالحق لصاحبه ، والشهادة على النفس أعلى درجات العدل والرحمة اللذين تسعى إليهما الشريعة ، وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لأنس فى حديث العسيف : « واغد يا أنيس إلى امرأة هذا ، فإن اعترفت فارجمها »(١) ، فعلق الحكم برجم المرأة على اعترافها ، فدل على أن الإعتراف حجة ودليل تبنى عليه الأحكام ، وقد حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم بموجب الإقرار وأمر برجم ماعز لاعترافه بالزنى(٢) ، وكذلك رجم الغامدية لإقرارها بالزنى(٣) .

وإن النفس البشرية مجبولة على حب الذات ، والعمل على جلب جميع المصالح ودفع جميع مايمسها من الأذى والضرر والعقاب المادى والبدنى ، كما أن الإنسان مفطور على جمع المال واقتنائه ، فإذا أقدم شخص على

---

(١) رواه البخارى ومسلم وأحمد وأصحاب السنن عن أبى هريرة .

(٢) رواه مسلم وأحمد وأصحاب السنن عن جابر بن سمرة وأبى بكر .

(٣) رواه مسلم والدارقطنى وأبو داود عن بريدة ، وروى مسلم وأبو داود والنسائى والترمذى عن عمر بن حصين حديثاً مثله عن امرأة من جهينة .

الاعتراف بارتكاب المعاصى أو الوقوع فى الخطأ أو إيقاع الضرر با
أو بانشغال ذمته بدين أو باعترافه بعين أو أمانة عنده ، مخالفاً هوا
ومقدماً مصلحة الآخرين ، فإن العقل يرجح جانب الصدق حتى
يقرب من اليقين ، ويبعد احتمال الكذب والتهمة ، لأن العاقل لا يك
غالباً على نفسه كذباً يضرها ، لذلك يكون إقراره دليلا وحجة للق
ووسيلة لإلزام المقر بمقتضى إقراره .

ولا شك أن حكمة مشروعية الإقرار عظيمة جداً ، فإن كثير
الحقوق قد تنعدم فيها الشهود ، وتتعذر فيها الكتابة ، ولا يعرفها إلا أصحا
فلا سبيل إلى إحقاق الحق ورده إلى صاحبه إلا ذمة المدين وضميره ،
أن يقر بها لتصل إلى ذويها ، وإما أن ينكرها ويهضمها ويختلس ح
الآخرين ، فتضيع عليهم ، دون أن يملكوا وسيلة لإثباتها ، أو يأملو
الوصول إلى الحق والعدل فيها ، وذلك أوجب القرآن الكريم إظهار ح
الناس والاعتراف بها لكفالة الإنصاف فى التعامل .

وكلما كانت تربية الفرد عالية ، وعقيدته صافية قوية ، وأخلاقه رف
وإيمانه حقيقياً ، كان الدافع إلى الإقرار صحيحاً وسليما ، وهنا نلمس
العظيم للوازع الدينى فى مراقبة الله تعالى ، والخوف من عقابه ، وا
فى مرضاته وفى تنفيذ أوامره بدافع داخلى ، وباعث ذاتى ، ليقدم
حقوقهم فى الدنيا ، قبل أن يسأل عنها ، ويحاسب بها ، ويجبر عليها ، و
منها يوم القيامة ، يوم لا ينفع مال ولا بنون إلا من أتى الله بقلب سليم .

فالإقرار ذو أثر عظيم وفائدة جلى فى إحقاق الحق وتأمين العدل
فقدان الأدلة والبينات ، وهو أول وسيلة من وسائل الإثبات ،
آخر سهم يلتجىء إليه المدعى للوصول إلى حقه .

ويشترط فى الإقرار أن يكون المقر بالغاً عاقلا ، فلا يصح إقرار
والمجنون والسكران ، وأن يكون المقر مختاراً ، فلا يصح إقرار المك

وأن يكون المقر جاداً لا هازلا ، وأن لا يكون المقر متهماً فى إقراره ، كإقرار المريض مرض الموت لوارثه بدين عليه ، فإنه متهم بالمحاباة عند بعض الفقهاء ؛ وأن لا يكون المقر محجوراً عليه بما يمنع نفاذ التصرفات التى أقر بها ، كالسفيه والمدين المحجور عليهما ، وأن يكون المقر له معيناً وله أهلية التملك ، وألا يكذب المقر له المقر فى إقراره ؛ وأن يكون سبب استحقاق المقر له للمقر به مقبولا عقلا ؛ وأن لا يكون المقر به ملكاً للمقر ، وغير ذلك من شروط المقر والمقر به والمقر له وصيغة الإقرار .

ومتى صدر الإقرار مستوفياً لشروطه الشرعية ترتب عليه إظهار الحق وإلزام المقر بما أقر به ، وإلزام القاضى الحكم بموجبه ، لأن المرء مؤاخذ بإقراره .

والإقرار يقطع النزاع وينهى الخلاف ويجعل المدعى به ثابتاً غير متنازع عليه ؛ ويقتصر حكم القاضى على الأمر بالتسليم ودفع المقر به ، ولهذا اعتبر الفقهاء الإقرار وسيلة للإثبات مجازاً وليس حقيقة ، لأن البينات والحجج لإثبات الحق المتنازع فيه ، وفى حالة الإقرار أصبح الحق ثابتاً بنفس الإقرار ، فارتفع مناط النزاع والخلاف .

والإقرار حجة كاملة فى الإثبات ، فلا يحتاج إلى مايؤيده ويدعمه ، بل هو سيد الأدلة ، لكن الإقرار حجة قاصرة على المقر نفسه ، ولا يتعداه إلى غيره ، لأنه لا ولاية له على غيره ، بخلاف الشهادة فإنها حجة متعدية ، وقد يتعدى الإقرار إلى غير المقر استثناء فى بعض الحالات عند بعض الفقهاء كما يشترط بعض الفقهاء الإشهاد على الإقرار فى مجلس القضاء خشية رجوع المقر عن إقراره ، أو إنكاره الإقرار السابق ، ويجوز سماع الشهادة مع الإقرار إذا كان فيها فائدة للمقر له ، كتعدى الحكم من المقر إلى غيره .

ويتفق الفقهاء على أن الإقرار يثبت به جميع الحقوق ، ولا يخرج عن جواز الإثبات به حق من الحقوق ، وقد ذكر الفقهاء فى كتبهم الضوابط

التى تحدد الحالات التى تثبت بالإقرار ، كقولهم : (كل شىء ج
المطالبة به جاز الإقرار به) ، وقولهم : (كل مايجوز الانتفاع به
الإقرار به) وقاعدة : مايجوز الانتفاع به ، وتقع عليه الحيازة يجوز الإ
به ، وقاعدة : كل مايملك الشخص إنشاءه يملك الإقرار به ، ومالايم
فيه تفصيل .

وهناك مسائل وقضايا تتعلق بالإقرار ، ويترتب عليها نتائج كثي
وقد تختلف آراء الفقهاء فيها ، مثل تجزئة الإقرار ، سواء كان بسي
مركباً أم موصوفاً ، ومثل الإقرار بالنسب والإقرار فى مرض
والإقرار بالكتابة وغيرها مما هو مشروح فى كتب الفقه بدقة وت
وإحكام ، ولا مجال لذكره هنا .

وأحكام الإقرار فى القانون متفقة تماماً مع أحكام الإقرار فى الـ
الإسلامية ، مع بعض الاختلاف فى جزئيات بسيطة ، وإجراءات
كالإقرار القضائى والإقرار غير القضائى .

ثالثاً – الإثبات باليمين :

اليمين هى الوسيلة الثالثة من وسائل الإثبات التى يستند إليها الـ
فى إصدار حكمه فى فصل النزاع وإنهاء الخلاف بين الأطراف الـ
وإعطاء الحقوق لأصحابها ، وهى وسيلة داخلية ذاتية ، تعتمد على ا
والإيمان والضمير ، وهى ضرورية ، ولا بد منها ، لأن الوسائل
كثيراً ماتقف عند حد معين ، وتعجز عن الوصول إلى كنه الأشياء
يجد الإنسان مفراً من اللجوء إلى الأمور الداخلية المعنوية يستجلى بها الغوا
ويستجدى الطمأنينة واليقين عندها .

واليمين هى تأكيد ثبوت الحق أو نفيه باستشهاد الله تعالى أمام القاض
ولا تنعقد اليمين إلا بالقسم بالله تعالى باتفاق العلماء ، لما رواه عمر بن الـ

رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : (ألا إن الله ينها
أن تحلفوا بآبائكم ، من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت) (١) ، بل
يحرم الحلف بغير الله تعالى ، لأن الحلف للتعظيم ، ولا يجوز أن نعظم إلا الله
سبحانه وتعالى ، ومن حلف بغير الله فقد كفر ، لحديث رسول الله صلى
الله عليه وسلم : « من حلف بغير الله فقد أشرك ، وفى لفظ فقد كفر »(٢) .

واتفق الفقهاء على أن اليمين وسيلة من وسائل الإثبات أمام القضاء
وأنها مشروعة لتأكيد جانب الصدق على جانب الكذب فى إثبات الحقوق
أو نفيها ، واستدلوا بعدة أحاديث ، منها قوله صلى الله عليه وسلم
(لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ، ولكن اليمين
على المدعى عليه ، وفى رواية البيهقى : ولكن البينة على المدعى واليمين على
من انكر) (٣) ، ومنها مارواه ابن عباس رضى الله عنه أن النبى صلى الله
عليه وسلم قضى باليمين على المدعى عليه (٤) ، ومنها مارواه الأشعث
قيس قال : كان بينى وبين رجل خصومة فى بئر ، فاختصمنا إلى رسول
الله صلى الله عليه وسلم ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : شاهدا
أو يمينه ، قلت : إنه يحلف ولا يبالى ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم
(من حلف على يمين يستحق بها مالا ، وهو فيها فاجر ، لقى الله وهو عل
غضبان ، فأنزل الله تصديق ذلك : « إن الذين يشترون بعهد الله وأيمان
ثمناً قليلا . . الآية (٥) ، وقال عليه الصلاة والسلام لرجل : (احلف با
الذى لا إله إلا هو ماله عندك شىء) (٦) .

واليمين ذات أثر دينى ودنيوى ، لما يترتب عليها من الأجر والثوا

(١) رواه البخارى ومسلم وأبو داود والترمذى وابن ماجه ومالك وأحمد عن ابن عمر .
(٢) رواه أحمد وأبو داود والترمذى والحاكم .
(٣) رواه البخارى ومسلم وأحمد وأصحاب السنن والبيهقى .
(٤) رواه البخارى ومسلم وأحمد وأصحاب السنن إلا ابن ماجه .
(٥) رواه البخارى ومسلم وأصحاب السنن .
(٦) رواه النسائى وأبو داود .

أو المحق والعقاب بالاعتبار الدينى ، ولما تفضى إليه من فض النزاع واكتسـ
الحق أو نفيه ودفع الدعاوى الباطلة فى الاعتبار القضائى ، ويتجلى
أثر الوازع الدينى ، وخشية الله تعالى ، لأن الحق أصبح معلقاً على
الحالف وضميره ومبلغ إيمانه وعقيدته ، لذلك شدد الشارع الحكيم فى
الإيمان ، وحث على التثبت فيها قبل الحلف ، وأوعد الحالف — كذبـ
بالهلاك والبوار والدمار فى الدنيا ، والعذاب والنكال فى الآخرة ،
اليمين الكاذبة من أكبر الكبائر ، وتغمس صاحبها فى النار ، قال رسول
صلى الله عليه وسلم : (من اقتطع بيمينه مال امرىء مسلم حرم الله عليه الجـ
قيل له : وإن كان شيئاً يسيراً يارسول الله ؟ قال صلى الله عليه وسلم : وإن
قضيباً من أراك) [١] ، وقال رسول لله صلى الله عليه وسلم : (من حـ
يميناً فاجرة ليقتطع بها مال امرىء مسلم لقى الله تعالى وهو عليه غضبان) [٢]
وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (الكبائر الإشراك بالله وعقوق الوا
وقتل النفس ، واليمين الغموس ، قلت : وما اليمين الغموس ؟ قال
التى يقتطع بها مال امرىء مسلم ، هو فيها كاذب) [٣] ، وقال رسول
صلى الله عليه وسلم : (ليس شىء أطيع الله فيه أعجل ثواباً من صلة الرحـ
وليس شىء أعجل عقاباً من البغى وقطيعة الرحم ، واليمين الفاجرة
الديار بلاقع) [٤] ،

وتأكيداً لهذا الأثر الدينى والوازع الداخلى فقد اتجه الجمهور إلى تغـ
اليمين باللفظ والزمان والمكان لإشعار الحالف بالخوف والوجل من الإ
على اليمين الكاذبة ، وللزجر عن التعدى ، وللوقوف عند الحد ، ولا
جشع المال ، وغشاوة المادة ، وماران على قلبه من صدأ الحياة .

واليمين المشروعة يجب أن تكون جازمة لا مجال فيها للتردد وا

(١) رواه مسلم والنسائى وابن ماجه وأحمد والبيهقى .
(٢) رواه البخارى ومسلم وأصحاب السنن وأحمد عن ابن مسعود .
(٣) رواه البخارى والترمذى والنسائى وأحمد عن ابن عمرو .
(٤) رواه البيهقى وعبد الرزاق عن أبى هريرة .

والتخمين حتى تحسم النزاع وتنهى الخلاف ، كما يجب أن يحلف الشخص على البت والقطع على فعل نفسه ، سواء أكان إثباتاً أو نفياً ، أما إذا كانت اليمين على فعل غيره فيحلف على سبيل القطع فى الإثبات ، ويحلف على نفى العلم فى النفى ، وقال بعض الفقهاء : يحلف على نفى علمه فى فعل غيره مطلقاً ، سواء أكان إثباتاً أو نفياً ، واتفق الفقهاء على أن اليمين تكون حسب الجواب فى الدعوى عن السبب أو الحاصل ، وأن اليمين تكون على نية القاضى المحلف ، ولا يجوز فيها التورية ، لما رواه أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : (اليمين على نية المستحلف) ، وفى رواية : (يمينك على مايصدقك به صاحبك) (١).

ويشترط فى اليمين أن يكون الحالف بالغاً عاقلا مختاراً ، وأن يكون المدعى عليه منكراً لحق المدعى ، وأن يطلب الخصم اليمين من القاضى وأن يوجهها القاضى إلى الحالف ،وأن تتصل اليمين بشخص الحالف مباشرة فلا يحلف إنسان عن غيره ،وأن لا يكون المدعى به حقاً خالصاً لله تعالى كالحدود ، وأن يكون المدعى به مما يحتمل الإقرار به شرعاً من المدعى عليه ، واختلف الفقهاء فى اشتراط فقدان البينة أو العجز عنها .

أنواع اليمين :

تنقسم اليمين باعتبار الحالف إلى يمين المدعى ويمين المدعى عليه ويمين الشاهد ، أما يمين الشاهد فقد اختلف الفقهاء فيها ، وكثر اللجوء إليها فى العصور المتأخرة بدلا من التزكية ، أما القسمان الأخيران فهما على أنواع مختلفة ، وهى :

١ ــ يمين المدعى عليه : وتسمى اليمين الدافعة ، أو اليمين الأصلية أو اليمين الرافعة ، ويطلق عليها الحنفية اسم اليمين الواجبة ، وهى التى يوجهها القاضى بناء على طلب المدعى إلى المدعى عليه لتأكيد جوابه عن الدعوى

(١) رواه مسلم وأبو داود والترمذى وابن ماجه وأحمد والحاكم عن أبى هريرة .

وتقوية جانبه فى موضوع النزاع ، ويحكم القاضى بموجبها ببراءة ذمته وهى متفق عليها بين جميع المذاهب ، وسميت باليمين الدافعة لأنها تدفع ادعاء المدعى ، وتقابل أدلته فى إثبات دعواه ، وسميت بالرافعة لأنها ترفع النزاع وتسقط الدعوى ، وسميت بالواجبة لوجوبها على المدعى عليه إذا طلبها المدعى بنص الحديث الشريف السابق (لك يمينه) (واليمين على المدعى عليه) وسميت باليمين الأصلية لأنها هى المقصودة عند الإطلاق ، وهى التى وردت بها معظم النصوص ، وينصرف إليها الذهن عند عدم التقييد .

٢ – يمين المدعى ، وهى ثلاثة أقسام :

القسم الأول : اليمين الجالبة : وهى اليمين التى يؤديها المدعى فى إثبات حقه ، لسبب يستدعى القيام بها ، وهى حجة مختلف فيها ، والسبب المسوغ لها متعدد ، وهو :

(أ) إما أن يكون شهادة شاهد،وهى اليمين مع الشاهد ، وقد سبق بيانها .

(ب) وإما أن يكون نكول المدعى عليه عن اليمين الأصلية وردها على المدعى ليحلف ، وهى اليمين المردودة أو المنقلبة عند جمهور الفقهاء ، ويقضى الحكم بالنكول عند الحنفية ومن يؤيدهم .

(ج) وإما أن يكون لوثاً ، فيحلف المدعى عدداً من الأيمان ، وهى أيمان القسامة فى القتل والجراح .

(د) وإما أن يكون قذفاً من الرجل لزوجته ، وهى أيمان اللعان .

(هـ) وإما أن يكون بحكم شرعى كالأمانة ، فكل أمين ادعى ضياعاً على من ائتمنه فيصدق بيمينه إلا المرتهن والمستأجر والمستعير ، فلا يصدقون إلا بالبينة ، لأن حيازتهم كانت لحظ أنفسهم .

القسم الثانى : يمين التهمة : وهى التى تتوجه على المدعى بقصد رد الدعوى غير المحققة على المدعى عليه ، وقال بها المالكية والزيدية ، قال الزيدية : ويمين التهمة هى حيث يكون المدعى قاطعاً بالمدعى فيه ، شاكاً فى المدعى عليه .

القسم الثالث : يمين الاستظهار : وتسمى يمين الاستيثاق ويمين الاستحقاق ويسميها المالكية يمين القضاء ، ويمين الاستبراء ، وهى التى يؤديها المدعى بناء على طلب القاضى لدفع الشبهة والريبة والشك والاحتمال فى الدعوى بعد تقديم الأدلة فيها، فاليمين تكمل الأدلة، ويتثبت بها القاضى من صحة الأدلة .

وعلتها أن البينة لا تفيد إلا غلبة الظن مع احتمال أن يكون المدعى قد استوفى دينه مثلا من الميت أو الغائب ، أو أبرأه منه ، وليس للشاهدين علم بذلك ، فيوجه القاضى اليمين على المدعى لتحكيم ضميره وذمته فيما لا يطلع عليه غيره حتى يستحق بالبينة واليمين معاً، ونقل ابن القيم عن أبى عبيد أنه قال : إننا نرى شريحاً أوجب اليمين على الطالب مع بينته حين رأى الناس مدخولين فى معاملاتهم واحتاط لذلك ، وقيل لشريح : ماهذا الذى أحدثت فى القضاء؟ قال : رأيت الناس أحدثوا فأحدثت ، وكان الأوزاعى يستحلف مع بينته وختم ابن القيم كلامه فقال : وهذا القول ليس ببعيد عن قواعد الشرع لاسيما مع احتمال التهمة ، وكان على يستحلف المدعى مع شهادة الشاهدين[1] وقال أئمة المذاهب الأربعة والإمامية وبعض الزيدية بعدم الاستحلاف مع البينة إلا استثناء ، لحديث (البينة على المدعى واليمين على من أنكر) الذى جعل البينة فى جهة واليمين فى جهة ، فلا يجوز اجتماعهما معاً فى جهة واحدة ، لأن الشاهدين وغيرهما حجة كاملة تستوعب القضاء والحكم إذا كانت صحيحة ، وإلا فإنها ترد وترفض إذا كانت غير صحيحة ، ولأن فى توجيه اليمين على المدعى طعناً فى البينة بدون مسوغ ، وهو لا يجوز ، ويجوز طلب اليمين من المدعى مع البينة استثناء فى حالات لظروف خاصة كالدعوى على الميت والغائب ودعوى الاستحقاق وفى دعوى الشفعة .

(١) الطرق الحكمية : ١٤٥ ومابعدها .

وأما الأثر المترتب على أداء اليمين أمام القاضى فإنه يختلف بحسب نوع من أنواع اليمين .

١ ــ اليمين الأصلية أو الدافعة : إذا حلف المدعى عليه اليمين الـ ترتب على حلفه انقطاع الخصومة بين المتداعين ، وإنهاء الخلاف بي وسقوط الدعوى باتفاق الفقهاء ، ثم اختلفوا فى سقوط الحق لسقوط الد أى هل تبرأ ذمة المدعى عليه من الحق قضاء فى الدنيا بسقوط الدع أم لاتزال ذمته مشغولة به ؟ وللمدعى أن يطالب به ، ويرفع فيه ا متى تيسرت له بينة جديدة أو وسيلة من وسائل الإثبات ؟

ذهب جماهير الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة والزيدية فى عندهم والأباضية ، وبعض المالكية إلى أن الحق لا يسقط بسقوط ا وأن الخصومة سقطت مؤقتاً بأداء اليمين من المدعى عليه ، ويجوز ا أن يقيم البينة على حقه ويطالب به ، لأن البينة هى الأصل فى الإث واليمين خلف عنها ، فإذا حضر الأصل بطل حكم الخلف .

وذهب جماعة من السلف والظاهرية وبعض الإمامية وبعض وبعض المالكية إلى أن الحق يسقط بسقوط الدعوى نهائياً فى الدنيا ، للمدعى أن يقيم البينة بعد ذلك إلا إذا كانت الحجة يقينية كالإقرار ول لحديث الأشعث بين قيس : (هل لك بينه ؟ قال : لا ، قال : لك فالرسول صلى الله عليه وسلم أثبت للمدعى البينة ، فإن لم يكن له حق الاستحلاف ، ورتب اليمين على عدم البينة ، كما سبق فى الش فلا يجمع بينهما لما ورد فى الرواية الثانية : (ليس لك إلا ذلك) سقوط الدعوى والحق باليمين على سقوطها بالشهادة بجامع أن كلا وسيلة فى الإثبات ، ويترجح فيه جانب الصدق على جانب الكذب .

وقال المالكية وبعض الإمامية : إن الحق يسقط بسقوط الد وليس للمدعى أن يقيم بينة بعد الحكم باليمين إلا لعذر كنسيان و

بالشهادة ثم علم بها ، فتقبل منه ويحلف على عذره ، لأن طلب اليمين واستحلاف المدعى هو إسقاط للبينة الحاضرة ولو لم يصرح بذلك ، أما البينة الغائبة أو البعيدة أو المنسية فإنه لا يسقطها لهذا العذر ، ويجوز إقامتها ثانية .

٢ ــ يمين الاستظهار أو الاستيثاق : إن هذه اليمين ليست دليلا فى الإثبات ، وإنما هى لزيادة التأكيد والاطمئنان وتقوية اقتناع القاضى بالأدلة المقدمة إليه ، لأن القاضى يوجهها للاحتياط فى الحكم ، أو لزيادة الاحتياط فى الأدلة السابقة فى الدعوى ، وتحميل الحالف بعض مسئولية الحكم وجعله شريكاً بالإثبات ، ومثلها يمين التهمة .

٣ ــ اليمين المردودة : وهى اليمين التى يؤديها المدعى بعد نكول المدعى عليه عن اليمين الأصلية أو رده اليمين على المدعى ، وقال بها المالكية والشافعية والحنابلة فى قول ، فإذا حلف المدعى اليمين المردودة استحق المدعى به ، وحكم له القاضى ، وإن امتنع سقطت الدعوى ، وقال الحنفية والحنابلة فى المشهور لا ترد اليمين على المدعى ، وإنما يحكم القاضى له بمجرد نكول المدعى عليه عن اليمين ، لأن نكوله عن اليمين بمثابة إقرار واعتراف منه .

٤ ــ اليمين مع الشاهد : إن اليمين التى يؤديها المدعى على دعواه مع الشاهد يحكم القاضى بهما معاً ، ويثبت الحق للمدعى عند القائلين بها ، كاليمين المردودة .

وإن توجيه اليمين فى الدعوى ، واعتبارها وسيلة للإثبات ، سواء أكانت من المدعى أو من المدعى عليه تنحصر فى بعض الحقوق والدعاوى ، ولا تشمل جميع الحقوق ، فقد اتفق الفقهاء على عدم جواز التحليف فى حقوق الله تعالى المحضة ، سواء أكانت من قبيل العقوبات كحد الزنى والسرقة والشرب ، أم كانت من قبيل العبادات كالصلاة والصيام والحج والصدقة والكفارة والنذر ، لأن المطلوب فى الحدود الستر ، ويجوز التعريض

للمقر ليرجع عنها ، وأنها تدرأ بالشبهات ، ولأن العبادات علاقة بين العـ
وربه فلا يتدخل بها أحد ، قال الإمام أحمد رحمه الله : لا يحلف النا
على صدقاتهم ، أما إذا تعلق بالحدود والعبادات حق من حقوق العبادا
المالية فإنه يجوز الاستحلاف فيها ، ويقتصر اليمين وأثره على هذا الجان
بالذات ، ولا يثبت الحد ، وإنما يثبت ما يتعلق بالآدميين كالمال فى السرقة

واتفق الفقهاء على جواز توجيه اليمين فى الأموال ، ومايؤول إلى المال
فيحلف المدعى أو المدعى عليه على إثباتها أو نفيها .

واتفق الفقهاء على جواز التحليف فى الحقوق التى ليست بمال و
تؤول إلى مال ، كأحكام الأبدان من قصاص وجروح ووصاية وشر
ومسائل الأحوال الشخصية ، واستثنى الحنفية والحنابلة بعض المسائل
وقالوا لا يجوز التحليف فيها ، كالنكاح والنسب والرجعة والفىء فى الإي
وزاد الحنابلة القود ، واستثنى المالكية النكاح فقط ، لأن القصد من تو
اليمين هو رجاء النكول عن حلفها ، والقضاء بناء على النكول الذى يع
بمثابة إقرار واعتراف فى الظاهر ، ولكنه فى الحقيقة بذل وإباحة وت
للمنازعة وإعراض عن الطلب صيانة عن الكذب الحرام ، وهذه المس
لايجوز فيها البذل والإباحة ، لأن الإيضاح يحتاط فيها ، فلا تباح بالنكول
ولا بالنكول ويمين المدعى كالحدود .

وقبل الانتهاء من اليمين نعرج قليلا على التشريع الوضعى لنبين أنه
يخل قانون من القوانين من ذكر اليمين بين وسائل الإثبات لضرورته والحـ
إليه ، ولما كانت اليمين ذات أثر دينى فقد كره بعض مشرعى القوا
ذكرها ، فرفضها مشروع نابليون ثم أقرها ، كما خامر بعضهم إلغا
بعد ذلك ولكن دون جدوى ، واليمين وسيلة للإثبات منذ أقدم العصور
وقد تلونت أشكالها وطريقة أدائها فى المجتمعات بحسب العقائد والأ
والأفكار التى تسودها ، وبقيت كذلك فى الشرائع والقوانين حتى العـ

الحاضر ، على الرغم من تباين العقائد والأفكار وشيوع المذاهب المادية والمبادىء الوجودية والإلحادية .

وقد لمس المشرع القانونى القيمة العظيمة التى تقوم بها العقيدة والديانة فى يمين الإنسان ، وأن هذه الصبغة الدينية يجب أن تتناسب مع اعتقاد الشخص ، فنصت القوانين على أن تؤدى اليمين وفقاً للأوضاع المقررة فى ديانة الحالف .

وأحكام اليمين وشروطها وآثارها وأنواعها وحالاتها لاتختلف فى الجملة بين الشريعة والقانون ، ولكن الذى يسترعى الانتباه ذلك الانسجام والتوافق والتكامل فى أحكام الشريعة الغراء التى تقيم أحكامها على الأساس الدينى فى بناء العقيدة وركيزة الأخلاق ، وأن العقيدة أصل ، والشريعة ومنها الإثبات ، فرع وأثر لها ، بينما نرى التشريعات الوضعية تتجاهل العقيدة والأخلاق والتربية ، وقد تتنكر لها فى بعض الأحيان وتحارب الأديان ثم تعود مضطرة إلى الدين والعقيدة ، وتلجأ إلى الإثبات باليمين ، وهذا يكشف التناقض فى التشريع الوضعى ، والتباين بين الوسائل والأهداف ، بحيث لا يمكن تصور الجمع بين الجهل بالدين أو تجاهله أو إنكاره من أطراف الخصومة ، ومعهم القاضى ، وبين اللجوء إلى اليمين لفصل النزاع وإحقاق الحق والعدالة فى المجتمع .

رابعاً — الإثبات بالكتابة :

لم يفرد الفقهاء الإثبات بالكتابة بفصل مستقل ، وإنما وضعوه تحت ألفاظ مختلفة ، وهى الصك والحجة والمحضر والسجل والوثيقة وكتاب القاضى وديوان القضاء .... ، واستعمل بعض الفقهاء جميع العبارات السابقة ، بينما استخدم بعضهم أنواعاً منها ، وفرقوا بين كل حالة وأخرى ، وأطلقوا عليها اصطلاحات خاصة بكل منهم ، وهذا لا يؤثر ، لأنه لا مشاحة فى الاصطلاح .

ويخيل للمرء أن استخدام الكتابة فى المعاملات والقضاء والتوثيـ
من الوسائل الحديثة ، والواقع أن الكتابة وسيلة قديمة فى حفظ
وهى قديمة قدم التاريخ ، وقد عرفت البشرية الكتابة منذ وجودها على
قال تعالى : « وعلم آدم الأسماء كلها » البقرة / ٣١ ، كما ورد فى ا
التاريخية أن آدم عليه الصلاة والسلام أول من وضع الخط والكتب
ابن قتيبة عن وهب أنه قال : كان إدريس النبى صلى الله عليه و
من خط بالقلم وأول من خاط الثياب ولبسها (١) ، ويؤكد علما
القانون أن الحقوق والقوانين سجلت كتابة منذ مطلع التاريخ و
الكتابة ، ولكنهم لم يستطيعوا أن يحددوا زمناً ثابتاً فى بدء استعمال أو
فى الحقوق والمعاملات ، وقد ورد الأمر بالكتابة فى التوراة وفى
حمورابى ، واستخدمت عند اليونان والفراعنة والرومان والفرس والأ
وغيرهم .

وعندما انبثق فجر الإسلام تبوأت الكتابة مكانتها ، وعلا شأنها
تعالى فى أول كلمة وأول سورة نزلت من القرآن الكريم : « اق
ربك الذى خلق ، خلق الإنسان من علق ، اقرأ وربك الأكرم ا
بالقلم ، علم الإنسان ما لم يعلم » العلق / ١ــ٥ ، وقال تعالى : « ياأ
آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه ، وليكتب بينكم
بالعدل ، ولا يأب كاتب أن يكتب كما علمه الله ، فليكتب » البقرة

فالله سبحانه أمر بكتابة الديون والمعاملات ، وعظم شأن الكتابة
ونسبها إلى نفسه تعالى « كما علمه الله » ، ووصف بها ملائكته « وإ
لحافظين ، كراماً كاتبين » وقد امتثل الأنبياء عليهم الصلاة والسلا
بالكتابة ، واستخدموها فى تبليغ الدعوة ، ونشر الرسالة ، فكتب
عليه السلام كتابه إلى بلقيس ، قال تعالى : « إنى ألقى إلىّ كتاب
إنه من سليمان وإنه بسم الله الرحمن الرحيم » النمل / ٢٩ — ٣٠

(١) عيون الأخبار : ١/٤٣ ، وانظر : حكمة الإشراق إلى كتاب الآفاق ، للزب

رسول الله صلى الله عليه وسلم أصحابه بتعلم الكتابة وأمر بالكتابة فى حالات كثيرة ، فكتبوا الأمان لسراقة ليلة الهجرة ، وأمر بكتابة معاهدة التحالف بين المهاجرين والأنصار واليهود فى المدينة بعد الهجرة ، وأمر بكتابة الصلح مع كفار مكة فى الحديبية ، وكتب إقطاعاً لأبى ثعلبة وتميم الدارى فى أرض الروم ، واستعمل الكتابة من بعده الخلفاء الراشدون ، والأمراء والعلماء ، وانتشرت فى أصقاع الأرض ، وزاد استعمالها مع اتساع الدولة الإسلامية وشيوع العلم ، فدونت الدواوين ، وكتبت العلوم ، ودونت السنة وصنفت الكتب والمؤلفات ، وشاعت الصكوك والحجج والوثائق المكتوبة من كتاب العدل .

فالكتابة تساير التقدم ، وتواكب المدنية والرقى ، وتعتبر مرحلة عالية فى نهضة الأمم ، فهى وسيلة التعلم ونقل العلوم وتسجيل الأفكار ، وهى أسلوب التنظيم والضبط ، وهى طريقة الحفظ والتثبت للحقوق والمعاملات ، وقد استعملت الكتابة أيضاً فى توثيق الحقوق وكتابة المعاملات ، وفى نقل الشهادات والأحكام بين القضاة ، وفى إثبات الحق أمام القاضى ، واستمرت كذلك حتى فشا الفساد ، وانتشر التزوير ، وضعفت الأخلاق ، فضعف شأن الكتابة ، وقل الاعتماد عليها فى الإثبات ، احتياطاً وتورعاً كالشهادة .

وجاء العصر الحديث ، وتطور الزمن ، وعادت الكتابة أدراجها فى الاستعمال ، وأصبحت أهم وسيلة فى الإثبات ، وجرى العرف على ذلك ، واحتاطوا فى دفع كل ريبة أوشك أو تزوير فيها بفضل الوسائل الحديثة فى التوثيق والدواوين وكتاب العدل وضبوط المحاكم وفتح السجلات والاحتفاظ بالأصل ، وإعطاء صور عن الوثيقة ، إلى غير ذلك ، وتقدمت وسائل كشف التزوير ومضاهاة الخطوط حتى أصبحت فناً قائماً بذاته ، فإذا أثبتت الكتابة وجب الحق لصاحبه ، وإن تبين التزوير عوقب صاحبه عقاباً شديداً .

ونعود إلى مشروعية الإثبات بالكتابة فى الشريعة الإسلامية لنقو
اتفق الفقهاء على جواز ومشروعية الكتابة باعتبارها وسيلة من
الإثبات بشكل عام ، ثم وقع الاختلاف بينهم فى أنواعها وفرو
ومشروعية كل نوع أو فرع ، واضطرب كلامهم فى المذهب الوا
فانقسم الحنفية إلى مؤيد بإطلاق ، ومانع بإطلاق ، ومفصل بين الح
لمراعاة جريان العرف والعادة ، ونقل عن الإمام أحمد ثلاث روا
وعند الشافعية قولان بالجواز والمنع ، قال جمهور المالكية بالجواز ،
بعضهم ، وذهب بعض السلف وجمهور المتأخرين إلى الاحتجاج به
مقبولة شرعاً ، وأن القاضى يستطيع الاعتماد عليها فى الأحكام ورد
إلى أصحابها والفصل بين الخصوم ، وذهب آخرون إلى رفضها والتشكك

وتظهر مشروعية الإثبات بالكتابة بالأدلة الصريحة القاطعة فى
القرآنى الذى دعا إلى كتابة الوثائق فى الديون والحقوق من أجل الاعتما
أمام القضاء عند النزاع والاختلاف ، مع أخذ الحيطة واستعمال سبل
قبل الاضطرار للعلاج والدواء .

قال الله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل
فاكتبوه » ، ثم قال تعالى : « وليكتب بينكم كاتب بالعدل ، ولا
كاتب أن يكتب كما علمه الله ، فليكتب وليملل الذى عليه الحق وليت
ربه » البقرة / ٢٨٢ .

فالآية الكريمة أمرت بالكتابة ، وقد اختلف الفقهاء والمفسرون
الأصول فى هذا الأمر ، هل هو للوجوب والفرض أم هو للندب والإر
وسواء كان للفرض أم للندب فالآية الكريمة تقرر اعتبار الكتابة و
المعاملات ، وأن فائدة الوثيقة هو الاعتماد عليها عند الإنكار والج
والاحتجاج بها أمام القضاء ، والاستناد إليها فى الحكم ، بعد إ
المسبق عند إنشاء الحق ، فالكتابة أو الخط حجة ودليل فى التعامل و
وإلا فلا معنى لهذا الأمر بالكتابة ، وحاشاً لله ذلك .

ثم بينت الآية الكريمة الوسيلة القويمة والسليمة للكتابة ، وذلك عن طري
كاتب متعلم ومختص (كاتب بالعدل) الذى أرشده الله إلى التثبت فى الكتا
(كما علمه الله) ثم أمره وأرشده إلى اتباع الحق ، والتزام الصدق والأما
والتقوى (وليتق الله ربه) ويدون مايملى عليه المدين ليكون تسجيلا لإقرا
واعترافه ، قال الإمام مالك رحمه الله : لا يكتب الوثائق بين الناس إلا عارف
بها ، عدل فى نفسه ، مأمون ، لقوله تعالى : « وليكتب بينكم كاتب بالعدل »[1]

والآية الكريمة صرحت بالكتابة والإشهاد ، فإن كان كل منهما منفص
ومستقلا فى الآية عن الآخر فقد ثبتت حجية الكتابة ، وإن كان الإش
مع الكتابة ، فإن هذا الإشهاد توثيق وتأكيد للكتابة ، وأصبحت الكت
وثيقة مدعمة بالشهادة ، ويكتبها كاتب بالعدل ، وهو الذى توفرت
شروط الكاتب لمراعاة أحكام الكتابة وقواعدها التى ترضى الله تعالى
وهو ماجاءت به القوانين فى العصر الحاضر ، ويطبقه كاتب العدل بنص
وحرفه .

وهاتان الجملتان فى الآية الواحدة هى ألفاظ من نور ، تشع بالضياء
وخاصة أنها نزلت فى أمة أمية ، لتخرجها من الجهل إلى العلم ، ومن الظلما
إلى النور ، ومن التأخر إلى التقدم والرقى ، ومن الجاهلية إلى الحضا
والمدنية ، ولو وجد غيرنا فى الحضارة القديمة جزء من مائة ، من م
هذا النص فى الدعوة للعلم والكتابة مع بيان الوسيلة وتنظيم الخطة — لوو
ذلك لملأ الدنيا فخراً واختيالا وادعاء للسبق الحضارى . .

وإذا أردنا اختصار المعنى فنقول : إن الآية الكريمة أمرت بك
الدين لدى كاتب موثوق معتمد ، مع توثيق الكتابة بالإشهاد عليها ، و
هو السند العادى أو العقد الرسمى الذى يستعمل اليوم فى أنحاء العالم ، وانت
استعماله فى كل الأمور ومن كل الأشخاص ، ويعتبر سنداً فى الدين

(١) تفسير القرطبى : ٣/٣٨٤ ، تفسير ابن كثير : ١/٣٣٥

وحجة فى القضاء ، يلزم صاحبه ، ويلزم القاضى بالحكم به ، مالم يثبت تزويره أو تغييره .

وقد استعمل رسول الله صلى الله عليه وسلم الكتابة فى جميع المجالات وأمر صحابته بتعلم الكتابة من أسرى بدر ، واتخذ الكتاب لكتابة الوحى وكتابة الرسائل والأحكام إلى عماله وأمرائه وولاته ، واستخدم الكتابة وسيلة لتبليغ الرسالة ، وكتابة الأحكام الشرعية ، وفى المعاهدات والصلح والأمان والإقطاع ، ومع القادة فى السرايا والحروب ، كما استعملها فى المعاملات كالبيع وفى الوصية والقضاء وغير ذلك من كتابة الأحاديث والخطب ثم سار عليها المسلمون والخلفاء ، واستعملوها فى حياتهم ، دون إنكار ، سوا فى ذلك رواية الحديث وتلقى العلم وجميع شؤون الدولة ، ونكتفى بحديث واحد ، عن ابن عمر رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال (ما حق امرىء مسلم يبيت ليلتين ، وله شىء يريد أن يوصى فيه ، إلا ووصيته مكتوبة عند رأسه)(١) . قال الشوكانى : واحتج به من يعمل بالخط إذا عرف ، وقال الشافعى : ما الحزم والاحتياط للمسلم إلا أن تكون وصيته مكتوبة عنده ، قال ابن عمر راوى الحديث : لم أبت ليلة منذ سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ذلك إلا ووصيتى عند رأسى(٢) .

فالحديث حث على كتابة الوصية ، وهذا يستلزم الاعتماد على الكتابة فى الإثبات ، وإلا فلا فائدة لها ، ويستفاد ذلك من قوله : « ووصيته مكتوبة عند رأسه » فهذا يدل على جواز الاعتماد على الكتابة والخط ولو لم يقترن بها الشهادة عليها ، ولو طبق المسلمون اليوم ، وفى كل عصر ، هذا الحديث الشريف ، والتزموا سنة المصطفى صلى الله عليه وسلم بكتابة مالهم من الحقوق وما عليهم من الواجبات والديون والالتزامات لعمت السعادة وانعدا والمحبة أفراد المجتمع ولقضينا على السواد الأعظم من الخلافات والدعاوى المرفوعة للقضاء .

(١) رواه البخارى ومسلم وأصحاب السنن وأحمد ومالك .
(٢) نيل الأوطار : ٦/٣٦ ، ٣٨ ، شرح النووى على صحيح مسلم : ١١/٧٦

والكتاب كالخطاب ، والخط كاللفظ فى التعبير عن الإرادة وإظهار النية ، وإبراز العزيمة ، وتمتاز الكتابة عن اللفظ بالثبات والضبط ، وتقول العرب : الخط أحد اللسانين ، وحسنه إحدى الفصاحتين ، لذلك فإن الكتابة الظاهرة المعنونة تكون حجة على صاحبها بما يثبت فيها .

وإن الناس يلجئون إلى الكتابة للحاجة إليها ، وإن عدم اعتبارها أمام القضاء يؤدى إلى الحرج والمشقة فى المعاملات بين الناس ، فتتعطل مصالحهم وتضيع حقوقهم وأموالهم لعدم تيسر الشهود دائماً ، وإن وجد الشهود عند التعاقد فقد يغيبون عند التنازع والقضاء أو ينسون أو يموتون .

وإذا كان المجتمع قليل المعاملات ومغلقاً على نفسه ومنعزلا عن غيره فإنه لايحتاج إلى الكتابة ، ويكتفى فى الإثبات بالشهادة والقرائن ، أما إذا كثرت المعاملات بين الناس ، وتشعبت أقسامها ، وتجاوزت البلد الواحد وتعدت التعامل بين الأقارب والأهل وأصحاب المدينة الواحدة ، فإن حاجة الناس تقتضى استعمال الكتابة فى التعامل والقضاء بتحرير المستندات وتهيئة الوثائق ، وتسجيل العقود وتوثيق الديون للاستعانة بها فى استيفاء الحقوق وإبراء الذمم وقضاء الحاجات وإنهاء المنازعات ، ولو لم يأت بها نص صريح فى الشرع فإن القواعد العامة والمقاصد الرئيسية فى الشريعة تقبلها وتقتضيها لدفع الحرج وحفظ الحقوق .

وإذا كنا نقبل الشهادة لأنها إخبار بحق على الغير ، ولأنها لا تفيد الشاهد فى شىء وإنما يعتبر بعيداً عن موضوع النزاع ، فلا أقل من أن نقبل الكتابة التى يدونها شخص ثالث لا علاقة له فى موضوع النزاع ، بل قبل نشوء الخلاف ، وإنما يعمل فى وظيفة عامة ، ويتلقى الوقائع والإقرار بالحقوق ويدونها ، وما أقرب هذا المعنى وأوضحه فى الآية الكريمة : « فاكتبوه ، وليكتب بينكم كاتب بالعدل ، ولا يأب كاتب أن يكتب كما علمه الله ، فليكتب وليملل الذى عليه الحق ، وليتق الله ربه ، ولا يبخس

منه شيئاً » البقرة / ٢٨٢ ، « ولاتسأموا أن تكتبوه صغيراً أو
أجله ، ذلكم أقسط عند الله ، وأقوم للشهادة ، وأدنى ألا ترتابوا » البقر

قال حسن خان : قد ثبت العمل بالخط بالأدلة المتكاثرة من
والسنة والإجماع ، ومن الحاكين لإجماع الصحابة على العمل بالخط
فى المحصول ، وأمامن بعد الصحابة فيدل عليه إجماعهم الفعلى على الا
بذلك ، والعمل به فى معاملاتهم ، وفى المصنفات(١) .

وقال ابن تيمية : والعمل بالخط مذهب قوى ، بل هو قول
السلف(٢) . وأما حالات الكتابة التى ذكرها الفقهاء وقبلوا الا
بها أمام القضاء ، فأنواع كثيرة أهمها :

١ ــ البراءات السلطانية : وهى الأوامر الكتابية التى تصدر م
الأعلى فيما يتعلق بموضوع عام أو خاص ، وتكون ممهورة بخاتم ا
وموقعة من رئيسها ، وقد أجاز الفقهاء الاعتماد على هذه الكتابة فى ال
واعتبارها حجة أمام القضاء ، لأنها تصدر من الحاكم الأعلى وتوجه
إلى من تتعلق به ، وأن خاتم الدولة يندر ويصعب تقليده ، وقاس
قبول البراءات السلطانية على طلب الأمان الكتابى المقدم إلى الإمام ،
بعضهم على العمل بدواوين القضاة بجامع صدورها عن موظف حـ
ولأن البراءات لا تحرر إلا بإذن الحاكم الأعلى ، مع اتفاق العدد
على نقل مافيها من غير زيادة ولا نقص وتسجل وتحفظ ، فالأمن من
مقطوع به ، فإن نشب خلاف أمام القضاء ، وأقام المدعى حجته
البراءات السلطانية حكم القاضى بموجبها ، واعتمد على الكتابة فيها
فى أيامنا الحاضرة المراسيم الجمهورية أو القرارات الوزارية .

٢ ــ كتاب القاضى إلى القاضى : وهو أن يكتب القاضى ما

---

(١) الظفر اللاضى : ١٠٥ ، ١٠٧
(٢) مختصر الفتاوى المصرية لابن تيمية : ص ٦٠١ ، ٦٠٨

الشهادة أو ماقضى به على شخص ، ويرسله إلى قاض آخر ليعمل بموجـ
مافيه ، ويطلق عليه الفقهاء الكتاب الحكمى .

ويتخذ كتاب القاضى ثلاث صور ، وهى :

الأولى : كتابة الشهادة التى سمعها من الشهود مع تعديل الشهود والسؤ
عنهم ، ليحكم القاضى المكتوب إليه بموجب الشهادة دون البحث عنها .

الثانية : أن يكتب الشهادة التى سمعها دون تعديل ، ويرسل كـ
إلى القاضى الآخر ليبحث عن أحوال الشهود وعدالتهم ثم يصدر الحكم .

الثالثة : أن يكتب القاضى صورة الحكم الذى حكم به على الشخـ
الغائب ويرسلها إلى القاضى الثانى لتنفيذ الحكم ، ولكن الحنفية لايجيز
القضاء على الغائب ، وتكون صورة الكتاب الحكمى عندهم أن يحكم القا
على شخص ثم يغيب المحكوم عليه بعد الحكم إلى مكان آخر ، أو أن ي
عليه بحضور الوكيل عنه ، ويكتب القاضى كتاباً بحكمه إلى قاضى البلد الثانى

وكتاب القاضى واجب العمل به عند القاضى الآخر ، سواء
الكتاب موثقاً بالخاتم والتوقيع وبمعرفة خط القاضى كما يقول بعض الفقـ
أم كان موثقاً بالإضافة إلى ذلك بشهادة عدلين عليه ، ويعتبر حجة كـ
وملزمة له ، فإن كان الكتاب يتضمن شهادة معدلة طلب القاضى الخصم
الكتاب عليه وتحقق من الدعوى والخصوم وحكم بالشهادة المكتوبة ،
كانت الشهادة المكتوبة غير معدلة سأل عن الشهود ، وحكم بها ، وإن
حكماً نفذه وعمل بموجبه ، واستوفى المال من المدعى عليه ، وقد ص
أئمة المذاهب الأربعة والزيدية والأباضية والظاهرية بأن كتاب القـ
إلى القاضى طريق من طرق الحكم ، وأن القاضى المكتوب إليه متى تحقـ
صحة الكتاب بالبينة أو بالخط والتوقيع فإنه يعمل بما ورد فى الكتاب
ويعتمد على ما فيه ، لما رواه الضحاك بن سفيان أن رسول الله صلى الله
وسلم كتب إليه أن يورث امرأة أشيم الضبابى من دية زوجها(١) ،

(١) رواه الترمذى وأبو داود وابن ماجه ومالك ، وقال الترمذى : هذا حديث حسن

البهوتى : وأصله الإجماع وسنده قوله تعالى : (إنى ألقى إلى كتاب كريم إنه من سليمان) النمل /٢٩ ــ ٣٠ ، وذكر الماوردى وابن قدامة أن الأصل فى كتاب القاضى الآية الكريمة السابقة(١) .

٣ ــ ديوان القاضى : عرفه البابرتى من الحنفية بأنه الخرائط التى فيها السجلات وغيرها من المحاضر والصكوك وكتاب نصب الأوصياء وتقدير النفقات ، ثم قال : لأن السجلات وغيرها إنما وضعت فى الخرائط لتكون حجة عند الحاجة ، فتجعل فى يد من له ولاية القضاء(٢) ، وقد يطلق على الديوان اسم المحضر أو السجل تسمية للكل باسم الجزء ، فالديوان يشمل مجموع المحاضر والسجلات والصكوك والوثائق التى تدون فى مجلس القضاء ويحتفظ بها القاضى تحت يده ، أوعند أمنائه للرجوع إليها عند الحاجة ويسميه بعضهم القمطر ، وهو وعاء الأوراق .

وأول من وضع الديوان العام سيدنا عمر بن الخطاب رضى الله عنه أما الديوان القضائى وتسجيل الأحكام فيه للرجوع إليها فأول من فعله القاضى الفاضل سليم ابن عتر التجيبى الذى تولى القضاء فى مصر من سنة ٤٠ إلى سنة ٦٠ هـ .

واتفق الفقهاء على قبول ديوان القاضى ، والاعتماد على كتابته وخطه وكذلك ديوان القاضى الذى سلفه إذا وثق بالخط وأمن التحريف والتغيير وابتعدت الريبة والشك ، كما يعتبرون الصك الذى فى يد أحد المتخاصمين والمسجل فى دواوين القضاء دليلا فى الإثبات وبرهاناً على الحق لصاحبه إن كان محفوظاً ، ولكن اختلف الفقهاء فى بعض شروط ديوان القاضى كاشتراط الشهادة على الديوان واشتراط التذكر بما فيه ، وعدم ذلك .

وإن ديوان القاضى يعتبر كالمحرر الرسمى الصادر من موظف رسمى

---

(١) كشاف القناع : ٣/٣٨١ ، الحاوى الكبير : ١٢ ق ٦٧/أ مخطوط ، المغنى : ٩/

(٢) العناية شرح الهداية : ٥/٤٦٥

المدون فى حدود اختصاصه ، المحافظ على الشروط والقواعد اللازمة
كيفية الكتابة والتسجيل فى عصرنا الحاضر ، وديوان القاضى مثل ك
القاضى بل هو أقوى منه وأثبت ، وأدعى إلى القبول والتوثيق والأمانة .

٤ — الكتابة التى تتضمن شهادة ، ويشمل ثلاث حالات وهى :

الأولى : الكتابة التى تتضمن شهادة الكاتب نفسه على غيره : و
الشهادة على خط نفسه فتقبل متى كانت الورقة مصونة ومحفوظة
مكان أمين أو عرف الكاتب خطه فيشهد بما رآه فى كتابه وخطه وختم
واشترط جمهور الفقهاء لقبول ذلك أن يتذكر الكاتب الشهادة .

الثانية : الكتابة التى تتضمن شهادة الميت والغائب على آخر ، و
مختلف فيها ، فأجاز المالكية وأحمد فى قول الشهادة على خط الشاهد الغ
أو الميت أو الشاهد الذى يتعذر حضوره لأن كتابة الشهادة كالنطق ب
وأنكر الجمهور جواز الشهادة على خط الشاهد الغائب أو الميت ، لأن الش
يشهد بما يعلم عن طريق السمع والمعاينة ، والكتابة ليست واحدة منهما .

الثالثة : الكتابة التى تتضمن إقرار الكاتب ، أى الشهادة على
المقر ، وهى جائزة ، لأن كتابته إقرار منه ، ولأن الكتابة تعبير عن إراد
ولأن الشاهد يشهد بما يسمع أو يرى ، ومن المرئيات الكتابة .

قال المواق : الشهادة على خط المقر جائزة ، وقد أجمعوا أن ا
رسم يدرك بحاسة البصر ، والبصر يميز بين الخطين والشخصين مع ج
اشتباه ذلك ، فلما جوزوها فى الشخص مع جواز الاشتباه فيه جازت
الخط(١) .

٥ — دفاتر البياع والصراف والسمسار : صرح عامة علماء الح
والمالكية على جواز الاعتماد على دفتر البياع أو الصراف أو السمسار

(١) التاج والإكليل : ٦/١٨٧

واعتبروا مادون فيه من الديون عليه حجة يعمل بها وحدها ، دون حاجة إلى انضمام شيء آخر معها ، ولا يشترط فيها أن يكون معنونة ، بل يكفى كتابتها حسب العرف الجارى ، واستندوا فى مشروعيتها على العرف والعادة ، فإن التجار لا يكتبون فى دفاترهم إلا مالهم وماعليهم ، وقد جرت عادة التجار بكتابة شئون تجارتهم ، وتسجيلها فى دفتر خاص ، فما وجد فى دفاترهم يكون حجة عليهم ، ويجب العمل بما فيه دفعاً للمشقة فى إحضار الخصوم وكتابة الإيصالات ، وصيانة لحقوق العباد .

وتقتصر حجية هذه الدفاتر على إثبات الحقوق والديون التى تترتب فى ذمتهم إلى الآخرين ، أما حقوقهم وديونهم على الناس فلا يحتج بالدفتر عليها ، لأنه لا يقبل من المدعى تقديم الدليل الذى كتبه وأعده بنفسه ، ولو نطق به صريحاً فلا يستحق بمجرده ويكون ادعاء يحتاج إلى بينة .

٦ ــ الرسائل : اتفق الفقهاء على حجية الرسائل فى الإثبات بين الغائبين سواء أشهد عليها أم لم يشهد ، وصرحوا بالقاعدة المشهورة : (الكتاب بين الغائبين كالخطاب بين الحاضرين) ، (وإن الكتاب كالخطاب فى التعاقد) وكذلك إذا أقر بخطه وتوقيعه وختمه كانت الكتابة دليلا لحاملها ، يمكن بواسطتها إثبات حقه أمام القضاء ، واستندوا فى مشروعية الإثبات بالرسائل على العرف والعادة ، فقد جرت العادة بين الناس ألا يكتبوا رسائلهم بالطريقة العادية إلا لإظهار ماعليهم من حقوق وواجبات .

٧ ــ صكوك العقود : الصك هو الورقة التى تدون فيها التصرفات والعقود بين الأطراف مع التوقيع والإشهاد ، ويكتب الصك عادة عند إنشاء العقد بين الأطراف ، وذلك لتوثيق العقد أو التصرف ، مع ذكر الشروط التى يشترطها الأطراف وبيان الثمن والأجل والأوصاف ، وهذه العملية تسمى عند الفقهاء بعلم الوثائق ، ويسميه الفقهاء أيضاً علم الشروط .

وتسمى الوثيقة حجة شرعية أو صكاً أو محضراً أو سجلا ، فإذا أنكر

أحد الأطراف الحق الذى لزمه بموجب السند المسجل ، شهد عليه السجل بذلك الحق ، ومتى ثبت الكتاب أمام القاضى فلا خلاف فى أنه يعتبر حجة لصاحب الحق فى إثبات حقه ، ولا يقبل إقرار المدين بعد ذلك ، ويعتبر الثابت بالكتاب دليلا ملزماً .

وأخيراً فإن الأدلة الكتابية أهم دليل فى القانون الوضعى ، واعتبر المشرع الكتابة أقوى الأدلة وأكثرها استعمالا ، ووضعها فى المكان الأسمى والدرجة التى لا ينافسها فيها غيرها ، وجعل الكتابة هى الأصل فى الإثبات ، كما أوجب الكتابة دون غيرها فى إثبات بعض الحقوق ، وفضلها على الوسائل الأخرى عند التعارض ، لأنها تعد مقدماً عند نشوء التصرف ، وقبل قيام النزاع ، فهى أقرب إلى الحقيقة والواقع من غيرها ، ولعدم تأثرها بمرور الزمن .

والعلة فى ذلك أن القانون نظم بشكل دقيق السجلات والدواوين وخصص دوائر معينة ، وموظفين مختصين بالكتابة والتسجيل لضمان الصحة فيها .

والواقع أن هذه الإجراءات لا تخرج عن مضمون الآية الكريمة التى أمرت بكتابة المعاملات والديون ، وأرشدت إلى وسيلة الكتابة ، ونبهت إلى التزام الحق والصواب فيها ، فقال تعالى : « يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل ، ولا يأب كاتب أن يكتب كما علمه الله ، فليكتب وليملل الذى عليه الحق وليتق الله ربه ، ولا يبخس منه شيئاً . . ولاتسأموا أن تكتبوه صغيراً أو كبيراً ، ذلكم أقسط عند الله ، وأقوم للشهادة ، وأدنى ألا ترتابوا » البقرة / ٢٨٢

وإن القانون الوضعى موافق تماماً لما جاء فى الفقه الإسلامى وإن الجديد فى القانون لا يخرج عن كونه تطويراً لما سبق ، ومسايراً لما وصل إليه العلم والكتابة والتنظيم ، مما تتقبله الشريعة الغراء ، وتحتضن كل جديد

يوصل إلى الحق والعدالة ، ويوثق الحقوق ويحفظ الأموال التى أمر
بحفظها ونهينا عن إضاعتها ، وهذا مثال على صلاحية الشريعة لكل زم
ومكان ، مع ثبوت السبق للشريعة فى التساهل فى إثبات المواد التجار
ـ التى نصت عليها القوانين اليوم ـ فلم تطلب الشريعة الغراء كتابة الد
التجارى ، فقال تعالى : « إلا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم فلي
عليكم جناح ألا تكتبوها » البقرة / ٢٨٢ ، صدق الله العظيم .

خامساً ـ الإثبات بالقرائن :

القرينة لغة هى الأمر الدال على الشىء من غير الاستعمال فيه ،
بمجرد المقارنة والمصاحبة ، أو هى أمر يشير إلى المقصود ، وعر
الفقهاء بأنها مايلزم من العلم به الظن بوجود المدلول ، وأطلقوا عليها ألف
مرادفة لها ، فقالوا : القرينة والإمارة والعلامة .

ويشترط فى القرينة التى يجوز الاعتماد عليها أمران :

أولا : أن يوجد أمر ظاهر ومعروف وثابت ليكون أساساً لا
الاستدلال منه لوجود صفات وعلامات فيه ، ولتوفر الأمارات عي
فالوقائع المادية والتصرفات البشرية تتألف من أمور ظاهرة ثابتة وتنط
على أمور باطنة يستدل عليها بالأمارات المصاحبة لها .

والأمر الثانى : أن توجد الصلة بين الأمر الظاهر الثابت ، والق
التى أخذت منه فى عملية الاستنباط والاستنتاج ، وذلك باستخراج ا
من النصوص والوقائع بالتأمل والتفكير الناشىء عن فرط الذهن
القريحة .

وهذه الصلة بين القرينة وبين الأمر المصاحب لها تختلف من حا
أخرى ، ولكن يشترط أن تكون العلاقة بينهما موجودة ، وتقوم على أ
سليم ومنطق قويم ، ولا تعتمد على مجرد الوهم والخيال أو الصلة ا
الضعيفة ، لأن المهم أن تكون عند الإنسان علماً فى الدعوى يكاد يماثل

الحاصل من الشهود وغيرهم ، وهذا يحصل بالتأكيد من قوة المصاحبة والمقارنة .

وبناء على قوة هذه الرابطة وضعفها تنقسم القرائن إلى قسمين : قرائن قوية وقرائن ضعيفة ، لأن دلالة القرائن على مدلولاتها تتفاوت فى القوة والضعف تفاوتاً كبيراً ، فقد تصل فى القوة إلى درجة القطع ، وتكون القرينة قاطعة وبالغة حد اليقين ، وقد تضعف حتى تنزل دلالتها إلى مجرد الاحتمال .

ونستبعد القرائن الضعيفة من طرق الإثبات فلا تقبل فى القضاء ، ونقتصر فى الإثبات على القرائن القوية التى تفيد ظناً قوياً واحتمالا راجحاً ، بحيث يتحقق لدينا أن دليل الشىء فى الأمور الباطنة يقوم مقامه ، كاللفظ الدال على الإرداة الحقيقية والرضا فى العقود ، واستعمال آلة القتل دليل على قصد القتل .

وقوة القرينة وضعفها أمر نسبى تختلف فيه الأنظار ، فقد يعتبر بعض الفقهاء القرينة قوية ، وتكفى فى الاستدلال وترجح على غيرها من القرائن الواهية ، ويخالفهم آخرون ويعتبرون نفس القرينة واهية ضعيفة لا يناط بها الاستنباط ، ولا يستخرج منها الدليل فى الإثبات ، مثل الاختلاف فى متاع البيت بين الزوجين ، فيدعى كل منهما أن المتاع ملكه ، ولم يستطع إحضار البينة والدليل على صحة قوله ، فقال الحنفية والمالكية والحنابلة والزيدية والإمامية فى الأظهر والأباضية إن متاع البيت الذى يصلح للرجال كالعمامة والكتب والسيف يعطى للزوج ، والمتاع الذى يصلح للنساء كالحلى والثياب يعطى للزوجة للقرينة القائمة على العرف والعادة فى صلاحية كل نوع لصاحبه ، وأنه لا عبرة لليد الحسية فيها .

وذهب الشافعية والظاهرية وبعض الإمامية إلى أن متاع البيت يقسم بين الزوجين نصفين ، سواء أكان مما يصلح للرجال أم مما يصلح للنساء

أم مما يصلح لهما ، لظاهر اليد منهما ، لأن البيت بأيديهما ، واشتراكهما فى اليد يمنع الترجيح بالعرف ، وبما أنه لا يوجد بينة فالحكم بظاهر اليد والصلاحية لا تبطل أثر اليد ، وخاصة عند احتمال أن يملك كل منهما ما يصلح للآخر .

فاليد قرينة على الملك باتفاق ، وبها تمسك أصحاب القول الثانى والصلاحية قرينة عرفية يشهد لها شاهد الحال والعرف والعادة ، وقد تعارض ظاهر الحال المستفاد من العادة الغالبة مع اليد ، فقدم الجمهور الأولى لدلالة شاهد الحال والظاهر ، واعتبروا هذه القرينة قوية فى الدلالة على صاحب الحق فى التنازع فى متاع البيت ، بينما حافظ الشافعية ومن معهم على قرينة اليد ، ولم يعتبروا قرينة الصلاحية قوية فى الدلالة .

أقسام القرائن :

وتنقسم القرائن تقسيمات كثيرة باعتبارات مختلفة .

فتنقسم باعتبار النسبة بين القرينة ومدلولاتها إلى قسمين : قرائن عقلية ، وهى التى تكون النسبة بينها وبين مدلولاتها ثابتة يستنتجها العقل دائماً كوجود المسروقات عند المتهم بالسرقة ، ووجود الجراح فى جسد الميت دلالة على قتله بآلة حادة ، وقرائن عرفية ، وهى التى تكون النسبة بينها وبين مدلولاتها قائمة على عرف أوعادة تتبعها دلالتها وجوداً أو عدماً وتتبدل بتبدلها ، كمن حلف ألا يأكل لحماً فأكل سمكاً ، فلا يحنث إذا كان العرف لا يطلق اللحم على السمك ، ومن يتفق مع آخر على مقدار من السلعة ، فيكون الثمن بعملة البلد المستعملة ، ومثل قبول الهدية من الأب الصغار ، واعتبار قولهم فى الإذن بالدخول ، وكشراء المسلم شاة قبيل الأضحى ، فإنها قرينة على قصد الأضحية فيشترط فيها أن تكون خالية من العيوب المانعة من جواز ذبحها وإلا ردت إلى صاحبها .

وتنقسم القرائن باعتبار قوتها وضعفها إلى ثلاثة أنواع :

الأول : أن تكون دليلا قوياً مستقلا لا يحتاج إلى دليل آخر ، فهـ بينة نهائية ، ويطلق عليها القرينة القاطعة ، كما لو خرج رجل من داره وهو مرتبك ومضطرب وخائف ، وفى يده سكين ، ثم وجد فى الد حالا قتيلا يتشخبط فى دمه وأنه حديث القتل ، فهذه الحالة قرينة قاطعة ع القتل عند جماعة من الفقهاء ، بينما اعتبرها آخرون قرينة قوية على اللو وتوجيه أيمان القسامة ، ومثل ذلك القيافة فى النسب ، والخلوة فى استحقـ المهر عند الحنفية ، وعلامة الإسلام أو شارة الكفر على الركاز ، ووص المرأة التى زفت إلى العريس ليلة العرس .

الثانى : أن تكون دليلا مرجحاً لما معها ومؤكدة ومقوية له ، كالوصف الصحيح فى تنازع المؤجر والمستأجر فى كنز وسط الدار ، فكلاهما صاحـ يد ، والوصف رجح أحدهما ، والصلاحية فى الاستعمال عند تناز الزوجين فى متاع البيت ، كذلك جميع الحالات التى اعتبر الشارع فيها قو صاحب القول لقرينة مصاحبة يراها الشارع أو الفقيه ، كالشفقة الوصاية ، والأمانة فى الوديع .

الثالث : أن تكون دليلا مرجوحاً فلا تقوى على الاستدلال بها وهى مجرد احتمال وشك ، فلا يعول عليها فى الإثبات ، وتستبعد فى مجا القضاء ، كاليد إذا قارنها دليل أوقرينة أقوى من اليد ، وكذلك اليد م الشهادة تصبح ضعيفة ، والنكول مع الشهادة ، ومع هذا النوع الحدس الضعيف والظن المرجوح والأمارة البعيدة ، وغير ذلك مما يستبعد ع النظر فى الدعوى .

وتنقسم القرائن بحسب مصدر القرينة إلى ثلاثة أنواع :

الأول : قرائن نصية ، وهى التى ورد عليها نص من الكتاب أو السنة وجعلها الشارع أمارة على شىء معين ، مثل الدم قرينة على القتل فى قص

يوسف : « وجاءوا على قميصه بدم كذب » يوسف /١٨ ، ولكن يعقوب
عليه السلام لم يقبل هذه القرينة من أبنائه لأنها اقترنت مع قرينة أقوى
منها تكذبها ، وهى أن الثوب سليم غير ممزق ، وترجحت عنده لعلم
أن الذئب لا يمكن أن يأكل يوسف ، ويبقى ثوبه سليماً ، وقال : متى كا
الذئب حليماً ، يأكل يوسف ، ولا يخرق قميصه ، وقال تعالى على لسانه
« بل سولت لكم أنفسكم أمراً فصبر جميل والله المستعان على ماتصفون
يوسف / ١٨ ، ومثل شق الثوب قرينة على المباشرة « إن كان قميصه ق
من قبل فصدقت ، وهو من الكاذبين ، وإن كان قميصه قد من دبر فكذبت
وهو من الصادقين » يوسف / ٢٦ — ٢٧ ، ومثل العلامات التى أقامها ا
تعالى للاهتداء بها فى قوله تعالى : « وعلامات وبالنجم هم يهتدون » النحل
١٦ ، ومثل كون الفراش أمارة وقرينة على نسبة الولد إلى الزوج ، ومث
الشبه فى القافة ، واللوث فى القسامة ، والصمات فى زواج البكر للدلالة ع
رضائها ، ووضع العلامات التى تدل على المؤمن أو تميز المنافق والكا
من غيرهما ، كما جعل الشارع الحنيف دم الحيض أمارة على براءة الر
وخلوه من الحمل ، ورتب عليه أحكاماً تتعلق بانتهاء العدة ومنع الر
وجواز العقد عليها من الآخر ، ويمكن تسمية هذا النوع بالقرائن الشر
لنص الشارع عليها .

الثانى : قرائن فقهية : وهى التى استخرجها الفقهاء ، وجعلوها
على أمور أخرى ، وسجلوها فى كتب الفقه والمؤلفات الخاصة ، ويمكن ض
إلى القرائن الشرعية السابقة باعتبار أن القاضى يلتزم بالحكم بموجبها مالم
مجتهداً مطلقاً ، ويطلق على مجموع النوعين القرائن الشرعية والفقهية ، و
التى ورد فيها نص شرعى أو نص فقهى يلتزمه القاضى .

الثالث : قرائن قضائية : وهى التى يستنبطها القضاء بحكم ممارسة الق
ومعرفة الأحكام الشرعية التى تكون لديهم ملكة يستطيعون بها الاستد
وإقامة القرائن فى القضايا ومواضع الخلاف ، ويلاحظون العلامات

ويستخرجون الأمارات من ظروف كل دعوى عن طريق الفراسة والفط
والذكاء ، ويصلون إلى معرفة الحق ، وتمييز الطيب من الخبيث ، والأم
على ذلك كثيرة فى هذا المضمار ، ولكن يجب إحاطتها بالحيطة والحذر
وعدم التعويل عليها إلا ضمن القواعد والضوابط المقبولة ، ويمكن تسم
بالقرائن القضائية أو الاجتهادية .

مشروعية القرائن :

البينة هى كل مايبين الحق ويظهره ، وأهم البينات الشهادة والإقر
واليمين والكتابة ، فإذا لم تتوفر إحدى هذه البينات المباشرة فيمكن اللج
إلى وسيلة أخرى غير مباشرة يستنبطها الفقيه أو القاضى أو ينص عليها الشا
ويجعلها علامة ودليلا على الحق ، ومرشداً إليه ؛ وهى القرائن الق
أو الأمارة الظاهرة ، فالقرائن تقوم مقام الوسائل الأخرى إذا فقدت
الدعوى .

وإذا بحثنا فى بطون الفقه الإسلامى الزاخر وجدنا كثيراً من الأحك
تعتمد على القرائن ، سواء فى ذلك الأحكام العامة أو وسائل الإثبات
تعتمد عليه من أسس وضوابط وأحكام ، وذلك فى مختلف المذاهب .

وأغلب الفقهاء لم يذكروا القرينة مع وسائل الإثبات إلا نادراً ،
يخصصوا لها باباً مستقلا ، ولكنهم ذكروها عرضاً فى كثير من الأبو
والفصول والأحكام ، واستندوا إليها فى القضاء والحكم دون استثناء
فالفقهاء مجمعون على الأخذ بالقرائن فى الجملة ومختلفون فى التفصيل .

فمنهم من ذكرها صراحة واعتبرها وسيلة فى الإثبات ، ومنهم
ذكر القرائن فى مجال الاحتجاج والترجيح فى أبواب كثيرة وحالات جم
ولم يربط بينها ، أويستخرج قاعدة عامة ، فيحكم مثلا بناء على اليد أو ظ
الحال أو العرف والعادة أو الأمارة الظاهرة أو العلامة ، وأن بعض الفق

يعلل الأحكام والأقضية بأحد هذه الدلالات القوية ؛ ثم ينكر الاستدلال بالقرائن أو الاعتماد عليها ؛ ولعل السبب فى عدم تصريح الفقهاء بالقرائن هو الاحتياط والتحرز وسد الذرائع ، لأن استعمال القرائن يحتاج إلى صفاء الذهن وحدة الفكر ورجحان العقل وزيادة التقوى والصلاح والإخلاص ؛ وإلا انحرف بها صاحبها وأصبحت أداة للظلم ووسيلة للاضطهاد والتعسف .

يقول الشيخ محمود شلتوت : ومما ينبغى المسارعة إليه فى هذا المقام أن الناظر فى كتب الأئمة يرى أنهم مجمعون على مبدأ الأخذ بالقرائن فى الحكم والقضاء ، وأن أوسع المذاهب فى الأخذ بها مذهبا المالكية والحنابلة ثم الشافعية ثم الحنفية(١) .

وقد صرح عدد كبير من الفقهاء بالأخذ بالقرائن ، ومنعها بعضهم واستدل القائلون بها بأدلة كثيرة ، منها قوله تعالى : « وجاءوا على قميصه بدم كذب » يوسف ١٨ ؛ وذلك أن إخوة يوسف جعلوا الدم على القميص علامة على صدقهم بأكل الذئب ليوسف ؛ قال القرطبى : استدل الفقهاء بهذه الآية فى إعمال الأمارات فى مسائل الفقه ، كالقسامة وغيرها ، وأجمعوا على أن يعقوب عليه السلام استدل على كذبهم بصحة القميص ، وهكذا يجب على الناظر أن يلحظ الأمارات والعلامات إذا تعارضت ، فما ترجح منها قضى بجانب الترجيح ؛ وهى قوة التهمة ، ولا خلاف بالحكم بها(٢) .

واستدلوا بقوله تعالى فى قصة يوسف أيضاً : « وشهد شاهد من أهلها إن كان قميصه قد من قبل فصدقت وهو من الكاذبين ، وإن كان قميصه قد من دبر فكذبت ، وهو من الصادقين ؛ فلما رأى قميصه قد من دبر قال إنه من كيدكن إن كيدكن عظيم » يوسف / ٢٦ — ٢٨ ، فجعل الله تعالى شق الثوب قرينة ودليلا على صدق أحد المتنازعين ، وأن الزوج

---

(١) الإسلام عقيدة وشريعة : ٤٦٩ .

(٢) تفسير القرطبى : ٩ / ١٥٠ .

توصل من ذلك إلى تصديق يوسف وتكذيب زوجته ، وهذا دليل على مشروعية القرائن ، واستدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم فى الحديث المشهور : « الولد للفراش ، وللعاهر الحجر »(١) ، فالفراش قرينة على المخالطة المشروعة وإنزال ماء الزوج فى رحم زوجته وتكوين الجنين منه ، فيكون الولد للزوج ويثبت نسبه منه ، لأن الغالب أن الفراش لا يكون إلا بالزواج الصحيح والمخالطة المشروعة ، فأقيمت القرينة على الغالب من الأحوال ، وجاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وسأله عن اللقطة ، فقال : (اعرف وكاءها وعفاصها ثم عرفها سنة ، فإن لم تعرف فاستنفقها ، ولتكن وديعة عندك ، فإن جاء طالبها يوماً من الدهر فأدها إليه ، وفى رواية أبى داود : اعرف عددها ووعاءها ووكاءها ، وزاد : فإن جاء صاحبها فعرف عددها ووكاءها فادفعها إليه)(٢) ، فجعل معرفة الوعاء والرباط والعدد دليلا على صحة قول مدعى اللقطة ، ووصف اللقطة قرينة مصاحبة وملازمة لها تقوم مقام البينة ، وهذا دليل على مشروعية القضاء بالقرائن .

وعن جابر بن عبد الله رضى الله عنه قال : أردت السفر إلى خيبر ، فأتيت النبى صلى الله عليه وسلم فقلت له : إنى أريد الخروج إلى خيبر ، فقال : إذا أتيت وكيلى فخذ منه خمسة عشر وسقاً ، فإذا طلب منك آية ، فضع يدك على ترقوته(٣) ، فوضع اليد على الترقوة قرينة وأمارة اعتمد عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الدفع ، وتعتبر بينة فى الحكم ، وإلا لما فعلها رسول الله صلى الله عليه وسلم .

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا تنكح الأيم حتى تستأمر ، ولا تنكح البكر حتى تستأذن ، قالوا : يارسول الله ، فكيف إذنها ؟ قال : أن تسكت(٤) ، وفى رواية عند مسلم والنسائى عن ابن عباس :

---

(١) رواه البخارى ومسلم وأصحاب السنن وأحمد عن عائشة ، وعن طريق بضعة وعشرين صحابياً .
(٢) رواه البخارى ومسلم وأحمد والشافعى وأصحاب السنن إلا النسائى .
(٣) رواه أبو داود وابن ماجه .
(٤) رواه البخارى ومسلم وأصحاب السنن عن أبى هريرة .

الأيم أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأذن ، وإذنها صماتها ، فالرسول ص
الله عليه وسلم جعل صمات البكر دليلا على الرضا ، والصمات أو السكو
قرينة ، ولذلك يجوز الاعتماد على القرائن ، قال ابن فرحون : وهذا أقو
الأدلة فى الحكم بالقرائن(١) .

وعن أبى موسى رضى الله عنه أن رجلين اختصما فى دابة ، وليـ
لواحد منهما بينة ، فقضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم بينـ
نصفين(٢) ، فقد حكم عليه الصلاة والسلام بالدابة لهما لوجود اليد منهما
واليد قرينة وعلامة على الملك ، فجعلها النبى صلى الله عليه وسلم بينـ
لاستوائهما فى الملك واليد ، وذلك أن المدعين لا يستحقان الدابة بمجـ
الدعوى ، وإنما كانت لهما يد عليها ، كما قاله الخطابى : يشبه أن يكـ
البعير أو الدابة كانت فى أيديهما(٣) ، فالقرينة حجة فى الإثبات ، و
يدل على مشروعية الحكم بالقرينة .

وهناك أمثلة كثيرة جداً فى القرآن والسنة تدل على مشروعية القر
والعمل بها ، وأهمها الاعتماد على الشبه فى القيافة فى إثبات النسب ، والعلام
التى صرح بها النبى الكريم التى تميز المؤمنين وتوصم المنافق ، فقال : (
رأيتم الرجل يرتاد المساجد فاشهدوا له بالإيمان)(٤) . وقال : (آية الم
ثلاث : إذا حدث كذب ، وإذا أؤتمن خان وإذا عاهد غدر ، وفى روا
وإذا خاصم فجر)(٥) ، فجعل النبى عليه الصلاة والسلام ارتياد المس
أمارة على الإيمان وأجاز لنا الشهادة بذلك ، وبين صفات المنافقين
يعرفون بها .

---

(١) تبصرة الأحكام ، له : ٢ - ١١٤ ، ١١٧ .
(٢) رواه أبو داود والنسائى وابن ماجه وأحمد والبيهقى .
(٣) معالم السنن ، له : ٥ - ٢٣١ .
(٤) رواه أحمد والترمذى وابن ماجه وابن خزيمة وابن حبان والحاكم والنسائى والبيهقى
(٥) رواه البخارى ومسلم والنسائى .

فالقرائن وسيلة من وسائل الإثبات لا يخلو منها كتاب من كتب الفق
ولا يبعدها فقيه واحد ، فالشافعية كلهم يقولون بالقافة ، وهى تعتمد
الشبه ، ويعملون بجذوع الشجر ومعاقد اللبن فى الجدران ، وهى ق
عرفية على الملك ، ويقولون بها فى أثاث البيت بين المستأجر ورب الدا
ويقولون باللوث فى القسامة ، وباليد على الملك الظاهر ، والحنفية يقو
بالقرينة فى النكول ، وفى متاع البيت بين الزوجين ، وفى القسامة .

ولذلك فكل أمارة يمكن استنباطها من واقعة مع قوة المقارنة والمص
بينهما يمكن الاعتماد عليها فى القضاء ، واعتبارها وسيلة فى الإثبات ، و
يختلف باختلاف العصور والأعراف والعادات والتقدم العلمى .

وقد ظهر فى العصر الحديث قرائن وأمارات واضحة وقوية فى الإث
مثل البصمات وتحليل الدم والتقاط الصور وتسجيل الصوت وفحص الد
ولكن يجب التحرز والتثبت من المشرفين على استخراج هذه القرا
فإنها بمقدار ماتعتبر اليوم تقدماً علمياً ، واكتشافاً عظيماً ، بمقدار ما
تزويرها والتلاعب فيها بطرق فنية ، وعلمية مبتكرة ، وبأساليب شيط
خبيثة ، فالصورة التى تدل على واقعة معينة كالولادة والإتلاف وغيره
يمكن أن تزور فتؤخذ صورة بريئة ويلصق معها ما يدل على حادثة لا ع
لها ولا صلة لصاحب الصورة بها .

فالقرائن التى يعتمد عليها الفقهاء غير محصورة ، ولذلك تتعدد وتتك
بحسب العرف والعادة والعصر والتقدم العلمى .

ولا ينكر أحد فائدة القرائن وأهميتها فى القضاء لشدة الحاجة إليها
فقدان البرهان أو التشكك فى الدليل المقدم ، كما أنها نافعة فى الوص
إلى الحقيقة وإنصاف المظلوم فيجب الاعتماد على القرائن والأمارات وا
بموجبها لتحقيق العدل ، وإلا تعطلت الأحكام وضاعت الحقوق ، إما لفق
الدليل المباشر فيها ، وإما لقدرة المعتدى على التمسك بظواهر الأمور .

قال ابن القيم : فالشارع لم يلغ القرائن والأمارات ودلائل الأحوال ، بل من استقرأ الشرع فى مصادره وموارده وجده شاهداً لها بالاعتبار ، مرتباً عليها الأحكام ، ثم قال : ولم يزل حذاق الحكام والولاة يستخرجون الحقوق بالفراسة والأمارات ، وقال أيضاً : والحاكم إذا لم يكن فقيه النفس فى الأمارات ودلائل الحال ومعرفة شواهده والقرائن الحالية والمقالية أضاع حقوقاً كثيرة على أصحابها ، وحكم بما يعلم الناس بطلانه ، ثم قال : فمن أهدر الأمارات والعلامات فى الشرع بالكلية فقد عطل كثيراً من الأحكام وضيع كثيراً من الحقوق (١) .

وكثير من الوقائع لا يمكن إثباتها بالشهادة أو الإقرار أو الكتابة ، فإذا لم نسمح للقاضى باستنباط واستخراج القرائن على الأمارات والعلامات المصاحبة للحق والدالة عليه ضاع الحق مع أن الشارع حريص على حفظ الحقوق وإثباتها لأصحابها .

والقضاء بالقرائن يتفق مع غرض الشارع من إقامة العدل بين الناس ، وإيصال الحقوق إلى أصحابها ، وإخلاء العالم من الفساد .

قال ابن القيم : فإذا ظهرت أمارات العدل وأسفر وجهه بأى طريق كان ، فثم شرع الله ودينه ، والله سبحانه أعلم وأحكم وأعدل أن يخص طرق العدل وأمارته وأعلامه بشىء ثم ينفى ما هو أظهر منها وأقوى دلالة وأبين أمارة فلا يجعله منها ولا يحكم عند وجودها وقيامها بموجبها ، بل قد بين سبحانه بما شرعه من الطرق أن مقصوده إقامة العدل بين عباده ، وقيام الناس بالقسط ، فأى طريق استخرج بها العدل والقسط فهى من الدين وليست مخالفة له (٢) .

ونقل ابن فرحون المالكى عن القاضى إسماعيل أن العمل والحكم بالقرائن

(١) الطرق الحكمية ، له : ٤ ، ١٢ ، ١٠٠ .
(٢) المرجع السابق : ١٤ .

فى مثل اختلاف الزوجين غير مخالف لقوله صلى الله عليه وسلم : (البينة على المدعى واليمين على من أنكر) ، لأنه صلى الله عليه وسلم لم يرد بهذا الحديث إلا الموضع الذى يمكن فيه البينة ، فمتى وجدت القرائن التى تقوم مقام البينة عمل بها (١) .

وأما حالات القضاء بالقرائن فقد اتفق الفقهاء القائلون بمشروعية الإثبات بالقرائن على ثبوت الحقوق المالية بها ، ثم اختلفوا فى الحقوق غير المالية ، حسب التفصيل الآتى :

١ ــ الحدود : اختلف الفقهاء فى إثبات الحدود بالقرائن على قولين ، فذهب المالكية والحنابلة وبعض الإمامية إلى جواز إثبات الحدود بالقرائن ، مثل إثبات حد الزنى بالحبل من المرأة غير المتزوجة ، إذا كانت مقيمة وغير غريبة ، وليس عليها أمارات الإكراه ، واستندوا فى ذلك إلى أثر سيدنا عمر ، وهو مارواه ابن عباس قال : قال عمر بن الخطاب : كان فيما أنزل الله آية الرجم فقرأناها وعقلناها ووعيناها ، ورجم رسول الله صلى الله عليه وسلم ورجمنا بعده ، فأخشى إن طال بالناس زمان أن يقول قائل : والله مانجد الرجم فى كتاب الله تعالى فيضل بترك فريضة أنزلها الله تعالى ، والرجم فى كتاب الله حق على من زنى إذا أحصن من الرجال والنساء ، إذا قامت البينة أو كان الحبل أو الاعتراف (٢) ، ومثل جواز إثبات حد الخمر على من وجد منه رائحة الخمر أو ثبت عليه أنه قاء الخمر اعتماداً على القرينة ، فإن الرائحة قرينة على الشرب ، وأن قىء الخمر دليل على شربها كما قال عثمان رضى الله عنه : (وهل قاء الخمر إلا بعد أن شربها) (٣) ، وهذا مروى عن سيدنا عمر وعثمان وابن مسعود ، وقال الإمامية والحنابلة بجواز إثبات حد السرقة إذا وجدت المسروقات عند المتهم ، فإنه يحد ، لأن وجود المسروقات عند المتهم قرينة دالة على السرقة ، وقال ابن القيم : إنها أقوى

(١) تبصرة الحكام : ١-٢٠٢ .
(٢) رواه البخارى ومسلم وأحمد وأصحاب السنن إلا النسائى .
(٣) رواه مسلم .

من البينة والإقرار (١) ، وقال المالكية : يثبت إخراج المسروق من الحرز بالإقرار أو بقرائن الأحوال ، كما إذا أخرج النصاب من حرزه على مرات إذا لم يكن إخراجه دفعة واحدة ، فالقرينة تدل على أنه يريد سرقة النصاب ، واضطر لإخراجه على مرات .

وذهب الحنفية والشافعية والحنابلة فى قول إلى عدم جواز إثبات الحدود بالقرائن لأن الحدود تدرأ بالشبهات ، ولما ثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : (لو كنت راجماً أحداً بغير بينة لرجمت فلانة ، فقد ظهر منها الريبة فى منطقها وهيئتها ومن يدخل عليها)(٢) ، وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم ، فإن وجدتم لمسلم مخرجاً فخلوا سبيله ، فإن الإمام أن يخطىء فى العفو خير من أن يخطىء فى العقوبة)(٣)

٢ ـ القصاص : اتفق جماهير الفقهاء على مشروعية القرائن فى القصاص فى باب القسامة (٤) ، ثم اختلفوا فيما عدا ذلك على قولين ، فقال ابن فرحون وابن القيم والمتأخرون من الزيدية وابن عابدين من الحنفية ، وهو ما أخذت به مجلة الأحكام العدلية بجواز العمل بالقرائن فى وجوب القصاص ، كما إذا وجد رجل مقتولا فى دار ، وقد خرج منها رجل خائف مضطرب ، وفى يده سكين ، فهى قرينة قاطعة على قتله ، وعمل الحنفية بالنكول فى الدماء ، مع الاختلاف فى التفصيل ، فالإمام أبو حنيفة أثبت القصاص بالنكول فيما دون النفس ، وأوجب الصاحبان به الأرش فى النفس أو مادونها ، والقضاء بالنكول عبارة عن القضاء بالقرائن ، لأن الناكل إما أن يكون باذلا ، وإما أن يكون مقراً ، ولولا ذلك لأقدم على اليمين إقامة للواجب ودفعاً للضرر عن النفس ، وهو أخذ بظاهر الحال مع ترجيحه على البراءة الأصلية .

---

(١) الطرق الحكمية ، له : ٧ ، أعلام الموقعين ، له : ٣-٩ .

(٢) رواه ابن ماجه ، وقد ورد معناه فى البخارى ومسلم ومسند أحمد .

(٣) رواه الترمذى والحاكم والبيهقى .

(٤) القسامة : هى الأيمان التى يقسم بها أولياء المقتول على استحقاق صاحبهم ، أو المتهمون على نفى القتل .

وذهب جمهور الفقهاء إلى عدم جواز إثبات القصاص بالقرائن إلا
القسامة ، للاحتياط فى أمر الدماء وإزهاق الأنفس ، ولأن الخطأ فى العـ
خير من الخطأ فى العقوبة ، ولقياس الدماء على الحدود بالدرء بالشبهة
تثبت بالقرائن .

٣ ـ المعاملات : تستعمل القرائن فى إثبات المعاملات المالية والأحو
الشخصية ، سواء ماتعلق منها بحق الله تعالى كالنسب والوقف ، أو ما يتعـ
بحقوق العباد فى عقد الزواج وألفاظ الطلاق وفى البيوع والتبرعات و
مختلف التصرفات .

والإثبات بالقرائن فى حقوق الله تعالى للحرص عليها والحفاظ ع
بقائها ، لأنها تتعلق بنظام المجتمع ، وتؤثر فى كيانه أكثر من حقوق العباد
ونسبت لله تعالى للتكريم والتقديس والأهمية ، فيمنع التنازل عنها والتهاو
فى شأنها أو التلاعب فى إقامتها ، وأنها بحاجة إلى المحافظة والتطبيق والإثبا
أكثر من الحقوق الخاصة .

ونكرر القول إن الفقهاء يعملون بالقرائن ، ويعللون بها الأحكام
دون أن يصرحوا بمشروعيتها فى الجملة ، وإنما يقررون كل حالة على حد
ولذلك لم يضعوا ضابطاً فى العمل بها ، وتجد المذهب الواحد يستند إ
القرينة فى استنباط الحكم أو ترجيح البينة ، ويرفض القرائن فى حالا
لقرينة أخرى ، وقد تتفق المذاهب فى حالات وتختلف فى حالات أخرى .

فمن أمثلة القرائن المتفق عليها الحكم لراكب الدابة إذا تنازع مع ماسك
الزمام ، لقوة حيازة الأول عليها ، والحكم بقسمة العين التى اختلف عليـ
اثنان ، وهى فى أيديهما ، وليس لواحد منهما بينة ، لقرينة وضع الي
الدالة على الملك ، والحكم لصاحب حمل البعير عند الاختلاف عليه لأ
ذو اليد الأقوى ، والحكم بالركاز بحسب علامات الكفر وإشارة الجاهلي
أو علامات الإسلام ، والحكم بموت المفقود أو الغائب الذى غاب غيـ
منقطعة بقرينة موت أقرانه ...

ومن أمثلة القرائن المختلف عليها النكول عند الحنفية والحنابلة اعتماداً على القرينة ، ومنع تصرفات المريض مرض الموت فى العقود والإقرار وبقية التصرفات ، والأمثلة فى كل مذهب أكثر من أن تحصى ، وأكثر القرائن ظهوراً وتطبيقاً فى الفقه الإسلامى القيافة فى ثبوت النسب والفراسة فى صفات وأعمال الناس والشبه بينهم والحيازة والتصرف فى إثبات الملك واللوث فى القسامة .

وأخيراً فإن الإثبات بالقرائن فى القانون يختلف بحسب أنواع القرائن وبحسب محل الإثبات ، فالقرائن لا تعتبر وسائل للإثبات إلا بالنص عليها صراحة ، ولا يجوز القياس عليها ، والهدف منها إعفاء من تثبت له من الإثبات حتى يثبت العكس ، أما القرائن القضائية فقد نظر إليها المشرع فى المعاملات المدنية بحذر وحيطة ، وإحاطها بسياج من التدقيق ، لأنها تعتمد على استنباط القاضى واجتهاده ونظره إلى الوقائع وللاستدلال منها على أمور غامضة ، وهذا متروك إلى حكمة القاضى وتقديره ، ولذلك فقد وضع المشرع القرائن القضائية فى مرتبة الشهادة فى الإثبات ،وأجاز الإثبات بها فيما يجوز فيه الإثبات بالشهادة ، وسبق أن عرفنا أن الإثبات بالشهادة ليس مطلقاً ، وإنما هو مقيد بالحالات الخاصة التى ليست ذات خطورة ، فهى دليل مقيد فى حالات محددة ، أما قانون العقوبات فإنه يعتمد بشكل رئيسى ومباشر على القرائن فى إثبات الجنايات والجنح ، ويجعلها فى المقام الأول ويطلق للقاضى حريته فى الاقتناع بأى دليل كان ، والمرجع فى كل ذلك إلى تقديره وقناعته .

ونختم الكلام عن القرائن بما قاله الشيخ محمود شلتوت : والأخذ بالقرائن ليس من مبتكرات القوانين الحديثة وإنما هو شريعة إسلامية ، جاء بها كتاب الله ، وقررته السنة ، ودرج عليه حكام المسلمين وقضاتهم فى جميع العصور ، وأن رمى الشريعة بالقصور أو بالجمود ناشىء عن الجهل وعدم الاطلاع على كنوزها ، نعم كان للمحدثين ظاهرة التنظيم والتنويع

وكل ما أوردوه من تقسيم للقرائن موجود فى كتاب الفقه الإسلامى ، لا ينق
إلا الأسماء الجديدة ، والذهب هو الذهب ، وإن علاه الصدأ[1] .

سادساً ــ الإثبات بعلم القاضى :

يشترط فى القاضى قبل الفصل فى الدعوى نوعان من العلم :

الأول : العلم بالأحكام الشرعية ، وهى أساس تأهيله وإعداده للقضاء

والثانى : العلم بحقيقة الواقعة وتفاصيل القضية ، وهذا العلم إما أن يكت
القاضى بنفسه برؤية القضية أو سماع الأقوال أو معاينة المدعى به والكش
عليه ، وإما أن يكتسبه عن طريق غيره كالشهود وإقرار المدعى
وكتابته والقرائن المحيطة به ، وهو علم ظنى فى الغالب ، فإذا علم القا
بحقيقة الحادثة بأن اطلع على واقعة من الوقائع بسماع ألفاظ المقر خا
مجلس القضاء أوسمع ألفاظ الطلاق فى البيت أو الشارع أو رأى الإتلا
أو القتل أو ارتكاب الجريمة أو عاين وسمع أطراف التصرف وعملية التعاق
ثم رفعت إليه الدعوى ليفصل فيها ، فهل يعتمد على علمه السابق أم لا
من الشهادة وغيرها من الوسائل والبينات ؟

من المسلم به أن علم القاضى بالحق أو الواقعة يفيده اليقين والعلم ، بخلا
الوسائل الأخرى ، فإنها تكسبه غلبة الظن ، والبينة هى كل مايبين ا
ويظهره ، وقد اتفق الفقهاء على العمل بعلم القاضى فى أربع حالات ، وهى

١ ــ اتفق الفقهاء على أن القاضى لا يقضى بخلاف علمه ، ولو
البينة ، فإذا علم بطلاق أو بدين أو بإتلاف أو بقتل ، ثم قامت البينة
مايخالف علمه ، فلا يجوز له القضاء بالبينة قطعاً ، وقال بعض الف
بالإجماع عليه ، لأنه متيقن بطلان حكمه ، والحكم بالباطل حرام ، فيج
عليه أن يعتزل النظر بالقضية ، أو يفوض غيره فيها ، ويكون شاهد

(١) الإسلام عقيدة وشريعة ، ل : ٤٧٠ .

أو يرفض سماع الدعوى أصلا ، وقد عنون لذلك البخارى فقال : (باب الشهادة تكون عند الحاكم فى زمان ولايته القضاء أو قبل ذلك للخصم) ، وساق قصة شريح : (وقال القاضى شريح ، وسأله إنسان الشهادة ، فقال : أئت الأمير حتى أشهد لك ، وقال عكرمة : قال عمر لعبد الرحمن بن عوف : لو رأيت رجلا على حد سرقة أو زنى وأنت أمير ؟ قال : شهادتك شهادة رجل من المسلمين ، قال : صدقت)[1] .

٢ — اتفق جمهور الفقهاء على جواز العمل بعلم القاضى فى الجرح والتعديل ، فإذا علم حال الشهود عدالة أو فساداً ، فيجب عليه أن يعمل بموجب علمه ، فيقبل العدل ويسمع شهادته دون أن يأمر بتعديله وتزكيته ولو طلب الخصم ذلك ، ويرد كل طعن فيه أو تجريح إلا إذا بين المجرح شيئاً جديداً لم يطلع عليه القاضى ، فيقدم الجرح ، وإذا علم فسق الشاهد وتجريحه فلا يقبل شهادته ، ولا يسأل عنه ، ولا يسمع تعديله ، ولو طلب الخصم ذلك ، وقبول علم القاضى فى الجرح والتعديل جائز عند الجمهور ، لئلا يؤدى إلى التسلسل فيه ، ولم يخالف فيه إلا الحنابلة فى رواية عندهم ، خشية التهمة عليه .

٣ — اتفق جمهور الفقهاء على جواز حكم القاضى بعلمه فيما يحدث فى مجلس حكمه ، فإذا بدرت إساءة من أحد أطراف النزاع نهره القاضى ، وإذا تطاول أحدهم بالكلام على القاضى أو على خصمه منعه ، ويؤدب من تبين لدده أو كذبه من المتخاصمين ، وإذا حدث ضرب أو جرح فى مجلس القضاء حكم القاضى على المعتدى ، واستند فى حكمه على ماسمع ولا يحتاج إلى بينة .

٤ — اتفق الفقهاء على جواز الحكم بعلم القاضى فى حق الله تعالى حسبة ، كأن يسمع القاضى الطلاق البائن من الزوج ، ثم يدعى الزوجية ، فيمنعه

---

(١) صحيح البخارى مع حاشية السندى : ٤-١٦١ .

من الاتصال بزوجته . وكما إذا سمع القاضى وقفية أرض ثم ادعى ر
ملكيتها .

واتفق الفقهاء على أن يقضى القاضى بعلمه فى تغليب حجة أ
الخصمين على حجة الآخر ، إذا لم يكن فى ذلك خلاف ، وهذا يرجع
علمه بالأحكام ، ومنها طرق الترجيح عند التعارض وغيره ...

ثم اختلف الفقهاء بعد ذلك فى جواز الحكم بعلم القاضى فيما علمه خ
مجلس القضاء ، سواء أكان الموضوع حداً أم قصاصاً أم حقاً مالياً أم
غير مالى ، سواء أكان علمه قبل تولية القضاء أم بعده ، ولهم ثلاثة أقوال

القول الأول : أن القضاء بعلم القاضى جائز مطلقاً ، سواء علمه
توليه القضاء أم بعده ، ذهب إلى ذلك الشافعية فى المشهور عندهم والإ
أحمد فى رواية وابن حزم والصاحبان من الحنفية والزيدية والإمامية وأبو ثو

واستدلوا بقوله تعالى : « ياأيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقس
شهداء لله » النساء / ١٣٥ ، وقوله تعالى : « ياأيها الذين آمنوا كونوا قوا
لله ، شهداء بالقسط » المائدة / ٨ ، فالأمر للوجوب بإقامة الشهادة والح
بالقسط ، ومن الحكم بالقسط أن يقضى بالحق الذى يعلمه ، وليس
القسط أن يترك الظالم على ظلمه لا يغيره ، ويعرض عن المظلوم فلا ينصره
واستدلوا بحديث عائشة قالت : دخلت هند امرأة أبى سفيان على رسول
صلى الله عليه وسلم فقالت : يارسول الله ، إن أباسفيان رجل شحيح
لايعطينى من النفقة مايكفينى ويكفى بنى إلا ما أخذت من ماله بغير علمه
فهل على فى ذلك من جناح ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « خذ
من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفى بنيك (١) . فالرسول صلى الله عليه وس
كان يعلم شح أبى سفيان وبخله ، فصدق امرأته فى منعها من النفقة ، فحك
بناء على علمه ، وهذا يدل على مشروعية الحكم بعلم القاضى ، وإن مـ

(١) رواه البخارى ومسلم وأبو داود والنسائى وابن ماجه والبيهق .

القاضى من الحكم بعلمه يستلزم توقف الأحكام أوفسق الحكام لإقرارهم الظلم والبطلان .

القول الثانى : أن القضاء بعلم القاضى مقبول فيما إذا علم به بعد توليته القضاء ، وفى مكان ولايته ، وكان مستمراً فى الحكم منذ علمه حتى عرض الواقعة على القضاء ، دون أن يفرق بينهما عزل ، أى إذا علم القاضى بواقعة فى زمان ومكان ولايته فإنه يحكم بعلمه ، وإلا فلا ، ذهب إلى ذلك الإمام أبو حنيفة ، والمتقدمون من الحنفية ، واستدلوا على ذلك بالأدلة السابقة ثم قيدوها بأدلة المنع ، وأساس التفريق أن علم القاضى قبل ولايته أو خارج مكان الاختصاص يشبه ما يسمعه من الشهود فى تلك الصورة وهذا السماع لا أثر له ، لأنه لا ولاية له ، أما علمه أثناء قضائه وفى مكانه فيشبه ماسمعه من الشهود فيجب عليه القضاء بموجبه ، فعلمه الأول حصل قبل توليه القضاء أو بعد توليته ، ولكن فى غير مكان قضائه فلا يقضى بعلمه ويعتبر كأنه لم يكن ، أو هو شهادة فقط ، وعلمه الثانى حصل فى الوقت المكلف فيه بالقضاء ، فأشبه البينة القائمة التى يجوز له الاعتماد عليها والقضاء بموجبها .

وقد اختلف القائلون بمشروعية القضاء بعلم القاضى فيما يجوز القضاء به فذهب الشافعية فى المشهور عنهم والظاهرية والإمامية بالنسبة للإمام قول واحداً ، وأحد قولين عندهم بالنسبة إلى غيره ، وأحمد فى رواية وبعض الزيدية أن القضاء بعلم الحاكم جائز فى جميع الحقوق ، فإذا علم بحقيقة الواقعة قضى بها بناء على علمه ، سواء فى ذلك الحدود والقصاص والحقوق المالية والعائلية وغيرها .

وذهب الحنفية والزيدية وكثير من الشافعية وأحمد فى رواية والإمامية قول إلى أن القضاء بعلم الحاكم جائز فى القصاص والمعاملات المالية والأحوال الشخصية وفى حد القذف ، وغير جائز فى الحدود إلا فى السرقة ، فيقضى بعلمه بالمال فقط دون القطع .

القول الثالث : أن القضاء بعلم القاضى غير جائز مطلقاً ، مهما كان نوع الحق موضوع الدعوى ، وكيفما كان حصول علمه به ، ذهب إلى ذلك المالكية والحنابلة والشافعية فى قول رجحه الغزالى ، والإمام محمد فى رواية ، وعليهما المتأخرون من الحنفية ، والأباضية ، وهو مروى عن شريح والشعبى والأوزاعى .

واستدلوا على رأيهم بقوله تعالى : « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة » النور ـ٤ ، فقد أمر الله بجلد القاذف عند عدم البينة وإن علم صدقه ، لأنه أمر بالجلد إذا لم يحضر الشهود واستدلوا بصريح الحديث ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (إنكم تختصمون إلى ، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض ، فأقضى له على نحو مما أسمع منه ، فمن قطعت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه ، فإنما أقطع له به قطعة من النار)(١) ، فالقضاء يكون بحسب المسموع لا بحسب المعلوم ، والرسول صلى الله عليه وسلم قضى بذلك ، رغم أنه كان يمكنه الاطلاع على أعيان القضايا مفصلا ، وروت السيدة عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم بعث أبا جهم بن حذيفة مصدقاً ، فلامه رجل فى صدقته ، فضربه أبو جهم فشجه ، فأتوا النبى صلى الله عليه وسلم ، فقالوا : القود يارسول الله ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لكم كذا وكذا ، فلم يرضوا ، فقال : لكم كذا وكذا ، فلم يرضوا ، فقال لكم كذا وكذا ، فرضوا ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : إنى خاطب العشية على الناس ومخبرهم برضاكم ، فقالوا : نعم ، فخطب فقال : إن هؤلاء الذين أتونى يريدون القود ، فعرضت عليهم كذا وكذا فرضوا ، أفرضيتم ؟ قالوا : لا ، فهم المهاجرون بهم ، فأمرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يكفوا عنهم ، فكفوا ، ثم دعاهم فزادهم . .)(٢) ، فالرسول صلى الله عليه وسلم لم يؤاخذهم بعلمه فيهم ، ولا قضى بذلك عليهم ، وقد علم رضاهم ، وهو

(١) رواه البخارى ومسلم وأصحاب السنن والبيهقى .
(٢) رواه النسائى وأبو داود وابن ماجه وأحمد .

واضح بعدم الأخذ بعلمه صلى الله عليه وسلم برضاهم الأول ، لأنه لم يلزمهـ به . وتقاضى إلى عمر رجلان ، فقال أحدهما : أنت شاهدى ، قال : إ شئت شهدت ولم أحكم ، أو أحكم ولم أشهد،وعن الشعبى قال : لا أكو شاهداً وقاضياً ،وقال شريح : القضاء حجر،فادفع الحجر عنك بعوديك أى بشاهديك .

وقالوا : إن قضاء القاضى بعلمه يجعله فى مكان التهمة لانفراده بالبي دون بقية الناس ، وهذا يثير الشبهة فى قضائه ، ويضعه فى قفص الاتهام كما يمنع القضاء بعلم القاضى سداً للذرائع ، لأنه قد يعمد قضاة السوء إنزال الأحكام الجائرة بخصومهم وأعدائهم ، ويتخذ بعض القضاة ه الطريق مطية للظلم والكيد من الخصوم والانتقام من الأعداء ، قال الإ الشافعى رضى الله عنه : لولا قضاة السوء لقلت إن للحاكم أن يحكم بعلمه(١) .

وهذا ما دعا المتأخرين من فقهاء المذاهب إلى الإفتاء بمنع القضاء القاضى ، لفساد أحوال القضاة عموماً ، قال ابن نجم الحنفى : الفتوى عدم العمل بعلم القاضى فى زماننا (٢) ، وقال الشيرازى الشافعى : لو ك علمه كشهادة اثنين لا نعقد النكاح به وحده ، وهو غير مقبول ، و القاض مندوب للحكم ، والشاهد للشهادة ، فلا يجوز تغييره ، وإن الشهادة مشر باثنين ، فلا يكفى واحد لمخالفة النص (٣) ، وقال الدردير المالكى ولا يستند فى حكمه لعلمه فى الحادثة ، بل لا بد من البينة أو الإقرار ، إلا التعديل لشاهد أو فى الجرح (٤) ، وقال ابن جزىء المالكى : ولا يق بعلمه سواء علم ذلك قبل القضاء أو بعده (٥) ، وقال ابن قدامة الحنبل

---

(١) نيل الأوطار ، الشوكانى : ٨/٢٩٨ .
(٢) الأشباه والنظائر ، له : ٨٨ .
(٣) المهذب ، له : ٢/٣٠٤ .
(٤) الشرح الكبير ، له على هامش حاشية الدسوقى : ٤/١٥٨
(٥) القوانين الفقهية ، له : ٢٩٤ .

ظاهر المذهب أن الحاكم لا يحكم بعلمه فى حد ولا فى غيره ، لا فيما علم قبل الولاية ولا بعدها[1] .

هذا والناظر فى أدلة الأقوال فى القضاء بعلم القاضى ومنعه يتبين له أن لاتنهض حجة على الجواز أو المنع أو المنع أو الجواز فى حالة والمنع فى حالة أخرى لتعارضها ، وحيث لا دليل على المشروعية أو المنع فينظر إلى المصلحة العامة فى ترجيح أحد الآراء على الآخر ، وتقديم أخف الضررين ، ودفع الضرر الأشد ونظراً لتغير الزمان ، وفساد أهله ، وضعف النفس البشرية ، ورقة الوازع الدينى ، وقلة الورع والتقوى ، وسداً للذرائع ، ودرءاً للفتنة ، وخوفاً من التهمة ، فإنه يرجح منع القضاء بعلم الحاكم بشكل عام ، ويؤكد المنع فى الحدود بشكل خاص ، لأنها تدرأ بالشبهات ، ولأن الشارع الحنيف شدد فى إثباتها لمنع الشك والشبهة فيها ، مع ملاحظة الأمور المتفق عليها ، والتى سبق ذكرها من عدم الحكم بخلاف علمه ، وأن القضاء المستفاد فى مجلس الحكم لا يدخل فى مضمون منع الحاكم من الحكم بعلمه ، وتأديب من يظهر الإساءة فى مجلس الحكم ، ومنع المحرمات التى علم بها كالبائنة والوقف حسبة لله تعالى وغيرها .

ويلاحظ أن الضرر المترتب على منع القضاء بعلم الحاكم ضرر خاص على المتقاضيين فقط ، أما الضرر الناشىء عن إجازته فيقع على الناس جميعاً ، ويصبح كل فرد مهدداً بالحكم عليه من القاضى ، استناداً إلى عمله الشخصى المزعوم ، وتفقد الثقة من القضاة ، ويصبح القضاء سيفاً مسلطاً على الناس ولذلك يرتكب الضرر الخاص لرفع الضرر العام ، ويقدم أخف الضررين .

أما القانون الوضعى فإنه على الرغم من السلطة التقديرية الواسعة التى خولها للقضاة فى الإثبات ومنح القاضى سلطة مطلقة فى تقدير وسائل الإثبات ، وخوله حرية تكوين القناعة من الوقائع المعروضة عليه ، فقد منع القانون

---

(١) المغنى ، له : ٥٣٠٩ .

القضاء بعلم الحاكم ، ونص عليه صراحة قانون البينات السورى فى المادة الثانية منه (ليس للقاضى أن يحكم بعلمه الشخصى) .

وذلك لأن واضع القانون قدر النتائج السيئة التى تنتج عن السماح للقضاة بالحكم بعلمهم ، وما يترتب عليه من مفاسد ومظالم ، وما ينشأ عن من تحكم باتخاذه وسيلة للكيد والتعسف ، فلا يجوز للقاضى أن يبنى قناعته على مايكون قد اطلع عليه من وقائع خارج المحكمة ومن غير أطراف النزاع ، أما ما يطلع عليه بحكم ولايته بعد عرض النزاع على المحكمة وما يستنبطه منها من وجوه الحكم فيصح ، لأن علمه بها حصل بصورة رسمية .

والخلاصة أن علم الحاكم لا يعتبر وسيلة من وسائل الإثبات فى عصرنا الحاضر فى الشريعة والقانون ، لما يثيره من الشبه والشكوك ، وما يترتب عليه من احتمال المفاسد والجور ، ولكن إذا تنازع اثنان أمام القاضى فى عقار مثلا ، واختلفا فى حدوده وأوصافه ، ورأى القاضى أن المصلحة تقتضى أن يرى محل النزاع لكشف الحقيقة بنفسه ، ومعاينتها ، فهل يسمح عليه الحكم السابق فى علم القاضى ، وهل تعتبر معاينة محل النزاع بنفسه أو بالنيابة عنه ، قضاء بالعلم ؟ هذا ما سنبحثه فى موضوع المعاينة .

سابعاً ــ المعاينة :

وهى أن يشاهد القاضى بنفسه أو بواسطة أمينه محل النزاع بين المتخاصمين لمعرفة حقيقة الأمر فيه .

والمعاينة تختلف عن علم الحاكم المسبق بأنها نتيجة مترتبة على رفع الدعوى فى شىء يحتاج إلى رؤية ومعاينة لبيان الحقيقة فيه وإدراك الواقع الحال فيه .

والمعاينة يقوم بها القاضى بصفته قاضياً ، فكأنه نقل محل القضاء

المحكمة إلى مكان المدعى به ، وجعله مجلساً للقضاء ، فيعتبر القاضى فى عم
رسمى ، يمارس وظيفته ، فى الكشف عن المدعى به بحضور الطرفين
ليشرح كل منهما وجهة نظره ، ليستطيع القاضى تكوين قناعته ؛ ويظه
أمامه الحق جلياً واضحاً ، ويحكم بالواقعة بناء على هذه المعاينة .

والعلم بمحل النزاع بالمعاينة أقوى من طرق الشهادة والكتابة فيه ، لأ
المعاينة دليل مباشر ، باشره القاضى بنفسه ، ويختلف عن القضاء بعلم القاضى
الذى يكتسبه بنفسه خارج مجلس الحكم ، وبشكل انفرادى ، وقبل النظر ق
الدعوى ، فالمعاينة تشبه إلى حد بعيد العلم الذى يحصل عليه القاضى فى مجلس
القضاء ، مع فارق بينهما ، وهو أن المعاينة تستند إلى رؤية أمور مادية لامجا
إلى إنكارها ، ولا تتغير أوصافها .

وقد تكون المعاينة فى مجلس القضاء نفسه ، بأن يعاين القاضى المدعى
به ، ويقوم بفحصه إذا أمكن إحضاره إلى مجلس القضاء ، ويكون علم
الذى حصل من المعاينة فى مجلس القضاء كالعلم فى البينة ، وكالعلم فى الحلف
والإقرار ، وهذا ليس قضاء بعلمه ، وإنما هوقضاء بما يثبت عنده فى مجلس
القضاء ، كما إذا فحص البضاعة ووجدها تالفة أو فاسدة ، وكما إذا رأى
البنت التى لم تبلغ ١٧ سنة ، ووجد أن جسمها يتحمل الزواج مثلا
تطبيقاً لنص قانون الأحوال الشخصية السورى بأن أقل سن للزواج عن
البنت سبع عشرة سنة ، ويجوز زواجها وهى بنت خمس عشرة سنة إذا كا
جسمها يتحمل ذلك ، فيطلب القاضى رؤيتها ليحكم بصلاحها للزواج أم لا .

وتتحقق المعاينة أيضاً والحكم بها فى مسائل الحسبة ، بحيث إذا رأى
القاضى منكراً أو شاهد مخالفة للشرع ، أو أبصر غشاً فى السوق ، فإنه يعتم
على معاينته ويحكم بموجبها ، وهو مايطبقه رجال التموين والشرطة والأمن
اليوم .

والمعاينة وإن لم يعقد الفقهاء لها باباً مع وسائل الإثبات ، لكنهم ذكرو

بعض الحالات التى تحتاج إلى المعاينة فى أبواب الفقه المتفرقة ، ويجب على القاضى أن ينتقل إلى معاينتها أو أن يرسل نائبه أو أمينه للنظر فيها ونقل صفة المدعى به إلى القاضى ليصدر الحكم فيها ، والقاضى بالخيار بين أن يذهب بنفسه أو أن يستخلف غيره فيبعث خليفة عنه للرؤية والمشاهدة .

فإن كان المدعى به من المنقولات التى لا يمكن نقلها إلى مجلس القضاء إلا بمؤونة وكلفة ، أو كان من العقارات الثابتة ، فإن القاضى ينتقل إلى مكان وجودها لمعاينتها وللتحقق من ادعاء المدعى فيها ، أما إذا كان المدعى به من المنقولات التى يمكن إحضارها بدون كلفة ولا مؤونة ، فإن القاضى يعاينها فى مجلس القضاء ، ولا يعتبر ذلك حكماً بعلمه ، مثل معاينة العيب فى المبيع ، وتلف البضاعة ، وغيرها .

ومثال القسم الأول : إذا حكم على الزوج بتهيئة البيت المناسب للزوجة (البيت الشرعى أو بيت الطاعة) ثم ادعت المرأة بأن البيت الذى أعده لسكناها غير صالح ، فالقاضى يذهب بنفسه ليطلع على البيت ، ويحكم بعد معاينته بالمناسبة وعدمها .

وهذا يدل على مشروعية المعاينة باتفاق الفقهاء ، ويؤيد ذلك قصة أبى سفيان ورجل من بنى مخزوم عندما تحاكما إلى سيدنا عمر ، فقد أخرج ابن التركمان فى الجوهر النقى وابن عبد البر فى التمهيد عن عروة وعن مجاهد أن رجلا من بنى مخزوم استعدى عمر بن الخطاب على أبى سفيان بن حرب أنه ظلمه حداً فى موضع كذا وكذا من مكة ، فقال عمر : إنى لأعلم الناس بذلك ، وربما لعبت أنا وأنت فيها ونحن غلمان ، فإذا قدمت مكة فائتنى بأبى سفيان ، فقال له عمر : ياأبا سفيان، انهض بنا إلى موضع كذا ، فنهض ونظر عمر ، فقال : يا أبا سفيان ، خذ هذا الحجر من ههنا ، خذه لا لك ، وضعه ههنا ، فإنك ماعلمت قديم ظلم ... ، فأخذ أبوسفيان الحجر ووضعه ...

فلو لم تكن المعاينة مشروعة لما ذهب سيدنا عمر إلى ذلك ، قال الإمام السرخسى : وللقاضى أن يلزمه بمعاينة سبب ذلك ، لأن معاينة السبب أقوى من إفادة العلم من إقرار المقر به ، وهذا إذا رأى ذلك فى مصره الذى هو قاض فيه ، فأما إذا رأى ذلك قبل أن يتقلد القضاء ثم استقضى فليس له أن يقضى بعلمه فى ذلك عند أبى حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد : له أن يقضى بعلمه فى ذلك، لأن علمه بمعاينة السبب لا يختلف بما بعد أن يستقضى وقبله ، وهو أقوى من العلم الذى يحصل له بشهادة الشهود ، فإن معاينة السبب تفيده علم اليقين ، وشهادة الشهود لا يفيده ذلك .

أما القانون الوضعى فقد أجاز للمحكمة حق اللجوء إلى المعاينة من نفسها أو بطلب الخصوم ، وجعل المعاينة من أهم الوسائل العادية ، لأنها تمكن المحكمة من معاينة محل النزاع بنفسها ، وتكون اعتقادها عن المدعى به لاستخلاص الحكم فيه ، وقد تكون المعاينة فى بعض الأحوال الدليل القاطع الوحيد فى الدعوى .

وهـذا ما يتفق فيه القانون مع الشريعة تمام الاتفاق فى الأخذ بالمعاينة والاعتماد عليها فى وسائل الإثبات .

ولكن يصعب على القاضى فى بعض الحالات الفنية الدقيقة معرفة الحقيقة فيها ، فيستعين بأهل الفن والخبرة والتجربة ، فهل تعتبر معاينة أهل الخبرة مثل معاينة القاضى وتكون دليلا وحجة فى الإثبات والحكم والقضاء ؟

ثامناً ــ الخبرة :

الخبرة لغة هى الاختبار ، وهو العلم بالشىء على حقيقته ، والخبير العالم ، والخبرة هى الإخبار عن حقيقة الشىء المتنازع فيه بطلب من القاضى ، والخبرة عامة تقدم فى جميع المجالات العلمية والعملية ، ولا يهمنا من ذلك إلا الخبرة التى تقوم عن أمر متنازع فيه أمام القضاء لا ختلاف الخصوم فيه ،

وادعاء كل منهما الحق لجانبه ، فيطلب القاضى ممن يثق بهم ويعتمد عليهم فى معرفة حقيقة الأمر بتجرد وتقديمه إلى القاضى دون تحيز لأحد أطراف النزاع ، فإذا قدم أحد الخصوم خبرة من نفسه فلا تقبل منه .

وقول الخبير هو إخبار يحتمل الصدق والكذب ، ولكن خبره يعتمد على معرفة حقيقة الشىء وفحص كنهه نتيجة لتجاربه واختصاصه فى ذلك وممارسته وقيامه بهذا العمل ، ولذلك فلا يشترط فيه العدد ، وقال بعض الفقهاء : لا تشترط فيه العدالة أو الذكورة .

وقد ذكر الفقهاء كثيراً من الأحكام التى يجب الرجوع فيها إلى أصحاب الاختصاص والخبرة فى مختلف فروع الفقه ، فإذا اختلف شخصان فى نسب ثالث رجعوا إلى قول القائف ، وعند الاختلاف فى عيب المبيع يرجع إلى أهل الخبرة فى تحديد العيب ومقداره ، وهل هو قديم أم جديد وفى ادعاء التزوير فى الخطوط والكتابة نلجأ إلى أهل الخبرة فى مضاهاة الخطوط ، ونقبل قول القاسم والخارص فى الثمار ، ونقبل قول الأطباء فى الجنون والعته فى دعوى الحجر عليهما ، وهكذا فى معظم الحالات فإن الأمور الفنية والعلمية والدعاوى الدقيقة التى لا يستطيع القاضى معرفة حقيقتها بناء على اطلاعه وثقافته الخاصة فإنه يرجع إلى أهل الخبرة والاختصاص لأن أحوال الكون لا يمكن لإنسان أن يلم بها ، وإنما يتخصص فى كل فرع منها فريق من الناس يدرسون حالاته ، ويعرفون خباياه ، ويطلعون على تفصيلاته ، سواء فى ذلك أحوال الإنسان ، وأعراض الحيوان ، وصفات الأشياء ، وخواص المواد ، وتكوين العمران ، فإذا حصل فى هذه الأمور الخاصة خلاف بين شخصين وأراد القاضى الوصول إلى الحقيقة فيها فإنه يستعين بأهل الخبرة وأصحاب التجربة فى ذلك ، ويأخذ برأيهم ، ويكون رأى الخبير هو الوسيلة فى الإثبات ، فى النسب والعيب والصحة والمرض والجرح والضرر وغيرها ، كما أن أعمال الخبير تكون هى المستند فى الدعوى .

والأصل فى كل ذلك قوله تعالى : (فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لاتعلمون) الأنبياء / ٧ .

فالخبرة والعمل بمقتضى مايراه الخبراء مشروع باتفاق الفقهاء ، وأن فروعهم الفقهية المختلفة تدل صراحة على مشروعيتها واعتبارها فى الإثبات والحكم بموجبها ، وإن لم يعقدوا لها باباً مستقلا .

ولتوضيح ذلك نذكر بعض الفروع المتفرقة فى أبواب الفقه :

١ ــ الرد بالعيب : إذا ابتاع شخص من آخر دابة أو داراً ، ثم ظهر عيب فى المبيع لم يذكره البائع ، ولم يسبق للمشترى رؤيته ، وكان العيب يؤثر فى رضاء المشترى ويخل بقيمة المبيع ، فأراد المشترى رده ، فأنكر البائع العيب ، ورفض رد المبيع ، فترافعا إلى القضاء ، فيجب على القاضى الرجوع إلى أهل الخبرة والاختصاص للنظر فى العيب الخفى وتحديده فيما إذا كان قديماً ليحكم القاضى للمشترى برد المبيع ، أم كان حديثاً عند المشترى فترد الدعوى ويثبت البيع . ويكفى فى الخبرة الواحد ، والاثنان أولى للاحتياط ، ويجوز الرجوع إلى النساء ، لأنه يجوز من المرأة الخبرة والفتيا ، قال ابن فرحون : ونجيز شهادة أهل المعرفة فى اختلاف المتابعين فى صفة المبيع (١) .

٢ ــ عيوب الزواج : إذا تزوج شخص بامرأة بكر على مهر معين ، وتبين أنها ثيب ، وطلب من القاضى التفريق والحكم على المرأة للتغرير به ، وأنكرت ذلك ، فتعرض على القابلة أو الطبيب المختص لبيان حقيقة الأمر ، والفصل فيه بناء على نتيجة الفحص ، وكذلك الحال إذا ادعى الزوج القرن والرتق وغيرهما فى الزوجة ،وكذا إذا طلبت المرأة التفريق لوجود علة فى الزوج ، كالعنة والجب وغيرها ، فإن القاضى يؤجل الزوج سنة كاملة لتمكينه من الاتصال بزوجته خلال فصول السنة المختلفة ، فإذا أصرت الزوجة

(١) تبصرة الحكام : ١-٢٠٥

على دعواها بعد ذلك ، فإنها تعرض على أهل الخبرة فى ذلك ، فإن قالوا لاتزال بكراً فرق القاضى بينهما .

٣ ــ يرجع إلى الأطباء المختصين بالجراحة فى معرفة طول الجرح وعمقه وعرضه عند دعاوى الجروح ، ويرجع إلى أهل المعرفة من النساء أيضاً فى قياس الجرح وقدره إذا كان مما تجوز فيه شهادة النساء .

٤ ــ يرجع إلى أهل المعرفة فى عيوب الدواب ، وقبل قول البيطار فى عيوب ومرض الدابة ، وكذلك يرجع إلى المختصين فى عيوب الدور وما فيها من الصدوع والشقوق وسائر العيوب ، ومثله عيوب السيارات والآلات الحديثة ، فإن القاضى يستعين بأهل الخبرة والاختصاص .

٥ ــ يرجع القاضى إلى أهل المعرفة من التجار فى تقويم المتلفات وعيوب الثياب .

٦ ــ يرجع إلى أهل المعرفة بالجوائح ، وما ينقص من الثمار ، ولمعرفة مالا يتكرر سببه ، أو مما يتكرر فى التنازع بين الخارج وذى اليد ، قال ابن نجيم : فإن أشكل يرجع إلى أهل الخبرة (١) .

٧ ــ ويرجع إلى أهل المعرفة بمسائل الضرر مما يحدثه الإنسان على جاره فى الطرقات والبناء وحقوق الجوار .

ومثل ذلك يقبل الخارص الواحد فيما يخرصه عند مالك ، ويقبل قول الملاح فى القبلة إذا خفيت أدلتها ، وكان عدلا وعارفاً فى السير فى البحر وكذلك من كانت صناعته فى الصحراء وهو عدل ، وكذا خبر الواحد دخول الأوقات . وهكذا كل ما قبل فيه قول الشخص الواحد ، فإنه من قبيل الإخبار الذى يقبل أمام القضاء لما تحف به من القرائن التى تجعل سبيله الخبر

---

(١) البحر الرائق : ٧-٣٤٤

قال أبو الوليد الباجى : احتج أصحابنا بأن رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع السلب إلى أبى قتادة بقول واحد دون يمين ، فدل على أنه يقبل فيه الواحد ، وإن كان كذلك فيكون طريقه الخبر لا الشهادة (١) .

قال العز بن عبد السلام : الاعتماد على قول المقومين العارفين بالصفات النفسية الموجبة لارتفاع القيمة ، وبالصفات الخسيسة الموجبة لانحطاط القيمة ، لغلبة الإصابة على تقويمهم ، وكذلك الاعتماد على قول الخارصين لغلبة إصابتهم فى ذلك ، حتى لا يكادون يخطئون (٢) .

ويعتبر من الخبرة جميع الكشوف والعمليات والإجراءات العلمية والمختبرات التى يقوم بها أخصائيون فى معرفة حقائق الأشياء المتنازع فيها ، وأهم هذه الأمور الطب الشرعى ، ويراد به العمليات التى يقوم بها أخصائيون لتحليل الدماء وفحص البصمات والكتابات والملابس لمعرفة أصحابها وفحص الحرائق لمعرفة أسبابها ، والقنابل لمعرفة مصدرها ، حتى فحص التراب والحجارة وما يمكن أن يترك أثراً ، وقد أقيمت المعامل والمعاهد لهذه الغاية ، ونستطيع أن نجد له أمثلة فى التاريخ الإسلامى ، فالإمام على كرم الله وجهه ميز بياض البيض عن المنى باستعمال الماء الساخن عندما اتهمت امرأة شاباً باغتصابها .

وإن تقدم العلوم وتفرع البحوث ، وزيادة التخصص وتقسيم العمل فى جميع فروعه يؤكد الحاجة إلى الخبرة وفائدتها وأهميتها ، فإن القضاة بأشد الحاجة إلى أهل الخبرة والاختصاص فى جميع الأمور اليومية إذا أرادوا الوصول إلى حقائق الأمور فيطلبون الاستعانة بذوى الاختصاص فى النواحى العلمية والتطبيقية وفى مجال العمران والتقدم وأعمال الدولة والظواهر العلمية .

---

(١) تبصرة الحكام : ١-٢٠٣ .
(٢) قواعد الأحكام : ٢-١٣٧ .

والخبير يبين حقيقة الشيء بعد التجارب والبحوث العلمية التى استغرقت سنوات كثيرة فى حياته ، بحيث يزول معه العامل الشخصى تقريباً ، وبذلك يكون رأى الخبير هو الخبرة ذاتها ، ولا ينظر إلى التكوين الشخصى له ، وخاصة إذا كانت الخبرة معتمدة على الآلات العلمية والطرق المادية والظواهر الثابتة المسلمة ، ويقدم رأيه بناء على النظر والاستدلال .

ويشترط فى الخبير أن يكون من أهل المعرفة فعلا فى صنعته ومهنته واختصاصه الذى يسأل فيه ، ولا يشترط فيه غير ذلك عند المالكية الذين قالوا يصح من الرجل والمرأة والمسلم والكافر والفاسق ، ولا يشترط فيه العدد ، فيجوز الرجوع إلى خبير واحد أو أكثر ، لأنه يشبه الشهادة من جهة لأنه إلزام معين ، ويشبه الرواية من جهة ثانية لأنه إخبار ، ويشبه الحكم من جهة ثالثة لأن حكمه ينفذ .

وإنما يشترط العدد أو العدالة عند المالكية إذا تعلق بالإخبار حد من الحدود كتقويم المسروق ، أو تعلق به عبادة كالهلال فى رمضان ، فيشترط اثنان عدلان ، لأنه من باب الشهادة عندهم .

وكذلك قال الحنابلة يقبل قول الواحد ، والاثنان أولى ، فيقبل قول طبيب واحد فى الجروح والأمراض ، وقول بيطار فى الدواب وغيرها ، وتقبل شهادة امرأة واحدة عدل فيما لا يطلع عليه الرجال كعيوب النساء تحت الثياب والبكارة والثيبوبة والحيض والولادة والرضاع والاستهلال ونحوه ، وكذا جراحة وغيرها فى حمام وعرس ونحوهما مما لا يحضره الرجال ، والأحوط اثنان ، خروجاً من الخلاف ، وتعتبر شهادة المرأة فى هذه الحالات من قبيل إبداء الخبرة فيما يختص بها .

ونرى أن كل شهادة أجازها الفقهاء بدون نصاب فهى من قبيل الخبرة، كالقابلة وغيرها .

وإذا تعدد الخبراء ثم اختلفوا فى الرأى أو اختلف المقومان أو اختلف القائفان ، فإما أن تسقط أقوالها لتعارضها ، وإما أن يقضى بأعدلها أو يعين خبير ثالث ليعمل بقوله .

والخبرة وسيلة هامة فى الإثبات القانونى ، والأصل أن الاستعانة بالخبراء أمر اختيارى للقاضى حسب تقديره ، وللمحكمة مطلق الحق فى تقدير ما أدلى به الخبير ، بالأخذ برأيه أورفضه ، ورأى الخبير لا يقيد المحكمة ، ولها أن تحكم بما يخالفه لأنها تقضى بما تقتنع به وترتاح إليه ، ولها أن تناقش الخبير ولو بنى حكمه على اعتبارات مقبولة ومعقولة،ولا جديد فى القانون فى موضوع الخبرة إلا مانص عليه من الإجراءات الخاصة بهذا العمل مما تقتضيه الظروف ، وتوجبه المحكمة فى العمل .

وإلى هنا ننتهى من دراسة أهم وسائل الإثبات المعروفة بشكل سريع مختصر ، وعرض مقتضب ، دون أن ندخل فى التفصيلات أوالمناقشة أو استكمال جميع الأدلة والنصوص المتعلقة بكل وسيلة وقد أسهبت الكلام عن ذلك فى رسالتى (وسائل الإثبات) التى تقدمت بها إلى كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر ، وحصلت بها على شهادة الدكتوراه ، كما اضطرنى هذا البحث المختصر إلى عدم ذكر المراجع العديدة التى اعتمدت عليها من كتب المذاهب المختلفة ؛ ذلك أننى لم أنقل رأياً أو أذكر مذهباً إلا بالاعتماد على مصادره الأصلية وكتبه المعتمدة .

وبقى من وسائل الإثبات عدة طرق ، فبعض هذه الطرق يلجأ إليها القاضى عند تعارض البينات كالتحالف والقرعة ، وبعضها يستخدمها عند فقد البينات الرئيسية فيلجأ إليها للنظر فى القضية كاستصحاب الأصل ووضع اليد ورد الخصوم إلى الصلح وقسمة المتنازع فيه ، وهذه الطرق أدلة غير مقصودة ولا مباشرة ، فهى وسائل إدارية أكثر منها وسائل قضائية ، ولذا فإنها تعرض فى التعارض والترجيح وعند بيان الظاهر والأصل والمرجحات الأولية التى تفرق وتميز بين المدعى والمدعى عليه .

خاتمة :

وأختم الكلام عن الإثبات فى الشريعة الإسلامية بنتيجتين أساسيتين ، وهما :

١ ـ إن قواعد الإثبات فى الفقه الإسلامى تكون نظرية عامة متكاملة ، تمتزج بالعقيدة والأخلاق ومبادىء السلوك والآداب ، وتقوم على وسائل معينة ، وحجج واضحة ، وبينات ناصعة ، ويكملها أحكام عامة ، وقواعد مشتركة وضوابط محكمة تتعلق فى إطلاق وسائل الإثبات وحصرها ودور القاضى ومدى حريته فيها ، وصلة الإثبات بحق الله تعالى ، وتبين من يقع عليه عبء الإثبات ، وتكشف عن قوة الإثبات وأثره على القاضى على الحق المدعى به من حيث الظاهر والباطن ، والظنية والقطعية ، وشمول أطراف النزاع ومن وراءهم ، وتظهر أثر الشبهة فى الإثبات ، سواء كانت الشبهة من المدعى أو المدعى عليه أو من ذات الإثبات ، وترشد القاضى والعالم فى كيفية الترجيح عند تعارض الدعاوى والبينات ، وموقف القاضى ، ومصير الدعوى فى حالة انعدام الترجيح ، وغير ذلك من البحوث الشيقة التى تحتاج إلى المجلدات ، وتنير الطريق لمن ينشد الحق والعدل والسعادة ورضوان الله فى الدنيا والآخرة .

ونظرية الإثبات الشرعية نسيج وحدها ، ولا يصح أن تخلط بغير هذا فيجب أن تؤخذ كاملة ، رجاء الانتفاع بها والاستفادة منها والحصول على مقاصدها ومراميها وفوائدها ، وإن اقتباس بعض أحكامها أو النظر إليها بمنظار جانبى ، كالنظر إلى الشهادة دون البحث فى شروطها الشرعية أو اقتباس بعض أحكام الشهادة لترقيع الأنظمة القانونية المستوردة أو تطبيقها فى مجتمع يتنكر للعقيدة والأخلاق الإسلامية ، يشوه معالمها ويطمس محاسنها ، ويسىء إليها ، ويفقدها رونقها ، ويضيع ثمراتها فهى كل لا يتجزأ ، بل يصل الأمر ـ كما نلاحظ اليوم ـ إلى عكس النتائج تماماً ، وقلب الصورة رأساً على عقب ، مما يوحى بسوء النية وفساد القصد .

٢ ــ إن الفقه الإسلامى بحر زاخر لا تعلم شوائطه ، ولا تعرف أغوا
ولم تسبر خفاياه حتى اليوم ، ويرحب بكل دارس ، ويلبى حاجة كل طا
ويشبع رغبة كل سائل ، ويهب الطمأنينة والسعادة لكل سالك ، ل
فهو جدير بأن يكون قبلة الباحثين والدارسين ، وكعبة المشرعين فى الرج
إليه لاستقاء الأحكام التى تتفق مع جميع الأزمنة والأمكنة ومع مخ
الاتجاهات التى تبغى الخير والحق والصلاح والتقدم .

ويستحق الفقه الإسلامى بمختلف مذاهبه أن يكون أساساً وحيداً ومص
رئيسياً للتشريع فى جميع البلاد العربية والإسلامية ، وبذلك نعيد الحياة
تراثنا الزاخر ، ونصل ما انقطع منه ، ونوجه العاملين بالقانون ــ
وقضاء وإدارة ومحاماة وتشريعاً ــ صوب الشريعة فى الدراسة والتف
والتطبيق ، ونقضى على الاستعمار الفكرى والقانونى فى بلادنا ، لتك
أرضنا شريعة الله ، ونكون مؤمنين حقاً ، ونلغى التبعية التشريعية إلى الأج
الذين نسير فى ركبهم ونستورد أحكامهم ونقتدى بهم ، والله تعالى يقول
(يا أيها الذين آمنوا لا تتخذوا اليهود والنصارى أولياء بعضهم أولياء بعض
ومن يتولهم منكم فإنه منهم ، إن الله لا يهدى القوم الظالمين) المائدة/٥١ .

وفى مجال الإثبات فقد ثبت بالدراسة والبحث والتقصى ، سعة الشر
الغراء ، وسماحتها ، وتبين لى أنه ما من قول مقبول عقلا أوعرفاً ، أو ص
للتطبيق أو يحقق مصلحة ، إلا وقد قال به الفقهاء جماعة أو أفراداً ، س
كان قولا معتمداً فى المذهب ، أو مرجوحاً فيه ، وسواء كان قوياً أوش
ولا يوجد نص قانونى إلا وله نظير فى الفقه الإسلامى ، ولم أر اجت
لرجال القانون إلا وقد سبق إليه أحد الأئمة أو أحد الفقهاء ، إن لم نقل
رجال القانون والتشريع أخذوه وانتحلوه من الفقه الإسلامى بدون ع
ولا إحالة .

وكثير من الأحكام القانونية التى بهرت أعين الناس ، واستهو
أفئدتهم ، وقادتهم إلى التبعية إلى الغرب والشرق ، والتنكب عن الشريعة

نجد علماء المسلمين قد سبقوا إليها ، ونادوا بها ، وهذا يقطع الطريق ، ويفند الحجج التى تدعو إلى مسايرة التطور القانونى الغربى لكونه مسايراً للعصر ، ومتجاوباً مع التقدم والتطور ، ولو صدقت النية ، وتجردت عن المصالح ، وانسلخت عن الحقد الدفين ، والضغينة المدسوسة ، وكان القصد هو تحقيق مصلحة الأمة والوطن ، لسهل الأمر فى التيمم شطر الشريعة الغراء ، وهان الخطب فى إيجاد مبتغانا والظفر بمقصودنا الذى يحقق هذه الغاية ، فنمد يدنا إلى بطون المؤلفات لنسبر غورها ، ونأخذ منها ما يتفق مع الاتجاهات القانونية المعاصرة ، ونضرب مثلا لذلك آراء ابن تيمية وابن القيم فى عدم حصر وسائل الإثبات فى أمور معينة ، وعدم اشتراط النصاب فى الشهادة والاكتفاء بالشاهد الواحد ، وكذلك آراء عطاء وغيره فى قبول شهادة النساء فى كل شىء .

وعلى الرغم من أن هذه الأقوال مرجوحة أمام غيرها ، وشاذة عن اتفاق الفقهاء ، فإنها تمتد إلى الشريعة بجذورها وأصولها ، وإن الاعتماد عليها خير ألف مرة من أخذ مايقابلها من القوانين ، وذلك لضمان إبقاء الشريعة فى حيز التطبيق ، وعدم تركها على الرفوف أو حفظها فى المتاحف ودور الكتب ، ليتراكم عليها التراب ، وتغشاها طبقة كثيفة من الإهمال والنسيان ، فتحتجب عن الأنظار ويتشوه فيها الجوهر .

كل ذلك يؤكد الثقة المطلقة والطمأنينة الكاملة بصلاحية الشريعة للتطبيق فى كل زمان وفى كل مكان ، فهى شريعة الله ، التى تقيم النظام الربانى الذى يتسم بالكمال والشمول والثبات والعموم ، قال الله تعالى : (وأن هذا صراطى مستقيماً فاتبعوه ، ولا تتبعوا السبل فتفرق بكم عن سبيله ، ذلكم وصاكم به لعلكم تتقون) الأنعام / ١٥٢ ، وقال الله تعالى : (قل هذه سبيلى أدعو إلى الله على بصيرة أنا ومن اتبعنى وسبحان الله وما أنامن المشركين) يوسف / ١٠٨ .

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

الجوانب القانونية والواقعية في ضوابط الإسناد

بقلم

الدكتور محمد إبراهيم دسوقى

المسائل القانونية الوطنية :

١ — إذا كنا بصدد علاقة قانونية تتميز بالصفة الوطنية الخالصة فى كل عناصرها . فلا مشكلة فى الأمر ، إذ نجد حلا موضوعياً مباشراً لكل جوانب هذه العلاقة فى القانون الخاص .

والمقصود بعناصر العلاقة القانونية أشخاصها وموضوعها وسببها . وسبب العلاقة يتمثل فى الواقعة القانونية أو العمل القانونى الذى كان مصدراً للالتزام . فإذا كانت كل هذه العناصر عناصر وطنية فإن القاضى يرجع بشأنها إلى القانون المدنى أو القانون التجارى أو الشريعة الإسلامية بحسب نوع العلاقة ، فيجد حلا موضوعياً مباشراً للمسألة المعروضة . ولذلك فإن التعاقد بين ليبيين فى ليبيا بشأن عقار كائن بها ، والزواج المعقود بين ليبيين فى ليبيا ، والتوارث بين ليبيين لتركة موجودة فى ليبيا ، كل ذلك يخضع للقانون الليبى وحده .

فالقانون الخاص الوطنى ينظم كافة المسائل المتعلقة بالأشخاص والأشياء وكافة الحقوق الشخصية والعينية المتعلقة بالوطنيين والتى تنشأ وتنفذ وتنقضى فى إقليم الدولة .

وحتى فى الفرض الذى يحيل فيه المتعاقدان ، بصدد عقد وطنى خالص فى كل عناصره ، إلى أحكام قانون أجنبى ، فإن هذه الأحكام تتحول إلى شروط تعاقدية يسرى فى شأنها القانون الخاص الوطنى . وبالتالى لا يسرى من هذه الأحكام إلا ما كان منها لا يتعارض مع القواعد الآمرة فى القانون الوطنى .

فالعلاقة أو المسألة القانونية الوطنية الخالصة فى كل عناصرها تتصل بالقانون الوطنى وحده ولا شأن لأى قانون أجنبى بها ، وبالتالى فهذا القانون الوطنى هو وحده القانون الواجب التطبيق عليها بغير مزاحمة من أى قانون آخر .

المسائل القانونية ذات العنصر الأجنبي وتنازع القوانين :

٢ ــ على أنه فى بعض الأحوال قد تتضمن العلاقة أو المسألة القانونية عنصراً أجنبياً أو أكثر ، سواء كان هذا العنصر هو عنصر الأشخاص أو عنصر الموضوع أو عنصر الواقعة المنشئة للعلاقة القانونية .

فقد ينتمى أطراف العلاقة القانونية كلهم أو بعضهم إلى جنسيات أجنبية ، وقد يكون موضوع العلاقة مالا موجوداً فى دولة أجنبية ، وقد تقع الواقعة المنشئة للالتزام فى دولة أخرى بأن يتم التعاقد أو يقع الفعل الضار فى دولة أجنبية .

وقد يتعدد العنصر الأجنبى فى العلاقة القانونية ، كما لو تعاقد ليبى مع فرنسى على شراء عقار له موجود فى إيطاليا وحرر العقد فى انجلترا وكما لو تزوج أجنبيان مختلفا الجنسية فى دولة ثالثة واحتكما إلى القضاء الليبى كدولة رابعة . وكما لو توفى أجنبى عن مال موجود فى دولة غير دول وترك وارثاً يتمتع بجنسية أخرى وعرضت مسألة الميراث على القاضى الليبى .

ففى مثل هذه العلاقات القانونية التى تتضمن عنصراً أجنبياً ، تتص العلاقة بأكثر من قانون . وعندئذ يثور التساؤل عن القانون الواجب التطبي من بينها ، هل تخضع هذه العلاقة إلى قانون الدولة أو الدول التى ينتم إليها الأطراف بجنسيتهم ، أو إلى قانون الدولة التى يوجد بها الشىء موضو العلاقة ، أو إلى قانون الدولة التى نشأ فيها الالتزام ، أو إلى قانون القاضى .

هناك إذن تنازع بين هذه القوانين المختلفة التى تتصل بها العلاقة القانو ذات العنصر الأجنبى . وكل قانون من هذه القوانين المتنازعة له مبر الخاصة لكى يستأثر بحكم هذه العلاقة .

وإلى المشرع الوطنى ترجع مهمة فض هذا التنازع . فالمشرع

عليه أن يحدد للقاضى الوطنى القانون واجب التطبيق من بين هذه القوا المتنازعة .

وهذه المهمة ليست بالمهمة اليسيرة بالنسبة إلى المشرع الوطنى .فالمبرر ا التى تساعد على اختيار قانون معين عديدة ومتنوعة . مثال ذلك إ الأطراف بأحكام قانون جنسيتهم ، أو إلمامهم بقانون موطنهم ، أو اعتبار ا حماية الثروة الوطنية ، أو وحدة القانون الذى يحكم العلاقة القانونية مجموعها ، أو مراعاة احتياجات المعاملات الدولية بين الأفراد ، أو حم ناقصى الأهلية ، أو حماية الوطنيين فى تعاملهم مع الأجانب ، أو حما فكرة النظام العام فى الدولة ، أو منع تحايل الأفراد على القانون إضرا بالغير ، وما إلى ذلك من الاعتبارات الكثيرة التى تتعدد وتتنوع بتنو العلاقات القانونية وتعددها .

وواضح من استعراض هذه المبررات أن بعضها قد يتوافر فى أكثر م قانون من القوانين المتنازعة بحيث تبدو عملية المفاضلة بين هذه القوانين مسألة عسيرة من بعض الفروض .

ومن الأهمية بمكان فض التنازع بين القوانين ، ذلك أن القوانين المختلف عادة ما تكون مختلفة فى أحكامها . فقد يكون الشخص كامل الأهلية وفق لقانون ، وناقصها وفقاً لقانون آخر من القوانين المتنازعة . وقد يكون العقد صحيحاً وفقاً لقانون وباطلا وفقاً لقانون آخر . وقد يكون الفعل الضار مشروعاً وفقاً لقانون وغير مشروع وفقاً لقانون آخر . وقد ينشأ الحق وفق لقانون فلا يعترف به قانون دولة أخرى .

ولا يمكن حسم مشكلة تنازع القوانين بالأخذ بمبدأ شخصية القوانين أو مبدأ إقليمية القوانين . فلو أخذنا بمبدأ إقليمية القوانين لما اعترفت الدول الأوروبية بالزواج الثانى للأجنبى المسلم أو بإيقاعه الطلاق بإرادته المنفردة ، ولرفضت الدول الإسلامية مبدأ أبدية الزواج لغير المسلمين ، ولو أخذنا

بمبدأ شخصية القوانين لخضع العقار الواحد فى الدولة لأكثر من قانون أجنبى حسب جنسية المتعاملين فى العقار .

كذلك لا يمكن حسم مشكلة تنازع القوانين بتطبيق القانون الوطنى على كل نزاع يعرض على القاضى الوطنى . فمثل هذا المبدأ إن ساد بين الدول لأدى إلى إقليمية القانون . وليس القانون الوطنى فى أية دولة بالمثل الأعلى للعدل والذى يصلح لحكم كل العلاقات القانونية الدولية للأفراد رغم اختلاف ظروف المجتمعات .

أساس فض تنازع القوانين :

٣ ــ وقد تعاقبت النظريات المختلفة فى فقه القانون الدولى الخاص منذ قديم لتقديم أساس يستند إليه المشرع فى اختياره لقانون معين من بين القوانين التى تتنازع حكم المسألة القانونية التى تتضمن عنصراً أجنبياً .

فذهبت آراء عتيقة إلى الأخذ بمبدأ شخصية القوانين ، حيث الأجنبى يصطحب معه قانونه الشخصى إلى أى بلد يحل به . وذهبت آراء أخرى إلى الأخذ بمبدأ إقليمية القانون ، فالقاضى لا يأتمر إلا بالقوانين الصادرة من مشرعه . وتوسطت آراء أخرى بين هذا وذاك تدعو إلى توزيع المسائل القانونية المختلفة بين مبدأ شخصية القوانين ومبدأ الإقليمية حسب نوع هذه المسائل وطبيعتها . وذهبت آراء أخرى إلى تطبيق القانون الأجنبى على سبيل المجاملة الدولية فى بعض المسائل التى لايضير القانون الوطنى إفلاتها من حكمه وذهبت مدرسة أخرى إلى تحليل كل مسألة قانونية وتركيزها فى مكان أو شخص وتطبيق قانون مركز العلاقة ، سواء كان قانون الشخص أو قانون الإقليم .

على أن الأسس الحديثة لفض تنازع القوانين بصدد المسائل القانونية ذات العنصر الأجنبى تتلخص فى أن تطبيق القانون الأجنبى لا ينتقص من سيادة الدولة ، وأن هذه المهمة تتعلق أولا وأخيراً بالمشرع الوطنى ، و

عليه أن يختار بصدد كل نوع من المسائل القانونية ذات العنصر الأجنبي أنسب القوانين لها .

والمشرع الوطني إذ يترخص في اختيار أحد القوانين المتنازعة بصدد علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي ، فإن ذلك لا يعني أن يتم هذا الاختيار على أساس التحكم أو دون ضوابط محددة ؛ بل الواقع أن هناك موجهات عامة متعارف عليها اليوم تحكم كل مشرع في اختياره للقانون الواجب التطبيق .

ورغم تنوع مسالك التشريعات ، إلا أنه يمكن القول بأنها تدور كلها حول فكرة واحدة هي أن المشرع يتقيد في اختياره لأحد القوانين المتنازعة بمدى مناسبة القانون المختار لحكم الواقعة . ويمكن الاستدلال على تناسب القانون المختار مع الواقعة بالجوء إلى معايير ثلاثة هي مصلحة أطراف العلاقة ومصلحة الغير ومصلحة المجتمع . مثال ذلك إخضاع الأهلية لقانون جنسية الشخص حتى لا يصبح هذا الشخص كامل الأهلية تارة وناقصها تارةأخرى حسب البلاد التي يحل بها . وفي هذا الحل أيضاً حماية للغير الذي يتعامل مع الأجنبي ، إذ يمكنه الرجوع إلى قانون جنسية الشخص لمعرفة مدى كمال أهليته ، فإن كان نقص أهلية الأجنبي راجعاً إلى خفاء ليس من السهل تبينه اختار المشرع تطبيق القانون الوطني . كذلك يؤدي تطبيق قانون الجنسية على أهلية الشخص إلى حماية المجتمع ذاته بإخضاع مواطنيه إلى قانونهم الشخصي عند التعامل مع الأجانب ؛ وعدم إخضاع الأجانب في أهليتهم للقانون الوطني ، إذ أن علاقتهم بالمجتمع الوطني علاقة عارضة .

وكذلك الشأن في إخضاع الحقوق العينية المتعلقة بالعقار لقانون موقع العقار . ففي ذلك حماية لمصلحة الأطراف الذين يمكنهم معرفة الحقوق العينية الواردة على العقار ، وحماية الغير الذين يعرفون مدى تأثير حقوقهم وفقاً لقانون الموقع من جراء أي تعامل في العقار . وفي تطبيق قانون الموقع أيضاً حماية للمجتمع ذاته إذا كان العقار واقعاً في إقليم الدولة ، ففي ذلك حفاظ على أسس حماية الثروة الوطنية . كما أنه ليس من مصلحة المجتمع إقحام القانون

الوطنى فى حكم العلاقات المنصبة على عقارات تقع فى دولة أجنبية لها قانونها الخاص الذى يحكم الملكية العقارية والحقوق المتفرعة عنها .

الوسيلة الفنية لفض تنازع القوانين :

٤ ــ ولكن كيف يختار المشرع ذلك القانون المناسب من بين القوانين المتنازعة أو التى تتصل بها العلاقة القانونية التى تتضمن عنصراً أجنبياً ؟ وبمعنى آخر ماهى الوسيلة الفنية التى يلجأ إليها المشرع لتعيين القانون واجب التطبيق فى هذه الحالة ؟ إن الوسيلة المتعارف عليها اليوم لتحديد القانون الواجب التطبيق هى قواعد الإسناد . ذلك أن كل مشرع يضع مجموعة من قواعد الإسناد مهمتها تعيين القانون الواجب التطبيق فى صدد كل نوع من العلاقات القانونية التى تتضمن عنصراً أجنبياً .

ومثل هذه القواعد بحكم وظيفتها تتصل بالسياسة التشريعية للدولة وبالتالى تمس بالضرورة صميم النظام العام فى المجتمع ، وتعد لذلك من القواعد الآمرة التى لا يجوز للقاضى أن يحيد عنها بتطبيق قانون آخر غير ذلك الذى أشارت إليه .

وقواعد الإسناد هذه تختلف عن القواعد الموضوعية التى تعرف الفروع الأخرى للقانون غير القانون الدولى الخاص . فبينما القواعد الموضوعية فى القانون الداخلى تضع حكماً مباشراً لكل مسألة من المسائل ، فإن قواعد الإسناد لا تبين حكم القانون فى مسألة ما ، ولكنها تشير وحسب إلى القانون واجب التطبيق عليها ، وهذا القانون الأخير هو الذى يبين الحكم الواجب اتباعه فى صدد هذه المسألة .

ومثال قاعدة الإسناد مانصت عليه المادة ١/١٩ مدنى من أنه « يسرى على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذى وقع فيه الفعل المنشىء للالتزام » فإذا أصيب ليبى فى حادث سيارة يقودها فرنسى أثناء زيارته لانجلترا نشأ له حق فى التعويض قبل المسئول . فهذه علاقة قانونية تتضمن عنصر

أجنبياً ، إذ المسئول أجنبى وسبب الالتزام نشأ فى انجلترا . ولأن هذه العلا
بين المضرور والمسئول تتصل بقانون المضرور ، وقانون المسئول ، وقانو
المكان الذى وقع فيه الفعل الضار ؛ فإن المشرع يحسم التنازع بين هذ
القوانين بتفضيل قانون مكان وقوع الفعل الضار ، فهو أنسب القوانين
لحكم هذه المسألة لأنه فى هذا المكان يتحدد السلوك الواجب على الفرد اتباع
لعدم الإضرار بالغير . ومثل هذه القاعدة تسمى قاعدة إسناد لأنها تسند حك
العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبى إلى أحد القوانين التى تتنازع حكمها .

الفكرة المسندة وضابط الإسناد :

٥ ــ قلنا إن وظيفة قاعدة الإسناد هى إسناد حكم علاقة قانونية ذات
عنصر أجنبى إلى قانون معين . ولما كانت العلاقات القانونية فى مجال القانون
الخاص متعددة ومتنوعة ، فلا يكون من المتصور أن يخصص المشرع قاعد
إسناد لكل علاقة من هذه العلاقات على حدة ، بل يقوم المشرع بتصنيف
هذه العلاقات فى مجموعات متجانسة يخصص لكل منها قاعدة إسناد . كذلك
لما كانت العلاقة القانونية تتصل بأكثر من قانون بوجه من الوجوه مثل
جنسية الأطراف أو موطنهم أو مكان إبرام العقد أو مواقع المال أو محل
وقوع الفعل الضار ، فإن المشرع يعين القانون واجب التطبيق عن طريق
الاعتداد بإحدى هذه الصلات التى تربط العلاقة القانونية بقانون معين .

ولذلك فإن قاعدة الإسناد تتحلل فى الواقع إلى عنصرين هما : الفكرة
المسندة وضابط الإسناد . ويقصد بالفكرة المسندة كل مجموعة متجانسة من
العلاقات القانونية يسند المشرع حكمها إلى قانون معين . مثال ذلك أن المشرع
يجمع اكتمال الأهلية ونقصها وانعدامها وعوارضها وموانعها فى فكرة مسندة
واحدة يطلق عليها اسم الأهلية ، ويسند حكمها إلى أكثر القوانين ملاءمة لها
وهو قانون جنسية الشخص الذى يجرى البحث حول أهليته .

وأهم الأفكار المسندة التى نصادفها فى قواعد الإسناد الواردة فى صدر

ما من الصلات المتعددة التى تربط العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبى بأكثر من قانون . وهـذه الصلة هى التى تشير إلى القانون الواجب التطبيق ؛ وهى التى يطلق عليها فى القانون الدولى الخاص ضابط الإسناد .

والمشرع بذلك يستعير من فروع القانون الخاص أو العام بعض أنظمتها القانونية ليستخدمها استخداماً خاصاً فى إطار القانون الدولى الخاص . فهو يستعير من القانون العام فكرة الجنسية ، ومن القانون المدنى فكرة الموطن وفكرة الإرادة ، وفكرة موقع المال وفكرة محل إبرام العقد وفكرة محل وقوع الفعل المنشىء للالتزام غير التعاقدى ، ومن القانون البحرى مكان تسجيل السفينة ، ومن القانون الجوى مكان تسجيل الطائرة ، وهكذا .

فيثور التساؤل إزاء ذلك : هل يظل لهـذه الفكر والأنظمة القانونية نفس مدلولهـا القانونى رغم انتقالهـا من بيئتها القانونية إلى إطار قانونى آخر ورغم اختلاف الدور الذى تلعبه فى القانون الدولى الخاص عن دورها الخاص فى قانونها الأصلى .

ويثور التساؤل أيضاً عما إذا كان الهدف من الاستعانة بفكرة ضابط الإسناد وهو تحديد القانون واجب التطبيق يسمح للقاضى بالاستعانة بضوابط إسناد أخرى غير تلك التى نص عليها المشرع فى قواعد الإسناد .

وإذا انتقلنا إلى إطار القانون الدولى الخاص ذاته ، فما هو حكم اجتماع أكثر من ضابط إسناد فى قاعدة الإسناد الواحدة ، هل يأخذ القاضى بهذه الضوابط بترتيب قانونى معين أم على سبيل التخيير فيما بينها ، أم يجوز له فى بعض الفروض أن يطبقها تطبيقاً جامعاً .

ومن ناحية أخرى هل يمكن تحليل فكرة ضابط الإسناد ذاتها فى إطار القانون الدولى الخاص تحليلا يتفق ووظيفتها الجديدة فى هذا القانون استقلالا عن جوهر نفس الفكرة المستخدمة كضابط إسناد وفق مانعرفه عنها فى فرع القانون الذى يتضمنها أصلا ؟ .

وإذا أمكن تحليل ضابط الإسناد إلى عناصر معينة ، فما هو أثر ذلك التحليل على عملية فض تنازع القوانين من حيث محاولة الأفراد مزاحمة المشرع فى مهمته هذه .

وإذا تم لنا ذلك فنتساءل : هل يمكن القول بأن قانون القاضى يقف موقف ضابط الإسناد الاحتياطى عند إخفاق ضوابط الإسناد المقررة فى تحديد القانون واجب التطبيق .

وأخيراً يثور التساؤل عن المرجع فى تكييف ضوابط الإسناد هذه وتحديد مدلولها القانونى ، وعن مخالفتها للنظام العام وعن حدود رقابة المحكمة العليا بشأنها ، وكل ذلك من وجهة نظر القانون الدولى الخاص استقلالا عن الحلول التى يقدمها القانون الداخلى الذى تنتمى إليه الفكرة التى استخدمت كضابط للإسناد .

وتبدو أهمية هذا البحث فى أن ضابط الإسناد هو العماد الرئيسى الذى تستند إليه عملية فض تنازع القوانين . كما تبدو أهمية البحث بصدد المشاكل التى يثيرها تطبيق ضوابط الإسناد فى القانون الدولى الخاص فى أن القاضى لن يتوصل إلى تحديد القانون واجب التطبيق وفق مقصد المشرع ووفق السياسة التشريعية التى توختها قاعدة الإسناد إلا إذا توافرت له الأصول النظرية لحسم مشاكل تعدد ضوابط الإسناد والتزيد فيها ومعرفة معناها القانونى الخاص من خلال دورها فى عملية فض تنازع القوانين ومعرفة القانون الذى يرجع إليه فى تحديد مدلول ضوابط الإسناد ذاتها .

ورغم هذه الأهمية البالغة التى تحوط بضوابط الإسناد فى القانون الدولى الخاص ، فقد درج فقه هذا القانون على الاكتفاء بتعريف هذه الضوابط والإشارة إلى وظيفتها مع الإشارة أحياناً — فى مواضع متفرقة — إلى بعض المشاكل التى يثيرها تطبيق ضوابط الإسناد . ولكن هذا الفقه على ما أصبح لم يعن بوضع نظرية مترابطة لتحليل ضوابط الإسناد وبيان كيفية إعمالها وتحديد مدلولها فى القانون الدولى الخاص .

فهذه إذن محاولة جديدة لتجميع مشاكل تطبيق ضوابط الإسناد فى القانون الدولى الخاص ، ومن التجميع تتبلور الحلول ، ومن هذه الحلول قد تتوافر نواة لنظرية عامة فى هذا الشأن . وهى نظرية تدور أساساً حول وجود جوانب قانونية وجوانب واقعية فى ضوابط الإسناد ، وهذه وتلك ترشد القاضى إلى التطبيق السليم لضابط الإسناد .

خطة البحث :

٧ ــ نتناول فيما يلى الجوانب القانونية والواقعية فى ضوابط الإسناد فى إطار القانون الدولى الخاص فى مباحث ثلاثة :

أما المبحث الأول فنخصصه لمعالجة مشكلة تعدد ضوابط الإسناد ، وما إذا كان يمكن للقضاء أن يستنبط ضوابط إسناد جديدة غير تلك الواردة فى قواعد الإسناد الوطنية ، وما إذا كان يجوز لقانون القاضى أن يلعب دور ضابط الإسناد الاحتياطى عند إخفاق ضوابط الإسناد المقررة فى تحديد القانون الواجب التطبيق .

أما المبحث الثانى فنخصصه لتحليل فكرة ضابط الإسناد فى ذاتها كفكرة مستقلة فى إطار القانون الدولى الخاص تتميز عن مضمونها كفكرة مستعارة من فرع آخر من فروع القانون ، ومايترتب على ذلك من وضع ضوابط معينة تحول دون التحول بضابط الإسناد نحو قانون آخر لم تقصده قاعدة الإسناد الوطنية أو يتعارض مع النظام العام الوطنى .

وأما المبحث الثالث فيتناول تحديد المدلول القانونى لضابط الإسناد من حيث بيان القانون الذى يرجع إليه القاضى لتكييف ضابط الإسناد وأثر مخالفة ضابط الإسناد فى ذاته للنظام العام فى الدولة ، وأخيراً حدود رقابة المحكمة العليا على قاضى الموضوع فى إعماله لضوابط الإسناد

المبحث الأول : تعدد ضوابط الإسناد .

المبحث الثانى : تحديد فكرة ضابط الإسناد .

المبحث الثالث : تحديد المدلول القانونى لضابط الإسناد .

المبحث الأول

تعدد ضوابط الإسناد

٨ ــ الأصل أن يكون ضابط الإسناد مقرراً من جانب المشرع فى إطا
قاعدة إسناد معينة . ويرجع ذلك إلى أن الأصل أن قواعد الإسناد هى م
صنع المشرع الوطنى فى كل دولة ، ذلك أن مهمة فض تنازع القوانيـ
هى مهمة تشريعية فى المقام الأول . ولما كانت قاعدة الإسناد تتكون م
شقين ، هما الفكرة المسندة وضابط الإسناد ، فإن ضوابط الإسناد التشريع
هى الأصل .

ومع ذلك فإن قواعد الإسناد التشريعية قد تقصر عن شمول كل فروض
تنازع القوانين . لذلك أجاز المشرع تطبيق المبادىء العامة للقانون الدولى الخاص
فى الأحوال التى لم يرد لها نص بقاعدة إسناد فى القانون المدنى (م ٢٤ مدنى)
فيجوز للقاضى إذن أن يجتهد فى سبيل تحديد القانون واجب التطبيق م
الفروض التى لم تتناولها قواعد الإسناد التشريعية . وبذلك يمكن أن يلجأ القاض
فى هذه الفروض إلى ضوابط إسناد جديدة غير تلك التى تضمنتها النصوص
التشريعية .

وفى أحوال أخرى قد يخفق ضابط الإسناد المقرر فى تحديد القانـ
الواجب التطبيق ، عندئذ قد يطبق القاضى قانونه الوطنى حتى لا ينكل
القضاء . فهل يعد قانون القاضى فى هذه الحالة ضابطاً احتياطياً للإسناد ؟ .

وهذه الضوابط قد تتعدد بشأن الفكرة المسندة الواحدة . وعند
يثور البحث حول ما إذا كان القاضى ملزماً بالأخذ بأحد هذه الضوا
بترتيب قانونى معين وعلى سبيل التخيير أو تطبيق بعضها تطبيقاً جامعاً .

المطلب الأول : تقسيم ضوابط الإسناد .

المطلب الثانى : اجتماع ضوابط الإسناد .

جامعة قار
كلية القانون

المطلب الأول

تقسيم ضوابط الإسناد

أولا — ضوابط الإسناد التشريعية :

٩ — ضوابط الإسناد التشريعية هى تلك التى اعتد بها المشرع لفض تنازع القوانين من خلال قواعد الإسناد التشريعية .

وهذه الضوابط يمكن استخلاصها من قواعد الإسناد الواردة فى صدر القانون المدنى وهى : الجنسية — الموطن — الإرادة — محل إبرام العقد — موقع المال — محل وقوع الفعل المنشىء للالتزام غير التعاقدى — مركز الإدارة الرئيسى للشخص الاعتبارى .

١ — الجنسية :

المبدأ العام فى القانون المصرى والقانون الليبى أن الأحوال الشخصية للشخص الطبيعى تخضع لقانون الدولة التى ينتمى إليها الشخص بجنسيته . وهو مبدأ بديهى بالنسبة للشخص الطبيعى الوطنى . أما من وجهة نظر تنازع القوانين ، أى فيما يتعلق بالشخص الطبيعى الأجنبى فإن أنسب القوانين لحكم أحواله الشخصية هو قانون الدولة التى ينتمى إليها بجنسيته .

وقد استقر هذا المبدأ من قديم فى فقه القانون الدولى الخاص . فرغم أن الدول الأنجلوسكسونية تخضع الأحوال الشخصية لقانون موطن الشخص حتى اليوم ، فإن القانون المصرى والليبى أخذا بالاتجاه الغالب وهو تطبيق

قانون جنسية الشخص . ويستند هذا الاتجاه إلى أن تطبيق قانون الدولة التى ينتمى إليها الشخص على أحواله الشخصية يحقق الاستقرار فى هذه المسائل حيث الجنسية أكثر ثباتاً بالنسبة إلى الشخص من الموطن . وقانون جنسية الشخص يكون أكثر ملاءمة بالنسبة إلى أحواله الشخصية بالنظر إلى الاعتبارات القومية والدينية والأخلاقية السائدة فى دولة الشخص والتى تملى أحكام الأحوال الشخصية .

ولم يشأ المشرع المصرى أو الليبى أن يضع الأحوال الشخصية كلها فى فكرة مسندة واحدة يسندها إلى قانون الدولة التى ينتمى إليها الشخص بجنسيته ، بل نجد أن كلا من القانون المصرى والقانون الليبى قد وزع الأحوال الشخصية بين أكثر من فكرة مسندة وردت فى أكثر من قاعدة إسناد ، ولكنه أسندها كلها إلى قانون الجنسية .

ويرجع هذا المسلك التشريعى إلى الرغبة فى حسم التنازع المتغير أو المتحرك من ناحية ، وإلى إيجاد حل تشريعى للفروض التى تختلف فيه جنسيات أطراف رابطة الأحوال الشخصية .

ويقصد بالتنازع المتغير أو المتحرك أن تتغير الصلة بين الشخص وبين قانون معين اختاره المشرع من بين القوانين المتنازعة . مثال ذلك أن يتزوج الشخص وهو على جنسية معينة ثم يغير جنسيته ثم يطلق زوجته ، فيثور التساؤل عن المقصود بخضوع هذا الطلاق لقانون جنسية الشخص هل هو قانون جنسيته وقت الزواج أو قانون جنسيته الجديدة وقت الطلاق .

وقد حسم المشرع المصرى والليبى هذا التنازع المتحرك فى مسائل الأحوال الشخصية بتوزيع مسائل الأحوال الشخصية بين عدة فكر مستقلة تعتد كل منها بقانون الجنسية فى وقت معين . فالمادة ١٣ مدنى تقضى بسريان قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج بجنسيته وقت انعقاد الزواج على آثار عقد الزواج ، أما الطلاق فيسرى عليه قانون الدولة التى ينتمى إليها

الزوج وقت الطلاق ، وأما التطليق والانفصال فيسرى عليه قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت رفع الدعوى . والمادة ١٧ مدنى تقضى بسريان قانون المورث أو الموصى وقت موته على الميراث والوصية من حيث الموضوع ، أما شكل الوصية فيسرى عليه قانون الموصى وقت الإيصاء أو قانون محل الإبرام .

ومن ناحية أخرى قد يتعدد أطراف رابطة الأحوال الشخصية وتختلف جنسياتهم ، ولذلك حسم المشرع بنصوص قاطعة ما قد يثور من خلاف حول تفضيل إحدى الجنسيات على غيرها ، ففى الشروط الموضوعية لصحة الزواج يسرى قانون جنسية كل من الزوجين (م ١٢ مدنى) . ومن آثار عقد الزواج والطلاق والتطليق والانفصال يسرى قانون جنسية الزوج وحده (م ١٣ مدنى) . وفى الالتزام بالنفقة فيما بين الأقارب يسرى قانون المدين بها (م ١٥ مدنى) . وفى مسائل الولاية والوصاية والقوامة يطبق قانون الشخص الذى تجب حمايته (م ١٦ مدنى) . وفى الميراث والوصية يسرى قانون المورث أو الموصى (م ١٧ مدنى) .

أما مسائل الأحوال الشخصية المفردة الجانب مثل الحالة والأهلية فتخضع لقانون جنسية الشخص الذى يجرى البحث فى حالته المدنية أو أهليته (م ١١ مدنى) . وبديهى أنه يعتد فى ذلك بجنسية الشخص وقت صدور التصرف الذى يتطلب اكتمال أهليته .

على أن هذه النصوص التشريعية لم تشمل كل مسائل الأحوال الشخصية. فالأحوال الشخصية وفقاً لقانون نظام القضاء تشمل المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم ، والمسائل المتعلقة بنظام الأسرة كالخطبة والزواج والمهر وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة والطلاق والتطليق والتفريق ، والمسائل المتعلقة بالبنوة والإقرار بالأبوة وإنكارها والعلاقة بين الأصول والفروع والحضانة وتصحيح النسب ، والالتزام بالنفقة بين الأقارب ، والولاية والوصاية والقوامة والحجر والإذن بالإدارة والغيبة واعتبار المفقود

ميتاً ، والمسائل المتعلقة بالمواريث والوصايا وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت .

ولذلك فإن الفقه يذهب وفقاً لمبادىء القانون الدولى الخاص ، ووفقاً للمبدأ العام المستقر فى القانون المصرى والليبى ، إلى إخضاع مسائل الأحوال الشخصية التى لم ترد فى قواعد الإسناد التشريعية لقانون جنسية الشخص مثل الخطبة والبنوة الشرعية والطبيعية والتبنى .

على أن الجنسية كضابط للإسناد فى تنازع القوانين لم تقتصر فى القانونين المصرى والليبى على مسائل الأحوال الشخصية ، بل لجأ إليها المشرع أيضاً كأحد ضوابط الإسناد الاختيارية فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على شكل التصرفات القانونية (م ٢٠ مدنى) ، مع اشتراط أن يكون الأطراف من جنسية واحدة .

٢ ــ الموطن :

لا يتمتع الموطن كضابط للإسناد بنفس الأهمية التى تتمتع بها الجنسية . ومع ذلك فإن المشرع لجأ إلى الموطن كضابط إسناد احتياطى فى تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية (م ١٩ مدنى) وكضابط إسناد اختيارى لتحديد القانون الواجب التطبيق على شكل التصرفات القانونية (م ٢٠ مدنى) . وقد حسم المشرع مشكلة الفرض الذى يختلف فيه موطن طرفى العلاقة القانونية ، فاشترط فى الحالتين للأخذ بالموطن كضابط الإسناد أن يكون مشتركاً بين المتعاقدين .

٣ ــ الإرادة :

لم يأخذ المشرع المصرى أو الليبى بالإرادة كضابط للإسناد إلا فى مسألة واحدة هى الالتزامات التعاقدية (م ١٩/١ مدنى) ، ومع ذلك فصدارة الالتزامات التعاقدية فى إطار القانون الخاص تضفى على ضابط الإرادة أهمية كبرى .

ويقصد بالاعتداد بالإرادة كضابط للإسناد تطبيق القانون الذى اختار أطراف العلاقة التعاقدية صراحة أو ضمناً ، وبديهى أن هذا الاختيار لقانون أجنبى لا يعتد به إلا فى العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبى . أما فى العلاقات الوطنية البحتة فإن إحالة الأفراد إلى أحكام قانون أجنبى يأخذ حكم الشروط التعاقدية وبالتالى لا يسرى منها ما كان مخالفاً للقواعد القانونية الآمرة فى القانون الوطنى .

وليس يعنى الاعتداد بإرادة الأطراف كضابط للإسناد ، أى تطبيق القانون المختار من جانب المتعاقدين ، أن المشرع قد تخلى عن مهمته فى فض تنازع القوانين إلى الأفراد ، بل إن المشرع يكون قد قام بمهمته بتفضيل قانون معين من القوانين المتنازعة وهو القانون الذى اختاره الأطراف .

وإذا كان يجوز للمتعاقدين أن يختارا القانون الذى يطبق على علاقاتهما التعاقدية ، فلا يعنى ذلك أن هذه الإرادة تستند إلى القانون المختار الذى يستمد اختصاصه فى ذات الوقت من هذه الإرادة ، وإلا نكون قد وقعنا فى حلقة مفرغة ، بل الواقع إن إرادة الأطراف فى اختيار القانون الواجب التطبيق تستند إلى قاعدة الإسناد الوطنية ذاتها .

٤ ـ محل إبرام العقد :

أخذ المشرع المصرى والليبى بمحل إبرام العقد أو التصرف القانونى كضابط احتياطى للإسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد (م ١٩ مدنى) ، وكضابط اختيارى للإسناد فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على شكل التصرفات القانونية (م ٢٠ مدنى) ، وعلى شكل الوصية والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت (م ١٧ / ٢ مدنى) .

ويرجع هذا المسلك التشريعى إلى اعتبارات التيسير على المتعاقدين ، حيث قد تتوافر لهم سبل العلم بأحكام قانون محل الإبرام أكثر من أى قانون

آخر ، كما قد لا يتاح لهم فى بلد إبرام العقد استيفاء الشروط الشكلية التى يتطلبها قانون الموضوع أو قانون الجنسية أو أى قانون آخر .

٥ — موقع المـــال :

المبدأ العام المقرر فى كل من القانون المصرى والقانون الليبى هو خضوع الحيازة والملكية وسائر الحقوق العينية الأخرى الواردة على العقار أو المنقول لقانون البلد الذى يوجد فيه العقار ، أو الذى يوجد فيه المنقول وقت تحقق السبب الذى ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها (م ١٨ مدنى) .

وليس قانون موقع المال قاصراً فيما يتعلق بالعقار على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى الواردة عليه ، بل ينطبق هذا القانون أيضاً على كافة العقود التى أبرمت فى شأن العقار (٢/١٩ مدنى) ولو كانت هذه العقود ترتب حقوقاً شخصية بحتة مثل عقد الإيجار .

وقانون موقع المال هو أنسب القوانين لحكم الحقوق العينية الواردة على العقار أو المنقول . فالرجوع إلى هذا القانون يمكن المتعاقدين من معرفة الحقوق الواردة على العقار وكيفية كسبها أو زوالها ، وفى ذلك أيضاً حماية للغير الذى تعلق له حق بالعقار ، فلا يفاجأ بتطبيق قانون أجنبى يهدر حقوقه وفى ذلك أيضاً حماية للثروة القومية عندما يقع العقار فى إقليم الدولة التى أصدرت قاعدة الإسناد . كذلك من شأن تطبيق قانون الموقع — كما سبق القول — عدم تعدد القوانين المطبقة فى شأن العقار باختلاف جنسيات المتعاملين فيه لو أخذنا بتطبيق قانون الجنسية مثلا .

وتقوم نفس الاعتبارات أيضاً بالنسبة للمنقول ، إذ فى مكان وجوده وقت تحقق السبب الناقل للملكية أو المرتب للحق العينى يمكن للأطراف أو الغير التعرف بوضوح على حقوقهم .

٦ – محل وقوع الفعل المنشىء للالتزام :

يسرى القانون المحلى ، أى قانون البلد الذى وقع فيه الفعل المنشى للالتزام فيما يتعلق بالالتزامات غير التعاقدية (م ٢١/١ مدنى) .

والالتزامات غير التعاقدية التى تخضع للقانون المحلى هى المسئولية عن الفعل الضار والإثراء بلا سبب .

أما إذا كان مصدر الالتزام هو القانون فإنه لا يخضع للقانون المحلى بل يخضع للقانون المحدد لفكرة من الفكر المسندة حسب طبيعة الالتزام ونوعه. ولذلك فالالتزام بالنفقة فيما بين الأقارب يخضع لقانون جنسية المدين بها وليس للقانون المحلى .

والقانون المحلى هو أنسب القوانين للتطبيق على الفعل الضار وآثاره أو الإثراء بغير سبب . فإذا تواجد الإنسان فى بلد معين فإن قانون هذا البلد هو الذى يحدد له ما يعد سلوكاً معتاداً وما يعد انحرافاً فى السلوك ، ومن ثم كان هذا القانون هو الذى يصف الفعل بأنه خطأ وهو الذى يحدد الجزاء عن ذلك أى التعويض .

٧ – مركز الإدارة الرئيسى :

وهو ضابط الإسناد الذى يعتد به بالنسبة للأشخاص الاعتبارية (م ١١/٢ مدنى) ويقصد بمركز الإدارة المركز الرئيسى الفعلى ، أى الذى يدار منه الشخص الاعتبارى وفيه تصدر القرارات الهامة المتعلقة بنشاطه .

وقانون البلد الذى يوجد فيه مركز الإدارة الرئيسى الفعلى يسرى على النظام القانونى للشخص الاعتبارى ، فهو الذى يبين تكوين الشخص الاعتبارى وانقضائه . أما نشاط الشخص الاعتبارى فيخضع للقانون المختص حسب نوع هذا النشاط بأن كان عملا تعاقدياً أو مسئولية تقصيرية أو غير ذلك .

ثانياً — ضوابط الإسناد القضائية :

١٠ — إلى جانب ضوابط الإسناد التشريعية المنصوص عليها فى قواعد الإسناد الوطنية ، هناك ضوابط إسناد قضائية يبتكرها القضاء بغرض إسناد بعض العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبى إلى قانون معين متى كان التشريع الوطنى خالياً من قاعدة إسناد تشريعية تنطبق على هذه العلاقات .

ويستمد القاضى الوطنى سلطته فى ابتكار ضوابط إسناد غير تشريعية من نص المادة ٢٤ مدنى التى تقضى بأن يتبع فيما لم يرد فى شأنه نص من أحوال تنازع القوانين مبادىء القانون الدولى الخاص .

ولا يجوز للقاضى أن يلجأ إلى هذه الضوابط الاجتهادية إذا كان هناك نص صريح فى القانون الوطنى بإسناد مسألة معينة إلى قانون معين . وهذا ما يتضح من نص المادة ٢٤ المشار إليها ، إذ هى تعلق اتباع مبادىء القانون الدولى الخاص على عدم النص .

ويجب عدم الخلط بين الضوابط القضائية وبين تطبيق قانون القاضى فالمقصود بضوابط الإسناد القضائية وضع مبدأ أو قاعدة تؤدى إلى إسناد المسألة إلى قانون معين من بين القوانين المتنازعة ، سواء ترتب على هذا المبدأ تطبيق قانون القاضى أو قانون أجنبى .

ومن أمثلة الضوابط القضائية التى أخذ بها القضاء عن فقه القانون الدولى الخاص ، تطبيق قانون العلم على المسئولية المدنية عن الحوادث التى تقع على ظهر السفن فى عرض البحر ، إذ قاعدة خضوع الفعل الضار لقانون بلد وقوعه غير ممكنة التطبيق فى أعالى البحار خارج المياه الإقليمية لأى دولة .

ومن الضوابط القضائية أيضاً تطبيق قانون البلد الذى ينشر فيه المصنف لأول مرة على الحقوق العينية الواردة على هـذا المصنف ، وقانون مكان تسجيل براءة الاختراع على الحقوق المترتبة عليها .

ومن هذه الضوابط أيضاً تطبيق الشريعة الغالبة إذا كانت الدولة التى يجب تطبيق قانونها دولة متعددة الشرائع ، ولم يبين قانونها الداخلى كيفية فض التنازع الداخلى ، أو كان يفض هذا التنازع بالإحالة إلى قانون القاضى أو قانون أجنبى وهو ما يرفضه كل من القانون الليبى والقانون المصرى .

ويتقيد القاضى فى تطبيقه لضابط إسناد قضائى ببيان هذا الضابط فى حكمه ثم تحديد القانون المختص بناء على أعمال هذا الضابط . فلا يقول القاضى مثلا إنه اختار القانون الإنجليزى لأنه أنسب القوانين فى الحالة المعروضة ، بل يقول إنه أخذ بضابط مكان النشر ، ولما كان المصنف قد نشر فى انجلترا فإنه وفقاً لذلك يسرى القانون الإنجليزى . والقول بغير ذلك يؤدى بالقاضى إلى إسناد المسألة إلى قانون معين دون ضابط إسناد ، وهو مالايجوز ، إذ الذى يحدد مناسبة القانون أو عدم مناسبته هو قواعد الإسناد التشريعية أو قواعد الإسناد المستخلصة من مبادىء القانون الدولى الخاص وليس الاختيار القضائى غير المؤسس على قاعدة مجردة .

الإسناد إلى قانون القاضى

١١ — فى فروض كثيرة يطبق القاضى قانونه الوطنى على علاقات ومسائل قانونية تتضمن عنصراً أجنبياً .

فيطبق القاضى القانون الوطنى على المسائل القانونية التى تخرج أصلا عن نطاق تنازع القوانين مثل علاقات ومسائل القانون العام . فالقانون الليبى هو الذى يطبق على العقود الإدارية والجرائم الجنائية والمسائل الضريبية المتعلقة بإقليم الدولة الليبية . فالقانون الليبى لا يجد مزاحمة أو يدخل فى تنازع مع القوانين الأجنبية فى هذه المسائل ولو تضمنت عنصراً أجنبياً . فلو كان الطرف الآخر فى العقد الإدارى شخصاً أجنبياً ، أو كان مرتكب الجريمة فى ليبيا شخصاً أجنبياً ، أو كان النشاط الذى تم فى ليبيا خاضعاً للقوانين الضريبية الليبية ، فإن القانون العام الليبى بفروعه يكون وحده هو القانون الواجب التطبيق . فالقاعدة المستقرة أن تنازع القوانين قاصر على المسائل والعلاقات القانونية التى تقع فى إطار القانون الخاص . أما المسائل القانونية التى تقع فى إطار القانون العام الداخلى فيطبق فى شأنها القانون الوطنى وحده تطبيقاً إقليمياً . فالمسألة تتعلق بسيادة الدولة على إقليمها وبالتالى تكون كل فروع القانون العام الداخلى إقليمية التطبيق دون مزاحمة من أى قانون أجنبى ومن ثم لا تثور مسألة الإسناد لا من حيث الفكر المسندة أو ضوابط الإسناد

وقد يطبق القاضى القانون الوطنى إعمالا لقاعدة الإسناد الوطنية وحسب يشير إليه ضابط الإسناد الوارد فى هذه القاعدة . فالقاعدة أن النفقة فى بين الأقارب يسرى عليها قانون المدين بها . فإذا كان المدعى عليه بالنفقة ليبياً سرى القانون الليبى . ويسرى على الميراث قانون المورث وقت موته فيسرى القانون الليبى على تركة المتوفى الليبى ولو كان الورثة من الأجانب وقد يختار أجنبيان تطبيق القانون الليبى على علاقتهما التعاقدية فيسرى هذا القانون باعتباره قانون الإرادة .

فالقاضى إذ يطبق قانونه الوطنى إعمالا لقاعدة الإسناد الوطنية فإنه لا يطبقه بصفته قانوناً إقليمى التطبيق أو بصفته قانون القاضى أو القانون الوطنى ، ولكن لأن ضابط الإسناد أشار إلى تطبيقه . فيطبق القانون الوطنى بذلك إما لكونه قانون الجنسية أو قانون الموطن المشترك أو قانون الإرادة أو قانون محل الإبرام أو قانون موقع المال ، وهكذا حسب الأحوال فقانون القاضى يطبق هنا شأنه شأن أى قانون أجنبى قد يترتب على إعمال ضابط الإسناد . فنحن إذن بصدد إسناد حقيقى للقانون الوطنى أو قانون القاضى .

ولكن يدق الأمر بالنسبة للحالات التى يطبق فيها القانون الليبى بنص صريح فى قواعد الإسناد الوطنية ، وفى الحالات التى يطبق فيها هذا القانون عند تعذر تطبيق القانون الأجنبى المختص .

أولا – النص على تطبيق القانون الليبى :

١٢ – ثمة بعض قواعد للإسناد وردت بها نصوص قاطعة فى تطبيق القانون الليبى دون غيره من القوانين المتنازعة بشأن مسائل قانونية ذات عنصر أجنبى .

فتنص المادة ١١/٢ مدنى على أن النظام القانونى للأشخاص الاعتبارية الأجنبية ، من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها ، يسرى عليه قانون الدولة التى اتخذت فيها هذه الأشخاص مركز إدارتها الرئيسى الفعلى . ومع ذلك فإذا باشرت نشاطها الرئيسى فى ليبيا ، فإن القانون الليبى هو الذى يسرى .

وتنص المادة ١٤ مدنى على أنه فيما يتعلق بالشروط الموضوعية لصحة الزواج ، وآثار عقد الزواج ، والطلاق والتطليق والانفصال ، يطبق القانون الليبى وحده إذا كان أحد الزوجين ليبياً وقت انعقاد الزواج ، فيما عدا شرط الأهلية للزواج .

وتنص المادة ٢٥ مدنى على أنه فى حالة تعدد جنسيات الشخص ومن بينها الجنسية الليبية ، وكانت قاعدة الإسناد تقضى بتطبيق قانون جنسية الشخص فالقانون الليبى هو الذى يجب تطبيقه .

والنص على تطبيق القانون الليبى فى هذه الحالات يجىء استثناء على قواعد الإسناد التى تشير بتطبيق قانون مركز الإدارة الرئيسى الفعلى ، أو قانون جنسية الزوجين أو جنسية الزوج ، أو قانون جنسية الشخص على التوالى .

فهل يتم تطبيق القانون الليبى فى هذه الحالات على سبيل الإسناد ؟ أم يطبق هذا القانون تطبيقاً إقليمياً مباشراً على هذه المسائل المعروضة على القاضى الوطنى كما لو لم يكن بها أى عنصر أجنبى .

إن الإجابة على هذا السؤال يترتب عليها نتائج عملية هامة وخاصة من حيث إعمال نظرية الغش نحو القانون التى لا تطبق إلا إذا كان القانون الذى يسعى الأطراف إلى تطبيقه قانوناً واجب التطبيق على سبيل الإسناد .

والإجابة على هذا السؤال تكمن فى معرفة متى يكون القانون وطنياً كان أو أجنبياً مطبقاً على سبيل الإسناد .

إن تطبيق قانون معين على مسألة قانونية ذات عنصر أجنبى على سبيل الإسناد يعنى أن هذا القانون إنما يطبق إعمالا لقاعدة إسناد ولضابط إسناد مجردين أو إعمالا لمبدأ قانونى مجرد ، سواء أدى ذلك إلى تطبيق القانون الوطنى أو إلى تطبيق قانون أجنبى .

فالفيصل إذن فى القول بتطبيق القانون الوطنى على سبيل الإسناد أن يتم ذلك إعمالا لضابط إسناد مجرد قد يؤدى إلى تطبيق هذا القانون أو قانون أجنبى حسب عنصر الواقع فى ضابط الإسناد ذاته . مثال ذلك أن تطبيق القانون الليبى على المورث إذا كان المورث ليبياً والوارث أجنبياً يتم بناء

على قاعدة إسناد مجردة وارادة فى المادة ١/١٧ مدنى ، وإعمالا لضابط إسـ
مجرد هو ضابط جنسية المورث . وهذه القاعدة وما تضمنته من ضابط مجـ
قد تؤدى فى فرض آخر إلى تطبيق قانون أجنبى على الميراث إذا كـ
المورث أجنبيـاً والوارث ليبيـاً أو أجنبياً . وكذلك الشأن بالنـ
للمسئولية عن الفعل الضار ، إذ يشير ضابط الإسناد المجرد إلى تطبيق قانـ
البلد الذى وقع فيه الفعل المنشىء للالتزام . وهذا الضابط قد يؤدى
تطبيق قانون أجنبى إذا وقع الفعل الضار فى الخارج أو إلى تطبيق القانـ
الليبى إذا وقع هذا الفعل فى ليبيا .

ولما كان إعمال النصوص التى أشارت إلى تطبيق القانون الليبى د
سواه فى المواد ٢/١١ و ١٤ و ٢٥ من القانون المدنى الليبى لا يترك الفر
لتطبيق قانون أجنبى ، وكان القانون الليبى لا يطبق فى هذه الحالات إعـ
لضابط إسناد مقرر وإنما بناء على نص آمر ، فإنه يمكن القول إذن
تطبيق القانون الليبى هنا لا يكون على سبيل الإسناد وإنما على أساس التطـ
الإقليمى البحت على بعض المسائل ذات العنصر الإجنبى التى تعرض
القاضى الليبى .

ويترتب على هذا التأصيل الذى انتهينا إليه كما سبق القول عدم جو
إعمال الغش نحو القانون إذا توصل الأطراف إلى تطبيق القانون الليبى
الأحوال المشار إليها عن طريق التحايل . فإذا سعى الشخص الاعتبارى
نقل نشاطه الرئيسى إلى ليبيا ليتوصل إلى تطبيق القانون الليبى على نظامه القانو
تهرباً من أحكام القانون الأصلى المختص وهو قانون مركز الإدارة الرئيس
الفعلى ، فلا يستبعد القانون الليبى هنا لمصلحة القانون الأجنبى على أسا
الدفع بالغش نحو القانون .

وإذا سعى الشخص إلى اكتساب الجنسية الليبية إلى جانب جنس
الأصلية تهريباً من أحكام قانونه الشخصى الذى يحظر عليه طلاق زوج
بإدارته المنفردة ، وسعياً وراء الإفادة من نص المادة ٢/٢٥ مدنى التى تؤد

إلى تطبيق القانون الليبى عليه وبالتالى يتمكن من تطليق زوجته بإرادته المنفردة ، فلا يجوز للزوجة أن تدفع باستبعاد تطبيق القانون الليبى على أساس أنه جاء إلى التطبيق نتيجة لغش الزوج وتحايله على القانون .

ثانياً — تطبيق القانون الليبى عند تعذر تطبيق القانون الأجنبى المختص :

١٣ — قد تشير قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون معين فى شأن مسألة قانونية تتضمن عنصراً أجنبياً ، ومع ذلك قد يتعذر على القاضى الوطنى تطبيق هذا القانون لأسباب عدة ، وأهم هذه الأسباب ما يلى :

(١) قد يكون القانون الأجنبى المختص وفقاً لقاعدة الإسناد الوطنية مخالفاً للنظام العام فى ليبيا ، وعندئذ يجب على القاضى استبعاد تطبيقه . وفى ذلك تقضى المادة ٢٨ مدنى بأنه « لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبى عينته النصوص السابقة ، إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب فى ليبيا » .

فإذا ما استبعد القاضى الليبى أحكام هذا القانون الأجنبى المختص المخالف للنظام العام الليبى ، وجب عليه أن يحل محله فى التطبيق القانون الليبى . ورغم عدم النص على هذا الإحلال فإن فقه القانون الدولى الخاص يؤكد ضرورة تطبيق قانون القاضى حتى لا يكون القاضى منكراً للعدالة من ناحية ، ولأن استبعاد القانون المختص فى هذه الحالة يعد تطبيقاً للقانون الوطنى ، فقد استبعدناه بمقتضى قواعد النظام العام الوطنى ، فنكون قد بدأنا إذن فى تطبيق القانون الوطنى محل القانون الأجنبى .

(٢) وقد يتعذر على القاضى الليبى التعرف على أحكام القانون الأجنبى فالمبدأ السائد فى فقه القانون الدولى الخاص أن القانون الأجنبى يطبق أما القاضى الوطنى ليس بصفته قانوناً وطنياً ولا بصفته واقعة ، ولكنه يظل محتفظاً بصفته كقانون أجنبى . ويترتب على هذا النظر أن التعرف على أحكا

القانون الأجنبى التزام على القاضى الوطنى يعاونه فيه الخصوم ، فهو إذ التزام لا يصل إلى مرتبة افتراض العلم . ولذلك لا تثريب على القاضى الوطنى إن هو أثبت فى حكمه أنه بذل جهده للتعرف على مضمون القانون الأجنبى فلم يتمكن من ذلك وأنه كلف الخصوم بإثبات أحكام هذا القانون فأخفقوا بدورهم ، وبالتالى فإنه يتعذر عليه تطبيق هذا القانون . وفى هذه الحالة لايترك القاضى الدعوى بدون حل وإلا كان منكراً للعدالة وإنما يطبق القانون الوطنى بدلا من هذا القانون الأجنبى .

(٣) وقد تشير قواعد الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون جنسية الشخص بصدد أحواله الشخصية ثم يتبين أنه عديم الجنسية . وعندئذ تشير مبادىء القانون الدولى الخاص إلى تطبيق قانون البلد الذى يقيم فيه الشخص ، فإذا تعذر معرفة محل إقامة الشخص فإن القاضى يطبق قانونه الوطنى .

(٤) وقد يتعذر على القاضى تحديد قانون البلد الذى وقع فيه الفعل الضار ، كما هو الشأن فى تصادم السفن فى عرض البحر خارج المياه الإقليمية لأى دولة من الدول . وعندئذ يطبق القاضى قانونه الوطنى وفقاً لمبادىء القانون الدولى الخاص ، إذ يتعذر فى هذه الحالة تطبيق قانون العلم خاصة عندما تختلف جنسية السفن المتصادمة .

(٥) وقد يكون الفصل فى الدعوى التى يطبق على موضوعها قانون أجنبياً مما يتطلب وقتاً طويلا بسبب تعقد إجراءات هذا القانون أو صعوبة الوصول إلى أحكامه إلا بعد مضى وقت من البحث والاتصالات الدبلوماسية وفى خلال ذلك قد تثور بعض المسائل المعاجلة التى لا تحتمل التأخير فعندئذ يجوز للقاضى الوطنى وفقاً لمبادىء القانون الدولى الخاص أن يحل القانون الوطنى محل القانون الأجنبى فى صدد هذه المسائل العاجلة . ومثال ذلك تقرير نفقة عاجلة مؤقتة للصغير لحين الفصل فى دعوى النفقة المقامة منه تجاه أقربائه ، أو تقرير نفقة مؤقتة للزوجة لحين الفصل فى دعوى التطليق المقامة منها ضد زوجها .

ويبرر فقه القانون الدولى الخاص تطبيق قانون القاضى فى مثل هذه الأحوال بأن هناك قاعدة إسناد احتياطية يتضمنها القانون الوطنى تشير بتطبيق هذا القانون كلما تعذر تطبيق القانون الأجنبى المختص الذى أشارت إليه قاعدة الإسناد الأصلية .

على أن مثل هذا التبرير يقوم على الافتراض البحت . فلو كانت نية المشرع تنصرف إلى تقرير مثل هذه القاعدة الاحتياطية لما أعوزه النص على تطبيق القانون الوطنى كلما تعذر تطبيق القانون الأجنبى المختص .

ونعتقد أن تطبيق القانون الوطنى فى هذه الحالات لا يتم بدوره على سبيل الإسناد . فليس ثمة قاعدة إسناد وطنية تشريعية تحيل إلى القانون الوطنى ، كما أن تطبيق هذا القانون الوطنى لا يتم بناء على إعمال ضابط إسناد مجرد . وليس من إمكان لتطبيق أى قانون أجنبى آخر غير القانون المختص على مثل هذه المسائل . ولذلك يمكن القول بأن تطبيق القانون الوطنى فى هذه الحالات لا يتم على سبيل الإسناد وإنما على أساس التطبيق الإقليمى المباشر على بعض المسائل القانونية التى تعرض على القاضى الوطنى وتكون متضمنة لعنصر أجنبى .

ويستند هذا التطبيق الإقليمى المباشر للقانون الوطنى فى هذه المسائل إلى أساس قانونى مؤداه أن هذا القانون هو الأصل العام وأن المشرع يلجأ استثناء إلى تطبيق قانون آخر أجنبى إذا كان هذا القانون الأخير أكثر تناسباً مع الحالة المعروضة المتضمنة لعنصر أجنبى ؛ فإن تعذر هذا اللجوء الاستثنائى إلى القانون الأجنبى الذى تشير إليه قواعد الإسناد الوطنية وجب الرجوع إلى الأصل العام وتطبيق القانون الوطنى .

ويترتب على هذا التكييف ما سبق أن انتهينا إليه من عدم إمكان تطبيق الدفع بالغش نحو القانون إذا كان تعذر تطبيق القانون الأجنبى المختص يرجع إلى تحايل الخصوم . فإذا تراخى الخصم فى إثبات القانون الأجنبى

أو سعى إلى انعدام جنسيته توصلا إلى تطبيق القانون الليبى وتهرباً من أحكا القانون الأصلى المختص الذى يضر بمصلحته فى الدعوى ، فلا يجوز للطرف الآخر الدفع بالغش نحو القانون لاستبعاد تطبيق القانون الليبى .

ولعل أظهر تطبيق لذلك أن الزوجة الأجنبية غير المسلمة قد تسعى إ اعتناق الإسلام بقصد دفع القاضى الليبى إلى فسخ عقد زواجها من زوج غير المسلم تطبيقاً لفكرة النظام العام فى ليبيا بعد استبعاد القانون الأجنبى المختص الذى يبيح بقاء مثل هذا الزواج ، وإحلال القانون الليبى محله ، فا يملك الزوج فى هذه الحالة الدفع بالغش نحو القانون .

ونشير فى النهاية أنه فى الحالتين — حالة تطبيق القانون الليبى بنص مباشر أو عند تعذر تطبيق القانون الأجنبى — وإزاء عدم جواز تطبيق نظر الغش نحو القانون ، فإنه يجوز وفقاً لقواعد القانون الليبى نفسه اللجوء إ وسائل القانون المدنى التى تدفع الغش مثل نظرية الصورية أو البطلان أوغي ذلك .

المطلب الثانى

اجتماع ضوابط الإسناد

١٤ — قد ينص المشرع على ضابط إسناد واحد فى قاعدة الإسناد وعندئذ لا صعوبة فى الأمر ، إذ يطبق القانون الذى يشير إليه هذا الضابط مثال ذلك ماورد فى المادة ١/١١ مدنى من خضوع الحالة المدنية للشخص وأهليته لقانون الدولة التى ينتمى إليها بجنسيته. وما نصت عليه المادة ١٣ مدنى من سريان قانون جنسية الزوج على آثار الزواج وعلى الطلاق والتطليق ومانصت عليه المادة ١٥ من خضوع النفقة بين الأقارب لقانون المدين بها وهكذا . .

وقد ينص المشرع على أكثر من ضابط إسناد فى قاعدة الإسناد الواحدة بحيث يلتزم القاضى بتطبيق واحد منها بترتيب تشريعى ملزم . وفى ذلك تنص المادة ١/١٩ مدنى على أن يسرى على الالتزامات التعاقدية ، قانون الدولة التى يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً ، فإن اختلفا موطناً سرى قانون الدولة التى تم فيها العقد . هذا مالم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذى يراد تطبيقه . وعلى ذلك يلتزم القاضى بأن يبحث أولا عن ضابط الإرادة ، سواء كانت إرادة صريحة أو إرادة ضمنية ، فإذا لم توجد إرادة فيأخذ القاضى بضابط الموطن المشترك للمتعاقدين ، فإن اختلفا موطناً أخذ القاضى بضابط محل إبرام العقد . ومعنى الترتيب التشريعى لضوابط الإسناد بهذه الصورة أن القاضى لا يمكنه أن يأخذ بضابط الموطن المشترك أو محل الإبرام متى كانت هناك إرادة صريحة أو ضمنية للطرفين فى اختيار القانون الواجب التطبيق . ولا يملك القاضى أن يتخطى هذا الترتيب الملزم حتى ولو كان الضابط المتأخر فى الترتيب يؤدى إلى صحة العقد بينما يؤدى الضابط المتقدم إلى بطلانه .

على أنه يتبين من صياغة النص أن المشرع يأخذ بأكثر من ضابط للإسناد على سبيل التخيير وليس بترتيب ملزم . فتقضى المادة ٢٠ مدنى بأن « العقود مابين الأحياء تخضع فى شكلها لقانون البلد الذى تمت فيه ويجوز أيضاً أن تخضع للقانون الذى يسرى على أحكامها الموضوعية » كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطنى المشترك ، فثمة إذن ثلاثة ضوابط إسناد تحدد القانون الواجب التطبيق على شكل التصرف القانونى مابين الأحياء هى ضابط محل الإبرام ، وضابط الموطن المشترك ، وضابط الجنسية المشتركة ، فضلا عن إمكان تطبيق القانون الذى يسرى على موضوع التصرف على الشكل .

وهنا يثور التساؤل عما إذا كان القاضى يترخص فى اختيار أحد هذه القوانين التى تشير إليها ضوابط الإسناد الواردة فى المادة ٢٠ ، أم يطبقها تطبيقاً جامعاً ، أم يطبق أحدها وفقاً لمعايير معينة .

ويجب بداهة استبعاد التطبيق الجامع لضوابط الإسناد المشار إليـ
أو الالتزام بالأخذ بها بترتيب معين ، فصياغة المادة تشير إلى أحد هذ
الضوابط هو الذى يعمل به دون بقيتها .

فإذا كان القاضى يترخص فى اختيار أحد القوانين التى أشارت إليـ
المادة ٢٠ مدنى وهى قانون محل الإبرام أو قانون موضوع العقد أو قانو
الموطن المشترك أو قانون الجنسية المشترك ، فهل هو مطلق الحرية فى اختيا
أحد هذه القوانين .

الواقع أن هناك قيداً هاماً يرد على هذه الحرية القضائية فى اختيار أح
هذه القوانين أو فى إعمال أحد ضوابط الإسناد المشار إليها فى المادة ٢٠ مدنى
وهذا القيد يتمثل فى التزام القاضى بإعمال ضابط الإسناد الذى يؤدى إلى صح
التصرف من حيث الشكل دون ذلك الذى يؤدى إلى إبطاله ، وأساس ذلك
أن تعداد ضوابط الإسناد بالنسبة لشكل التصرفات بين الأحياء قصد من
التيسير على المتعاقدين ، إذ قد يتوافر لهم العلم بأحكام قانون دون الآخر
كما قد يتعذر عليهم اتباع الشكل المطلوب فى قانون موطنهم وجنسيتهم عن
التعاقد فى بلد آخر يجهل هذا الشكل .

وعلى ذلك فيكفى أن يكون العقد أو التصرف فيما بين الأحياء مستوفيـ
للشروط الشكلية المطلوبة فى أى من هذه القوانين الأربعة المشار إليها فى الماد
٢٠ مدنى حتى يصبح صحيحاً من حيث الشكل ولو كان باطلا وفقاً لأى
قانون آخر منها .

بل ويجوز للأطراف — كما سنرى — أن يتحللوا من الشكليات المعقد
المطلوبة فى قانون العقد أو قانون جنسيتهم أو قانون موطنهم بإبرام العقد فى
بلد آخر لا يتطلب هذه الشكليات فيصبح عقدهم صحيحاً شكلا من وجهة نظر
القاضى الليبى .

وأخيراً قد ينص المشرع على ضابط إسناد مركب يؤدى إلى تطبيق أكثر

من قانون . فقد نصت المادة ١٢ مدنى على أن « يرجع فى الشروط ا
لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين » . فإذا كان الزوجان م
واحدة طبق القاضى هذا القانون ، وإذا كان أحد الزوجين لي
الزواج طبق القاضى القانون الليبى . ولكن إذا كان الزوجان أج
جنسيتين مختلفتين فيجب على القاضى أن يطبق قانون كل من الزو
الشروط الموضوعية لصحة الزواج .

أما كيف يطبق القاضى فى ذات الوقت قانونين مختلفين ع
قانونية واحدة ، فإن الفقه يوضح ذلك بأن الأصل هو التطبيق المو
يستوفى كل من الزوجين الشروط المقررة فى قانونه . أما موانع
المشتركة بين الزوجين مثل اختلاف الدين أو القرابة فيطبق عليها
تطبيقاً جامعاً بمعنى ألا يقوم بأحد الزوجين مانع قانونى فى أى من الق
وكذلك الشأن بالنسبة لموانع الزواج التى تقوم بأحد الزوجين مثل
أو الارتباط بزواج سابق .

وقد يتصور أن يكون ضابط الإرادة مركباً . كما لو اتفق الطر
تطبيق قانون بلد التنفيذ على علاقتهما التعاقدية ثم تبين أن العقد قد نفذ فى
فهل يطبق القاضى القانونين تطبيقاً جامعاً أو موزعاً . قد يتصور
بتطبيق قانون كل دولة على الشق من العقد الذى تم تنفيذه فى إق
ولكن هذا التصور يصطدم بالمسائل العقدية التى لا تقبل التجزئة
المتعلقة بتكوين العقد من حيث التراضى والمحل والسبب . وقد يقال
القانون الأكثر اتصالا بالعقد من حيث كونه مثلا قانون محل الإ
محل التنفيذ الأكثر أهمية أو غير ذلك ، ولكن ذلك يصطدم باعتبار هام
إسناد المتعاقدين لعلاقتهما للقانونين يشير إلى أنهما وضعاهما على قدم
من حيث الاتصال بالعقد . وقد يقال بتطبيق القانون الذى يؤدى إ
العقد دون ذلك الذى يؤدى إلى بطلانه ، وهو ما يصطدم بالغرض
لا يتعلق فيه النزاع بصحة العقد أو بطلانه وإنما بمدى التزامات
الطرفين وبالمسئولية العقدية عن عدم التنفيذ .

من قانون . فقد نصت المادة ١٢ مدنى على أن « يرجع فى الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين » . فإذا كان الزوجان من جنسية واحدة طبق القاضى هذا القانون ، وإذا كان أحد الزوجين ليبياً وقت الزواج طبق القاضى القانون الليبى . ولكن إذا كان الزوجان أجنبيان من جنسيتين مختلفتين فيجب على القاضى أن يطبق قانون كل من الزوجين على الشروط الموضوعية لصحة الزواج .

أما كيف يطبق القاضى فى ذات الوقت قانونين مختلفين على مسألة قانونية واحدة ، فإن الفقه يوضح ذلك بأن الأصل هو التطبيق الموزع بأن يستوفى كل من الزوجين الشروط المقررة فى قانونه . أما موانع الزواج المشتركة بين الزوجين مثل اختلاف الدين أو القرابة فيطبق عليها القانونين تطبيقاً جامعاً بمعنى ألا يقوم بأحد الزوجين مانع قانونى فى أى من القانونين وكذلك الشأن بالنسبة لموانع الزواج التى تقوم بأحد الزوجين مثل المرض أو الارتباط بزواج سابق .

وقد يتصور أن يكون ضابط الإرادة مركباً . كما لو اتفق الطرفان على تطبيق قانون بلد التنفيذ على علاقتهما التعاقدية ثم تبين أن العقد قد نفذ فى دولتين فهل يطبق القاضى القانونين تطبيقاً جامعاً أو موزعاً . قد يتصور القول بتطبيق قانون كل دولة على الشق من العقد الذى تم تنفيذه فى إقليمها ولكن هذا التصور يصطدم بالمسائل العقدية التى لا تقبل التجزئة وخاصة المتعلقة بتكوين العقد من حيث التراضى والمحل والسبب . وقد يقال بتفضيل القانون الأكثر اتصالا بالعقد من حيث كونه مثلا قانون محل الإبرام أو محل التنفيذ الأكثر أهمية أو غير ذلك ، ولكن ذلك يصطدم باعتبار هام هو إسناد المتعاقدين لعلاقتهما للقانونين يشير إلى أنهما وضعاهما على قدم المساواة من حيث الاتصال بالعقد . وقد يقال بتطبيق القانون الذى يؤدى إلى صحة العقد دون ذلك الذى يؤدى إلى بطلانه ، وهو ما يصطدم بالغرض الذى لا يتعلق فيه النزاع بصحة العقد أو بطلانه وإنما بمدى التزامات كل الطرفين وبالمسئولية العقدية عن عدم التنفيذ .

ونعتقد أن الأفضل فى هذه الحالة هو استبعاد ضابط الإرادة وإعمال الضوابط الاحتياطية الأخرى وهى ضابط الموطن المشترك ثم ضابط محل إبرام العقد ، ذلك أن المشرع يستعين بضابط الإرادة لفض تنازع القوانين وليس لخلق تنازع جديد بينها ، فإذا أخفق ضابط الإرادة عن أداء هذه المهمة فعليه أن يتخلى لغيره من الضوابط الاحتياطية .

هذا ونشير فى النهاية إلى أن الإسناد إلى دولة متعددة الشرائع لا يعد ضابطاً مركباً يؤدى إلى تطبيق أكثر من شريعة داخلية . فإذا كنا بصدد علاقة تعاقدية واختار الأطراف قانون دولة متعددة الشرائع مثل الولايات المتحدة الأمريكية ، وبها مايقرب من الخمسين ولاية لكل منها شريعة خاصة فإن المادة ٢٦ مدنى تقضى بأن قواعد التنازع الداخلية فى هذه الدولة هى التى تحدد الشريعة الواجبة التطبيق . وبذلك قصد المشرع إلى إيضاح أنه يجب تطبيق شريعة واحدة من بين هذه الشرائع . فإذا كانت قواعد التنازع الداخلية فى هذه الدولة تؤدى إلى تطبيق أكثر من شريعة ، كأن تقضى بتطبيق قانون الولاية التى يتوطن فيها الشخص ، واختلف المتعاقدان فى الموطن الداخلى بأن توطن كل منهما فى ولاية معينة ، ففى هذه الحالة يجب تطبيق نفس الحل الذى يعمل به عند عدم وجود هذه القواعد الداخلية لفض التنازع ، وهو تطبيق الشريعة الغالبة أى الشريعة الأساسية بالنسبة للدولة كلها أو شريعة العاصمة ، وأساس ذلك أيضاً أن المشرع يعهد للإرادة بفض التنازع وليس بالتسبب فى تنازع جديد بين القوانين . ولكننا لا نهمل الإرادة فى هذه الحالة لصالح الضوابط الاحتياطية وهى الموطن المشترك ثم محل الإبرام ، فالإرادة أدت بعض الدور الذى يجب الاعتداد به وهو تعيين البلد الذى نحتكم إلى قانونه . ويسرى نفس الحل فى الفرض الذى تحيل فيه قواعد الإسناد الداخلية فى قانون البلد المتعدد الشرائع إلى قانون القاضى أو قانون آخر ، إذ كل من القانون المصرى والقانون الليبى يرفض الإحالة .

المبحث الثانى

تحليل فكرة ضابط الإسناد

١٥ ــ عرفنا أن المشرع يستعين بفكرة قانونية معينة كالجنسية أو الموطن أو الإرادة ويستخدمها كضابط إسناد يحدد عن طريقه القانون واجب التطبيق على المسألة القانونية التى تتضمن عنصراً أجنبياً . وهذه الفكرة القانونية تستعار من القانون العام أو من القانون الخاص . وهى تشير إلى دلالة قانونية معينة فى إطار قانونها الأصلى الذى تنتمى إليه . فالجنسية فى القانون الدولى العام هى رابطة سياسية وقانونية بين شخص ودولة . والموطن فى القانون المدنى هو المكان الذى يقيم فيه الشخص بصفة معتادة . وموقع العقار هو المكان الذى يستقر فيه حيزه بحيث لا يمكن نقله منه دون تلف . والإرادة هى انعقاد العزم فى النفس على إحداث أثر قانونى . وهكذا نجد لكل فكرة معنى خاصاً يتفق والبيئة القانونية التى تعمل فيها أو الوظيفة التى تؤديها فى فرع القانون الذى تنتمى إليه .

ولكن هذه الفكرة القانونية عندما تستخدم فى القانون الدولى الخاص لاتستخدم بغرض تحقيق أهدافها الأصلية ، بل لتحقيق هدف فنى أو شكلى يختلف عن هدفها الموضوعى الأصلى . فالجنسية تهدف فى القانون الدولى العام إلى تحديد من هم الوطنيون فى الدولة ، بينما فى القانون الدولى الخاص تقوم بتحديد القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية للفرد والموطن مهمته فى القانون الخاص تعيين المقر القانونى للشخص والذى يمكن مخاطبته فيه ، بينما فى القانون الدولى الخاص يحدد الموطن القانون الواجب التطبيق فى الالتزامات التعاقدية وشكل التصرفات ، وهكذا .

فيلزم إذن تحديد المقصود من المعنى الخاص الذى تكتسبه الفكـ القانونية المستخدمة كضابط إسناد تبعاً للدور الجديد الذى تلعبه فى إط القانون الدولى الخاص . وهذا التحديد يتطلب منا أن نقوم بتحليل فكـ ضابط الإسناد ذاتها كفكرة قانونية يعرفها القانون الدولى الخاص .

وهذا التحليل من شأنه أن يفسر لنا كيف يمكن تحديد نطاق نظر الغش نحو القانون فى إطار تنازع القوانين ، إذ قد يتمكن بعض الأطراف من تحويل ضابط الإسناد ليشير إلى قانون آخر غير القانون الذى يقصد المشرع من صياغة قاعدة الإسناد .

فندرس إذن فى مطلبين مسألة تحليل ضابط الإسناد ، أى فكرة التجري والواقعية فى ضابط الإسناد ، وفى المطلب الثانى نتعرض لأثر هذا التحليـ فى تحويل ضابط الإسناد .

المطلب الأول

التجريد والواقعية فى ضابط الإسناد

١٦ — قلنا إن مهمة ضابط الإسناد هى الإرشاد إلى القانون الواجب التطبيق فى منازعة أو مسألة قانونية تتضمن عنصراً أجنبياً ، وأن المشرع يتقيد عادة فى اختياره للقانون الواجب التطبيق من بين القوانين المتنازعة بأكثرها مناسبة لحكم المسألة القانونية موضع النزاع . والقانون الأكثر مناسبة لحكم المسألة القانونية المتضمنة عنصراً أجنبياً هو أوثق القوانين صلة بهذه المسألة عن غيره من القوانين المتصلة بها . فإذا كنا بصدد تحديد مدى أهلية شخص أجنبى ، فقد تتصل هذه المسألة القانونية بقانون جنسية الشخص أو بقانون موطنه أو بقانون محل إبرام التصرف القانونى أوبقانون القاضى . ونجد أن أهلية الشخص أوثق صلة بقانون جنسيته أكثر منها من أى قانون آخر . ولذلك يخضع المشرع أهلية الشخص لقانون جنسيته مراعاة منه لهذه الصلة بين المسألة القانونية المعروضة وبين قانون معين . فيستعين المشرع إذن بضابط الجنسية للإشارة إلى القانون الواجب التطبيق وهو قانون الدولة التى ينتمى إليها الشخص فعلا بجنسيته وقت إبرام التصرف الذى اقتضى البحث فى أهليته .

وبذلك يمكن القول — من وجهة نظرنا — بأن ضابط الإسناد يتحلل فى الواقع إلى عنصرين : عنصر قانونى هو نوع الرابطة بين المسألة القانونية ودولة ما والتى اعتد بها المشرع فى إسناد هذه المسألة إلى قانون هذه الدولة والعنصر الثانى عنصر واقعى هو الرابطة الفعلية بين المسألة القانونية ودولة معينة . والعنصر الأول عنصر مجرد لا يتغير من حالة إلى أخرى . أما العنصر الثانى الواقعى فهو عنصر ذاتى يتحدد حسب كل حالة على حدة .

فالجنسية ضابط للإسناد ، والعنصر القانونى فيها هو رابطة الجنس
كعلاقة قانونية وسياسية بين فرد ودولة ما ، والعنصر الواقعى هو تم
الشخص بجنسية دولة معينة ، سواء كانت بريطانيا أو فرنسا أو ليبيا أو ما إ
ذلك . والموطن ضابط إسناد ، والعنصر القانونى فيه فكرة الموطن كرابط
بين شخص وإقليم دولة ما ، والعنصر الواقعى هو التوطن الفعلى فى دو
معينة مثل فرنسا أو إيطاليا أو غيرها . وإذا كان ضابط الإسناد هو الإرادة
فالعنصر القانونى هو وجود إرادة صريحة أو ضمنية للأفراد تتجه نحو اختيا
قانون معين يحكم التصرف القانونى ، والعنصر الواقعى هو محل هذه الإرادة
أى القانون المختار لدولة ما يتصل بها العقد فعلا ، مثل اختيار القانون الإنجليز
أو الفرنسى أو الهولندى أو ما إلى ذلك . وبالنسبة لضابط موقع المال
يتعلق بالعقار يكون العنصر القانونى هو فكرة الموقع أى ذلك الحيز م
المكان فى دولة ما الذى يستقر فيه العقار ويثبت بحيث لا يمكن نقله منه دو
تلف ، أما العنصر الواقعى فهو وجود هذا العقار فى إقليم دولة معينة ، سو
كانت ليبيا أو ألمانيا أو هولندا أو ما إلى ذلك . وإذا كان ضابط الإسناد
محل إبرام التصرف القانونى فالعنصر القانونى لهذا الضابط هو المكان الذ
تلاقت فيه إرادتين متطابقتين ، والعنصر الواقعى هو وقوع هذا التلا
للإرادتين فى بلد معين . وإذا كان ضابط الإسناد هو محل وقوع الفع
الضار فالعنصر القانونى فى هذا الضابط هو وصف العمل بأنه غير مشرو
يرتب المسئولية التقصيرية ، والعنصر الواقعى هو اكتمال عناصر هذا الوصف
أو تحقق هذا الوصف فى إقليم دولة معينة مثل وقوع الحادث فى فرنسا أو
ليبيا أو ما إلى ذلك .

ونلحظ من ذلك أنه إذا كانت مهمة قاعدة الإسناد هى إسناد حك
علاقة أو مسألة قانونية إلى قانون دولة معينة ، فإن ضابط الإسناد هى الكشف
عن الرابطة القانونية والواقعية بين هذه المسألة وبين ذلك القانون .

وتحليل ضابط الإسناد إلى عنصر قانونى وعنصر واقعى يؤدى إلى القو

بأن العنصر القانونى المجرد هو عنصر ثابت لا يملك الأفراد التحكم فيه أو تغييره ، بل الواقع أن المشرع هو الذى يتحكم فى تحديد هذا العنصر القانونى من واقع تحكمه فى تحديد ضابط الإسناد ذاته . وقد يملك القاضى أحياناً ابتداع ضابط إسناد قضائى كما رأينا . ولكن الأفراد لايملكون التدخل فى العنصر القانونى من ضابط الإسناد . وهذه النتيجة هى مسألة بديهية تترتب على أن الأنظمة القانونية لا يحددها الأفراد . فالتحديد القانونى لعلاقة الجنسية أو الموطن أو موقع العقار أو مكان وقوع الفعل الضار ، كلها مسائل قانونية يتكفل القانون وحده بتحديد مفهومها ، فلا دخل للأفراد فى تعيين المفهوم أو المدلول القانونى لفكرة قانونية . وحتى فى حالة ضوابط الإسناد القضائية فإن القاضى يستعين بأفكار قانونية محددة مثل محل النشر أو قانون علم السفينة أو ما إلى ذلك ، وهذه كلها مسائل قانونية تكفل القانون منذ البداية بتحديد مدلولها ويقتصر دور القاضى على الاستعانة بها .

وإذا كان الأفراد لا يملكون تغيير العنصر القانونى فى ضابط الإسناد فهم لا يملكون أيضاً تغيير ضابط الإسناد ذاته ، فلا يملك الأفراد استبدال فكرة الجنسية بفكرة الموطن أو فكرة الإرادة بفكرة محل إبرام التصرف ، وهو ما يمتنع أيضاً على القاضى . فإذا ماحدد المشرع ضابط الإسناد بأنه الجنسية فلا مفر من النزول على حكمه والاعتداد بالجنسية وحدها بمعناها القانونى كأساس لتحديد القانون الواجب التطبيق .

وإذا كان الأفراد لا يملكون التحكم فى العنصر القانونى من ضابط الإسناد ، فإنهم يملكون على العكس من ذلك التحكم فى عنصر الواقع من بعض ضوابط الإسناد ، ذلك أن هناك بعضاً من ضوابط الإسناد يثبت فيها عنصر الواقع بحكم طبيعتها ، بينما هناك بعض آخر من ضوابط الإسناد يملك الأفراد فيها التحكم فى عنصر الواقع إما بسبب طبيعة هذه الضوابط وإما بتصريح من المشرع .

والضوابط التى تؤدى طبيعتها إلى حرمان الأفراد من التحكم فى عنص
الواقع فيها هى ضابط موقع العقار وضابط محل وقوع الفعل الض
ذلك أنه فى حالة ضابط الإسناد المتمثل فى قانون موقع العقار فإن العنص
الواقعى يتحدد بالدولة التى يقع فيها فعلا دون دخل لإرادة الأفراد فى ذلك
فهم لا يملكون نقل العقار من دولة إلى أخرى ، وبذلك فإن الرابطة الفع
بين العقاروالدولة التى يقع فى إقليمها تقوم بغير تدخل من إرادة الأفراد
وإذا كان ضابط الإسناد هو مكان وقوع الفعل الضار ، فإن العنصر الواق
فيه يتمثل فى المكان الذى تكاملت فيه عناصر المسئولية التقصيرية . وح
لو كان الفعل غير المشروع عمدياً ، فلا يمكن القول بأن المسئول قد تح
فى عنصر الواقع بارتكابه الخطأ فى دولة دون أخرى حسب هواه ، ذل
أن الإرادة ليست هى المعول عليه فى قيام المسئولية التقصيرية ،
المعول عليه هو الفعل الضار فى ذاته ، فنحن بصدد واقعة قانونية ولسنا بصد
تصرف أو عمل قانونى .

أما الضوابط التى تسمح طبيعتها للأفراد بالتحكم فى عنصر الواقع ف
فهى ضابط الجنسية والموطن وموقع المنقول ومحل إبرام التصرف
القانونى . فرغم أن المشرع يهدف من الاستعانة بهذه الضوابط إلى إسن
العلاقة أو المسألة القانونية إلى قانون الدولة التى تتصل بها أكثر من غير
وليس إلى قانون آخر ، فإن طبيعة هذه الضوابط تمكن الأفراد فى بعض
الأحوال من توجيه ضابط الإسناد حتى يشير إلى قانون آخر غير الذى يهدف
إليه المشرع أصلا من صياغته لقاعدة الإسناد . ففى ضابط الجنسية يملك الفر
تغيير جنسيته إلى جنسية أخرى مما يترتب عليه تطبيق قانون الدولة الجدي
بدلا من قانون دولته الأصلية . وإذا كان ضابط الإسناد هو الموطن فيملك
الفرد التوطن فى دولة أخرى فيتوصل بذلك إلى اختصاص قانون الدو
الجديدة بدلا من قانون دولة موطنه الأصلى . وإذا كان ضابط الإسناد ه
موقع المنقول فيملك المتعاقدان نقل المنقول من دولة إلى أخرى توصلا إ
تطبيق قانون هذه الدولة على الحقوق العينية الواردة على هذا المنقول . وإ

كان القانون الواجب التطبيق هو قانون محل إبرام التصرف القانونى فيملك المتعاقدان إبرام العقد فى دولة دون الأخرى توصلا إلى خضوع هذا العقد من حيث الشكل أو الموضوع لقانون معين .

وأخيراً قد يملك الأفراد بتصريح من المشرع التحكم فى عنصر الواقع من ضابط الإسناد ، وهذا هو شأن العلاقات التعاقدية التى تخضع لقانون الإرادة ، أى القانون الذى يختاره المتعاقدون ، ذلك أن ترجيح الصلة الأكثر توثقاً بين العقد وبين دولة معينة قد يكون متعذراً على المشرع بينما هو أمر ميسور بالنسبة للمتعاقدين ،إذ العقد يرتبط بجنسية الأطراف وموطنهم ومكان إبرامه ومكان تنفيذه ومكان التحكيم أو التقاضى بشأن المنازعات الناتجة عنه بل وبالقوانين التى استعار منها المتعاقدان بعض النظم أو الاصطلاحات القانونية .

على أن استطاعة الأفراد التحكم فى عنصر الواقع من ضابط الإسناد يؤدى إلى تفويت هدف قاعدة قانونية وهى قاعدة الإسناد . فالمشرع يهدف أصلا إلى إسناد المسألة القانونية المتضمنة عنصراً أجنبياً إلى دولة معينة ترتبط بها هذه المسألة بصلة وثيقة وفعلية دون باقى الدول التى قد تتصل بهذه المسألة . فإذا كنا بصدد تحديد صحة عقد زواج من الناحية الموضوعية معقود بين زوجين فرنسيين ، فإن المشرع يهدف من إسناد حكم هذه العلاقة إلى قانون جنسية كل من الزوجين إلى تطبيق القانون الفرنسى على وجه التحديد والتخصيص . فهذه الزوجة ترتبط من الناحية الواقعية الفعلية بالقانون الفرنسى أكثر من غيره مثل قانون موطن الزوجين أو مكان إبرام عقد الزواج أو مكان رفع الدعوى ، فهدف قاعدة الإسناد الواردة فى المادة ١٢ مدنى إذن هو التوصل إلى تطبيق القانون الفرنسى على مثل هذه العلاقة الزوجية دون أى قانون آخر . فإذا سعى الزوجان إلى تغيير جنسيتهما بقصد الإفادة من أحكام قانون دولة أخرى يسمح بعقد مثل هذا الزواج الذى لا يجيزه القانون الفرنسى ، ففى ذلك تحول بالقاعدة القانونية أى قاعدة الإسناد عن هدفها الذى حدده المشرع .

لذلك فإن فقه القانون الدولى الخاص ابتدع نظرية الغش نحو القانو لرد الأفراد عن كل تغيير فى عنصر الواقع من ضابط الإسناد يكون شأنه تفويت الهدف الذى يسعى إليه المشرع من إسناد العلاقة القانونية قانون معين .

وهذا الذى نقول به من تحلل ضابط الإسناد إلى عنصر قانونى وعنص واقعى من شأنه أن يعطى نظرية الغش نحو القانون تحديداً أكثر وضوحاً ، ع النحو الذى نعالجه فيما يلى بصدد تحول ضابط الإسناد نتيجة لتدخل الأفر فى عنصر الواقع .

المطلب الثانى

تحول ضابط الإسناد

١٧ – المقصود بتحول ضابط الإسناد هو حدوث تغيير فى عنص الواقع من هذا الضابط مما يؤدى إلى تطبيق قانون آخر غير القانون الذ كان سيطبق لولا حدوث هذا التغيير .

وقد يحدث هذا التغيير فى عنصر الواقع من ضابط الإسناد بغير تدخ من إرادة الأطراف ، أو بإرادة من جانبهم لكن بهدف آخر غير التحايل على قاعدة الإسناد . فقد يكتسب الشخص جنسية دولة أخرى دون دخل لإرادته بالزواج المختلط أو بتغيير السيادة على الإقليم أو بالتبعية لرب الأسرة وقد يتوطن الشخص فى دولة أخرى سعياً وراء الرزق أو التحاقاً بأسرت أو بزوجه الآخر أو يبعد من إقليم الدولة . وقد تقتضى الظروف نقل المنقول من بلد إلى آخر لصيانته أو لتصنيعه أو لغير ذلك من الأسباب .

فى هذه الحالات لا يؤدى تحول ضابط الإسناد إلى إهدار الهدف الذى سعى المشرع إلى تحقيقه من وراء صياغة قاعدة الإسناد . ذلك أن تغيير عنصر الواقع من ضابط الإسناد إذا كان من شأنه أن يؤدى إلى تطبيق قانون آخر غير القانون المختص أصلا ، فإنه يؤدى فى ذات الوقت إلى اختصاص قانون جديد متصل بالعلاقة القانونية أكثر من غيره من القوانين بما فيها القانون السابق . ومعنى ذلك أن ضابط الإسناد فى مثل هذه الفروض يتحول عن قانون فقد صلته الوثيقة بالمسألة القانونية إلى قانون آخر أصبح أوثق صلة بها . فاكتساب الشخص لجنسية دولة أخرى بإرادته أو بغير إرادته ، دون أن يهدف إلى التحايل على قاعدة ما للإسناد، يؤدى إلى القول بأن قانون جنسيته الجديدة هو أوثق القوانين صلة بأهلية هذا الشخص بعد أن انتمى إلى الدولة الجديدة من الناحيتين السياسية والقانونية ، ولذلك كان بديهياً أن يعتد بقانون هذه الدولة الجديدة فى شأن أهلية هذا الشخص بصدد التصرفات التى يعقدها بعد تجنسه . فالمشرع لم يقصد من إخضاع أهلية الفرنسى للقانون الفرنسى تطبيق هذا القانون بالذات إلا لصلته بأهلية الشخص ، فإذا احتل قانون آخر هذه المكانة من الناحيتين القانونية والفعلية فإن هدف قاعدة الإسناد يتحقق بتطبيق أحكام هذا القانون الجديد دون قانون الجنسية السابقة .

على أنه يوم أن يعمل الأفراد على تغيير عنصر الواقع من ضابط الإسناد تغييراً من شأنه أن يؤدى إلى تطبيق قانون منقطع الصلة بالمسألة القانونية أو تربطه بها صلة صورية أو مصطنعة ، وإلى تطبيق قانون غير القانون الذى قدر المشرع من وجهة نظره وحده أنه أنسب القوانين ، فهنا تتدخل نظرية الغش نحو القانون لرد الأفراد إلى نطاق القاعدة القانونية وحماية الهدف الذى سعى إليه المشرع من وراء تقريرها .

وقد ابتدع القضاء نظرية الغش نحو القانون ، وأقرها الفقه ، لإبطال كل تلاعب من جانب الأفراد فى العنصر الواقعى من ضابط الإسناد يهدف إلى التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق ، والذى تحدد أصلا بحكم الصلة الفعلية بين المسألة القانونية وقانون دولة معينة .

وقد ظهرت نظرية الغش نحو القانون فى القضاء الفرنسى لأول بمناسبة قضية شهيرة فى فقه القانون الدولى الخاص هى قضية الأميرة بوفر مون. وتتلخص وقائع هذه القضية فى أن سيدة بلجيكية الأصل تزوج من الأمير الفرنسى دى بوفرمون فاكتسبت الجنسية الفرنسية بناء على ذلك ولما أرادت الطلاق من زوجها وكان القانون الفرنسى وقتئذ لا يسمح بالطلا فقد تجنست بجنسية إحدى الدويلات الألمانية التى يسمح قانونها بالطلا واستطاعت بذلك أن تحصل على الطلاق من زوجها الفرنسى ، ثم عاد إلى فرنسا حيث تزوجت من الأمير الرومانى بليبسكو . وحدث بعد ذ أن رفع زوجها الأول دعوى طالب فيها ببطلان الطلاق الذى تم بناء ع اكتسابها لجنسية جديدة عن طريق الغش نحو القانون ، وبالتالى يظل الزو قائماً ويبطل الزواج الثانى . وقد قضت محكمة النقض الفرنسية لصالح الزو الأول واستندت فى قضائها إلى فكرة الغش نحو القانون ، إذ تغيير الجنس فى هذه الحالة قد قصد به أساساً التحايل على أحكام القانون الفرنسى ال تحظر الطلاق . وانتهت المحكمة إلى عدم نفاذ الطلاق والزواج الثانى مع بق الزوجية الأولى قائمة .

وقد أثار هذا المبدأ نقاشاً كبيراً فى الفقه ، إلى أن استقر كمبدأ من مبادئ القانون الدولى الخاص التى يطبقها القاضى رغم عدم النص عليها فى التشريع وهذا هو شأن كل من القانون المصرى والقانون الليبى .

وقد حاول بعض الفقه التشكيك فى مشروعية الدفع بالغش نحو القانو كسبب لاستبعاد تطبيق القانون الذى توصل إليه الأطراف بتحايلهم ع عنصر الواقع من ضابط الإسناد . وسند هذا الرأى أن تغيير الجنسية أو الموط أو موقع المنقول لا يعدو أن يكون استعمالا مشروعاً لحق أو رخصة ، يتنافر مع فكرة الغش . ومن ناحية أخرى فإنه يتعذر على القاضى من الناح العملية إثبات نية الغش عند تغيير الجنسية أو الموطن أو موقع المنقول فقد تكون الدوافع الظاهرة وراء ذلك هى الدوافع الحقيقية .

إلا أن هذا الاعتراض لم يكتب له النجاح ، ذلك أنه وإن كانت الوسيلة مشروعة فى مثل هذه الأحوال ، فإن الغاية التى قصد الأطراف التوصل إليها غير مشروعة فى ذاتها . فالغش يتمثل فى أن استبعاد القانون الواجب التطبيق لم يكن نتيجة لتغيير الجنسية مثلا ، ولكنه كان الهدف من وراء تغيير عنصر الواقع فى ضابط الإسناد ، أما الآثار الأخرى لتغيير الجنسية فهى آثار عرضية. ومن ناحية أخرى فإن تصدى القاضى لنية الغش لا يعدو أن يكون تطبيقاً من التطبيقات المتنوعة لفكرة البواعث فى إطار نظريات القانون ، كما هو الشأن فى المسئولية العقدية وفى نظرية التعسف فى استعمال الحق .

وقد استقر الفقه اليوم على أن التغيير الإرادى من جانب الأفراد فى عنصر الواقع من ضابط الإسناد يعد غشاً نحو القانون إذا لم يقصد من هذا التغيير إلا التوصل إلى تطبيق قانون آخر غير القانون الذى كان يجب تطبيقه أصلا لولا هذا التحايل . ويترتب على إعمال الدفع بالغش نحو القانون عدم الاعتداد بهذا التغيير الإرادى لعنصر الواقع من ضابط الإسناد وتطبيق القانون المختص بداءة وكأنما لم يحدث تحول لضابط الإسناد .

وفى سبيل تأكيد فكرة الدفع بالغش نحو القانون سعى الفقه إلى تأسيس هذا الدفع بإلحاقه بإحدى النظريات المستقرة حتى يعطيه قبولا قانونياً وعملياً .

فقد ذهب جانب من الفقه الفرنسى إلى أن أساس الدفع بالغش نحو القانون هو نظرية التعسف فى استعمال الحق . ذلك أنه وإن كان تغيير الجنسية أو الموطن هو محض استعمال لحق أو رخصة فإن ذلك لم يتم إلا لهدف غير مشروع هو التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق . وقد انتقد هذا الرأى ، بأن مجال نظرية التعسف فى استعمال الحق قاصر على الحقوق بالمعنى الدقيق دون الرخص والحريات العامة مثل الجنسية والموطن . هذا بالإضافة إلى أن نظرية التعسف فى استعمال الحق تشترط نية الإضرار بالغير فى حين أن إعمال الدفع بالغش نحو القانون لا يشترط هذه النية ، كما لو تلاقت مصلحة الزوجين على التهرب من أحكام قانونهما الشخصى للتوصل

إلى الطلاق الذى يحظره ذلك القانون . وأخيراً فإن نظرية التعسف فى استعمال الحق ، باعتبارها تطبيقاً من تطبيقات المسئولية التقصيرية تنتهى إلى الحكم بالتعويض ، فى حين أن الدفع بالغش نحو القانون يهدف أساساً إلى استبعاد القانون الذى توصل إليه الخصوم تهرباً من أحكام القانون الأصلى الواجب التطبيق .

وذهب جانب آخر من الفقه الفرنسى إلى أن الدفع بالغش نحو القانون ماهو إلا تطبيق محض للدفع بالنظام العام . ففى نظر هذا الفقه لا يقوم الدفع بالغش إلا عند التهرب من أحكام قانون القاضى — إذ القانون الأجنبى يعد فى نظرهم واقعة وليس قانوناً — وبالتالى فهذا الغش ينطوى على مخالفة للأحكام الآمرة أو الأحكام الموضوعية فى قانون القاضى ، وهى قواعد متعلقة بالنظام العام . وقد انتقد هذا الرأى بدوره . فقد استقر الرأى على إعمال الدفع بالغش نحو القانون سواء كان التهرب من قانون القاضى أو من قانون أجنبى . ومن ناحية أخرى فإن الدفع بالنظام العام يترتب عليه إحلال قانون القاضى محل القانون الواجب التطبيق والمخالف للنظام العام الوطنى ، فى حين أنه فى الغش نحو القانون نفوت على الأطراف غرضهم غير المشروع فنطبق القانون الأصلى واجب التطبيق ، سواء كان قانون القاضى أو قانوناً أجنبياً . وأخيراً فإن الدفع بالنظام العام يترتب عليه استبعاد القانون الواجب التطبيق ، فى حين أن الدفع بالغش نحو القانون يترتب عليه تأكيد تطبيق هذا القانون .

ويذهب الرأى الراجح إلى أن أساس نظرية الدفع بالغش نحو القانون هو المبدأ العام الذى يقضى بأن الغش يفسد كل أمر . وهذا المبدأ هو مبدأ مستقر فى ضمير كل جماعة . فهو يهدف إلى تفويت فرصة التطاول على القانون باسم القانون ، وهو الطريق السوى لكفالة القوة الملزمة للقاعدة القانونية . وهو بهذه المثابة يعد من المبادىء العامة التى تعلو فوق النصوص ، ولذلك يجب مطاردة الغش فى أى صورة كان .

التحول غير المشروع لضابط الإسناد :

١٨ ــ قلنا إن التحول فى ضابط الإسناد ينتج عن تغيير عنصر الواقع . وهذا التغيير قد يكون بغير تدخل من إرادة الأفراد ، وقد يكون بإرادتهم . وفى الحالة الأخيرة قد يكون التغيير لا لغرض إلا التحايل على قواعد الإسناد الوطنية ، وعندئذ يجرى الدفع بالغش نحو القانون لقمع هذا التحايل.

ويجرى الفقه على القول بأنه يلزم للدفع بالغش نحو القانون أن يكون هناك تغيير إرادى فى ضابط الإسناد مع توافر نية التحايل . أما التحليل الذى انتهينا إليه من وجود عنصر واقعى وعنصر قانونى فى ضابط الإسناد فمن شأنه أن يجعل هذه الشروط أكثر تحديداً وأكثر دقة وخاصة من حيث مايترتب عليها من التضييق من نطاق إعمال نظرية الغش نحو القانون .

فالشروط اللازم توافرها للقول بأننا بصدد تحول غير مشروع فى ضابط الإسناد هى التغيير الإرادى فى عنصر الواقع من ضابط الإسناد ، والشرط الثانى هو نية التحايل أو الغش .

الشرط الأول ــ التغيير الإرادى فى عنصر الواقع من ضابط الإسناد :

١٩ ــ لما كان القانون الواجب التطبيق يتحدد فى مجال تنازع القوانين عن طريق ضابط الإسناد ، فإن محاولة الإفلات من أحكام هذا القانون تنصب دائماً على التلاعب فى هذا الضابط بالتغيير فيه تغييراً من شأنه الانحراف به ليشير إلى قانون آخر غير القانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة القانونية .

وإذا أراد الأفراد الإفلات من الخضوع للقانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة القانونية فلا يتصور أن يغيروا ضابط الإسناد ذاته . فقد درج الفقه على القول بأن الشرط الأول من شروط الدفع بالغش نحو القانون هو التغيير الإرادى فى ضابط الإسناد . ولكن الواقع أن ضابط الإسناد فى

ذاته غير قابل للتغيير أو الاستبدال من جانب الأفراد . فإذا كان ضا
الإسناد هو الجنسية فالقول بإمكان تغيير الأفراد لهذا الضابط يعنى أ
يستطيعون استبداله بضابط الموطن مثلا ، أو استبدال ضابط موقع المنقو
بضابط الإرادة أو استبدال ضابط مكان وقوع الفعل الضار بضابط الجنسي

وعدم استطاعة الأفراد إجراء هذا التغيير لضابط الإسناد تنشأ ع
طبيعة قاعدة الإسناد التى تتضمن أمراً من المشرع الوطنى بتطبيق قانو
معين على مسألة قانونية معينة . فلا يستطيع الأفراد الادعاء بغير ذلك وإلا ما ك
ذلك تغييراً لقاعدة قانونية ، وهو ما لا يتصور من جانب المكلفين به
القاعدة .

وإذا كان الأفراد لا يستطيعون تغيير ضابط الإسناد ، فإنهم لا يملكو
أيضاً كما سبق القول تغيير العنصر القانونى من ضابط الإسناد ، فهذا العنص
يتمثل فى فكرة قانونية يتكفل القانون بتحديد مدلولها . فلا يتصور أ
بنحرف الأفراد بفكرة الجنسية من رابطة سياسية وقانونية بين فرد ودو
إلى القول بأنها رابطة بين فرد وأمة لم تتوافر لها صفة الدولة بعد . فإذا كا
القانون واجب التطبيق هو قانون الجنسية فلا يجوز للفرد الذى ينتمى إ
دولة أجنبية المطالبة بتطبيق قانون دولة عربية لا يتمتع بجنسيتها بزعم أنه ينتمى
بأصله إلى الأمة العربية . ففكرة الجنسية تكفل القانون بتحديدها بأنها رابط
بين فرد ودولة وليس بين فرد وأمة . وهكذا الشأن بالنسبة لباقى ضوابط
الإسناد .

أما ما يستطيع الأفراد تغييره من ضابط الإسناد فهو العنصر الواقعى
كما سبق البيان . على أن ذلك لا يكون بداهة إلا فى ضوابط الإسناد التى
يكون لإرادة الأطراف دور معين فى تحديد عنصر الواقع فيها . ولذلك
يتصور أن يغير الأفراد من عنصر الواقع من ضابط الجنسية أو الموطن
أو موقع المنقول أو محل إبرام التصرف القانونى .

أما ضوابط الإسناد التى لا يكون لإرادة الأطراف دور فى تحديد عنصر الواقع فيها فتخرج عن إطار نظرية الدفع بالغش نحو القانون . ولذلك لا يتصور الغش بصدد قاعدة الإسناد التى تخضع المسائل العقارية لقانون موقع العقار ، لأن عنصر الواقع هنا وهو الموقع الفعلى للعقار غير قابل للتغيير من جانب الأفراد .

على أن مجرد قابلية عنصر الواقع من ضابط الإسناد للتغيير من جانب الأفراد ، لا يعنى أن كل تغيير فى هذا الصدد يعتبر غشاً نحو القانون ، بل قد يكون هذا التغيير مصرحاً به من جانب المشرع . وهذا هو الشأن عندما يكون ضابط الإسناد هو إرادة الأطراف وهو ما يأخذ به المشرع بصدد الالتزامات التعاقدية . فيجوز للأفراد الاتفاق على خضوع العلاقة التعاقدية بينهم لقانون دولة معينة وهذا تغيير فى العنصر الواقعى ولكنه تغيير مصرح به من جانب المشرع . ولذلك يخرج ضابط الارادة من نطاق نظرية الدفع بالغش على خلاف مايذهب إليه الكثير من الفقه فى مصر . وحتى فى الفرض الذى تنقطع فية الصلة تماماً بين العقد وبين القانون المختار ، فإن عدم اعتداد القاضى بهذا الاختيار لا يرجع إلى الغش نحو القانون ، بل إلى تفسير قاعدة الإسناد بأنها تعطى الأفراد حرية الاختيار من بين القوانين التى يتصل بها للعقد ، أى تعطيهم حرية مقيدة . ولذلك فإن القانون الواجب التطبيق يتحدد دائماً على أساس رابطة فعلية بين العقد وبين دولة معينة ، فيكون قانونها هو أنسب القوانين لحكم هذه العلاقة التعاقدية .

وإذا كان عنصر الواقع فى ضابط الإسناد قابلا للتغيير فيجب أن يكون هذا التغير راجعاً إلى إرادة الأطراف . ويترتب على ذلك أن التغيير غير الإرادى فى عنصر الواقع من ضابط الإسناد يخرج من إطار الدفع بالغش نحو القانون . فإذا اكتسب الابن جنسية الأب بالتبعية أو الزوجة جنسيةزوجها بالزواج المختلط ، أو توطن الشخص فى دولة أخرى بسبب إبعاده من الدولة التى كان يتوطن فيها ، أو تم نقل المنقول من بلد إلى آخر بناء على

أوامر حكومية أو لتفادى هلاكه ، أو تم إبرام التصرف فى بلد معين على حكم الظروف المحيطة والمعاصرة للتعاقد ، ففى كل هذه الأ لانكون بصدد غش القانون ولو ترتب على ذلك تغير القانون الو التطبيق ، إذا تنتفى شبهة محاولة الإفلات من قانون معين .

ومن ناحية أخرى يترتب على اشتراط أن يكون التغيير فى عنصر ا من ضابط الإسناد إرادياً ، أنه لا مجال لإعمال الدفع بالغش نحو الق عندما يكون ضابط الإسناد هو محل وقوع الفعل الضار ، ذلك لأنه كان عنصر الواقع هنا قابلا للتغير ، فإنه لا يتغير تغيراً إرادياً . فالا الناشىء عن الفعل الضار يترتب على مجرد وقوع العمل غير المشروع كان ذلك ناشئاً عن إرادة أو عن سهو أو إهمال . فإذا كانت هناك فليست هى محل الاعتبار ،فنحن بصدد واقعة قانونية ترتب الالتزام استقلالا عن أى إرادة ، ولسنا بصدد تصرف قانونى جوهره الإر وعلى ذلك لا نكون بصدد غش نحو القانون إذا تعمد الشخص ارت العمل غير المشروع فى إقليم دولة تعتبره مشروعاً بقصد الإفلات من التعو الذى كان سيلتزم به لو ارتكبه فى دولة أخرى تعتبره غير مشر فلا يقبل القول بأنه كان يجب على الشخص أن يرتكب هذا العمل فى دون الأخرى ، لأنه ما كان يجب عليه ارتكابه أصلا . مثال ذلك أن الخطبة قد يؤدى إلى التعويض إذا ما حدث فى فرنسا ولا يؤدى إلى إذا ماحدث فى ليبيا.ومع ذلك لا نكون بصدد غش نحو القانون الفر إذا ما عرض الموضوع على القضاء الفرنسى ، فلا يقول القاضى الفر إنه كان يجب على الشخص فسخ خطبته فى فرنسا ليلزم بالتعويض .

بقى أن نشير إلى أن مقتضى الشرط الأول من شروط الدفع با نحو القانون هو أن نكون بصدد تغيير فى عنصر الواقع من ضابط الإ وليس فى أى عنصر خارج عن ضابط الإسناد . فإذا انصب التغيير واقعة ليست بذاتها ضابطاً للإسناد أو عنصراً من عناصره فلا نكون بص

غش نحو القانون ولو ترتب على ذلك تغيير القانون الواجب التطبيق عن طريق التحايل . وأظهر مثال على ذلك هو تغيير الديانة . ذلك أن الديانة ليست ضابطاً للإسناد فى القانون الليبى . ومع ذلك قد يغير الشخص من ديانته بغرض التغيير من القانون الواجب التطبيق من خلال فكرة النظام العام الوطنى . مثال ذلك أن تغير أجنبية ديانتها إلى الإسلام ، مما يؤدى إلى تطبيق القاضى الليبى للقانون الليبى بدلا من القانون الشخصى لهذه الأجنبية أو لزوجها أو ورثتها لمخالفته للنظام العام فى ليبيا بصدد مسائل الميراث والزواج المتعلقة بالمسلمين ، وترتب على ذلك حرمان المورثة غير المسلمة لهذه الأجنبية من الميراث ، أو انحلال زواج هذه الأجنبية بمسلمة من زوجها غير المسلم . فرغم أن القانون الواجب التطبيق قد تغير هنا إلى قانون القاضى بعمل إرادى مشوب بالغش من جانب الشخص ، إلا أن هذا التغيير لم ينصب على ضابط للإسناد أو العنصر الواقعى فيه بل عن طريق الإفادةمن فكرة النظام العام الوطنى .

كذلك إذا نتج تغيير القانون الواجب التطبيق عن طريق اللجوء إلى قضاء دولة معينة بدلا من قضاء دولة أخرى للإفادة من حكم قواعد الإسناد التى يطبقها القاضى . فإننا لا نكون بصدى غش نحو القانون ، إذ لم يقع التغيير فى العنصر الواقعى من ضابط الإسناد . فإذا رفع النزاع إلى محكمة دولة معينة للإفادة من التكييف المستقر فى قانون القاضى لمسألة قانونية معينة مما يترتب عليه تغيير القانون الذى يطبق على الواقعة عن القانون الذى كان سيطبق عليها فيما لو عرض هذا النزاع على محكمة دولة أخرى ، فإننا نكون بصدد تغيير فى الاختصاص القضائى ولسنا بصدد تغيير فى ضابط الإسناد ، مما يخرج عن فكرة الغش نحو القانون . وعلى ذلك إذا عقد يونانيان زواجهما فى ليبيا دون اتباع الطقوس الدينية المشروطة فى القانون اليونانى ، فإن مطالبة الزوجة أمام القضاء الليبى ببطلان الزواج مصيرها الرفض لأن القاضى الليبى سيكيف هذه الطقوس الدينية بأنها مسألة شكل وبالتالى يعتبر الزواج صحيحاً فى نظر القانون الليبى الذى لا يشترط هذه الطقوس فى شكل الزواج . فإذا

لجأت الزوجة إلى المحاكم اليونانية فإنها ستكيف هذه الطقوس بأنها من الشروط الموضوعية للزواج فيسرى عليها القانون اليونانى وهو قانون جنسية الزوجين دون قانون محل الإبرام لأن المسألة ليست مسألة شكل فى القانون اليونانى وبالتالى يقضى للزوجة ببطلان عقد الزواج . فى هذه الحالة لا يجوز الدفع بالغش نحو القانون أمام المحاكم اليونانية لأن تغيير القانون الواجب التطبيق من القانون اليونانى إلى القانون الليبى لم يكن نتيجة التغير من عنصر واقعى من ضابط الإسناد ، بل نتيجة لعرض الأمر على محكمة أخرى . ومن ناحية أخرى فإن الانتقال من القانون الواجب التطبيق إلى قانون آخر يجب أن يكون من وجهة نظر قاعدة الإسناد فى قانون القاضى . ولم يكن القانون الليبى واجب التطبيق فى قاعدة الإسناد اليونانية لأن تكييف المسألة هناك جعل القانون الواجب التطبيق أصلا هو القانون اليونانى . وإضافة إلى ذلك فإن التحايل على الاختصاص القضائى يكون جزاؤه الحكم بعدم الاختصاص وليس استبعاد القانون الذى توصل إليه الخصوم أو أحدهم عن طريق التحايل على الاختصاص القضائى . وهذا الحكم بعدم الاختصاص يجد أساسه فى عدم الإثقال على القضاء الوطنى بمنازعات لا صلة لها بدولة القاضى .

ويلاحظ فى النهاية أنه إذا ما تعددت ضوابط الإسناد فى قاعدة الإسناد الوطنية ، فتلاقى الأطراف بعض هذه الضوابط إلى ضابط منها يؤدى إلى تطبيق قانون فى مصلحتهم ، فلا يكون ذلك غشاً منهم نحو القانون ، إذ القانون الذى توصل إليه الأطراف هو قانون واجب التطبيق بدوره . وعلى ذلك إذا كان شكل التصرف يخضع فى كل من القانون المصرى والليبى لقانون الجنسية المشتركة أو قانون الموطن المشترك أو قانون محل الإبرام أو القانون الذى يسرى على موضوع التصرف ، وأبرم الأطراف تصرفهم فى ليبيا لا لغرض إلا للإفلات من التعقيدات والقيود الواردة فى قانون جنسيتهم أو موطنهم فلا يكون فى ذلك غش نحو القانون لأن القانون الليبى واجب التطبيق بدوره باعتباره قانون محل الإبرام . وإذا اختار الأطراف

فإن نقل المنقول هو فى ذاته عمل مشروع تترتب عليه آثار قانونية . فإذا هلك المنقول بفعل غير مشروع فى موقعه الجديد سرى عليه قانون الموقع الجديد وليس قانون الموقع الأصلى .

ويراعى أن الدفع بالغش نحو القانون يمكن إبداؤه من جميع أطراف الخصومة حتى من كان منهم ضالعاً فى الغش ، أو ممن صدر منه الغش ، ولو كان فى ذلك فائدة لمن يدفع بالغش وكان مشتركاً فيه . وأساس ذلك أن الهدف الأول من تقرير الدفع بالغش نحو القانون هو منع أى تحايل على قاعدة الإسناد ، إذ الغش يفسد كل شىء وبالتالى لا تسرى هنا قاعدة عدم جواز تأسيس الآثم لدعواه على إثمه .

وأخيراً فإن القاضى يجوز له أن يقضى من تلقاء نفسه بإعمال الدفع بالغش نحو القانون ولو لم يدفع أحد الخصوم بهذا الدفع . وأساس ذلك أن القاضى يلتزم بإجراء التطبيق السليم لقاعدة الإسناد الوطنية من تلقاء نفسه . فضلا عن أن اشتراط الدفع بالغش من جانب أحد الخصوم يؤدى إلى إفلات الخصوم بغشهم فى حالة التواطؤ أو تلاقى مصلحتهم على التحايل على أحكام القانون الواجب التطبيق .

المبحث الثالث

تحديد المدلول القانونى لضابط الإسناد

٢٢ – من شأن ذلك الذى انتهينا إليه من أن ضابط الإسناد يتحلل إلى عنصر قانونى وعنصر واقعى – فضلا عن التحديد الذى يقدمه لنظرية الغش نحو القانون – أن يقدم أيضاً حلا لبعض المشاكل التى تثور حول تحديد المدلول القانونى لضابط الإسناد .

ولعل أهم المشاكل التى تثور فى هذا الصدد هى تحديد القانون الذى نرجع إليه فى تحديد مدلول العنصر القانونى من ضابط الإسناد ، هل هو قانون القاضى أم القانون الأجنبى المختص .

والمشكلة الثانية فى هذا الصدد هى مدى حق المحكمة العليا فى الرقابة على قضاة الموضوع فى إعمالهم لضابط الإسناد .

المطلب الأول

تحديد العنصر القانونى من ضابط الإسناد

٢٣ – سواء كان القاضى بصدد ضابط إسناد تشريعى أو قضائى ، فإن عليه أن يحدد المدلول القانونى لهذا الضابط لينزل حكمه على المسألة القانونية المطروحة أمامه . فإذا كان ضابط الإسناد هو الجنسية أو الموطن مثلا فعلى القاضى أن يحدد ماهو المقصود من الجنسية كفكرة قانونية ثم يطبق هذا التحديد الذى انتهى إليه على العلاقة التى تربط أحد الأطراف

وتذهب آراء أخرى متفرقة فى الفقه الفرنسى والمصرى إلى الرجوع
قانون القاضى أو القانون المختص حسب نوع ضابط الإسناد محل البحث
فبعض ضوابط الإسناد مثل الموطن والإرادة يقصد بها مدلولها المعر
فى قانون القاضى وبعضها الآخر مثل الجنسية لا يتصور أن يركن فيه
لتعريف القانون الواجب التطبيق .

ونعتقد من جانبنا أن القاعدة العامة الواجب اتباعها فى هذا الشأن
الاحتكام إلى القانون الواجب التطبيق لتحديد مدلول العنصر القانونى
ضابط الإسناد .

وأساس ذلك أن المشرع الوطنى لم يلجأ إلى ضابط الإسناد إلا
يعبر عن رابطة حقيقية بين المسألة القانونية وبين دولة معينة ، فو
الرجوع إلى قانون هذه الدولة تستلهمه ما إذا كانت هذه المسألة تتصل
حقاً بهذا المعيار الذى أخذنا به وهو ضابط الإسناد .

مثال ذلك أنه إذا أخذ المشرع الوطنى بضابط الجنسية لإسناد أ
الشخص إلى قانون الدولة التى ينتمى إليها بجنسيته ، فإنه يكون قد قدر
وجهة نظر السياسة التشريعية الوطنية أن قانون الدولة التى ينتمى إليها الشخ
فعلا هو الذى يطبق على أهليته . فيكون أمام القاضى الوطنى مهمة تح
المعنى القانونى لانتماء الشخص بجنسيته إلى دولة ما ، ثم معرفة أى الدول
التى يتمتع الشخص بجنسيتها بناء على هذا المدلول القانونى . فيجب على القا
للوصول إلى ذلك أن يرجع إلى قانون الدولة التى يدعى الشخص أنه ينـ
إليها لمعرفة المدلول القانونى لفكرة الجنسية فيها ، ثم يطبق هذا المدلول
حالة الشخص للقول بأنه يتمتع بجنسية هذه الدولة أم لا يتمتع بها . فإذا
قانون هذه الدولة يقيم الجنسية على رابطة سياسية أو قانونية أو بهما مع
وجب على القاضى الاعتداد بهذا المفهوم ، فلا يعتبر الشخص متمتعاً بجن
هذه الدولة إلا باستيفائه أركان الجنسية فى قانونها . والقول بغير ذلك يؤ
إلى نسبة الشخص إلى دولة معينة هو لا ينتمى إليها من وجهة نظر قانو

الوطنى المتعلق بالجنسية . وعلى ذلك لا يمكن القول بأن أفكار قانون الجنس
الليبى تصلح لأن تحدد معنى رابطة الجنسية فى كل دول العالم . فإذا كا
هذا القانون يقيم رابطة الجنسية على الانتماء لأصل الشعب مع الاستدلال ع
ذلك بعناصر متعددة مثل الانتماء إلى الأمة العربية والميلاد فى الإقليم أو لأ
وطنى أو بالميلاد المضاف ، فلا يقبل القول أن من ينتمى إلى الأمة الألما
يصبح ألمانيا لمجرد مولده فى ألمانيا إذا كان قانون الجنسية الألمانى لا يقض
بذلك . فالجنسية رابطة بين دولة وفرد ، فيجب استشارة قانون هذه الدو
فى المعنى القانونى لهذه الرابطة لتحديد جنسية الشخص الذى يجرى البحث
حول أهليته أو أحواله الشخصية .

وليس فى الرجوع إلى القانون المختص لتحديد مدلول العنصر القانونى
من ضابط الإسناد أى مصادرة على المطلوب أو حلقة مفرغة كما يقال
فالقاضى إذ يستشير القانون المختص الذى لا يتحدد حقاً إلا بالرجوع إلى
ضابط الإسناد فهو لا يبدأ من فراغ . فإذا ادعى الشخص أنه انجليزى
الجنسية لجأ القاضى فى تحديده لفكرة الجنسية إلى القانون الإنجليزى ، ث
ينزل هذا التحديد على حالة هذا الشخص ليعرف ما إذا كان انجليزياً ، فإ
كان حقاً إنجليزياً طبق القاضى القانون الإنجليزى على أهليته .

وقد يتساءل خصوم هذا الرأى وما الذى دعا القاضى إلى الرجوع إلى
القانون الإنجليزى وكيف انعقد الاختصاص لهذا القانون دون غيره . رداً على
ذلك نقول إن اختصاص قانون معين بحكم مسألة قانونية ذات عنصر أجنبى
لا يستمد من ضابط الإسناد ولكن من قاعدة الإسناد الوطنية ذاتها ، وماضابط
الإسناد إلا وسيلة فنية تشير إلى هذا القانون . فاختصاص قانون الجنسية بحكم
أهلية الشخص مصدره قاعدة الإسناد الواردة فى المادة ١١ مدنى التى تقضى
بخضوع الأهلية لقانون الدولة التى ينتمى إليها الشخص بجنسيته . ولذلك نجد
أن التكييف فيما يتعلق بالفكرة المسندة ذاتها يخضع لقانون القاضى وفقاً للمادة
١٠ مدنى ، وذلك لتلافى أى وقوع فى حلقة مفرغة ، لأن هذا التكييف هو

الذى يترتب عليه تحديد القانون الواجب التطبيق حسب ما إذا أدخلنا المسألة المعروضة فى فكرة مسندة أو غيرها . فإذا عهدنا بهذا التكييف إلى القانون المختص وقعنا فعلا فى حلقة مفرغة لأن القانون المختص لا يتحدد إلا بعد إجراء التكييف ، فكيف يتم التكييف وفقاً لقانون لم يتحدد بعد . أما بصدد ضابط الإسناد فالأمر يختلف ، إذ بعد إجراء القاضى لتكييف المسألة المعروضة وفقاً لقانونه الوطنى فإنه يدخلها فى نطاق قاعدة معينة من قواعد الإسناد الوطنية وبالتالى يتحدد القانون المختص ، وعندئذ ترجع إلى هذا القانون الذى أصبح مختصاً لتحديد مدلول العنصر القانونى من ضابط الإسناد.

وما قلناه بصدد ضابط الجنسية ينطبق بشأن ضوابط الإسناد الأخرى. فإذا كان ضابط الإسناد هو الموطن فذلك يعنى ضرورة قيام رابطة بين فرد وبين إقليم دولة ما ، وعندئذ لا يأخذ القاضى الليبى بفكرة الموطن كما هى معروفة فى مواد القانون المدنى ، ففكرة الموطن فى القانون الداخلى قصد منها تلبية احتياجات القانون الداخلى من حيث تحديد مقر قانونى للشخص فى مكان معين من إقليم الدولة يمكن مخاطبته فيه قانوناً . ولكن يجب على القاضى أن يلجأ إلى قانون الدولة التى يدعى الشخص أن له موطناً فيها ، ووفقاً لفكرة الموطن فى هذا القانون يقرر القاضى ما إذا كان الشخص متوطناً أو غير متوطن بهذه الدولة .

أما الرجوع إلى فكرة الموطن فى القانون الليبى لمعرفة ما إذا كان الشخص متوطناً فى انجلترا مثلا فإنه قد يؤدى إلى عدم اعتبار الشخص متوطناً بها رغم أن القانون يعترف له هناك بالتوطن القانونى . فالقانون الإنجليزى يأخذ بالتصوير الحكمى لفكرة الموطن أى يقيم الموطن على تصوير حكمى أوصناعى ، فيفترض لكل شخص موطناً ولو لم يكن يقيم فيه بالفعل ولا يسمح بانعدام الموطن أو تعدد الموطن . فمكان ميلاد الشخص مثلا يعد موطنه طوال حياته مالم يغيره بوسيلة قانونية ولو لم يقم فى هذا المكان أو قام فعلا فى مكان آخر أو عدة أمكنة أخرى . أما القانون الليبى فيأخذ بالتصوير الواقعى لفكرة

الموطن فيقيم الموطن على أساس الإقامة الفعلية المستقرة فى مكان معين . فيقوم الموطن فى القانون الليبى بتوافر عنصر مادى هو الإقامة الفعلية فى مكان معين ، والعنصر المعنوى هو نية الاستقرار فى هذا المكان والعودة إليه فى حالة مغادرته بصفة مؤقتة . وعلى ذلك فإن الأخذ بفكرة الموطن فى القانون الليبى لتحديد مدى توطن شخص فى انجلترا قد يترتب عليه اعتباره متوطناً فى دولة لا تعتبره كذلك . أو على العكس ، قد يترتب على ذلك اعتباره غير متوطن فى دولة يعتبره قانونها متوطناً فيها . بل إنه فى هذا الفرض مايؤكد أن الأخذ بالرأى القائل بالرجوع إلى قانون القاضى لتحديد مدلول العنصر القانونى من ضابط الإسناد ما يؤدى إلى إهدار حقوق الفرد وتغير فكرة الموطن لذات الفرد وعن ذات الوقائع من قانون إلى قانون . فإذا عرضت دعوى هذا الفرد أمام القضاء الأمريكى الذى يأخذ بالتصوير الإنجليزى للموطن لاعتبره متوطناً فى انجلترا وأخضعه لقانونها فى المسائل الخاضعة لقانون الموطن (وهى الأحوال الشخصية هناك) ، وإذا عرض هذا النزاع على القاضى الليبى أو المصرى اعتبره غير متوطن فى انجلترا ، بل قد يعتبره غير متوطن فى أى مكان ، أى عديم الموطن ، أو قد يعتبره متعدد الموطن ، وهو مالا يسمح به القانون الإنجليزى .

وكذلك الأمر إذا كان ضابط الإسناد هو الإرادة وهو الشأن فى الالتزامات التعاقدية ، فإن تحديد ما إذا كانت إرادة الأطراف فى اختيار القانون الواجب التطبيق إرادة صحيحة وتقوم على التلاقى والتطابق ، كل ذلك مرجعه إلى القانون المختص أو القانون المختار حتى ولو كان هذا القانون يقضى ببطلان هذه الإرادة فى الاختيار ، ويلاحظ فى هذا الشأن أن فكرة الحلقة المفرغة لا تثور هنا أيضاً لأن القانون المختص لا يستمد سلطانه من إرادة الأفراد فى اختياره ولكن من قاعدة الإسناد الوطنية ذاتها التى عهدت إلى الإرادة بالاختيار . فالاختصاص مستمد من قاعدة الإسناد الوطنية ، وما الإرادة إلا وسيلة للاختيار أو أداة هذا الاختيار .

وإذا كان ضابط الإسناد هو محل إبرام التصرف القانونى فإنه لا يمكن للقاضى الوطنى اعتبار دولة ما مكاناً للانعقاد إلا إذا كان قانون هذه الدولة يعتبر أن التصرف قد انعقد فيها من الناحية القانونية ، وخاصة فيما يتعلق بتحديد زمان ومكان انعقاد العقد فيما بين الحاضرين أو بين الغائبين .

وإذا كان ضابط الإسناد هو موقع العقار فلا صعوبة فى الأمر ، لأن موقع العقار لا يختلف كثيراً من قانون إلى آخر . ولكن إذا كان تحديد موقع العقار يتطلب تحديداً قانونياً كما لو نص قانون دولة معينة على أن موقع العقار المتوزع بين أكثر من إقليم هو إقليم الدولة التى يقع فيها الجزء الأكبر من العقار ، فيجب الرجوع إلى قانون الدولة التى ننسب موقع العقار إلى إقليمها .

وإذا كان ضابط الإسناد هو موقع المنقول فيجب أن يرجع إلى قانون البلد الذى يوجد فيه المنقول لمعرفة فكرته القانونية عن محتوى وجود المنقول فى الدولة وخاصة الأشياء غير المادية مثل الحقوق الشخصية كأشياء غير مادية قابلة للتداول أو الحقوق الذهنية أو الأدبية .

وإذا كان ضابط الإسناد هو محل وقوع الفعل المنشىء للالتزام غير التعاقدى وهو الشأن بالنسبة للمسئولية التقصيرية أو الإثراء بلا سبب : فيجب أن يرجع القاضى إلى قانون البلد الذى وقع فيه الفعل المنشىء للالتزام لمعرفة الفكرة القانونية فى هذا القانون حول معنى وقوع الفعل ، هل هو مجرد وقوع الخطأ أو أن ذلك يشمل اكتمال عناصر المسئولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية ، وهل هو مجرد وقوع الافتقار أو الإثراء أو وقوعهما معاً فى نفس البلد .

وأخيراً إذا وجد القاضى أن العنصر الواقعى من ضابط الإسناد يتوافر فيه المدلول القانونى لعنصر القانون من ضابط الإسناد فى أكثر من قانون ، كما لو توافرت لشخص صفة التوطن وفقاً لقانون أكثر من دولة أو توزعت

عناصر الفعل الضار بين أكثر من دولة واعتبر قانون كل دولة منها الفعل قد وقع فى إقليمها ، ففى هذه الحالة يعتبر كل من قانون الدولتين قانوناً واجب التطبيق إعمالا لضابط إسناد واحد ، ويرجع إلى القاضى المفاضلة بين هذين القانونين أو تطبيقهما تطبيقاً جامعاً وفقاً للجهود الفقهية التفصيلية فى هذا الشأن فى إطار القانون الدولى الخاص . على أن الفقه عادة مايرجح كفة القانون الوطنى للقاضى عندما تجتمع له صفة الاختصاص مع قانون آخر إعمالا لضابط إسناد واحد .

مخالفة العنصر القانونى من ضابط الإسناد للنظام العام :

٢٤ — قد يتبين للقاضى وهو بصدد تحديد مدلول العنصر القانونى من ضابط الإسناد من واقع أفكار القانون المختص ، أن هذا المدلول يخالف أسس النظام العام فى قانون القاضى أى فى القانون الوطنى .

مثال ذلك أن يتبين للقاضى أن الشخص يتمتع فى الواقع بالجنسية الإسرائيلية فى الوقت الذى لا تعترف فيه ليبيا بالكيان الإسرائيلى ، أويتبين أن الشخص يحمل جنسية دولة مستعمرة فرضت جنسيتها على سكان إقليم محتل ، أو أن أفكار قانون الجنسية فى دولة ماتقوم على أساس عنصرى أو أساس دينى أو لادينى ، أو أن الشخص توطن فى دولة ما بطريق غير مشروع كأن يكون ليبيا متوطناً فى دولة معادية أو غير معترف بها من ليبيا ، أو أن قانون دولة مايعترف بنفسه بصفة قانون العلم بالنسبة إلى السفن المتهربة من أحكام القانون البحرى الليبى .

فى مثل هذه الأحوال تكون الفكرة القانونية لعنصر القانون من ضابط الإسناد مخالفة للنظام العام الوطنى فى ليبيا . فهل يجوز للقاضى الليبى فى هذه الحالة أن ينبذ هذا الضابط ؟ وماهو الحل عندئذ هل يحل محله ضابط إسناد آخر أو قانون القاضى ؟ .

يجب فى البداية أن نشير إلى أن استبعاد تطبيق القانون الأجنبى المخالف للنظام العام فى ليبيا وفقاً للمادة ٢٨ مدنى لا ينطبق فى هذه الحالة ، لأن هذ المادة قاصرة على مخالفة الأحكام الوضعية للقانون الواجب التطبيق للنظا العام الوطنى ، بينما نحن نواجه الفرض الذى يكون فيه العنصر القانونى م ضابط الإسناد مخالفاً للنظام العام الوطنى ، فى حين أن الأحكام الموضوعي لهذا القانون المختص لا تخالف النظام العام الوطنى . مثال ذلك أن يتمت شخص بجنسية دولة تقوم فيها رابطة الجنسية على أساس عنصرى يمايز بي الأشخاص على أساس اللون أو يحرم المسلمين من التمتع بجنسية هذه الدولة بينما تكون الأحكام الموضوعية فى قانون هذه الدولة غير متعارضة مع فكر النظام العام فى ليبيا .

نعتقد أن الحل الواجب اتباعه فى هذه الحالة هو استبعاد الفكرة القانو لعنصر القانون من ضابط الإسناد التى تكون متعارضة مع النظام العـ الوطنى . فلا يجوز للقاضى أن يقيم رابطة الجنسية على أساس عنصر أو دينى مثلا ، وعندئذ لا يكون أمام القاضى حتى لا ينكل عن القضاء إ أن يعمل الفكرة القانونية السائدة فى قانونه على عنصر القانون من ضابـ الإسناد .

فإذا تبين أن الشخص يعتبر متمتعاً بجنسية دولة معينة وفقاً للفكر القائمة فى قانونها من إسباغ جنسيتها على أراضى احتلتها غصباً بالمخالفة لأحك القانون الدولى العام ، فعلى القاضى أن يعمل الفكرة القانونية السائدة القانون الليبى من أن الجنسية رابطة سياسية وقانونية بين فرد ودولة ، فيـ هذا الشخص إلى جنسية الدولة التى ينتمى إليها أصلا من الناحية الدولية وهـ الدولة صاحبة السيادة الشرعية على الإقليم المغتصب ويطبق عليه قانون هـ الدولة فى صدد الأحوال الشخصية .

وإذا وجد القاضى أن قانون دولة ما يسمح للسفن المتهربة من القانو

الليبى البحرى بأن تسجل فى قوانينها ، فللقاضى أن يعتبر أن فكرة قانون العلم السائدة فى هذا القانون تخالف النظام العام الوطنى ، فيعمل أحكام فكرة العلم فى القانون الليبى التى تؤدى إلى اعتبار القانون الليبى هو قانون العلم وبالتالى فهو القانون الواجب التطبيق على المسائل التى تدخل فى اختصاص هذا القانون .

وإذا كان القانون المختص هو قانون الموطن وكان الشخص متوطناً فى ليبيا بأن كان مقيماً فيها إقامة معتادة وبنية الاستقرار فيها والعودة إليها عند مغادرتها بصفة مؤقتة ، وكان هذا الشخص قد دخل البلاد بصفة غير مشروعة أو صدر قرار بإبعاده من البلاد ، فى هذه الحالة للقاضى الليبى أن يعتبر الشخص غير متوطن فى ليبيا وإلا خالف قاعدة أخرى من قواعد النظام العام فى القانون الوطنى وعليه أن ينسب توطنه إلى دولة أخرى يسمح قانونها بذلك أو يعتبره عديم الموطن .

المطلب الثانى

رقابة المحكمة العليا على عناصر ضابط الإسناد

٢٥ ــ المعروف أن المحكمة العليا بصفتها محكمة نقض تعد محكمة قانون ، أى تقتصر رقابتها على المسائل القانونية دون مسائل الواقع أو المسائل الموضوعية التى يستقل بها قاضى الموضوع .

ومن شأن ذلك الذى نقول به من أن ضابط الإسناد يتحلل إلى عنصر قانونى وعنصر واقعى أن يساعد على تعيين حدود رقابة المحكمة العليا على قاضى الموضوع فى إعماله لضوابط الإسناد المنصوص عليها فى قواعد الإسناد الوطنية أو ضوابط الإسناد القضائية .

فالنتيجة المنطقية لهذا التحليل هى القول بأن المحكمة العليا تقتصر على رق
كل ما يتعلق بعنصر القانون من ضابط الإسناد ، بينما يستقل قاضى الموضو
باستخلاص عنصر الواقع من ضابط الإسناد بغير رقابة عليه من المحك
العليا فى ذلك .

ومع ذلك فإن رقابة المحكمة العليا تشمل أيضاً اختبار القاضى لضابـ
إسناد معين والأسس التى استند إليها فى هذا الاختيار . .

ويمكن القول إذن إن رقابة المحكمة العليا بصدد ضوابط الإسناد تشم
المسائل الآتية :

أولا : التزام القاضى بالترتيب القانونى لضوابط الإسناد المتعددة والوار
فى قاعدة الإسناد . فإذا لجأ القاضى لضابط الموطن المشترك أو محل إبر
العقد بصدد الالتزامات التعاقدية مع وجود إرادة صريحة أو ضمن
للأطراف تشير إلى اختيار القانون الواجب التطبيق كان حكمة معيباً جائز
إلغاؤه بالنقض .

ثانياً : التزام القاضى بإعمال ضابط الإسناد الذى يؤدى إلى الصحة دو
تلك التى تؤدى إلى الإبطال عند تعدد ضوابط الإسناد على سبيل التخيي
فى قاعدة الإسناد الواحدة . وعلى ذلك إذا قضى القاضى بإبطال التصرف م
ناحية الشكل وفقاً لأحكام قانون محل إبرام التصرف مابين الأحياء ، فى
حين أن هذا التصرف كان صحيحاً من حيث الشكل وفقاً لقانون الموطن
المشترك أو قانون الجنسية المشتركة للأطراف أو للقانون المطبق على موضو
العقد ، كان حكمه معيباً جائزاً نقضه .

ثالثاً : التزام القاضى بعدم ترك ضوابط الإسناد التشريعية إلى ضوابـ
الإسناد القضائية . فإذا لجأ القاضى إلى ضابط إسناد قضائى مع وجود قاعد
إسناد تشريعية تتضمن ضابط إسناد تشريعى ، فإن حكمه يكون معيـ
مستوجباً للنقض .

رابعاً : التزام القاضى باستخلاص مدلول العنصر القانونى من ضابط الإسناد استخلاصاً سليماً من القانون المختص . فإذا انتهى القاضى إلى أن القانون الإنجليزى يأخذ بالتصوير الواقعى للموطن واعتبر الشخص متوطناً انجلترا لإقامته فيها إقامة معتادة ، وكان الواقع أن القانون الإنجليزى يأخذ بالتصوير الحكمى للمواقع فإن حكمه يكون قابلا للنقض .

خامساً : التزام القاضى بالرجوع إلى القانون المختص وليس إلى القانون الوطنى فى صدد تحديد مدلول العنصر القانونى من ضابط الإسناد . فإذا ماأجرى القاضى الليبى أفكار القانون الوطنى لتحديد فكرة الجنسية أو الموطن فأدى ذلك إلى اعتبار الشخص متجنساً بجنسية دولة لا يعتبره قانونها كذلك أو متوطناً فى دولة لا يعتبره قانونها متوطناً بها ، فيكون مثل هذا الحكم قابلا للنقض لمخالفته للقانون .

سادساً : التزام القاضى باستبعاد الأفكار القانونية للقانون المختص فيما يتعلق بتحديد مدلول عنصر القانون من ضابط الإسناد عند مخالفتها للنظام العام الوطنى . فلا يجوز للقاضى الليبى أن يعتد بجنسية قائمة على أساس التمييز العنصرى أو الدينى وإلا تعرض حكمه للنقض .

سابعاً : اعتبار واقعة أو عملاً معيناً ضابطاً للإسناد بالمخالفة للقانون أو لمبادىء القانون الدولى الخاص مثل الديانة . فيجوز لمحكمة النقض أن تنقض الحكم الذى يؤسس إسناده لمسألة قانونية على أساس الاختلاف فى الدين وهو ليس ضابط إسناد .

وإذا كانت القاعدة أن عنصر الواقع من ضابط الإسناد تعد من متعلقات قاضى الموضوع التى تفلت من رقابة المحكمة العليا ، فيجب أن نفرق بين مسألتين :

مسألة استخلاص الوقائع التى يبنى عليها القاضى القول بأن ضابط

الإسناد يشير إلى تطبيق قانون معين ، وهذه تعد مسألة موضوع يستقل بها قاضى الموضوع ، ومسألة التحول غير المشروع لعنصر الواقع من ضابط الإسناد ، وهذه تعد مسألة قانونية تخضع لرقابة المحكمة العليا فيما يتعلق بوصف هذا التحول بعدم المشروعية .

وعلى ذلك يعتبر مسألة موضوعية يستقل بها قاضى الموضوع كل الوقائع التى تؤدى إلى انطباق عنصر القانون من ضابط الإسناد ، مثال ذلك أنه إذا كان ضابط الإسناد هو الجنسية وكان العنصر القانونى يتحدد وفقاً للقانون المختص بالميلاد لأب وطنى أو على إقليم الدولة أو على الإقامة بالدولة فإن إثبات الميلاد أو الإقامة تعد مسائل واقع للقاضى أن يكون عقيدته فيها دون رقابة من المحكمة العليا . كذلك تعد مسألة وقائع الإقامة المعتادة لإثبات التوطن ، وتركيز الوقائع المادية المكونة لركن الخطأ فى المسئولية التقصيرية فى إقليم دولة معينة . كذلك تعتبر مسألة وقائع استخلاص مكان وزمان علم الموجب بالقبول ، للوصول إلى تحديد زمان ومكان تلاقى الإرادتين على اختيار القانون الواجب التطبيق وبغرض إنزال حكم هذا القانون عليها فيما إذا كان هناك اتفاق صحيح على اختيار هذا القانون .

أما مسألة وصف تحول عنصر الواقع من ضابط الإسناد بأنه تحول غير مشروع فإنها تعد مسألة قانون مما يخضع لرقابة المحكمة العليا . وعلى ذلك فإذا استخلص القاضى من أوراق الدعوى أن أحد الخصوم قد غير جنسيته أو موطنه أو موقع المنقول بما يؤدى إلى تطبيق قانون معين ، ثم وصف هذا التحول فى هذا الواقع بأنه تحول غير مشروع مما يعد غشاً نحو القانون وبالتالى لم يعتد بهذا التحول . ففى هذه الحالة يمكن للمحكمة العليا أن تراقب الوصف القانونى لتحول عنصر الواقع من ضابط الإسناد بأنه تحول غير مشروع . فيلاحظ فى هذا الشأن أن استخلاص الوقائع التى يستدل منها قاضى الموضوع على نية الغش أو التحول غير المشروع تعد مسألة موضوع ، أما إطلاق الوصف عليها بأنها غش نحو القانون فذلك مايخضع لرقابة المحكمة

العليا . وعلى ذلك فالقول بأن المدعى غير من جنسيته فى غفلة من زوج
إلى جنسية دولة معينة على وجه التحديد لتطبيق الشريعة الإسلامية ع
الأحوال الشخصية ، واستمراره فى ممارسة جنسيته السابقة رغم ذلك ، ك
هذا يعد من مسائل الموضوع ، أما وصف هذه المسائل بأنه تدل على
الغش أو التحول غير المشروع لعنصر الواقع من ضابط الإسناد فذلك يع
من مسائل القانون التى تخضع لرقابة المحكمة العليا . فقد تذهب محكمة النقض
إلى أن كل هذه الوقائع البعيدة عن رقابتها لا تعد غشاً نحو القانون بالمعنى
القانونى للغش فى القانون الدولى الخاص .

حجيّة القرار بعدم وجود وجه لإقامة الدعوى الجنائيّة

للدكتور إدوار غالى الدهبى
المستشـــار الجمهورى بمصر
والأستاذ المنتدب بجامعة عين شمس
وسابقاً بجامعتى القاهرة وقاريونس

تمهيد :

تنص المادة ١٨٢ من قانون الإجراءات الجنائية الليبى على أنه : « رأت النيابة العامة بعد التحقيق أنه لا وجه لإقامة الدعوى تصدر أ بعدم وجود وجه لإقامة الدعوى الجنائية وتأمر بالإفراج عن المتهم ما لم يك محبوساً لسبب آخر . ويكون صدور الأمر بعدم وجود وجه لإقامة الدعو الجنائية فى مواد الجنايات من رئيس النيابة العامة أو من يقوم مقامه » وتنص المادة ١٨٦ من نفس القانون على أن : « الأمر الصادر من النيا العامة بأن لا وجه لإقامة الدعوى وفقاً للمادة ١٨٢ لا يمنع من العودة التحقيق إذا ظهرت أدلة جديدة طبقاً للمادة ١٧١ » .

وتنص المادة ٢٠٩ من قانون الإجراءات الجنائية المصرى المعد بالقانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٦٢ على أنه : « إذا رأت النيابة العامة بعدالتحقي أنه لا وجه لإقامة الدعوى تصدر أمراً بذلك وتأمر بالإفراج عن المت المحبوس مالم يكن محبوساً لسبب آخر . ولا يكون صدور الأمر بأن لا و لإقامة الدعوى فى الجنايات إلا من رئيس النيابة العامة أو من يقوم مقامه ويجب أن يشتمل الأمر على الأسباب التى بنى عليها . ويعلن الأمر للمدع بالحقوق المدنية ، وإذا كان قد توفى يكون الإعلان لورثته جملة فى مح إقامته » . وتنص المادة ٢١٣ من نفس القانون على أن : « الأمر الصاد من النيابة العامة بأن لا وجه لإقامة الدعوى وفقاً للمادة ٢٠٩ لا يمنع م العودة إلى التحقيق إذا ظهرت أدلة جديدة طبقاً للمادة ١٩٧ » .

ومن هذه النصوص يمكن تعريف الأمر بعدم وجود وجه لإقام الدعوى الجنائية بأنه الأمر الصادر من سلطة التحقيق ، بعد تحقيق ، متضم عدم السير فى الدعوى الجنائية ، ولو وصف خطأ بأنه أمر حفظ ، أو كان

عن شكوى أمرت النيابة بقيدها فى دفتر الشكاوى وحفظها[١] ، وسواء أعلن الأمر إلى أصحاب الشأن أو لم يعلن[٢] .

والعبرة فيما يتعلق بالتكييف القانونى للقرار بعدم وجود وجه لإقامة الدعوى الجنائية هى بحقيقة الواقع لا بما تذكره سلطة التحقيق عنه. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن الأمر وقد صدر من النيابة العامة بعد تحقيق أجرته بنفسها يعد — أياً ما كان سببه — أمراً بعدم وجود وجه لإقامة الدعوى صدر منها بوصف كونها سلطة تحقيق وإن جاء فى صيغة الأمر بالحفظ الإدارى ، وهو أمر له حجيته التى تمنع من العودة إلى الدعوى العمومية ما دام قائماً ولم يلغ قانوناً[٣] .

ومجرد إحالة الأوراق من النيابة العامة إلى أحد رجال الضبط القضائى لايعد انتداباً له لإجراء التحقيق ، إذ أنه يجب لاعتباره كذلك أن ينصب الندب على عمل معين أو أكثر من أعمال التحقيق — فيما عدا إستجواب المتهم — لا على تحقيق قضية برمتها . ومن ثم كان المحضر الذى يحرره مأمور الضبط القضائى بناء على هذه الإحالة هو مجرد محضر جمع استدلالات لامحضر تحقيق ؛ فإذا ما قررت النيابة حفظه جاز لها رفع الدعوى الجنائية دون صدور أمر من النائب العام بإلغاء هذا القرار ، إذ أن أمر الحفظ المانع من العود إلى إقامة الدعوى الجنائية إنما هو الأمر الذى يسبقه تحقيق تجريه النيابة بنفسها أو يقوم به أحد رجال الضبط القضائى بناء على انتداب منها فى الحدود المشار إليها[٤].

---

(١) انظر نقض مصرى : ١٣ أبريل سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض س ٥ رقم ١٧٧ ص ٥٢٥ ، ١٠ يناير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض س ٦ رقم ١٢٣ ص ٣٧٥

(٢) نقض مصرى ١٠ أبريل سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض س ٧ رقم ١٥٦ ص ٥٣٥

(٣) نقض مصرى ٢٩ مايو سنة ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض س ١٨ رقم ١٤٠ ص ٧١٢ ، ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٧٣ س ٢٤ رقم ٢٢٢ ص ٨٥٧

(٤) نقض مصرى ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض س ١٦ رقم ١٧٠ ص ٨٨٥ انظر أيضاً : نقض ٢٠ يناير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض س ١٥ رقم ١٥ ص ٧١ ، ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٦٣ س ١٤ رقم ١٧٨ ص ٩٧٢ ؛ ٣ ديسمبر سنة ١٩٦٢ س ١٣ رقم ١٩٧ ص ٨١٥

ومتى كان الواقع فى الدعوى هو أن وكيل النيابة أمر بقيد الأوراق بدفتر الشكاوى الإدارية وكلف أومباشياً من القسم لم يعينه بسؤال شاهد عن معلوماته ، فقام أومباشى بتنفيذ هذه الإشارة ، وبعد الاطلاع عليها أمر وكيل النيابة بحفظ الشكوى إدارياً ، فإن هذا الأمر لا يكون ملزماً لها بل لها حق الرجوع فيه بلا قيد أو شرط ، إذ أن النيابة لم تقم بأى تحقيق فى الشكوى بل حفظتها ، كما أن انتدابها لأومباشى لاستيفاء بعض نقط التحقيق لا يعتبر انتداباً لأحد رجال الضبطية القضائية لأن الأومباشى ليس منهم(١) .

وإذا كان الثابت أن وكيل النيابة وإن كان قد ندب ضابط البوليس لتحقيق البلاغ المقدم من المجنى عليه ضد الطاعن إلا أن المجنى عليه امتنع عن إبداء أقواله أمامه فأعاد الضابط الشكوى دون تحقيق ، فأمر وكيل النيابة بحفظ الشكوى إدارياً ، فإن هذا الأمر الذى لم يسبقه تحقيق إطلاقاً لا يكون ملزماً لها ، بل لها حق الرجوع فيه بلا قيد ولا شرط بالنظر إلى طبيعته الإدارية(٢) .

ويشترط فى الأمر أن يكون صريحاً ومدوناً بالكتابة ، إلا أنه قد يستفاد استنتاجاً من تصرف أو إجراء آخر إذا كان هذا التصرف أو الإجراء يترتب عليه حتماً — وبطريق اللزوم العقلى — ذلك الأمر . فإذا كانت النيابة العامة قد أمرت فى بادىء الأمر بقيد الواقعة جنحة ضد قبطان الباخرة ثم أمر المحامى العام بعد استيفاء التحقيق بقيدها جنحة ضد آخر وحده ، فإن هذا التصرف ينطوى حتماً وبطريق اللزوم العقلى على الأمر بأن لاوجه لإقامة الدعوى الجنائية على قبطان الباخرة(٣) .

ولكن إذا كانت النيابة لم تصدر أمراً كتابياً صريحاً بحفظ الدعوى العمومية بالنسبة لمتهم ، وكان ماصدر منها هو اتهامها غيره بارتكاب الجريمة ،

(١) نقض مصرى ٦ فبراير سنة ١٩٥١ المجموعة الرسمية س ٥٢ رقم ٨٢ ص ١٣٠
(٢) نقض مصرى ١٥ مارس سنة ١٩٥٦ المجموعة الرسمية س ٥٦ رقم ٥٥ ص ١٢٥
(٣) نقض مصرى ٣ فبراير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض س ١٥ رقم ٢٠ ص٩٧

فإن ذلك ليس فيه مايفيد وجه على القطع اللزوم الحفظ المقصود من القانون(١) .

وقد يستفاد الأمر بعدم وجود وجه لإقامة الدعوى بطريق اللزوم العقلى من قيام النيابة العامة برفع الدعوى العمومية عن جريمة أخرى ، وفى هذا الصدد تقول محكمة النقض المصرية إن حفظ النيابة للبلاغ قد يستفاد ضمناً من تصرفها فى الدعوى دون حاجة إلى إصدار قرار خاص به ، مادام الحفظ ينتج حتماً وبطريق اللزوم العقلى من هذا التصرف ، كالتقرير برفع دعوى البلاغ الكاذب بعد التحقيق ، فإنه يتضمن حتماً حفظ الدعوى ضد المبلغ فى حقه(٢) .

ولا يستفاد الأمر من وجود مذكرة محررة برأى وكيل النيابة المحقق يقترح فيها على رئيس النيابة إصدار الأمر بأن لاوجه اكتفاء بالجزاء الإدارى(٣)

والحديث عن الأمر بعدم وجود وجه لإقامة الدعوى الجنائية متشعب وتحكمه قواعد متعددة ، ولكنا سنقصر الحديث على مسألة واحدة هى المتعلقة بحجية هذا الأمر . وسنتناولها فى فصلين : نتحدث فى الفصل الأول عن حجية الأمر أمام القضاء الجنائى ، وفى الفصل الثانى عن حجيته أمام القضاء المدنى .

---

(١) نقض مصرى ١٥ أبريل سنة ١٩٥٢ المجموعة الرسمية س ٥٣ رقم ١١٣ ص ١٧٨ انظر أيضاً: نقض ١٠ مايو سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض س ٥ رقم ٢٠٤ ص ٦٠٠ ، نقض ٥ أبريل سنة ١٩٧١ مجموعة أحكام النقض س ٢٢ رقم ٨٥ ص ٣٤٥

(٢) نقض مصرى ٧ مارس سنة ١٩٥٥ المجموعة الرسمية س ٥٥ رقم ٧١ ص ١٧٧ ، ١٩ نوفمبر سنة ١٩٧٢ مجموعة أحكام النقض س ٢٣ رقم ٢٧٢ ص ١٢٠٧

(٣) نقض مصرى ٧ يناير سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض س ٨ رقم ٢ ص ٧ — ويجب أن يبنى الأمر على أسباب وإلا كان أمراً بالحفظ (نقض مصرى أول فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض س ٦ رقم ١٦١ ص ٤٨٥) .

جامعة
كلية الق

الفصل الأول

حجية الأمر أمام القضاء الجنائى

حجية الأمر فى مواجهة الكافة :

الأمر الصادر بعدم وجود وجه لإقامة الدعوى الجنائية يمنع من العو
إلى التحقيق إلا إذا ظهرت أدلة جديدة قبل انتهاء المدة المقررة لسقو
الحق فى إقامة الدعوى الجنائية(١) . وإذا رفعت الدعوى خطأ تعين الحك
بعدم قبولها(٢) . والدفع بعدم القبول هو من قبيل الدفع بعدم جواز نظ
الدعوى لسبق الفصل فيها نهائياً(٣) ، أو هو من قبيل الدفع بقوة الشى
المحكوم فيه(٤) .

ويكتسب الأمر هذه الحجية فى مواجهة أطراف الدعوى الجنائية كافة
وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن الشارع دل على أن الأص
أن الأمر بأن لاوجه لإقامة الدعوى له قوة الأمر المقضى بما يمتنع مع
تحريك الدعوى الجنائية من بعد صدوره . وهذا الأصل حكمه عام ينسحب
فيه خطاب الشارع إلى أطراف الدعوى الجنائية كافة فيسرى حظر تحريك
الدعوى المذكورة بعد صدور الأمر المشار إليه على النيابة العامة — ما
تظهر دلائل جديدة — وعلى المدعى بالحقوق المدنية . كما يمتد بالضرورة
ومن باب أولى إلى المجنى عليه الذى لم يدع بحقوق مدنية . وإن كان الشارع
قد اكتفى بالإشارة إلى المدعى بالحقوق المدنية دون المجنى عليه الذى استبعد

---

(١) انظر : محمود محمود مصطفى — شرح قانون الإجراءات الجنائية — الطبعة الحادية عشرة سنة ١٩٧٦ — بند ٢٢٨ ص ٣١٧

(٢) نقض مصرى ٢٨ مارس سنة ١٩٤٦ و ٤ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة القواعدالقانونية ج ٧ رقم ١١٧ و ٣١٥ ص ١١١ و ٣٠٥

(٣) نقض مصرى ٢٣ أبريل سنة ١٩٣١ مجموعة القواعد القانونية ج ٢ رقم ٢٥١ ص ٣٠٢

(٤) نقض مصرى ٩ يناير سنة ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض س ١٨ رقم ٧ ص ٤٦ ، ٤ ديسمبر سنة ١٩٧٣ س ٢٤ رقم ٢٣٥ ص ١١٥٠ ، ٧ أبريل سنة ١٩٧٤ س ٢٥ رقم ٨٠ ص ٣٧١ .

بالتعديل المدخل على قانون الإجراءات الجنائية بالقانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٦٢
فما ذلك إلا على اعتبار أن المجنى عليه متى قعد عن الادعاء بالحقوق المد
أثناء التحقيق فلا تقوم له صفة الخصم فى الدعوى ويمتنع عليه بالتالى ماللمدع
بالحقوق المدنية من حق استئناف الأمر الصادر بأن لا وجه لإقامتها . وم
ثم لا يكون له تحريك الدعوى ابتداء من بعد صدور ذلك الأمر من سلط
التحقيق . والقول بغير ذلك فيه إهدار لقوة الأمر من طرف لم يتخذ لنفس
صفة فى الدعوى ، وهو مالا يتفق مع ماهدف إليه الشارع من إحاطة الأم
بأن لا وجه — متى صار باتاً — بسياج من القوة يكفل له الاحترام ، ويمن
من معاودة طرح النزاع ذاته أمام القضاء(١) .

وهذا الدفع متعلق بالنظام العام ، فيجوز إبداؤه لأول مرة أمام محك
النقض(٢) ، كما يجب على المحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بعدم جواز نظ
الدعوى لسبق صدور أمر بعدم وجود وجه لإقامتها(٣) .

---

(١) نقض ٣٠ يناير سنة ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض س ١٨ رقم ٢١ ص ١١٧
انظر أيضاً : نقض ٢٠ يناير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض س ١٥ رقم ١٥ ص٧١
نقض ٢٧ مايو سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض س ١٤ رقم ٨٧ ص ٤٤٥

(٢) نقض مصرى ١٣ أكتوبر سنة ١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض س ٢٠ رقم ٢٠٨
ص ١٠٥٦

(٣) على زكى العرابى — المبادىء الأساسية للإجراءات الجنائية — ج ١ سنة ١٩٥١
بند ٦٥٥ ص ٣٣٢ ، محمود مصطفى — المرجع السابق — بند ٢٣٨ ص ٣١٧ ، عدلى عبد البا
شرح قانون الإجراءات الجنائية — ج ١ سنة ١٩٥١ ص ٤٤٣ . وتطبيقاً لذلك حكم بأنه ماد
أمر الحفظ قد صدر من النيابة بناء على تحقيقات أمرت بها فإنه لا يجوز مع بقائه قائماً لعدم إلغ
من النائب العام وعدم ظهور أدلة جديدة ، إقامة الدعوى العمومية بالواقعة ذاتها التى صدر فيه
الأمر ، فإذا كان قد صدر أمر حفظ من إحدى النيابات عن واقعة ثم رفعت نيابة أخرى الدعو
على ذات المتهم بذات الواقعة فالحكم الذى يصدر فى الدعوى يكون باطلا حتى ولو كانت النيا
والمحكمة لم يصل إلى علمهما أمر الحفظ ، وحتى ولو كان المتهم لم يتمسك به أمام محكمة الموضو
فإن لأمر الحفظ ما للأحكام من قوة الشىء المقضى به (نقض ١٩ فبراير سنة ١٩٤٠ مجمو
القواعد القانونية ج ٥ رقم ٦٤ ص ١٠٩) — عكس ذلك : نقض ٢٣ مارس سنة ١٩٤٨
المحاماه س ٢٩ رقم ١٥٢ ص ٢٩٨ — إذ جاء به أنه إذا لم يتمسك الطاعن أمام محكمة الموضو
بأن الدعوى العمومية رفعت عليه رغم سبق حفظها بمعرفة النيابة ودون أن تظهر أدلة جديدة فى
فإنه لا يجوز أن يتمسك بذلك لأول مرة أمام محكمة النقض .

شروط الدفع :

١ – يشترط للدفع بحجية الأمر بعدم وجود وجه لإقامة الدعـ وحدة الواقعة ، بمعنى أن تكون الواقعة المطلوب محاكمة المتهم من أجـ هى بعينها الواقعة الصادر فيها الأمر بعدم وجود وجه(١) . أما إذا كا لكل واقعة ذاتية خاصة وظروف خاصة تتحقق بها المغايرة التى يمتنع القول بوحدة السبب فى كل منهما فلا يكون لهذا الدفع محل . وتطبيقاً لذ قضت محكمة النقض المصرية بأن صدور أمر بأن لاوجه بالنسبة لتهمة إدا بيت للدعارة بدون إخطار لا يمنع من رفع الدعوى على نفس المتهم بتهـ التعويل فى معيشته على ماتكسبه زوجته من الدعارة(٢) . وقضت أيضاً بأ لما كان الثابت من الأوراق أن النيابة العامة بعد أن باشرت التحقيق الابتدا رأت استبعاد شبهة جناية الرشوة وأقامت الدعوى الجنائية قبل الطاعن بوصف كونه مرتكباً لجنحة النصب ، ولما كان لكل من واقعتى الرشوة والنصب ذاتية خاصة تتحقق بها المغايرة التى يمتنع معها القول بوحدة السبب فى كل فلـ يكون لهذا الدفع محل(٣) .

---

(١) رءوف عبيد – مبادىء الإجراءات الجنائية – الطبعة الثانية عشرة – سنة ١٩٧٨ ص ٤٥٧ ، أحمد فتحى سرور – الوسيط فى قانون الإجراءات الجنائية – الطبعة الثانية سنة ١٩٧٠ بند ٤٤٧ ص ٦٦٣ ، أحمد عثمان حمزاوى – موسوعة التعليقات على مواد قانون الإجراءات الجنائية سنة ١٩٥٣ مادة ١٩٧ بند ٧ ص ٨٢٠ ، توفيق محمد الشاوى – فقه الإجراءات الجنائية ج ١ سنة ١٩٥٣ بند ٣٤١ ص ٤١٤ ، محمود مصطفى – بند ٢٣٨ ص٣١٧ ، عدلى عبد الباقى ص٤٤٤ ، العرابى – بند ٦٥٩ ص ٣٣٤ ، حسن صادق المرصفاوى – أصول الإجراءات الجنائية – سنة ١٩٦٤ بند ٢٠٣ ص ٤٩٢

(٢) نقض مصرى أول مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة القواعد القانونية ج ٦ رقم ٣٤٤ ص٤٦٨

(٣) نقض مصرى ٩ يناير سنة ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض س ١٨ رقم ٧ ص ٤٦ . وقضت أيضاً بأن كتاب النائب العمومى الدورى إلى النيابات بدعوتها إلى حفظ نوع معين من القضايا قطعياً لعدم الأهمية ، هو توجيه عام لمعاونيه فى شأن عملهم ولا اتصال له بقضية معينة ، فلايعتبر أمراً بالحفظ يمنع المحكمة من نظر الدعوى (نقض ٢ مارس سنة ١٩٤٩ المجموعة الرسمية س ٥٠ رقم ١٢٩ ص ٢٢٢).

وقضت أيضاً بأن الدفع بعدم قبول الدعوى الجنائية – أو بعدم جواز نظرها – لسبق صدور أمر حفظ فيها من النيابة العامة هو من قبيل الدفع بقوة الشيء المحكوم فيه ، ولأجل أن يكون له محل يجب أن تكون الواقعة المطلوب محاكمة المتهم من أجلها هى بعينها الواقعة الصادر فيها أمر الحفظ . ولما كان يبين من المفردات أن النيابة العامة بعد أن باشرت التحقيق الابتدائى رأت استبعاد شبهة جريمة السرقة وأقامت الدعوى الجنائية قبل الطاعنين بوصفهما مرتكبين لجريمة إحداث العاهة ، وإذا كانت لكل من واقعتى السرقة والضرب المحدث عاهة مستديمة ذاتية خاصة وظروف خاصة تتحقق بها المغايرة التى يمتنع معها القول بوحدة السبب فى كل ، فلا يكون لهذا الدفع محل ويكون الحكم المطعون فيه قد أصاب صحيح القانون إذ قضى برفضه(١) .

وقضت محكمة النقض الفرنسية بأن جريمة السرقة تختلف عن جريمة إخفاء الأشياء المسروقة ، وبالتالى فلا يحول القرار بعدم وجود وجه لإقامة الدعوى فى الجريمة الأولى دون إقامة الدعوى عن الجريمة الثانية(٢) .

٢ – كذلك يشترط للدفع بحجية الأمر بعدم وجود وجه لإقامة الدعوى وحدة المتهم أو المتهمين(٣) . وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن إذا كانت النيابة – بعد التحقيق – قد قيدت الدعوى ضد مجهول وحفظتها لعدم معرفة الفاعل ، فأمر رئيس النيابة بإعادة تحقيقها ورفع الدعوى على الطاعن ، وقد بوشر التحقيق ورفعت الدعوى بعدئذ عليه ، وفى ذلك ما يدل على أنه لم يكن فى مبدأ الأمر متهماً ، فلا يحق له التمسك بأمر حفظ لم يصدر فى شأنه(٤) .

وإذا تعدد المسئولون عن الجريمة ، سواء كانوا فاعلين أو شركاء ، فإ

---

(١) نقض ٤ ديسمبر سنة ١٩٧٣ مجموعة أحكام النقض س ٢٤ رقم ٢٣٥ ص ١١٥٠

(٢) نقض ١٣ يوليه سنة ١٩٥٠ داللوز ١٩٥٠ – ٦٨٥

(٣) رءوف عبيد – ص ٤٥٧ ، المرصفاوى – بند ٢٠٣ ص٤٩٣ ؛ أحمد فتحى سر و بند ٤٤٧ ص ٦٦٣

(٤) نقض ٢٤ أبريل سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض س ١ رقم ١٧٠ ص ٥١٨

الأمر الصادر لمصلحة أحدهم أو بعضهم لا يستفيد منه غير من ورد ذك فيه(١) .

وتطبيقاً لذلك حكم بأنه إذا كانت النيابة لم تصدر أمراً كتابياً صر بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجنائية بالنسبة إلى متهم ، بل كان كل ماص عنها هو إتهام غيره بارتكابه الجريمة ، فإن ذلك لا يفيد على وجه القط واللزوم الأمر بأن لاوجه بالمعنى المقصود فى القانون — لما كان ذلك ، وكان الدعوى قد سبق تحقيقها بمعرفة النيابة العامة وشمل ذلك التحقيق الوق المسندة إلى الطاعن ، فليس هناك ما يمنع من تقديمه للمحاكمة بعد ذ دون حاجة إلى تحقيق آخر(٢) .

وقضت أيضاً بأن الأصل أن الأمر بعدم وجود وجه المبنى على أسبا عينية مثل أن الجريمة لم تقع أصلا أو على أنها فى ذاتها ليست من الأفع التى يعاقب عليها القانون يكتسب ـ كأحكام البراءة — حجية بالنسبة جميع المساهمين فيها ، ولا كذلك إذا كان مبنياً على أحوال خاصة بأ المساهمين دون الآخرين فإنه لا يحوز حجية إلا فى حق من صدر لصالح لما كان ذلك ، وكان يبين من مدونات الحكم المطعون فيه ومن أمر الإح ومن الأمر الصادر بعدم وجود وجه لإقامة الدعوى الجنائية لعدم كف الأدلة قبل(...) الموظف بمحكمة دمنهور الابتدائية أن النيابة العامة أجر تحقيقاً أسفر عن اختلاس السند وتزوير سند آخر بدلا منه واستعماله مع ا بتزويره ولم تكشف التحقيقات قبل إقامة الدعوى على الطاعن عن الفا الأصلى من بين موظفى محكمة دمنهور الابتدائية ، كما تبين من الأمر الصا من النيابة العامة أثناء نظر المحكمة الدعوى أن الدليل لم يكن كافياً لتق (...) للمحاكمة ، فإنه ليس فى تصرف النيابة فى الحالين ما ينفى وق

---

(١) محمود مصطفى —بند ٢٣٨ ص ٣١٧

(٢) نقض مصرى ١٠ مايو سنة ١٩٥٤ سبقت الإشارة إليه، نقض مصرى ٨ مارس ١٩٤٩ المجموعة الرسمية س ٥٠ رقم ١٤١ ص ٢٣٥

الجرائم موضوع الدعوى الماثلة أو أن هذه الوقائع غير معاقب عليها . وكان مبنى تصرفها أحوالا خاصة بالمساهمين فى الجريمة من بين موظفى محكمة دمنهور ، فإن كلا التصرفين لا يحوزان حجية فى حق الطاعن ، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون(١) .

الدلائل الجديدة :

تنص الفقرة الثانية من المادة ١٧١ من قانون الإجراءات الجنائية الليبى على أن : « ويعد من الدلائل الجديدة شهادة الشهود والمحاضر والأوراق الأخرى التى لم تعرض على قاضى التحقيق أو غرفة الاتهام ويكون من شأنها تقوية الدلائل التى وجدت غير كافية أو زيادة الإيضاح المؤدى إلى ظهور الحقيقة » . وهذا النص يقابل المادة ١٩٧ / ٢ من قانون الإجراءات الجنائية المصرى ، والمادة ١٨٩ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسى والمادة ٢٤٧ من قانون تحقيق الجنايات الفرنسى الملغى .

ويلاحظ أن الدلائل الجديدة الواردة فى النص سالف الذكر ليست على سبيل الحصر ، فمن الدلائل الجديدة أقوال المتهم التى تصدر عنه بعد صدور القرار بعدم وجود وجه ، وظهور جريمة من نوع الجريمة التى صدر بشأنها القرار يكون المتهم قد ارتكبها فى ظروف مماثلة(٢) .

واختلف الرأى فيما يتعلق بسوابق المتهم ، فذهب البعض إلى أن مجرد

---

(١) نقض ١٨ مايو سنة ١٩٧٥ مجموعة أحكام النقض س ٢٦ رقم ١٠٠ ص ٤٣١ .

(٢) Bouzat (Pierre) et Pinatel (Jean), Traité de droit pénal et de criminologie, Paris, 1963, T. II, n. 1314, P. 1016; Garraud (R.), Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale, T. III, 1912, n. 1082, P. 406; Le Poittevin, Code d'instruction criminelle annoté, T.I, art. 247, n. 4, P. 1066.

انظر أيضاً : العرابى — بند ٦٦١ ص ٣٣٥ ، محمود مصطفى — بند ٢٣٨ ص ٣١٧ ، رءوف عبيد — ص ٤٥٨ ، حمزاوى — ص٨٢١ ، مأمون محمد سلامة — الإجراءات الجنائية فى التشريع الليبى — سنة ١٩٧١ ص ٦٨٠ .

اكتشاف سوابق المتهم لا يعتبر دليلا جديداً ، لأن السوابق تسفر إما عن تشديد العقوبة أو اعتبار الواقعة جناية ، بمعنى أن ما تكشف عنه صحيفة السوابق يعد ظرفاً يشدد العقوبة أو يغير من نوعها ، ومن ثم فهى ليست دليلا جديداً يجيز العودة إلى التحقيق (١) .

والراجح عندنا أن المسألة تختلف حسب الأحوال ، فإذا كانت سوابق المتهم تدل على ارتكابه جرائم من نوع الجريمة المسندة إليه فإنها تعتبر دليلا جديداً . أما إذا كانت من نوع يختلف كل الاختلاف عن تهمته الجديدة فإنها لا تعتبر دليلا جديداً(٢) . ولا يغض من سلامة هذا النظر ما يقال من أن السوابق ليست دليلا قاطعاً على إدانة المتهم ، إذ يكفى طبقاً لنص المادة ١٧١ من قانون الإجراءات الجنائية أن تكون الدلائل الجديدة من شأنها تقوية الدلائل التى وجدت غير كافية أو زيادة الإيضاح المؤدى إلى ظهور الحقيقة ، وهذا الشرط متوافر فى سوابق المتهم إذا كانت من نوع الجريمة المسندة إليه .

والمستفاد من نص المادة ١٧١ من قانون الإجراءات الجنائية أن الدلائل الجديدة هى التى لم تعرض على المحقق(٣) . وبناء عليه فالأدلة التى كانت موجودة أمام المحقق ولكنه لم يحققها ولو سهواً ، لا يصح الرجوع إليها

---

(١) المرصفاوى – بند ٢٠٤ ص ٤٩٦

(٢) محمد مصطفى القللى – أصول تحقيق الجنايات – طبعة ثانية مكررة سنة ١٩٤٢ ص ٢٤٦ ، محمد محيى الدين عوض – القانون الجنائى – إجراءاته فى التشريعين المصرى والسودانى – ج ١ سنة ١٩٦٤ ص ٥٩٢ ، رءوف عبيد – ص ٤٥٩ ، أحمد فتحى سرور – بند ٤٤٨ ص ٦٦٥ ، العرابى – بند ٦٦١ ص ٣٣٥ – انظر أيضاً : نقض مصرى ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٨ مجموعة القواعد القانونية ج ١ رقم ٣٧ ص ٦٤ ، أول يونية سنة ١٩٤٨ المحاماة س ٢٩ رقم ٢٦٧ ص ٥٥٥ ، ١٧ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض س ٣ رقم ٢٢٥ ص ٦٠٥

(٣) أما نص المادة ١٨٩ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسى (ومثله نص المادة ٢٤٧ من قانون تحقيق الجنايات الفرنسى الملغى) فيشترط فى الأدلة الجديدة أن تكون « لم يمكن عرضها على قاضى التحقيق

n'ayant pu être soumis à l'examen du juge d'instruction

فهى لا تكتفى بأن الدليل لم يكن قد عرض على المحقق بل تشترط أنه لم يكن يمكن عرضه .

واعتبارها أدلة جديدة(١) . وفى هذا الصدد يقول جارو إن الصفة المميزة للدليل المطلوب لإمكان العودة إلى التحقيق هى أن يكون مجهولا من المحقق أكثر منه جديداً(٢) . وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن قوام الدليل الجديد هو أن يلتقى به المحقق لأول مرة بعد التقرير فى الدعوى بأن لا وجه لإقامتها(٣) .

وقضت أيضاً بأنه لما كان الثابت من الاطلاع على المفردات المضمومة أنه بعد أن قيدت الأوراق برقم عوارض بالنسبة لحادث وفاة أحد المجنى عليهما ، وصدر فيها أمر بالحفظ — وهو فى حقيقته أمر بعدم وجود وجه لإقامة الدعوى لسبق صدور انتداب من النيابة إلى مفتش الصحة لتوقيع الكشف الطبى على الجثة أو تشريحها لبيان سبب الوفاة — حرر محضر آخر عن الواقعة بالنسبة لوفاة المجنى عليه الآخر قيد برقم جنحة وقد سئل فيه آخرون وأسفر عما يعد أدلة جديدة لم تكن قد عرضت على النيابة العامة عند إصدارها أمرها السابق ، فإن ذلك مما يجيز لها العودة إلى التحقيق ويطلق حقها فى رفع الدعوى الجنائية على الجانى بناء على ما ظهر من تلك الأدلة التى جدت أمامها(٤) .

وذهب رأى آخر إلى أن الدليل يعتبر جديداً مادام لم يطرح أمام المحقق

---

(١) لبواتيفان — مادة ٢٤٧ رقم ٦و٧ ص ١١٠٠ ، العرابى — بند ٦٦٢ ص ٣٣٦ ، أحمد فتحى سرور بند ٤٤٨ ص ٦٦٥ ، مأمون سلامة — ص ٦٨١ ، عدلى عبد الباقى — ص ٤٤٦ ، حمزاوى — بند ١٠ ص ٨٢٢

(٢) جارو — المرجع السابق — بند ١٠٨٢ ص ٤٠٦

(٣) نقض ٣ ديسمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض س ١٣ رقم ١٩٧ ص ٨١٥ ، نقض ١٠ مايو سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض س ١١ رقم ٨٤ ص ٤٢٤

(٤) نقض ١٦ ديسمبر سنة ١٩٧٣ مجموعة أحكام النقض س ٢٤ رقم ٢٤٨ ص ١٢٢٣ — وقضت أيضاً أنه إذا صدر القرار بأن لا وجه فى تهمة سرقة ثم ظهر من محضر الشرطة والتقرير الفنى عن فحص السيارة المضبوطة المحررين فى تاريخ لاحق ما يعد أدلة جديدة فهذا يجيز العودة إلى التحقيق (نقض ٥ مارس سنة ١٩٧٢ مجموعة أحكام النقض س ٢٣ رقم ٦٣ ص ٢٦٢) .

ويزنه فى تقريره[١] . أى أنه يدخل فى الدلائل الجديدة ماجاء ذ
بالتحقيق ولكنه لم يكن محلا للفحص ، بعكس ما إذا كانت الأدلة قد بسط
أمام المحقق وتناولها بالتمحيص وسهى عليه تقديرها عند إصدار الق
بأن لاوجه لإقامة الدعوى[٢] . وقد أخذت بهذا الرأى محكمة النقض المص
فى حكم قديم ، فقضت بأن ذكر أسماء شهود أثناء التحقيق لا يمنع من
شهاداتهم بقيت مجهولة مادامت لم تسمع ، فتعتبر شهاداتهم دليلا جديداً[٣]

وهذا الرأى محل نظر ، ذلك لأن مجرد ذكر اسم الشاهد للمحقق كا
للقول بأن الدليل قد عرض عليه ، فإذا سها أو تجاوز عن سماع الشا
فلا يحق له أن يعتبر شهادته دليلا جديداً فى الدعوى[٤] .

ولم يفرق القانون بين الأوامر التى تبنى على أسباب موضوعية كع
معرفة الفاعل أو عدم كفاية الأدلة أو عدم صحة الواقعة ، وتلك التى تب
على أسباب قانونية كعدم المعاقبة على الواقعة (عدم الجناية) أو امتن
المسئولية أو انقضاء الدعوى بمضى المدة أو التنازل عن الشكوى أو غير
من الأسباب ، فى جميع الأحوال تجوز العودة إلى التحقيق إذا ظهرت دلا
جديدة[٥] : فقد يظهر دليل جديد يجعل الواقعة معاقباً عليها ، كوجو

---

(١) القللى – المرجع السابق – ص ٢٤٦

(٢) المرصفاوى – المرجع السابق – بند ٢٠٤ ص ٤٩٦

(٣) نقض ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٠٢ المجموعة الرسمية س ٤ رقم ٧٨ ص ١٨٢

(٤) عدلى عبد الباقى – المرجع السابق – ص ٤٤٦

(٥) محمود مصطفى –المرجع السابق – بند ٢٣٨ ص ٣١٧ ، المرصفاوى – المرجع السا
بند ٢٠٤ ص ٤٩٦ – ويذهب الشراح فى فرنسا إلى التفرقة بين الأوامر التى تبنى على أسبا
موضوعية والأوامر التى تبنى على أسباب قانونية ويقولون إن الأولى دون الثانية هى التى يجو
العدول عنها إذا ظهرت أدلة جديدة – بوزا وبيناتل – المرجع السابق – بند ١٣١٤ ص ٠١٦
جارو – المرجع السابق – بند ١٠٨٨ ص ٤١٢ ، لبواتيفان – المرجع السابق – مادة ٤٧
بند ٣ ص ١٠٩٩ . انظر أيضاً :

austin Hélie, Traité de l'instruction criminelle, 2e ed. T. II 1866 n.
023, P. 627.

القصد الجنائى فى واقعة إتلاف المنقول ، أو أن يكون من شأن الدليل الجديد نفى عارض المسئولية ، أو قطع المدة المسقطة للدعوى الجنائية ، أو جعل الواقعة جناية مما يترتب عليه إطالة مدة التقادم ، وهكذا .

ويرى الفقيه الفرنسى لبواتيفان Le Poittevin أنه إذا كان الأمر بأن لا وجه مبنياً على أن الدعوى انقضت بالتقادم فإن هذا الأمر يكون نهائياً لا يجوز الرجوع فيه إذا ظهرت ظروف جديدة ينبنى عليها قطع مدة التقادم ، لأن هذه الظروف الجديدة ليست مما تنص عليه المادة ٢٤٧ من قانون تحقيق الجنايات الفرنسى (أصبحت الآن المادة ١٨٩ من قانون الإجراءات الجنائية) . بل إن المحقق قد أخطأ فى تقدير الوقائع التى تقوم عليها الدعوى ، وهذه الوقائع هى بعينها لم تتغير بعد ظهور هذه الظروف التى قطعت مدة التقادم (١) . وهذا الرأى غير صحيح لأن الأمر بعدم وجود وجه لإقامة الدعوى كان مبنياً فى الحقيقة على عدم وجود دليل قاطع لمدة التقادم ، فإذا ماظهر مثل هذا الدليل ترتب عليه تعديل الوقائع التى بنى عليها الأمر وبالتالى يجوز للمحقق العدول عنه (٢) .

= وقد أخذ جمهور الشراح المصريين بهذه التفرقة ، فذهبوا إلى أنه رغم عموم نص المادة ١٩٧ من قانون الإجراءات الجنائية فإن الدلائل الجديدة لا تجيز العودة إلى التحقيق إلا إذا كان الأمر بأن لا وجه صادراً لعدم كفاية الأدلة ، فإذا كان صادراً بناء على أسباب أخرى لا علاقة لها بالأدلة ، كما إذا كانت الواقعة لا يعاقب عليها القانون ، أو لسقوط الدعوى الجنائية بمضى المدة أو لأى سبب آخر من أسباب السقوط ، فإن الأمر يكون قطعياً ولايؤثر عليه ظهور أدلة جديدة. (العرابى – المرجع السابق – بند ٦٥٦ ص ٣٣٢ ، رءوف عبيد – المرجع السابق – ص ٤٥٨ مأمون سلامة – المرجع السابق – ص ٦٧٥ ، حمزاوى – المرجع السابق – بند ٦ ص ٨١٩ ، عدلى عبد الباقى – المرجع السابق – ص ٤٤٤ ، أحمد فتحى سرور – المرجع السابق – بند ٤٤٥ ص ٦٦٢) . قارن : نقض مصرى ١٣ أكتوبر سنة ١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض س ٢٠ رقم ٢٠٨ ص ١٠٥٦

(١) لبواتيفان – المرجع السابق – مادة ٢٤٧ بند ٢١ ص ١١٠١ .

(٢) العرابى – المرجع السابق – بند ٦٦٠ ص ٣٣٤ .

ولكن لا يجوز العدول عن القرار بعدم وجود وجه لإقامة الدعوى بناء على تغيير التكييف القانونى للواقعة (١) .

ويجب أن تكون العودة إلى التحقيق بعد اكتشاف الدليل الجديد إذ لا يجوز للمحقق — بعد صدور القرار بعدم وجود وجه لإقامة الدعوى أن يعود إلى التحقيق لتدارك أوجه النقص فيه ، لأن ذلك مخالف أراده الشارع من وضع ضمانات للأفراد بتقرير عدم جواز العودة التحقيق إلا إذا ظهرت أولا الدلائل الجديدة (٢) . وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه لا يجوز أن يعتبر من الأدلة الجديدة التقرير الذى يقدمه خبير معين من قبل النيابة بعد تنازلها عن الدعوى لمعرفة وجود تزوير أو عدم وجوده ، فإن هذا التعيين يعد رجوعاً إلى الدعوى العمومية غير مسبوق بظهور أدلة جديدة ولا بتبليغ عن أدلة جديدة ، على أن الأدلة الجديدة يجب أن تكون سابقة على الرجوع إلى الدعوى العمومية ، فغير سائغ إذن أن النيابة العمومية كلما رأت نقصاً فى تحقيقها تجتهد فى ملافاته بهذه الطريقة ، فإن ذلك يكون مخالفاً بالمرة لغرض الشارع الذى أراد أن يجعل كل من صدر فى مصلحته أمر بحفظ الدعوى أو بأن لا وجه لإقامتها عليه بمأمن من كل محاكمة بعد ذلك إلا إذا ظهرت أدلة جديدة (٣) .

---

(١) جارو — المرجع السابق — بند ١٠٨٨ ص ٤١٢ ، العرابى — المرجع السابق — بند ٦٥٧ ص ٣٣٣ .

(٢) رءوف عبيد — المرجع السابق — ص ٤٥٩ .

(٣) نقض ١١ أبريل سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية س ٥ رقم ١٣ ص ٢٤ . عكس ذلك نقض ٥ يونية سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية س ١٠ رقم ١٢٠ ص ٢٨٩ إذ جاء به أنه إذا عين النيابة خبيراً فى دعوى تزوير بعد أن أمرت بحفظها جاز اعتبار تقريره من الأدلة الجديدة الوارد ذكرها بالمادتين ٤٢ و ١٣٧ من قانون تحقيق الجنايات ، ولا يمنع من ذلك كون النيابة لم تعين خبيراً أثناء التحقيق الأول — ونرى أن الحكم الوارد بالمتن هو الأسلم من الناحية القانونية لأن ندب النيابة لخبير يعتبر إجراء تحقيق وهو بهذه المثابة يهدر حجية القرار بعدم وجود وجه (المرصفاوى — المرجع السابق — بند ٢٠٤ ص ٤٩٦) .

وقد يظهر الدليل الجديد مصادفة أثناء التحقيق فى دعوى أخرى أو أمام محكمة الموضوع وهى تنظر جريمة أخرى ، فيجوز إثبات هذا الدليل الجديد واتخاذ جميع الإجراءات التى تلزم للمحافظة عليه . كما إذا عثر المحقق أثناء إجراء تفتيش فى جريمة مخدرات على أسلحة تفيد التحقيق فى جريمة قتل صدر فيها قرار بعدم وجود وجه لإقامة الدعوى ، فله أن يثبت ذلك فى المحضر ويرسله مع المضبوطات إلى النيابة العامة للتصرف فيها (١).

كذلك قد تظهر الأدلة الجديدة عن طريق سلطة جمع الاستدلالات ، إذ أن مأموريتها لا تنتهى بصدور القرار بعدم وجود وجه لإقامة الدعوى ، ولا يشترط أن تأتى هذه الأدلة الجديدة عن طريق الصدفة ، بل يجوز أن تأتى نتيجة البحث المتعمد عنها (٢) . ومتى عثر أعضاء الضبط القضائى على الأدلة الجديدة — سواء كان ذلك بمجهودهم الشخصى أو بناء على معاونة الخصوم أو الأفراد وإرشادهم — فعليهم أن يخطروا بها النيابة العامة .

ولما كان ظهور الأدلة الجديدة شرطاً لازماً للرجوع إلى التحقيق ، فيجب على المحقق أن يثبت وجود هذه الأدلة فى قراره بإحالة الدعوى إلى المحكمة (٣) . كما يجب على المحكمة بيان هذه الأدلة لتتمكن محكمة النقض من استعمال حقها فى المراقبة والتأكد من أن الشرط المعلق عليه رفع الدعوى — بعد القرار بعدم وجود وجه — قد تحقق (٤) .

---

(١) توفيق الشاوى — المرجع السابق — بند ٣٤٦ ص ٤١٨ .

(٢) جارو — المرجع السابق — بند ١٠٨٤ ص ٤٠٨ ، فستان هيلى — المرجع السابق — بند ١٠٢٢ ص ٦٢٥ ، لبواتيفان — المرجع السابق — مادة ٢٤٧ بند ٢٣ ص ١١٠١ ، العرابى — المرجع السابق — بند ٦٦٥ ص ٣٣٧ ، محيى الدين عوض — المرجع السابق — ص ٥٩١ ، عدلى عبد الباقى — المرجع السابق — ص ٤٤٧ ، الشاوى — المرجع السابق — بند ٣٤٦ ص ٤١٨ ، المرصفاوى — المرجع السابق — بند ٢٠٤ ص ٤٩٦ .

(٣) جارو — المرجع السابق — بند ١٠٩١ ص ٤١٧ ، العرابى — المرجع السابق — بند ٦٦٦ ص ٣٣٨ .

(٤) العرابى — المرجع السابق — بند ٦٦٦ ص ٣٣٨ ، محمود مصطفى — المرجع السابق — بند ٢٣٨ ص ٣١٧ ، المرصفاوى — المرجع السابق — بند ٢٠٤ ص ٤٩٦ ؛ حمزاوى — المرجع =

ولمحكمة الموضوع الحرية المطلقة فى تقدير الأدلة جميعاً ، فتأخذ بما منها للحكم فى الدعوى ، سواء فى ذلك الأدلة التى رآها المحقق غير وبنى عليها القرار بعدم وجود وجه والدلائل الجديدة التى ظهرت القرار وأدت إلى رفع الدعوى ، ولها أن تأخذ بالأولى دون الثانية المتهم لا يكتسب بالقرار بعدم وجود وجه حقاً يمحو الأدلة التى ضده قبل القرار المذكور ويمنع الاحتجاج بها عليه ، وإنما الحق يكسبه هو ألا يحاكم على الجريمة المسندة إليه إلا إذا تقوت تلك الأدلة بأدلة جديدة ، فإذا تحقق الشرط اختلطت الأدلة الجديدة بالقديمة وكو مجموعاً واحداً ، للمحكمة أن تأخذ منه ماتبنى عليه اقتناعها(١) .

=السابق – مادة ١٩٧ بند ١٥ ص ٨٢٥ – انظر أيضاً : نقض مصرى ٢٢ مايو سنة ٩ المجموعة الرسمية س ١٠ ص ٢٥٠ .

(١) نقض مصرى ١٦ مايو سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية س ١٠ رقم ١٩ ص ١ انظر أيضاً : محمود مصطفى – المرجع السابق – نبد ٢٣٨ ص ٣١٧ .

الفصل الثانى

هل للأمر حجية أمام القضاء المدنى ؟!

ذهبت قلة من الأحكام الفرنسية إلى التفرقة بين الأوامر بعدم وجود وجه لإقامة الدعوى المبنية على أسباب موضوعية les non-lieu motivés en fait كعدم وقوع الفعل المادى أو عدم معرفة الفاعل أو عدم كفاية الأدلة ، وبين الأوامر المبنية على أسباب قانونية les non lieu motivés en droit كعدم العقاب على الفعل (عدم الجناية) أو امتناع العقاب . وقضت هذه الأحكام بأن هذه الأوامر الأخيرة هى وحدها التى تحوز الحجية أمام القضاء المدنى ، فقضت محكمة ليل Lille فى ٢٠ من يونية سنة ١٩٤٥ بأن الأمر بعدم وجود وجه لإقامة الدعوى العمومية المبنى على قيام حالة الدفاع الشرعى يحوز حجية الشىء المحكوم فيه أمام القضاء المدنى (١) . وقضت محكمة نانسى Nancy فى ١٣ من ديسمبر سنة ١٩٤٩ بأن القرار بعدم وجود وجه لإقامة الدعوى المبنى على أسباب موضوعية لايحوز حجية الشىء المحكوم فيه أمام القضاء المدنى ، إذ أنه قرار مؤقت ، أما القرار بعدم وجود وجه المبنى على الجنون المطبق لمرتكب الجريمة فيحوز حجية الشىء المحكوم فيه أمام المحكمة المدنية (٢) .

---

(١) محكمة ليل فى ٢٠ يونية سنة ١٩٤٥ جازيت دى باليه ١٩٤٥ - ٢ - ٦٠ ، ولكن هذا الحكم قد ألغته محكمة استئناف دويه Douai فى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٤٦ جازيت دى باليه ١٩٤٧ - ١ - ٢٦ وقالت فى أسباب حكمها :

Attendu que s'il est exact que l'autorité de la chose jugée n'appartient, en matière pénale, qu'aux décisions des juridictions de jugement à caractère définitif, il en est autrement d'un arrêt de non-lieu, quel qu'en soit le motif, et qu, une telle décision ne saurait mettre obstacle à l'exercice d'une action en dommages intérêts devant la juridiction civile .....

(٢) محكمة نانسى فى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٩ داللوز ١٩٤٩ somm ٤٨ .

ولكن الرأى السائد فقهاً وقضاء فى فرنسا هو أن القرار بعدم و
وجه لإقامة الدعوى لا يحوز حجية الشىء المحكوم فيه أمام القضاء ا
لأنه قرار مؤقت يمكن العدول عنه إذا ظهرت أدلة جديدة (١).

وقد تأثرت بهذا الرأى محكمة القاهرة الابتدائية ، فقضت بأن التكي
القانونى الذى انتهت إليه المحكمة لا يحول دونه ولا يقف فى سبيله أن ا
العامة سبقت أن وصفت فى قرارها مانسب إلى رجال الشرطة بأنه ج
شروع فى قتل المجنى عليه — ذلك أن هذا القرار فضلا عن كونه قر
مؤقتاً بطبيعته يجوز العدول عنه لظهور أدلة جديدة أو بمعرفة الفاع
وما يجرى معهم من تحقيق يتغير به وجه الرأى فى الدعوى مثلا — فضلا
ذلك فإن هذا القرار لا حجية له على المحاكم ولا يقيدها فى قضائها (٢)

وهذا الرأى سليم فيما انتهى إليه ، ولكنه غير صحيح فيما يتعلق بالس

---

(١) Lacoste, De la chose jugée en matière civile, criminelle, ciplinaire et administrative, 3e ed. par PH. Bonnecarrère, 1914, n. 1, p. 487; Chavanne (Albert), Application jurisprudentielle du ncipe de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil, Revue crim. 1954. P. 249; Stefani (Gaston), Les effets du procès pénal le procès engagé devant le tribunal civil, Revue intr. de droit pénal, 55, P. 483.

انظر أيضاً : بوزا وبيناتل — المرجع السابق — بند ١٥٤٠ ص ١١٨٧ ؛ موسوعة دال
الجنائية ج ١ بند ٦٧ ص ٣٨٨ ، دائرة العرائض ٣١ مارس سنة ١٨٨٥ سيرى ١٨٨٥ - ١ - ٦
محكمة أورليان ١٧ نوفمبر سنة ١٨٨٨ سيرى ١٨٩٠ - ٢ - ٩١ ، دائرة العرائض ٢١ ين
سنة ١٩٢٩ جازيت دى باليه ١٩٢٩ - ١ - ٦٥٦ ، نقض مدنى ٣٠ يولية سنة ١٩٣٤ جاز
دى باليه ١٩٣٤ - ٢ - ٥٤٢ ، محكمة مونبيليه ٣٠ يولية سنة ١٩٣٠ سيرى ١٩٣١ ٢ - ٢
مع تعليق Breton ، نقض مدنى ٥ نوفمبر سنة ١٩٥٤ داللوز ١٩٥٥ - ١٩ ، ٩ مايو سنة ٥٦
داللوز وسيرى ١٩٥٦ - ٦٦٣ ، نقض جنائى ٦ يونية سنة ١٩٥٢ داللوز ١٩٥٣ mm
٢٩ ، ٦ مارس سنة ١٩٥٧ سيرى ١٩٥٧ - ٣٢٧ ، محكمة استئناف نانسى ٢٨ نوف
سنة ١٩٥٥ داللوز وسيرى ١٩٥٦ — ٣٠ ، نقض مدنى ١١ ديسمبر سنة ١٩٥٧ داللو
١٩٥٨ somm ٥٣

(٢) محكمة القاهرة الابتدائية ٢٥ أبريل سنة ١٩٥٧ الدعوى رقم ٥٠٧٩ سنة ١٩٥٣ مدنى ك
مصر — الحكم غير منشور .

الذى يقوم عليه : فعدم التزام القاضى المدنى بالقرار بعدم وجود وجه لإقامة الدعوى – وقرارات سلطات التحقيق بوجه عام – لا يرجع إلى أنها قرارات مؤقتة يمكن العدول عنها : وإنما يرجع إلى أنها غير صادرة فى موضوع الدعوى العمومية بالبراءة أو بالإدانة ، إذ أن مهمة سلطات التحقيق هى البت فى توفر الظروف التى تجعل التهمة صالحة لإحالتها إلى المحكمة للفصل فى موضوعها ، فإذا أصدرت سلطة التحقيق قراراً بالإحالة فلا يمنع هذا القرار المحكمة الجنائية من الحكم ببراءة المتهم ، وإذا صدر القرار بعدم وجود وجه لإقامة الدعوى فلا يعد ذلك دليلا على براءة المتهم ، ولا يمنع من رفع الدعوى العمومية إذا وجدت أدلة جديدة ، ولذلك لايمكن أن يكون له أى تأثير على الدعوى المدنية ، حتى ولو كان المدعى بالحق المدنى قد أقام نفسه بهذه الصفة فى التحقيق الذى انتهى بصدور القرار بعدم وجود وجه لإقامة الدعوى (١) .

وهذا الرأى هو مايتجه إليه الفقه الفرنسى الحديث (٢) . فعدم التزام القاضى المدنى بالقرار بعدم وجود وجه لإقامة الدعوى – وبقرارات سلطات التحقيق بوجه عام – لايرجع إلى أنها قرارات مؤقتة provisoires وإنما يرجع إلى أنها قرارات تحضيرية preparatoires مقصورة على التحضير للحكم الجنائى الصادر فى موضوع الدعوى الجنائية ، وبالتالى فهذه القرارات لا تعتبر صادرة فى الموضوع (٣) .

---

(١) انظر رسالتنا فى حجية الحكم الجنائى أمام القضاء المدنى – جامعة القاهرة سنة ٩٦٠ بند ١٢٥ ص ١٢٦ .

(٢) ean Derruppé, La notion particulière de décision définitive en rocédure pénale, Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal, 956, n. 22 p. 144; Valticos (Nicolas), l'autorité de la chose jugée au riminel sur le civil, 1953 n. 195, P. 174.

انظر أيضاً : محمود مصطفى – المرجع السابق – بند ١٥٤ ص١٩٦ ، محيى الدين عوض المرجع السابق – ص ٢٥٤ .

(٣) ديروبى – المقال السابق – بند ٢٢ ص ١٤٦ ، فلتيكوس – المرجع السابق – بند ٩٥ ص ١٧٤ . انظر أيضاً رسالتنا سالفة الذكر – بند ١٢٥ ص ١٢٦ .

وهذا الرأى هو الواجب الاتباع فى ليبيا ومصر ، إذ ثابت من ن
المادة ٤١٧ من قانون الإجراءات الجنائية الليبى (تقابلها المادة ٤٥٦
قانون الإجراءات الجنائية المصرى) أن القاضى المدنى لا يلتزم إلا بالح
الجنائى ، وطبقاً لنصوص التشريعين الليبى والمصرى لا تعتبر سلط
التحقيق — ومن بينها غرفة الاتهام ومستشار الإحالة — محاكم فى نظر القان
وما يصدر عنها لا يعتبر حكماً وإنما هو قرار أو أمر ، وهذا ما أفصحت
محكمة النقض المصرية ، إذ قضت بأنه لا تعدو غرفة الاتهام أن تكون سل
من سلطات التحقيق ، إذ عبر الشارع عما تصدره من قرارات بأنها أوا
وليست أحكاماً ، كما أورد نصوصها فى الفصلين الثالث عشر والرابع ع
من الباب الثالث الخاص بالتحقيق ، ولاتسرى عليها أحكام المادة ٣
من قانون الإجراءات الجنائية (تقابلها المادة ٢٧٦ من قانون الإجراءا
الجنائية الليبى) الخاصة بالأحكام (١) .

وقضت أيضاً بأنه من المقرر بنص المادتين ٤٥٤ و ٤٥٥ من قانو
الإجراءات الجنائية (تقابلهما المادتان ٤١٥ و ٤١٦ من قانون الإجراءا
الجنائية الليبى) أن قوة الأمر المقضى سواء أمام المحاكم الجنائية أو المحاكم المد
لا تكون إلا للأحكام النهائية بعد صيرورتها باتة متى توافرت شرائ
القانونية ، وأنه ليس للأمر الصادر من النيابة العامة بعدم جود وجه لإقا
الدعوى الجنائية فى الجريمة المبلغ عنها حجية أمام المحكمة الجنائية فى دعو
البلاغ الكاذب عن هذه الجريمة (٢) .

وقضت أيضاً بأنه من المقرر أن قضاء الإحالة ليس إلا المرحلة النها
من مراحل التحقيق وهو فيما يباشره من سلطات ليس إلا سلطة تحقي
وما يصدره من قرارات لا يعد أحكاماً فى المعنى الصحيح للقانون ، إذ
الحكم هو قضاء صادر من محكمة مشكلة تشكيلا صحيحاً فى موضوع دعو

---

(١) نقض ١٩ يونية سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض س ٨ رقم ١٨٦ ص ٦٨٩ .
(٢) نقض ٢٧ مايو سنة ١٩٧٣ مجموعة أحكام النقض س ٢٤ رقم ١٣٤ ص ٦٥٣ .

رفعت إليها وفقاً للقواعد الإجرائية المقررة ، فى حين أن أوامر مستش
الإحالة تصدر منه باعتباره سلطة تحقيق وليست جزءاً من قضاء الحكم
ومن ثم فإنه لا محل لإخضاع هذه الأوامر لما يجرى على الأحكام من قواع
البطلان (١) .

وقد استجابت محكمة النقض المصرية فى حكمها الصادر بتاريخ
١٩٦٦/٤/٢٨ لهذا التأصيل القانونى السليم الذى اتجه إليه الفقه الفرنسى
الحديث ونادينا به فى رسالتنا سالفة الذكر ، فقضت بأن الحكم الجنائى
يقيد القضاء المدنى فيما يتصل بوقوع الجريمة ونسبتها إلى المتهم ، إلا أن هذ
الحجية لا تثبت إلا للأحكام النهائية الفاصلة فى موضوع الدعوى الجنائية
دون غيرها من الأوامر والقرارات الصادرة من سلطات التحقيق ، لأن
هذه القرارات لا تفصل فى موضوع الدعوى الجنائية بالبراءة أو الإدان
وإنما تفصل فى توفر أو عدم توفر الظروف التى تجعل الدعوى صالحة
لإحالتها إلى المحكمة للفصل فى موضوعها ، ومن ثم فلا تكتسب تلك القرارات
أى حجية أمام القاضى المدنى ويكون له أن يقضى بتوفر الدليل على وقوع
الجريمة أو على نسبتها إلى المتهم على خلاف القرار الصادر من سلطة التحقيق (٢)

قلة الضمانات المكفولة للخصوم :

ولا يفوتنا فى هذا الصدد أن نشير إلى رأى مهجور يقول إن قرارات
سلطات التحقيق لا تحوز حجية الشىء المحكوم فيه أمام القضاء المدنى بسبب

---

(١) نقض ٢٠ يناير سنة ١٩٧٥ مجموعة أحكام النقض س ٢٦ رقم ١٧ ص ٧٢ .

(٢) نقض مدنى ٢٨ أبريل سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض س ١٧ رقم ١٣٠ ص ٩٤٨.
وبهذا المعنى أيضاً : نقض مدنى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٧٢ مجموعة أحكام النقض س ٢٣
رقم ٢٣٦ ص ١٥٠٧ ، ٦ يناير سنة ١٩٧٣ س ٢٤ رقم ٨ ص ٤٠
وقضت أيضاً بأن قرار الحفظ الذى تصدره النيابة العامة أياً كان نوعه ، سواء لأنها قدرت
أن وقوع الحادث لا يرد إلى خطأ مهما كانت صوره ، أو لأن نسبة الخطأ إلى شخص بعينه غير
صحيح أو لم يقم عليه دليل كاف – هذا القرار لا يحوز قوة الأمر المقضى قبل المضرور بالحادث
ولا يحول بينه وبين الدعوى المدنية يقيم فيها الدليل على الخطأ ونسبته إلى المدعى عليه فيها (نقض
مدنى ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٤٩ المحاماه س ٣٠ رقم ٢٦٧ ص ٤٨٤) .

أن الضمانات المكفولة للخصوم أمام سلطات التحقيق أقل من تلك التى تكفلها إجراءات المحاكمة . وهذا الرأى مردود بأن حجية الحكم الجنائى أمام القضاء المدنى لا تقوم على اعتبار الحكم عنوان الحقيقة والصحة ، وإنما أساسها منع التعارض بين الحكم الجنائى والحكم المدنى(١) . هذا فضلا عن أن هناك محاكم لا تتوافر أمامها الضمانات الموجودة أمام محاكم القانون العام ، ومع ذلك فإن الرأى مستقر على أن أحكامها تلزم القاضى المدنى ، ونعنى بذلك أحكام المحاكم الاستثنائية (٢) .

ويلاحظ أن المشرع حينما منع المدعى بالحق المدنى من تحريك الدعوى الجنائية بتكليف خصمه مباشرة بالحضور ، بعد صدور قرار بعدم وجود وجه لإقامة الدعوى (مادة ٢٠٥ من قانون الإجراءات الجنائية الليبى ، والمادة ٢٣٢ المعدلة بالقانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٦٢ من قانون الإجراءات الجنائية المصرى) قد راعى أن هذا المنع لا يحول دون التجاء المدعى بالحق المدنى إلى المحكمة المدنية دون أن يكون للقرار بعدم وجود وجه لإقامة الدعوى الجنائية أى تأثير على الدعوى المدنية (٣) .

---

(١) انظر تفصيل هذا الموضوع فى رسالتنا سالفة الذكر – بند ٦٨ ص ٦٦ .

(٢) فلتيكوس – المرجع السابق – بند ١٩٦ ص ١٧٥ ، رسالتنا سالفة الذكر – بند ١٢٧ ص ١٢٩ .

(٣) رسالتنا سالفة الذكر – بند ١٢٧ مكرر ص ١٢٩ .

نِظام البلديّات الجَديد

بيْن المركزية وَاللّامركزيّة

للدكتور صبيح بشير مسكوني

أستاذ مشارك في كلية الحقوق

تمهيد :

يرتكز النظام الحالى للإدارة المحلية فى الجمهورية العربية الليبية على القانو رقم ٣٩ لسنة ١٩٧٥ بشأن البلديات ، والصادر فى ٦ أبريل ١٩٧٥[١] وعلى القانون رقم ١٦ لسنة ١٩٧٥ بشأن نقل اختصاصات ومسئولياه المحافظات والمديريات إلى الوزارات التى فوضت اختصاصاتها بـ الشأن إلى وحدات إدارية منتخبة تابعة للسلطة المركزية (الوزارات أطلق عليها اسم المراقبات .

موضوع البحث وأهميته :

وقد يبدو لأول وهلة أن نظام البلديات الجديد ، نظام مستحدث ك فى ليبيا . وهذا غير صحيح . ذلك أن هذا النظام يجد بعض جذو وملامحه فى قانون البلديات رقم ١٩ لسنة ١٩٦٨ [٢] الذى أقر أيضاً إنش بلديات فى المدن التى تسمح ظروفها المعيشية والعمرانية بذلك . وأج شمول دائرة اختصاص البلدية أكثر من بلدة ، واعتبر وزارة الشئون البلد الجهة المركزية التى تشرف على شئون البلديات [٣] وتباشر الرقابة (الوصا الإدارية عليها ، كما منح الشخصية الاعتبارية للبلديات ، باعتبارها الأشخاص الاعتبارية الإقليمية الوحيدة فى الدولة[٤] .

---

(١) وقد حل قانون البلديات الجديد محل قانون الإدارة المحلية رقم ١٣٠ لسنة ٧٢ وتعديلاته ، الذى أخذ بنظام الإدارة اللا مركزية . (انظر مؤلفنا فى مبادىء القانون الإدارى الجمهورية العربية الليبية ، الطبعة الأولى ١٩٧٤ ، ص ٢١٠ وبعدها) ، والذى حل بدو محل القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٠

(٢) انظر مجموعات التشريعات لسنة ١٩٦٨ الصادرة عن وزارة العدل الليبية الجزء الأ ص ٧٩ وبعدها ؛ والمنشور أيضاً فى الجريدة الرسمية ؛ العدد ١٣ فى ١٨ / ١٤ / ١٩٦٨ .

(٣) انظر المادة الأولى والمادة ٣١ من القانون المشار إليه آنفاً فى الهامش السابق .

(٤) المادة الثانية من القانون الآنف الذكر .

ويشابه وضع المراقبات اليوم مركز الوحدات الإدارية التى أنشأها المرسوم بقانون فى شأن الإدارة المحلية الصادر فى الأول من سبتمبر ١٩٦٧ (١) من حيث أن هذه وتلك لاتتمتعان بالشخصية الاعتبارية ، ولاتعدو أن تكون منظمات عامة إقليمية متفرعة عن السلطة المركزية أنيط بها إدارة مرافق عامة محلية باتباع أسلوب عدم التركيز الإدارى .

هذه اللمحة السريعة من قانون البلديات الجديد تظهر لنا مشكلة (أولا) مدى أصالته . فما هى جذوره ؟ وبماذا يختلف ويتفق مع قوانين الإدارة المحلية التى سبقته ؟ إن هذا الأمر نتبينه من مقارنة أحكامه مع غيرها من أحكام القوانين التى سبقته ونصت على البلديات كوحدات إدارية محلية .

وتكمن (ثانياً) المشكلة الحقيقية فى تحديد أصالته القانونية فى ضوء نظم الإدارة المحلية المقارنة .

فمن المعلوم أن السلطة التنفيذية فى الدولة هى التى تضطلع بالوظيفة الإدارية المتمثلة خاصة بالقيام بالمرافق العامة وتقديم الخدمات والنهوض بمشاريع التنمية . غير أن هذه السلطة قد تقوم بهذه الوظيفة وحدها متوسلة بأجهزتها الخاصة بها مباشرة ، وعندئذ تكون قد أخذت بما يطلق عليه « بالنظام المركزى » . أو أن تتولاها بالاشتراك مع هيئات مستقلة إقليمية أو مصلحية ، طبقاً لما يعرف « بالنظام اللامركزى » . وبذلك يكون اختصاص هذه الهيئات فى الحالة الأخيرة قد اجتزىء من السلطة التنفيذية .

ووفقاً للنظام اللامركزى الإقليمى يمارس النشاط الحكومى على الصعيد الإقليمى ، على أساس تقسيم المرافق العامة والخدمات بين السلطة المركزية وسلطات محلية ، تتولى الأولى المرافق ذات الصبغة القومية الهامة ، وتتولى الأخرى المرافق ذات الطابع المحلى (٢) .

---

(١) الجريدة الرسمية ، العدد ٣٩ السنة الخامسة ص ٦ وبعدها .
(٢) محمد عبد الله العربى ، نظم الإدارة المحلية ، مجلة القانون والاقتصاد السنة ٢٩ .

ونشأة كل من النظام المركزى والنظام اللامركزى لم تكن وليدة مفاهيم قانونية ، إنما تمثل اتجاهات فى السياسة الإدارية التى ترتبط ارتباطاً وثيقاً بأوضاع البلد ونظامه السياسى والضرورات العملية .

فلا يمكن القول من جهة بأن أسلوب الإدارة المركزية ، أو أسلوب الإدارةاللامركزية ، يشتمل كل منهما على نظام قانونى موحد الأحكام ، متماثل القواعد ، وأنهما بالتالى نظامين متعارضان ، إذ أن التطبيقات العملية لكل منهما هى متفاوتة الصور ، بحيث أن نطاق كل منهما قد يضيق أو يتسع بحسب أوضاع كل دولة فى وقت معين وكيفية تطبيقه من الناحية العملية . ومن ثم فإن لكل من المركزية واللامركزية — كما يقول الأستاذ ريفيرو — أشكال قانونية متفاوتة فى درجتها (١) .

هذا ومن جهة أخرى ، فإن كل دولة فى أية مرحلة من مراحل تاريخها هى إلى حد ما مركزية ولامركزية فى آن واحد ، إذ أن الدولة المنظمة على أساس مركزى صرف لا يمكن أن توجد اليوم ، وتصور لا مقابل له فى الواقع .

فالاختصاصات موزعة فى الدولة الحديثة بين الهيئات المركزية والهيئات المحلية (والهيئات المرفقية المتخصصة) .

وبالمقابل ، لا يمكن تصور قيام دولة كلية على نظام لامركزى مطلق وإلا واجهنا دولة ليس لها سلطة مركزية ، الأمر الذى يستتبع انتفاء كينونتها دولة موحدة ، لتجزء كيانها إلى مجموعات قانونية تؤلف كل منها دولة .

فالوظائف الإدارية العامة تتوزع فى الدول الحديثة وفقاً لقواعد بمقتضاها يسند إلى الهيئات المركزية سلطات متفاوتة فى درجة سعتها ولكن دون أن تتولى هذه الهيئات الاحتكار الكلى للسلطات المذكورة . ومن ثم فاللامركزية تتميز بخصيصتين :

---

(١) ivero, Droit Administralif, 4e édition, 1970, p. 283–284.

أولاهما : أنها نسبية تختلف من دولة لأخرى ، بحيث أن نظام
يضيق ويتسع بحسب ظروف كل دولة ، وثانيهما : أنها حركية وليس
ساكنة أى أنها متغيرة فى الزمان بحيث أن المشرع كثيراً مايعدل فى الأسلو
الذى يتبناه فى ضوء مايسفر عنه من نتائج(١) .

فتبنى الدولة للأسلوب المركزى أو اللامركزى ينبع من أوضاع
الخاصة بها فى مرحلة معينة ، ومدى وعى الأفراد واهتمامهم بالشئون العامة
ومدى ملاءمة تنظيم إدارى معين لخطة التنمية وتقديم الخدمات .

والحاصل أن لكل دولة أن تختار الأسلوب الذى تريده فى تنظ
إداراتها ، ولها أيضاً أن تنظم هذا الأسلوب بالصورة التى تقيمها .

وقانون البلديات الجديد موضوع الساعة ، إذ أراد المشرع منه تحد
دور البلديات فى المساهمة فى النهوض بالخدمات والمرافق العامة المحلية
فضلا عن مشاركتها فى مشاريع التنمية المحلية ضمن إطار خطة التنمية العا
للقطر . كما أنه قرر نظاماً إدارياً جديداً على المستوى الإقليمى ، وأور
العديد من الأحكام الجديدة التى غيرت شكل التنظيم الإدارى فى الدو
تغييراً كبيراً . لذا كان لا بد من أن نعرض ، فى ضوء المبادىء الكبر
التى يقوم عليها كل من النظامين المركزى واللامركزى ، وفى ضوء أ
التجارب الإدارية المحلية والدولية ، فى هذين المجالين ، نظام البلديا
الجديد .

ولا بد قبل الخوض فى تحليل أحكام القانون محل دراستنا من تحدي
الأسس العامة له وتعيين خصائصه :

الأسس العامة لنظام البلديات الجديدة :

يتميز نظام البلديات الجديد على نظم الإدارة المحلية المقارنة ، وعن تلد
التى كانت مطبقة من قبله بما يلى :

---

(١) Valine, Droit administratif, 9e édition, 1963 p. 300.

١ ــ وحدة الأشخاص الإقليمية للإدارة المحلية :

يقوم نظام الإدارة المحلية اليوم على مبدأ وحدة الأشخاص الاعتبا الإقليمية ، إذ لا يسمح قانون البلديات الجديد لإقليم الدولة بالانقسام إدا إلا إلى نوع واحد من الوحدات المحلية ذات الشخصية الاعتبارية ، ا هى « البلديات[١] » .

٢ ــ وحدة البناء القانونى للبلديات :

وضع المشرع وفقاً للقانون الجديد ــ كما فعل أيضاً قانون الإد المحلية رقم ١٣٠ لسنة ١٩٧٢ والقانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٠ ــ بناءاً عض موحداً ، للوحدات الإدارية ، مهما بلغ عددسكانها ، أو أهميتها ، وأياً طابعها حضرياً أم ريفياً . فالتطابق كامل فى التنظيم القانونى للسلط المحلية القائمة على شئون البلديات ، إذ فى جميع البلديات سلطة إدارية م واحدة هى اللجنة الشعبية ورئيسها . وتنقسم جميع البلديات إلى محلات ، يجوز إنشاء فروع فى جميعها[٢] .

٣ ــ الطابع التمثيلى الكلى للسلطات القائمة على إدارة البلديات :

تقضى عموماً نظم الإدارة المحلية ذات الاتجاه اللامركزى ، أن يك القائمون على إدارة الوحدات المحلية قد تم انتخابهم من قبل أهلها . وإع لهذا المبدأ تنص المادة الثالثة من قانون البلديات على أن يكون لكل با ولكل فرع أومحلة لجنة شعبية تشكل طبقاً لأحكام القانون رقم ٧٨ لسنة ٩٧٢ وتنص المادة الثانية من القانون الآنف الذكر على أن : « تقوم اللجان الش فى البلديات بممارسة السلطات والصلاحيات المقررة فى القوانين واللوائح لمجالس البلديات ... » .

---

(١) وعلى هذا الأساس تنص المادة الأولى منه بقولها : « تقسم الجمهورية إلى بلديات ويكون لكل بلدية الشخصية الاعتبارية » . وإن اختلف قانون البلديات الجديد عن قانون الإ المحلية رقم ١٣٠ لسنة ١٩٧٢ فى هذه الناحية ــ كما سنرى ــ فإنه يتفق مع قانون البلديات ١٩٦٨ .

(٢) المادة الثالثة من قانون البلديات الجديد.

وقد جرى العمل فعلا على اختيار أعضاء اللجان الشعبية فى الجمهورية العربية الليبية بطريق الانتخاب المباشر .

٤ ــ تحديد اختصاصات البلديات على أساس التحديد بعد التعميم :

اتبع قانون البلديات الجديد معياراً معيناً فى تحديد اختصاصات البلديات ، إذ نص فى المادة الثانية منه على مباشرة البلدية « بوجه عام » إنشاء وإدارة المرافق العامة المتعلقة بالشئون البلدية ، أى التى تتسم بالطابع المحلى وتعود بالنفع العام على سكان البلدية .

غير أن ما يلاحظ على القانون هو التالى :

أولا ــ إن المشرع سلك بعد ذلك طريق التخصيص بعد التعميم ، بأن أورد على سبيل التمثيل لا الحصر قائمة بالمسائل التى يقع على البلديات ممارستها ، أى التزامها بإنشاء مرافق محلية إجبارية .

ثانياً ــ وإن كان الأصل ألا تتدخل المجالس المحلية أو وحداتها التى تنقسم عليها فى التشريع أو القضاء ، لأنها ليست سوى هيئات ذات اختصاصات حكومية وأجهزة مقتطعة من الجهاز التنفيذى ــ الإدارى العام فى الدولة ومتممة لإحدى سلطات الدولة الثلاث ، فإن المشرع أناط باللجان الشعبية عموماً ومنها اللجان الشعبية البلدية سلطة اقتراح القوانين واللوائح واقتراح وتعديل وحذف حكم أو أكثر من أحكامها أو إضافة أحكام أخرى ...(١).

كما أناط المشرع من جهة أخرى باللجان الشعبية للمحلات اختصاص شبه قضائى يتمثل بالتوفيق والتحكيم بين المواطنين وبالشكل الذى سنبينه بالتفصيل فى حينه (٢) .

---

(١) المادة ٦ من قانون ممارسة اللجان الشعبية لمسئولياتها الإدارية .

(٢) الجريدة الرسمية ، العدد ٤٢ ، السنة الثالثة عشرة ص ١٢٧٣ .

ثالثاً ـ إن المشرع بإصداره قانون البلديات وقانون إلغاء المحافظات قد قسم الخدمات والمرافق والمشروعات وأوجه النشاط العام المحلى بين وحدات خاضعة للسلطة المركزية (المراقبات) ، ووحدات لا مركزية تابعة للسلطة المذكورة (البلديات) .

ويبدو أن لجوء المشرع إلى مثل هذا التقسيم لأوجه النشاط المحلى بين هذين الصنفين من الوحدات العامة المحلية ، يعود إلى نقص العناصر والكفاءات الفنية اللازمة لدى الوحدات المحلية وضماناً لمستوى مرتفع فى أداء الخدمات وتحقيقاً لفاعلية أكثر فى تنفيذ خطة التنمية .

٥ ـ إلغاء المحافظات ونقل اختصاصاتها ومسئولياتها إلى الوزارات المختصة :

ألغى القانون رقم ١٦ لسنة ٧٥ المحافظات والمديريات التابعة ، ووزعت اختصاصاتها على الوزارات صاحبة الشأن لتتولى تنفيذ الخدمات التى كانت تمارسها المحافظات والمديريات التى كانت تابعة لها ، وأصبح كل وزير مسئولا عن إدارة وتسيير هذه الخدمات مباشرة عن طريق مراقبات أنشئت فى أنحاء الجمهورية لمباشرة وإدارة الخدمات التابعة لها[١] .

وقد حقق هذا الإلغاء للمحافظات تغييراً أساسياً فى نظام الإدارة المحلية[٢]

---

(١) المادة ١ ـ ٣ منه . وهذه المراقبات هى : مراقبة خدمات التعليم والتربية. مراقبة خدمات الصحة ، مراقبة خدمات الإسكان ، مراقبة الخدمات الاجتماعية ، مراقبة العمل ، مراقبة الخدمات الزراعية ، مراقبة خدمات المواصلات ، مراقبة الخدمات المالية ، مراقبة خدمات الاقتصاد وبالإضافة إلى مراقبات للأمن تحل محل مديريات الأمن التابعة لوزارة الداخلية (م ١ من القانون) .

(٢) وقد سبق أن ألمحنا إلى عدم جدوى وجود المحافظات (انظر مؤلفنا فى مبادىء القانون الإدارى فى الجمهورية العربية الليبية ١٩٧٤ ، ص ٢٢٠) فقد ذكرنا ما يلى : « إن تقسيم ج . ع . ل إلى المحافظات لم يأت معبراً عن واقع اجتماعى متميز قام على أساسه هذا التقسيم . فهو أقرب إلى الخلق القانونى الشكلى الذى يعبر عن إرادة فى التنظيم الإدارى للدولة ، طالما أنه لا يعكس حقيقة مصالح مشتركة متميزة ولها جذورها الراسخة تاريخياً واجتماعياً بين السكان المحليين لكل محافظة كما هو الحال نسبياً فى بعض الدول الأخرى » .

وبإلغاء المحافظات يكون المشرع قد أزال الازدواجية بين وحدات الإدارة المحلية المتمتعة بالشخصية الاعتبارية ، وجعل المراقبات التى آلت إليها اختصاصات المحافظات إلى مجرد فروع للوزرات المعنية ، وباعتبارها امتداداً مباشراً للسلطة المركزية ، تخضع قراراتها لتصديق السلطة الرياسية . وهذا يعنى أن ماكان للمجموعات السكانية من اختصاصات تمارس عن طريق المحافظات قد آلت إلى السلطة المركزية ، ومن ثم فقد تقلصت الصفة المركزية لنظام لإدارة المحلية عما كان عليه من قبل .

على أن مايوازن تبعية المراقبات للسلطة المركزية هو إنشاء لجان شعبية فيها ، أى تولى سلطات محلية — وليس موظفون تعينهم السلطة المركزية — إدارة المراقبات . وقد جاء إلغاء المحافظات متفقاً مع ما أوصى به المؤتمر الذى عقدته هيئة الأمم المتحدة حول « اللامركزية من أجل التنمية القومية والمحلية » ، الذى عقد بنيويورك عام ١٩٦١ ، من أنه كلما قل عدد مستويات الحكم المحلى كلما كان ذلك أفضل ، لأنه سيجنب الدولة التعقيدات الإدارية والروتينية ، فضلا عن حاجة المستويات المحلية إلى أجهزة وظيفية فنية وإدارية مختلفة مع ندرة الكفايات خاصة فى الدول النامية مما سينعكس بالتالى على نوع الخدمة ومدى حسن أدائها وتوفيرها للمواطنين(١) »

٦ — توحيد جهة « الرقابة الإدارية » على البلديات :

اتبع المشرع نهجاً جديداً فيما يتعلق بالرقابة (الوصاية) الإدارية على ممارسة البلديات لاختصاصاتها . فقد كان المشرع يوزع الرقابة الإدارية فى ظل القانون رقم ١٣٠ لسنة ١٩٧٢ على هيئات مركزية وأخرى لا مركزية.

فى نطاق الإدارة المركزية ، كانت الرقابة تمارس من قبل مجلس

---

(١) عبد الوهاب السيد شكرى «العلاقات بين السلطات المحلية » منشورات المنظمة العربية للعلوم الإدارية ، عدد ١٧٠ ص ١٣

الوزراء[١] أو من قبل رئيس مجلس الوزراء[٢] أو أن تمارس كل وزار الرقابة على شئون المرافق التى تتعلق بها[٣]

أما فى نطاق الإدارة اللامركزية فقد كان للمحافظة نوع من الإشراف على ممارسة اختصاصات معينة تتمثل فى مصادقة رئيس اللجنة الشعبية للمحافظ على قرارات معينة[٤] .

وقد تفادى قانون البلديات الجديد ماينطوى عليه من عيوب توزيع الرقابة على وحدات الإدارة المحلية بين عدة جهات ، خاصة بين عدة وزارات ، فعهد إلى وزارة واحدة وهى وزارة البلديات مهم الإشراف الرئيسية على البلديات[٥] .

غير أن القانون الجديد احتفظ بنفس المبادىء المتعلقة بأساليب ممارس الرقابة الإدارية وفى مداها والتى كان قد أرساها القانون رقم ١٣٠ لسنة ١٩٧٢

٧ ــ الفصل بين عضوية اللجان الشعبية وعضوية الاتحاد الاشتراكى العربى :

أوجب قانون الإدارة المحلية رقم ١٣٢ لسنة ١٩٧٢ توفر شروط صفة العضوية فى الاتحاد الاشتراكى العربى لكى يستطيع المرشح اكتساب العضوية فى المجالس المحلية (مجالس البلديات والمحافظات) . وعليه فلو أن المرشح كان فاقداً لأحد هذه الشروط الأخيرة امتنع عليه الترشيح لعضوية المجالس المذكورة .

غير أن العضوية فى الاتحاد الاشتراكى العربى لم تعد واجبة لاكتساب العضوية فى اللجان الشعبية وفقاً لقانون البلديات .

---

(١) المادة ٣٠ من القانون رقم ١٣٠ لسنة ١٩٧٢ .
(٢) المواد ٣٣ ، ٧٧ ، ٧٨ من القانون الآنف الذكر .
(٣) المواد ٧٦ ، ٧٧ ، ٧٨ من القانون السابق .
(٤) المادتان ٣٩ و ٢٩ من القانون الآنف الذكر .
(٥) المادة ٥٨ من قانون البلديات والمادة ٤٠ من قانون تنظيم وزارة البلديات .

خطة البحث :

يبدو لنا من مطالعة نص قانون البلديات ، ومن استخلاصنا لأهم الأ
التى يقوم عليها أن المشرع قد تبنى ، عند إصداره القانون الآنف الذك
أسلوب اللامركزية الإدارية ، لتفتيته السلطة الإدارية فى الدولة وتوز
مابين الحكومة المركزية فى العاصمة من جهة ، وبين هيئات أخرى إقل
منتخبة تباشر سلطاتها تحت رقابة الدولة .

ومن ثم فأول مايقع علينا من العرض السابق ، هو تفصيل ما يلى :

(أولا) ماهى طبيعة بناء الأشخاص القانونية للبلديات ؛ وهل اتجه
نيته حقيقة إلى خلق عدد من الأشخاص الإدارية العامة . إن هذا الموضو
يتعلق بالناحية العضوية للبلديات .

أما المسألة (الثانية) فتتعلق باختصاصات السلطات القائمة على إدا
أية وحدات محلية فى النظام اللامركزى . فمن مقتضيات النظام المذكور إس
جزء من الوظيفة الإدارية على هيئات مكانية ينقسم عليها إقليم الدولة لتستق
كل وحدة فى ممارسة ما آل إليها من وظائف إدارية ضمن اختصاصها المكانى
فهل تتمتع البلديات باختصاصات ذاتية ؟

والمسألة (الأخيرة) التى تتعلق بموضوع دراستنا ؛ خاصة بتحدي
طبيعة الرقابة (أو الوصاية) التى تباشرها السلطة المركزية على الوحدات
المحلية (البلديات) وموضوعها ومداها .

ومن ثم فيقع علينا تقسيم موضوعنا إلى ثلاثة فصول ، كما يلى :

الفصل الأول : البناء القانونى للبلديات .

الفصل الثانى : اختصاصات البلديات .

الفصل الثالث : العلاقة بين البلديات والسلطة المركزية .

الفصل الأول

البناء القانونى للبلديات

تنص المادة الأولى من قانون البلديات على مايلى : « تقسم الجمهورية إلى بلديات ويتم إنشاؤها وتحديد نطاقها وتعيين مقارها وإلغاؤها بقرار من مجلس الوزراء بناء على عرض وزير البلديات ويكون لكل بلدية الشخصية الاعتبارية » .

وتنص المادة الثانية على مايلى : « تقسم البلدية إلى محلات ، ويجوز إنشاء فروع للبلدية يشمل نطاق كل فرع منها محلة أو أكثر » .

ويكون تقسيم البلدية إلى محلات وإنشاء فروع لها ، وتحديد نطاق كل منها وتعيين مقارها وإلغاؤها بقرار من وزير البلديات بناء على اقتراح اللجنة الشعبية للبلدية » .

وتنص المادة الثالثة على أن يكون لكل بلدية ولكل فرع أو محلة فيها لجنة شعبية تشكل طبقاً لأحكام القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٧٣ ويطلق عليها جميعها اللجان البلدية الشعبية » .

ويبدو من النصوص الآنفة الذكر أن مشكلة تحديد طبيعة البناء القانونى للبلديات يتناول بحث الأمور التالية :

(١) إنشاء البلديات وأقسامها .

(٢) التنظيم العضوى أو الهيكلى للبلديات .

(٣) أعضاء التنظيم الهيكلى للبلديات .

(٤) نظام العمل فى البلديات .

المبحث الأول

إنشاء البلديات

أولا ــ البلديات كوحدات متمتعة بالشخصية الاعتبارية :

يتفق نص المادة الأولى من قانون البلديات مع ماجاء به قانون البلديات رقم ١٩ لسنة ١٩٦٨ من حكم يتعلق بالاعتراف للوحدات المحلية بالشخصية الاعتبارية(١) .

وبذلك يختلف قانون البلديات الجديد عن سابقيه اللذين صدرا بعد الثورة ، وهما القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٠ والقانون رقم ١٣٠ لسنة ١٩٧٢ ، فقد كانت وحدات الإدارة المحلية وفقهما هى « المحافظات والبلديات » .

وقد تحقق التنظيم الجديد للإدارة المحلية على خطوتين : الأولى بصدور القانون رقم ١٦ لسنة ١٩٧٥ الذى ألغى المحافظات(٢) والأخرى بصدور قانون البلديات الجديد(٣).

---

(١) انظر مجموعات التشريعات لسنة ١٩٦٨ الصادرة عن وزارة العدل الجزء الأول ص ٧٩ وبعدها والمنشور فى الجريدة الرسمية، العدد ١٣ فى ١٨ / ٤ / ١٩٦٨

(٢) المادة الأولى من الفقرة (ب) .

(٣) وبذلك يكون المشرع قد خطى الخطوة الأخيرة فى تبنى نظام مبسط للإدارة المحلية تكون وحداته المستقلة البلديات وحدها . ويلاحظ على قانون الإدارة المحلية رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٠ قد قسم المحافظات إلى وحدات إدارية هى المتصرفيات . وجوز تقسيم كل متصرفية إلى عدد من المديريات ، وهو الأمر الذى أدى إلى قيام الازدواج فى ممارسة الاختصاصات فى وحدة إقليمية معينة ، مع البلديات وتقسيماتها الإدارية التى كانت الفروع والمديريات. وقد تدارك القانون رقم ١٣٠ لسنة ١٩٧٢ هذا الأمر فنص فى المادة ٨٦ منه على إلغاء تقسيمات المحافظات إلى متصرفيات ومديريات ، واكتفى القانون بالبلديات التى تنشأ فى المحافظات .

وتبنى المشرع لنظام موحد للبلديات ، ولمبدأ وحدة الأشخ
الاعتبارية المحلية ، يعنى رفضه الأخذ بالتمييز بين المدينة والقرية ، أى
البيئة الحضرية والبيئة الريفية على مابينهما من تفاوت(١) . غير أن هذا الت
غير بارزة مظاهره فى الجمهورية العربية الليبية ، كما هو فى دول أخرى .

ولا ينال من وحدة الأشخاص الاعتبارية المحلية ماتنص عليه المادة الث
والتى تقضى بتقسيم البلديات إلى محلات وجواز إنشاء فروع للبلدية ،
المحلات أو الفروع ليست لها شخصية اعتبارية . والشخص الاعتبارى
مناط قيام التقسيم المستقل(٢) . ومن ثم فالمحلة أو الفرع ماهى إلا امتد
للشخصية الاعتبارية للبلدية وتقسيم إدارى فرعى فى نطاقها .

ولا تبدو أصالة نظام البلديات الجديد فى هذا الخصوص إزاء التشريع
السابقة عليه والمتعلقة بالإدارة المحلية عموماً ، وإنما أيضاً عند مقارنته بنظ
الإدارة المحلية فى دول أخرى .

وفى هذا المجال يبرز أسلوبان : الأسلوب الفرنسى ، والأسلو
الإنجليزى .

فالأسلوب الأول يقسم أرض الدولة إلى محافظات « Departement
ثم يقسم المحافظات إلى بلديات « Commun » بصرف النظر عما إذا كان
البلدية توجد فى مدينة أو فى قرية ، باستثناء منطقة باريس التى تتمتع بوض
خاص .

---

(١) انظر فى هذا المعنى أيضاً البحث الذى قدمه د . سليمان الطماوى و العميد مصطفى النابل
حول علاقة الحكومة المركزية بالسلطات المحلية إلى الندوة العربية الثانية للإدارة المحلية ـ دم
٢٥ ـ ٩ ـ ١٩٧٢ إلى ٤ ـ ١٠ ـ ١٩٧٢ .

(٢) محمد سليمان الطماوى « الإدارة المحلية فى الجمهورية العربية المتحدة ، مجلة العل
الإدارية ، السنة ١١ ، ص ٢١ وبعدها .

وتتمتع كل من المحافظات والبلديات ، باعتبارها وحدها أشخاص
محلية بالشخصية الاعتبارية ، ولها نمط متماثل فى بنيانها الإدارى رغم التفاوت
الشديد بين محافظة وأخرى وبلدة وأخرى فى الأهمية والعمران وعدد السكا
والنشاط الاقتصادى والموارد المالية(١) .

أما الأسلوب الآخر الذى نشأ فى ظروف تاريخية واجتماعية واقتصادي
خاصة بانكلترة فإنه لا يأخذ بالتنظيم الثنائى لوحدات الإدارة المحلية ولا ينظ
نظراً متشابهاً إلى الوحدات المحلية رغم اختلافها ، إنما يأخذ بنظام تعد
الوحدات المحلية واختلاف تنظيمها(٢) .

ولا يبدو من العرض السابق أن المشرع الليبى قد قلد عند إصدار
قانون البلديات أياً من الأسلوبين الآنفى الذكر . فلا هو أخذ بأسلوب
ثنائية الوحدات الاعتبارية المحلية والموحدة فى نمط بنائها ، ولا بأسلوب
تعددها وتباين هيكل تنظيمها ، وإنما بوحدتها وبمبدأ توحيد نمط هيكلها .

وربما وجد المشرع مايبرر ذلك ، فى وجوب تماثل البنيان الاقتصادى
والاجتماعى والعمرانى للبلديات وإرادته مستقبلا فى أن يكون رفع مستوى
هذا البنيان متشابهاً . وكل ذلك تحت تأثير الفكر الاشتراكى الذى يفرض

---

(١) e Laubadère, Traité Elémentaire de Droit Administratif, 3e ition, Tome I, p. 101.

(٢) إذ أن الوحدات المحلية متصاعدة فى الأسلوب الإنجليزى من المجلس الريفى Rural destrict couneil إلى المجلس الحضرى urban destrict council إلى المجلس البلدى Municipal Council الداخل فى نطاق المحافظة ، إلى المجلس البلدى المضارع للمحافظة الخارج عن نطاقه Country borough إلى مجلس المحافظة فى انه
انظر : « Local Governement en Grande - Bretagne » oger Garreau aris, L.G.D.J., 1959, p. 3 et suivant.

وانظر أيضاً : محمد عبد الله العربى « كيفية تشكيل المجالس المحلية » مجلة العلوم الإدارية ، ع خاص ، السنة التاسعة ، العدد الأول ، أبريل ١٩٦٧ ص ٦٣ — ٦٤ . وفى نفس الم « البلديات » المرجع السابق ، السنة السابعة ، العدد الثالث ، ديسمبر ١٩٦٥ ، ص ٣٢١

إلغاء الفروق الاجتماعية والتقريب ما أمكن بين البيئة الحضرية والبيئة الريفية . كما يجد هذا التوحيد أساسه أيضاً فى افتقار التجمعات السكانية لموارد مالية خاصة بها واحتكار الدولة لها الأمر الذى يدفع هذه على رفع مستوى المعيشة عند جميع السكان بالتساوى ، وتقديم نفس الخدمات لهم ولعين المرافق ، أينما توزعوا على أرض الدولة ، وكل ذلك ضمن الخطة العامة للتنمية .

ثانياً ــ أداة إنشاء البلديات :

حدد المشرع الأداه القانونية التى يتم بموجبها تقسيم أرض الدولة إلى بلديات ، وهى : « القرار الصادر من مجلس الوزراء » سواء تعلق الأمر بإنشاء الوحدات المذكورة أو تحديد نطاقها أو تعيين مقارها أو إلغاؤها .

وهى نفس الأداة التى كان قد قررها من قبل قانون الإدارة المحلية رقم ١٣٠ لسنة ١٩٧٢[١] ، وقانون الإدارة المحلية رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٠ ، وقانون البلديات رقم ١٩ لسنة ١٩٦٩[٢] .

ولا شك أنها الأداة المناسبة لخلق البلديات ، باعتبار أن وحدات الإدارة المحلية هى جزء من هيكل البناء الإدارى الكلى للدولة ، ومن ثم فالسلطة التنفيذية هى التى يجب أن تكون مسئولة عن خلق التنظيمات المحلية التى تقوم بجانب التنظيمات المركزية .

ولا يعنى هذا أن مجلس الوزراء يتمتع بسلطة غير محددة فى هذا المجال . ذلك أن إجراء التقسيمات الإدارية لإقليم الدولة يراعى فيه عادة تمثيل المصالح المشتركة لقطاع جغرافى معين من السكان . ومن ثم فإنشاء البلديات يجب أن يتم أخذاً بنظر الاعتبار الأوضاع والحاجات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية لمجموعة معينة من السكان القاطنين فى منطقة جغرافية معينة ، والتى تخلق نوعاً

(١) المادة الأولى منه . خلافاً للمحافظات التى نص القانون الآنف الذكر على إنشائها وتحديد نطاقها وتعيين مقارها بقانون .

(٢) المادة الأولى منها .

من التضامن بين سكان هذه الوحدات الإقليمية التى تنشأ عنها حاجات ومصالح متميزة نسبياً عن الحاجات والمصالح القومية . ومن ثم يجب إدارتها من قبل سلطات إدارية منفصلة جزئياً عن السلطات الإدارية المركزية ؛ وهو الأمر الذى يجعل إنشاء البلديات محتماً من الناحية الموضوعية متى وجد أيضاً الكادر المؤهل للاضطلاع بإدارة المجموعة السكانية وتقديم الخدمات لها : إلا أنه يبقى قرار مجلس الوزراء بهذا الخصوص تقديرياً .

وليس أمراً محتماً إنشاء بلدية فى كل مدينة ، إذ يمكن أن يشمل نطاق البلدية أكثر من مدينة ، ويتحدد نطاق البلدية أيضاً بنفس الأداة التى يتم بها إنشاؤها .

أما إلغاء البلديات فيتم أيضاً بقرار مجلس الوزراء . علماً بأن الإلغاء قد يتخذ شكل ضم بلدية إلى أخرى ، أو بتقسيم نطاقها إلى أكثر من وحدة إدارية مستقلة بعترف لها بالشخصية الاعتبارية ، أى إلى أكثر من بلدية .

ويخضع الإلغاء بصورتيه الضم والتقسيم ، إلى مقتضيات التطور العمرانى والتجميع السكانى تنفيذاً لخطة التنمية والتحول الاقتصادى .

ثالثاً ــ إنشاء التقسيمات الإدارية البلدية :

لم يصدر قانون البلديات الجديد ليدعو إلى مركزية خانقة من نوع جديد على مستوى البلدية ، ومن ثم فقد أراد المشرع بناء الهيكل البلدى من عدة طبقات ، تختص بإدارة الوحدات التى تتألف منها كل طبقة من هذه الطبقات لجنة شعبية . وبذلك تصبح السلطات القائمة على إدارة المرافق والخدمات المحلية ذات طابع شعبى وعلى أدنى المستويات .

وعلى هذا الأساس وأجبت المادة الثانية من قانون البلديات تقسيم البلديات إلى محلات . أوجازت إنشاء فروع للبلدية يشمل نطاق كل منها محلة أو أكثر .

وتقسيم البلدية إلى محلات أو إنشاء فروع لا ينال من وحدة الأشخاص الاعتبارية المحلية ، إذ لا شخصية اعتبارية للمحلة أو الفرع .

ونظراً للأهمية المحدودة للمحلات التى تنقسم إليها البلديات وبما يمكن أن ينشأ لهذه من فروع ، فإن القانون اشترط كأداة لتقسيم البلديات إلى محلات وإنشاء فروع لها وتحديد نطاق كل منها وتعيين مقارها وإلغاؤها « صدور قرار من وزير البلديات » الذى يصدر بناء على اقتراح اللجنة الشعبية للبلدية .

فتقسيم البلديات إلى محلات أمر وجوبى يفرضه المشرع . أما تقسيمها إلى فروع فهو جوازى . وإن كان التقسيم الإدارى للبلدية متروكاً أمره إلى الإدارة المركزية ممثلة بوزير البلديات الذى يتمتع بسلطة تقديرية فى هذا الشأن ، فإن العامل الحاسم فى هذا الصدد هو كثافة التجمع السكانى وظروفه الاجتماعية والاقتصادية . فقد يرقى تجمع سكانى كالقرية أو البلدة الصغيرة إلى مرتبة الفرع البلدى الذى يمكن أن يضم عدة محلات . وقد يضفى على تجمع سكانى آخر يقطن ضاحية لمدينة صفة المحلة فحسب .

غير أن قرار وزير البلديات فى هذا الشأن لا بد وأن يصدر بناء على اقتراح اللجنة الشعبية للبلدية ، فإذا جاء مغفلا للإجراء المذكور عيب عليه بمخالفة قواعد القانون الواجب احترامها والمتعلقة بشكل القرار الإدارى .

والخلاصة فإن نظام البلديات الحالى يقوم على أساس فكرة وجود مدينة مركزية تتبعها ضواحى أو مدن صغيرة أو قرى . ومجموع هذه التجمعات السكانية تؤلف وحدة قانونية مستقلة تتمتع بالشخصية الاعتبارية ، ولكن باعتبارها بنيان له كيان ذاتى داخل إطار الدولة ، وأنها تنقسم إلى وحدات إدارية تتبعها مباشرة وهى المحلات وفروع البلديات .

المبحث الثانى

التنظيم الهيكلى للبلديات

يستمد التنظيم الهيكلى للبلديات المبادىء التى تحكمه من بعض الأفكار التى وردت فى الكتاب الأخضر . فقد ورد فى الصحيفة التاسعة والعشرين منه مايلى : « المؤتمرات الشعبية هى الوسيلة الوحيدة للديمقراطية الشعبية ... » و ... « ليس لسلطة الشعب إلا وجه واحد ولا يمكن تحقيق السلطة الشعبية إلا بكيفية واحدة .. وهى المؤتمرات الشعبية واللجان الشعبية ... فلا ديمقراطية بدون مؤتمرات شعبية واللجان فى كل مكان » .

وانعكاس هذه الأفكار ظاهر ، سواء على كيفية تشكيل اللجان الشعبية البلدية على جميع أنواعها ، وعلى كيفية اختيار رئيسها .

أولا ــ كيفية تشكيل المجالس الشعبية البلدية :

سبق أن أشرنا إلى الطابع التمثيلى الكلى للسلطات القائمة على إدارة البلديات ، وإلى نص المادة الثانية من قانون البلديات التى تقضى بأن يكون لكل بلدية أو فرع أو محلة لجنة شعبية تشكل طبقاً لأحكام القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٧٢ .

وإن كان القانون الأخير لم يشر إلى الكيفية التى يتم بها تشكيل اللجان المذكورة ، فإن فلسفة النظام السياسى والإدارى فى الدولة ، والتى أشار إليها « الكتاب الأخضر » والأساس الذى قام عليه القانون الآنف الذكر تقتضى تطبيق الأسلوب الديمقراطى المباشر فى الإدارة . ولما كان من العسير مادياً اجتماع أفراد المؤتمر الشعبى لكل بلدية للبت فى جميع الشئون الذاتية للبلدية وإدارة مرافقها ، لذا كان لا بد من قيام « التفويض » وذلك بأن

يختار مباشرة المقيمون فى نطاق كل مؤتمر شعبى أساسى من « ينطق باسمهم » فى اللجنة الشعبية للبلدية .

وتبدو أصالة هذه الكيفية فى تشكيل المجالس البلدية من ناحيتين :

١ ـ أن المشرع فى ظل قانون البلديات الحالى قد خرج على المبادىء التى كانت تحكم تشكيل المجالس البلدية (ومجالس المحافظات) التى كانت مقررة قبل قيام الثورة وبعدها .

فقد خالف المشرع فى الوقت الحاضر قانون البلديات رقم ١٨ لسنة ١٩٦٨ الذى اعتمد أساساً لعضوية المجالس البلدية ، مبدأ تعيين السلطة المركزية للأعضاء .

كما أنه خالف أيضاً قانون الإدارة المحلية رقم ١٣٠ لسنة ١٩٧٢ بصورته الأصلية قبل تعديله ، أى قبل صدور قانون ممارسة اللجان الشعبية لمسئولياتها الإدارية ، إذ كان قانون الإدارة المحلية المذكور قد ربط بين تشكيل المجالس المحلية ، والتنظيم العام للاتحاد الاشتراكى العربى ، لإقراره مبدأ تكوين المجالس المذكورة من ثلاثة أصناف من الأعضاء : منتخبين ، ومختارين ، ومعينين بحكم وظائفهم[1] .

ولكى نستطيع تقييم الطريقة التى اتبعها المشرع فى تكوين اللجان الشعبية للبلديات عندما أصدر قانون البلديات الجديد ، لا بد لنا أن نتساءل عن مدى تحقق اللامركزية الإقليمية فيه ، ومن ثم مدى توافر الجانب الديمقراطى فيها والمتمثل بنقل سلطة التقرير فى الشئون الذاتية إلى هيئات محلية .

---

(١) انظر مؤلفنا فى مبادىء القانون الإدارى المشار إليه سابقاً ص ٢٢١ . وقد نصت المادة الخامسة والمادة الخامسة عشر منه على أن يؤلف كل مجلس من : ١ ـ عدد من الأعضاء من الاتحاد الاشتراكى العربى بالمحافظة أو البلدية ينتخبون انتخاباً مباشراً لعضوية مجلس المحافظة أو مجلس البلدية ويحدد عددهم بقرار من مجلس الوزراء على أن تتولى الأمانة العامة للاتحاد الاشتراكى العربى إجراء هذه الانتخابات .

الواقع أن اختيار الهيئات القائمة على شئون الوحدات الإقليمية فى النظام اللامركزى يتخذ فى العمل إحدى صورتين يتوقف التمييز بينهما على وجود بعض العناصر المركزية داخل مجالس الهيئات الإدارية المحلية أو عدم وجودها . فهناك أولا « اللامركزية الكلية » التى تقوم على تشكيل مجالس الهيئات اللامركزية من أعضاء منتخبين جميعاً من قبل قطاع الشعب المقيم فى النطاق الإقليمى لاختصاص هذه الهيئات ، أى بعبارة أخرى أن السلطة المركزية لا تمثل فى هذه الهيئات بأى عضو ، الأمر الذى يترتب عليه عدم وجود أية سلطة مباشرة لها فى تسيير أعمال هذه الهيئات من داخلها عن طريق من اختارتهم من أعضاء فيها .

ولا شك أن هذه الطريقة هى المفضلة « سياسياً » وتحقق المبدأ الديمقراطى بأبعاده . فالديمقراطية لا تتجزأ ، لا على الصعيد السياسى ولا على الصعيد الإدارى . ومع ذلك فلا يمكن الركون إليها دائماً ، إلا إذا كان شعب الدولة قد وصلت غالبيته مرحلة من الوعى والثقافة لتحمل المسئولية (١) .

أما الصورة الثانية فهى « اللامركزية النسبية أو الجزئية » القائمة على تشكيل الهيئات المحلية اللامركزية ، من أعضاء غالبيتهم منتخبين من الشعب وأعضاء معينين من السلطة المركزية فى وقت واحد (٢) .

والمشرع عندما يأخذ بمبدأ تعيين بعض أعضاء المجالس المحلية يريد بذلك مراعاة المستوى الاجتماعى والاقتصادى والثقافى للشعب ، وأفضل السبل فى رفعه ، بأن يستكمل ماينقص المجالس المذكورة من فنيين وأصحاب مؤهلات عالية وكفاءة سياسية ، بفرض عضوية من تتوافر فيهم هذه الصفات

---

(١) عدد من الأعضاء العاملين فى الاتحاد الاشتراكى العربى يختارون من ذوى الكفاءة ويصدر قرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح الأمانة العامة للاتحاد الاشتراكى العربى وبعد أخذ رأى المحافظ المختص .

(٢) أعضاء بحكم وظائفهم وهم مديرو المديريات فى المحافظات من يمثلون الجهات العامة التى يتصل عملها باختصاصات المجلس البلدى بالنسبة للبلديات .

أو بعضها وفقاً لاحتمال عدم استطاعتهم الوصول إلى عضوية المجالس لتحك
قاعدة وجوب الحصول على أغلبية الأصوات إذا مارشحوا لانتخابات
المجالس المذكورة .

وإن اختار المشرع عندما أصدر القانون رقم ١٣٠ لسنة ١٩٧٢ الصور
الثانية عند تكوين المحافظات والبلديات بإدخاله أعضاء مختارين معينين ضم
أعضاء هذه المجالس ، فإن قانون البلديات يطرح جانباً هذه الصورة ليأخ
بالأولى التى تستبعد التدخل المباشر للسلطة المركزية فى اختيار أعضاء اللجا
الشعبية .

وفى رأينا أن المشرع كان بمقدوره أن يجمع بين الصورتين الأو
والثانية ، بأخذه باللامركزية الكلية التى يختار بمقتضاها أعضاء اللجنة الشعبي
مباشرة من قبل المقيمين فى دائرة البلدية ، على أن تشترط كفاءة معي
فنية أو سياسية فى العضو . ولا يبدو من مطالعة شروط من يختار عضواً ف
إحدى اللجان البلدية الشعبية التى تنص عليها المادة الخامسة من قانو
البلديات وجود مثل هذا القيد ، رغم أن المشرع تشدد نسبياً باشتراط
شروط إضافية ، علمية أو فنية ، فيمن يختار رئيساً للجنة الشعبية للبلدية
وكما سنبين ذلك فى حينه .

٢ ــ وتبدو من جهة أخرى أصالة تشكيل اللجان الشعبية للبلديا
وفروعها فى الطريقة التى اتبعها فى ذلك والتى تجد أصولها فى فقرة وردت
فى « الكتاب الأخضر » وهى التالية :

« ... يقسم الشعب إلى مؤتمرات شعبية أساسية ، ويختار كل مؤتم
لجنة لقيادته ، ومن مجموع اللجان تتكون مؤتمرات شعبية غير الأساسية لكل
منطقة ... ثم تختار جماهير تلك المؤتمرات الشعبية الأساسية لجاناً شعبي
إدارية لتحل محل الإدارة الحكومية فتصبح كل المرافق فى المجتمع تدا
بواسطة لجان شعبية ، وتصير اللجان الشعبية التى تدير المرافق مسئولة أما

المؤتمرات الشعبية الأساسية التى تملى عليها السياسة وتراقبها فى تنفيذ تلك السياسة ، وبهذا تصبح الإدارة شعبية والرقابة شعبية ... »[١] .

فالطريقة التى اختارها المشرع فى اختيار أعضاء السلطات القائمة على إدارة البلديات هى ديمقراطية من حيث أنها تمكن الشعب المساهمة الإيجابية فى حكم نفسه بنفسه إدارياً على الصعيد المحلى . وذلك بإتاحة الفرصة للمواطنين فى إبداء الرأى واتخاذ القرارات ، وفى تنفيذ هذه القرارات ، وفرض الرقابة العامة .

ثانياً ــ أنواع اللجان الشعبية البلدية :

استناداً إلى الفقرة السابقة فقد قسم تراب القطر الليبى إلى عدد من المناطق التى أطلق عليها اسم المؤتمرات الشعبية الأساسية والتى تطابق نطاق البلديات . ويتم اختيار اللجان الشعبية لكل من المحلات والفروع والبلديات كالآتى :

١ ــ المحلات :

ينتخب المقيمون فى كل محلة تنقسم عليها البلدية ، وعلى نطاق الجمهورية لجنة شعبية خاصة بها تتألف من خمسة أشخاص . ويختار هؤلاء من بينهم رئيساً للجنة الشعبية وأميناً لها .

٢ ــ الفرع :

يجتمع المقيمون فى المحلات المكونة لفرع بلدى لانتخاب لجنة شعبية خاصة بفرع البلدية تتكون من خمسة أشخاص ، وذلك بأن تتولى كل محلة ترشيح عدد معين ومساو لعدد المرشحين الآخرين للمحلات الأخرى التى ينقسم عليها الفرع البلدى ، فإذا زاد عدد المجموع الكلى عن خمسة أعضاء تولى هؤلاء « تصفية مازاد عن العدد المذكور » .

(١) الكتاب الأخضر ، الفصل الأول ، حل مشكلة الديمقراطية ، ص ٣٢

وتتولى اللجنة الشعبية للفرع البلدى انتخاب رئيس اللجنة الشعبية للفرع وأميناً عاماً لها من بينهم .

٣ ــ البلدية :

تتألف اللجنة الشعبية للبلديات من عشرة أشخاص يتم اختيارهم بأ يصعد المقيمون فى كل فرع بلدى عدداً معيناً من الأشخاص مساو لبقـ المحلات ، فإن زاد العدد عن عشرة ، اختار مجموع الأشخاص المصعدو من بينهم العدد المذكور . ويعاب على هذه الطريقة أن بعض فروع البلديات قد يستبعد تمثيلها فى اللجان الشعبية للبلدية بعد قيام المختارين للعضوية فى بإسقاط العدد الذى يزيد عن عشرة أشخاص . ثم يجتمع هؤلاء لانتخاب رئيس اللجنة الشعبية للبلدية وأميناً لها من بينهم .

ومما تقدم فإن أعضاء اللجنة الشعبية فى البلديات وفى فروعها وفى المحلات أصبحوا ينتخبون انتخاباً مباشراً من قبل الوسط السكانى للبلدية ، أى من قبل المؤتمرات الشعبية للبلديات .

غير أن مايلاحظ على قانون البلديات الجديد ، عدم تحديده بنص فى لأعضاء اللجان الشعبية ، ولا الشروط الواجب توافرها فى أعضاء هيئة الناخبين أو الطريقة التى يتم بها هذا الانتخاب .

المبحث الثالث

أعضاء التنظيم الهيكلى للبلديات

يتولى إدارة البلديات وتسيير العمل فيها ، رئيس اللجنة الشعبية ، وأعضاء اللجنة الشعبية ، وموظفو البلدية :

أولا – رئيس اللجنة الشعبية البلدية :

سكت قانون البلديات الجديد عن كيفية اختيار رئيس اللجنة الشعبية البلدية . ومن ثم فيجب الرجوع إلى قانون ممارسة اللجان الشعبية لمسئولياتها الإدارية ، الذى ينص فى هذا الصدد على أن يكون : « ... لكل لجنة رئيس تختاره من بين أعضائها أو من غيرهم يتولى ممارسة الاختصاصات المنصوص عليها فى هذا القانون ... »(١) . وعند غياب الرئيس أو قيام مانع به يتولى عمله بصفة مؤقتة من تنتدبه اللجنة لذلك من بين أعضائها ومن غيرهم »(٢) .

ومن ثم فاختيار رئيس اللجنة الشعبية البلدية ديمقراطياً يتفق مع روح النظام اللامركزى ويعتبر تحولا عن الأسلوب الذى كان قد نص عليه قانون الإدارة المحلية رقم ١٣٠ لسنة ١٩٧٢ ومقتضاه تعيين عميد البلدية بقرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح رئيس مجلس الوزراء ؛ أى أن اختياره كان يتم من قبل السلطة المركزية وبقرار منها ، فهو مدين بمنصبه لها .

ويمارس رؤساء اللجان الشعبية أهم الاختصاصات التالية :

---

(١) وينتخب أيضاً عميد البلدية فى فرنسا من قبل أعضاء المجلس البلدى . انظر فيديل ، القانون الإدارى ص ٥٢٩

(٢) المادة الأولى من القانون الآنف الذكر .

١ – يعتبر رئيس اللجنة الشعبية للبلدية ، الرئيس الأعلى للعاملين فى البلدية . ويتمتع بالنسبة لأجهزة البلدية ولميزانيتها وللمرافق التابعة لها باختصاصات الوزير فى المسائل الإدارية والمالية[١] ، كما يكون له الاختصاصات الممنوحة للوزير فى قانون الخدمة المدنية ولوائحه التنفيذية بالنسبة لموظفى البلدية[٢] .

٢ – إذا كانت اللجنة الشعبية هى التى تمثل البلدية ، فإن من يمثل هذه اللجنة رئيسها ، وذلك أمام المحاكم وفى صلاتها مع الغير[٣] . فهو الذى يمثل البلدية فى الدعاوى التى ترفع من قبل البلدية أو عليها . وتتولى إدارة قضايا الحكومة مباشرة الدعاوى التى تكون البلدية طرفاً بها[٤] .

٣ – رئيس اللجنة الشعبية هو الذى يتولى دعوة prépare اللجنة الشعبية إلى الانعقاد ويترأس Préside جلساتها وينفذ execute مقرراتها .

٤ – يكون لرئيس اللجنة الشعبية سلطة إزالة أسباب المخالفات التى ترتكب ضد القوانين واللوائح التى تختص بتنفيذها ، وذلك بالطريق الإدارى وعلى نفقة المخالف وفقاً لأحكام اللائحة التنفيذية ، على أنه إذا كانت الإزالة تقتضى هدم مبان أو منشآت تمت بالمخالفة للقوانين ، فلا يجوز إجراء ذلك فى غير حالات الاعتداء على الطريق العام إلا بناء على أمر قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة الابتدائية المختصة ... »[٥] .

٥ – يمارس رئيس اللجنة الشعبية مايفوض له من اختصاصات من قبل هيئات إدارية أخرى وبالذات ماتعهد إليه اللجنة الشعبية للبلدية من اختصاصاتها على أن يكون تفويضها يتناول بعضها[٦] .

---

(١) المادة ٦٣ من قانون البلديات .
(٢) المادة ٥١ من قانون البلديات .
(٣) المادة الرابعة من قانون البلديات .
(٤) المادة ٢٣ من اللائحة التنفيذية لقانون البلديات .
(٥) المادة ٦٥ من قانون البلديات .
(٦) المادة السابعة من قانون ممارسة اللجان الشعبية لمسئولياتها الإدارية .

ويلاحظ بأن رئيس اللجنة الشعبية لا ينطبق عليه وصف الموظف العمومى لعدم وجود عنصر الاستمرارية فى الخدمة التى يتولى القيام بها . أى بعبارة أخرى أنه يقوم بإشغال وظيفة بشكل طارىء . غير أن الخدمات التى يقوم بها هامة ومتزايدة ، لذا فقد نص قانون البلديات على مقابل مالى يمنح له نظير خدمته(١) . كما تنص اللائحة التنفيذية له بمعاملته معاملة موظفى الفئة الأولى فى حالة إيفادهم فى مهمة رسمية أو للتدريب(٢) .

ثانياً ـ النظام القانونى لأعضاء اللجان الشعبية :

ينظم خاصة الوضع القانونى لأعضاء اللجان الشعبية البلدية ، قانون البلديات وقانون ممارسة اللجان الشعبية لمسئولياتها الإدارية . وعليه فى ضوء هذين القانونين نوضح فيما يلى أحكام كسب العضوية ، ووقفها ، وما يترتب عليها من آثار :

١ ـ كسب العضوية :

حدد المشرع الشروط الواجب توافرها فيمن يختار رئيساً أو عضواً فى إحدى اللجان البلدية الشعبية ، وذلك فى المادة الخامسة من قانون البلديات ، وعلى النحو التالى :

---

(١) وعلى هذا الأساس تنص المادة السابعة من قانون البلديات على ما يلى : « يتقاضى رؤساء اللجان البلدية الشعبية مكافأةشهرية تتحدد بقرار من مجلس الوزراء بناء على عرض وزير البلديات ويراعى فى تقدير قيمة المكافأة حجم العمل فى كل لجنة ويجوز الجمع بينها وبين المعاش » وقد صدر قرار فى ٧ أبريل ١٩٧٦ بتحديد مكافآت رؤساء اللجان الشعبية للبلديات . انظر الجريدة الرسمية ، العدد ٣١ السنة الرابعة عشر . كما أن المادة الثامنة من قانون ممارسة اللجان الشعبية لاختصاصاتها تنص : « تحدد المعاملة المالية لرؤساء اللجان الشعبية وأمنائها ومساعديها بقرار من مجلس الوزراء » .

(٢) المادة (٤٠) منها . ويلاحظ بأن رئيس اللجنة الشعبية للبلدية يعتبر موظفاً عمومياً وفقاً لتعريف المادة ١٦ - ٤ من قانون العقوبات . انظر مجلة المحكمة العليا ، العدد الثانى . السنة الثانية عشر ، يناير ١٩٧٦ . طعن جنائى رقم ١٧٢ - ٢٠ ق . ص ١٧٣

(أ) أن يكون ليبياً .

(ب) أن يكون مقيماً فى دائرة البلدية إقامة عادية .

وقد أراد المشرع من إيراده هذا الشرط قيام صلة فعلية بين العضو والوسط الشعبى الذى يمثله . وهى الصلة التى تتحقق بالإقامة الفعلية فى نطاق المحلة وتؤدى التعريف بالمرشح لدى الناخبين . ولا يتصور أن تقوم الهيئة الناخبة باختيار عضو لا صلة له بهم .

ويتفق وجود هذا الشرط مع المبدأ المقرر فى النظام اللامركزى ومقتضاه اختيار السلطات المحلية من قبل الوسط المحلى ، أى من قبل سكان الوحدة المحلية(١) .

(ج) « أن يجيد القراءة أو الكتابة أوأنهى الدراسة بمدارس محو الأمية ، وذلك على الأقل » . ويراد من اقتضاء هذا الشرط فى العضو ، رفع مستوى اللجان وكفاءتها . علماً بأن القانون السابق للإدارة المحلية اشترط حصول العضو على الشهادة الابتدائية أو مايعادلها على الأقل(٢) ولكنه قيد الشرط(٣) بأن منع سريانه خلال الخمس سنوات التالية على صدور القانون .

ومن جهة أخرى يشترط قانون البلديات(٤) توافر مستوى علمى أعلى ، أو كفاءة معينة لدى رئيس اللجنة الشعبية للبلدية . وذلك بنصها على وجوب حصوله « على شهادة التعليم الثانوى أو مايعادلها على الأقل ... أو أن تكون له خبرة لا تقل عن خمس سنوات فى الشئون الإدارية والمالية » .

(د) « ألا يكون محروماً من مباشرة حقوقه السياسية أو موقوفاً حقه فى مباشرتها » .

---

(١) دى لوبادير : المرجع السابق ص ٨٨

(٢) المادة السادسة منه .

(٣) المادة ٩٢ منه .

(٤) الفقرة (ب) من المادة الخامسة من قانون البلديات .

والحرمان من مباشرة الحقوق المدنية والسياسية نوعان : دائم ومؤقت . فالحكم بالسجن المؤبد أو بالسجن لمدة عشر سنوات أو أكثر تتضمن الحرمان الدائم من الحقوق المدنية من يوم صدور الحكم نهائياً . والحكم بالسجن لمدة ثلاث سنوات أو أكثر يتضمن الحرمان من الحقوق المدنية مدة تنفيذ العقوبة ، ومدة بعد ذلك لا تقل عن سنة ، ولا تزيد عن خمس سنوات ، وإذا قرر الحكم أن الجانى معتاد أو محترف الإجرام فى الجنايات أو الجنح أو أن له نزعة إجرامية يحرم حرماناً دائماً من الحقوق المدنية(١) .

(هـ) « أن يكون كامل الأهلية » .

أى أن لا يقل سن العضو عن ثمانى عشر سنة ميلادية . غير أن القانون أثقل هذا الشرط بالنسبة لرئيس اللجنة الشعبية بأن أوجب أن لا تقل سنه عن عن خمس وعشرين سنة ميلادية .

(و) « ألا يكون قد حكم عليه (أى العضو) بعقوبة جناية أو جنحة مخلة بالشرف مالم يكن قد رد إليه اعتباره » .

(ز) « ألا يكون قد عزل من وظيفة عامة بقرار تأديبى ولم تنقض خمس سنوات من تاريخ العزل » . وانتفاء أى من الشرطين السابقين يفيد أن المرشح للعضوية فاقد لشرط حسن السيرة والأخلاق ، ومن ثم يجب استبعاده من تولى المناصب العامة .

٢ ــ وقف العضوية :

أجازت اللائحة التنفيذية لقانون البلديات إيقاف عضوية أحد أعضاء اللجنة الشعبية أو رئيسها(٢) . فبالنسبة لأعضاء اللجنة الشعبية ، يجوز إيقاف

---

(١) المادة ٣٤ من قانون العقوبات .

(٢) انظر نص المادة العاشرة من قانون ممارسة اللجان الشعبية لمسئولياتهم الإدارية .

عضوية أحدهم بناء على قرار يصدر بأغلبية ثلثى عدد الأعضاء الذين تتأ
منهم اللجنة الشعبية ، وذلك للأسباب التالية(١) :

١ ــ إفشاء أسرار ومداولات اللجنة الشعبية للبلدية ، إذا كان من ش
الإضرار بأعمال وأموال البلدية . وهو سبب قوى لإيقاف العضو عن نش
البلدى لخطورة هذا العمل على أعمال اللجنة ، سيما وأن البلد يمر بتنفيذ خ
تنمية ليست بالهينة(٢) .

٢ ــ الحط من كرامة رئيس اللجنة الشعبية وأعضائها أثناء اللجنة
وهو سبب لإيقاف العضوية يتعلق بالأخلاق العامة .

٣ ــ بث الإشاعات المغرضة المضرة بأعمال البلدية .

ويكون الإيقاف إلى حين الانتهاء من الفصل فى الموضوع أو للمدة ا
تحددها اللجنة . أما بالنسبة لرئيس اللجنة الشعبية للبلدية ، فيجوز لوز
البلديات أن يوقف رئيس اللجنة الشعبية للبلدية احتياطياً عن عمله(٣)
حالة ارتكابه لمخالفات أو محظورات تتنافى مع واجباته ومسئولياته ، وكان
مصلحة التحقيق تقتضى ذلك ، وعلى أن لا تزيد مدة الوقف عن شهر
إلا بقرار من مجلس التأديب المحال إليه رئيس اللجنة الشعبية . وللمجلس
يعيد النظر فى الأمر الصادر منه بالوقف عن العمل(٤) .

---

(١) المادة ٢٤ من اللائحة التنفيذية لقانون البلديات وانظر أيضاً المادة المشار إليها فى الها
السابق .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية رقم ٦٠ لسنة ٧٥ بشأن اللائحة التنفيذية لقانون البلدي
والصادرة فى ١٦ أغسطس ١٩٧٥ عن وزارة البلديات .

(٣) المادة ٣٤ من اللائحة التنفيذية لقانون البلديات .

(٤) ويخضع بدوره عميد البلدية فى فرنسا للرقابة الانضباطية للسلطة المركزية باعتبار أن
صفة الممثل للدولة . ويمارس هذه السلطة المحافظ الذى له إيقاف عميد البلدية عن العمل مدة لاتز
عن شهر ولوزير الداخلية إيقافه لمدة لا تزيد عن ثلاثة أشهر ولا يجوز عزله إلا بقرار مس
صادر عن الوزير الأول . انظر فيديل ، المرجع السابق ص ٢٢٩

٣ – إنهاء العضوية :

تنقضى العضوية فى اللجان الشعبية البلدية عند تحقق أحد الأسباب التالية :

(أ) انتهاء المدة :

مدة العضوية وفقاً لقانون الإدارة المحلية رقم ١٣٠ لسنة ١٩٧٢ هى أربع سنوات كان يتجدد بمقتضاه نصف الأعضاء المنتخبين أو المختارين كل سنتين(١) . وبصدور قانون ممارسة اللجان الشعبية لمسئولياتها الإدارية أصبحت مدة العضوية ثلاث سنوات تبدأ من تاريخ اعتماد مجلس قيادة الثورة تشكيل اللجنة(٢) .

(ب) الاستقالة :

يفهم من قانون ممارسة اللجان الشعبية لمسئولياتها الإدارية ومن قانون البلديات الجديد ، أن استقالة عضو اللجنة الشعبية البلدية قد تكون صريحة أو ضمنية .

أما الحالة الأولى فإن قانون البلديات لم ينص على الاستقالة الإدارية الصريحة من عضوية اللجان الشعبية البلدية(٣) . غير أن اللائحة التنفيذية له أشارت إلى أحكام الاستقالة المذكورة ، وكذلك فعل قانون ممارسة اللجان الشعبية لمسئولياتها الإدارية(٤) .

---

(١) المادة ٤٧ من القانون رقم ١٣٠ لسنة ١٩٧٢ .

(٢) المادة التاسعة من القانون .

(٣) ومع ذلك فقد أشارت المادة ٤١ من قانون البلديات على الاستقالة الإرادية فى حالة الجمع بين عضوية أكثر من لجنة شعبية واحدة أو بينها وبين العضوية فى اللجان الشعبية لأية جهة من الجهات .

(٤) المادة ١١ منه .

وتقدم الاستقالة إلى رئيس اللجنة الشعبية البلدية المختص فى الجلسة الت
لتقديمها ، ولا تعد مقبولة إلا بعد صدور قرار من اللجنة بقبولها أو فو
شهرين على تاريخ تقديمها دون أن تبت اللجنة الشعبية فى أمرها ويخط
وزير البلديات بقرار بقبول الاستقالة .

ويجوز للعضو سحب طلب الاستقالة فى أى وقت قبل أن تقرر ا
الشعبية قبولها أو قبل انتهاء الأجل المشار إليه أعلاه(١) .

أما الحالة الأخرى من الاستقالة فتتحقق إذا تخلف رئيس أو ع
اللجنة البلدية الشعبية دون عذر مقبول عن حضور جلسات اللجنة أو إح
اللجان المتخصصة التى يكون عضواً فيها أكثر من ثلاث مرات متتالية أو ع
دون عذر مقبول أكثر من ربع عدد الجلسات فى السنة الواحدة ، أو ك
حالته الصحية لا تمكنه من أداء واجبات العضوية .

ويصدر بذلك قرار من اللجنة الشعبية المختصة بعد سماع أقوال الع
أو بعد إثبات غيابه عن الجلسة التى يدعى لحضورها لسماع أقواله فى
ولا يجوز عقد هذه الجلسة قبل مضى سبعة أيام من تاريخ دعوة العضو إلي

(ج) الوفاة :

وفى هذه الحالة يتعين على اللجنة الشعبية البلدية إعلان خلو المحل و
الإجراءات اللازمة لشغل المحل الخالى خلال ثلاثين يوماً من تاريخ
ويكمل العضو الجديد مدة سلفه(٣) .

٤ ــ إسقاط العضوية :

تسقط العضوية فى الحالات التالية :

---

(١) أنظر المادة ٢٥ و ٢٦ من اللائحة التنفيذية الآنفة الذكر .

(٢) المادة ٤٢ من قانون البلديات . وقارن أيضاً مع لمادة ٥٢ من قانون الإدارة
رقم ١٣٠ لسنة ١٩٧٢

(٣) المادة ١٣ من قانون ممارسة اللجان الشعبية لمسئولياتها الإدارية .

(أ) حل اللجنة الشعبية :

لم ينص قانون البلديات صراحة على حل اللجان الشعبية البلدية الذى يترتب عليه إنهاء العضوية فيها . ومع ذلك فإمكانية تحقق مثل هذه الحالة تفهم ضمناً منه . إذ ينص على أنه عند صدور قرار بإيقاف اللجنة الشعبية البلدية عن مباشرة اختصاصاتها يصدر وزير البلديات قراراً بتشكيل هيئة مؤقتة تمارس اختصاصات اللجنة الموقوفة ، وذلك إلى حين مباشرة اللجنة الجديدة لاختصاصها أو إلغاء إيقاف اللجنة السابقة(١) .

غير أن إنهاء العضوية نتيجة حل اللجنة الشعبية البلدية ، يفهم صراحة من قانون ممارسة اللجان الشعبية لمسئولياتها الإدارية الذى أجاز لمجلس قيادة الثورة حل إحدى اللجان الشعبية على أن يتم تشكيل اللجنة الجديدة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ حل اللجنة بالكيفية التى تم بها تشكيل اللجنة السابقة ، وتكمل اللجنة الجديدة المدة المتبقية للجنة المحلولة . ويترتب على مثل هذا الحل إسقاط العضوية جماعياً عن الأعضاء المكونين للجنة الشعبية . كما لمجلس قيادة الثورة إسقاط العضوية فردياً ، أى عن أى عضو(٢) .

(ب) الجمع بين عضوية أكثر من لجنة شعبية :

منع قانون البلديات الجديد جمع رئيس أو أعضاء اللجان الشعبية البلدية لعضوية أكثر من لجنة شعبية واحدة ، أو بينها وبين العضوية فى اللجان الشعبية لأية جهة من الجهات .

فإذا وقع مثل هذا الجمع ولم يقدم العضو استقالته من عضوية اللجنة البلدية خلال ثمانية أيام من تحقق الجمع ، يصدر وزير البلديات قراراً مسبباً

---

(١) المادة ٦١ منه .

(٢) المادة ١٢ ، ١٣ من قانون ممارسة اللجان الشعبية لمسئولياتها الإدارية .

بإسقاط عضويته من هذه اللجنة[1] وعلة ذلك تتحصل فى أن المشرع ، أراد تفتيت السلطة الإدارية ، وأن يقوم أكبر عدد من المواطنين بتحمل المسئوليات الإدارية ، ومن ثم فى أن تتسع اللجان الشعبية لأكبر عدد منهم وهو الأمر الذى يتعارض مع تركيز السلطات فى شخص معين ، وتفرغ كل عضو لأعمال اللجنة التى تم اختياره فيها .

(ج) تخلف شرط من شروط العضوية أو رئاسة اللجنة أو فقده بعد اكتسابها:

وحكم هذه الحالة إصدار اللجنة الشعبية المختصة قراراً بإسقاط العضوية أو الرئيس بأغلبية ثلثى أعضائها واختيار آخر يحل محل من أسقط بالطريقة التى ينص عليها قانون ممارسة اللجان الشعبية لمسئولياتها الإدارية فى المادة الثانية عشرة منه . ويكمل الرئيس أو العضو الجديد مدة سلفه[2] ..

(د) فقد الثقة والاعتبار :

أورد قانون البلديات[3] على سبيل التمثيل لا الحصر : حالات معينة نصت على محظورات معينة إذا ارتكب العضو مايخالفها ، اعتبر فاقداً للثقة والاعتبار[4] وهدف المشرع من إنهاء العضوية فى هذه الحالة هو منع استغلال الأعضاء لمناصبهم لتحقيق مصالح أو منافع خاصة على حساب المصلحة العامة ، ومن ثم أوجب أن يكونوا بعيدين عن الشبهات أو إساءة استعمال السلطة .

---

(١) م ٤١ من قانون البلديات . ويلاحظ أيضاً أن المادة ٤٨ من قانون الإدارة المحلية رقم ١٣٠ لسنة ١٩٧٢ قضت بإسقاط العضوية إذا جمع أحد الأعضاء المنتخبين أو المختارين بين عضوية أكثر من مجلس واحد ومجالس الهيئات أو المؤسسات العامة أو تولى إحدى الوظائف العامة ولم يقدم استقالته من عضويته بالمجلس أو من المناصب الأخرى المشار إليه خلال مدة معينة .

(٢) المادة السادسة من قانون البلديات . والمادة ٢٤ الفقرة ٢ ، ٣ من اللائحة التنفيذية ويلاحظ بأن لوزارة البلديات متابعة شئون العضوية باللجان الشعبية البلدية ومدى توافر الشروط الخاصة بالعضوية أو برئاسة اللجنة والتى تفرضها القوانين الخاصة بذلك (انظر الفقرة الحادية عشرة من المادة الأولى من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٥ بتنظيم وزارة البلديات) .

(٣) ومن قبله قانون الإدارة المحلية رقم ١٣٠ لسنة ١٧٢ ، المواد ٥٧و٥٨ و٥٩ و ٦٠

(٤) المادة ٤٧ منه

وهذه الحالات هى التالية(١) :

١ ــ حضور رئيس اللجنة الشعبية أو أحد أعضائها جلسات اللجنة أولجانها المتخصصة ، إن كان لهم فيها مصلحة شخصية بالذات أو بالواسطة أو لأحد أصولهم أو فروعهم أو أصهارهم ، لغاية الدرجة الرابعة ، أو تكون لهم بها مصلحة بصفتهم أوصياء أو قواماً أو وكلاء ، وإلا كانت قرارات تلك اللجان باطلة(٢) .

٢ ــ إبرام المنوه عنهم فى الحالة سابقاً مع اللجنة البلدية الشعبية بالذات أو الواسطة ، عقود مقاولة أو توريد أو التزام أو بيع أو إيجار أو غيرها من العقود فيما عدا الانتفاع بالمرافق أو الخدمات ، أو أن يؤدى له أيةخدمة بمقابل ، وإلا كان التصرف باطلا ، ومع ذلك يجوز لوزير البلديات أن يأذن فى إبرام عقود البيع أو الإيجار بين اللجنة الشعبية وبين رئيسها أو أحد أعضائها(٣) .

٣ ــ قيام أحد المذكورين آنفاً بنشاط فى قضية ضد اللجنة البلدية الشعبية بوصفه محامياً أو خبيراً أو أن يشترى أو يستأجر شيئاً أو حقاً متنازعاً عليه من المجلس أو أن يتملكه بأية طريقة كانت بغير الميراث وإلا كان التصرف باطلا(٤) .

٤ ــ وأخيراً فإن قانون البلديات أحال على اللائحة التنفيذية بيان محظورات أخرى على رؤساء وأعضاء اللجان الشعبية للبلديات وفروعها والمحلات التابعة

---

(١) ويجب أن يضاف إليها أيضاً الأسباب الموجبة لفقد الثقة والاعتبار المنصوص عليها فى قانون العقوبات أو غيره من القوانين (انظر الفقرة الثانية (٢) من المادة ٢٤ من اللائحة التنفيذية لقانون البلديات) .

(٢) المادة ٤٤ من قانون البلديات والمادة ٥٧ من قانون الإدارة المحلية رقم ١٣٠ لسنة ١٩٧٢ .

(٣) المادة ٤٥ و ٤٦ من قانون الإدارة المحلية .

(٤) المادة ٤٦ من قانون البلديات والمادة ٥٩ من قانون الإدارة المحلية الملغى رقم ١٣٠ لسنة ١٩٧٢

لها ، والتى يؤدى ارتكابها قيام حالة فقد الثقة والاعتبار ، وهى[١] :

— التجاوز فى حدود الاختصاصات الممنوحة لهم .

— إصدار الأوامر إلى الموظفين لا بصفتهم رؤساء لهم وفقاً لقانون الخد المدنية .

— إجراء مكاتبات أو اتصالات لغير رؤسائهم الأعلى مباشرة .

— التعرض لشئون الموظفين الإدارية والمالية خلافاً للإجراءات المنصوص عليها فى القوانين واللوائح .

ويلاحظ من جهة أن القانون أوجب صدور قرار إنهاء العضو أو إسقاطها ، من ثلثى عدد الأعضاء الذين تتألف منهم اللجنة ضماناً للأعضاء بينما لم يوجب لوقفها إلا صدور قرار بثلثى عدد الأعضاء الحاضرين ، بأغلبية بسيطة ، وذلك لأن حالة إنهاء العضوية هى أشد من حالة وقفها العضو[٢] .

ويلاحظ من جهة أخرى ، أن القانون لم ينص صراحة على حق عض اللجنة الشعبية البلدية أو رئيسها فى الطعن أمام القضاء الإدارى . غير أن هذا الحق مقرر له إعمالا للمبادىء العامة ، إذ أن المادة (٣٠) من الإعلا الدستورى تنص على أن : « لكل شخص الحق فى الالتجاء إلى المحاكم و للقانون » . كما أن المادة الثانية من قانون القضاء الإدارى رقم ٧٨ لسنة تنص على اختصاص دوائر القضاء الإدارى بالفصل فى المسائل المتع « بالقرارات الإدارية النهائية » . ولا تعدو قرارات إيقاف العض أو إسقاطها أو إنهائها أن تكون قرارات إدارية نهائية[٣] .

(١) المادة ٢٧ من اللائحة التنفيذية .

(٢) انظر مؤلفنا فى مبادىء القانون الإدارى ، المشار إليه سابقاً ص ٢٥٣ .

(٣) إذا صدر قرار إسقاط العضوية من مجلس قيادة الثورة فى هذه الحالة لا يخضع ل القضاء الإدارى وفقاً لقضاء المحكمة العليا . انظر مجلة المحكمة العليا ، طعن دستورى رقم ٣ - ٠ العدد الرابع ، يوليو ١٩٧٥

الآثار المترتبة على العضوية :

تترتب على العضوية فى اللجان الشعبية البلدية آثار قانونية منها ما يتعلق بحقوق الأعضاء وغيرها بمسئولياتهم :

فبالنسبة للحقوق ، يلاحظ أولا مجانية العضوية بالنسبة للأعضاء المذكورين ونرى أنه يقع أيضاً على اللجنة الشعبية البلدية تعويض الأعضاء عن نفقات انتقالهم من محل إقامتهم عند تكليفهم بمهام خاصة تناط بهم . كما تكون مسئولة مدنياً عن التعويض عن الحوادث التى قد يتعرض لها هؤلاء بسبب قيامهم بواجباتهم أو انتقالهم إلى مقر عملهم أو لأداء مهام خاصة(١) .

أما بالنسبة للواجبات ، فقد سبقت الإشارة إلى بعضها ، كواجب ترفع الأعضاء عن مواطن الشبهات وإلا فقدوا الثقة والاعتبار(٢) ، وواجب المواظبة على حضور الجلسات وإلا سقطت العضوية عنهم(٣) . وواجب الامتناع عن ارتكاب المحظورات وإلا تمت مساءلتهم(٤) . وقد أحال قانون البلديات على اللائحة التنفيذية له بيان القواعد والأحكام الخاصة بمساءلة رؤساء اللجان الشعبية للبلديات وتأديبهم والتحقيق معهم(٥) .

كما أحال القانون الآنف الذكر على قرار صادر من وزير البلديات تبيان القواعد والأحكام الخاصة بمساءلة رؤساء وأعضاء اللجان البلدية الشعبية الأخرى وتأديبهم والتحقيق معهم .

ثالثاً ــ النظام القانونى لموظفى البلديات :

يمكن تصور عدة نظم قانونية تحكم العاملين فى البلديات :

---

(١) فالين ، المرجع السابق ٣٣٠٨

(٢) المواد ٤٤ ، ٤٥ ، ٤٧ من قانون البلديات .

(٣) المادة ٤٣ من قانون البلديات .

(٤) المادة ٤٨ من قانون البلديات ، والمادة ٢٧ من اللائحة التنفيذية له .

(٥) وقد تولت المادة ٣٢ من اللائحة التنفيذية بيان العقوبات التى تطبق على رئيس اللجنة الشعبية فى حالة مخالفته واجبات عمله أو ظهوره بمظهر من شأنه الإخلال بكرامة عمله .

أولهـا : اتباع نظام موحد مطبق على العاملين فى الإدارة المركزية وفى وحدات الإدارة المحلية . وثانيها : اتباع نظام موحد فى وحدات الإدارة المحلية جميعها يختلف عن النظام المطبق فى الإدارة المركزية . وثالثها : اتباع نظام مستقل فى كل وحدة . وأخيراً اتباع نظام إعارة الموظفين(١) .

وقد أخذ المشرع بالنظام الأول ومقتضاه خضوع جميع الموظفين العاملين فى الإداة المركزية أو الإدارة المحلية (البلديات) لنظام خدمة واحد وهو قانون الخدمة المدنية واللوائح الصادرة بموجبه ، يخضع من خلاله العاملون فى البلديات لنفس القواعد القانونية المطبقة فى الإدارة المركزية . إلا أن بعض الشئون الوظيفية ، كالتعيين أو الترقية أو التأديب مثلا فوضت للبلديات ، مع حق العاملين فى الانتقال من الإدارة المركزية إلى الإدارة المحلية . وحق السلطة المركزية العليا (مجلس الوزراء) فى تقرير مثل هذا النقل .

وفيما يلى توضيح لنشأة هذا النظام وتطبيقه :

كان قانون الإدارة المحلية رقم ١٣٠ لسنة ١٩٧٢ قد أوجب إعادة النظر فى التنظيمات الإدارية سواء على مستوى الأجهزة المركزية أو الأجهزة المحلية ، ونقل اختصاصات المرافق المحلية إلى السلطات المحلية ، الأمر الذى استتبع إعادة توزيع الموظفين بنقل الذين كانوا يمارسون الاختصاصات المنقولة إلى مجالس الوحدات المحلية فى ذلك الوقت (أى المحافظات والبلديات) ومن ثم استقلال هذه بالعاملين فيها(٢) .

---

(١) كمال نور الله : « اللا مركزية من أجل التنمية القومية والمحلية » المنظمة العربية للعلوم الإدارية ، العدد ١٨٣ ، ص (٧٩) .

(٢) ولكى نوضح الأصل التاريخى لاستقلالية العاملين فى البلديات نقول بأن القانون الآنف الذكر نص على إعادة تنظيم الوزارات التى تنقل اختصاصاتها إلى المجالس المحلية (م ٩٧) وأن يعاد تنظيم الأجهزة الإدارية بالمجالس المحلية بحيث توجد الأجهزة التى تزاول نشاطاً واحداً أو متشابهاً وأن توزع المسئولية بين الموظفين وأن يصار إلى عملية عدم التركيز على الاختصاصات لدى الرؤساء . =

وقد أقر قانون البلديات نفس المبادىء التى جاء بها قانون الإد
المحلية الآنف الذكر من حيث أنه أخضع العاملين فى البلديات للسلط
المديرة لها ، أى بعبارة أخرى ، أنه ضمن استقلالهم عن الإدارة المركزية

غير أن القانون أقر أيضاً وحدة أحكامهم مع أحكام غيرهم من الموظ
العموميين فى الدولة . وذلك بنصه على أن « تطبيق فى شأن موظفى البلدي
أحكام قانون الخدمة المدنية وقانون التعاقد واللوائح الصادرة بمقتضاها و
فيما لم يرد بشأنه نص فى هذا القانون[1] » . هذا بالإضافة أن قانون الخ
المدنية الجديد رقم ٥٥ لسنة ١٩٧٦ نص على سريانه على موظفى البلديات[2]

وبإيجاز يجمع العاملون فى البلديات بين مظاهر الاستقلال والتبعي
فهم يتحدون أصلا مع الموظفين الخاضعين لقانون الخدمة المدنية واللو
الصادرة بمقتضاه فى الأحكام العامة للتوظيف ، ويختلفون معهم است
فى أحكام أخرى ، أهمها التالية :

١ ــ راعى المشرع الظروف المحيطة بكل بلدية وضرورة تش
الكفاءات عند العاملين من أبنائها ، وتمتعها باستقلالها القانونى والإدا
والمالى ، ومن ثم فقد قضى ــ تحت ظل مثل هذه الاعتبارات ــ باعت
موظفى كل بلدية وحدة بذاتها فيما يتعلق بالأقدمية والترقية[3] .

= وقد أدى استقلال اللجان الشعبية المحلية بموظفيها إلى وجود صنفين من الموظفين العاملي
المحافظات والبلديات :

الموظفون التابعون للوزارات فى العاصمة والذين يمارسون اختصاصات الإدارة المركز
وحدات الإدارة المحلية ، وهؤلاء يخضعون لوزاراتهم التى تعتبر السلطة الإدارية الرياسية بالنس

أما الصنف الثانى من الموظفين ــ وهم الذين يهمنا أمرهم ــ فهم الذين كانوا يتبعون مب
الهيئات المحلية .

ولم تكن التبعية للهيئات المحلية انتفاء صفة الموظف العام عنهم . ومن ثم فقد كان ال
انطباق أحكام قانون الخدمة المدنية وقانون التقاعد واللوائح الصادرة بمقتضاها وذلك فيما لم
بشأنه نص فى القانون الآنف الذكر (المادة ٦٢ من قانون الإدارة المحلية رقم ١٣٠ لسنة ٩٧٢

(١) المادة ٤٩ من القانون .

(٢) الجريدة الرسمية العدد ٤٨ السنة الرابعة عشرة .

(٣) المادة ٤٩ من قانون البلديات .

٢ ــ ولهذا السبب عينه نص القانون على أن : « تكون لكل بلدية لجنة لشئون موظفيها تشكل برئاسة أمين عام البلدية وعضوية المسئول عن الشئون المالية بالبلدية وأحد أعضاء اللجنة الشعبية تختاره اللجنة ومندوب عن وزارة العمل والخدمة المدنية يختاره وزيرها ومستشار قانونى . ويصدر بتشكيل اللجنة قرار من رئيس اللجنة الشعبية للبلدية .

وتختص اللجنة فيما عدا مانص عليه فى هذا القانون بإصدار القرارات المتعلقة بتعيين موظفى البلدية وغير ذلك من شئونهم الوظيفية ، على أن لاتكون قرارات اللجنة نافذة إلا بعد التصديق عليها من رئيس اللجنة الشعبية للبلدية . وتبلغ قرارات اللجنة بعد التصديق عليها إلى الجهات المختصة .

واستثناءاً من الأحكام المتقدمة تصدر القرارات المتعلقة بتعيين وترقية ونقل وندب وإعارة موظفى الفئة الأولى من مجلس الوزراء .

٣ ــ يضع رئيس اللجنة الشعبية للبلدية بموافقة اللجنة الآنفة الذكر ، ملاكاً لموظفى البلدية ويحدد فيه عدد الوظائف ودرجاتها ولا يكون الملاك نافذاً إلا بعد التصديق عليه من لجنة الخدمة المدنية(١) .

وفى رأينا أن المشرع احتاط عند اشتراطه عدم نفاذ الملاك إلا بعد التصديق عليه من لجنة الخدمة المدنية تجاه نزوع البلديات نحو المغالاة فى تضخيم ملاك جهازها الإدارى بتعيين من ليس لها حاجة بهم ، وللتأكد من ضرورة الوظائف المدرجة فى الملاك ، وتوافر الشروط والأوصاف القانونية لها .

٤ ــ ولكى تستطيع البلديات القيام بالمهام التى ألقاها القانون على عاتقها فيما يتعلق بالعاملين فيها ، استقلالا عن الإدارة المركزية ، فقد منح المشرع لرئيس اللجنة الشعبية للبلدية بالنسبة لموظفيها الاختصاصات الممنوحة للوزير

---

(١) المادة ٥٢ من قانون البلديات .

فى قانون الخدمة المدنية ولوائحه التنفيذية (١) . كما تكون لأمين عام البلدية سلطات واختصاصات رؤساء المصالح فى المسائل الإدارية والمالية بالنسبة لجميع موظفى البلدية(٢) .

٥ – ويظهر هذا الاستقلال أيضاً عند نقل الموظفين العاملين فى البلديات ذلك أن موافقة رئيس اللجنة الشعبية للبلدية لا بد منها كقاعدة عامة .

وعلى هذا الأساس يجوز بقرار من وزير العمل والخدمة المدنية نقل الموظفين من البلديات إلى الوزارات والمصالح الحكومية الأخرى وبالعكس ، وذلك بعد موافقة وزير البلديات ورئيس اللجنة الشعبية للبلدية ويكون النقل فيما بين البلديات وفيما بينها وبين الهيئات والمؤسسات العامة باتفاق الجهتين المنقول منها والمنقول إليها . ويصدر قرار النقل من الجهة المنقول منها بعد موافقة وزير البلديات . ويشترط فى جميع الأحوال موافقة الموظف على النقل مالم يصدر قرار من مجلس الوزارء بناء على اعتبارات يقدرها .

واستثناء مما تقدم ، وفى غير حالات النقل والندب لموظفى الفئة الأولى يجوز لوزير البلديات خلال فترة انتقالية لا تزيد عن سنتين نقل الموظفين أو ندبهم بين البلديات وبينها وبين الوزارة أو العكس . ويجوز تمديد هذه الفترة بقرار من مجلس الوزراء لفترة مماثلة ولمدة واحدة فقط (٣) .

ويلاحظ أن النقل من وإلى البلديات يجب أن يتم بحالته وفى درجة مالية لاتقل عن الدرجة التى يشغلها . ومع حساب مدة خدمته السابقة كاملة(٤) .

كما أن اشتراط القانون موافقة الموظف على نقله ، كقاعدة عامة ، يفيد بأن المشرع أراد تحقيق فكرة الموظف المحلى ، أى الإبقاء على ارتباطه ببلديته . أما مغزى صدور قرار النقل من مجلس الوزراء دون موافقة الموظف عليه ، فهو تحقيق المصلحة العامة .

---

(١) المادة ٥١ من القانون الآنف الذكر .

(٢) الفقرة الأخيرة من المادة ٥٣ من القانون السالف الذكر .

(٣) المادة ٥٦ من قانون البلديات .

(٤) انظر مؤلفنا من القانون الإدارى الليبى : المشار إليه سابقاً ص ٢٥٨ .

٦ ـ وأخيراً : وتأكيداً لاستقلال العاملين فى البلديات على السلط المركزية فقد تم إنشاء مجلس تأديب فى كل بلدية تختص بالمحاكمة التأديبية لموظفى البلديات(١)، عدا موظفى الفئة الأولى الذين تكون محاكمتهم أمام مجلس التأديب الأعلى (٢) ، ورجال الحرس البلدى الذين تسرى عليهم الأحكام الخاصة بالمحاكمات الموجزة المنصوص عليها فى قانون الشرطة ، وذلك فيما يتعلق بالتأديب(٣) .

ويعتبر الأمين العام أهم موظفى البلدية . يعين بقرار من وزير البلديات بناء على عرض من اللجنة الشعبية للبلدية . كما يصدر وزير البلديات القرارات المتعلقة بترقيته ومنحه العلاوات والحرمان منها وكافة مايتعلق بأعبائه الوظيفية بناء على توصية لجنة شئون الموظفين بالوزارة وبعد أخذ رأى اللجنة الشعبية بالبلدية . وتكون المحاكمة التأديبية له أمام مجلس التأديب العام بوزارة البلديات ، إلا إذا كان من موظفى الفئة الأولى فيكون تعيينه وترقيته بقرار من مجلس الوزراء . وتكون محاكمته التأديبية أمام مجلس التأديب الأعلى . ويعد رئيس اللجنة الشعبية للبلدية تقريراً سنوياً عن الأمين العام ويرفعه إلى وزير البلديات(٤) .

---

(١) المادة ٥٥ من قانون البلديات .

(٢) المادة ٥٣ من القانون الآنف الذكر .

(٣) المادة ٥٧ من القانون السابق .

(٤) المادة ٥٣ من القانون السابق .

المبحث الرابع

نظام العمل فى البلديات

تولى قانون البلديات بيان القواعد العامة التى تحكم سير العمل فى البلديات ، تاركاً للائحة التنفيذية ، وللوائح الإجراءات الداخلية لسائر اللجان الشعبية البلدية بيان الأحكام التفصيلية .

وفيما يلى أهم هذه الأحكام :

أولا – اجتماعات اللجان الشعبية :

١ – من حيث المكان :

تجتمع اللجان الشعبية للبلدية فى المكان المخصص لها (١) ، وإلا اعتبرت اجتماعاتها باطلة ، والقرارات الصادرة عنها فى ذلك الاجتماع باطلة أيضاً(٢).

والأصل أن تكون مداولات اللجان علانية ، لكى يتاح للجمهور مراقبة أعمالها وكل مايدور فيها من مناقشات .

٢ – من حيث الزمان :

تجتمع اللجان الشعبية البلدية فى دورات عادية ، ودورات غير عادية .

فعلى اللجنة الشعبية أن تجتمع اجتماعاً عادياً مرة واحدة على الأقل كل شهر بدعوة من الرئيس فى موعد يحدده . ويوالى عقد جلساته إلى أن ينتهى من نظر جميع المسائل المدرجة فى جدول الأعمال (٣).

---

(١) المادة ٣٦ من قانون البلديات .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٧٣ فى شأن ممارسة اللجان الشعبية لمسئولياتها الإدارية ، والصادرة عن رئاسة مجلس الوزراء فى ٦ ديسمبر ١٩٧٣ .

(٣) المادة ٣٦ من قانون البلديات .

أما الاجتماعات غير العادية فهى دورات تعقدها اللجان الشعبية لدرا
موضوع أو موضوعات ذات طابع استعجالى ، وذلك فى حالتين :

الأولى : إذا دعى الرئيس اللجنة لاجتماع غير عادى فى الوقت الذ
يحدده لدراسة مسألة أو مسائل خاصة .

والثانية : حالة إذا ماتقدم ثلث أعضاء اللجنة بطلب كتابى لدعو
للانعقاد على أنه يجوز لرئيس اللجنة الشعبية للبلدية الامتناع عن توجيه الدع
لدورة غير عادية أكثر من مرة واحدة كل شهر .

وإذا عقدت اللجنة اجتماعاً غير عادى ، فلا يجوز لهـا أن تتداول
إلا المسائل التى دعت من أجلها (١) .

ويلاحظ أن لكل عضو أن يبلغ الرئيس بما يرى إدراجه فى جدول أعم
اللجنة قبل انعقادها بأسبوع على الأقل . وعلى الرئيس أن يضمن جدو
الأعمال ما يقدمه الأعضاء من اقتراحات وموضوعات إذا كان النظر
من اختصاص اللجنة(٢) .

ثانياً ــ مداولات اللجان الشعبية البلدية :

أوجب المشرع حصول النصاب القانونى ، أى حضور أكثر من نص
عدد أعضاء اللجنة الشعبية لكى تكون مداولاتها وقراراتها صحيحة . و
توافرت فيها بقية الشروط . وتصدر قرارات اللجان بالأغلبية المطلقة للأعض
الحاضرين مالم ينص على اشتراط أغلبية خاصة . وعند تساوى الأصوا
يرجح الجانب الذى فيه الرئيس .

ومن ثم فإذا اجتمعت اللجنة الشعبية ، وكان عدد الحاضرين أقل
النصاب الذى حدده القانون ، أو صدر القرار دون أن ينال الأصوا
الأغلبية المطلقة للأعضاء الحاضرين ، واتخذت قراراً فى مثل هذا الاجتم
فيعتبر القرار باطلا لعيب فى الشكل(٣) .

(١) المادة ٣٧ من القانون الآنف الذكر .
(٢) المادة ٤٢ من القانون السابق .
(٣) المادة ٣٨ من قانون البلديات .

ثالثاً ــ اللجان :

قد لا تستطيع اللجنة الشعبية للبلدية حسم مسائل معينة ، إما لصعوبة اجتماع أعضائها أو لأن موضوع المسألة محل البحث ذات طابع خاص يقتضى مناقشته من قبل لجان فرعية أو فنية . لذا أوجب المشرع أن تؤلف اللجان الشعبية البلدية من بين أعضائها لجاناً دائمة أو وقتية لدراسة الموضوعات التى تختص بها البلدية .

وقد تعوز بعض اللجان الشعبية خبرات معينة أو كفاءات خاصة ، لذا أجاز المشرع لها أن تضم إلى عضوية لجانها من ترى الاستعانة برأيه من بين موظفى البلدية أو غيرهم من ذوى الكفاءة دون أن يكون لهم حق التصويت . وتتولى هذه اللجان القيام بالبحوث والدراسات الخاصة بالموضوعات التى تدخل فى هذا الاختصاص ، على أن تعرض اقتراحاتها على اللجنة الشعبية لاستصدار القرارات اللازمة(١) .

على أنه إذا فوضت إحدى هذه اللجان مباشرة اختصاص من اختصاصات اللجنة الشعبية فإن المشرع أوجب موافقة وزير البلديات على ذلك مقدماً .

وسبب ذلك كما نرى ، هو أن مباشرة اللجان الشعبية لاختصاصاتها واجب قانونى يقع عليها أصلا مباشرته بنفسها . فإذا أناطت مباشرته بغيرها من اللجان وجب إشراف السلطة المركزية على ذلك .

رابعاً ــ النظام الداخلى للجان الشعبية :

لم يتضمن قانون البلديات أحكاماً تتعلق بتنظيم المجلس لسير أعماله والإجراءات التى يسير عليها ، وإنما أحال المشرع على اللجنة الشعبية البلدية وضع لائحة الإجراءات الداخلية لها ولسائر اللجان البلدية الشعبية الأخرى فى دائرة البلدية ، والتى تتضمن تفصيلات ممارسة اللجان المذكورة للعمل فيها ، على أن يتم ذلك خلال الثلاثة الأشهر التالية لأول اجتماع يعقده ،

(١) المادة ٤٠ من قانون البلديات والمادة ٢٢ من اللائحة التنفيذية له .

وذلك وفقاً للأوضاع التى يصدر بها قرار من وزير البلديات(١).

وإن كان القانون قد أعطى اللجان اختصاص وضع لائحة إجراءاتها الداخلية من الناحية الظاهرية إلا أنه قيدها فى هذا الصدد بصدور قرار من إحدى سلطات الإدارة المركزية وهو وزير البلديات . أى بعبارة أخرى أن اللجان خاضعة عند وضع لوائح الإجراءات الداخلية لها للرقابة الإدارية .

ويصدق هذا القول أيضاً عندما تريد أية لجنة شعبية بلدية وضع أحكام خاصة بها تتعلق بإجراءاتها الداخلية ؛ إذ قيدها المشرع فى هذا المجال بأن أخضع قراراتها لتصديق وزير البلديات .

ويبدو من الحالتين السابقتين أن غرض المشرع هو توحيد لوائح الإجراءات الداخلية للبلديات ، مما يفصح عن ميل نحو المركزية فى هذا الشأن .

---

(١) المادة ٣٩ من قانون البلديات ، وانظر أيضاً المادة السادسة من قانون ممارسة اللجان الشعبية لمسئولياتها الإدارية . وقد صدر قرار وزير البلديات رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٦ باللائحة النموذجية الدا خلية للجان الشعبية للبلديات وذلك بتاريخ ٦ - ٦ - ١٩٧٦ .

الفصل الثانى

اختصاصات البلديات

لم تعد أجهزة الإدارة المحلية ، فى الدول النامية خاصة ، تضطلع بممارسة الاختصاصات التنفيذية التقليدية ، بل أصبحت تنهض أيضاً بمهام جديدة خاصة فى مجالات التنمية الشاملة بالمساهمة فى رفع المستوى الاقتصادى والاجتماعى للمجتمعات المحلية ضمن إطار الخطة العامة للدولة .

ويتم تحديد المصالح والخدمات والمشاريع والمرافق التى تدخل فى اختصاصات الإدارة المحلية بقانون أو استناداً على قانون .

غير أن التشريعات تختلف فى كيفية توزيعها للأنشطة المرفقية وللخدمات التى تترك للإدارة اللامركزية المحلية . فهل يتم هذا التحديد بشكل عام ، أو أنه يتم على سبيل الحصر ؟ وإذا حددت بشكل وارد على سبيل الحصر فما هو إذن مضمون هذه الأنشطة ، أى بماذا تختص به الأجهزة المحلية ؟ ثم ما هى الوسائل المالية التى تدخل فى صلاحية الأجهزة المذكورة للنهوض باختصاصاتها المرفقية وبالخدمات ؟ .

إن الإجابة على هذه الأسئلة فى ضوء قانون البلديات الجديد هى محل الفصل الثانى من هذه الدراسة .

المبحث الأول

أسلوب تحديد اختصاصات البلديات

تختلف الدول التى تأخذ بالنظام اللامركزى فى كيفية تحديد أسلوب تعيين المصالح والمرافق الذاتية موضوع اختصاص الهيئات المحلية .

ويمكن أن نكشف فى هذا الخصوص أسلوبين كبيرين :

الأول : تتحدد بمقتضاه اختصاصات الهيئات المحلية بشكل عام وهو الأسلوب المتبع فى فرنسا خاصة ، والآخر ، تتحدد بموجبه اختصاصات الهيئات المذكورة على سبيل الحصر ، وهو الأسلوب المتبع فى انكلترة .

أولا ــ تحديد الاختصاص بأسلوب عام :

بمقتضى هذه الصورة يتولى المشرع تحديد اختصاصات الوحدات اللامركزية جملة وبشكل عام بمقتضى قواعد تشريعية عامة تسرى على جميعها كان ينص القانون على أن يختص مجلس البلدية مثلا بإجراء كافة الشئون التى يراها فى مصلحة البلدية .

ومن ثم يكون لجميع هذه الوحدات اختصاصات عامة ومتماثلة بحيث يجوز للهيئات المديرة لها أن تمارس جميع الفعاليات الإدارية إلا ما استثناه المشرع بنص .

ففى فرنسا مثلا يلاحظ أن قانون البلديات الصادر فى ١٨٨٤ ينص فى المادة الأربعين منه على أن « ينظم المجلس البلدى بمداولاته شئون الوحدة البلدية « Les affaires de la commune » ومن ثم فالمجلس المذكور يتمتع باختصاص عام بحيث يجوز له اتخاذ أى قرار يتعلق بإشباع

المصالح البلدية(١) ، وهو الأمر الذى يترتب عليه الاختصاص التقديرى للمجلس فى إنشاء مرافق عامة متنوعة ومتعددة .

ومع ذلك فهناك مرافق بلدية إجبارية « Services Obligatoires » يتعين على المجلس البلدى إنشاؤها ، كمرفق الأحوال المدنية ، ومكاتب دفن الموتى ، ومكاتب التوظيف ... إلخ .

وهناك مرافق اختيارية « Services Facultatifs » يتمتع المجلس البلدى فى إنشائها بحرية شبه تامة ولا يقيده فى هذا المضمار .سوى الحدود التى يرسمها له قضاء مجلس الدولة الفرنسى ، والتى يمكن ردها إلى المبادىء التالية :

١ – ليس للمجالس البلدية إنشاء مرافق لها طابع تجارى ، أو لمنافسة أصحاب المهن الحرة وذلك بغرض تحقيق الربح . فلا تستطيع البلدية مثلا إنشاء مسرح لمجرد تحقيق بعض الأرباح .

٢ – إن إنشاء المرافق البلدية لا يكون مشروعاً ، إلا إذا أريد به سد حاجة اقتصادية قصر عن إشباعها النشاط الفردى ، كأن تنشىء البلدية مسرحاً فى بلدة لا يوجد فيها مثل هذا المرفق ، ولكن يتعين تصفية المنشآت البلدية إذا انتفت الحاجة إليها بسبب بدء النشاط الفردى فى إشباع الحاجات ولكن هذا لا يعنى تصفيتها فوراً ، وإنما يجب أن تمكن البلدية من الاستمرار فى النهوض بالمنشآت التى أقامها إلى أن تتمكن البلدية فى تغطية المصروفات التى أنفقت لإنشائها .

٣ – ولا يشترط أن يكون النشاط الفردى معدوماً إزاء إشباع خدمات تتعلق بمكافحة غلاء الأسعار أو تحسين الأوضاع السكنية أو الصحية لكى تستطيع البلدية التدخل ، إذ لها ذلك طالما كان النشاط الفردى رغم وجوده

(١) فالين ، المرجع السابق ص ٣٣٢ .

لايسد الخدمات المذكورة بكفاية ، كما فى حالة إنشاء البلدية لمجازر بقصد اللحوم بأسعار معقولة .

٤ ــ وعلى البلديات أن تصفى المنشآت التى أقامتها لتحقيق الأغر المنوه عنها فى الفقرة السابقة طالما نزلت أسعار الخدمات والسلع إلى المعقول . وهذه التصفية لا تتم فوراً ، إذ يستطيع المجلس البلدى أن على منشآته حتى تغطى النفقات التى تكبدها عند الإنشاء .

٥ ــ إن المرفق العام الذى ينشىء لتقديم خدمات تعتبر ابتداء مشر لا يستطيع القيام إضافة إليها بعمليات تجارية تكميلية ، حتى وإن اعتبر هذه بحد ذاتها غير مشروعة لو أن البلديات قامت بها كخدمات أساسية (١)

وأخيراً هناك اختصاصات يباشرها عميد البلدية بصفته ممثلا للس المركزية رغم أنها تعتبر من الشئون البلدية ، والتى تتمثل بالضبط الإدارى(٢)

ثانياً ــ تحديد الاختصاص على سبيل التحديد :

بمقتضى هذا الأسلوب يتولى المشرع تحديد اختصاصات الهيئ اللامركزية على سبيل الحصر . وعليه فلا يحق لهذه ممارسة أية فعاليات أو ا بأية خدمات أو مشروعات إدارية جديدة إلا بنص قانونى مستقل فأهليتها تكون مقيدة ابتداءاً بنص العمل القانونى المنشىء لها . وهو ا الذى يؤدى إلى تنوع اختصاصات الهيئات المذكورة وتباينها عند وحد النوع الواحد لتعدد القوانين المنظمة لها واختلافها .

---

(١) ريفيرو : المرجع السابق ص ٣٣٧

(٢) -Veaux, les Fonctions Municipale, Juris- classeur administratif, i. 126.

وانظر أيضاً فالين ، المرجع السابق ص ٣٥٣ – ٣٥٤ ، ريفيرو ، المرجع ا ص ٢٣٩ – ٣٤٠ ، فيديل ، المرجع السابق ، ص ٥٢٥ – ٥٥٦ . دى لوبادير ، المرجع ا ص ١٤٧ . مصطفى أبو زيد فهمى ، نظام الإدارة المحلية فى القانون المقارن ، مجلة العلوم الإ العدد الأول ١٩٦١ ص ١٦٠ – ١٦١ .

وعلى هذا الأساس فإن المشرع (بمقتضى القانون التشريعى أو القانون العرفى) ، فى انكلترة ، هو الذى يتولى تنظيم الوحدات المحلية ابتداءاً ويحدد مايناط بها من اختصاصات . فأهليتها مقيدة منذ البداية ومحدودة داخل هذه الاختصاصات وعليه فيجب أن تقتصر هذه على الاختصاصات وحدها ولا تتعداها إلى غيرها إلا أن يكون الأمر متعلقاً بأعمال تابعة للأعمال الأصلية وضرورية للقيام بها ، وإن تعدت الاختصاصات المرسومة لها وقع عملها باطلا ومخالفاً للقانون .

غير أن الوحدات المحلية فى انكلترا، خلافاً لما عليه الحال فى فرنسا، متباينة فى تنظيمها القانونى وفى اختصاصاتها ، وهو الأمر الذى يترتب على اختلاف الظروف الاجتماعية والاقتصادية المحيطة بكل وحدة محلية ومدى حاجتها إلى سلطات .

ثالثاً ــ الطريقة التى اتبعها المشرع فى قانون البلديات :

يلاحظ أن مواد الباب الثانى من قانون البلديات المتعلقة باختصاصات البلديات تتطابق معنى ومبنى مع نظائرها الواردة فى قانون الإدارة المحلية رقم ١٣٠ لسنة ١٩٧٢ . فكلاهما اتبعا أسلوباً واحداً فى طريق عرض اختصاصات البلديات ، وكذلك فى تعيين المرافق التى يوكل إلى البلديات مباشرتها .

ويلاحظ على هذا الأسلوب الذى اتبعه الشارع فى تحديد الاختصاصات مايلى (١) :

لم يأخذ قانون البلديات بأى من الأسلوبين الآنى الذكر على إطلاقه ، وإنما اتبع حلا وسطاً بينهما، وإن كان أميل نسبياً نحو تحديد هذه الاختصاصات

(١) قارن أيضاً قانون الإدارة المحلية المصرى رقم ١٢٤ لسنة ١٩٦٠ وتعديلاته وكذلك د . محمد فؤاد مهنا ، مبادىء وأحكام القانون الإدارى فى جمهورية مصر العربية ١٩٧٣ ص ٣٧٤ وبعدها .

على سبيل الحصر . وبيان ذلك أنه حدد فى بعض الحالات الاختصاص بوجه عام مع الإحالة بالنسبة للأحكام التفصيلية على اللائحة التنفيذية . وعلى هذا الأساس تنص الفقرة الأولى من المادة الثامنة من القانون الآنف الذكر على ما يلى : « تباشر البلدية بوجه عام إنشاء وإدارة المرافق العامة المتعلقة ... وذلك على النحو الذى توضحه اللائحة التنفيذية[1] » .

وفى حالات أخرى أحال الشارع على اللائحة التنفيذية ، لا فيما يتعلق بذكر تفصيلات الاختصاصات فحسب ، وإنما أيضاً فى تكملة اختصاصات المجالس بذكر مسائل أخرى تدخل فى ولايتها ، ولكن لم يرد ذكر لها فى النص التشريعى صراحة . وعلى هذا الأساس أردفت الفقرة الثانية من المادة السابقة بقولها : « كما تبين اللائحة المسائل الأخرى التى تباشرها البلدية .... وللبلدية أن تنشئ وتدير فى دائرة اختصاصاتها بالذات أو بالواسطة الأعمال والمؤسسات التى تراها كفيلة لتنفيذ اختصاصها » .

وقد صدرت اللائحة التنفيذية مفصلة للاختصاصات التى تناولها القانون. كما تولت أيضاً بيان الأحكام التكميلية .

والخلاصة أن المشرع لم يحدد اختصاصات البلدية بأسلوب عام مبهم ، كما فعل المشرع الفرنسى ، غير أنه أخذ عنه الأسلوب الموحد للاختصاصات ومن جهة أخرى فإن قانون البلديات جنح كثيراً نحو تحديد هذه الاختصاصات بدرجة كبيرة من الدقة كما تفعل التشريعات الإنكليزية بخصوص اختصاصات الوحدات المحلية ، إلا أنه ابتعد عنها بعدم اقتباسه منها مبدأ التفاوت فى الاختصاصات المناطة بالبلديات .

رابعاً – اختصاصات فروع البلديات والمحلات :

تختص اللجنة الشعبية للفروع أو المحلة بتنفيذ الأعمال والاختصاصات وتأدية الخدمات التى تقرها اللجنة الشعبية للبلدية بدائرة الفرع أو المحلة

(١) انظر أيضاً نص المادتين التاسعة والثانية عشر .

أو التى تفوضها فى تنفيذها ، وتمارس اللجنة الشعبية للمحلة اختصاصها تحت إشراف اللجنة الشعبية للفرع أو البلدية بحسب الحال ، وتمارس اللجنة الشعبية للفرع اختصاصاتها تحت إشراف اللجنة الشعبية للبلدية .

وتصدر بقرار من وزير البلديات لائحة تنظيم اختصاصات اللجان الشعبية للفروع والمحلات (١) .

كما لرئيس اللجنة الشعبية للبلدية تفويض بعض اختصاصاته لرؤساء اللجان الشعبية للفروع الثابتة للبلدية ، ولا يكون قرار التفويض نافذاً إلا بعد اعتماد من وزير البلديات (٢).

المبحث الثانى

المرافق المتعلقة باختصاصات البلديات

أشرنا من قبل بأن المرافق المحلية لا تدار من قبل البلديات وحدها وإنما تشاركها فى ذلك المراقبات .

وما أناطه قانون البلديات الجديد بالبلديات من مرافق وخدمات ومشروعات سبق لقانون الإدارة المحلية رقم ١٣٠ لسنة ١٩٧٢ أن أوكله نظائرها للبلديات التى كانت قد أنشئت فى ظله . وهى اختصاصات تنص عليها ، وبدرجات متفاوته ، قوانين الإدارة المحلية المقارنة .

غير أن الجديد فى الموضوع هو أولا : تولى قانون البلديات منح هذه

---

(١) المادة ١٩ من قانون البلديات . وقد صدر بالفعل قرار من وزير البلديات رقم ٢ لسنة ٧٦ بتاريخ ١ مايو ١٩٧٦ ، خص بتنظيم اختصاصات اللجان الشعبية للفروع والمحلات وإجراءات العمل فيها .

(٢) المادة ٦٢ من قانون البلديات .

سلطات ذات طابع تشريعى ، كما أوكل ثانياً : بوحدات تنقسم عليها البلديات وهى « المحلات » اختصاصات قضائية(١) ، وأخيراً فإن المشرع خول البلديات حق التدخل فى النشاط الاقتصادى ، فلم تعد ميزانيات البلديات ذات طابع إدارى صرف ، وإنما أصبح لها طابع إنمائى تستطيع بواسطتها البلديات من القيام بالمرافق الاقتصادية وتحقيق مايسمى « بالاشتراكية البلدية » ، وكل ذلك انطلاقاً من فلسفة الدولة فى السير فى الاتجاه الاشتراكى ومساهمة البلديات فى خطة التنمية العامة .

وفيما يلى نبين بإيجاز الاختصاصات المختلفة للبلديات :

أولا ــ اختصاصات ذات طابع إدارى (إنشاء المرافق المحلية وإدارتها والقيام بالشئون البلدية) .

١ ــ إنشاء وإدارة المرافق العامة :

تباشر البلديات بوجه عام إنشاء وإدارة المرافق العامة المتعلقة بشئون التنظيم والتخطيط والمبانى والشئون الصحية والاجتماعية ومرافق المياه والإنارة والمجارى والطرق والوسائل المحلية للنقل العام . وللبلدية أن تنشىء وتدير فى دائرة اختصاصها بالذات أو بالواسطة الأعمال والمؤسسات التى تراها كفيلة لتنفيذ اختصاصها (٢).

وقد ورد النص السابق مبيناً بوجه عام صلاحية إنشاء المرافق العامة فى نطاق البلدية ، إلا أنه جاء فى نفس الوقت محدداً لاختصاصات البلديات فى هذا المجال ، إذ لا تستطيع هذه إلا إنشاء مرافق محلية ليس لها طابع قومى . كما أنها لا تستطيع إلا إنشاء المرافق المحلية الضرورية لممارسة اختصاصاتها

---

(١) القانون رقم ٧٤ لسنة ١٩٧٥ فى شأن ممارسة اللجان الشعبية للمحلات لاختصاص التوفيق والتحكيم بين المواطنين ، الجريدة الرسمية ، العدد ٤٢ السنة الثالثة عشرة .

(٢) المادة الثامنة من قانون البلديات والمادة الأولى من اللائحة التنفيذية له التى فصلت المرافق والخدمات التى تتولاها البلدية .

فليس لها أيضاً إنشاء مرافق يراد بها إشباع خدمات لاتملك أداؤها ؛ وعلى هذا الأساس تنص أيضاً اللائحة التنفيذية للقانون بقولها : « للبلدية إنشاء وتنظيم وإدارة المرافق العامة اللازمة لممارسة اختصاصها... »(١) .

كما نشير أيضاً إلى أن النصين السابقين ليس فيهما مايمنع البلديات من قيامها بإنشاء وإدارة المرافق المحلية ذات الطابع التجارى والصناعى متى كانت هذه المرافق ضرورية للقيام بمهامها ، وطالما أن هذا الأمر لايتعارض مع اختصاصات الوزارات أو المؤسسات أو البلديات الأخرى وغيرها من الوحدات العامة المركزية أو المحلية فى الدولة ، لا بل إن قيام البلديات بمثل هذه المرافق أصبح يتفق مع الاتجاه الاقتصادى الذى تسير عليه الجمهورية العربية الليبية من سياسة التدخل والتحول فى المجالات الاقتصادية مسايرة للأفكار الاشتراكية تحقيقاً لما جاء به الإعلان الدستورى من أحكام ، وما قامت عليه الثورة من أهداف (٢) .

وتنهض البلديات بمرافقها العامة بالتوسل بإحدى الطرق المعروفة بإدارة المرافق العامة . فقد تتولى إدارتها بنفسها مباشرة « أى بطريقة الريجى » وقد تعهد بها إلى أحد أشخاص القانون الخاص فرداً كان أم شركة باللجوء مثلا إلى عقد التزام المرافق العامة ، أو أن تنشىء هى منظمة عامة تمنح الشخصية الاعتبارية لتنيط بها إدارة مرفق عام كما فى حالة المؤسسات العامة ؛ أو عن طريق شركات الاقتصاد المختلط ، أو الشركات العامة التابعة للبلدية .

٢ ــ تخطيط المدن وتنظيمها :

تختص البلديات بتنفيذ أحكام القوانين واللوائح الخاصة بتخطيط المدن والقرى وتنظيم المبانى وتقسيم الأراضى وتخصيص المناطق والإشراف

(١) المادتان ٢١ و ١٨ من قانون البلديات .
(٢) انظر فى ذلك مؤلفنا فى القانون الإدارى فى ج . ع . ل المشار إليه ص ٢٤٤ .

فليس لها أيضاً إنشاء مرافق يراد بها إشباع خدمات لاتملك أداؤها ، وعلى هذا الأساس تنص أيضاً اللائحة التنفيذية للقانون بقولها : « للبلدية إنشاء وتنظيم وإدارة المرافق العامة اللازمة لممارسة اختصاصها... »(١) .

كما نشير أيضاً إلى أن النصين السابقين ليس فيهما مايمنع البلديات من قيامها بإنشاء وإدارة المرافق المحلية ذات الطابع التجارى والصناعى متى كانت هذه المرافق ضرورية للقيام بمهامها ، وطالما أن هذا الأمر لايتعارض مع اختصاصات الوزارات أو المؤسسات أو البلديات الأخرى وغيرها من الوحدات العامة المركزية أو المحلية فى الدولة ، لا بل إن قيام البلديات بمثل هذه المرافق أصبح يتفق مع الاتجاه الاقتصادى الذى تسير عليه الجمهورية العربية الليبية من سياسة التدخل والتحول فى المجالات الاقتصادية مسايرة للأفكار الاشتراكية تحقيقاً لما جاء به الإعلان الدستورى من أحكام ، وما قامت عليه الثورة من أهداف (٢) .

وتنهض البلديات بمرافقها العامة بالتوسل بإحدى الطرق المعروفة بإدارة المرافق العامة . فقد تتولى إدارتها بنفسها مباشرة « أى بطريقة الريجى » وقد تعهد بها إلى أحد أشخاص القانون الخاص فرداً كان أم شركة باللجوء مثلا إلى عقد التزام المرافق العامة ، أو أن تنشىء هى منظمة عامة تمنح الشخصية الاعتبارية لتنيط بها إدارة مرفق عام كما فى حالة المؤسسات العامة ، أو عن طريق شركات الاقتصاد المختلط ، أو الشركات العامة التابعة للبلدية .

٢ ـ تخطيط المدن وتنظيمها :

تختص البلديات بتنفيذ أحكام القوانين واللوائح الخاصة بتخطيط المدن والقرى وتنظيم المبانى وتقسيم الأراضى وتخصيص المناطق والإشراف

(١) المادتان ٢١ و ١٨ من قانون البلديات .
(٢) انظر فى ذلك مؤلفنا فى القانون الإدارى فى ج . ع . ل المشار إليه ص ٢٤٤ .

والرقابة على حركة العمران والبناء . كما تختص بتخطيط وتحديد ممرات الكهرباء والهواتف والغاز بدائرة البلدية وتنفيذ هذه الممرات حسب التصميمات والمواصفات التى تضعها الجهات المختصة وعلى النحو الذى تحدد اللائحة التنفيذية(١).

٣ ـ المحافظة على الصحة العامة :

تقوم البلدية فى دائرتها بأعمال المحافظة على الصحة العامة وتنفا بإشراف وزارة الصحة القوانين الخاصة بالصحة العامة واللوائح الصادر بمقتضاها ، وخاصة فيما يتعلق بتوفير الماء الصالح للشرب والقيام بأعمال النظافة العامة ونقل القمامة ، وحماية البيئة ومنع التلوث ، ومراقبة وفحص المواد الغذائية ومنع تلوثها أو غشها ، ومراقبة وترخيص المحال الخطر أو المقلقة للراحة أو الضارة بالصحة ، وترخيص ومراقبة المحال العامة والملاهى العامة ، والمجازر والمسالخ العامة ، والحمامات العامة وشواطى الاستحمام العامة والمصايف والمغاسل العامة ودورات المياه العامة ، وتصريف المياه والفضلات والحدائق العامة والمقابر والدفن ونقل الموتى وحجز الحيوانات الضارة أو الناقلة للأمراض(٢) .

٤ ـ ترخيص المهن والحرف وإنشاء الأسواق العامة .

تتولى البلدية فى دائرتها الترخيص فى مزاولة المهن التجارية والصناعية والحرف والأعمال الأخرى . ويكون الترخيص من البلدية بموافقة الجهة المختصة بوزارة الداخلية . وتراقب البلدية تنفيذ شروط التراخيص التى تصدرها ومواعيد فتح المحال وإغلاقها ، وفقاً للأوضاع التى تنظمها القوانين واللوائح وعلى النحو الذى توضحه اللائحة التنفيذية (٤) كما تتولى البلديات

---

(١) المادة ٩ من القانون .

(٢) المادة ٢٠ من القانون .

(٣) المادة ١١ من القانون .

(٤) المادة ١٢ من قانون البلديات .

إنشاء الأسواق العامة ومحلات المزاد العلنى وتنظيمها وتديرها وترخص استعمالها والانتفاع بها ، وذلك وفقاً لأحكام القوانين واللوائح ومقابل الرسوم والإيجارات التى تحدد لذلك(١) .

ويلاحظ أن اختصاص البلدية تقديرى فى كل مرة يترك القانون للبلديات حرية إنشاء المرافق التى تريدها ، والتى تراها ضرورية لإشباع حاجة عامة ، وعلى هذا الأساس قضت المحكمة العليا فى قرارها الصادر فى ٢ يناير ١٩٦٢ بأن : « الأسواق تعتبر من المرافق العامة للبلدية ، وهى بهذا الوصف خاضعة للتنظيم الذى تجريه البلدية مادام هذا التنظيم يرمى إلى المصلحة العامة ، واختصاص البلدية فى هذه الحالة مطلق مالم يوجه إلى تصرفها عيب الانحراف ...(٢)

٥ ــ تولى شئون الأحوال المدنية :

تقوم البلدية بضبط وقائع الميلاد والإقامة والزواج والطلاق والوفاة وغيرها من الأحوال المدنية وفقاً لنظام سجلات النفوس ونظم المواليد والوفيات وإصدار الشهادات واستخراج الإحصاءات وتنفيذ القوانين واللوائح الخاصة بذلك(٣) .

٦ ــ مسائل أخرى :

تمارس البلديات اختصاصات أخرى وهى مراقبة عيار المعادن الثمينة (٤)

---

(١) المادة ١٣ من قانون البلديات .

(٢) مجلة المحكمة العليا ، طعن إدارى رقم ٣ ـ ٨ ، أبريل ١٩٦٥ . وانظر مؤلفنا فى القضاء الإدارى فى الجمهورية العربية الليبية ، ١٩٧٤ ص ٦٢ .

(٣) المادة ١٤ من قانون البلديات . وكذلك تفصيل ممارسة هذه الاختصاصات فى المرسوم بقانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٦٨ فى شأن الأعمال الشخصية بتاريخ ٢٥ مايو ١٩٦٨ واللائحة التنفيذية له الصادرة عن مجلس الوزراء (الجريدة الرسمية السنة السادسة ، العدد ٣٩) .

(٤) المادة ١٤ من القانون .

وتنظيم مراقبة الإعلانات ، وخدمة الوزن العام[١] وإدارة أملاكها والتصر
فيها [٢] .

٧ ــ حالة المشروعات ذات النفع العام المشتركة :

أجاز قانون البلديات اشتراك أكثر من بلدية فى مشروعات أو أعما
مرافق ذات نفع عام ، وعلى أن يصدر وزير البلديات قراراً بكيفية إدا
هذه المشروعات ، وتوزيع أعبائها مع البلديات المختصة[٣] . وهى مشروعا
إنتاجية مشتركة تعتبر جزءاً من النشاط العام الذى عهدت به الإدارة المركز
إلى البلديات . ولما كانت كل بلدية عاجزة لوحدها مالياً أو فنياً عن القيا
بها ، لذا كان لا بد من اشتراك أكثر من بلدية متقاربة فى مواقعها
ورغبة فى توحيد نمط إدارة مثل هذه المشروعات على نطاق الجمهوري
فيها ، كإنشاء مشروع مشترك لنقل الركاب وإدارته مثلا . ولما كانت
السلطة المركزية أبعد نظراً وأوسع أفقاً من كل بلدية على حدة إزاء الصالح
العام ، لذا أوجب القانون إصدار وزير البلديات قراراً بكيفية إدار
المشروعات المذكورة وتوزيع أعبائها على البلديات المختصة . هذا ويلاحظ
أن القانون لم ينص على من له حق إنشاء مثل هذه المشروعات ، ونرى
أن لوزير البلديات من تلقاء نفسه أو بناء على اقتراح البلديات المختص
إنشائها[٤] .

ثانياً ــ اختصاصات ذات طابع تشريعى :

أوكل المشرع بالبلديات اختصاصات تتعلق بممارسة التشريع العادى
أو الفرعى وكما يلى :

---

(١) المادة ١٦ من القانون .

(٢) المادة ١٧ من القانون .

(٣) المادة ٢٣ من قانون البلديات .

(٤) ويطلق على مثل هذه الهيئات « بنقابات البلدية Syndicat intercommunal » فى لبنان وفرنسا . وفى المغرب « نقابات الجماعات». انظر محمد عبد الله العربى ، مجلة العلوم الإدارية العدد الأول سنة ١٩٦٣ ص ٥٢ .

١ ـ سلطة اقتراح التشريعات :

يجوز للجان الشعبية البلدية اقتراح القوانين واللوائح ، واقتراح أوحذف حكم أو أكثر من أحكامها أو إضافة أحكام أخرى وصولا إلى خلق الإدارة الثورية ، والتشريعات التى يضعها الشعب بنفسه ورفع هذه الاقتراحات إلى الجهات المختصة ومجلس الوزراء لدراستها والعمل على اتخاذ إجراءات إصدارها(١) .

وهذا يعنى أن اللجان الشعبية البلدية أصبح لها اختصاص عام سابق على التشريع العادى أو الفرعى ، وسواء صدر التشريع الأخير عن مجلس الوزراء أو الوزراء أو أية وحدة إدارية أخرى طالما تعلق موضوعه بالبلديات وذلك متى رأت هذه أن هناك نقصاً أو قصوراً أو تعارضاً فى تشريع يتعارض مع أهداف الثورة .

٢ ـ سلطة إصدار اللوائح :

للجان الشعبية للبلديات أن تصدر لوائح فى الشئون البلدية التى تدخل فى نطاق اختصاصها ، وذلك فى حدود القوانين واللوائح العامة . ولا تعتبر نافذة إلا بتصديق وزير البلديات عليها . وللوزير أن يعترض عليها خلال ثلاثين يوماً ، ويكون الاعتراض مسبباً وكتابياً . فإذا تمسكت اللجنة بقرارها عرض الوزير الأمر على مجلس الوزراء ليقرر مايراه ، ولوزير البلديات إصدار لائحة نموذجية موحدة تهتدى تلك اللجان بأحكامها(٢) .

ويعاقب على مخالفة اللوائح المذكورة بالحبس مدة لا تزيد عن سبعة أيام وبغرامة لا تزيد على عشرة دنانير أو بإحدى هاتين العقوبتين وذلك مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون العقوبات أو غيره من القوانين(٣) .

---

(١) المادة السادسة من قانون ممارسة اللجان الشعبية لمسئولياتها الإدارية .

(٢) المادة ٢٠ من قانون البلديات .

(٣) المادة ٦٥ من القانون الآنف الذكر .

ويلاحظ على السلطة اللائحية البلدية ما يلى :

١ – أن هذه السلطة ليست كسلطة اقتراح القوانين ، إنما هى سل فعلية فى وضع التشريعات الفرعية أى اللوائح .

٢ – أن سلطة البلدية فى وضع اللوائح هى مقيدة بالنطاق السكانى الذ تعمل ضمنه . ومن ثم فليس لها أن تصدر لائحة يمتد نطاق نفاذها إلى خار حدود نطاقها وإلا وقعت باطلة .

٣ – للبلديات وضع لوائح تنفيذية فحسب ، أى لها وضع لوائ تكميلية من شأنها تيسير تنفيذ القوانين . ومن ثم فلايجوز للبلديات إضا حكم جديد فى اللوائح التى تصدرها أو تعدل فى حكم قانونى له وزن قانو أعلى من اللائحة الصادرة عن البلدية . فاختصاصها اللائحى هو إذن تنفيذ وليس استقلالى(١) . ومن ثم فتعتبر باطلة اللوائح المستقلة الصادرة ع البلدية .

٤ – أن سلطة البلديات فى وضع لوائحها ليست نهائية ، وإنما تخض لتصديق السلطة المركزية ، ومن ثم فلا يجوز الطعن فيها بالإلغاء إلا بع نفاذها(٢) .

---

(١) حول التفرقة بين اللوائح التنفيذية واللوائح المستقلة ، راجع مؤلفنا مبادىء القانو الإدارى المشار إليه آنفاً ، ص ٦٠٥ ، وكذلك طعيمة الجرف ، القانون الإدارى ، ص ٢٩٨ وبعدها .

المبحث الثالث

الاختصاصات المالية

يترتب على الاعتراف للبلديات بالشخصية الاعتبارية ، تمتعها بذمة مالية مستقلة تمكنها القيام بأوجه النشاطات والمرافق العامة الداخلة فى نطاق اختصاصاتها الإدارية .

وتتولى اللجان الشعبية للبلديات إدارة أموال البلديات . وحيث أن هذه الوحدات الإدارية هى أشخاص اعتبارية عامة ، لذا فالأصل سريان القواعد المتعلقة بحفظ وصرف أموال الدولة ، على أموالها(١) . كما يتبع فى تحصيل الرسوم والعوائد والأتاوات والإيجارات والموارد المالية الأخرى التى تعود للبلديات وفى حفظها وصرفها والإعفاء منها وتقادمها القواعد المقررة فى شأن أموال الدولة(٢) .

ويتفرع على الاعتراف بالشخصية الاعتبارية للبلديات نتيجة أخرى مؤداها ، أن الآثار القانونية لتصرفات لجانها الشعبية تترتب على أموالها الخاصة بها والمكونة لذمتها المالية دون أموال الدولة . ومن ثم فاللجان الشعبية ممثلة برؤسائها هى التى تكون مدعية أو مدعى عليها عند التقاضى .

وأخيراً ، يترتب على القول بتمتع البلديات بالذمة المالية المستقلة تعيين مدى أهليتها فى تدبير مواردها المالية وأوجه إنفاقها وتحديد إجراءات وضع ميزانيتها .

---

(١) وهذا ما تنص عليه المادة ٢٨ من قانون البلديات بقولها : « تسرى على أموال وحدات الإدارة المحلية أحكام قانون النظام المالى للدولة بالأوضاع والإجراءات التى يحددها قرار من مجلس الوزراء وذلك مما لم يرد بشأنه نص خاص فى هذا القانون ... » .

(٢) المادة ٢٧ من قانون البلديات .

أولا – الموارد المالية :

تهدف الموارد المالية لوحدات الإدارة المحلية عموماً إلى تحقيق الاعتبار التالية :

(أ) أن تكون هذه الموارد ذات مرونة تسمح بمواجهة النمو المط فى مطالب الوحدات المحلية ، إذ كلما كانت هذه الموارد مرنة زاد مقدرة الهيئات المحلية التى تتمتع بها على الإنتاج والنمو .

(ب) أن تكون هذه الموارد ذات طابع محلى بحت . فلايتجاوز وعا نطاق الوحدة المحلية . ويحسن بالحكومة المركزية أن تحيل إلى مجالس الوحد المحلية حصيلة الضرائب ذات الطابع المحلى كضريبة الأراضى أو ضريبة الم أو غيرها من الضرائب التى كانت تستأثر بها قبل استحداث نظام الإد المحلية .

(ج) يجب أن يكون الاعتماد الأكبر للهيئات المحلية على مواردها مع التسليم بجواز إمداد الحكومة المركزية للهيئات المحلية بإعانات مالية بع المرافق التى أحيل إليها – ولا مناص من ضمان هذه الإعانة فى الفترة الأولى فذلك أدعى إلى تغذية شعور مواطنيها بمسئوليتهم المحلية(١) .

إن مراعاة الاعتبارات السابقة أخذت بنظر الاعتبار عند ماحدد سلطات البلديات المالية فى تدبير مواردها المالية الضريبية أو غير الضر وكما يلى :

١ – الضرائب المحلية :

تختلف الدول فى كيفية تنظيم الضرائب المحلية .

---

(١) انظر التوصيات الصادرة عن المؤتمر العربى الثالث للعلوم الإدارية والمعقو القاهرة من ٢٣ – ٢٧ أكتوبر ١٩٦٥ ، والمنشور فى مجلة العلوم الإدارية . العدد الث سنة ١٩٦٥ ص ٥١ . وكذلك محمد عبد الله العربى ، « البلديات » المرجع السابق ص ٢٣ ولنفس المؤلف فى نفس المعنى : « نظم الإدارة المحلية » مجلة القانون والاقتصاد ، العدد الثانى ص

فمنها ، كانجلترا مثلا ، تقرر ضرائب محلية « Local Rates » خاصة بسلطاتها المحلية ، لا تشاركها فيها الحكومة المركزية ، كما لا تشارك هى الحكومة المركزية بما تفرضه من ضرائب عامة(١) .

وهناك دول أخرى — كفرنسا — صاغت نظام الموارد الضريبية للهيئات المحلية فيها فى صورة ضرائب إضافية تعلى على الضرائب المركزية وبنسبة مئوية منها « des centimes additionnrels » تحددها الحكومة المركزية . غير أن فرنسا التى كانت قد أخذت بهذا النظام ، تحولت عنه نحو آخر يقوم على أساس فرض ضرائب محلية مباشرة تتمثل بضريبة العقارات المبنية وضريبة السكن وضريبة ممارسة المهن(٢) .

وتتمثل مزايا الأسلوب الأول فى تخصيص الضرائب العقارية العينية كلها للسلطات المحلية . أما مزايا الأسلوب الآخر فى صورته الأصلية فيتمثل فى إجازة فرض ضرائب إضافية على بعض الضرائب المركزية .

وهناك من الدول التى جمعت بين الأسلوبين ، ومنها مصر (٣) وليبيا .

وعلى هذا الأساس نص المشرع على أن تكون إيرادات البلديات من جهة ذات طابع محلى بحت . وهى « نصف حصيلة كل من الضريبة على دخل العقارات وضريبة الملاهى التى تجبى فى دائرة اختصاص البلدية(٤) . إن وجود هذا المصدر المحلى للتمويل ضمان لصون استقلال السلطات المحلية وضمان لحزمها فى الإنفاق . ومن جهة أخرى فإن مصدر التمويل الضريبى الآخر هو « ٣٠ بالمائة من الضريبة على دخل التجارة والصناعة والحرف

---

(١) راجع للتفصيل
« Garner, Administrative Law» « 2e édition, London, 1967 ».

(٢) راجع ريفيرو ، المرجع السابق ص ٣٤٢ وانظر أيضاً : « Trotobas, Finance Publique, Dalloz, 1969, 460 ».

(٣) محمد عبد الله العربى ، نظم الإدارة المحلية ، مجلة القانون والاقتصاد ، العدد الثانى ص ٣٨٤ .

(٤) المادة ٢٤ الفقرة (د) .

والضريبة على الشركات باستثناء الشركات الخاضعة لقوانين النفط والتى تجبى فى دائرة اختصاص البلدية ، وإذا كان النشاط الذى تجبى عنه الضريبة يشمل أكثر من دائرة اختصاص بلدية توزع حصيلة الضريبة على البلديات المختصة بقرار من وزير البلديات .

كما عنى المشرع أيضاً بمواجهة احتمالات المستقبل ، فأجاز أن تفرض ضرائب لحساب البلديات أو تنزل عنها الحكومة لها بمقتضى القوانين واللوائح .

٢ ــ الرسوم والعوائد :

الرسوم هى المقابل المالى المعادل لتكاليف الإنتاج والذى تقتضيه البلديات نظير الخدمات التى تقدمها للمنتفعين منها . أما العائد فهو المقابل المالى الذى تقتضيه البلديات نظير خدماتها والذى يتجاوز تكاليف الإنتاج بحيث تكون هذه الزيادة ربحاً صافياً .

والرسوم والعوائد التى تفرضها البلديات هى التالية :

(أ) رسوم وعوائد إجبارية « Taxes obliyatoires » : وهى التى تفرض لحساب البلديات أو التى تنزل عنها الحكومة لها بمقتضى القوانين واللوائح ، أو أنها تتمثل برسم إضافى قدره ٥ ٪ من الرسوم الجمركية عن الاستيراد والتصدير . ويكون توزيع حصيلته على البلديات تجبيها الحكومة المركزية فى بلديات الحدود لكى توزعها على سائر البلديات فى ضوء احتياجاتها .

وإطلاق اسم الرسوم على مثل هذه الموارد المالية للبلدية فيه كثير من التجوز طالما أن البلديات لا تفرض ولا تحدد مقدارها بنفسها . ويأخذ الاتحاد

---

(١) المادة ٢٤ الفقرة (و) .

(٢) المادة ٢٤ الفقرة (أ) .

السوفييتى بمثل هذا النظام الذى يفترض إذا فرض الضرائب من قبل الدولة ثم إعادة توزيعها على الهيئات المحلية(١).

(ب) رسوم وعوائد اختيارية « Taxes Facultatives » :

وهى الرسوم والعوائد التى يجوز للبلدية فرضها طبقاً لأحكام قانون البلديات والتى يترك لها القانون تقدير نسبها تبعاً لحاجاتها .

كما للبلديات من جهة أخرى أن تفرض رسوماً وعوائد مقابل الانتفاع بالمرافق العامة التى تملكها أو المعهود إليها بإدارتها أو مقابل استغلال المرافق العامة أو مقابل استعمال الأملاك العامة التى آلت إليها مباشرة شئونها . كما تفرض رسوماً على الرخص التى تمنحها البلدية بمقتضى هذا القانون أو غيره من القوانين واللوائح وغير ذلك من الرسوم التى لها صفة بلدية محضة .

ويلاحظ أن المشرع بإحالته على اللائحة التنفيذية تحديد الرسوم المحلية ، جعل الباب مفتوحاً أمام الحكومة المركزية وضع ماتدعو الضرورة ومقتضيات التطبيق العملى إلى وضعه من أحكام فى شأن الرسوم المحلية وتحديد وعائها .

٣ ــ الأتاوات :

الأتاوة هى مبلغ من المال يفرض على صاحب العقار بنسبة مقدار النفع الخاص الذى عاد على عقاره من جراء أشغال عامة ذات نفع عام قامت الدولة أو إحدى السلطات المحلية ، كفتح شارع جديد أو توسيعه أو مده أو إنشاء مجارى ، أو منتزه .

---

(١) « Duverger, Finances Publiques, Thamis, 1965, p. 506 » .

(٢) انظر المادة ٢٤ (ط) والمادة ٢٥ من قانون البلديات . وقد تناولت اللائحة التنفيذية بالتفصيل بيان الرسوم والعوائد والأتاوات ، كالرسم على المحال التجارية ، ومحلات الملاهى العامة والأسواق العامة ومحلات المزاد العلنى ، والمسالخ والمذابح وعلى أعمال النظافة ونقل القمامة والحمامات العمومية والمغاسل العمومية ، واستغلال الشواطىء والسواحل والمصايف والمرافق العامة الملحقة بها . ومراكب النزهة ، وربط المياه والمجارى ، واستهلاك المياه ونقلها ، ودمغ المصوغات ووقوف السيارات والعربات والمركبات الآلية والإعلانات التجارية ، وإيواء الكلاب بالمأوى البلدى . انظر المواد ٦١ – ٨٠ من اللائحة .

وماعدا الأتاوات التى يجوز للبلديات فرضها طبقاً لأحكام قانو البلديات ، فيلاحظ أن القانون أطلق على فروض مالية أخرى لا ينطبق عليه الوصف القانونى الصحيح للأتاوة . وهى المبالغ المالية التى تفرض مقابل الانتفاع بالمرافق العامة أومقابل استغلالها أو استعمال الأملاك العامة(١) .

٤ ــ الهبات والوصايا التى تتلقاها البلديات(٢).

٥ ــ القروض الداخلية والخارجية(٣) :

ولنا أن نتساءل عن مدى جدية النص فى القانون على جواز عق البلديات لقروض خارجية خاصة ، وأن الموارد المالية للدولة هى الآ ولمستقبل ليس بالقريب من السعة بحيث أن البلديات لو شعرت بالعو لاقترضت من الدولة وليس من جهات أجنبية .

٦ ــ الغرامات :

وتشمــل :

١ ــ المبالغ المتحصلة من توقيع العقوبة أو من الصلح فى الجرائ التى ترتكب ضد أحكام القوانين واللوائح التى تختص البلدية بتنفيذها(٤).

٢ ــ ستون بالمائة من المبالغ المتحصلة من جرائم المرور وتوزع على البلديات بقرار من وزير البلديات .

٧ ــ الدعم والإعانة التى تمنحها الحكومة(٥) :

ويراد بهذا المورد الأخير النصيب المالى الذى تقدره الحكومة المركزي لكل بلدية من البلديات لسد العجز فى مواردها الذاتية ، والذى تصادفه وفاء

(١) المادة ٢٤ من قانون البلديات (الفقر ـ ب ـ) والمادة ٢٥ منه .
(٢) المادة ٢١ والمادة ٢٤ (الفقرة ـ د)
(٣) المادة ٢١ والمادة ٢٤ (الفقرة ـ د ـ)
(٤) المادة ٢٤ (الفقرة ز) .
(٥) المادة ٢٤ (الفقرة ى) .

بنفقاتها وضماناً لقيامها بالمرافق المحلية ، أو نهوضاً بمشاريع التنمية . والأساليب المختلفة فى تقديم المعونة تكون إما إجمالية ، أو مخصصة . وينحدد مقدار الإعانة الأولى إما وفقاً لعدد سكان البلدية ، أوتبعاً للموارد الذاتية لكل منها بحيث يتناول الفرق بين الموارد والمبالغ اللازمة لتنفيذ البرنامج المقرر فى الخطة الإنمائية للدولة . وقد تكون الإعانة ممنوحة لغرض مخصص ، وذلك من أجل تنفيذ مشروع معين(١) .

ثانياً ــ ميزانيات البلديات :

أناط قانون البلديات ولائحته التنفيذية بكل بلدية وضع برنامجها السنوى بأن وكل لها أمر وضع ميزانيتها الشاملة لإيراداتها ومصروفاتها أى أقر لها اختصاصها فى أن تحدد مقدماً مايجوز لها إنفاقه ، والموارد المالية التى تواجه هذا الإنفاق لتقوم بالمرافق والأنشطة البلدية طبقاً لهذا البرنامج المرسوم وفى إطار الميزانية العامة للدولة والخطة العامة فى التنمية .

ويلاحظ بأن القانون السابق رقم ١٣٠ لسنة ١٩٧٢ كان قد أدخل تطويراً هاماً على الأحكام المتعلقة بإعداد وإصدار ميزانيات وحدات الإدارة المحلية بما يحقق التبسيط ويزيل التعقيد فى الإجراءات ، وتنظيم العلاقة بين السلطة المركزية المختصة بالتخطيط والأجهزة المحلية المختصة بالتنفيذ . كما كان المشرع قد قرر إنشاء ميزانية للتنمية خاصة بكل وحدة من وحدات الإدارة المحلية بجانب ميزانيتها الإدارية(٢) .

وقد أبقى قانون البلديات الجديد على الإصلاحات التى جاء بها القانون السابق لا بل إنه بسط أكثر إصدار الميزانيات بأن جعل إقرارها ليس منوطاً بمجلس الوزراء ، وإنما بقرار من وزير البلديات .

---

(١) كمال نور الدين « اللامركزية من أجل التنمية القومية والمحلية » ، المنظمة العربية للعلو ـ الإدارية ، العدد ١٨٣ .

(٢) المواد ٣٤ ــ ٤٠ . وانظر مؤلفنا فى مبادىء القانون الإدارى فى ج . ع . ل ص ٢٦٥ ــ ٢٦٧ .

ولكى نستطيع توضيح اختصاصات البلديات بالنسبة لميزانيتها لا بد لنا من استعراض المراحل التى تمر بها الميزانيات وكالآتى :

١ ـ إعداد الميزانيات :

(أ) الميزانيات الإدارية : لكل بلدية ميزانية مستقلة تعدها اللجنة الشعبية للبلدية قبل بدء السنة المالية بسبعة أشهر على الأقل مشروع الميزانية الإدارية للبلدية متضمنة تقديراتها عن إيراداتها البلدية المتوقع الحصول عليها ، والمصروفات المقرر إنفاقها ، وتقسم الميزانية إلى أبواب وبنود وفقاً للنظام المتبع فى ميزانيات الدولة . ويقدم المشروع إلى وزير الخزانة ليتولى دراسة المشروعات المقدمة إليه وإتخاذ إجراءات اعتماد المبالغ اللازمة لكل بلدية فى الميزانية الإدارية للدولة(١) .

وبعد إبلاغ البلديات بالمبالغ التى اعتمدت لها كإنفاق عام تقوم اللجنة الشعبية للبلدية بوضع ميزانية إدارية تتضمن توزيعاً لهذه المبالغ على أوجه إنفاقها وذلك طبقاً للأوضاع التى أعد بها مشروع الميزانية(٢) . وتبدأ السنة المالية وتنتهى فى المواعيد المقررة لميزانيات الدولة(٣) .

(ب) بالنسبة لميزانيات التنمية فتسرى عليها نفس القواعد السابقة . ويتم تحضير الميزانيات المذكورة من قبل اللجنة الشعبية التى تتولى إعداد مشروع خطة وميزانية التنمية للبلدية فى شكل مشروع وتقدمها قبل بدء السنة المالية بسبعة أشهر على الأقل إلى وزير البلديات ليتولى دراسة ذلك قبل بدء السنة المالية بخمسة أشهر على الأقل ويتولى وزير البلديات اتخاذ الإجراءات اللازمة لاعتماد المشروعات والمخصصات اللازمة لها .

---

(١) المادة ٣٠ من قانون البلديات ، والمادة ٤١ و ٤٢ من اللائحة التنفيذية له .

(٢) المادة ٣١ من القانون الآنف الذكر .

(٣) المادة ٤١ من اللائحة التنفيذية .

وتقوم اللجنة الشعبية للبلدية على ضوء المشروعات والمخصصات المعتمدة بوضع ميزانية التنمية للبلدية والتى تصدر بقرار من وزير البلديات .

ويلاحظ بأن مشاريع التنمية المدرجة فى ميزانيات البلديات هى جزء من خطة التنمية الاقتصادية التى يتعين تنفيذها خلال مدة قد تزيد عن سنة ليتراخى تطبيقها على عدة سنوات ، لذا فقد أجاز المشرع للبلديات إبرام عقوداً من شأنها أن ترتب التزامات على السنوات المالية المقبلة فى حالة عقود المشروعات القابلة للتجزئة والتى يمتد تنفيذها إلى مابعد انتهاء السنة المالية بشرط ألا تزيد قيمة تلك العقود على جملة التكاليف النهائية الواردة المعتمدة لهذه المشروعات .

ويجوز بالنسبة لمشروعات التنمية الارتباط فى شأنها مقدماً بشرط أن تكون الأعمال والتوريدات المتعلقة بها واردة فى مشروع الخطة المعتمدة(١)

وقد أريد بالأحكام السابقة تجاوز مبدأ سنوية الميزانية وصولا إلى تحقيق التنمية الاقتصادية التى يحتاج تنفيذ خطتها إلى مدة أطول .

٢ ــ اعتماد الميزانية :

تعتمد الميزانيات الإدارية بقرار من وزير الخزانة (٢) ، أما ميزانيات التنمية فبقرار من وزير البلديات(٣) .

وإذا تأخر اعتماد ميزانية إحدى البلديات إلى مابعد بداية السنة المالية الجديدة فيعمل بالميزانية السابقة لها لحين اعتماد ميزانيتها الجديدة ، وذلك بأن تفتح تلقائياً اعتمادات مالية شهرية مؤقتة على أساس جزء من اثنى عشر جزءاً من ميزانية السنة المالية المنصرمة(٤) .

والغرض خاصة من اعتماد وزير البلديات لميزانيات التنمية هو جعل

---

(١) المادة ٢٣ و ٣٥ من قانون البلديات ، والمادة ٤٣ من اللائحة التنفيذية له .

(٢) المادة ٣١ من قانون البلديات .

(٣) المادة ٣٣ من قانون البلديات .

(٤) المادة ٣١ من القانون .

هذه الميزانيات فى وضع ينسجم مع خطة التنمية العامة للدولة وبشكل يج
إدارات الدولة ومنها البلديات أكثر فاعلية وإنتاجاً . أى بعبارة أخرى ج
برامج البلديات الإنمائية ومشروعاتها فى وضع يحقق فعلا خطة التن
بما يحقق المصالح المحلية والمصالح الوطنية .

ويتبين مما سبق ، بأن القاعدة التى أرساها قانون البلديات — و
قبله أيضاً قانون الإدارة المحلية رقم ١٩٠ لسنة ١٩٧٢ هى أن ميزانيا
البلديات لاتحتاج إلى اعتماد من السلطة التشريعية ، وأن المشرع جا
الأحكام التى من شأنها عرقلة هذا الاعتماد أو تعقيده .

وإن كانت السلطة التشريعية ممثلة بمجلس قيادة الثورة ، لايعت
ميزانية وحدات المجالس المحلية ، فإن مراقبة المجالس لا بد وأن ت
بصورة غير مباشرة إلى تلك الميزانيات بحكم أن مبالغ هذه الميزانيا
معتمدة فى الميزانية العامة للدولة ، أو ميزانية التنمية ، اللتين يجب أن تصد
بقانون وفقاً للمادة ٢١ من الإعلان الدستورى . كما يعتمد مجلس قي
الثورة بقرار منه الحساب الختامى لها . هذا بالإضافة إلى أن المجلس يجر
رقابة بصورة غير مباشرة على ميزانيات البلديات بحكم أن الإعانات الم
التى تقدمها الحكومة المركزية للبلديات تشكل المورد الأساسى لها ، و
الإعانات المرصدة فى ميزانية وزارة البلديات ، وميزانيات الوزار
جميعها تعتمد من مجلس قيادة الثورة .

٣ — تنفيذ الميزانيات :

لم يورد قانون البلديات سوى أحكام محدودة تتعلق بتنفيذ الميز
خلافاً للائحة التنفيذية . فقد أشار القانون على سريان لائحة المناقص
والمزايدات الحكومية على البلديات ، على أن تمارس اختصاصات
العطاءات المركزية ، لجنة تشكل فى كل بلدية بقرار من اللجنة الشع
للبلدية برياسة أمين عام البلدية وعضوية أربعة من أعضاء اللجنة الشع
للبلدية تختارهم اللجنة والمسئول المالى ورئيس القسم الفنى بالبلدية .

وقرارات اللجنة نهائية بعد اعتمادها من رئيس اللجنة الشعبية للبلدية . وذلك فيما عدا العطاءات التى تجاوز قيمتها عشرة فى المائة من مجموع مخصصات التنمية للبلدية فلاتكون نافذة إلا بعد اعتمادها من وزير البلديات، ويمارس رئيس اللجنة الشعبية للبلدية الاختصاصات المعهودة إلى الوزير المختص فى اللائحة المشار إليها(١) .

كما أوجب القانون على اللجان الشعبية للبلدية وضع حسابها الختامى عن العام المنقضى خلال ثلاثة أشهر على الأكثر من انتهاء السنة المالية ، ويعتمد وزير الخزانة الحساب الختامى للبلديات(٢) .

أما اللائحة التنفيذية لقانون البلديات فقد تناولت على الأخص الرقابة على تنفيذ الميزانيات ، فأوجبت اتباع البلديات إمساك الدفاتر والسجلات المالية وضبطها وفقاً للنظام الذى يصدر به قرار من وزير الخزانة . كما تولت تنظيم مسائل تتعلق بفتح الحسابات فى المصارف والصرف والحسابات الواجب تنظيمها ، والمخازن البلدية ، وكل ذلك من أجل المحافظة على أموال البلديات وصيانتها وضمان عدم امتداد يد العبث أو الإهدار إليها(٣) .

كما أوضحت اللائحة السلطات المالية لرئيس اللجان الشعبية للبلدية ، وأمين عام البلدية ، والأمين العام المساعد لها بقولها : « يمارس رئيس اللجنة الشعبية للبلدية فى دائرة اختصاصها صلاحيات الوزير ووكيل الوزارة وذلك بالنسبة للاختصاصات المنصوص عليها فى قانون النظام المالى للدولة ولوائحه التنفيذية ، ويتولى أمين عام البلدية فى حدود اختصاصه الصلاحيات المسندة إلى رئيس المصلحة بموجب القانون المالى المشار إليه ولوائحه التنفيذية. كما يتولى صلاحيات المراقب المالى فى البلدية الأمين العام المساعد للشئون المالية أو رئيس قسم الشئون المالية لها(٤).

---

(١) المادة ٢٨ من قانون البلديات والمادة ٥٥ من اللائحة التنفيذية .

(٢) المادة ٣٤ من القانون .

(٣) المواد ٤٦ — ٦٠ من اللائحة التنفيذية .

(٤) المادة ٥٤ من اللائحة التنفيذية .

المبحث الرّابعُ

الاختصاصات القضائية

أناط المشرع باللجان الشعبية للمحلات اختصاصات قضائية بمق
القانون رقم ٧٤ لسنة ١٩٧٥ فى شأن ممارسة اللجان الشعبية للمحلات لاختص
التوفيق والتحكيم بين المواطنين(١).

وبممارسة وحدات محلية اختصاصات ذات طابع قضائى ، يكون الم
قد استحدث لأول مرة « قضاءاً شعبياً » طالما أصبحت تضطلع بجز
الوظيفة القضائية هيئات شعبية مختارة من الوسط السكانى للمحلة . و
القضاء الشعبى يعتبر استثنائياً ، لأن الأصل أن تختص المحاكم بالفصل فى
المنازعات والجرائم إلا ما استثنى بنص خاص »(٢) .

ويترتب على الاختصاص القضائى الاستثنائى للجان الشعبية للمحلا
وجوب تفسير ولايتها تفسيراً ضيقاً .

وقد تناول القانون الآنف الذكر أحكام الاختصاص الولائى
والاختصاص المكانى ، وإجراءات نظر النزاع أمام اللجان الشعبية للمح
وكما يلى بإيجاز :

---

(١) الجريدة الرسمية العدد ٤٤ ، السنة الثالثة عشر .

(٢) المادة ١٤ من قانون نظام القضاء رقم ٥١ لسنة ١٩٧٦ . الجريدة الرسمية العد
السنة ١٤ .

أولا ـ الاختصاص الولائى :

حدد القانون فى شأن ممارسة اللجان الشعبية للمحلات لاختصاص التوفيق والتحكيم بين المواطنين والقواعد التى تعين أنواع الصلاحيات التى تدخل فى ولاية اللجان المذكورة والتى هى التالية(١) :

١ ـ نشر الوعى القانونى :

تتولى لجان المحلات قراءة القوانين واللوائح التى تتعلق بمصالح المواطنين وتمس حياتهم اليومية وتوجيههم إلى التزام أحكامها واقتناء الجريدة الرسمية تباعاً .

وواضح أن هذا الاختصاص لا يعتبر قضائياً ، وإنما يتعلق بالتوعية الجماهيرية بالقواعد القانونية .

٢ ـ التوفيق :

أى التوسط بالصلح بين المواطنين المقيمين فى المحلة أو بينهم وبين غيرهم فيما ينشأ بينهم من منازعات ، سواء رفعت دعاوى بشأنها أمام القضاء أو لم ترفع ، وذلك بقصد إنهاء هذه المنازعات ودياً بين ذوى الشأن .

٣ ـ التحكيم :

وهذا يعنى فض المنازعات التى تثور بين المواطنين ، والتى يقبلون حكم اللجنة فيها ، وفقاً للأوضاع المقررة للتحكيم .

ثانياً ـ الاختصاص المكانى :

حدد القانون فى المادة الثانية منه الاختصاص المكانى للجان المحلات فى مجال التوفيق فى المنازعات بين المواطنين ، وعلى النحو الآتى :

---

(١) المادة الأولى من القانون .

١ ــ فى المسائل العينية العقارية :

يكون الاختصاص للجنة الشعبية للمحلة التى يقع فى دائرة اختص العقار أو أحد أجزائه إذا كان واقعاً فى دائرة اختصاص أكثر من لجنة .

٢ ــ فى المسائل المتعلقة بالحقوق الشخصية :

سواء كانت عقارية أم منقولة وفى المسائل المتعلقة بالنفقات الشرع يكون الاختصاص للجنة التى يقع فى دائرة اختصاصها موطن المدين بالح أو موطن أحدهم إذا تعددوا .

ويلاحظ بأن المشرع بإقرار الأحكام السابقة يكون قد أخذ بالقو العامة المقررة فى قانون المرافعات ، فالأصل من جهة ، أن تكون المناز الخاصة بالعقار تختص بها المحكمة التى يقع ذلك العقار فى دائر وهذا ما أشارت إليه الفقرة الأولى من المادة الثانية . ومن جهة أخر تكون المحكمة المختصة بنظر الدعاوى جميعها ــ عدا الحالة السابقة ــ هى ال التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليه . وهى القاعدة التى أشارت الفقرة المذكورة .

ثالثاً ــ إجراءات الفصل فى المنازعات :

يتعين على اللجنة الشعبية المختصة النظر فى النزاع متى تم بناء على ص شفوى أو كتابى يقدمه أطراف النزاع أو أحدهم إلى رئيسها وتحدد ج لنظره ، ويخطر أطراف النزاع بميعادها ومكان انعقادها (١).

ويتم النصاب بحضور أغلبية أعضاء اللجنة الشعبية وبحضور أطر النزاع أو ممثليهم(٢) .

---

(١) المادة ٣ والمادة ٩ .

(٢) المادة الرابعة .

وللجنة فى سبيل أداء مهمتها ، سماع الشهود ، وتكليف أى من الأطراف بتقديم المستندات والأوراق الأخرى ، والكشف عن المواقع والأماكن ، والاستعانة بمن ترى من أهل الخبرة بالمحلة أو المنطقة(١) .

ويتم تحضير محضر باجتماعات اللجنة يوقع من رئيس اللجنة وأمين السر (٢) ، وعند تمام الصلح بين الأطراف يحرر محضر رسمى بما انتهى إليه الاتفاق . يودع أصله لدى المحكمة الجزئية المختصة محلياً ويستصدر منها أمر بإعطائه قوة السند التنفيذى . فإذا كان الاتفاق متعلقاً بنزاع معروض أمام إحدى المحاكم قدم أصل محضر الاتفاق إلى المحكمة المنظور أمامها النزاع لتتولى اتخاذ الإجراءات القانونية بشأنه(٣) .

ولا تقبل الدعاوى الداخلة فى اختصاص القاضى الجزئى فى المواد التجارية وتلك المتصلة بالنفقات الشرعية إلا إذا كان النزاع موضوع الدعوى قد عرض على اللجنة الشعبية المختصة لمحاولة إنهائه صلحاً أو تحكيما .

وعلى اللجنة أن تفصل فيما يعرض عليها من تلك المنازعات فى ميعاد لايجاوز ستين يوماً من تاريخ تقديم الطلب وإلا جاز لذى الشأن بفوات ذلك الميعاد أن يلجأ إلى القضاء للمطالبة بحقه إن رأى وجهاً لذلك .

فعرض المنازعات التى تختص المحلات بالفصل فيها ابتداءاً هو شرط لازم لقبول المحاكم الجزئية النظر فيها مجدداً .

على أنه إذا كان موضوع الخلاف نفقة شرعية مستحقة امتنع ممن تجب عليه عن أدائها للمستحق ، وكانت هناك اعتبارات تحول بين المستحق وطلبها وجب على اللجنة رفع الأمر إلى القاضى المختص بها للأمر بصرف النفقة طبقاً لأحكام القانون .

---

(١) المادة الخامسة . (٢) المادة السادسة .
(٣) المادة السابعة .

ومما تقدم بأن المشرع أراد عندما وكل اللجان الشعبية للمحـ
اختصاصات قضائية ، فض المنازعات صلحاً بين الأطراف عملا بالـ
« الصلح سيد الأحكام » ، وذلك قبل وصولها إلى المحاكم وفقاً لمشـ
تراكم الطعون أمام المحاكم ، وتقريباً للجهة التى تتولى فض المنازعات
المتنازعين ، ولا سيما وأن أعضاء اللجنة الشعبية على علاقة ومعرفة بالمتناز
وبمقدورهم التأثير لفض النزاع سلمياً . علماً بأن التوفيق لا يشترط
إنهاء النزاع ، إذ يبقى لأطراف النزاع اللجوء إلى القضاء خلافاً للتحكيم ا
متى قبل من قبل أطراف النزاع حكم اللجنة ، أصبح هذا ملزماً لهم .

الفصل الثالث

علاقة السلطة المركزية بالبلديات

الإدارة المحلية شكل من أشكال التنظيم الإقليمى لدولة ما — arrénge ment territorial » تمليه الضرورات العملية ، إذ من المتعذر عملي توى السلطات الإدارية المركزية الإدارة التامة لجميع المرافق العامة القومية والنهوض بها من مقرها فى العاصمة . ومن ثم كان لابد من قيام ممثلو هذه السلطات فى الأجزاء المختلفة من إقليم الدولة بإدارة فروع هذه المرافق فى الوحدات الإدارية الإقليمية Circonscriptions administratives والتى يطلق عليها بالمرافق الخارجية للإدارة المركزية Services Extérieures de l'administration Central

كما أن سبب وجود الإدارة المحلية هو أنه إلى جانب الحاجات الجماعية للشعب والتى تتولى إشباعها المرافق العامة القومية ، توجد مرافق عامة محلية كالإنارة وتوزيع المياه والنقل والصحة ... الخ .

إن تحقيق أهداف المرافق الأخيرة وتشغيلها يؤلف ما يطلق عليه بالإدارة المحلية « administration locale » الذى تتولاه السلطات الإدارية المحلية Autorités administratives locales بمعناها الفنى .

والسلطات الإدارية المحلية هى إما هيئات توجد على رأس التقسيمات الإدارية الإقليمية ومندمجة فى الشخصية الاعتبارية للدولة وخاضعة للسلطة الرياسية للحكومة المركزية كالمراقبات ، أو أنها سلطات معترف لها بالشخصية الاعتبارية ولها استقلالها القانونى والمالى والإدارى كالبلديات .

واختيار الدولة لأى من هاتين الطريقتين فى التنظيم الإدارى نابع عن إرادتها بالأخذ بالنظام المركزى كما فى الصورة الأولى ، أو بالنظام اللامركزى كما فى الصورة الأخرى .

ولا يعنى استقلال الوحدات المحلية وفقاً للصورة الأخيرة أنه مطلق. إنما هو نسبى بحكم ارتباطها بالدولة وممارسة اختصاصاتها تحت رقابة السلط المركزية (أو الوصاية الإدارية) tutelle administratives وفى نطا السياسة العامة للدولة .

ولا يفوتنا أن نوضح بهذا الشأن بأن الدولة الليبية تهدف إلى تحقي الاشتراكية [1] وهى فى سبيل ذلك تتوخى وضع نظام لتخطيط القوى اقتصادياً واجتماعياً وثقافياً[2] .

ولكى نستطيع ذلك ، فلا بد أن يشمل إشرافها ، الوحدات المحل وماتقوم به من أوجه النشاط العام ، أى من خدمات ومرافق ومشاريع .

المبحث الأول

أساليب إشراف السلطة المركزية

على الوحدات المحلية

الغرض من تحديد هذه الأساليب ، هو محاولة تأصيل النظام الرقابى الذى اتبعه المشرع عند إصداره قانون البلديات رقم ٣٩ لسنة ١٩٧٥ ،وذلك ببيان قوة الشد والطرد الذى تتمتع به السلطة المركزية إزاء البلديات ، الأم الذى يتوقف عليه الحكم على مدى تمتعها بالاستقلال الذى يدرجها فى صف الوحدات المحلية اللامركزية .

أولا ـ السلطة الرياسية فى النظام المركزى :

يقوم النظام المركزى على أساس وجود وحدات إدارية تتألف من

---

(١) المادة السادسة من الإعلان الدستورى .

(٢) المادة التاسعة من الإعلان الدستورى .

جموع الموظفين ، والذى يخضع منهم (الموظف الأدنى) لأوامر رئيسه (الموظف الأعلى) وفقاً لقاعدة التدرج الرياسى . « Peuvoir hierarchique » وتمارس هذه الوحدات الوظائف الإدارية عن طريق إشراف كل وزير على الوحدات الإدارية التابعة لوزارته فى العاصمة أو خارجها .

ومن ثم ، فالوزراء لهم سلطة التقرير النهائى فى الشئون الإدارية ، باعتبار كل واحد منهم هو الرئيس الأعلى بالنسبة للوحدات التابعة لوزارته .

وتمارس هذه السلطة الرياسية على شخص المرءوس وعلى أعماله .

فالرئيس يمارس على شخص مرءوسه اختصاصات شاملة ومتنوعة تتعلق بتعيينه أو بتخصيص عمل له ، أو فعله أو منحه العلاوة ، أو ترقيته ، أو توقيع العقوبات التأديبية عليه ، وضمن الحدود التى يقررها القانون .

أما سلطة الرئيس فى الرقابة على أعمال المرءوس فهى عامة ، وتتمثل فى التزام هذا الأخير بالأوامر والتعليمات التى يوجهها الأول إليه ، إضافة إلى وجوب التزامه بالقوانين واللوائح . كما له سلطة إجازة تصرفات المرءوس بتصديقها أو تعديلها أو إبطالها أو استبدالها بغيرها[١] .

ثانياً ــ الرقابة الإدارية فى النظام اللامركزى الإقليمى :

الوحدات الإقليمية هى منظمات عامة تتفرع عن السلطة التنفيذية وتتوزع محلياً على إقليم الدولة وتمنح الشخصية الاعتبارية ، وتمارس اختصاصاتها فى نطاق السياسة العامة للدولة .

---

(١) راجع حول هذا الموضوع :

— Pierre Di Malta, Essai sur la notion du pouvoir hierarchique, 1961, Paris, p. 66.

— Maspétiol et Laroque, la tuttel administrative, 1930, P.

وكذلك فيديل ، المرجع السابق ، ص ٢٩٢ . ريفيرو ، موجز القانون الإدارى ، ط ٤ ، ص ٤٣ . الطماوى ، مبادىء القانون الإدارى الكتاب الأول ، ١٩٧٣ ، ص ٩١ . عثمان خليل عثمان ، القانون الإدارى ، ١٩٦٠ ، ص ٩ ، ومؤلفنا فى القانون الإدارى المشار إليه قبلا ص ١٥٨ .

فاستقلالها نسبي لوجوب محافظة الدولة على وحدتها السياسية وو سياستها التنفيذية الإدارية العليا . وفضلا عن هذه الاعتبارات ، فإن الوحد اللامركزية تتصرف بجزء من الأموال العامة . ومن ثم فيقع على الد الإشراف على التصرفات الإدارية والمالية التى تجريها هذه الوحد بمطابقتها مع القواعد العامة التى تحكم العلاقة بينها وبين السلطة المركزية(١).

فالرقابة الإدارية على ممارسة الاختصاصات المنوطة بالوحد اللامركزية أمر لازم فى أى نظام لامركزى باعتبارها ضمان تطبيق القا الذى ينشئها ويتولى فى نفس الوقت توزيع الاختصاصات بين الوحد اللامركزية والسلطة المركزية ، لا بل إنها ركن من أركان النظام المذكور(٢

ويلاحظ أن النظم الأجنبية تتفاوت بين الإفراط فى تقييد حرية السلط المحلية كما فعل الشارع الفرنسى حين أجاز للمجالس المحلية أن تباشر ماشا من الاختصاصات ، وأن تصدر ماشاءت من القرارات ولكن النفاذ أكثرها يتوقف على مشيئة الحكومة المركزية ، وبين التفريط وترك ا على الغارب للسلطات المحلية ،فتصدر فى شئونها المحلية ماتشاء من القرار أو التصرفات كما تشاء . فلاتحتفظ الحكومة المركزية برقابة على أ تصرفاتها وقراراتها إلا عن طريق القضاء ، أو عن طريق حرمانها من الإ المالية التى تتلقاها من خزانة الدولة كما فعل الشارع البريطانى(٣).

وتمارس الرقابة الإدارية — خاصة فى فرنسا — على المجالس ا كأفراد وهيئات ، وعلى أعمالها .

---

(١) ريفيرو ، المرجع السابق ص ٢٧٩ .

(٢) من هذا الرأى دى لوبادير ، المرجع السابق ص ٨٦ . عثمان خليل عثمان ، م القانون الإدارى ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٤ ، ص ٤٩ و ٥٤ — ٥٥ .

(٣) محمد عبد الله العربى ، البلديات « مجلة العلوم الإدارية ، ١٩٦٥ ، ص ٣٣٧ .

فالسلطة المركزية تتمتع من جهة بسلطات انضباطية « Pouvoir disciplinaire » إزاء الهيئات اللامركزية تتمثل بحق إيقاف « Suspension » وعزل وإسقاط العضوية « révocation » عن بعض عمال المجالس المحلية كعميد البلدية ؛ وحل المجالس المذكورة « déssolution » أو تعطيلها لفترة معينة (١). غير أنه يقع على السلطات المركزية إعادة انتخاب أعضاء مجالس السلطات اللامركزية خلال مدة معينة لضمان أداء السلطات المحلية لاختصاصاتها الذاتية وتحقيقاً لاستمرارية النظام اللامركزى .

ومن جهة أخرى فإن الرقابة تمارس على أعمال الهيئات اللامركزية الإقليمية ليس للتأكد من موافقتها للقانون فحسب ، وإنما أيضاً لفحص ملاءمتها ، أى عدم تعارضها مع المصلحة العامة .

وتتخذ هذه الرقابة أشكالا وهى التفويض « autorisation » والتصديق « approbation » وإلالغاء « annulation » والحلول La substitution d'action

وقد اختار الشارع الليبى طريقاً وسطاً فى ضبط الصلة بين السلطة المركزية والبلديات . فهو قد حدد اختصاصات البلديات تحديداً صريحاً ، ثم ترك لها العمل فى نطاق هذه الاختصاصات مع احتفاظ السلطة المركزية على حق المصادقة الصريحة على قرارات معينة ، وكما سنبينه بالتفصيل فى المباحث التالية :

---

(١) دى لوبادير ، المرجع السابق ص ٨٩ . فيديل ، المرجع السابق ص ٤٨٩ ريفيرو المرجع السابق ص ٢٩١ .

المبحث الثّانى

أساليب الرقابة الإدارية على البلديات وهيئاتها

أولا ـ أساليب الرقابة :

بينا فيما تقدم الخطوط العريضة لأسلوبى الرقابة الإدارية على الوحدات المحلية فى القانون المقارن فبأى منهما أخذ المشرع الليبى ؟ إن الإجابة على هذا السؤال يحدد فى حقيقة الأمر طبيعة النظام الإدارى الإقليمى الليبى ، وهل هو مركزى أو لامركزى ، إذ تبعاً لثقل الرقابة المركزية تتحدد استقلالية الهيئات المحلية التى هى « البلديات » موضوع دراستنا .

ويجب أن لا يغيب عن البال أن القطر الليبى هو من الدول السائرة فى استكمال خبرتها الفنية والإدارية الكافية ، فلا حرج أن تكون الرقابة المركزية أكثر شمولا منه فى الدول العريقة فى تجربة الإدارة المحلية . هذا بالإضافة أن الموارد المالية الذاتية للبلديات هى محدودة ،وتستقى جل مواردها من تخصيصاتها للميزانية الإدارية للدولة المتمثلة بالإعفاء ، ومن ميزانية خطة التنمية .

وقد عنى قانون البلديات بتحديد العلاقة بين السلطة المركزية والبلدية . كما وردت أحكام تتعلق بنفس هذا الموضوع فى القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٥ بشأن تنظيم وزارة البلديات .

ويستبين من أحكام هذين القانونين أن وحدات الإدارة المحلية لاتخضع للسلطة الرياسية للحكومة المركزية وإنما لرقابتها الإدارية(١) « لوصايتها » .

---

(١) راجع من أجل التمييز بين الرقابة الإدارية والسلطة الرئاسية . فالين المرجع السابق ص ٤٢٤ . فيديل ، المرجع السابق ص ٤٨٧ . ريفيرو ، المرجع السابق ص ٢٩٠ . مصطفى أبو زيد فهمى ، نظم الإدارة المحلية المرجع السابق ص ١٩٢ . خالد عريم . المرجع السابق ص ٣٢١ .

ومن ثم فيقع علينا أن نحدد أولا السلطات المركزية التى تمارس الرقابة الإدارية ، قبل بحث مضمون الرقابة على البلديات من الناحية العضوية ومن الناحية المادية .

ثانياً ـ هيئات الرقابة :

وتمارس الرقابة الإدارية أصلا من قبل وزير البلديات ، ومن قبل مجلس الوزراء والوزارات الأخرى أحياناً ، واستثناء من قبل مجلس قيادة الثورة .

١ ـ وزارة البلديات :

كان لا بد من إيجاد جهاز يتولى تنسيق الأعمال بين السلطة المركزية وبين الوحدات المحلية ، ويضمن تطبيق مبدأ الشرعية والتحقيق من ملاءمة أعمال الوحدات المذكورة ، ويؤمن التناسق بين الدولة وبين كل وحدة من الوحدات المحلية .

لذا فقد تم إنشاء وزارة البلديات ، وأناط الشارع مهمة الإشراف الرئيسية على البلديات بوزارة البلديات .

١ ـ أهدافها : تتولى وزارة البلديات خاصة ، بحث واقتراح السياسة العامة للدولة فى جميع ما يتعلق بالشئون البلدية بما فى ذلك المرافق التى تدخل فى اختصاص البلديات وشئون التخطيط والتطوير العمرانى . كما تقوم بأعمال التخطيط والمتابعة والإشراف اللازمة لتنفيذ السياسة العامة للدولة فى الشئون البلدية وذلك فى إطار القوانين واللوائح وبما يتفق مع خطة التنمية الاقتصادية والاجتماعية والأهداف القومية(٢) .

---

(١) قرار مجلس قيادة الثورة فى ٢٠ شوال ١٣٩٤ الموافق ١٤ نوفمبر ١٩٧٤ الخاص بإعادة تشكيل الوزارة . والقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٥ بشأن تنظيم وزارة البلديات .

(٢) فاتحة المادة الأولى من القانون المذكور .

وقد وردت سلطات وزارة البلديات التى تستعين بها لتحقيق أهداف على سبيل التمثيل وليس على سبيل الحصر ، ولو قورنت بالسلطات التى كانت تختص بها هيئات الرقابة المركزية المتمثلة بمجلس الوزراء ومجالس المحافظات والمحافظ فى القانون رقم ١٣٠ لسنة ١٩٧٢ لبدت ثقيلة(١) .

٢ ــ تنظيمها : أراد المشرع بإنشائه وزارة البلديات تجميع إدارات الرقابة والإشراف على البلديات فى وزارة واحدة ما أمكن ، أى أنه اختار مركزية الرقابة على البلديات تحاشياً لانعدام التنسيق بين إدارات الرقابة المختلفة ، واقتصاداً فى الجهود والنفقات ، وتحديداً للمسئولية ، وتبسيطاً للعمل الحكومى .

ويتكون الهيكل التنظيمى لوزارة البلديات من الإدارات العامة التالية : الإدارة العامة للتخطيط والمتابعة والإحصاء، الإدارة العامة للمرافق العامة ، الإدارة العامة للتطور العمرانى ، الإدارة العامة للشئون المحلية ، الإدارة المحلية لحماية البيئة ، والأمانة العامة للوزارة .

ويتبين لنا مما سبق أن وزارة البلديات أصبحت هى الدينامو أو « المايسترو » فى نظام البلديات بعد أن كانت مراكز الإشراف على سير الآلة الإدارية المحلية موزعة بين عدة أجهزة مركزية ولا مركزية فى قانون الإدارة المحلية رقم ١٣٠ لسنة ١٩٧٢(٢).

٢ ــ وزارات أخرى :

وردت الإشارة أحياناً فى قانون البلديات إلى وزارة معينة تتولى الإشراف على ممارسة البلديات لاختصاص معين . من ذلك تولى وزارة الصحة الإشراف

---

(١) المادة الرابعة والمادة التاسعة من القانون السالف الذكر .

(٢) وتجدر الإشارة أن المشرع كان قد ركز الإشراف فى هيئة مركزية واحدة وفقاً للقانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٠ أطلق عليها : « اللجنة العليا للإدارة المحلية » انظر الطماوى ، والنابلسى المرجع السابق ، ص ٣٩ .

على البلديات عند تنفيذها لأعمال المحافظة على الصحة العامة (١) وضرورة استحصال موافقة وزارة الداخلية عند تولى البلدية الترخيص فى مزاولة المهن التجارية والصناعية والحرف والأعمال الأخرى (٢) . وتتولى وزارة العدل الإشراف القانونى على مكاتب السجل المدنى المنشأة فى البلديات(٣) كما يختص وزير الخزانة بدراسة مشروعات الميزانيات الإدارية (٤) ، واعتمادها(٥) .

٣ ــ مجلس الوزراء :

مجلس الوزراء هو الهيئة التنفيذية والإدارية الرئيسية الذى يشرف على شئون السلطة الإدارية عامة فى درجات سلمها العمالية واتجاهاتها العامة .

وقد خصه قانون البلديات ــ استثناءاً ــ ببعض السلطات التى تتعلق بتنفيذ السياسة العليا الإدارية والمالية للدولة . فإنشاء البلديات وتحديد اختصاصها وتعيين مقارها وإلغاؤها يتم بقرار من مجلس الوزراء ــ كما رأينا ــ ولا بد من صدور قرار منه عند عقد قرض أو قبول هبة أو وصية من جهة أجنبية (٦) وله سلطة التقرير النهائى فيما يتعلق بفرض البلديات الرسوم والعوائد والأتاوات (٧) ومنه تصدر لائحة تنظيم الحرس البلدى(٨) ، وهو المرجع الأخير فى التصديق على محاضر اللجان الشعبية وقراراتها(٩) ، كما له أخيراً إيقاف أية لجنة من اللجان الشعبية البلدية عن العمل (١٠) .

---

(١) المادة ١١ من قانون البلديات .
(٢) المادة ١٢ من قانون البلديات .
(٣) المادة الثالثة من قانون تنظيم وزارة البلديات .
(٤) المادة ٣٠ من قانون البلديات .
(٥) المادة ٣١ من قانون البلديات .
(٦) المادة ٢١ من القانون الآنف الذكر .
(٧) المادة ٢٥ من القانون السابق .
(٨) المادة ٥٧ من نفس القانون .
(٩) المادة ٥٨ من قانون البلديات .
(١٠) المادة ٦٠ منه .

٤ ـ مجلس قيادة الثورة :

يتولى مجلس قيادة الثورة فى مجال الإشراف على البلديات استثناءاً . فهو الذى يعتمد اللجان الشعبية للبلديات [١] كما له حلها أو إسقاط العضوية عن عضو أو أكثر من أعضائها ، ودعوة الجماهير لتشكيل لجنة جديدة أو شغل محل من أسقطت عضويته[٢] .

هذا ويلاحظ أن الإشارة لم ترد إليه فى قانون البلديات إلا مرة واحدة عندما ذكر بأنه لا يجوز لأية لجنة من اللجان الشعبية للبلديات مباشرة اختصاص من اختصاصاتها بعد صدور قرار إيقافها عن العمل إلا بعد صدور قرار من مجلس قيادة الثورة فى هذا الخصوص[٣] .

المبحث الثالث

الرقابة العضوية على البلديات

تمارس السلطة المركزية رقابتها على الهيئات البلدية ، لجاناً وأعضاءاً ، وهو الأمر الذى يصور درجة ثقة السلطة المركزية فى قدرة البلديات على الاضطلاع برسالتها واستعدادها للنهوض باختصاصاتها .

ويمكننا أن نقسم مظاهر الإشراف المركزى على السلطات البلدية إلى نوعين من الوسائل التى تستعين بها السلطة المركزية لتحقيق هذا الهدف ، وهى الوسائل الجماعية ، والوسائل الفردية .

---

(١) المادة التاسعة من قانون ممارسة اللجان الشعبية لمسئولياتها الإدارية .
(٢) المادة ١٢ و ١٣ من القانون الآنف الذكر .
(٣) المادة ٦٠ من قانون البلديات .

أولا ــ الوسائل الجماعية :

تنصب الوسائل الجماعية على البلديات ذاتها وعلى الوحدات التى تنقسم عليها ، وعلى الهيئات المديرة لهـا ، أى على اللجان الشعبية إنشاءاً ، ووقفاً ، وحلا .

١ ــ إنشاء البلديات ووحداتها :

سبق أن أشرنا بأن إنشاء البلديات وتحديد نطاقها وتعيين مقارهاوإلغاؤها يتم بقرار من مجلس الوزراء بناء على عرض من وزير البلديات . فالاختصاص مركزى تمارسه السلطة التنفيذية فى أعلى مراتبها وممثلة بمجلس الوزراء .

أما تقسيم البلدية إلى محلات وإنشاء فروع لهـا وتحديد نطاق كل منها وتعيين مقارها وإلغاؤها فيكون بقرار من وزير البلديات بناء على اقتراح اللجنة الشعبية للبلدية .

٢ ــ إنشاء اللجان الشعبية للبلدية وإيقافها عن العمل وحلها :

لايمكن أن توجد اللامركزية الحقيقية إلا إذا كانت الهيئات التى تتولى إدارة الوحدات اللامركزية منتخبة ، أو على الأقل ، إلا إذا شارك أعضاء هذه الوحدات فى تعيينها عن طريق اقتراح قوائم تختار السلطة المركزية من تريد تعيينهم من بين المرشحين فيها(١) .

ولقد رأينا (٢) بأن المشرع أخذ بالاختيار الديمقراطى كاملا لأعضاء اللجان الشعبية البلدية ــ ولا دخل للحكومة المركزية فى ذلك ، عدا ماتنص عليه المادة التاسعة من قانون ممـارسة اللجان الشعبية لمسئولياتها الإدارية من وجوب اعتماد مجلس قيادة الثورة تشكيل اللجان الشعبية عموماً .

---

(١) فيديل ، المرجع السابق ص ٤٨٩ . وانظر كذلك عريم ، المرجع السابق ص ٢٩٨

(٢) انظر الفصل الأول ، المبحث الثانى (أولا) من هذه الدراسة .

٣ – إيقاف اللجان الشعبية البلدية عن العمل :

تمارس السلطة المركزية إجراءاً انضباطياً إزاء اللجنة الشعبية بإيقافها عن العمل ، أى تعطيلها عن ممارسة اختصاصاتها . وهى سلطة خطيرة لذا فإن قانون البلديات ينص على ممارسة مجلس الوزراء وحده لها(١) .

ويلاحظ فى هذا الشأن تشابه الرقابة الإدارية مع السلطة الرياسية فكما أن بمقدور الرئيس الإدارى إيقاف الموظف المرءوس عن العمل دون التقيد بمدة معينة لحين الانتهاء من التحقيق ، كذلك فإن قانون البلديات منح السلطة المركزية سلطة رقابة إدارية مماثلة للسلطة الرئاسية الأمر الذى يجعل البلديات ، بالنسبة لهذه النقطة بالذات وحدة تفقد استقلالها مؤقتاً لمدة قد تطول أو تقصر .

٤ – حل اللجان الشعبية البلدية :

لم ينص قانون البلديات على حل اللجان الشعبية البلدية ؛ إنما ينص قانون ممارسة اللجان الشعبية لمسئولياتها الإدارية على هذا الإجراء بشكل عام بقوله : « لمجلس قيادة الثورة إذا رأى ضرورة لذلك أن يحل إحدى اللجان ... وأن يدعو الجماهير لتشكيل لجنة جديدة ... »(٢) .

ثم أردف أنه : « فى حالة حل اللجنة .. يتم تشكيل اللجنة الجديدة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ حل اللجنة ... بالكيفية التى تم بها تشكيل اللجنة السابقة وتكمل اللجنة الجديدة ... مدة سلفها » (٣) .

---

(١) تنص المادة ٦٠ من قانون البلديات على ما يلى : « لوزير البلديات أن يطلب من مجلس الوزراء إيقاف أية لجنة من اللجان البلدية الشعبية إذا وجدت ضرورة لذلك ، ولمجلس الوزراء إيقاف أية لجنة بناء على ذلك . ولا يجوز للجنة التى يتم إيقافها مباشرة أى اختصاص من اختصاصاتها عند ذلك إلا بعد صدور قرار من مجلس قيادة الثورة فى هذا الخصوص .

(٢) المادة ١٤ منه .

(٣) المادة ١٣ من القانون المذكور .

ويلاحظ أن سلطة حل اللجان الشعبية عموماً ، خطيرة . لذا فقد حصرها المشرع بمجلس قيادة الثورة نفسه باعتبار أن ممارستها يعتبر عملا من أعمال السيادة . وجعل أداة الحل القرار الصادر عنه .. ولاشك فى ذلك ضمانة أكثر لاستقلال البلديات فيما لو ترك الحل لسلطة أدنى منه .

هذا ولم يحدد القانون المذكور الأسباب التى يجوز لمجلس قيادة الثورة، عند توافرها ، حل اللجان الشعبية ، وإنما ترك ذلك لتقديره وتبعاً للضرورة ، إذ أن الأصل أن يبقى نشاط اللجان المذكورة فى نطاق السياسة العامة للدولة وفى حدود المصلحة القومية والمحلية . ومن ثم فإذا تعارض وجود أحد اللجان مع الأهداف السابقة ، أو أصبحت عاجزة عن ممارسة اختصاصاتها ، أو أنها لا تمارسها على الوجه المطلوب ، أو انحرفت انحرافاً خطيراً بسلطتها ، جاز إسقاطها .

واحتاط المشرع لضمان انتخاب لجنة شعبية جديدة ، خلال فترة قصيرة تحل بدلا من تلك التى أسقطت بحلها ، إعمالا لمبدأ استمرارية إدارة البلدية للشئون الذاتية بنفسها بانتظام . وتحقيقاً لاستمرارية النظام اللامركزى . لذا فقد نص على وجوب اختيار اللجنة الجديدة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ حل اللجنة .

ويلاحظ أن المشرع لم يحدد فى القانون رقم ١٣٠ لسنة ١٩٧٢ فترة يتعين خلالها انتخاب مجلس المحافظة أو مجلس البلدية المحلول . ويبدو أنه ترك ذلك إلى زوال الظروف التى قامت عليها حالة الضرورة(١) .

ومن ثم فإن المشرع الليبى ابتعد عند إصدار قانون البلديات عن القواعد التى تحكم ممارسة السلطة الرياسية ، وذلك : (أولا) عندما حدد فترة

---

(١) المادة ٧٩ من قانون الإدارة المحلية رقم ١٣٠ لسنة ١٩٧٢ . أما المشرع الفرنسى فقد أوجب على السلطات اللامركزية الدعوة لإعادة انتخاب أعضاء مجالس أو هيئات السلطات اللامركزية بدلا من سابقيهم خلال مدة معينة . انظر ريفيرو ، المرجع السابق ، ص ٢٩١ .

معينة يلزم خلالها تكوين اللجان الشعبية البلدية الجديدة لتحل محل الل
المسقطة . والمعلوم أن السلطات المركزية فى النظام المركزى تستقل عن
تعزل موظفيها أو تفصلهم فى تقرير الوقت المناسب لتعيين من يحل محلهم
إذ أن القانون لا يتولى عموماً تحديد أجل معين يتوجب خلاله صدور قر
بذلك(١) .

هـذا ومن جهة أخرى ، فإن كانت السلطة الرياسية تستطيع بنفس
اختيار الموظف الذى يحل محل الموظف المعزول أو المفصول ؛ فإن قوا
الرقابة الإدارية فى النظام اللامركزى تقضى بأن يترك لسكان الوح
اللامركزية اختيار الهيئة المديرة لها بمحض إرادتها(٢) .

وهذا مافعله المشرع بنصه على مثل هذا الحكم فى قانون ممارسة المج
الشعبية لمسئولياتها الإدارية .

ثانياً ــ الوسائل الفردية :

لا تقتصر الرقابة الإدارية على اللجان الشعبية البلدية منظوراً إليها بصور
جماعية ، وإنما تمتد إلى أشخاص اللجان المذكورة رئيساً وأعضاءاً وعاملي
فى البلديات . وتتمثل هذه الرقابة بممارسة السلطات الحكومية المركزية سلطات
انضباطية تتمثل خاصة بالوقف عن العمل والتأديب وإسقاط العضوية .

ورغم وجود مثل هذه الرقابة الإدارية ، فإن هذه تبقى فى هذا المجال
متخلفة عن تلك التى تمارسها السلطات المذكورة فى نطاق النظام المركزى
الذى تكون فى نطاقه ثقيلة وشاملة لجميع الشئون الوظيفية للموظفين La totalité
de son activité . أما بالنسبة لأعضاء اللجان الشعبية البلدية ، فلا يتصور

(١) انظر لاروك وماسبيتول ، المرجع السابق ص ١٠٠ وكذلك دى لوبادير ؛ المرجع
السابق ص ٨٩ .

(٢) فالين ، المرجع السابق ، ص ٣٠٧ . دى لوبادير ، المرجع السابق ص ٨٥ .

إمكان نقل العضو من لجنة شعبية بلدية إلى أخرى لأنه عامل مؤقت يرتبط بالوحدة الإدارية التى تم اختياره فى لجنتها الشعبية البلدية برباط شخصى (١) .

وفيما يلى مظاهر الرقابة الإدارية الفردية :

(أ) رئيس اللجنة الشعبية للبلدية والأعضاء فيها :

١ ـ الإيقاف عن العمل :

أجازت اللائحة التنفيذية لقانون البلديات لوزير البلديات إيقاف رئيس اللجنة الشعبية للبلدية احتياطياً عن عمله إذا اقتضت مصلحة التحقيق ذلك (٢) . ومثل هذا الحق مقرر أيضاً للوزير أو المحافظ فى فرنسا إزاء عميد البلدية(٣) .

٢ ـ التحقيق والتأديب :

أناط قانون البلديات بالسلطة المركزية وضع شروط الإجراءات الانضباطية تجاه أعضاء اللجان الشعبية للبلدية .

فبقرار من مجلس الوزراء يتم تبيان القواعد والأحكام الخاصة بمساءلة رؤساء وأعضاء اللجان الشعبية للبلديات وتأديبهم والتحقيق معهم . كما تبين بقرار من وزير البلديات القواعد والأحكام الخاصة بمساءلة رؤساء وأعضاء اللجان الشعبية الأخرى وتأديبهم والتحقيق معهم(٤) .

وأجاز قانون تنظيم البلديات ، للوزارة « القيام بإعداد التقارير اللازمة عن سير أعمال اللجان الشعبية بالبلديات وفروعها والمحلات التابعة لها واقتراح الحلول المناسبة لجعلها إدارة قادرة على القيام بمسئولياتها ، وكشف ماقد يقع

---

(١) نفس المرجع السابق ص ٨٩ .
(٢) المادة ٣٤ من اللائحة .
(٣) فيديل . المرجع السابق ص ٤٨٩ . ويفيرو ، المرجع السابق ، ص ٢٩١ .
(٤) المادة ٤٨ من القانون .

فيه من أخطاء أو تلاعب ، وإحالة المقصرين فى ذلك إلى جهات الاختصاص لاتخاذ إجراءات التحقيق والمساءلة إدارياً وجنائياً »(١) .

ويكون التحقيق فيما ينسب إلى رئيس اللجنة الشعبية للبلدية من مخالفات بناء على قرار من وزير البلديات . ويتولى التحقيق الجهاز المركزى للرقابة الإدارية العام لقسم التحقيق أو من موظف يندبه وزير البلديات لا تقل درجته عن مدير عام(٢) .

وأخيراً فالسلطة المركزية أيضاً ممثلة بوزير البلديات ، حفظ التحقيق أو توقيع عقوبة الإنذار على رئيس اللجنة الشعبية إذا تبين أن المخالفة لاتستوجب جزاءاً أشد وإلا أحيل المخالف إلى مجلس التأديب المشكل بمقتضى المادة (٥٥) من قانون البلديات للمساءلة التأديبية(٣) .

٣ ــ إسقاط العضوية :

أجاز قانون ممارسة اللجان الشعبية لمسئولياتها الإدارية لمجلس قيادة الثورة إسقاط العضوية عن عضو أو أكثر من أعضاء اللجان الشعبية(٤) . ونرى أن هذه الحالة تتعلق بضرورات سياسية يتحقق من قيامها مجلس قيادة الثورة ، ولا علاقة لها بالحالة التى نص عليها والتى بموجبها يمكن إنهاء عضوية أحد اللجان الشعبية لفقد الثقة والاعتبار اللذين تتطلبهما العضوية وذلك بقرار من اللجنة الشعبية(٥) . كما أنها غير حالة إسقاط العضوية التى نص عليها قانون البلديات وبمقتضاها يصدر وزير البلديات قراراً مسبباً بإسقاط عضوية الرئيس أو عضو اللجنة الشعبية فى حالة الجمع بين عضوية أكثر من لجنة شعبية واحدة

---

(١) انظر الفقرة الثامنة من المادة الأولى من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٥ بشأن تنظيم وزارة البلديات .

(٢) المادة ٣٣ من اللائحة التنفيذية لقانون البلديات .

(٣) المادة ٣٦ من اللائحة الآنفة الذكر .

(٤) المادة ١٢ منه .

(٥) المادة العاشرة منه .

أو بينها وبين العضوية فى اللجان الشعبية لأية جهة من الجهات[١] .

وتمارس فى الحالة الأولى والأخيرة السلطات المركزية رقابتها الإدارية التى تختلف فى هذا الشأن عن السلطة الرياسية ، إذ تتمتع هذه باختصاص تقديرى فى اختيار الوقت المناسب لتعيين الموظف الذى يحل محل الذى فصلته أو عزلته خلافاً لسلطة الرقابة الإدارية التى أوجب المشرع عليها تعيين البديلين خلال مدة معينة ، إذ فى : « حالة .. خلو محل أحد الأعضاء لأى سبب كان يتم شغل المحل خلال ثلاثين يوماً من تاريخ خلوه ... ويكمل العضو الجديد مدة سلفه ... »[٢] .

(ب) العاملون فى اللجان الشعبية البلدية :

سبق أن أشرنا بأن البلديات تستعين بعدد من الموظفين الفنيين والإداريين لتحقيق أهدافها والذى ينطبق عليهم قانون الخدمة المدنية[٣] ولم ينط قانون البلديات بالسلطة المركزية مباشرة السلطة الرياسية على موظفى البلديات ، وإنما جعل لرئيس اللجنة الشعبية مثل هذه السلطة وأوكل به الاختصاصات الممنوحة للوزير فى قانون الخدمة المدنية ولوائحه التنفيذية[٤] .

غير أن السلطة المركزية تمارس رقابة إدارية على العاملين فى مجالات متعددة :

فإن كان رئيس اللجنة الشعبية هو الذى يضع ملاك موظفى البلدية فإن الملاك لايكون نافذاً إلا بعد التصديق عليه من لجنة الخدمة المدنية[٥] . كما

(١) المادة ٤١ من القانون .
(٢) المادة ٣ من قانون ممارسة اللجان الشعبية لمسئولياتها الإدارية .
(٣) المادة ٤٩ من قانون البلديات ، والمادة الأولى من قانون الخدمة المدنية رقم ٥٥ لسنة ٧٦ المنشور فى الجريدة الرسمية ، العدد ٤٨ ، السنة الرابعة عشر .
(٤) المادة ٥١ من القانون .
(٥) وقد نصت المادة الثالثة من القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٧٦ الخاص بإصدار قانون الخدمة المدنية على أن تستبدل بعبارة « لجنة الخدمة المدنية » أينما وجدت فى التشريعات عبارة وزير العمل والخدمة المدنية . وانظر نص المادة ٥٢ من قانون البلديات .

يعين أمين عام البلدية بقرار من وزير البلديات(١). وبقرار منه يرقى ويمنح العلاوات ويحرم منها ، وتتحدد بقية أعبائه الوظيفية ، وتتم محاكمته التأديبية بوزارة البلديات إلا إذا كان من الفئة الأولى فيكون تعيينه وترقيته بقرار من مجلس الوزراء وتكون محاكمته أمام مجلس التأديب الأعلى .

ورغم أن القانون خص بكل بلدية لجنة لشئون موظفيها تشكل من موظفين عاملين فيها ، فإنه ضمن فى نفس الوقت تمثيل السلطة المركزية فيها ، إذ يتعين أن يكون أحد أعضائها مندوب عن وزارة العمل والخدمة المدنية يختاره وزيرها . أما موظفى الفئة الأولى فتصدر القرارات المتعلقة بشئونهم الوظيفية من مجلس الوزراء(٢) .

ويتبين مما تقدم أن الإشراف الذى تمارسه السلطة المركزية على العاملين فى البلديات يتسع إلى أقصى المدى ليشمل جل الشئون الوظيفية لهم ، ومن ثم فإن طبيعة الرقابة عليهم تتخذ طابعاً رياسياً ، خلافاً للإشراف على أعضاء اللجان الشعبية البلدية ، الذى يبقى محصوراً فى النطاق الذى أراده المشرع فحسب ، أى فى حيز الرقابة الإدارية التى لا يمكن أن تمارس فى هذا الشأن إلا بوجود نص قانونى خاص يصرح لها بذلك .

خلاصة ماتقدم ،فإنه لايمكن اعتبار الموظفين العاملين فى البلديات فى حكم الموظفين المحليين بكل معنى الكلمة ، وأنهم تابعون لوحدات إدارية لامركزية ،لخضوعهم للسلطة المركزية(٤). وكما يقول الفقيه ديجى « Duguit » إن الموظفين المركزيين هم الذين لا يخضعون للسلطة الآمرة للحاكمين ، وإنما لرقابتهم(٥) .

---

(١) المادة ٥٣ من القانون الآنف الذكر .
(٢) المادة ٥٤ والمادة ٥٥ من القانون .
(٣) المادة ٥٦ من القانون .
(٤) المادة ٥٧ من القانون .
(٥) عن دى لوبادير ، المرجع السابق ص ٩١ .

المبحث الثالث

الرقابة على أعمال البلديات

لاتعدو البلديات كونها أجهزة إدارية تتمتع باستقلال ذاتى تتولى إشب
خدمات ومشروعات محلية وذلك فى نطاق سياسة الدولة ووفقاً لخط
العامة ، تبعاً لمبدأ « المركزية فى التخطيط واللامركزية فى التنفيذ » المطبق
الدول التى تسير فى الطريق الاشتراكى . وهو الأمر الذى يترتب ع
خضوع الوحدات المحلية (ومنها البلديات) للرقابة الإدارية التى تمار
السلطة المركزية على أعمالها خاصة .

وتنصب الرقابة الإدارية على هذه الأعمال من حيث شرعيتها égalité
ومن حيث ملاءمتها opportinité [١].

وتتخذ هذه الرقابة الأشكال التالية :

أولا ــ التفويض :

التفويض هو القرار الذى يشترط القانون على الوحدة اللامرك
استصداره من سلطة الرقابة المركزية لإجازة تصرف قانونى معين .

والأصل فى قرار التفويض صدوره بشكل سابق على القرار أو التصر
الذى تريد اتخاذه الوحدة اللامركزية . وعلى هذا الأساس نستطيع أن نكش
أحوال ممارسة هذا الشكل من الرقابة على أعمال البلديات ، وكما يلى :

١ ــ تتولى البلدية فى دائرتها الترخيص بمزاولة المهن التجارية والصنا
والحرف والأعمال الأخرى ، بعد تفويض الجهة المختصة بوزارة الداخلي
وذلك بالنسبة للأعمال التى تبينها اللائحة التنفيذية[٢] .

---

(١) ريفيرو ، المرجع السابق ص ٢٩١ .
(٢) المادة ١٢ من القانون .

٢ — تتولى اللجنة الشعبية للبلدية عقد القروض أو قبول الهبات أو الوصا
بعد صدور قرار من مجلس الوزراء ، متى كانت الجهة مصدر الأموال
المذكورة ، أجنبية(١) .

٣ — والحالة الثالثة تتعلق بإجازة وزير البلديات لرئيس اللجنة الشعبية
للبلدية أو لأحد أعضائها أن يبرم مع البلدية عقداً من عقود البيع أو الإيجار(٢)

٤ — وأخيراً فقد أجازت المادة (٤٠) للجنة الشعبية للبلدية بموافقة وزير
البلديات ، أن تعهد بمباشرة أى اختصاص من اختصاصاتها إلى أية لجنة
من لجانها المتخصصة التى تنشأ لتتولى القيام بالدراسات والبحوث الخاصة
بالموضوعات التى تدخل فى هذا الاختصاص . فتفويض اللجنة الشعبية
للبلدية لاختصاصاتها يجب أن يسبقه استصدارها إذن من وزارة البلديات
بذلك .

ومن فحص الأحوال السابقة ، يتبين لنا بأن المشرع اشترط بصورة
صريحة وقاطعة وجوب الحصول على إذن أو تفويض سابق على إجراء
التصرف القانونى .

ويترتب على مخالفة البلدية لمضمون هذا الوجه من الرقابة الإدارية
السابقة ، أى عدم استحصال البلدية على تفويض لإجراء التصرف ، بطلان
هذا .

ولكن يبقى للبلدية سلطة تقديرية فى اتخاذ التصرف بعد تفويضها
بإجرائه أو عدم إجرائه ، وتبقى هى المسئولة عن تصرفها(٣) .

---

(١) المادة ٢١ من القانون . ويلاحظ بأن هذه الحالة مشتركة بين التشريع الليبى والتشريع الفرنسى . انظر فالين المرجع السابق ص ٤٣٠ .
(٢) المادة ٤٥ من قانون البلديات .
(٣) بوتنباخ ، المرجع السابق ص ١٥٩ .

ثانياً ــ التصديق :

التصديق هو القرار الذى تتخذه سلطة الرقابة المركزية بإقرار التصرف أو القرارات التى سبق أن اتخذتها الوحدات اللامركزية ، وباعتبارها نا من تاريخ صدورها ، أى بأثر رجعى ، وغرض التصديق هو إعلان الرقابة الإدارية بأن القرار المصدق هو موافق لمبدأ الشرعية ، وللمص العامة .

ومن ثم فقرار التصديق لا يعنى أكثر من إضفائه على القرار المص قابليته للتنفيذ . كما أن القرار الأخير ينسب إلى الجهة اللامركزية الذى أصد ابتداءاً . فهو قرار كامل من الناحية القانونية ، وكل مافعلته السلطة المرك بالنسبة له أنها أصدرت بدورها قراراً إدارياً بموجبه قالت : « لامانع عندى « Je n' empéche » (١) ، أى عدم اعتراضها .

ويلاحظ بأن قانون البلديات لم يوجب إخضاع القرارات والمحا الصادرة عن المجالس الشعبية البلدية للتصديق ، وإنما حدد على سبيل الح بعضاً منها . وما عداها فقد أجاز تنفيذها من تبليغها إلى وزير البلدي الذى يجوز له الاعتراض عليها خلال مدة معينة . ومن ثم فالتصديق بت صورتين (٢) .

التصديق الصريح ، والتصديق الضمنى ، ويمكن أن نلحق بهما صو ثالثة وهى اللوائح النموذجية .

---

(١) والعبارة للعميد هوريو . انظر مصطفى أبو زيد فهمى ، المرجع السابق ص ١٦٤ .

(٢) ويلاحظ أن المشرع الفرنسى أخضع قرارات المجلس البلدى إلى نفس هاتين الصور من التصديق بأن جعل قرارات حددها على وجه الحصر خاضعة للتصديق الصريح . أما الحالات لم يحددها فقد أوجب إحالتها إلى ممثلى السلطة المركزية خلال ١٥ يوماً اعتباراً من تاريخ اتخ فإذا انقضت مدة أربعون يوماً دون اعتراض الممثلين المذكورين عليها اعتبرت القرارات ق للتنفيذ (دى لوبادير ، المرجع السابق ص ١٥٠ - ١٥١) .

١ ــ التصديق الصريح :

يشترط المشرع وجوب صدور قرار من قبل سلطة الرقابة الإدا
بالتصديق صراحة على القرار الصادر من البلدية أو برفض التصديق ع
صراحة للأعمال التى تخضع للتصديق ، والتى هى التالية فى ظل قان
البلديات :

١ ــ يجوز للجنة الشعبية للبلدية أو تعقد قروضاً أو تقبل هبات أو وصاي
على أن يعتمد قرارها فى هذا من قبل وزير البلديات لكى يكون نافذاً(١) .

٢ ــ لاتكون قرارات لجنة العطاءات البلدية نهائية إلا بعد اعتمادها
وزير البلديات متى كانت العطاءات تجاوز قيمتها عشرة بالمائة من مجمو
مخصصات التنمية للبلدية(٢) .

٣ ــ يعتمد الميزانية الإدارية للبلدية بقرار من وزير الخزانة(٣) .

٤ ــ يعتمد الحساب الختامى للبلديات بقرار من وزير الخزانة(٤) .

٥ ــ لايكون القرار الصادر من رئيس اللجنة الشعبية للبلدية بتفويض
بعض اختصاصاته لرؤساء اللجان الشعبية للفروع التابعة للبلدية إلا بعد اعتما
من وزير البلديات(٥) .

وعدا الحالات السالفة الذكر ، فإن المشرع لم يشترط صدور تصدي
صريح على قرارات اللجنة الشعبية للبلدية . فالأصل إذن هو اعتبار قرارا
نافذة بمرور مدة معينة وكما يلى :

---

(١) المادة ٢١ من القانون .
(٢) المادة ٢٨ من القانون .
(٣) المادة ٣١ من القانون
(٤) المادة ٣٤ من القانون .
(٥) المادة ٦٤ من القانون .

٢ ــ التصديق الضمنى :

تقع هذه الصورة من التصديق عندما يحدد المشرع للسلطة المركزية فترة معينة ، يتعين عليها خلالها إصدار قرار التصديق وبانقضائها دون صدوره يعتبر القرار الصادر عن الوحدة اللامركزية المطلوب إقراره قابلا للتنفيذ . فالتصديق يتخذ شكل الاعتراض أو الفيتو « Veto »(١) .

وحالات هذه الصورة من التصديق هى التالية :

١ ــ لاتعتبر نافذة اللوائح الصادرة عن اللجان الشعبية للبلديات فى الشئون البلدية إلا بتصديق وزير البلديات عليها . وللوزير أن يعترض عليها خلال ثلاثين يوماً ويكون الاعتراض مسبباً وكتابياً . فإذا تمسكت اللجنة بقرارها عرض الوزير الأمر على مجلس الوزراء ليقرر مايراه(٢) .

٢ ــ لا تعتبر نافذة القرارات الصادرة عن اللجنة الشعبية للبلدية بفرض الرسوم أو العوائد أو الأتاوات إلا بتصديق وزير البلديات عليها ، وللوزير أن يعترض عليها خلال ثلاثين يوماً ، فإذا تمسكت اللجنة بقرارها عرض الوزير الأمر على مجلس الوزراء ليقرر مايراه .... »(٣) .

٣ ــ تبلغ البلدية محاضر اجتماعات لجانها الشعبية وقراراتها خلال أسبوع من تاريخ صدورها إلى وزير البلديات الذى له حق الاعتراض عليها ، ويكون الاعتراض مسبباً وكتابياً . وللبلدية أن تبدى رأيها فى الاعتراض ، فإذا تمسكت عرض الأمر على مجلس الوزراء ليقرر مايراه(٤) .

---

(١) فالين ، المرجع السابق ، ص ٤٢٦ .

(٢) المادة ٢٠ من قانون البلديات والمادة ١٨ من اللائحة التنفيذية له .

(٣) المادة ٢٥ من القانون .

(٤) المادة ٥٩ من قانون البلديات والفقرة العاشرة من المادة الأولى من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٥ بتنظيم وزارة البلديات .

أولا – أن جميع القرارات التنظيمية والفردية ، بما فيها اللوائح البل
الإدارية واللوائح البلدية المالية ، يجب عرضها على سلطة الرقابة المركز
المتمثلة خاصة بوزير البلديات بحكم إلزام البلديات عرض محاضر اجتماع
وقراراتها ، للتصديق عليها .

ثانياً – على جهة الرقابة الإدارية أن تبدى رأيها خلال فترة معينة حدد
المشرع بثلاثين يوماً وإلا اعتبر سكوتها بفوات المدة المذكورة بمث
المصادقة على القرارات المعروضة على التصديق .

وقيام المشرع بتحديد مثل هذا الميعاد القصير نسبياً هو فى صال
البلديات ، إذ فى ذلك ضمان عدم إبقاء قراراتها معلقة إلى مالا نه
أو لفترة طويلة وهو الأمر الذى يترتب عليه تعطيل أعمالها أو مصادر
اختصاصاتها بطريق غير مباشر . فإذا ماصدر قرار الوزير بالاعتراض ع
القرار البلدى بعد فوات هذه المدة اعتبر غير مشروع وقابلا للإلغاء ، م
القضاء أو من السلطة الرياسية التى تباشر على الوزير .

وانقضاء الأجل المسقط لسلطة وزير البلديات فى الاعتراض ع
قرارات اللجان الشعبية البلدية لا يعنى تمتع هذه القرارات بقرينة الشرعية التى
لاتقبل إثبات العكس ، إذ يجوز لأصحاب الشأن الطعن بإلغاء القرارا
المذكورة لمخالفتها للقواعد القانونية خلال المدة القانونية المقررة لذلك .

ثالثاً – أن قرار سلطة الرقابة برفض التصديق على قرار البلدية المطلوب
تصديقه يجب أن يكون مسبباً ، حتى تتمكن البلدية وهى صاحبة الاختصاص
الأصيل فى ممارسة شئونها الذاتية أن تبدى رأيها مرة أخرى فى ضوء الأسباب
التى استندت إليها سلطة الوصاية فى الرفض ولكى يستطيع أيضاً مجلس
الوزراء فحص النزاع القائم بين وزير البلديات وبين البلدية فى حالة إصرا
هذه على قرارها ، وهو على علم بالوقائع ومعطيات النزاع .

رابعاً ــ يجب أن يصدر قرار سلطة الرقابة الإدارية (وزير البلديات
يرفض التصديق كتابياً منعاً لكل لبس ولكى يمكن إثباته والرجوع إ
بسهولة .

خامساً ــ ويلاحظ كقاعدة عامة أن السلطة التى تمارس الرقابة الإدا
لصورتى التصديق الصريح والضمنى لاتملك سوى إقرار القرار الصادر
الوحدات اللامركزية جملة أو رفضه جملة ، فهى لا تملك تعديله formation
أو استبداله substitution بغيره ، لأنها لاتملك ابتداءاً مباش
الاختصاصات التى أنيطت بالوحدات اللامركزية(١) .

وإلى هذا الحد أخذ المشرع بهذا المبدأ المقرر فى القانون المقارن
ومصداقاً على ذلك أن المادة ٢٥ من قانون البلديات أجازت لوزير البلديا
الطلب من اللجنة الشعبية للبلدية تقرير أو تعديل أو إلغاء أى رسم بلد
أو تقصير أجل سريانه وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة . فإذا رفضت ال
إجابة الطلب عرض الأمر على مجلس الوزراء . فإذا أيد المجلس رأى الوز
وجب على اللجنة إصدار القرار الذى وافق عليه مجلس الوزراء . ومن ثم فلي
للوزير سوى اقتراح تعديل القرار الصادر عن البلدية والمطلوب تصديقه ، ف
لا يملك إذن أخذ المبادءة فى تعديله بنفسه عند التصديق .

غير أن قانون البلديات جعل من الرقابة الإدارية تقترب كثيراً
السلطة الرياسية عندما نص فى الحالات التى سبقت الإشارة إليها على « عر
الأمر على مجلس الوزراء ليقرر مايراه متى تمسكت البلدية بقرارها
اعتراض وزير البلديات عليه » .

ولمجلس الوزراء تصديق القرار الصادر عن البلدية أو رفضه كلياً
جزئياً أو تعديله . ويمكن أن يجد هذا الأمر مبرراً له فى طريقة المرحلة ا
يمر بها البلد ، وذلك متى علمنا بأن المجتمع الاشتراكى الذى تحاول ل
بناؤه يكون التخطيط عاماً وشاملا للنشاط كله ولمجموع الشعب .

(١) فالين ، المرجع السابق ص ٤٢٧ . ريفيرو ، المرجع السابق ص ٢٩٠ .

ومن ثم فيجب أن يغلب جانب الصالح العام للمجتمع على المصالح الذاتية للوحدات اللامركزية .

سادساً — ويجب أن ينظر إلى القرار الصادر عن الوحدة اللامركزية أى اللجنة الشعبية للبلديات المطلوب تصديقه بأنه مستقل عن القرار الصادر عن سلطة الرقابة الإدارية أى عن الوزير . فهو يسرى من تاريخ صدوره لا من تاريخ التصديق عليه (١) . أى أن تنفيذه يبقى معلقاً إلى حين تصديقه(٢) أما قرار التصديق فيسرى بأثر رجعى أى من تاريخ صدور القرار المطلوب تصديقه .

ويترتب على استقلال كل من القرارين نتائج أهمها انتساب القرار الإدارى للجهة التى أصدرته ، أى للبلدية والتى تبقى مسئولة عن شرعية القرار الصادر عنها . ومن ثم فهو يقبل الطعن فيه أمام القضاء وطلب إلغاؤه ويصدق هذا الكلام على القرار الصادر عن السلطة المركزية (وزير البلديات أو مجلس الوزراء) بالتصديق الذى يعتبر من عداد القرارات الإدارية المنفصلة . ومن ثم فيجوز الطعن به لمخالفته لمبدأ الشرعية ، كما يجوز للغير أو للوحدة اللامركزية التى تضررت منه ، المطالبة بالتعويض عما لحقه من أضرار ، سواء بسبب إصدار قرار التصديق أو لإهمال سلطة الرقابة الإدارية فى ممارسة اختصاصاتها(٣) .

٣ — حالة اللوائح النموذجية :

أجاز قانون البلديات لوزير البلديات إصدار لائحة نموذجية موحدة تهتدى بأحكامها اللجان الشعبية للبلديات عند إصدارها لوائح فى الشئون البلدية(٤) .

---

(١) الطماوى ، مبادىء القانون الإدارى ، الكتاب الأول ، ١٩٧٣ ، ص ١٢٦ .

(٢) بوتينباخ ، المرجع السابق ص ١٥٦ .

(٣) لوبادير ، المرجع السابق ص ٩٢ . وانظر قرار مجلس الدولة الفرنسى فى ١٧ مايو سنة ١٩٠٧ فى قضية . Canazzi

(٤) أنظر المادة ٢٠ من قانون البلديات .

ومن ناحية أخرى ، فإن اللجان الشعبية للبلديات تضع لائحة الإجراءات الداخلية لها ولسائر اللجان الشعبية الأخرى فى دائرة البلدية ، وذلك وفق « للأوضاع » التى يصدر بها قرار من وزير البلديات ويجوز لكل لجنة أن تضمن لائحتها الداخلية أحكاماً خاصة بشرط أن يصدق عليها الوزير المذكور(١) .

كما أشار القانون بشأن تنظيم وزارة البلديات إلى اختصاص هذه الوزارة بإعداد ومراجعة التصميمات والمواصفات الخاصة بمشروعات المرافق العامة التى تقوم بها البلدية والداخلة فى اختصاصها(٢) .

ويفهم من النصوص السابقة ، أن السلطات المركزية قد تلجأ إلى وضع نماذج للوائح ، أو وضع نماذج للعقود أيضاً أو مايسمى بدفتر الشروط Cahier des charges-type لتسترشد بها الوحدات اللامركزية عند إصدار القرارات التنظيمية أو اللوائح .

وإن كان الأصل جواز مخالفة الوحدات المذكورة للوائح النموذجية ، فإن العمل جرى على التزامها عند إصدار اللوائح بالنماذج الموضوعة لها ، إذ لو خالفتها ، لوجب عليها أن ترفع اللوائح التى تصدرها إلى السلطات المركزية المخولة بالرقابة الإدارية لتصديقها . وهذا يعنى اتباع إجراءات التصديق التى قد تطول مما يؤدى إلى تأخير عملها ؛ بل إن السلطات المركزية قد ترفض التصديق عليها إذا ما وجدتها مخالفة للنماذج أو الأوضاع التى اقترحتها(٣) .

ثالثاً ــ الإلغاء :

تملك سلطة الرقابة الإدارية إلغاء القرارات التى تصدرها الوحدات

---

(١) المادة ٣٩ من قانون البلديات .

(٢) المادة الأولى ، الفقرة السادسة من القانون المذكور .

(٣) انظر فالين ، المرجع السابق ص ٤٢٨ .

المركزية . وعلى هذا الأساس إذا اعترض وزير البلديات على القرارات الصادرة بعد طلب تصديقها دون أن تتمسك البلديات بها اعتبر اعتراضه بمثابة إلغاء غير مباشر لها . وكذلك الحال بالنسبة لمجلس الوزراء وفقاً للمواد ٢٠ ، ٢٥ ، ٥٩ من قانون البلديات ، إذ يستطيع إلغاء القرارات الصادرة عن البلديات لمخالفتها لمبدأ الشرعية القانونية أو لعدم ملاءمتها مع المصلحة العامة.

وتتفرع سلطة الهيئات المركزية فى اللغاء من اختصاصها القائم على الإشراف على البلديات ومتابعة تنفيذها للقوانين واللوائح . ويعنى الإشراف عموماً ، فحص مطابقة أعمال الوحدات اللامركزية مع أحكام القوانين واللوائح والسياسة العامة للدولة .

ومن ثم فالإشراف لا يقتصر على الناحية القانونية الصرفة فحسب ، وإنما يمتد إلى « الإشراف الإدارى والفنى على أعمال البلديات » .

ويميز القانون الفرنسى بين صنفين من أحوال إلغاء السلطة المركزية للقرارات الصادرة عن البلديات :

الصنف الأول ، ويضم : أولا — القرارات التى يتخذها المجلس البلدى خارج الاختصاصات التى أناطها القانون بالبلديات . وثانياً — القرارات الصادرة إثر اجتماعات يعقدها بصورة غير قانونية . كعدم توفر النصاب القانونى مثلا . وأخيراً : القرارات الصادرة خلافاً لمبدأ الشرعية .

أما الصنف الثانى من القرارات فيضم خاصة التصرفات التى تجريها المجالس البلدية ، ويشارك فى اتخاذها أحد أعضاء المجالس المذكورة دون الأخذ بنظر الاعتبار المحظور الواقع عليه فى وجوب امتناعه عن المشاركة ، لتعلق التصرف بمصالح تعود عليه بنفع . وهى المشاركة التى تؤدى فى قانون البلديات الليبى إلى فقدان الثقة والاعتبار فى عضو اللجنة الشعبية وفقاً للمواد : ٤٤ و ٤٥ و ٤٦ منه .

والفائدة العملية التى تترتب على التمييز بين هذين الصنفين هو أن إلغا
السلطة المركزية للطائفة الأولى من الأعمال يجوز إجراؤه دون التقيد بمد
معينة « nullité de droit » خلافاً للطائفة الأخرى من قرارات البلدية التى
يتعين إلغاؤها خلال الأجل الذى حدده القانون لذلك annulabilité[1] .

رابعاً ـ سلطة إصدار القرارات والتعليمات :

أشارت مواد قانونية إلى سلطة إصدار السلطة المركزية للقرارات
والتعليمات إلى البلديات كما يلى :

١ ـ أناط القانون البلديات بوزارة البلديات تولى الإشراف على
البلديات ومتابعة تنفيذها للقوانين واللوائح والتفتيش على سير العمل ب
وإعداد التقارير والمذكرات المتعلقة بذلك وإحالتها إلى وزير البلديات والذى
له إصدار القرارات والتعليمات إليها فى سبيل تنفيذها لاختصاصاتها ،
وللوزير وقف أى قرار من قرارات البلديات الذى يرى فيه إضراراً
بالأمور المالية والإدارية والفنية للبلديات[2] .

٢ ـ وينص القانون بشأن تنظيم وزارة البلديات على اختصاص هذه
الوزارة « بإصدار القرارات والتعليمات اللازمة للبلديات فى مجالات اختصاصها
ومراقبة نشاطها والإشراف على اللجان الشعبية بها »[3] .

ويلاحظ : (أولا) من استقراء الأحكام السابقة ، أن المشرع جعل
من وزير البلديات حلقة الوصل بين قواعد التخطيط وعمليات الإنتاج
وأناط به مهمة ترشيد القرارات التى تتخذها البلديات فى كل حركة نشاط
تقوم بها عند ممارسة اختصاصها .

(١) قارن مع التشريع الفرنسى فيديل ، المرجع السابق ص ٥٢٨ . دى لوبادير ، المرجع
السابق ص ١٥٠ . فالين ، المرجع السابق ص ٣٤٨ .
(٢) المادة ٥٨ من قانون البلديات .
(٣) الفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٥ .

فلها أن تمارس « رقابة الشرعية » على أعمال البلديات بأن تتحقق وفقاً للخطط الموضوعة لها مسبقاً ، من قيامها بتنفيذ القوانين وذلك عن طريق مراقبة نشاطها والإشراف على اللجان الشعبية البلدية . ولها فى سبيل ذلك التفتيش عن سير العمل فى الأجهزة البلدية والمرافق التابعة للبلديات .

ويتولى المفتشون وضع تقارير عن أوضاع الأجهزة والمرافق البلدية بتحديد سير العمل فيها ، وتقدير كفاءتها ومدى قدرتها على النهوض بالمهام المنوطة بها ضمن الخطط والبرامج والمشروعات التى أعدت لها ومتابعة تقييم ما يتم إنجازه منها .

وبعد إعداد المفتشون تقاريرهم يرفعونها إلى وزير البلديات ليتصرف على ضوئها : وفى هذه الحالة أجاز القانون له اتخاذ إجراء غير مألوف فى نطاق النظام اللامركزى ألا وهو إصدار القرارات والتعليمات ، إما لإجبار البلديات على تنفيذ اختصاصاتها إذا تبين له نكوصها عن القيام بواجباتها ، أو إهمالها لها ، أويكون الغرض منها عاماً يتعلق « بمجالات اختصاصها » بأمرها على القيام بوظائفها تبعاً لقراراته وتوجيهاته . هذه الأوامر والتعليمات قد تكون خاصة ببلدية معينة أو ببعضها أو جميعها . كما يمكن أن تكون سابقة على التنفيذ أو لاحقة عليه .

ويتحقق إشراف وزير البلديات (ثانياً) على البلديات ، عن طريق ممارسته « رقابة الملاءمة » : إذ له أن يشل عمل أى بلدية متى قدر أن ممارستها لمجال من مجالات اختصاصاتها فيه انحراف عن المصلحة العامة ، أو إهمال فى إشباعها . ومن ثم فإن رأى بأنها اتخذت قراراً فيه إضرار بالأمور المالية أو الإدارية أو الفنية جاز له توجيه أمر بتعطيل قرار البلدية بوقفه منعاً من تنفيذه أو متابعة تنفيذه . غير أن الوزير لا يستطيع وقف قرار من قرارات البلديات إلى مالا نهاية ، إذ أنه مقيد فى نظرنا بنصوص المواد ٢٠ و ٢٥، ٥٩ من قانون البلديات التى سبق شرحها وتعلقت بقواعد التصديق وموعده .

ويلاحظ العميد فيديل بأن رقابة الشرعية على نشاط الهيئات الخاضعة للرقابة (أو الوصاية) الإدارية جائزة أن تكون كلية ، لا بل يجب أن تكون كذلك ، غير أن رقابة الملاءمة لايمكن أن تكون إلا جزئية ، لأن ممارسة رقابة ثقيلة جداً بهذا الصدد يؤدى فى نهاية الأمر إلى جعل الهيئات التى هى تحت الرقابة فى حالة خضوع كلى وصرف للسلطة المركزية أو لعمالها والواقع أن ممارسة الحرية تفترض وقوع محاذير ، يتمثل بعضها من واقع وجود نقص فنى فى قدرة الهيئات المحلية فى إدارة شئونها الذاتية . ولكن يجب أن لا يبالغ فى هذا المحذور ، لأن مايقابله هو تولى السلطة المركزية أو عمالها مباشرة للشئون المحلية . وهو الأمر الذى قد ينجم عنه نقص فى الأداء أو عدم الكفاية فى الإدارة . إن هذه الاعتبارات هى التى تفسر قيام المشرع بالموازنة بين هذين المحذورين والتوفيق بينهما بتعيين نطاق رقابة الملاءمة التى تمارسها سلطات الرقابة الإدارية على الوحدات الخاضعة لهـا[1] .

ونظام الرقابة (ثالثاً) لايبيح كأصل عام توجيه الأوامر إلى الوحدات اللامركزية ، إذ يفترض فى هذه تمتعها باستقلال إدارى وقانونى ومما يتمثل بالاعتراف لها بالشخصية الاعتبارية وممارستها بنفسها لاختصاصات معينة . فاستقلالها ليس منحة من السلطة التنفيذية .

ومع ذلك فإذا رفضت البلدية العمل بموجب الأعمال المذكورة تعرض قرارها هذا لرفض وزير البلديات المصادقة عليه . ولهذا السبب فقد خول المشرع سلطة الوزير فى هذا الخصوص بنصوص المواد ١٠ و ٢٥ ، ٥٩ من قانون البلديات .

وبعبارة أخرى يجب تفسير فحوى المادة ٥٨ الآنفة الذكر ، التى يضفى مبناها انطباعاً بوجود سلطة رياسية للوزير على أعمال البلديات

(١) فيديل ، المصدر السابق ٤٨٨ – ٤٨٩ .

وذلك فى ضوء النصوص الأخرى المشار إليها قبل قليل ؛ وفى نطاق الأحكام العامة للتصديق فى القانون المقارن ، واستناداً على المبادىء الجديدة للنظام الإدارى فى ليبيا .

كلمة ختامية

لانستطيع تقييم نظام البلديات الجديد ، دون الأخذ بنظر الاعتبار ، الإطار العام للنظام السياسى والاقتصادى للجمهورية العربية الليبية ، والقائم فى نظرنا على المعطيات التالية :

أولا : أن الجمهورية العربية الليبية هى دولة « نامية » ومن ثم فإن مايمكن أن تتمتع فعلا به الوحدات الإدارية المحلية فيها من استقلال لا مركزى يجب أن يتحدد وفقاً للظروف الموضوعية التى تشترك فيها البلدان النامية ، وما تملكه من خبرات فنية ، وأموال ، ووعى شعبى . ولا بد من أن تقوم السلطة المركزية فى أى بلد نام بدور فعال فى توجيه الموارد المالية والكفاءات الفنية نحو الأنشطة المؤدية إلى تنمية الإنتاج وتقديم الخدمات على أحسن وجه .

صحيح أن ليبيا هى من الدول النامية الغنية ، إلا أنه لا يكفى أن تقرر الإمكانية النظرية للوحدات اللامركزية فى أن تكون لها أموال خاصة بها تتولى بنفسها إدارتها لكى ترتب على ذلك تمتع البلديات بالاستقلال اللامركزى وإنما يجب أن تكون لها القدرة العملية فى الحصول بنفسها على موارد مالية ذاتية لإنفاقها فى الأوجه التى تقررها هى . ومن هذه الناحية فإن البلديات ناقصة الاستقلال الذاتى ، طالما أن مصادرها المالية لاتجدها هى بنفسها ، وإنما تستقيها من الإعانة الحكومية . فهى فى حالة خضوع مالى شبه تام للدولة أى للسلطة المركزية .

وبهذا الصدد نرى مناسباً استعارة عبارة للعميد فيديل ومؤداها أنه لايمكن عملياً اعتبار الوحدة المحلية لامركزية متى كان لها وضع مماثل لشخص

كامل الأهلية من الناحية النظرية ويتمتع بأهلية الأداء ؛ إلا أنه لا يست
العيش دون المعونات التى يغدقها عليه والداه[1] » .

ثانياً : أن الجمهورية العربية الليبية تتبنى الفكر « الاشتراكى » ا
يملى على الدولة برمجة مشاريع التنمية وتمويلها والإشراف على تنفيذه
وهو الأمر الذى يجعل للسلطة المركزية أيضاً اليد العليا فى تحقيق الخطة ال
الاقتصادية المعدة سلفاً .

وإذا علمنا بأن دور البلديات لم يعد محلياً صرفاً ، يتمثل بمجرد تق
بعض الخدمات والقيام بمرافق عامة معينة محدودة ، وإنما أصبح لها د
إنمائياً .

وحيث أن اللامركزية تقاس أيضاً بمدى أهمية الاختصاصات الم
بها ، وحجم الاختصاصات التى يدخل أمر تقريرها فى سلطة الوحد
اللامركزية ؛ لذا يمكننا القول بأن الدور الأول للبلديات أصبح ثا
بالنسبة للدور الآخر الجديد الذى أصبحت تضطلع به ؛ وتمارسه ، ض
الخطة العامة التى تتولى وضعها وتشرف على تنفيذها السلطة المركزية .

وأخيراً فإن الجمهورية العربية الليبية ، تخوض اليوم التجربة « الديمقراط
الأمر الذى تجسد فى نطاق البلديات بإعطاء التجمعات السكانية سلطة إدا
الذاتية من قبل لجان شعبية منتجة .

ولايغيب عن البال بأن ما تتمتع به الوحدات المحلية من واقع لامركز
يعتمد على الوعى السياسى والثقافة التى يتسلح بها المنتخبون والهيئة الداخ
فى آن واحد ، إذ مما يزيد من درجة اللامركزية ارتفاع الحس الفكر
الذى من مظاهره التمسك بالحقوق والحريات المحلية والتى هى جزء لا يتج
من الحياة الديمقراطية عموماً .

(١) فيديل ، المصدر السابق ٤٨٨ – ٤٨٩ .

بقى أن نقول أيضاً إن الخدمات والمرافق والمشروعات التى تم إشبا
على الصعيد المحلى تشارك البلديات فى بعضها وحدات إدارية منتخبة أ
محلياً غير أنها خاضعة للسلطة المركزية وهى المراقبات .

والمؤمل أن يزيد المشرع من نطاق إدارة السلطات اللامركزية المتم
بالبلديات على حساب اختصاصات المراقبات كلما زادت الكفاءة الفنية والو
المحلى بإدارة الشئون المحلية ، تحاشياً لوجود الازدواجية بين الوحدات الم
المديرية للشئون الذاتية واقتصاداً فى الكفاءات والجهد والنفقات .

وبإيجاز ، إن المعطيات السابقة تنمو حالياً بالنظام البلدى الجديد
المركزية وإن أفصحت النصوص التى نظمته على قيامه على الأسس العـ
المشتركة للنظام اللامركزى .

الحكم الجنائي وأثره على علاقة الموظف بالدولة

للأستاذ عبد الله الكاديكي

المحاضر المساعد

مقدمة :

كما قد يرتكب الموظف أو العامل بالدولة أثناء تأديته لوظيفته جرائم تعرضه للمؤاخذة ، فقد تبدو منه جرائم جنائية تعرضه للمؤاخذة الجنائية وتوقيع الجزاءات التى نص عليها قانون العقوبات .

وكما تنتهى خدمة الموظف أو العامل بقرار تأديبى متى بلغت المخالفة الإدارية التى ارتكبها حداً تقدر سلطة التأديب أنها تستأهل عدم بقائه بالخدمة ، فإن من الجرائم الجنائية ، مايترتب على الحكم على مرتكبها عزله من الوظيفة وقطع صلته بها صوناً لما للوظيفة العامة من كرامة وحفاظاً على الصالح العام بالدولة من أن يتلوث ببقاء من ثبت انحرافه الإجرامى فى زمرة العاملين بالدولة مع مايتوقعه جمهور المواطنين فيهم من ترفع عما يشين الشرف ويخدش النزاهة ويحط من القدر ، إذ لا يطمئن الرأى العام عادة إلى سلامة الخدمة المبتغاة من الوظيفة العامة إذا ظل يتقلدها من حكم عليه فى جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة .

ولهذا فقد اتجهت القوانين فى مختلف الدول إلى إنهاء خدمة الموظف متى بلغت العقوبة أو الجريمة المحكوم بها عليه من الجسامة والخطورة حداً ينعكس على سمعته فى الوظيفة العامة ، فتلوكها الألسن على نحو يزلزل الثقة فيه ، فتتأذى المرافق العامة أبلغ الأذى من بقاء مقاليدها بين يدى من بلغ انحرافه أو إثمه هذا المدى .

وكما هو الحال فى القانون الليبى والمصرى ، فقد نص قانون العقوبات الفرنسى على عقوبة فى بعض الجرائم ، ويمكن أن يترتب عليها عزل المحكوم عليه وإقصاؤه من جميع الوظائف .

كذلك حدد قانون العقوبات البلجيكى فى المادة (٣١) قائمة الحقوق العامة والمدنية التى يؤثر فيها صدور الحكم جنائى ضد أحد الأشخاص ، ومن هذه الحقوق شغل الوظائف أو المناصب العامة(١) .

وقد أثار موضوع النتائج المترتبة على الأحكام الجنائية ومداها على إنهاء خدمة الموظف كثيراً من المشكلات فى التطبيق وكثيراً من الجدل والخلاف فى وجهات النظر بين رجال الفقه والقضاء .

خطة البحث :

وحتى يمكننا الإلمام بهذا الموضوع الهام سنقسم الموضوع إلى فصلين ، الفصل الأول نحدد فيه الحكم الجنائى الذى يؤثر على علاقة الموظف بالدولة ، والفصل الثانى نتعرض فيه للآثار التى يحدثها الحكم الجنائى على مركز الموظف .

---

(١) د محمد عصفور – جريمة الموظف العام واثرها على وضعه التأديبى – طبعة ١٩٦٣ ص ٤ .

الفصل الأول

الشروط اللازم توفرها فى الحكم الجنائى

الذى يؤثر على علاقة الموظف بالدولة

يجب لكى ينتج الحكم الجنائى الصادر بإدانة أحد العاملين بالد
أثره أن تتوافر فيه خصائص وشروط معينة يتطلبها قانون العقوبات وقو
التوظف ، وسوف نبين فيما يلى هذه الشروط وموقف الفقه والقضاء منه
المباحث الآتية :

المبحث الأول

أن يكون الحكم صادراً من محكمة وطنية

تنص المادة (٦) من قانون العقوبات الليبى على أن : (كل ليبى ارتك
وهو خارج ليبيا فعلا يعتبر جناية أو جنحة فى هذا القانون ... يعاقب بمقتض
أحكامه إذا عاد إلى ليبيا وكان الفعل معاقباً عليه بمقتضى قانون البلد ال
ارتكب فيه) .

ونصت المادة (٧) على أنه : (لايجوز إقامة الدعوى العمومية على
يثبت أن المحاكم الأجنبية حكمت عليه نهائياً فبرأته أو أدانته واستوفى عقوبته)
ومؤدى هذه النصوص أن الحكم الذى يصدر من محكمة أجنبية
جريمة ارتكبت خارج القطر الليبى مما نصت عليه المادتان ٥ ، ٦ من قا
العقوبات ، يحول دون إمكان المحاكمة فى الجمهورية العربية الليبية من ج

---

(١) وبنفس هذا المعنى نص قانون العقوبات المصرى المواد ٣ ، ٤ .

عن هذه الجريمة ، وذلك إذا كان الحكم نهائياً وصدر بالبراءة أو العقوبة وبشرط أن يكون المحكوم عليه قد استوفاها . ومعنى ذلك أن للحكم الأجنبى فى هذه الحالة أثراً فى ليبيا يقيد سلطة القضاء الليبى ، إلا أن هذا الأثر يقتصر على عدم جواز رفع الدعوى عن ذات الجريمة المحكوم فيها ، وفيما عدا هذه الحالة الاستثنائية ليس للحكم الجنائى الأجنبى أى أثر فى ليبيا ولا يجوز تنفيذه فيها إلا إذا وجد اتفاق بشأن تنفيذ الأحكام الأجنبية .

ولا يقف الأمر عند هذا الحد ، بل إن مثل هذا الحكم لا أثر له مطلقاً فلا يعتبر سابقة فى العود ولا تؤثر العقوبة المقضى بها فى الأهلية ، لأن هذا الأثر لا يعدو كونه عقوبة من العقوبات المحكوم بها من محاكم أجنبية لاسبيل إلى تنفيذها فى ليبيا(١) .

على أنه وإن تجرد الحكم الصادر من القضاء الأجنبى من حجية الأمر المقضى بحيث لاينتج آثاراً إيجابية كما قدمنا ، فإن هناك محلا للاعتداد بهذا الحكم بوصفه واقعة أو دليلاعلى واقعة تنبىء بسوء سلوك العامل أو الموظف ومقتضى ذلك إذا ارتكب موظف أثناء وجوده فى الخارج جناية أو جريمة مخلةبالشرف ،فإن الحكم عليه من محكمة أجنبية لا أثر له على وضعه الوظيفى ، بمعنى أن الموظف لا يفصل تلقائياً وبقوة القانون ، لأن الأحكام الأجنبية ليس لهاأى أثرخارج إقليم الدولة التى صدرت فيها مالم يكن هناك اتفاق على ذلك .

ذلك أن قواعد القانون الجنائى كلها تتعلق بالنظام العام . والأحكام الجنائية تعد مظهراً من مظاهر مباشرة الدولة لسيادتها فوق إقليمها ، فيتعين من حيث قوتها أن تكون مرتبطة بهذه السيادة وفى حدود إقليم الدولة التى صدرت فيها .

وإذا كان هذا هو الأمر بالنسبة للعقوبة الأصلية فإنه كذلك بالنسبة للعقوبات التبعية ، إلا أن هذا لا يمنع جهة الإدارة — إذا رأت محلا لذلك —

---

(١) راجع بهذا المعنى الدكتور محمود مصطفى شرح قانون العقوبات القسم العام ص ٨٧ ، ٨٨ .

من أن تتخذ من الحكم الأجنبى الصادر بالإدانة دليلا على سوء سلوك الموظف وتتخذ بشأنه الإجراءات التأديبية اللازمة .

وقد طرح على القضاء التأديبى فى مصر مشكلة أثر الحكم الجنائى الأجنبى على مركز الموظف ، وذلك بمناسبة إدانة موظفة مصرية فى جريمة سرقة من قبل أحد المحاكم فى لندن . وقد أرادت النيابة الإدارية أن ترتب على هذا الحكم عقوبة الفصل المنصوص عليها فى قانون موظفى الدولة ، إلا أن المحكمة رفضت ذلك وانتهت إلى أنه ليست للحكم الأجنبى حجية إلا فى حدود البلد الذى صدر فيه ، إلا أن ذلك لا يحول دون أن تتخذ الأفعال التى حوكمت الموظفة من أجلها جنائياً سنداً لتوقيع جزاء تأديبى بالإجراءات التأديبية المعتادة .

ويتفق هذا القضاء مع ماجرى عليه العمل فى فرنسا ، حيث يذهب الفقه والقضاء فى فرنسا إلى أن الأحكام الأجنبية الصادرة بالإدانة ليست واجبة التنفيذ فى فرنسا ، لأن الصيغة التنفيذية للأحكام الأجنبية لا تمنح إلا بالنسبة للأحكام المدنية ، وإن كان القضاء الفرنسى قضى بأنه يجوز أن يشار إلى حكم أجنبى فى أسباب قرار صادر بعزل موظف(١) .

---

(١) الدكتور محمد عصفور مقالة بعنوان « أصداء الجريمة الجنائية فى نطاق التأديب» ـ مجلة العلوم الإدارية السنة الثالثة عشرة العدد الأول ص ٨١ وما بعدها .

ويشير الدكتور عز الدين عبد الله فى مؤلفه القانون الدولى الخاص – الجزء الثانى – الطبعة السادسة ص ٨٢٤ ، فى صدد تنفيذ الأحكام الأجنبية إلى أن (بحث آثار الأحكام الأجنبية الذى يعد من موضوعات القانون الدولى الخاص يقتصر على الأحكام التى تصدر فى مواد القانون الخاص أما الأحكام الأجنبية الجنائية والإدارية فهى تدخل فى موضوع قانون العقوبات الدولى والقانون الإدارى الدولى ، وهى لا تتمتع بأى أثر وبنوع خاص قوة التنفيذ خارج إقليم الدولة التى أصدرته محاكمها وذلك لأنها تصدر فى محيط نشاط الدولة الإدارى أو العقابى الذى ينضح من سيادتها .. على أن تقرير هذا النظر لايمنع من أن يعتد القاضى الوطنى بالحكم الأجنبى بوصفه واقعة أو دليلا على واقعة ...) .

المبحث الثّانى

أن يكون الحكم صادراً من محكمة عادية

يذهب الرأى الغالب فى الفقه والقضاء المصرى إلى أن الأحكام التى تنهى خدمة الموظف أو العامل هى الأحكام القضائية الصادرة ضد الموظف من المحاكم العادية بعقوبة جناية أو جنحة مخلة بالشرف . أما الأحكام التى تصدر من محكمة استثنائية أو سياسية فلا تعد أحكاماً جنائية بالمعنى الصحيح .

فلقد طرح القضاء المصرى مشكلة طبيعة الأحكام الصادرة من محاكم الثورة بمناسبة البحث فيما إذا كان من شأن صدور الحكم بعقوبة جنائية ترتيب الآثار التى نظمتها المادة (٢٥) عقوبات ومن بينها فرض قيم على المحكوم عليه بعقوبة جناية من محكمة الثورة .

فقد حكمت محكمة النقض المصرية بأنه : (.... لا يمكن القول على وجه التعميم بأن كل حكم بعقوبة جناية يستلزم حتماً ترتيب الأحكام الواردة فى الكتاب الأول من قانون العقوبات ومنها مانصت عليه المادة (٢٥) من هذا القانون ...) (ولا منازعة فى أن عقوبة الجناية التى يترتب عليها إعمال حكم المادة ٢٥ / ع هى العقوبة التى توقع فى ظل هذا القانون باعتباره القانون العام للمحكمة التى أصدرته ، وهذا لا يتأتى إذا كانت الجريمة المحكوم فيها ليست من جرائم القانون العام ...) .

وفى حدود هذا الإطار القانونى المحكم قامت — محكمة النقض — بتحليل الأحكام الصادرة من محكمة الثورة ، وخلصت من استعراض الأوامر الصادرة بتشكيلها والأحكام التى أصدرتها أنها ليست جهة قضاء بالمعنى الصحيح وإنما هى هيئة سياسية ذات سيادة غير مقيدة بقانون العقوبات والإجراءات الجنائية ، فهى لم تكن تقضى فيما يعد فحسب جريمة من جرائم

القانون العام ، ولا تلتزم بأن تقضى بعقوبة من العقوبات الواردة فى قانون العقوبات ، بل إنها كانت متحررة تماماً من تطبيق أحكام قانون العقوبات .

لهذا انتهت المحكمة إلى أن محكمة الثورة لا تنتمى إلى نظام القضاء العادى وإنما هى محكمة ذات سيادة أشبه فى بعض النواحى بمجلس الشيوخ الفرنسى حينما كان ينعقد بوصفه محكمة عليا بناء على نصوص دستور سنة ١٨٧٥ لمحاكمة الأشخاص المتهمين بجناية من الجنايات المخلة بأمن الدولة أو محاكمة رئيس الجمهورية بتهمة الخيانة العظمى (١) .

وقد أخذت محكمة القضاء الإدارى بنفس وجهة النظر هذه بالنسبة للأحكام الصادرة من محكمة الشعب حيث قالت : (.... إن خدمة الموظف المعين على وظيفة دائمة تنتهى بسبب الحكم عليه فى جناية أو جريمة مخلة بالشرف . ولا شك أن الجنايات والجرائم المخلة بالشرف هى وحدها التى تنطبق عليها أحكام الكتاب الأول من قانون العقوبات ، فى حين أن عقوبة السجن الواردة فى المادة الثالثة من الأمر الصادر بتشكيل محكمة الشعب ليست هى بذاتها عقوبة السجن المنصوص عليها فى المادة (١٠) من قانون العقوبات ، ذلك أن المادة الثالثة من أمر التشكيل لم تعين – على خلاف قانون العقوبات – حداً أدنى وحداً أقصى لعقوبة السجن ، الأمر الذى يتعين معه القول بأن الحكم الصادر من محكمة الشعب لا يعتبر حكماً بعقوبة جناية فى تطبيق نص المادة (٢٥) ع ولا تستتبع حتماً وبطريقة آلية توقيع العقوبات التبعية ومنها إنهاء الخدمة (٢) .

غير أن المحكمة الإدارية العليا أخذت بعكس هذا النظر حيث ماثلت بين الحكم الصادر من محكمة الثورة وبين الحكم الصادر من المحاكم الجنائية العادية ، وذلك بالنسبة لأثر الحكم على علاقة الموظف بالدولة (٣) .

---

(١) د . عصفور – أصداء الجريمة الجنائية ، المقال السابق ص ٩٥ وما بعدها .

(٢) محكمة القضاء الإدارى جلسة ١٦ / ٣ / ١٩٦٠ المجموعة السنة ١٤ ص ٢٥٤ .

(٣) د . مصطفى كمال وصفى – أثر الحكم الجنائى فى إنهاء خدمة لموظف – تعليق على أحكام المحكمة الإدارية العليا / مجلة العلوم الإدارية السنة ٧ عدد (١) ١٩٦٥ ص ١٥٢ وما بعدها .

المبحث الثالث

أن يكون نهائياً حائزاً لقوة الأمر المقضى

لاتنتهى خدمة الموظف طبقاً لحكم الفقرات ٨ ، ٩ من المادة ٦٦ من قانون الخدمةا لمدنية رقم١٩ لسنة١٩٦٤ لمجرد اتهامه فى جريمة مما يصدق عليها حكم تلك المادة — وإن كان يجوز وقفه عن العمل احتياطياً حتى يتحدد موقفه نهائياً من الجريمة المنسوبة إليه (المواد ٦١ ، ٦٢ من قانون الخدمة المدنية) بل يشترط لإعمال الفقرات ٨ ، ٩ من المادة المذكورة أن يكون قد حكم على الموظف انتهائياً فى جناية أوجريمة مخلة بالشرف . ويعتبر الحكم نهائياً متى كان غير قابل للطعن أو كان قابلا للطعن وانقضت مواعيده أو طعن فيه فرفض الطعن ، فى جميع هذه الأحوال يكون الحكم نهائياً حائزاً لقوة الأمر المقضى ولوكان قابلا للطعن فيه بالنقض أو طلب إعادة النظر .

ولما كانت المادة ٤٢١ من قانون الإجراءات الجنائية تنص على أنه لاتنفذ الأحكام الصادرة من المحاكم الجنائية إلا متى صارت نهائية ، مالم يكن فى القانون نص على خلاف ذلك ، وتنص المادة ٤٢٩ من ذات القانون على أنه لا يترتب على الطعن بطريق النقض إيقاف التنفيذ إلا إذا كان الحكم صادراً بالإعدام أو كان صادراً بالاختصاص فى الحالة المبينة بالفقرة الأخيرة من المادة ٣٨٢ ، ومن ثم فيما عدا هاتين الحالتين ، أى حالة الحكم بالإعدام والحكم الصادر فى المسائل الاختصاص المتعلقة بالولاية لايترتب على الطعن بالنقض أى أثر من حيث تنفيذ العقوبة) .

وكلمة (التنفيذ) الواردة فى المادة ٤٢٩ من قانون الإجراءات جاءت مطلقة ، ومن ثم تنصرف إلى العقوبة الأصلية المحكوم بها وما يترتب عليها

من آثار ، ولذا كان الأصل أن العقوبة التبعية تنفذ تبعاً لتنفيذ العقوب
الأصلية ما لم ينص على خلاف ذلك .

ويخلص من كل ماسبق أنه بمجرد صدور الحكم النهائى فإن الح
ينفذ بآثاره لوكان قابلا للطعن فيه بالنقض بأن كان الميعاد لا يزال مفتو
أو طعن فيه فعلا (١).

وما يقال فى شأن الطعن بالنقض يصدق فى حق الطعن بإعادة النظر
فهما طريقان غير عاديين من طرق الطعن فى الأحكام ، فلا يترتب علي
أى أثر من تنفيذ الأحكام . إلا أن محكمة القضاء الإدارى قضت بجل
٥/١/١٩٥٤ ببطلان القرار الإدارى الصادر بالفصل للحكم على الموظ
فى جريمة قبل انقضاء ميعاد الطعن فى الحكم الجنائى بالنقض حيث قضت ب
من هذا القول بأن الطعن بالنقض طريق غير عادى لا يترتب عليه وقف
آثار الحكم ، إذ أن هذا القول مبنى على خطأ فى الفهم ، فالمادة ١٩
إجراءات جنائية نصت على أنه لا يترتب على الطعن بطريق النقض إيقاف
التنفيذ إلا إذا كان صادراً بالإعدام ، فمدلول هذه المادة يقتصر على تنف
الحكم نفسه ، أى توقيع العقوبة ، ولا يمكن أن يتعدى إلى الآثار التى يمك
أن يترتب على الحكم (القضية رقم ١٣١٨ لسنة ٥ ق المجموعة لسنة
ص ٣٧٣ (٢)) .

---

(١) كانت الفقرة الأخيرة من المادة ١٩ من القانون رقم ٨٨ لسنة ١٩٧١ فى شأن القض
الإدارى تنص على أنه « ولا يجوز تنفيذ الحكم قبل فوات ميعاد الطعن فيه ويترتب على ر
وقف تنفيذ الحكم » إلا أن هذه الفقرة عدلت بموجب القانون رقم ٥٣ لسنة ١٩٧٣ حيث نص
المادة الأولى منه على أن « يستبدل بالفقرة الأخيرة من المادة ١٩ من القانون رقم ٨٨ لسنة ١٩٧١
النص الآتى (ولا يترتب على الطعن وقف تنفيذ الحكم إلا إذا أمرت المحكمة بغير ذلك) » .

(٢) مجموعة المبادىء القانونية لفتاوى القسم الاستشارى س ١٤ ، ١٥ ص ٣٩٤ .

وبنفس هذا الرأى أخذ أستاذنا الأستاذ الدكتور محمد عصفور ، حيث يرى أن مجرد قيام الطعن بالنقض فى الحكم الجنائى الصادر بالإدانة من شأنه وقف الآثار التبعية التى يرتبها القانون على حكم الإدانة ، فهو لا يرى أية مصلحة فى أن يطرد الموظف من وظيفته ولا يزال أمره مطروحاً على جهة قضائية وهى محكمة النقض ، وله مصلحة فى زعزعة المراكز القانونية طالما أن الموظف الذى ينقض الحكم الجنائى لمصلحته الصادر بإدانته يتعين رجوعه إلى الخدمة (١).

على أنه لما كان انتهاء خدمة الموظف أو العامل طبقاً لحكم الفقرات ٨ ، ٩ من المادة ٦٦ من قانون الخدمة المدنية رقم ١٩ لسنة ١٩٦٤ إنما يتم نتيجة للحكم الجنائى ، فإن انتهاء الخدمة إنما يدور وجوداً وعدماً مع الحكم الجنائى ، فإذا نقض الحكم الذى صدر الفصل تنفيذاً لمقتضاه ببراءة الموظف المتهم مما أسند إليه ، كان الفصل معدوماً وكأنه لم يكن (٢).

---

(١) الدكتور محمد عفصور – المقال السابق الإشارة إليه ص ١٢٠ .
(٢) د . نعيم عطية – المرجع السابق ص ٤٨٢ – ٤٨٣ .

المبحث الرّابعُ

أن يكون الحكم صادراً فى جناية أو جنحة مخلة بالشر

المطلبُ الأولُ

فى القانون الليبى

(١) حالات انتهاء خدمة الموظف المحكوم عليه فى قانون العقوبات :

تنص المادة (٣٣) من قانون العقوبات الليبى على أن الحرمان من الحقو المدنية نوعان :

دائم ومؤقت . وأنه يترتب على الحرمان الدائم حرمان الجانى من الحقو والمزايا الآتية ، إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك :

١ — . . . . . ٢ — الصلاحية للبقاء فى أية وظيفة عامة أو القبو فى أية خدمة عامة إلا إذا كانت جبرية ، وتجريده من أية صفة اكتسب بسبب العمل فى وظيفة أو خدمة عامة ....

ونص فى المادة (٣٤) على أن الحكم بالسجن المؤبد أو السجن لم عشر سنوات أو أكثر يتضمن الحرمان الدائم من الحقوق المدنية من يو صدور الحكم نهائياً، والحكم بالسجن لمدة ثلاث سنوات أو أكثر يتضم الحرمان من الحقوق المدنية مدة تنفيذ العقوبة ومدة بعد ذلك لا تقل ع سنة ولا تزيد على خمس سنوات .

ونصت المادة (٢/٣٦) منه على أن : (يترتب الحرمان المؤقت من الوظي

العامة أو الوصاية أو القوامة على كل حكم فى جناية أو جنحة عمدية ارتكبت إساءة لاستعمال السلطة أو خرقاً للواجبات المترتبة على الوظيفة العامة أو الوصاية أو القوامة).

ونصت الفقرة (٣) من هذه المادة على أن يكون الحرمان المذكور فى الفقرة السابقة لمدة تنفيذ العقوبة ومدة أخرى يحددها الحكم ، على ألا تقل بالنسبة للجنح عن شهر ولا تزيد على ثلاث سنوات . ولا تقل بالنسبة للجنايات عن سنة ولا تزيد على خمس سنوات .

ويفهم من هذه النصوص أن المحكوم عليه، طبقاً لأحكام قانون العقوبات الليبى يفقد الصلاحية للبقاء أو القبول فى أية وظيفة عامة فى الحالات الآتية :

(أ) إذا حكم عليه فى جناية .

(ب) إذا حكم عليه فى جنحة عمدية ارتكبت إساءة لاستعمال السلطة أو خرقاً للواجبات المترتبة على الوظيفة العامة أو الوصاية أو القوامة .

وهذا الحرمان قد يكون دائماً أو مؤقتاً . ويكون الحرمان الدائم فى حالة الحكم بالسجن المؤبد أو السجن لمدة عشر سنوات أو أكثر . أما الحكم بالسجن لمدة ثلاث سنوات أو أكثر فيتضمن الحرمان مدة تنفيذ العقوبة ، ومدة بعد ذلك لا تقل عن سنة ولا تزيد على خمس سنوات .

وفى الجنح يكون الحرمان لمدةلاتقل عن تنفيذ العقوبة ومدة بعد ذلك يحددها الحكم ، على ألا تقل عن شهر ولا تزيد على ثلاث سنوات .

(٢) حالات انتهاء خدمة الموظف فى قانون الخدمة المدنية :

جاءت أحكام قانون الخدمة المدنية رقم ١٩ لسنة ١٩٦٤ متفقة مع أحكام قانون العقوبات . فقد نصت المادة (٦٦) فى الفقرة ٨ ، ٩ على أن تنتهى خدمة الموظف لأحدالأسباب الآتية [١]... ٨ – الحكم عليه فى جناية

---

(١) كانت المادة ٦٦ من قانون الخدمة المدنية رقم ٣٦ لسنة ١٩٥٦ الملغى تنص على انتهاء خدمة الموظف لأحد الأسباب الآتية : (.. ٧ – الحكم عليه فى جناية . ٨ – الحكم عليه فى جريمة مخلة بالشرف) .

٩ – الحكم عليه فى إحدى الجنح المتعلقة بشخصية الدولة أو المضرة بكيانها أو بأمنها الداخلى أو فى إحدى الجنح التى ترتكب ضد الإدارة العامة أو ضد الدين أو الشعائر الدينية المعترف بها أو الإضراب أو التمرد أو الجرائم الخلقية أوشهادة الزور أوالتزوير أو الغش أو انتحال شخصية الغير أو انتحال وظيفة عامة أو الاختلاس أو الرشوة أو السرقة أو خيانة الأمانة أو إعطاء شيك بدون رصيد أو فى أية جريمة تعتبرها اللجنة المنصوص عليها فى المادة (٧٤) مخلة بالشرف ....(١)

المطلب الثانى

فى القانون المصرى

على عكس القانون الليبى فلم يكن هناك انسجام فى النصوص بين نصوص قانون العقوبات وقانون موظفى الدولة فى شأن أثر الحكم الجنائى على الوضع الوظيفى للعاملين بالدولة .

(أ) قانون العقوبات المصرى :

نصت المادة (٢٥) من قانون العقوبات تحت عنوان العقوبات التبعية على أنه : (كل حكم بعقوبة جناية يستلزم حتماً حرمان المحكوم عليه من الحقوق والمزايا الآتية :

أولا : القبول فى أى خدمة فى الحكومة ....

ونصت المادة (٢٦) منه على أن العزل من الوظيفة الأميرية هو الحرمان من الوظيفة نفسها ومن المرتبات المقررة لها . سواء كان المحكوم عليه بالعزل

(١) اللجنة المشار إليها فى المادة (٧٤) هى لجنة الاعتراضات والتظلمات وتشكل من وزير العدل رئيساً ، ورئيس لجنة الخدمة المدنية نائباً للرئيس ومن رئيس إدارة الفتوى والتشريع ووكيل وزارة الخزانة .

عاملا فى وظيفته وقت صدور الحكم عليه أو غير عامل فيها ، لا يجوز تعيينه فى وظيفة أميرية ولا نيله أى مرتب مدة يقدرها الحكم ، وهذه المدة لايجوز أن تكون أكثر من ست سنين ولا أقل من سنة واحدة .

أما المادة (٢٧) فقد نصت على أن كل موظف ارتكب جناية مما نص عليه فى الباب الثالث والرابع والسادس عشر من الكتاب الثانى من هذا القانون عومل بالرأفة فحكم عليه بالحبس يحكم عليه أيضاً بالعزل مدة لاتقل عن ضعف مدة الحبس المحكوم بها عليه .

وهذه الجرائم هى جرائم الرشوة واختلاس الأموال الأميرية والغدر والإكراه وسوء معاملة الموظفين لأفراد الناس والتزوير .

وعقوبة العزل فى قانون العقوبات المصرى ، لا تكون إلا عقوبة تبعية أو تكميلية كما فى القانون الليبى ، لأن العقوبات الأصلية وردت فى قانون العقوبات على سبيل الحصر والتحديد ، وهى فى القانون المصرى الإعدام والأشغال الشاقة المؤبدة والمؤقتة والسجن والحبس والغرامة .

(ب) قانون موظفى الدولة :

كانت المادة ٨/١٠٧ من القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٥١ الملغى تقضى بأن تنتهى خدمة الموظف بسبب الحكم عليه فى جناية أو فى جريمة مخلة بالشرف .

وأعادت المادة ٧/٧٧ من قانون العاملين المدنين رقم ٤٦ لسنة ٩٦٤ النص على ذات المبدأ ولكن فى صياغة معدلة ، حيث تقول إن خدمة الموظف تنتهى بسبب الحكم عليه بعقوبة جناية أو فى جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة ويكون الفصل جوازياً للوزير المختص إذا كان الحكم مع وقف تنفيذ العقوبة .

وتكرر ذات النص فى القانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٧١ بشأن نظام العاملين المدنين بالدولة (م/٧٠) والقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٧١ بشأن نظام القطاع

العام ، حيث نص القانون الأخير فى المادة (٦٤) على أن تنتهى خدمة العامل بأحد الأسباب الآتية : .... ٦ ـ الحكم عليه بعقوبة جناية أو بعقوبة مقيدة للحرية فى جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة ، ويكون الفصل جوازياً لرئيس مجلس الإدارة إذا كان الحكم مع وقف تنفيذ العقوبة ...) .

ويتضح من هذه النصوص أن المشرع المصرى قد عدل فى أحكام العزل فى قوانين التوظيف بما يتلاءم مع الأحكام الواردة فى قانون العقوبات بوصفه القانون العام . ففى ظل القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٥١ كان مجرد الحكم على الموظف فى جناية ولو بعقوبة جنحة يؤدى إلى فصل الموظف ، فكأن المشرع يضع فى اعتباره وصف الجريمة لا نوع العقوبة المحكوم بها . ولكنه عدل عن هذا المسلك سواء فى قانون موظفى الدولة أو العاملين بالقطاع العام ، بحيث جعل الحكم مرتبطاً بنوع العقوبة ، إذ لا يطبق الفصل إلا إذا حكم على الموظف بعقوبة جناية ، وهكذا انسجمت الصياغة بين الأحكام الواردة فى قوانين التوظف والأحكام الواردة فى قانون العقوبات (١).

ومن المقارنة بين أحكام التشريع الليبى والمصرى ، يتبين لنا أن العبرة فى القانون الليبى بالجريمة التى أدين فيها الموظف ، فيكفى أن يصدر الحكم بالإدانة فى جناية أو جريمة مخلة بالشرف ، لانتهاء خدمة الموظف ، دون النظر إلى مقدار العقوبة المحكوم بها . أما المشرع المصرى فالظاهر أنه يعتد بمقدار العقوبة المحكوم بها ، فيشترط أن يكون الحكم صادراً بعقوبة جناية أو بعقوبة مقيدة للحرية فى الجرائم المخلة بالشرف ، أى بالسجن أو الحبس ، فلا يكفى أن يصدر الحكم بالغرامة مثلا .

(١) د . سليمان الطماوى : القضاء الإدارى ـ قضاء التأديب ١٩٧١ ص ٢٣٢ .

المبحث الخامس

مفهوم الجريمة المخلة بالشرف

كما سبق أن أوضحنا فقد نصت المادة ٩/٦٦ من قانون الخدمة المدنية رقم ١٩ لسنة ١٩٦٤ على أنه من بين الحالات التى تؤدى إلى إنهاء خدمة الموظف الحكم عليه فى جريمة مخلة بالشرف . كذلك ورد مثل هذا النص فى قانون موظفى الدولة والعاملين بالقطاع العام فى مصر ، حيث نصت المادة ٦/٦٤ من القانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٧١ بشأن العاملين بالقطاع العام على انتهاء خدمة العامل إذا حكم عليه بعقوبة مقيدة للحرية فى جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة . وقد خلا كل من قانون العقوبات وقانون موظفى الدولة من تعريف الجريمة المخلة بالشرف كما لم يرد بهذه القوانين بيان بالجرائم المخلة بالشرف ولم تضع معياراً لتحديد هذه الجرائم ، ويصعب مقدماً تحديد الجرائم المخلة بالشرف ، كما يتعذر وضع معيار مانع فى هذا الشأن ، لأن الأمر فى اعتبار جريمة ما مخلة بالشرف يتصل بعناصر عدة واعتبارات مختلفة ، من ذلك طبيعة الوظيفة ونوع العمل الذى يؤديه الموظف المحكوم عليه ونوع الجريمة وظروف ارتكابها والأفعال المكونة لها ومدى كشفها عن ضعف فى الخلق وانحراف فى الطبع والتأثر بالشهوات والنزوات ، وغير ذلك من الظروف والاعتبارات . وعليه فلا مندوحة من بحث كل حالة على حدة ودراستها دراسة منفردة لبيان ما إذا كانت الجريمة المحكوم بها مخلة بالشرف أم لا وقد بذلت محاولات من جانب الفقه والقضاء لتعريف الجريمة المخلة بالشرف وتعيين حدودها أو على الأقل وضع معايير لتوضيح أبعادها .

فقد ذهب رأى إلى القول إن الجرائم المخلة بالشرف هى التى ترجع إلى ضعف فى الخلق وانحراف فى الطبع يدفعان الشخص إلى اجتناب الفضائل

واقتراف الكبائر والتى توجب احتقاره وتستوجب ازدراءه ولا يؤتمن معها على المصلحة العامة ، خشية أن يضحى بها فى سبيل مصالحه الشخصية ، أو أن يستغل سلطانه لتحقيق مآربه الخاصة ، وأمثال هذه الجرائم : جرائم الرشوة واختلاس الأموال العامة والتزوير فى المحررات ... كما يمكن الإضافة إليها بطريق القياس ، جرائم السرقة وإخفاء الأشياء المسروقة والنصب وخيانة الأمانة وهتك العرض وإفساد الأخلاق (١).

وقد ذهب بعض الشراح إلى تعريف الشرف بأنه عهد بين الفرد والمجتمع بالمحافظة على قدسية المثل العليا التى سار عليها نظام المجتمع وأصبحت من مقوماته الأساسية ، وتعتبر مخالفتها مساساً بالنظام العام للمجتمع والآداب العامة التى درج عليها . ومن ثم يعتبر من الجرائم المخلة بالشرف : خيانة الوطن ، الرشوة ، اختلاس الأموال والتزوير ، إفساد الأخلاق ، السرقة ، خيانة الأمانة والنصب ، شهادة الزور .

ويذهب هذا الرأى إلى أنه من المهم فى تحديد الجريمة المخلة بالشرف من وجهة نظر الإدارة أن تضع النية موضع الاعتبار ، فعليها أن تتأكد من نية ارتكاب الموظف للفعل المخل بالشرف ، وذلك لأن عنصر النية هنا يختلف عن عنصر النية المكون للجريمة الجنائية ، وأن نية الإخلال بالشرف هى نية من نوع خاص لا تتوافر فى الركن المعنوى فى الجريمة الجنائية محل المساءلة أمام المحكمة الجنائية (٢).

---

(١) فتوى رقم ١٢٥ فى ٨ / ٤ / ١٩٥٦ مجموعة المكتب الفنى ٩ ، ١٠ ص ٣٥٧ .

(٢) الأستاذ صلاح الدين الطوخى (القانون التأديبى فى مصر) طبعة ١٩٥٩ ص ٥٠ وما بعدها .

ومن تطبيقات القضاء والفتاوى لما اعتبر من جرائم مخلة بالشرف أو الأمانة فى مصر :

(١) جرائم التزوير . (٢) النصب . (٣) إعطاء شيك بدون رصيد . (٤) السرقة والشروع فيها . (٥) الغش فى المواد الغذائية . (٦) الغش فى الموازين (٧) إحراز المخدرات للتعاطى والاستعمال الشخصى .

بينما لم تعتبر الجرائم الآتية من الجرائم المخلة بالشرف : =

وقد جاء فى حكم للمحكمة الإدارية العليا بتاريخ ٥ نوفمبر سنة ١٩٦٦ (س ١٢ ص ٦٢) قولها(... تكفل المشرع فى قانون العقوبات بتحديد الجرائم بوضوح وجلاء ، أما الجرائم المخلة بالشرف فلم يحددها فى هذا القانون أو فى سواه تحديداً جامعاً مانعاً كما هو الشأن بالنسبة للجرائم الأخرى ، على أنه من المتفق عليه أنه يمكن تعريف هذه الجرائم بأنها تلك التى ترجع إلى ضعف فى الخلق وانحراف فى الطبع ، والشخص إذا انحدر إلى هذا المستوى الأخلاقى لا يكون أهلا لتولى المناصب العامة التى تقتضى فيمن يتولاها أن يكون متحلياً بالأمانة والنزاهة والشرف واستقامة الخلق) .

على أن الموضوع الذى اختلفت بشأنه الآراء فى مصر هو جريمة إعطاء شيك بدون رصيد وقد جاء فى حكم المحكمة الإدارية العليا المشار إليه قولها : (. . لما كانت جريمة إعطاء شيك بدون رصيد المنصوص عليها فى المادة ٢٣٧ عقوبات هى – كجريمة النصب – تقتضى الالتجاء إلى الكذب كوسيلة لسلب مال الغير ، فهى لذلك لا تصدر إلا عن انحراف فى الطبع وضعة فى النفس ومن ثم فإنها تكون فى ضوء التعريف السابق مخلة بالشرف(١)

غير أن الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع رأت بجلسة ٦٨/٣/٢٠ أن جنحة إعطاء شيك بدون رصيد ليست فى جميع الأحوال مخلة بالشرف والأمانة ، وتختلف النظرة من هذه الوجهة بحسب الظروف التى تمت فيها

= (١) جنحة تبديد المنقولات متى وقعت على المنقولات الزوجية . (٢) العلم بوجود مشروع لارتكاب الجريمة المنصوص عليها فى المادة ٨٧ ع وما بعدها (الجنايات والجنح المضرة بأمن الدولة من الداخل وعدم التبليغ عنها) (٣) جرائم المشاجرة والضرب . (٤) إحراز السلاح بدون ترخيص . (٥) تبديد المنقولات المملوكة للعامل المعين حارساً عليها . (٦) جريمة لعب القمار . (٧) جريمة إعطاء شيك بدون رصيد فى بعض الحالات .
(٨) جرائم مخالفة التسعيرة .
(راجع تفصيل ذلك – مقال الأستاذ محمود الطوخى انتهاء الخدمة للإدانة بحكم جنائى ـ مجلة المحاماة العدد الثالث السنة ٥١ مارس ١٩٧١ ص ٤٢ وما بعدها) .
(١) راجع الدكتور الطماوى – قضاء – ص ٢٣١ وما بعدها .

وما يكشف من وقائعها من أفعال تنم عن ضعف فى الخلق وما تنطوى عليه نفسية مرتكبها من لؤم فى الطبع ودناءة فى النفس ورغبة فى أكل أموال الناس بالباطل ، أو لا تنم عن شىء من ذلك ؛ وعلى أساس ذلك رأت الجمعية العمومية عدم اعتبار هذه الجريمة مخلة بالشرف وعدم انتهاء خدمة العامل للإدانة فيها إذا كشفت ظروف الدعوى عن قيام العامل بسداد قيمة الشيكات فعلا وأن هذه الشيكات كانت قد سحبت استناداً إلى سبب غير مشروع هو حصول المستفيد من العامل على خلو رجل لسكن أجره له (١)..

أما فى القانون الليبى فلا يوجد مجال لإثارة مثل هذا الخلاف حيث نصت المادة ٩/٦٦ من قانون الخدمة المدنية ، صراحة على أن إدانة الموظف فى جريمة إعطاء شيك بدون رصيد تؤدى إلى انتهاء خدمته .

استقرار الرأى على استثناء المخالفات :

إذا كان لفظ الجريمة يشمل بعمومه أنواع الجرائم (الجنايات والجنح والمخالفات) إلا أن الرأى استقر على عدم ترتيب انتهاء الخدمة على الأحكام الصادرة فى (مخالفات) على أساس أن القانون يشترط لإعادة تعيين المحكوم جنائياً ، أن يكون قد رد إليه اعتباره ، ولما كانت قواعد رد الاعتبار لا تسرى على الأحكام الصادرة فى المخالفات فإنه يتعين القول بامتناع تحقق الأثر المتقدم عند الحكم على العامل فى مخالفة أياً كان تقدير توفر الإخلال بالشرف فيها ، إذ ينبنى على القول بغير ذلك أن يتأبد انتهاء خدمة المحكوم عليه فى مخالفة لامتناع رد الاعتبار فيها ، فيكون فى وضع أسوأ من المحكوم عليه فى جناية أو جنحة مخلتين بالشرف أو الأمانة ، هذا إلى أن المعلوم أن انتهاء الخدمة يكون جوازياً للجهة الإدارية المختصة إذا كان الحكم مع وقف التنفيذ ، فإذا تبين أنه لا يجوز وقف تنفيذ العقوبة فى المخالفات وأن ذلك قاصر على الجنح والجنايات ، لوضح أن القول بانتهاء

---

(١) الأستاذ محمود محمد الطوخى مقاله المنشور فى مجلة المحاماة وموضوعه انتهاء الخدمة للإدانة بحكم جنائى مجلة المحاماة العدد الثالث السنة ٥١ مارس ١٩٧١ ص ٤٤ .

الخدمة فى مخالفة مخلة بالشرف يقع حتما وبقوة القانون فى كل الأحوال لأنه ليس للمحكمة أن تقضى بوقف التنفيذ ، بينما هذا الأثر لا يتحقق دائماً فى الجرائم الأشد حيث يكون الفصل جوازياً لجهة الإدارة إذا ما قضت المحكمة بوقف تنفيذ العقوبة ، فيكون المحكوم عليه فى مخالفة مخلة بالشرف فى مركز أسوأ من ذلك الذى يحكم عليه فى جناية أو جنحة مخلة بالشرف ... وهو أمر غير مقبول فى المنطق القانونى بمراعاة تدرج الجرائم من حيث خطورتها والعقوبات المقررة لكل منها (فتوى الجمعية العمومية جلسة ١٩٦١/٥/٦)[١].

(١) مشار لهذه الفتوى فى مقال للأستاذ محمود الطوخى السابق الإشارة إليه ص ٤١ ، ٤٢

الفصل الثانى

أثر الحكم الجنائى على مركز الموظف

المبحث الأول

حالة الحكم مع النفاذ

إذا أدين الموظف بحكم نهائى فى جناية أو جريمة مخلة بالشرف على النحو السابق توضيحه ، ولم ينص فى الحكم على وقف تنفيذ العقوبة المقضى بها فإن من شأن ذلك أن يرتب آثاراً معينة على مركز الموظف ورابطة التوظف بحيث يؤدى إلى عدم صلاحية الموظف للبقاء فى الوظيفة أو القبول فيها .

المطلب الأول

انتهاء خدمة الموظف

يترتب على إدانة الموظف بحكم جنائى نهائى ، فى جناية أو جنحة مخلة بالشرف ، انتهاء خدمة الموظف حتماً وبقوة القانون ودون حاجة إلى استصدار قرار بالفصل ، فإن صدر مثل هذا القرار اعتبر من قبيل الإجراءات اللازمة لتنفيذ الحكم .

وترتيباً على ذلك فإن الموظف أو العامل الذى انتهت خدمته بحكم جنائى لا يمكن له العودة إلا بقرار تعيين جديد فيما لو جازت هذه الإعادة قانوناً .

وقد يشوب الأمر بعض الغموض فى الحالات التى يجوز للإدارة التقدير فيها كما لو كان الحكم صادراً فى جريمة مخلة بالشرف ، نظراً لعدم وجود تعريف محدد لهذه الجرائم يكون للإدارة أن تعين ما إذا كانت الجريمة التى عوقب الموظف من أجلها هى من الجرائم المخلة بالشرف .

وقد ذهب رأى إلى أنه متى اعتبرت جهة الإدارة أن الجريمة مخلة بالشرف فعلا مما يجعل الموظف الذى حكم عليه جنائياً مفصولا منذ تاريخ الحكم النهائى عليه ، فهذا القرار لا يعدو أن يكون قراراً تنفيذياً . ويقول أصحاب هذا الرأى أن خدمة الموظف تنتهى بالحكم عليه فى جريمة مخلة بالشرف بقوة القانون دون حاجة إلى استصدار قرار بالفصل ، وأن القرار الذى يصدر بالفصل فى هذا الصدد يعتبر من قبيل الإجراءات اللازمة لتنفيذ حكم القانون .

والقرار الذى يصدر بإنهاء خدمة الموظف فى هذه الحالة لا ينشىء بذاته مركزاً قانونياً مستحدثاً للموظف ، بل لا يعدو أن يكون إجراء تنفيذياً لمقتضى الحكم الجنائى الذى رتب عليه القانون إنهاء الخدمة باعتباره إعلاناً وتسجيلا للأثر التبعى الذى ترتب من قبل بحكم القانون والذى لا معدى من إعماله دون ترخص من جهة الإدارة فى هذا الشأن(١) .

وقد يخيل إلى البعض أن النص فى قوانين التوظف من أنه فى حالة ما إذا حكم على الموظف فى جناية أو جريمة مخلة بالشرف وكان الحكم مشمولا بوقف النفاذ ، قد يخيل لمن يقرأ نص المادة المذكورة أن السلطة

---

(١) الدكتور نعيم عطية – مقاله السابق ص ٤٩٢ ، ٤٩٤ .

التى للوزير المختص فى فصل العامل أو عدم فصله إزاء الحكم بوقف العقوبة قد أزالت عن قراره الصادر بالفصل صفة الإجراء التنفيذى للقا إلا أن الصحيح فى الأمر هو أن العامل المحكوم عليه مع وقف التنفيذ يقرر الوزير المختص إنهاء خدمته بمقتضى السلطة المخولة له ، هذا لازال يفصل بقوة القانون كأثر من آثار الحكم الجنائى الذى يستو العزل ولا يتعدى أثر القرار الوزارى أن يكون كاشفاً عما إذا كانت اعتب العمل فى المرفق الإدارى ومقتضيات الوظيفة توجب أن يؤدى الحك إنهاء علاقة العامل بالدولة ، على أن إنهاء الخدمة كأثر قانونى إنما يك مرهوناً بالحكم الجنائى ومردوداً إليه فيقع الفصل من تاريخ الحكم ا النهائى(١) .

على أن ثمة رأياً آخر يذهب إلى أنه وإن كان الحكم الجنائى الصاد حق الموظف والذى من شأنه أن يرتب انتهاء الخدمة ، إلا أن إدخال الحكم إلى حيز التنفيذ يحتاج إلى عمل إدارى تقوم به الإدارة فى شأن الموظ المحكوم عليه ، وإنه وإن كان الأصل أن هذا العمل يكون تنفيذياً بحتاً ولا إلى مرتبة القرار الإدارى إلا أنه متى تطلب إنزال هذا الأثر تقديراً الإدارة فإن العمل الذى تجريه فى هذه الحالة لا يكون مجرد عمل تنفيذى يعود قراراً إدارياً منشئاً للفصل ومرتباً له . ويكون القرار لا الحكم المنشىء للفصل ولا يكون الحكم إلا المناسبة التى يصدر الفصل على أساس ويستطرد هذا الرأى إلى أنه فى حالة الحكم على الموظف بعقوبة جناية تقدير الإدارة ينحسر تماماً ولا يتبقى أمامها إلا الفصل ، وعلى ذلك لا يك قرارها الذى تصدره بإنهاء خدمة الموظف إلا عملا تنفيذياً كاشفاً عن القانون منذ صدور الحكم بتلك العقوبة على الموظف .

على أنه فى حالة الحكم على الموظف فى جنحة مخلة بالشرف فإن تد الإدارة بفصل الموظف على أثر هذا الحكم يعد عملا تقديرياً تحدد به م إخلال الجرم بشرف الموظف وأمانته ، وذلك لأن معيار إخلال الجر

(١) المرجع السابق .

بالشرف معيار غير محدد ، وقد يختلف من جريمة إلى أخرى ومن ظروف كل حالة إلى أخرى بحيث قد يكون الفصل مخلا بالشرف فى حالة وغير مخل به فى حالة أخرى (١).

وبهذا الرأى أيضاً قضت المحكمة الإدارية العليا حيث قالت إنه لما كان القانون لم يعرف الجريمة المخلة بالشرف ، وكان للجهة الإدارية أن تترخص فى تقدير ما إذا كانت جريمة بعينها مخلة بالشرف أو غير مخلة به ، تبعاً لطبيعة الوظيفة ونوع العمل الذى يؤديه الموظف العام ، كان القرار الذى يصدر بإنهاء خدمة الموظف بسبب أحكام عليه فى جريمة مخلة بالشرف هو قرار إدارى له مقومات وأركان القرار الإدارى ، وتستقل جهة الإدارة بتقدير ملاءمة إصداره بحسب ما يقوم لديها من ملابسات وظروف تدخل فيها اعتبارات الوظيفة والعمل ، التى تجعل من الجريمة فى رأيها مخلة بشرف الموظف العام ، ومن ثم ليس بصحيح ما ذهبت إليه الوزارة من أن قرار إنهاء خدمة الموظف قد وقع نتيجة لازمة للحكم أى بقوة القانون ، لأن للجهة الإدارية أن تترخص فى إصدار القرار المنهى للخدمة إذا رأت أن الجريمة المحكوم بها على الموظف مخلة بالشرف (٢).

أثر انتهاء الخدمة على المرتب ، المعاش أو المكافأة المستحقة للموظف :

تنص المادة (٧٢) من قانون الخدمة المدنية رقم ١٩ لسنة ١٩٦٤ على أنه (إذا حكم على الموظف فى إحدى الجرائم المنصوص عليها فى المادة (٦٦) ، وحكم عليه تأديبياً بالعزل انتهت خدمته من تاريخ صدور الحكم ، ما لم يكن موقوفاً عن عمله ، فتعتبر خدمته منتهية من تاريخ وقفه ، وفى

---

(١) الدكتور مصطفى كمال وصفى ، مقاله السابق الإشارة إليه ص ١٤١ وما بعدها .
(٢) المحكمة الإدارية العليا جلسة ٢٣ / ٣ / ١٩٦٠ قضية رقم ١١٦٣ س ١٣ ق (س ١٤ رقم ١٥٨ ص ٢٦٠) .

هذه الأحوال لا يسترد من الموظف الذى أوقف عن عمله ما سبق صرفه له من المرتبات أو العلاوات) .

وتنص المادة (٧٣) منه على أن يستحق الموظف راتبه إلى اليوم الذى تنتهى خدمته لأحد الأسباب المبينة فى المادة (٦٦) ..... إلا إذا كان موقوفاً بغير مرتب فيستحق مرتبه إلى يوم الوقف (١) .

أما قانون التقاعد لسنة ١٩٦٧ فقد نص فى الباب السابع تحت عنوان (إيقاف أو سقوط أو تخفيض الحق فى المعاش أو المكافأة) ، فى المادة (٥٦) على أنه (أنه إذا حكم على المنتفع بالسجن ثلاث سنوات أو أكثر مع التنفيذ فى غير الجنايات المذكورة بالمادة (٥٧) من هذا القانون واستحق معاشاً ، أو صدر الحكم فى الحالات المذكورة على صاحب المعاش فيقف استحقاق ذلك المعاش ، ويمنح المستحقون عنه أنصبتهم فى المعاش المذكور . كما لو كان هو قد توفى ، وعند انتهاء التنفيذ أو صدور عفو عام، أو خاص ، وأفرج عنه ، يقف استحقاقهم ويعود إليه حقه فى المعاش ابتداء من أول الشهر التالى لتاريخ الإفراج عنه .

٢ ــ فإذا كان المنتفع يستحق مكافأة ، فتؤدى بالكامل إليه أو من يمثله قانوناً ...) .

وتنص المادة (٥٧) على أن (يحرم كل منتفع أو مستحق من حقه فى المعاش أو المكافأة فى الأحوال الآتية :

---

(١) تنص المادة (٦٢) من قانون الخدمة المذكور على إيقاف الموظف عند حبسه (١ – كل موظف يحبس حبساً احتياطياً أو تنفيذاً لحكم جنائى يوقف بقوة القانون عن عمله مدة حبسه .

٢ – فإذا كان الحبس تنفيذاً لحكم جنائى سقط حقه فى مرتبه مدة الحبس ، ولا تحتسب هذه المدة فى أقدمية الدرجة أو استحقاق العلاوة السنوية . ٣ – فإذا كان الحبس احتياطياً يوقف صرف المرتب مدة الحبس على أن يصرف له إذا أسفرت الإجراءات على عدم إدانته .

١ – إذا حكم عليه فى جريمة تجسس ضد مصلحة البلاد .

٢ – . . . . . .

٣ – إذا حكم عليه نهائياً مع التنفيذ ، فى جريمة تتعلق بشخص الدولة أو بأمنها الخارجى أو الداخلى أو فى جريمة اختلاس الأموال العامة أو رشوة أو تزوير فى أوراق رسمية).

كذلك الوضع فى القانون المصرى حيث نصت المادة (٣٨) من القانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٦٠ على أنه إذا كان الفصل نتيجة لحكم على الموظف بعقوبة جناية يوقف حق الموظف فى الحصول على المعاش مدة وجوده فى السجن للعقوبة ، فإذا كان هناك من يستحق معاشاً فى حالة وفاته منح ما كان يستحق له كما لو توفى عائله . كما أن القانون المشار إليه نص على حرمان الموظف من المعاش إذا حكم عليه فى جريمة غدر أو سوء استعمال وظيفته أو اختلاس الأموال العامة أو رشوة أو تزوير فى أوراق رسمية .

فإذا كان المحكوم عليه صاحب معاش بلغت مدة خدمته المحسوبة فى المعاش عشرين سنة فأكثر أدى إلى المستحقين عنه فوراً نصف ما كانوا يستحقونه بافتراض وفاته ، أما إذا كانت مدة خدمته أقل من عشرين سنة أدى إلى زوجته وأولاده نصف المكافأة التى كان يستحقها وتقسم بينهم بالتساوى[١] .

(١) الدكتور نعيم عطية – المرجع السابق ص ٤٩٩ ، ٥٠٠ .

المطلب الثانى

أثره على إعادة التعيين

وفى غير مجال المعاش والمكافأة فإن انتهاء خدمة الموظف بسبب الحكم عليه فى جناية أو جريمة مخلة بالشرف يحول دون إعادة تعيينه بخدمة الدولة ، فقد سبق أن بينا أن القانون يرتب على إدانة الموظف فى جناية أو جريمة مخلة بالشرف انتهاء خدمته بالدولة أو القبول فيها (١).

على أنه إذا كان انتهاء خدمة الموظف للحكم عليه جنائياً يعتبر مانعاً من التوظف وإعادة التعين بخدمة الحكومة ، فإن حرمان تولى المحكوم عليه من تولى الوظائف العامة ، سواء كان الحرمان دائماً أو مؤقتاً بحكم أن يزول فى حالات معينة .

أولا — حالة رد الاعتبار :

لقد نظم أحكام رد الاعتبار قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٥٣ فى الباب الثامن فى المواد من ٤٨١ إلى ٤٩٢ . ويترتب على رد الاعتبار انقضاء الحكم والعقوبات التبعية وسائر الآثار الجنائية الأخرى المتعلقة به (م ١/٤٨١) .

ونص قانون العقوبات على أن رد الاعتبار يكون فى الجنايات والجنح (م ١/٤٨١) ورد الاعتبار قد يكون بحكم قضائى وهو رد الاعتبار القضائى .

---

(١) نصت المادة (٧) من قانون الخدمة المدنية رقم ٩ لسنة ١٩٦٤ على أنه يشترط فيمن يعين موظفاً بالدولة ... (ب) أن يكون حسن السيرة والأخلاق . (ج) ألا يكون قد حكم عليه فى جناية أو جنحة مخلة بالشرف مالم يكن قد رد إليه اعتباره . . .

وقد يكون بقوة القانون ، وهو رد الاعتبار القانونى[1] .

فإذا رد اعتبار الموظف المحكوم عليه فى جناية أو جريمة مخلة بالشرف
فإنه يزول عنه المانع من إعادة التعيين بخدمة الدولة وفقاً لأحكام المادة(
من قانون الخدمة المدنية رقم ١٩/١٩٦٤ الملغى حالياً .

ثانياً ــ العفو عن الجريمة أو العقوبة :

العفو هو تنازل الهيئة الاجتماعية عن كل أو بعض حقوقها المترتبة ع
الجريمة ، ويلجأ إلى العفو لأسباب مختلفة ، فقد يكون من المصلحة العا
عدم توقيع العقاب فى ظروف معينة ، كما أنه قد يظهر خطأ قضائى لاسبي
إلى إصلاحه بالطرق القضائية فيتوصل إلى ذلك بطريق العفو .

والعفو نوعان : العفو عن العقوبة ويسمى بالعفو غير التام ، وعفو ع
الجريمة ويسمى بالعفو التام أو العفو الشامل . وقد نصت المادة (٣٢) م
الإعلان الدستورى لسنة ١٩٦٩ على أن (يكون العفو عن العقوبة أو تخفيض
بقرار من مجلس قيادة الثورة ، أما العفو العام فيكون بقانون) كذلك نص
المادة ١٤٩ من دستور جمهورية مصر العربية لسنة ١٩٧١ على أن (لرئيس
الجمهورية حق العفو عن العقوبة أو تخفيضها ، أما العفو الشامل فلا يكو
إلا بقانون) .

وينص قانون العقوبات فى المادة (١٢٤) على أن (العفو عن العقو
المحكوم بها يقتضى إسقاطها كلها أو بعضها أو إبدالها بعقوبة أخرى أخف
منها مقررة قانوناً ، ولا تسقط العقوبات التبعية ولا الآثار الجنائية الأخر
المترتبة على الحكم بالإدانة مالم ينص قرار العفو على خلاف ذلك) .

---

(١) تراجع أحكام وشروط رد الاعتبار فى المواد رقم (٤٨١ إلى ٤٩٢)من قانون الإجراء
الجنائية .

أما المادة ١٠٦ من قانون الإجراءات فقد نصت على أن (تسقط الجريمة بصدور العفو العام عنها ، كما تسقط بمقتضاه العقوبات الأصلية والتبعية التى حكم بها) .

ويتضح من النصوص السابقة أن ثمة فوارق بين العفو عن العقوبة وبين العفو الشامل عن الجريمة على النحو التالى :

العفو عن العقوبة :

يقصد بالعفو عن العقوبة ذلك الحق الذى قرره القانون (م ٣٢ من الإعلان الدستورى) لرئيس الدولة (مجلس قيادة الثورة) فى إعفاء المحكوم عليه من العقوبة أو تخفيضها ، ومعنى ذلك أن القاعدة هى أن العفو فى هذه الصورة لا ينصب إلا على عقوبة صدر بها حكم نهائى وأصبحت واجبة النفاذ .

والعفو عن العقوبة طبقاً لحكم المادة (١٢٤ عقوبات) يقتصر أثره على الإبراء من العقوبة كلها أو بعضها أو إبدالها بعقوبة أخف منها . فلا يمتد أثر العفو إلى الجريمة ذاتها أو الحكم الصادر بالإدانة فيها ، بل يبقى هذا الحكم قائماً منتجاً لآثاره القانونية ، فلا تسقط العقوبات التبعية ولا الآثار الجنائية الأخرى المترتبة على الحكم بالإدانة مالم ينص قرار العفو على خلاف ذلك . وعلى ذلك فإن الموظف المحكوم عليه يظل رغم العفو عنه غير صالح لتولى الوظائف العامة مالم يرد إليه اعتباره أو ينص قرار العفو على خلاف ذلك .

العفو الشامل أو العام :

العفو الشامل إجراء يقصد به إزالة صفة الجريمة عن فعل هو فى ذاته جريمة طبقاً لأحكام القانون ، ومن ثم يترتب عليه امتناع السير فى الإجراءات الجنائية بالنسبة لهذا الفعل أو زوال كل أثر للحكم بالعقوبة الصادر بشأنه .

فالعفو الشامل على هذه الصورة هو إذن تعطيل لنص القانون فى أحوال معينة ، ولهذا لا يكون إلا بقانون (م ٣٢ من الإعلان الدستورى) .

ومن الناحية الجنائية يترتب على العفو الشامل أن تزول من الفعل صفة الجريمة ويصبح الفعل كما لو كان مباحاً ، فلا يجوز اتخاذ أية إجراءات تأديبية أو رفع الدعوى العمومية ومحو كل ما يكون قد اتخذ من إجراءات أو صدر من أحكام بحيث تزول جميعاً هى وما تضمنته من عقوبات أصلية أو تبعية أو تكميلية (١) .

أثر العفو الشامل والعفو عن العقوبة فى المجال الوظيفى :

العفو الشامل يمحو الجريمة والحكم الصادر بالإدانة ويمحو كل الآثار التى تكون قد وقعت فى الماضى من عقوبات أصلية أو تبعية أو تكميلية ، كما يشمل ذلك أيضاً القرار الصادر بالفصل من الوظيفة العامة ، مما يستقيم معه عودة الموظف المعفو عنه عفواً شاملا إلى وظيفته ، فهو — نتيجة العفو الشامل — يعتبر أنه لم يرتكب جريمة ولم يحاكم ولم يصدر ضده حكم ولم يفصل بسببه من وظيفته ، ومن ثم لا يوجد مبرر لحرمانه من استئناف عمله .

أما العفو عن العقوبة فلا يصدر إلا بعد الحكم بالعقوبة ، ومن ثم لايمحو الجريمة ذاتها أو يزيل عنها الصفة الجنائية ، ولا يمحو الحكم الصادر بالإدانة . فلا يترتب عليه سوى إسقاط العقوبة الأصلية والباقى منها . وكذلك العقوبات التبعية والآثار المترتبة على الحكم وذلك بالنسبة للمستقبل فحسب . ولا يترتب عليه إسقاط العقوبات التى نفذت ، أصلية كانت أم تبعية ، وغيرها من الآثار الجنائية ، فما نفذ من عقوبات أصلية والغرامة التى وقعت والقرار الذى يكون قد صدر بإنهاء خدمة الموظف ، كل ذلك

---

(١) الدكتور السعيد مصطفى السعيد : العقوبة ص ١٥٩ و ما بعدها .

لايتصور أن يشمله القرار الصادر بالعفو عن العقوبة ، ولا يجوز إعادة الحـ
إلى ما كانت عليه فى شأنها .

وعلى ذلك فإذا أريد إعادة الموظف إلى وظيفته العامة وجب سلوك سبيـ
التعيين الجديد ، مما يتعين معه توافر شروط التعيين ومنها شرط رد الاعتبار .

وقد جاء فى حكم للمحكمة الإدارية العليا بمصر فى القضية رقم ٩٧٨ لسـ
٩ ق بجلسة ١٠ يناير ١٩٦٥ قولها بأن قرار العفو عن العقوبة يفترق عن العفـ
الشامل فى أنه لا يزيل عن الفعل وصفه الجنائى ولا يمحو معرة الجريمة وليس
فى المادتين (٧٤ ، ٧٥ ع) أية إشارة إلى أن قرار العفو يجوز أن يتضمن
الآثار المدنية والإدارية للحكم بالعقوبة المقضى بها .

وقد ثار تساؤل بين رجال الفقه الإدارى فى مصر حول ما إذا تضمن
قرار العفو عن العقوبة العفو عن العقوبات التبعية ، وما إذا كان من شأنه أن
يرتب أثره على حالة الموظف المفصول من الخدمة وهو عودته للعمل مباشرة
بصدور قرار العفو دون حاجة لرد الاعتبار .

فقد ذهب رأى إلى أنه إذا صدر قرار بالعفو عن العقوبات الأصلية المحكوم
بها على الموظف ، وكان هذا القرار متضمناً العفو عن العقوبات التبعية أيضاً ،
فإنه يترتب على ذلك عودة الموظف المفصول إلى الخدمة مباشرة بصدور
القرار بحيث يعتبر قرار العفو متضمناً سحباً لقرار الفصل .

وقد استند هذا الرأى إلى أن الفقه والقضاء الإداريين استقرا على أن
القرارات الإدارية وإن كانت تتحصن بمضى ستين يوماً على صدورها
بحيث لا يجوز سحبها بعد مضى هذه المدة إلا أنه يرد استثناء عليها هو سحب
قرارات الفصل بعد مضى هذه المدة ، وذلك لاعتبارات تتعلق بالعدالة
والإنسانية التى جعلت الإدارة تستشعر ظلمها وتراجع نفسها بإعادة الموظف
المفصول إلى عمله بأثر رجعى ولإعطائه الفرصة لمراجعة النفس ومحاربة

الهوى ، فمن باب أولى أن يصدر قرار العفو من رئيس الدولة بالعفو عن آثار جريمة ارتكبت فى ظروف تختلف عن الظروف التى صدر فيها العفو ، ومن هذه الآثار أن تعود للموظف حقوقه كما كانت قبل فصله من الخدمة .

وعلى ذلك يذهب هذا الرأى أن من شأن قرار العفو عن العقوبة عودة الموظف إلى عمله ولكن دون أن يستحق مقابلا عن الفترة التى قضاها بعيداً عن عمله ، إذ الأجر مقابل العمل ، وتكون عودته إلى درجته السابقة التى كان عليها قبل الفصل دون اتباع أية إجراءات أخرى بحيث لا تعتبر الإعادة تعييناً جديداً .

على أن ثمة رأياً ثانياً يعارض الرأى المتقدم ، ويرى أنه لا يترتب على قرار العفو سوى إسقاط العقوبة الأصلية أو مابقى منها ، وكذلك العقوبات التبعية والآثار المترتبة على الحكم ، وذلك بالنسبة للمستقبل فحسب ، ولا يترتب عليه إسقاط العقوبات التى نفذت والآثار التى وقعت فى الفترة السابقة على صدوره .

ويستطرد هذا الرأى إلى أنه لما كان الأثر الخاص بانتهاء خدمة الموظف للحكم عليه جنائياً فى الحالات التى يرتب القانون فيها هذا الأثر ، يعتبر أثراً فورياً يقع مباشرة وبقوة القانون ، كنتيجة حتمية لصدور الحكم الجنائى ويستنفذ غرضه ، وهو قطع الرابطة الوظيفية بمجرد وقوعه ، ومن ثم فإن صدور قرار العفو عن العقوبة الأصلية والعقوبات التبعية والآثار المترتبة على الحكم ، لا يترتب عليه إسقاط الأثر الخاص بانتهاء الخدمة الذى يقع وينتهى مفعوله فور صدور الحكم ، وعلى ذلك فلا يترتب على القرار الصادر بالعفو إسقاط عقوبة العزل من الوظيفة وعودة العفو عنه إلى وظيفته بقوة القانون كأثر حتمى من آثار العفو ، وبحالته التى كان عليها قبل الفصل .

ويضيف هذا الرأى إلى أنه لا وجه للقول بأن قرار العفو يتضمن سحباً لقرار الفصل ، ذلك أنه ليس ثمة قرار بالفصل يصدر فى هذه الحالة حتى

يمكن القول بمدى جواز سحبها ، وإنما الأمر يتعلق بانتهاء خدمته بحكم القانو
كأثر للحكم عليه جنائياً . وأنه لا يسوغ للقول بإعمال قاعدة جواز سحب
قرارات الفصل ، سواء كانت مشروعة أو غير مشروعة دون تقيد بالميعا
القانونى المقرر للسحب على هذه الحالة وسحب القرار التنفيذى الصادر بإنها
الخدمة ، ذلك أن هذا القرار التنفيذى الصادر بإنهاء الخدمة إنما صدر تنفيذ
لحكم القانون الذى ترتب على الحكم الجنائى .

وليس لجهة الإدارة سلطة تقديرية فى هذا الشأن ، ومن ثم لا تترخص
فى سحب مثل هذا القرار التنفيذى استناداً إلى صدور قرار العفو عن العقوبة .

وذهب رأى ثالث إلى أن قرار العفو المتضمن العفو عن العقوبة الشامل
للعقوبات التبعية والآثار الأخرى هو صورة من صور رد الاعتبار بطريق
غير مباشر فى حكم قانون التوظف وبالنسبة لإعادة التعيين . وعلى ذلك
فلا تتوقف إعادة تعيين المحكوم عليهم فى جنايات أو جرائم مخلة بالشرف
والذين صدرت بشأنهم قرارات بالعفو عن العقوبات الأصلية والتبعية وكافة
الآثار الجنائية ، لا تتوقف إعادة تعيين هؤلاء على رد اعتبارهم بالمعنى
التقليدى السائد لرد الاعتبار .

ويذهب أصحاب هذا الرأى إلى القول بأنه ليس من المنطق أن يخرج
المجتمع شخصاً من سجن كان يجد فيه قوته إلى حرية يعوزه القوت فيها ثم
يطلب منه ألا ينحرف .

وعلى ذلك فالعبرة عند أصحاب هذا الرأى بالمعانى لا بالألفاظ . ومعانى
قرارات العفو هذه تتمثل فى تهيئة فرصة جديدة للمشاركة فى بناء المجتمع
كأفراد عاملين فيه ، وليس فى عزلهم عنه وحرمانهم من المساهمة فى أوجه
نشاطه حتى تمضى المدة اللازمة لرد الاعتبار إليهم .

ويستند أصحاب هذا الرأى إلى أن العفو عن العقوبة لا يقل من حيث
الأثر عن إيقاف التنفيذ ، فكل منها يقف حائلا دون تنفيذ العقوبة وإن

كان لا يتعرض لما حدث من وقوع الجريمة والحكم على المتهم . وبالتالى فليس ثمة ما يمنع من اعتبار قرار العفو عن العقوبة بمثابة رد اعتبار قانونى أيضاً .

وعليه يذهب أنصار هذا الرأى إلى أنه لا حاجة إلى انتظار تحقيق ر الاعتبار بمعناه القانونى بالنسبة لمن صدر فى حقه قرار بالعفو عن العقوب بها متضمناً العفو من العقوبات التبعية والآثار الأخرى .

وقد أخذت الجمعية العمومية للقسم الاستشارى بمجلس الدولة المصرى بجلستها المنعقدة فى ٤ مايو سنة ١٩٦٦ بهذا الرأى الأخير مقررة أنه وإن كان القانون يشترط لإعادة تعيين الموظف أن يكون قد رد إليه اعتباره ، إلا أن إذا كان قرار العفو قد صدر شاملا العفو عن العقوبات الأصلية والتبعية والآثار المترتبة عليها ، فإنه يترتب على هذا القرار إسقاط جميع العقوبات والآثار التى قد تقع بعد صدوره ومن بينها الحرمان من التعيين فى الوظائف العامة ، ومن ثم يعتبر بمثابة رد الاعتبار ، ولا يتطلب الأمر فى هذه الحال قضاء مدة معينة بعد صدور قرار العفو بحيث تجوز إعادة التعيين دون حاجة إلى انتظار انقضاء المدد اللازمة لرد الاعتبار (١).

المبحث الثانى

حالة الحكم مع وقف النفاذ

الحكم الجنائى يجوز أن يشمل بوقف تنفيذ العقوبة ، حيث نصت المادة (١١٢) من قانون العقوبات الليبى على أنه (يجوز للمحكمة عند الحكم بالحبس لمدة لا تزيد على سنة وبالغرامة أن تأمر فى نفس الحكم بإيقاف تنفيذ العقوبة لمدة خمس سنين تبدأ من اليوم الذى يصبح فيه الحكم نهائياً ...)

(١) انظر فى عرض هذه الآراء الدكتور نعيم عطية ، مقاله السابق ص ٥١٤ وما بعدها .

ونصت المادة (١١٣) منه على أنه (..... ويترتب على الأمر بالإيق
فضلا عن وقف تنفيذ العقوبة الأصلية المحكوم بها ، وقف تنفيذ العق
التبعية وسائر الآثار الجنائية إلا إذا نص فى الحكم على عدم وقفها) .

فإذا أدين موظف فى جناية أو جنحة مخلة بالشرف وكان الحكم مشم
بوقف النفاذ ، فما أثر ذلك على مركز الموظف المحكوم عليه .

كما سبق أن أوضحنا أن المادة (١١٣) عقوبات تنص على أنه يتر
على الأمر بإيقاف تنفيذ العقوبة الأصلية المحكوم بها وقف تنفيذ العقوبا
التبعية وسائر الآثار الجنائية إلا إذا نص الحكم على عدم وقفها ، فالأص
فى القانون الليبى أن الوقف يشمل العقوبات الأصلية والتبعية ...

وجاءت الفقرة الأخيرة من المادة (٦٦) من قانون الخدمة المدنية رقم
لسنة ١٩٦٤ منسجمة مع أحكام قانون العقوبات حيث قضت بأنه لا ي
الفصل فى حالة الحكم على الموظف فى جناية أو جنحة مخلة بالشر
إذا قضى الحكم بوقف تنفيذ العقوبة وذلك مع عدم الإخلال بالمحاكمة التأدي
عند الاقتضاء .

وعلى ذلك فإذا حكم على الموظف فى جناية أو جريمة مخلة بالشر
طبقاً لأحكام المادة ٦٦ / ٨ ، ٩ من قانون الخدمة المدنية وكان الحكم مشمو
بإيقاف التنفيذ فمن شأنه ألا يؤدى إلى إنهاء خدمة الموظف ، وإن كان ه
لا يمنع جهة الإدارة من اتخاذ الإجراءات التأديبية ومحاكمة الموظف تأدي
وفصله فصلا تأديبياً إذا رأت مبرراً لذلك ، ولكن هذا الفصل يكون
تم بناء على الإجراءات التأديبية وليس أثراً من آثار الحكم الجنائى .

أما فى القانون المصرى فقد نصت المادة (٥٥) من قانون العقوبا
عن أنه يجوز عند الحكم فى جناية أو جنحة بالغرامة أو بالحبس مد
لاتزيد عن سنة أن تأمر فى نفس الحكم بإيقاف التنفيذ العقوبة ... ويجو

أن يجعل الإيقاف شاملا لأية عقوبة تبعية ولجميع الآثار الجنائية المترتبة على الحكم) . فالحكم بوقف تنفيذ العقوبة المحكوم بها فى قانون العقوبات المصرى لا يشمل فى الأصل وقف تنفيذ العقوبات التبعية وكافة الآثار الجنائية الأخرى المترتبة على الحكم إلا إذا نص الحكم صراحة على وقفها مع العقوبة الأصلية .

أما فى قوانين موظفى الدولة فإن قانون موظفى الدولة رقم ٢١٠ لسنة ١٩٥١ لم يكن به نص خاص يبين أثر وقف تنفيذ العقوبة على مركز الموظف .

فإذا أمر القاضى بوقف تنفيذ العقوبة وما يتبعها من عقوبات فهل يترتب على الحكم رغم ذلك قطع العلاقة التى تربط الموظف بالدولة ؟

أجابت المحكمة الإدارية العليا بمصر على ذلك إجابات مختلفة ، فقد ذهبت فى حكمها الصادر بتاريخ ١٩٥٨/٧/١٢ فى القضية رقم ٥ لسنة ٤ ق (س ٣ رقم ١٧٤ ص ١٧٠٥) إلى التفريق بين المجال الجنائى والمجال الإدارى ، حيث قالت إن للحكم فى الميدان الجنائى أحكامه الخاصة وله كذلك آثاره التى تختلف فى حالة وقف تنفيذ العقوبة عنها فى حالة شمولها بالنفاذ ، أما الميدان الإدارى فيستقل بذاته وللحكم فى نطاقه آثاره المتميزة ، ومن بين هذه الآثار إنهاء العلاقة الوظيفية وهى نتيجة تترتب على الحكم ، سواء أكانت العقوبة التى تضمنتها واجبة النفاذ أم أنه أمر بوقف تنفيذها ، إذ أن هذا الاختلاف قد يكون له أثره فى مدى نفاذ العقوبة فى الميدان الجنائى ، ولكنه فى الميدان الإدارى عديم الأثر ، فكل من العزل كعقوبة جنائية بالتطبيق لأحكام قانون العقوبات ، والعزل إدارياً بالتطبيق لأحكام قانون موظفى الدولة ، لكل مجاله وأوضاعه وشروطه وأحكامه الخاصة به .

وانتهت إلى أن وقف تنفيذ الآثار المترتبة على الأحكام الجنائية بالتطبيق للمادة (٥٥) من قانون العقوبات ، لا يشمل إلا العقوبة التبعية والآثار الجنائية المترتبة على الحكم ، فلا يتعداها إلى الآثار الأخرى ، سواء كانت

هذه الآثار من روابط القانون الخاص أو روابط القانون العام ، أى سواء كانت مدنية أو إدارية ، كإنهاء خدمة الموظف وفقاً لأحكام قانون موظفى الدولة .

أما القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٤ بنظام العاملين المدنيين فى الدولة فقد نص فى المادة (٧٧) على أنه فى حالة الحكم مع وقف تنفيذ العقوبة يكون الفصل جوازياً للوزير (١) .

ويثير هذا النص فكرة الانفصال بين العزل الجنائى والعزل الإدارى ، ففى حالة الحكم على الموظف بعقوبة جناية أو جنحة مخلة بالشرف وما يتبعها من عقوبات تبعية أو تكميلية بما فيها عقوبة العزل من الوظيفة العامة ، مع الأمر بإيقاف تنفيذ العقوبات الأصلية والتبعية بما فيها عقوبة العزل . فليس بلازم أن يؤتى وقف التنفيذ أثره فى إبقاء الموظف فى الوظيفة ، فقد ترى الجهة الإدارية المختصة التى يتبعها الموظف المحكوم عليه مع وقف النفاذ أن مصلحة الوظيفة تقتضى عدم إبقائه فى الوظيفة وذلك لاعتبارات تتعلق بظروف الجريمة المرتكبة وملابساتها أو بملاءمة استمرار مرتكبها فى مزاولة أعبائها .

ويعيب الدكتور نعيم عطيه على فكرة الفصل بين العزل الجنائى والإدارى فى حالة الحكم بوقف تنفيذ العقوبة ، وهو ماقررته المحكمة الإدارية العليا فى أحكامها الأخيرة والتى عدلت فيها عن فكرة الفصل بين العزل الجنائى والعزل الإدارى حيث قضت بأنه إذا أمر الحكم الجنائى بأن يكون إيقاف التنفيذ شاملا للعقوبة الأصلية وما يتبعها من عقوبات فإنه يترتب على الحكم عدم عزل الموظف من وظيفته . ويقترح حلا لهذا الإشكال ، حذف الفقرة التى تنص على أن (يكون الفصل جوازياً للوزير المختص إذا كان

---

(١) وتكرر هذا النص فى المادة ٧٧ من القانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٧١ بنظام العاملين المدنيين بالدولة والمادة ٦٤ من القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٧١ بنظام العاملين بالقطاع العام .

الحكم مع وقف تنفيذ العقوبة) (م ٧/٧٧ من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٤)[١]

ومن هذا الرأى أيضاً أستاذنا الدكتور عبد الفتاح حسن حيث يقول :
ترك أمر الفصل عند وقف التنفيذ لسلطة الوزير التقديرية ، قد يؤدى إ
التفرقة فى المعاملة فى ميدان يصعب فيه إثبات إساءة استعمال السلطة ، لذل
يرى إسقاط الفقرة (٧) من المادة (٧٧) من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٤
والاكتفاء بالأحكام الواردة فى قانون العقوبات ، هذا فضلا عن أن السلط
التأديبية تسد ما قد يظهر فى هذا القانون من نقص [٢].

خاتمـــة :

ومما قدمنا بتبين مدى حرص المشرع على حماية وصون الوظيفة العا
وإبعادها عن الانحراف والشبهات ، بحيث رتب على الإدانة فى الجر
الخطيرة من جنايات أو جرائم تخل بالشرف أو الأمانة ، الحرمان م
تولى الوظائف العامة أو الصلاحية للبقاء فيها لما للوظيفة العامة من كرامة
وحفظاً للصالح العام .

---

(١) الدكتور نعيم عطية ، مقاله السابق ص ٤٧٦ ، ٤٧٧ .
(٢) الدكتور عبد الفتاح حسن (التأديب فى الوظيفة العامة) ص ٧١ ، ٧٢ .

المراجـــع

١ ــ د . أحمد عبد العزيز الألفى :
شرح قانون العقوبات الليبى ــ الطبعة الأولى ١٩٦٩

٢ ــ د . خالد عريم :
القانون الإدارى الليبى ــ الجزء الثانى .

٣ ــ د . سليمان الطماوى :
قضاء التأديب ١٩٧١

٤ ــ د . صلاح الدين الطوخى :
القضاء التأديبى المعاصر ١٩٦١

٥ ــ د . عبد الفتاح حسن :
التأديب فى الوظيفة العامة ١٩٦٤

٦ ــ د . عبد الفتاح حسن :
أثر الحكم الجنائى فى إنهاء علاقة الموظف بالدولة .
تعليق على حكم ــ مجلة العلوم الإدارية ، السنة الرابعة ، العدد الأول ، يونية ١٩٦٢

٧ ــ د . عوض محمد :
الأحكام العامة فى قانون الإجراءات الجنائية الليبى ، الجزء الأول طبعة ١٩٦٨

٨ ــ د . مصطفى كمال وصفى :
أثر الحكم الجنائى فى إنهاء خدمة الموظف العمومى ، مجلة العلوم الإدارية السنة السابعة العدد الأول ، أبريل ١٩٦٥

٩ ــ د . محمد حامد الجمل :
الموظف العـــام ١٩٦٠

١٠ — د . محمد عصفور :
جريمة الموظف العام .

١١ — د . محمد عصفور :
أصداء الجريمة الجنائية فى نطاق التأديب ، مجلة العلوم الإدارية السنة الثالثة عشرة ، العدد الأول ، أبريل ١٩٧١

١٢ — الأستاذ محمود الطوخى :
انتهاء الخدمة للإدانة بحكم جنائى ، مجلة المحاماة ، العدد الثالث ، السنة ٥١ مارس ١٩٧١

١٣ — د . محمود مصطفى :
شرح قانون العقوبات ، القسم العام الطبعة السادسة ١٩٧١

١٤ — د . نعيم عطية : انتهاء الخدمة بحكم جنائى ، مجلة إدارة قضايا الحكومة السنة الثانية عشر ، العدد الأول والثانى ١٩٦٨

تقرير مجلس الإدارة السنوى
للجمعية العمومية الاعتيادية فى شركات المساهمة
(التأمين)

الدكتور خالد الشاوى

الأستاذ فى كلية الحقوق

تفرض أحكام القوانين التجارية المتعلقة بشركات المساهمة على مجالس إدارة هذه الشركات أن تقدم تقريراً سنوياً ، ترفقه مع البيانات الخاصة بالميزانية وحساب الأرباح والخسائر إلى الجمعية العمومية الاعتيادية(١) .

والذى يهمنا فى هذا البحث الجمعية العمومية الاعتيادية لأنها الهيئة العامة التى يقدم لها تقرير مجلس الإدارة الذى نحن بصدد شرحه . وبالرغم من أهمية تقسيم الجمعيات العمومية إلى اعتيادية وغير اعتيادية فإن هذا التقسيم

---

(١) تحتوى شركات المساهمة على عدد من هيئات المساهمين العامة أسماها المشرع الليبى بالجمعيات العمومية ، وأهمها هى الأربع هيئات التالية :
الجمعية العمومية التأسيسية أو جمعية المكتتبين ، والجمعية العمومية الاعتيادية ، والجمعية العمومية الخاصة.
وتتكون الجمعية العمومية بصرف النظر عن نوعها من جميع المساهمين فى الشركة ، دون الالتفات إلى عدد الأسهم التى يمتلكها كل مساهم . وتعتبر هذه القاعدة فى كثير من القوانين ، كالقوانين العراقى والليبى ، من النظام العام الذى لايجوز الاتفاق على خلافها فى عقد التأسيس أو فى نظام الشركة الأساسى ، ولو أنه يجوز عادة تحديد أصوات بعض المساهمين الكبار بالنص على ذلك إما فى العقد أو النظام ، رغم أن القاعدة الشائعة هى التى تمنح لكل سهم صوتاً واحداً .
أما قرارات الجمعيات العمومية غير الاعتيادية فهى القرارات التى تتخذ فى العادة فى كل سنة مالية كالقرارات الخاصة بتعديل العقد والنظام وإصدار أسهم أو سندات جديدة وتخفيض رأس المال مثلا .
وهنا يجدر التنبيه إلى أن القانون التجارى الليبى أخذ بفكرة لجنة المراقبة بدلا من المراجعين أو المحاسبين القانونيين ، وهذه اللجنة تشكلها الجمعية العمومية الاعتيادية من ثلاثة أو خمسة أعضاء من المساهمين أو من سواهم من أصحاب الخبرة مع عضوين احتياطيين ، ويشترط فى أعضاء لجنة المراقبة الشروط الخاصة بأعضاء مجلس الادارة (٥٧٢ قانون تجارى ليبى) .
كما تجدر الإشارة إلى أنه رغم اشتراط المشرع الليبى على اتخاذ شركات التامين فى ليبيا شكل شركة مساهمة ليبية (م ٨ — ١ من قانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٧٠ م فى شأن الإشراف والرقابة على الشركات التأمين) الأمر الذى يستدعى وجود الهيئات العامة فيها ، إلا أن هذه الشركات أممت بمجموعها بصدور قانون تأميم شركات التأمين بتاريخ ١٤/١٠/١٩٧١ م ، ولذلك فإن وضع هيئاتها العمومية أصبح مختلفاً من حيث المضمون بعد أن انتقلت جميع ملكية أسهمها إلى الدولة التى أناطت إدارتها بوزارة الاقتصاد . إلا أن قانون التأميم أبقى على شكلها القانونى السابق .
انظر بالنسبة للهيئات العامة مؤلفنا : شرح قانون الشركات التجارية العراقى ، مطبعة الشعب — بغداد — ١٩٦٨ ، ص ٤٩٢ — ٤٩٥ . وبالنسبة لتأميم شركات التأمين فى ليبيا بحثنا : تأميم المصارف ، وشركات التأمين ، دراسات قانونية — بنغازى ، المجلد الأول ١٩٧١ ص ٣٩١ .

لا يتعلق بطبيعة هذه الهيئات ولا بأسلوب تكوينها ، إلا ماندر ، إذ أنه
جميعاً تتكون من مساهمى الشركة كافة . إلا أنه تقسيم يخص القرارات التى
يفرض القانون التجارى إما اتخاذها فى جمعية عمومية اعتيادية أو غير اعتيادية
وأهم قرارات الجمعيات العمومية الاعتيادية هى المتعلقة بقرار التصديق على
ميزانية الشركة وحساب الأرباح والخسائر ، وقرار توزيع الأرباح
وتتخذ هذه القرارات عادة بعد الاطلاع على تقرير مراجع الحسابات
(المحاسب القانونى) أو هيئة المراقبة ، وقد أصبح هذا التقرير وثيقة مهم
من وثائق المعلومات السنوية التى تبين وضع الشركة المالى والتجارى لسن
مالية خلت .

ورغم أهمية هذا التقرير إلا أنه لا يوجد من القواعد القانونية ولا م
الأساليب العملية المتبعة مايبين شكله ، أو يحدد نطاق المعلومات التى يحتوي
والتى من شأنها أن تعطيه شكلا ثابتاً ومعيناً كالشكل الذى يتم بموجبه وض
الميزانية بالنسبة لإدراج الأصول والخصوم فيها مثلا .

وكل ماذكره القانون التجارى الليبى بشأن هذا التقرير هو مانص
عليه الفقرة الثانية من المادة (٥٧٢) التى أوجبت على المدراء « أن يرفق
بالميزانية تقريراً يشرحون فيه سير أعمال الشركة »(١) .

---

(١) كما نصت المادة (٥٠) من قرار وزير الاقتصاد رقم (٧٠) لسنة ١٩٧٠ م بنمو
العقد الابتدائى والنظام الأساسى لشركات المساهمة :
« ... وعلى المجلس أن يعد عن كل سنة مالية – فى موعد يسمح بعقد الجمعية العمو
الاعتيادية خلال المدة المنصوص عليها فى المادة ٢٨ من هذا النظام ميزانية الشركة وحساب الأر
والخسائر وتقريراً عن نشاط الشركة خلال السنة المالية ومركزها المالى فى ختام السنة الم
ذاتها ... » .
وهذا التقرير هو غير التقرير الذى أوجب القانون على لجنة المراقبة إعداده . ومع
فإن على مجلس الإدارة أن يطلع لجنة المراقبة على تقريره برفقة الميزانية ، وذلك خلال ثلا
يوماً على الأقل تسبق اليوم الذى حدده مجلس الإدارة لانعقاد الجمعية العمومية الاعتيادية .
يجب على مجلس الإدارة أن يودع هذا التقرير مع جميع المستندات الأخرى التى يستدعى القان

ولاختلاف التقرير من حيث احتوائه لبعض المعلومات حسبما تتطلبه أغراض بعض الشركات المتخصصة ، وليس لاختلاف الشكل القانونى الذى تؤسس بموجبه ، فقد نصت بعض قوانين الشركات المتخصصة على أحكام عامة فيما يتعلق بهذا التقرير . فقد تكون الشركة مؤسسة بشكل شركة مساهمة إلا أن غرضها الأصلى هو التأمين أو الصيرفة أو الصناعة النفطية الاستخراجية أو الصناعة التحويلية أو النقل أو تداول البضائع أو ماشاكل ذلك الأمر الذى يؤدى إلى اختلاف محتويات التقرير الذى يرفع عن كل منها حسب طبيعة أغراضها ، إلا أن الوضع العام لذلك التقرير يبقى متجانساً فى جميع هذه الشركات طالما أن شكلها القانونى واحد .

وسنقصر بحثنا هنا على تحديد معالم تقرير مجلس الإدارة السنوى للجمعية العمومية الاعتيادية لشركات التأمين فى ظل التشريع الليبى .

لقد وردت فى تشريعات التأمين الليبية إشارات عابرة إلى هذا التقرير ، إلا أن هذه الإشارات بقيت كغيرها من الإشارات فى التشريعات الأخرى حاوية على عبارات غير مفيدة تتطلب الشرح الكثير ، لأن المشرعين أرادوا من صياغتها الإبقاء على الطبيعة المطاطة لهذا التقرير وإكسابه المرونة اللازمة التى يستفاد منها فى تبيان وضع الشركة من جميع نواحيه القانونية والمالية والتجارية دون إلزام مجالس الإدارة على إيراد بيانات ثابتة ومحددة فيـه .

ويمكن القول على وجه التعميم إن المراد بالتقرير السنوى الذى يرفعه مجلس إدارة الشركة المساهمة مع الحسابات والميزانية إلى الجمعية العمومية الاعتيادية هو ذلك الشرح العام لفعاليات الشركة ونشاطها خلال السنة المالية المنصرمة الذى يحتوى على توضيح لأرقام الميزانية وحساب الأرباح

= عرضها على الجمعية العمومية فى المركز الرئيسى للشركة طيلة الخمسة عشر يوماً السابقة على اجتماع الجمعية العمومية الاعتيادية لإطلاع المســـاهمين عليها .

والخسائر وتبيان النهج المالى الذى تنوى الشركة السير بمقتضاه فى السنة المالية المقبلة وإلقاء بعض الضوء على المناخ الاقتصادى الذى عملت الشركة فى ظله فى العام المنصرم ، والتوقعات التى ستؤثر فيه فى العام المقبل ، وتبسيط التخطيط المالى والتجارى الذى تختطه الشركة لنفسها ، مع استنتاج يبين فيه مدى نجاح الشركة إن كانت ناجحة أو تبرير إخفاقها خلال السنة المالية السابقة إن كانت قد تكبدت بعض الخسائر .

ويختلف هذا التقرير ، فى حالة التأمين ، عن التقرير الذى يجب أن يقدمه خبير رياضيات التأمين بموجب حكم المادة (٢٣) أى الذى يوجب إعداده وفقاً للنماذج التى أوردها ذلك القانون والمبينة فى الملحق الثالث للائحته التنفيذية(١) .

كما أن التقرير الذى نحن بصدده هو ليس عين التقرير الذى أشارت إليه المادة (١٩) من قانون الإشراف والرقابة على شركات التأمين ، والتى عددت البيانات الواجب تقديمها لقسم التأمين فى وزارة الاقتصاد وهى الميزانية وحساب الأرباح والخسائر « وبيان الإيرادات والمصروفات واحتياطى التعويضات تحت التسوية عن كل فرع من فروع التأمين على حدة وبيان عن أموال الشركة ، نقول إنه ليس عين التقرير العام الذى يجب أن ترفق به هذه المعلومات والذى يبين الوضع العام لأعمال الشركة فى السنة المالية التى كتب عنها ، ولو أنه يمكن أن يشتمل على نفس المعلومات التى تدرج فى التقرير الذى يقدمه مجلس الإدارة إلى الجمعية العمومية الاعتيادية .

---

(١) قرار وزير الاقتصاد رقم ٧ لسنة ١٩٧٠ م باللائحة التنفيذية لقانون الإشراف والرقابة على شركات التأمين الصادر بالقانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٠ م ، الجريدة الرسمية العدد ٣٠ ، ١٧ يونيو ١٩٧١ ، للسنة التاسعة .

نعود فنقول ، بعد هذه المقدمة ، إنه لا توجد حدود لما يجب أن يقف عنده تقرير مجلس الإدارة إلى الجمعية العمومية الاعتيادية وتبيان معالمه ولكن توجد مع ذلك خطوط عريضة جرت العادة على السير بمقتضاها فى كتابة هذه التقارير وفى إبراز المعلومات التى تحتوى عليها ، وهى التى يمكن إجمالها عادة فى النقاط التالية :

أولا : تبيان الوضع الاقتصادى العام بما فى ذلك الوضع المالى والنقدى للبلد الذى تعمل فى ظله الشركة ، وحبذا لو تطرق التقرير إلى الوضع الاقتصادى الدولى والتجارة الدولية ، ونظام النقد الدولى .

ويعتمد ذلك كله على حجم الشركة المقدم عنها التقرير وعلى نوع أعمالها ، ولا يخفى أن حجم ونوعية الأعمال التى تقوم بها شركات التأمين ، وتعلق أعمالها بإعادة التأمين التى تتم فى العادة على المستوى الدولى ، وتأثرها بالكوارث الدولية والتغيرات الاقتصادية والسياسية فى العالم يفرض أن تكون تقاريرها وافية فى جميع هذه النواحى ، لا سيما إذا ما كانت تلك الأحداث الدولية مؤثرة بصورة مباشرة أو غير مباشرة على قرارات الشركة الخاصة بالتعويضات أو الاستثمارات الخارجية منها والداخلية .

ثانياً : من المعلوم أن التقرير يقدمه مجلس الإدارة إلى الجمعية العمومية ، إلا أنه يعد ابتداء من قبل الإدارة المالية والمحاسبية فى الشركة ، وعليه يجب أن يحتوى التقرير على تحليل موسع للأرقام المدرجة فى الميزانية وأن يتطرق إلى خلفية تلك الأرقام مبيناً المعلومات التى تستند عليها ، موضحاً الوضع المالى للشركة بالشكل الذى يمكن مجلس الإدارة من تبنى الاقتراحات التى تتعلق بتوزيع الأرباح والاحتياطات وتقليل الكلفة وزيادة الدخل وغيرها ، حتى يتسنى لمجلس الإدارة استحصال موافقة الجمعية العمومية عليها . ولذلك نجد أن التقارير تتطرق فى العادة إلى النقاط التالية :

١ — وضعية الإدارة العامة للشركة مجملا وسير الفروع والأقسام التابعة

لها وذكر بعض الأمور الخاصة بالتحسينات المزمع إدخالها عليها فى السنة أو السنوات القادمة .

٢ ــ وضعية العلاقات الصناعية فى الشركة والمطبات التى تعرضت لها إن وجدت مع الإشارة إلى الأسباب التى يمكن تفادى هذه المطبات بواسطتها وطرق تحسين هذه العلاقات بصورة مختصرة ، ولما كانت شركات التأمين شركات تقدم الخدمات التى لا تظهر فيها العلاقات الصناعية بشكلها الدقيق ، فإن مايشار إليه فى هذا الصدد هو مايخص العلاقات الصناعية فى الشركات التى تستثمر شركات التأمين أموالها فيها ، لا سيما إذا ماكان لذلك أثر فى المردود الذى حصلت عليه شركات التأمين من استثماراتها هذه .

ثالثاً : يرمى التقرير فى شركات المساهمة العادية إلى تطمين المساهمين بأن شئون الشركة مدارة بالطريقة الصحيحة وأنها بأيد قادرة على إدارتها الإدارة المطلوبة ويبين أن مااقترح من أرباح للتوزيع يفى بالغرض لوجود حاجة إلى زيادة الاحتياطيات مثلا .

وإذا كانت الشركة ناجحة فيؤكد التقرير عادة على هذه الناحية ويبين مدى اتساع ذلك النجاح بغية تشجيع المساهمين على الاحتفاظ بأسهمهم (فى شركات القطاع الخاص والمختلط) واقتناء أسهم جديدة إذا ماكانت الشركة تنوى إصدار أسهم جديدة عن طريق زيادة رأس المال . ويتطرق التقرير بهذا الصدد إلى النقاط التالية :

١ ــ التأكيد على أن الأرباح متأتية من المتاجرة الفعلية ، وليس من مجرد إعادة تقييم الموجودات وتحصيل بعض الديون المشطوبة وغير ذلك .

٢ ــ يبين التقرير فى شركات المساهمة العادية حالة كل صنف من أصناف الأسهم التى تصدرها الشركة خلال السنة وعدد هذه الأسهم والأسباب التى دعت أو تدعو إلى اقتراح إصدارها فى حالة طلب مجلس الإدارة ذلك من الجمعية العمومية ، ويبين السعر الذى بيعت أو ستباع

به الأسهم وعدم تعارض ذلك مع نصوص القانون التجارى ، وعقد تأسيس الشركة ونظامها الأساسى ، كما يبين التقرير الطريقة التى سيستفاد منها هذه الزيادة .

٣ — يرمى التقرير عندما يكون للشركة دائنون (حملة سندات القرض) إلى تطمينهم بأن الشركة قادرة على دفع ديونهم وفوائدها فى تاريخ استحقاقها وتشجيعهم على الاحتفاظ بسنداتهم إلى وقت استحقاقها خوفاً على سمعة الشركة وتعرضها للتقولات التى ترافق طرح أعداد كبيرة من هذه السندات مما يترتب عليه هبوط أسعارها ، كما أن فى ذلك تشجيعاً لهم على اقتناء سندات أخرى فى حالة رغبة الشركة فى إصدار سندات قرض جديدة .

ويبرر التقرير تفصيلا أى اقتراح يتعلق بإصدار سندات جديدة ويبين الأسباب التى أدت إلى اختيار طريقة إصدار الأسهم وعدم الاتكال على التمويل المصرفى قصير الأجل أو عدم إصدار أسهم جديدة بدل السندات أى زيادة رأس المال بدلا من الاقتراض ، ويتم ذلك عادة بتبيان مربوحية السهم فى حالة زيادة رأس المال مقارنة بأسعار الفوائد وتكاليف إصدار السندات(١) .

٤ — يشير التقرير فى العادة إلى وضع الشركات التابعة والممولة وما إذا كانت أحوالها الإدارية والمالية تحتاج إلى تحسينات معينة ، سواء بزيادة المساهمة فيها أو برفع دعمها المالى ، ويتطرق التقرير إلى التغييرات الأساسية

---

(١) يجب أن يراعى بالنسبة لتوظيف أموال شركات التأمين الطرق المبينة فى المادة (٢٨) من قانون الإشراف والرقابة على شركات التأمين بالنسبة للأموال النقدية والأوراق المالية والحقوق العينية العقارية واتخاذ الإجراءات الخاصة بإخطار قسم التأمين فى وزارة الاقتصاد وبالنسبة لهذه الاستثمارات . كما يجب أن يذكر التقرير الإيضاحات المتعلقة بهذه الاستثمارات ، حسبما تتطلب أحكام المادة العاشرة من اللائحة التنفيذية لقانون الإشراف والرقابة على شركات التأمين والمشار إليها سابقاً . وأن تبين الطريقة التى روعى فيها الاستثمار فى بعض الشركات المساهمة الليبية دون البعض الآخر ، سواء تم الاستثمار فى أسهمها أو فى سندات قرضها .

أما بالنسبة للمصارف الليبية (من حيث إيداع الأرصدة النقدية فيها) فقد أصبحت واحدة ومتساوية بالضمان بعد أن تم حصرها فى القطاع العام والتزمت الدولة بضمان معاملاتها .

التى حصلت لهذه الشركات خلال العام المنصرم . وإذا ماكانت هناك ميزانية مجمعة فيستحسن أن تحلل أرقام تلك الميزانية أيضاً(١) .

رابعاً : شرح الاقتراحات والتوصيات التى يقدمها مجلس الإدارة لاستحصال موافقة الجمعية العمومية الاعتيادية والتى تدخل ضمن اختصاص الأخيرة حسبما ينص عليه القانون التجارى وعقد تأسيس الشركة ونظامها الأساسى (إن وجد بالنسبة للتشريع الليبى) .

خامساً : يشتمل التقرير على تبيان وضعية الفقرات التالية :

١ ـ الموجودات : يتناولها التقرير حسب ترتيبها وتصنيفها إلى موجودات ثابتة وموجودات سائلة وموجودات متداولة وتبرير أية تغيرات مقترحة بالنسبة لها ، ويشار إذا ماكان مناسباً إلى زيادة الموجودات الثابتة على حساب الأموال السائلة وتبيان ما طرأ على أقيام الموجودات الثابتة من زيادة ونقصان ومقارنتها بالقيمة الدفترية لها وما طرأ على قيمتها السوقية(٢) .

---

(١) أما الأموال النقدية والأوراق المالية التى تودع كجزء لضمان عمليات التأمين فيراعى فيها نص المادة (١٣) من اللائحة التنفيذية المشار إليها والتى نصت على أنه : « يجب أن تودع الأموال النقدية والأوراق المالية التى تكون جزءاً من الأموال المخصصةفى مصرف أو أكثر من المصارف التجارية العاملة فى الجمهورية العربية الليبية ، ويجب على شركات التأمين أن تقدم من المصرف المذكور قبولا منه بالتزامه بعد إجازته للشركة سحب أى جزء من الودائع النقدية أو الأوراق المالية المودعة لديه طبقاً للمادة (٢٨) من القانون إلا إذا استبدلت فوراً بما يساوى قيمتها من أوراق مالية أخرى مصرح بها أو ودائع نقدية ، وكذلك بإخطار قسم التأمين بدون تأخير عن كل تعديل يطرأ فى تكوين هذه الودائع ، أو الأوراق المودعة ... » . ويتضح أنهذه الودائع تشكل استثمارات لاسيما إذا ماكانت بشكلأوراق مالية أو ودائع تدفععنها الفوائد

(٢) ألزمت اللائحة التنفيذية شركات التأمين بتقديم بيان مفصل فى موعد أقصاه ٣٠ يونيو من كل سنة عن أموالها حسب أقيامها الدفترية والسوقية . وقد بينت المادة (١٧) من اللائحة المذكورة الطريقة التى تعد فيها هذه البيانات ، فنصت على أن : «... تقدر قيمة الأوراق المالية بما لا يزيد عن قيمتها السوقية طبقاً لآخر سعر رسمى فى تاريخ انتهاء السنة المالية » .

٢ – إعطاء نبذة مختصرة عن التزامات الشركة بما فى ذلك القرو
العامة والخاصة وإبداء الرأى حول إطفائها وبيان الزيادة فى الضرائب الحاص
إن وجدت . وتذكر بهذا الصدد العقود والمناقصات المهمة التى تعاقد

= وفيما يختص بالعقارات ، فتقيم حسب ثمن الشراء أو القيمة السوقية أيهما أقل ، ويتض
ثمن الشراء تكاليف الإضافات والتحسينات التى تطرأ عليه ، ويخصم مقابل الاستهلاك من الق
الدفترية له ، وتكون القيمة السوقية للعقار هى آخر قيمة قدرت بمعرفة خبير وفقاً للمادة السابقة
ويجب أن يشمل تقرير مراجع الحسابات بيانات بمقدار الاستهلاك الذى تقرر استقط
من القيمة الدفترية للعقار ، مع الإقرار بكفاية هذا الاستهلاك ، وفى حالة عدم إمكان الاستهـ
من قيمة العقار يجب أن يبين أسباب ذلك .

وكلما قامت الشركة بتقدير التزاماتها تطبيقاً لأحكام القانون جاز السماح لها بعد الحص
على موافقة قسم التأمين أن تزيد القيمة الدفترية للعقار خلال السنوات الثلاث التالية بما لا يز
على ٢٠ ٪ عن كل سنة من الفرق بين القيمة الدفترية الواردة فى البيانات المقدمة لقسم التأ
والقيمة السوقية .

وفى تطبيق هذه المادة تكون القيمة الدفترية للعقارات الخاصة بالشركات التى تزاول أعم
عند سريان القانون مطابقة للقيمة الدفترية الواردة فى آخر بيانات قدمت وفقاً لأحكام القانو
رقم ٧ لسنة ١٩٥٩ م أو القيمة السوقية أيهما أقل ، وتقدر قيمة القروض المضمونة برهن عقار
والقروض على وثائق التأمين طبقاً للعقود الخاصة بها بعد خصم ما أدى منها .

ويجب أن يذكر التقرير أن القيمة المبينة فى الميزانية هى قيمة شرائها أو ما يعادل إع
تقييمها ، والتاريخ الذى تمت به إعادة التقييم ، ونسبة إعادة التقييم المئوية والجهة الفنية ا
قامت بإعادة التقييم ، مع مراعاة قواعد التقدير الواردة فى المادة (٥٧٤) من القانون التجار
التى تمنع تقدير العقارات والمنشآت الثابتة والآلات بقيمة أعلى من ثمن كلفتها ، على أن تخفض
نسبة الاستهلاك الحاصل للأموال القابلة للاستهلاك فى كل سنة مالية . وينطبق ذلك على حقو
الملكية الصناعية ولكن لا ينطبق على الاستثمارات فى الأوراق المالية ... ومع ذلك فإن المنع لي
مطلقاً ، وإذا ما أريد الخروج عن قواعد التقدير التى تبينها هذه المادة فيجب أن يبين التقر
أسباب ذلك تفصيلا .

وإذا ما أجرت الشركة إعادة لتقييم العقارات التى تمتلكها فيستحسن أن يشار إلى ذلك
التقرير . أما إذا قام قسم التأمين فى وزارة الاقتصاد باتخاذ الإجراءات الخاصة بإعادة التقـ
وخفض من القيمة التى تقترحها الشركة فيجب أن يبين ذلك فى تقرير مجلس الإدارة ، سو
تظلمت الشركة من تلك الإجراءات أم لم تتظلم حسبما نصت عليه المادة (١٦) من اللائحة التنفيذية
أما إذا قامت الشركة بزيادة أقيام العقارات المملوكة فيجب عليها أن تستحصل موافقة قسم التأمي
فى وزارة الاقتصاد ، وأن يشار إلى ذلك فى التقرير الذى يقدم عن السنة المالية التى تمت فيـ
إعادة التقييم حسبما أشارت إلى ذلك المادة (١٧) من اللائحة المذكورة .

عليها الشركة . وكذلك تبين المشاريع التى تنوى الشركة القيام بها ، ويوضح الشكل القانونى لها وحجم الالتزامات التى ستتحملها الشركة من جراء إقامتها وتأسيسها .

٣ ــ المدخولات : يحتوى التقرير على تحليل أرقام المدخولات وتبرير أى نقصان حاصل بالمقارنة مع السنوات السابقة وتبيان أسباب الزيادة والأسباب التى أدت إلى عدم الوصول إلى الهدف المزمع الوصول إليه أو التى أدت إلى تخطى ذلك الهدف ، ويشار بهذا الصدد إلى زيادة الإنتاج . ويذكر تقرير شركة التأمين مثلا كلما تم التوصل إليه من إبرام وثائق تأمين جماعية على الحياة لاسيما إذا ما صدرت هذه الوثيقة أو الوثائق بأسعار مخفضة عن الأسعار الاعتيادية بعد أخذ موافقة وزير الاقتصاد على ذلك . ويستحسن أن يبين التقرير بعض الأسباب التى دعت إلى عقد تلك الصفقة دون التعرض بطبيعة الحال إلى كشف أسرار الاتفاق مما يتعلق بأسرار المهنة . ومثال هذه الصفقات إبرام عقد تأمين على حياة جميع الموظفين والمستخدمين لشركة أو إدارة معينة .

وقد سمح قانون الإشراف والرقابة لشركات التأمين الليبية القيام بذلك(١)

٤ ــ الكلفة : يبين التقرير أية زيادة أو نقصان قد يحصل لكلفة الخدمات المقدمة على أساس من الكلفة المخمنة ويوضح أسباب ذلك ، فقد يعزى انخفاض المصروفات إلى عدم إتمام المشاريع المعدة للإنجاز لقلة الأيدى العاملة الفنية مثلا .

أما الزيادة فى الكلفة فقد تعزى إلى ارتفاع تكاليف المعيشة أو توظيف أعداد أخرى من الموظفين أو إلى الزيادة غير المخفضة التى تمنح لهم أثناء

---

(١) قرار وزير الاقتصاد رقم (٧) لسنة ١٩٧٠ م باللائحة التنفيذية لقانون الإشراف والرقابة على شركات التأمين بالقانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٧٠ م ، الجريدة الرسمية للعدد رقم ٣٠ ، ١٧ يونيو ١٩٧١ ، للسنة التاسعة .

السنة وغير ذلك من أسباب قد يكون بعضها خارجاً عن إرادة الشرك
كزيادة الضرائب مثلا .

سادساً : يستنتج فى العادة من الفقرات الأربع المبينة فى البند الخا
والخاصة بالموجودات والالتزامات والمدخولات والكلفة ، التبري
الخاصة بحساب الأرباح والخسائر والخطة المقترحة للاستثمارات فى ا
القادمة .

سابعاً : يذكر فى التقرير عادة نبذة عامة عن توقعات الإنتاج والعو
التى تؤدى إلى رفعه أو خفضه ، ويلاحظ فى ذلك الإنتاج مقارنة
ماتحقق فعلا وماكان مخططاً له ، مع إلقاء بعض الضوء على التوقع
المستقبلة ، والنسب التى يتوقع الوصول إليها فى العام القادم وتبرير
مجلس الإدارة لكل زيادة أو انخفاض فى الإنتاج .

ثامناً : تذكر بعض التقارير الحالات التى عثرت عليها دائرة المرا
الداخلية والتى لا تعتبر مضرة بمصلحة الشركة على سبيل الحث على تع
الأنظمة المالية والإدارية والمحاسبية التى تتبعها الشركة بقصد سد الثغر
الموجودة فيها .

تاسعاً : يجب أن يرد فى التقرير جميع ما يتطلب ذكره القا
التجارى وتشريعات التأمين فى مثل هذه التقارير بحيث يتضح للجم
العمومية وللسلطات الحكومية وللجمهور انتظام سير أعمال الشركة وانضب
الرقابة المالية فيها دون الإخلال بسرية أعمالها ، أى عدم نشر معلومات
لايتطلب نشرها القانون ، من شأنها أن تضر بمصلحة الشركة وبمشاري
المستقبلة .

ويحتوى التقرير بصدد هذه الناحية على :

١ ــ ذكر العدد الإجمالى لموظفى ومستخدمى وعمال الشركة ومشار
رعايتهم ، والعناية الصحية والاجتماعية التى قامت أو تنوى الشركة الق

بها لرفع مستواهم المعاشى والحضارى والمهنى ، حتى يبان الدور الذى تلعبه الشركة فى خلق مجالات العمل ورعاية المستخدمين فيها .

٢ ــ تذكر عادة جميع الهبات التى تقدمها الشركة للجهات الخيرية وغيرها ، بغية المساهمة فى تنمية المجتمع الذى تعمل فيه ؛ وتفرض بعض القوانين ، كالقانون الإنجليزى مثلا ، تبيان الهبات المقدمة للجهات السياسية والخيرية إذا زادت كل هبة عن خمسين (باون استرلينى) وذكر الجهة التى قدمت إليها .

عاشراً : نرى أن يعد التقرير بأسلوب واضح من شأنه أن يعطى الانطباع الصحيح للمساهمين وللسلطات الحكومية عن حقيقة أعمال الشركة ونشاطاتها .

تعليق على حكمين لمحكمة بنغازى الابتدائية

بتاريخ ١٥ / ٣ / ١٩٧٦ ، ٤ / ٤ / ١٩٧٦

حول مسئولية الناقل الجوى للركاب

دكتور عبد السلام على المزوغى
أستاذ القانون المدنى المحاضر
ورئيس اللجنة الشعبية بالكلية

الوقائع :

تتلخص الوقائع فى أن عدداً من الأشخاص تعاقدوا بتاريخ ٢١/٢/٩٧٣ مع المؤسسة العامة للخطوط الجوية العربية الليبية ، على أن تنقلهم وأمتع من مدينة بنغازى إلى مدينة القاهرة على طائرة تابعة للمؤسسة فى رحلة ج رقم ١١٤ إلا أنه شاء القدر أن لا تصل بهم الطائرة إلى المكان المقص حيث أسقطت الطائرة بفعل مدافع القوات الصهيونية الغادرة فوق صح سيناء بعد أن ضلت طريقها فى الأراضى التى يسيطر عليها العدو ؛ و نتج عن الحادث وفاة معظم الركاب المسافرين على متنها .

ونتيجة لذلك أقام ورثة الضحايا عدة قضايا فى عدة بلدان ضد رئي وأعضاء لجنة تصفية المؤسسة العامة للخطوط الجوية العربية الليبية وض المفوض العام لشركة الخطوط الجوية العربية الليبية ؛ ومن بين هذه القض القضيتان المطروحتان للبحث والصادر فيهما حكم من محكمة أول درج (بنغازى الابتدائية) الأولى رقم ١٧٦/٧٥ بتاريخ ١٥/٣/١٩٧٦ والثا رقم ١٤٥/١٩٧٥ بتاريخ ٤/٤/١٩٧٦ م .

وقد أقام المدعون دعواهم بموجب صحيفة أعلنت للمدعى عليها قانو فى ١٩/٢/١٩٧٥ م فى القضية الأولى وبموجب صحيفة أعلنت للمدع عليها فى القضية الثانية يوم ٦/٢/١٩٧٥م . وقالوا شارحين فى دعواهم فى ٢١ /٢/١٩٧٣ م تعاقدوا مع المؤسسة العامة للخطوط الجوية العر الليبية بغية إيصالهم إلى القاهرة وتسلموا تذاكر السفر محدداً بها نقط القيام والوصول ، وبالفعل تم البدء بتنفيذ العقد وسافروا جميعاً على م إحدى طائرات المدعى عليها بالرحلة رقم ١١٤ ، بيد أن الذى حدث ه عدم وصول الطائرة حيث تحطمت قبل وصولها وكان نتيجة ذلك وفاة مع الركاب المقلة لهم الطائرة بما فيهم مورثى المدعين ، وبذلك يكون المدع عليهما قد أخلا بالالتزام الملقى على عاتقهما كناقل والمتمثل فى ض وصول الركاب سالمين إلى نقطة الوصول .

ولما كانت مسئولية المدعى عليهما التعاقدية قد توافرت عناصرها ، إذ توافر فى جانبهما الخطأ المسبب الضرر الموجب للتعويض ، ولما كانت اتفاقية وارسو ١٩٢٩ وبروتكول لاهاى المعدل لها سنة ١٩٥٥ م والذى انضمت إليها الجمهورية العربية الليبية بموجب القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٦٨ م، وقد أوردت المعاهدة المسؤلية فى المادتين ١٧ ، ١٨ ، كما نصت على حدود التعويضات فى المادة ٢٢ المعدلة ببروتوكول لاهاى سنة ١٩٥٥ م فى المادة١١.

وبناء على ماتقدم طلب المدعون فى صحيفة دعواهم تعويضهم عن الأضرار المادية والمعنوية كما جاء فى صحيفة الدعوى .

وقد دفعت المدعى عليها :

أولا : بعدم اختصاص المحكمة محلياً بنظر الدعوى .

ثانياً : المطالبة بإدخال شركة إيرفرانس كضامن ، وبموجب دعوى الضمان هذه تكون هذه الشركة هى المسئولة عن أفراد طاقم الطائرة المنكوبة ، فهى التى تتولى إدارة وصيانة جميع الأعمال الفنية اللازمة لتسيير الخطوط الجوية ، والعقد المبرم معها يتضمن أنها المسئولة مسئولية كاملة عن إدارة الخطوط الجوية العربية الليبية وما ينشأ عنها .

ثالثاً : وفى موضوع الدعوى برفضها استناداً على أن اتفاقية وارسو ١٩٢٩ والبروتوكولات المعدلة لها استهدفت تحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة فى النقل الجوى(١) فحققت حماية الركاب بأن وضعت على عاتق الناقل التزاماً بكفالة سلامة الراكب وأعفت الراكب من عبء الإثبات ، كما راعت مصالح الناقل بأن حددت مسئوليته وسمحت له من أجل دفع

(١) راجع فى نظرية المصالح، د . ثروت أنيس الأسيوطى ، مسئولية الناقل الجوى رسالة القاهرة خاصة ص ١٥ انظر أيضاً التعليق على هذه النظرية وفق مصادرها الأصلية فى كتاب مبادىء القانون للأسيوطى سنة ١٩٧٤ م نبذة رقم ١٩٥ .

مسئوليته عن الحادث إقامة الدليل على أنه اتخذ التدابير اللازمة أو الاحتياطات الضرورية لتوقى الضرر ، والعبرة فى هذا الصدد بما يفعله الناقل الجوى الحريص ، ويكفى المدعى عليها ، أى مؤسسة الخطوط الجوية العربية الليبية ، لدفع مسئوليتها، أن تقيم الدليل على اتخاذ كافة الاحتياطات الضرورية لتلافى الضرر حيث كانت الطائرة من أحسن طراز ومزودة بأحدث ما وصل إليه العلم من الأجهزة الملاحية ، كما أن طاقم الطائرة كان من أكفأ الأطقم ومزوداً بالبيانات والتنبوءات الخاصة بالرحلة الجوية ، وأنه وإن كان قائد الطائرة قد انحرف عن الممر الملاحى المرسوم مما يفهم أن ذلك سبب الحادث ، إلا أن هذا الانحراف لم يكن عن عمد وإدراك منه وإنما كان ناتجاً عن عملية لتشويش خارجة على الأجهزة الملاحية ، كما أن انحراف الطائرة لم يكن هو السبب فى الضرر الذى أصاب المدعين وأنه طبقاً لاتفاقية شيكاغو ١٩٤٤ م المنضمة إليها ليبيا وإسرائيل فإنه يتعين على الدول تأمين سلامة الملاحة للطائرات المدنية وتقديم كافة المساعدات التى توجد فى حالة خطر حسبما نصت عليه المادة (٢٥) من الاتفاقية المذكورة وأن إطلاق إسرائيل النار على الطائرة يعد خطأ وحدث غير متوقع يتوافر معه جميع أركان السبب الأجنبى .

وبعد أن استعرضت المحكمة جميع أوجه دفاع كل من الطرفين المتنازعين رأت :

أولا : بخصوص الدفع بعدم اختصاص المحكمة محلياً بنظر الدعوى ، إن هذا الدفع أبدى من المدعى عليهم فى المراحل الأولى للدعوى ، وأغفلوه فى مذكرتهم الختامية مما قد يفيد ضمناً تنازلهم عنه وعدم إصرارهم عليه . وأضافت المحكمة بأنه من الواضح أن المادة ٢٨ من اتفاقية وارسو التى يستند عليها المدعى عليهم فى هذا الدفع قد نصت على أنه « يقيم المدعى دعوى المسئولية فى إقليم أحد الأطراف الساميين المتعاقدين وفقاً لما يختار أمام محكمة موطن الناقل أو محكمة المركز الرئيسى لنشاطه أو محكمة الجهة التى يكون له

فيها منشأة تولت عنه إبرام العقد بمعرفتها ، وأمام محكمة جهة الوصول وينظم قانون محكمة النزاع إجراءات الدعوى » .

وحيث أن المدعين رفعوا دعواهم أمام محكمة بنغازى الابتدائية باعتبارها محكمة الجهة التى للناقل الجوى فيها منشأة تولت عنه إبرام العقد بمعرفتها ومن ثم فقد رفعت إلى محكمة مختصة محلياً بنظر الدعوى ويتعين رفض هذا الدفع .

ثانياً : أما من حيث دعوى الضمان المرفوعة من المدعى عليهم ضد شركة ايرفرانس ، فإنها تفتقر إلى الأساس القانونى السليم ، ذلك أن المادة السابعة عشرة من العقد المبرم مع شركة إيرفرانس تنص على أن تتحمل المؤسسة خلال مدة صلاحية هذا الاتفاق المبرم فى ٢-٢-١٩٧٢ م . بكامل المسئولية وتقوم بالتأمين بالنسبة إلى مايأتى :

الأضرار المتعلقة بالمخاطر والحريق أثناء الطيران وعلى الأرض التى تحدث لطائراتها – الأضرار التى تحدث لمنشآتها ومعداتها – الأضرار التى تحدثها الطائرات للطرف الثالث فى الجو وعلى الأرض ، الحوادث التى تقع لموظفيها بسبب أو بمناسبة تنفيذ هذا الاتفاق : وتتعهد المؤسسة عن نفسها وعن مؤمنيها بتحمل الضرر والتعويض عن إيرفرانس ووكلائها عن الأضرار السالف ذكرها أياً كان سببها وعن جميع المطالبات التى تنشأ عن تلك الأضرار وتكون متصلة بها بأى وجه ، وذلك فيما عدا حالة الإهمال الشديد من جانب الإدارة العامة لإيرفرانس . وواضح من هذا الاتفاق أن مؤسسة الخطوط الجوية العربية الليبية تتحمل كامل المسئولية وأنها تقاعست عن هذا التأمين ، ولما كان ذلك ولم تدفع المؤسسة بوجود إهمال شديد فى جانب إيرفرانس ، ومن ثم تكون دعوى الضمان قد أقيمت على غير سند من القانون والواقع متعينةالرفض .

ثالثاً : أما فى موضوع الدعوى فقد استندت المحكمة فى حكمها على المبادىء القانونية التى تحكم النزاع وهى :

(١) نصوص اتفاقية وارسو والبروتوكولات المكملة والمنضمة ليبيا هى التى تسرى على النزاع المطروح فى شأن مسئولية الناقل الجوى وقد انضمت ليبيا إلى هذه الاتفاقية وبعض بروتوكولاتها بموجب القانون ٢٩ لسنة ١٩٦٨م .

(٢) طبقاً لاتفاقية وارسو المذكورة ، يلتزم الناقل الجوى بكف سلامة الراكب وضمان الأمتعة من الهلاك أو التلف أو الضياع ، والإخلا بهذا الالتزام يعتبر خطأ يؤدى إلى تحقق المسئولية والالتزام بالسلامة اتفاقية وارسو إلتزام تعاقدى ولكن محله بذل عناية مع قلب عبء الإثبات ، يلزم أيضاً توافر الركنين الآخرين فى كل مسئولية وهما الضرر وعلا السببية بين الخطأ والضرر ، وقد أباحت الاتفاقية للناقل دفع مسئوليته بإثبات أنه لم يخطىء ، أى أنه اتخذ هو وتابعوه كل الاحتياطات الضرور لتوقى الضرر أو كان يستحيل عليهم اتخاذها ، لذلك يقال إن الالتزام ه التزام ببذل عناية مع قلب عبء الإثبات .

(٣) هناك عنصران يجب توافرهما فى كل سبب أجنبى هما عدم إمكا التوقع وعدم إمكان التلافى ومعيارهما موضوعى ، العبرة هنا بما كان يفع المدين الحريص إذا وضع فى مثل الظروف الخارجية . ولا تعنى المادة من الاتفاقية أنها لا تجهيز للناقل إثبات القوة القاهرة أو الأسباب الأجنبي الأخرى ، لأن الناقل متى أثبت السبب الأجنبى الذى لايدله فيه غير الممكن توقعه ولا تلافيه ، يكون قد أقام الدليل على أنه كان يستحيل عليه اتخا الاحتياطات الضرورية لتوقى الضرر . يضاف إلى ذلك أنه يشترط فى الفعل نفسه الصادر من الغير الذى تسبب فى إحداث الضرر أن يتوافر فيه عنصرا السبب الأجنبى ، أى أن يكون من غير الممكن توقعه ولا تلافيه فإذا كان فعل الغير متوقعاً أو من الممكن تلافى نتائجه ، عد الناقل مخطئاً فى عدم اتخاذ مايتطلبه الموقف لتجنب الضرر .

(٤) أخذت اتفاقية وارسو والبروتوكولات المعدلة لها بفكرة وضع حدود للتعويض المستحق ، وفى ذلك تحقيق صالح الناقل وعدم إهمال العميل

أيضاً ، فتحديد المسئولية يحقق التوازن الحقيقى بين مصلحة الطرفين ، وبخصوص نقل الركاب حددت المادة ١/٢٢ من الاتفاقية مسئولية الناقل الجوى بمبلغ ٢٥٠٠٠٠ فرنك عن كل راكب ، والمقصود بالفرنك هو الفرنك الذى يساوى ٦٥ ملجرام ونصف عيار تسعمائة فى الألف .

وبتطبيق هذه المبادىء على الدعوى قررت المحكمة أن الخطأ ثابت فى حق المدعى عليهما بصفتهما ثبوتاً قاطعاً . ذلك أنه :

أولا : ثابت من تحقيق منظمة الطيران المدنى الدولية فى عدم تزويد طاقم الطائرة المنكوبة بالإشارات البصيرة المعمول بها والمدرجة فى نشرة المعلومات الجوية الإسرائيلية ونشرة المعلومات الجوية لجهورية مصر العربية والخطوط العامة لإيرفرانس ، وأنها غير مدرجه فى نشرة المعلومات الجوية للجمهورية العربية الليبية ، مما أدى إلى عدم فهم واستجابة مساعد الطيار عياد مهدى يونس الذى كان يتولى قيادة الطائرة للإجراءات والإشارات التى وجهها له قائد شعبة الطائرات الاعتراضية الإسرائلية .

ثانياً : أن مساعد الطيار لم يكن ملماً باللغة الفرنسية مما صعب معه التفاهم بينه وبين قائد الطائرة .

ثالثاً : خطأ مساعد الطيار عياد مهدى يونس الذى كان يتولى قيادة الطائرة فى أنه بعد هبوطه حسب التعليمات فى قاعدة السلاح الجوى لاحظ ابتعاد الطائرات الإسرائيلية فقام بالإقلاع ثانية مما أدى إلى إطلاق النار على الطائرة فسقطت على الأرض .

رابعاً : خروج قائد الطائرة عن الممر الملاحى المرسوم لها .

خامساً : تقاعس قائد الطائرة بعدم توليه قيادتها عندما استبان له انحرافها عن الخط الملاحى المرسوم لها وعدم العودة بها إلى المسار الصحيح وتركه لمساعده يتولى قيادتها رغم المصاعب التى واجهته ، مما يتبين للمحكمة من كل ذلك أن ماحدث يعتبر خطأ فادحاً وإخلالا بالمحافظة على أرواح

الركاب وسلامتهم ، وقد تسبب ذلك مباشرة فى وفاة مورثى المدع
وتوافرت السببية بين خطأ المدعى عليهما بصفتهما والضرر الواقع ، ولايقد
فى ذلك ماذهب إليه الحاضر عن المدعى عليهما من أن الحادث نشأ عن سب
أجنبى ، ذلك أنه كان من الممكن تلافى هذا السبب بالهبوط فى المط
العسكرى حسب التعليمات ، ثم إن الحادث كان من الممكن تداركه لأ
اعتراض الطائرات الإسرائيلية لطائرة عربية تحلق فوق أرض يسيطر عل
العدو هو أمر يجب توقعه ويجب الاحتياط لتلافيه والحال أن المدعى عل
لم تقم بهذا الواجب الملقى عليها وانتهت المحكمة إلى رفض دفوع المدع
عليها وحكمت لصالح المدعين بالتعويضات وفقاً لحدود المسئولية الواردة ف
اتفاقية وارسو .

ولم ترض المدعى عليها بهذا الحكم فاستأنفته ممثلة فى إدارة قضا
الحكومة — فرع بنغازى بتاريخ ١٩٧٦/٥/٢٢ م ، وذلك لعدة أسباب
ترى بموجبها أن إسقاط الطائرة بفعل مدافع العدو يعد قوة قاهرة وحادث
غير متوقع وكان من غير الممكن تلافيه ، ثم تنازع المدعى عليها فى أسباب
أخرى مدى صحة بعض الوقائع . ولم يصدر بعد حكم الاستئناف ولا نري
سبق الأحداث والتكهن بالإتجاه الذى سيسير فيه قضاء الاستئناف ومن بعد
النقض ، ، تاركين للعدالة أن تأخذ مجراها الطبيعى (١) .

---

(١) وقد علمنا والمجلة ماثلة للطبع أن حكم الاستئناف قد صدر من محكمة الاستئناف ببنغازى
والحكم أيد من حيث المبدأ الحكم الابتدائى بالتعويض للمضرورين ولكن خالفه من
حيث مدى هذا التعويض . فالحكم الابتدائى موضوع التعليق أعمل كما سنرى حالا اتفاقية وارسو
المعدلة ببرتوكول لاهاى سنة ١٩٥٥ م — بشأن المسئولية المحدودة للناقل وتابعيه . أما حك
الاستئناف فقد أعمل المسئولية غير المحدودة للناقل وتابعيه حيث رأت محكمة الاستئناف أن خط
الناقل وتابعيه فى قضية الطائرة الليبية كان خطأ غير مغتفر INEXCUSABLE FAUTE
مما يجعل التعويض لايتقيد بالحدود التى أوردتها الاتفاقية المذكورة . وسنتناول فى تعليق لاحق
هذا الحكم إن شاء الله وخاصة فيما يتعلق بتحديد مفهوم الخطأ غير المغتفر للناقل وتابعيه وتطور هذ
الفكرة .

التعليق :

يتعلق هذا الحكم بقضيتين رئيسيتين يجدر بحثهما ، الأولى تتعلق بتحديد طبيعة ونوعية التزام ناقل الركاب ، والثانية تخص النظام القانونى للإعفاء من مسئولية الناقل تجاه الركاب .

المبحث الأول

تحديد طبيعة ونوعية التزام ناقل الركاب

قبل تحديد طبيعة ونوعية التزام الناقل تجاه الركاب يجدر الإشارة إلى مسألة هامة وردت فى الحكم وأدت إلى رفض دعوى الضمان ألا وهى مسألة التأمين من المسئولية . هذه المسألة ارتبطت بالتطور المعاصر فى الفكر القانونى فى مجال نظام المسئولية المدنية . فالتأمين من المسئولية لم يعرف إلا حديثاً حيث كان مبدأ مشكوكاً فيه من حيث الشرعية .

فى ظل فلسفة سلطان الإرادة وخصوصاً فى أوائل القرن التاسع عشر كان المبدأ السائد هو محاولة التخلص من المسئولية فى نظام الإعفاء منها وإلقاء أعبائها على المضرور وحده . وقد ارتبط هذا الاتجاه ببداية توسع فكرة المشروع الرأسمالى ولو على حساب الزبائن أو العاملين معه(١) .

ولكن النتائج الظالمة للأخذ بمبدأ سلطان الإرادة على إطلاقه أدى إلى ظهور نظام جديد للمسئولية . فى ظل هذا النظام الجديد الذى يتمثل فى توجيه الحياة الاقتصادية والاجتماعية للوصول إلى العدالة والأمن الاجتماعى أصبحت المسئولية تؤسس ليس كما كان سائداً فقط على مجرد الخطأ (أى

---

١ – انظر رسالتنا حول بطلان شروط الإعفاء من المسئولية فى ظل النظام الاجتماعى والاقتصادى الموجه ، رسالة إكس بروفانس ، مارس ١٩٧٦ م ص : ٢ ومابعدها .

لامسئولية بدون خطأ) وإنما أصبح جانب المضرور محل اعتبار . فالمسئولي
قد تؤسس على مجرد حدوث الضرر ولو بدون ارتكاب أخطاء . هذا هو
ما يعرف بنظام المسئولية الموضوعية ، المسئولية المفترضة ، المسئولية المؤسس
على تحمل التبعة والضمان وبالتالى جبر الضرر(١) .

فى ظل هذه الفلسفة الجديدة للمسئولية : ظهر نظام التأمين من المسئولي
كضرورة لتوزيع المخاطر ، فهو ضرورة اقتصادية وضرورة اجتماعية ، فه
ضرورة اقتصادية للائتمان ودرء المخاطر أمام المشروع الاقتصادى، وهو ضرور
اجتماعية (بعكس الإعفاء من المسئولية) لأنه يساعد على جبر الضرر وزياد
الضمان أمام المضرور فى الحصول على حقه فى التعويض(٢) .

فالتأمين أصبح له وظيفة اجتماعية حتى أنه أصبح إجبارياً فى كثي
من الأحيان(٣) ولكن يجب ملاحظة أن التأمين من المسئولية لم يحتل بع
مكانته المطلوبة فى نطاق النقل الجوى الدولى ، مما زاد من تأخر ظهو
التأمين فى هذا المجال هو وجود مخاطر الجو ومن ضعف فى تكنولوج
الطيران وأخيراً زيادة حوادث اختطاف الطائرات ، ولكن هذه المبررا
زالت أو كادت تزال أمام عدة عوامل منها : التطور الحديث فى تكنولوج
الطيران وتجريم أفعال الاختطاف والاعتداء على الطائرات ، وكذلك تحدي
المسئولية مما يجعل المؤمنين فى موضع يمكنهم من معرفة مدى الكسب والخسار
مقدماً .

فنظام التأمين من المسئولية تدبير ونظام وقائى فرضته المصلحة الاجتماع

---

(١) انظر رسالة STARCK حول نظرية الوظيفة المزدوجة للمسئولية المدنية كض
وكجزاء خاص ، باريس ١٩٤٧ ص ١٨ ، ومابعدها .

(٢) انظر رسالتنا المشار إليها فقرة رقم ٤٦ وما بعدها .

(٣) انظر القانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٧١ م بخصوص التأمين الإجبارى عن المسئولية
نطاق حوادث الطرق .

التى هى إحدى القواعد الكبرى للشريعة الإسلامية فلايجب تفسيره إلا هذا النطاق بحيث لا يجب إرجاعه إلى أنه تأمين ضد القدر .

وانطلاقاً من هذه الضرورة كان على المدعى عليها ،أى مؤسسة الخطوط الجوية العربية الليبية ، أن تحتاط لمصلحتها ولمصلحة زبائنها وذلك بالوفاء بالتزامها بالتأمين على مسئوليتها وعدم إيفائها بهذا الالتزام أدى إلى رفض دعواها بشأن إدخال شركة إيرفرانس كضامن إلى جانبها الأمر الذى أدى إلى عدم توزيع المخاطر ومن ثم إثقال كاهل المدعى عليها بها .

(١) تحديد طبيعة التزام الناقل تجاه الركاب :

بدأ نقل الركاب يحتل مكانة بارزة فى النقل بصفة عامة ، يضاف إلى ذلك أن هذا النوع من النقل بدأ يكتسب أهمية بالغة فى الحياة الاقتصادية تكن بنفس الدرجة إلى وقت قريب . ففى السابق كان الاهتمام مركزاً كثير من التشريعات على نقل البضائع دون نقل الركاب(١) . ربما كان هذا يرجع إلى شعور متخلف معتبراً الإنسان كالبضاعة تسرى عليه مايسرى بشأنها من قواعد(٢) . ولكن فى عصرنا الحاضر أصبح من المستحيل غض النظر عن التفكير فى وسائل لحماية الإنسان وترك ذلك للقواعد العامة فى مواجهة مختلف الأخطار . الحاجة فرضت إذاً ضرورة وجود قواعد أمان قانونية خاصة لحماية الإنسان . لذلك كان التشريع التجارى الليبى فى مجال النقل أكثر ثورية من غيره حيث نظم مسئولية الناقل تجاه الركاب فى المادة ١٦٢ وأبطل كل شرط من شأنه أن يعفى الناقل أو يحد من مسئوليته تجاه الركاب(٣) .

ويعد هذا الحكم موالياً للقضاء الحديث فى تكييف التزام الناقل تجاه

---

(١) انظر رسالتنا المشار إليها فقرة رقم ٤٢١ وما بعدها .
(٢) انظر رسالتنا المشار إليها فقرة رقم ٤٥٢ وما بعدها .
(٣) انظر رسالتنا المشار إليها فقرة رقم ٤٤٤ وما بعدها .

الركاب ، أى مايعرف بالالتزام بالسلامة بأنه التزام عقدى من جهة و
هذا الالتزام الذى ينجم عن عدم تنفيذه المسئولية العقدية هو التزام بتحق
نتيجة من جهة أخرى .

(أ) طبيعة التزام الناقل :

يبدو أن الحكم سلم بأن مسئولية الناقل تجاه الركاب هى مسئولية ذا
طبيعة عقدية . فقد ذكر الحكم أنه « طبقاً لاتفاقية وارسو يلتزم الناقل الجو
بكفالة سلامة الراكب وضمان الأمتعة من الهلاك والتلف ، والإخلال ب
الالتزام يعتبر خطأ يؤدى إلى تحقق المسئولية . فالالتزام بالسلامة فى اتفا
وارسو هو التزام عقدى »(١) .

ويجدر التنبيه إلى أن طبيعة مسئولية الناقل تجاه الركاب كانت م
خلاف ، فقد ساد رأى فى الفقه والقضاء مفاده بأن تلك المسئولية هى مسئو
تقصيرية وليست عقدية . فقد كان حتى سنة ١٩١١ ينظر إلى هذه المسئو
بأنها مسئولية تقصيرية تحكمها المادة ١٣٨٢ من التقنين الفرنسى ، وقد س
رأى مماثل فى الفقه المصرى(٢) .

أما بعد هذا التاريخ وبموجب حكم شهير لقضاء محكمة النقض الفرنس
بتاريخ ٢١ نوفمبر ١٩١١ فقد حدث تغيير فى موقف القضاء حيث كيف ه
المسئولية بأنها ذات طبيعة عقدية على خلاف ما كان سائداً(٣) .

وسبب تحول القضاء عن موقفه السابق يرجع إلى اعتبارات عملية فرض
اتجاه عام نحو تسهيل حصول المضرورين على حقهم فى التعويض . وتنحص

---

(١) انظر حكم محكمة استئناف طرابلس المدنية ١٧ / ١ / ١٩٧١ ، طعن ر
١١ / ١٧ ولكن فى ميدان نقل البضائع .
(٢) انظر رسالتنا المشار إليها فقرات رقم ٤٨٤ وما بعدها .
(٣) انظر رسالتنا المشار إليها فقرات رقم ٤٨٦ وما بعدها

هذه الاعتبارات على وجه التحديد فى وسائل الإثبات ، فنظراً لكون هذه الوسائل فى نطاق المسئولية التقصيرية أكثر صعوبة بالنسبة للمضرور بالمقارنة مع المسئولية العقدية ، فقد اتجه القضاء إلى تكييف مسئولية الناقل تجاه الركاب ومسئولية الطبيب تجاه مرضاه(١) بأنها مسئولية عقدية . فوفقاً لهذه المسئولية لايطلب من المضرور إلا إثبات الضرر الذى أصابه ، وما على مرتكب الضرر (ناقل ، طبيب ، منظم ألعاب ، إلى آخره) إلا دفع التعويض أو التخلص منه بإثبات السبب الأجنبى (قوة قاهرة ، حادث فجائى ، خطأ الغير) الذى تسبب فى إحداث الضرر للمصاب .

فى الحقيقة إن أساس تكييف المسئولية الناجمة عن الأضرار والتى تصيب الإنسان فى جسده أو معنوياته (بسبب النقل أو العلاج أو العمل) هل هى مسئولية تقصيرية (حسب التصوير القديم) ، أو مسئولية عقدية (حسب التصوير الحديث) هو تكييف يرتبط بالمفهوم الفنى للالتزام قرباً أو بعداً حسب الأحوال . فالرأى الذى يصور تلك المسئولية بأنها تقصيرية هو تكييف يرتبط بالمفهوم الفنى للالتزام الذى يرى بأن الإنسان خارج دائرة التعاقد وكل مايصيبه خارج دائرة الأموال تحكمه القواعد العامة فى المسئولية التقصيرية(٢) . أما الاتجاه الحديث الذى يصور تلك المسئولية بأنها تستند على العقد فهو تكييف يبتعد عن المفهوم الفنى للالتزام معتمداً على التصوير الافتراضى ، التحايلى بحجة الاعتبارات العملية فى الإثبات . ولكن يرد على ذلك بأن هذا التصوير يتم عن تحايل وافتراض لا مبرر له ، أى كان بالإمكان الاستغناء عنه بالاعتماد على وسائل قانونية أخرى متاحة ، لوكانت قد اكتشفت لأغنت عن هذا الافتراض(٣) .

---

(١) انظر الحكم الشهير لمحكمة النقض الفرنسية« فى مجال مسئولية الطبيب . »بتاريخ ٢٠ مايو ١٩٣٦ ، مذكور فى رسالتنا المشار إليها فقرة رقم ٤٥٤ هامش ١١ .

(٢) انظر رسالتنا المشار إليها ، فقرة رقم ١١٥ ومابعدها .

(٣) انظر رسالتنا المشار إليها والمراجع المذكورة فى الهامش ، فقرة رقم ٤٤٩ وما بعدها .

الخلاصة إذا فحتى قواعد المسئولية التقصيرية يمكن بها تسهيل الإثبات على المضرور دون حاجة لقلب طبيعة المسئولية من تقصيرية إلى عقدية خلافاً للمفهوم الفنى للالتزام(١) .

إن مشكلة تحديد طبيعة مسئولية الناقل تثير مشاكل قانونية أخرى ذات أهمية لا يسمح المقام باستعراضها ، مثل مشكلة الخيار بين المسئولية التقصيرية والعقدية وتحديد نطاق تطبيق كل مسئولية وأهمية التميز بينهما(٢) . والحكم لم يكن بحاجة للتعرض لكل هذه المسائل لأنها مسائل تظهر أهميتها بصورة خاصة فى حالة وجود اشتراطات للإعفاء من المسئولية .

(ب) تحديد نوعية التزام الناقل تجاه الركاب :

أولا : فى القواعد العامة :

من المعروف وفقاً للقواعد العامة أن نوعية أى التزام تختلف بحسب الزاوية التى ينظر منها إلى هذا الالتزام . فإذا نظر إليه من حيث مدى اتصال الأداء الذى التزم به المدين بالغاية المقصودة من إنشاء الالتزام كان بصدد مايسمى بالالتزام « بتحقيق نتيجة » أو بالالتزام « ببذل عناية »(٣)

فكل التزام يهدف من ورائه الدائن إلى تحقيق نتيجة محددة . فهدف

---

(١) فى نطاق المسئولية التقصيرية يمكن تسهيل عبء الإثبات على المضرور فى مواجهة أمناء النقل وذلك بالتمسك بأحكام المسئولية الناشئة عن الأشياء ، فالضرر الذى يصيب الراكب غالباً ما يكون بسبب حادث ناشىء من أداة النقل ذاتها فيكون الناقل مسئولا تقصيرياً لا عقدياً قبل المضرور أو ورثته باعتباره حارساً للشىء الذى حدث الضرر بفعله (المادة ١٨١ مدنى) دون حاجة إلى افتراض قانونى يستند على قواعد المسئولية العقدية .

راجع فى ذلك ، رسالتنا المشار إليها فقرة رقم ١١٥ وما بعدها ومن فقرة رقم ٠ وما بعدها .

(٢) انظر رسالتنا المشار إليها فقرة رقم ٣١٦ وما بعدها .

(٣) Tunc التميز بين الالتزام بنتيجة والالتزام ببذل عناية « J. C. P. ١٩٤٥ – ١ – ٤٤٩ أيضاً Rodiere الالتزام بالسلامة J. C. P. سنة ١٩٥٢ – ١ – ٧

المشترى من الاتفاق مع البائع هو أن يصبح مالكاً للشىء المبيع بانتقال ملكيته إليه وهدف المريض من الاتفاق مع الطبيب هو الشفاء وهدف الراكب من الاتفاق مع أمين النقل هو الوصول إلى المكان المقصود سالماً .

فى مثل هذه الالتزامات يكون مضمون التزام البائع هو فى حد ذاته الهدف الذى يرمى إليه المشترى وهو نقل الملكية ، فى حين أن الطبيب حسب الرأى الراجح فقهاً وقضاء لا يلتزم بشفاء المريض وإنما يلتزم فقط بعلاجه وفقاً للأصول المتعارف عليها علمياً فى مجال الطب(١) .

من ذلك يتضح أن هناك التزامات يتحدد فيها مضمون الأداء الذى التزم به المدين بالغاية التى يهدف إليها الدائن وذلك هو مايعرف كما أشرت بالالتزام « بتحقيق نتيجة » . ولكن هناك نوعاً آخر من الالتزامات ، لايلتزم بموجبه المدين إلا ببذل الجهد لتحقيق تلك الغاية ، وذلك هو مايعرف بالالتزام « ببذل عناية أو بوسيلة » .

وتطبيقاً لذلك فإذا كنا بصدد التزام بتحقيق نتيجة كالتزام البائع بنقل الملكية وتسليم المبيع والتزام المؤجر بتمكين المستأجر من العين المؤجرة والتزام الناقل بتسليم البضاعة أو إيصال الراكب إلى المكان المتفق عليه والتزام المطرب بالغناء ، فإن مثل هـذه الالتزامات لا يتم تنفيذها إلا إذا تحققت الغاية المقصودة منها .

أما إذا كنا بصدد التزام ببذل عناية كالتزام الطبيب بالعلاج والتزام المحامى بإنجاح القضية ، فيكفى فى هـذه الالتزامات أن يقوم المدين ببذل العناية الواجبة ، سواء النتيجة المرجوة تحققت أو لم تتحقق ، كما إذا توفى المريض أو حكم على موكل المحامى فى الأمثلة المذكورة ، ولذلك فى نطاق هذا النوع من الالتزامات لا يكفى لتحديد ما إذا كان المدين قد نفذ التزامه

---

(١) Tunc المذكور أعلاه . انظر أيضاً رسالتنا المشار إليها صفحة ٣٣١ وما بعدها .

أو لم ينفذه (كما فى الالتزام بتحقيق نتيجة) ما إذا كانت الغاية المقصو
قد تحققت أو لم تتحقق ، بل يجب إذا لم تتحقق تلك الغاية أن نجرى مقار
بين العناية التى بذلها المدين فعلا والعناية التى كان يجب عليه أن يبذلها . و
هـذا الصـدد حـددت لنا المـادة ٢١٤ مـن تقنيننا المدنى مقـدار العنا
الواجبة فنصت « فى الالتزام بعمل إذا كان المطلوب من المدين هو
يحافظ على الشىء أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيطة فى تنفيذ التزامه
فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل فى تنفيذه من العناية كل مايبذ
الشخص العادى ولو لم يتحقق الغرض المقصود » .

فمعيار العناية المطلوبة فى هذا النص هو معيار موضوعى مجرد لا ينظ
فيه إلى شخص المدين بالذات .

وتقسيم الالتزام إلى التزام بتحقيق نتيجة أو التزام ببذل عناية يصدق على
أى التزام مهما كان مصدره ، العقد أو القانون . فمن الالتزامات التى تنش
عن مصادر غير عقدية ، وقد تكون التزامات بتحقيق نتيجة أو التزامات
ببذل عناية . فمثلا الالتزام بالرد الذى يقع على من تسلم شيئاً بغير حق (مادة
١٨٤ من التقنيين المدنى الليبى) هو التزام بتحقيق نتيجة رغم أن مصدره
ليس العقد وإنما الفعل النافع أو الإثراء بلاسبب .

وإذا طبقنا هذه المعطيات السابقة على التزام الناقل تجاه الركاب لأمكن
القول بأنه التزام بتحقيق نتيجة فمن المسلم به فقهاً وقضاء أن الناقل يلتزم
بتوصيل الراكب إلى الجهة المقصودة سالماً(١) . هذا يعنى أن هذا الالتزام
هو التزام محدد بتحقيق نتيجة محددة هى إيصال الراكب إلى المكان المتفق

(١) انظر فى نفس المعنى محكمة النقض المصرية ٢٦ / ٤ / ١٩٦٢ م المحاماة – ٤٣ – ٥
صفحة ٥٥٦ رقم ٣١٦ – استئناف الإسكندرية ٥ / ٢ / ١٩٥٠ مجلة التشريع والقضاء
١٩٤٩ – ١٩٥٠ – ٢ – صفحة ٢٧٧ وما بعدها . تعليق الدكتور سليمان مرقص .

عليه سالماً وبدون تأخير ولا يغير من هذه النتيجة كون التزام الناقل هذا ذا طبيعة عقدية أو تقصيرية .

ثانياً : نوعية التزام الناقل الجوى فى اتفاقية وارسو :

تنص المادة ١٧ من الاتفاقية على أنه « يسأل الناقل عن الضرر الذى يقع فى حالة الوفاة أو جرح أو أى أذى بدنى آخر يلحق المسافر إذا وقع الحادث الذى نجم عنه الضرر على متن الطائرة أو فى أثناء عملية الصعود أو النزول » . فوفقاً لهذا النص يمكن للمضرور الحصول على التعويض بمجرد إثبات الحادث الذى نجم عنه الضرر(١) .

وبعض الشراح يرى فى هذا النص أنه يؤسس مسئولية الناقل الجوى على أساس الخطأ وليس على أساس المخاطر(٢) . وبالرغم من ذلك فاننا نرى أن مسئولية الناقل تؤسس على المخاطر والضمان . إن نظرية الخطأ قد تلاشت وأصابها العقم حتى فى نطاق القواعد العامة . فالنظام القانونى العام أصبح يتجه بشكل واضح إلى اعتماد الضمان وجبر الضرر كأساس جديد للمسئولية . وهذا يصدق حتى على نطاق النظام القانونى الدولى وخاصة فى مجال النقل لأن تحديد مسئولية الناقل بشكل مطلق كما جاء بذلك بروتوكول جواتيمالا ينبئ بهذا الاتجاه الذى يتفق مع نظرية المصالح المبناة على أساس مراعاة مسبب الضرر والمضرور . فتأسيس المسئولية على الخطأ من شأنه إهمال المضرور الذى تكبد الضرر ، الأمر الذى تأباه مبادىء عدالة القرن العشرين .

ونوعية التزام الناقل الجوى لضمان سلامة الركاب ، سواء بالنسبة لمن

---

(١) ولكن بالمقابل وفقاً للمادة ٢٠ من الاتفاقية للناقل أن يتوقى المسئولية وبالتالى التخلص من التعويض متى أثبت أنه هو وتابعوه قد اتخذوا كل التدابير الضرورية لتفادى الضرر أو أنه كان يستحيل عليهم اتخاذها .

(٢) انظر ثروت أنيس الأسيوطى ، مسئولية الناقل الجوى رسالة القاهرة ١٩٦٠ طبعة أولى صفحة ٢١٤ وما بعدها .

يرى أن هذا الالتزام مصدره العقد (عقدى) وهو الرأى الغالب و
الحكم موضوع التعليق ، وسواء بالنسبة لمن يرى أن ذلك الالتزام مصدره القان
(تقصيرى)[1] —تتمثل خلافاً للقواعد العامة فى أنه التزام ببذل عناية
قلب عبء الإثبات .

وهذه النتيجة مسلم بها أيضاً من الحكم موضوع التعليق . وقد جاء ه
التعليل استناداً على نص المادة ٢٠ من اتفاقية وارسو التى تنص على
« لا يكون الناقل مسئولا إذا أثبت أنه هو وتابعوه قد اتخذوا كل التدا
الضرورية لتفادى الضرر أو أنه كان يستحيل عليهم اتخاذها » .

وهذا النص يعنى فى رأى البعض[2] ، أن الناقل غير مكلف بإثبا
القوة القاهرة بل يكفيه إثبات إنه هو وتابعوه بذلوا العناية الكافية لتو
الضرر . هذا الرأى ينطلق من أن التزام الناقل تجاه الركاب هو التزام ببذ
عناية ليس بتحقيق نتيجة .

ونحن نخالف هذا الاتجاه ونرى أن التزام الناقل الجوى تجاه الركا
هو التزام بتحقيق نتيجة وإلا ما فائدة أن نطلق على ذلك الالتزام بأنه التز
بضمان سلامة الراكب أى بإيصاله إلى المكان المقصود سالماً ، ولا يعفى م
هذا الالتزام إلا بإثبات القوة القاهرة أو السبب الأجنبى بصفة عامة .
ويستقيم هذا مع عدة اعتبارات منها :

أولا : أن النظام القانونى العام فى غالبية الدول التى ترى فى حماية الراكب
بأنه التزام بضمان سلامته يقع على الناقل بالبر أو البحر أو الجو . فالمحاذي
التى كانت سائدة لتبرير تخفيف المسئولية من جراء الاستغلال الجوى
أصبحت لامحل لها بعد التقدم الكبير فى تكنولوجيا الطيران . فمخاطر الجو

---

(١) انظر رسالتنا المشار إليها صفحة ٩٤ وما بعدها .
(٢) انظر د . ثروت الأسيوطى المشار إليه ، ص ٤٤٧ .

تبددت أمام شركات النقل مما يفرض زيادة فى ضمانها للمضرورين من المتعاملين معها ويجعل مسئوليتها تنسجم مع الاتجاه العام فى المسئولية .

ثانياً : يستقيم الرأى الذى نقول به مع نفس ماجاء به نص المادة ٢٠ من اتفاقية وارسو التى يستند عليها الرأى المخالف ، فهذه المادة عندما تشترط على الناقل ليتخلص من مسئوليته إثبات أنه هو وتابعوه قد اتخذوا كل التدابير الضرورية لتفادى الضرر أو أنه كان يستحيل عليهم اتخاذه ، تعنى بالفعل إلزام الناقل بإثبات السبب الأجنبى أو القوة القاهرة لأن فى اتخاذ كل الاحتياطات لتفادى الضرر يعنى عدم إمكانية حدوث الضرر إلا بفعل السبب الأجنبى ، فإذا وقع الضرر بالرغم من ذلك فلا بد من وجود خطأ فى جانب الناقل أو تابعيه متمثلا فى عدم اتخاذ بعض التدابير الضرورية مما يسألون عنها .

ثالثاً : يستقيم الرأى الذى نأخذ به أيضاً مع نفس ما يسلم به الرأى المخالف من أن الناقل يتحمل تبعه السبب المجهول(١) .

رابعاً : وأخيراً ينسجم هذا الرأى مع ما نأخذ به من أن حماية الإنسان فى أى عقد كان (عقد نقل ، عقد طبى ، عقد عمل فى المناجم أو فى الأعمال الخطرة فى المصانع .... إلخ) أصبحت تشكل نظاماً عاماً محلياً ودولياً لايصح من نتائج الإضرار بها إلا بإثبات السبب الأجنبى والقوة القاهرة(٢) .

خامساً : والأكثر من ذلك ، أن مايعزز الرأى الذى نأخذ به هو الاتجاه العام الذى يؤسس مسئولية الناقل الجوى على فكرة المخاطر وتحمل التبعة والضمان . وقد أكد هذا الاتجاه اتفاق مونترال لسنة ١٩٦٦(٣) ، وبروتوكول جواتيمالا سيتى لسنة ١٩٧١ م وبعض تشريعات الدول الاشتراكية كالاتحاد

---

(١) – انظر الأسيوطى المشار إليه ، صفحة ٤٦٣ وما بعدها .

(٢) انظر رسالتنا المشار إليها بند رقم ٣١٠ وما بعدها .

(٣) المجلة العامة لقانون الجو سنة ١٩٧١ م صفحة ٤٠ (٤٢) .

H. BEHB ois : GENES de PRotocole de Guatemala - City

السوفيتى ورومانيا وألمانيا الديمقراطية وتشيكوسلوفاكيا[١] ، اتجاه صارخ أفرغ معاهدة وارسو من محتواها . وبموجب هذا الأساس الجديد تنعقد مسئولية الناقل الجوى تجاه الركاب بقوة القانون ولا يستطيع التخلص منها بأى وسيلة من وسائل دفع المسئولية (كالقوة القاهرة) إلا لسبب وحيد هو خطأ المضرور نفسه .

المبحث الثانى

نظام الإعفاء من المسئولية

الإعفاء من المسئولية نظام يقصد به إعدام المسئولية ، وهو يختلف عن نظام انعدام المسئولية . فالمسئولية إذا لم يتوافر أركانها ، أى الأساس الذى تقوم عليه ، عندئذ نكون بصدد انعدام للمسئولية ، أما الإعفاء من المسئولية فمسألة تثور بعد ميلاد المسئولية نتيجة لتحقيق أساسها ، ويقصد بالإعفاء عندئذ التخلص من نتائجها . والفكاك من نتائج المسئولية إما أن يكون بحكم القانون وهو ما يسمى بدفع المسئولية أو الإعفاء القانونى ، وإما أن يكون بالاتفاق وهو مايسمى بالإعفاء الاتفاقى .

(أ) الإعفاء القانونى من المسئولية :

نظام الإعفاء القانونى من المسئولية يفترض كما أشرنا تحقق المسئولية حسب الأساس الذى تبنى عليه[٢] . نظراً لصعوبة وثقل حمل المسئولية

---

(١) انظر هنرى بوبوا المذكور أعلاه ، انظر أيضاً RAJSKI مسئولية الناقل الجوى فى تشريعات بعض الدول الاشتراكية ، المجلة الفرنسية للقانون الجوى ١٩٧١ م صفحة ١٣ – ٢٥ انظر د . أبو زيد رضوان فى القانون الجوى ، قانون الطيران ص ٢٨١ وما بعدها .

(٢) انظر أكثر تفصيلا رسالة الدكتور سليمان مرقص حول دفع المسئولية المدنية ، القاهرة ١٩٣٦ النسخة الفرنسية ص ٦٩ وما بعدها .

قارن أيضاً الأسيوطى المشار إليه ص ٤٣٣ وما بعدها .

لما تفرضه من التزامات قاسية على الشخص المثقل بها فقد احتاط المشر
وافترض بعض الصور يكون فيها ذلك الشخص خارج دائرة المساءلة ، ليس
معنى ذلك أن ذلك الشخص ارتكب فعلا ضاراً وأعفى من نتائجه وإنما أعفى
ووضع خارج دائرة المساءلة لأن الفعل أتى من مصدر آخر هو الغير وق
يكون الفعل صادراً من الطبيعة، وهذه الأسباب المحدثة للضرر والتى لا تنسب
إلى المدين تعرف بما يسمى بالسبب الأجنبى من قوة قاهرة أو حادث فجائى
أو فعل الغير أوفعل المضرور نفسه. وفى مواجهة هذه الأسباب لا يجبر المدين
وفقاًللقواعد العامة بجبر ضرر لم يكن هو سببه،أى أنه لايحمل بنتائج السبب
الأجنبى مالم تكن المسئولية مؤسسة على فكرة المخاطر وتحمل التبعة . يضاف
إلى ذلك أنه من الممكن الاتفاق على تشديد مسئولية المدين وذلك بتحميل
نتائج السبب الأجنبى .

وإذ كنا نأخذ بأن أساس مسئولية الناقل الجوى هو فكرة تحمل التبع
والضمان فإن هذا يعنى بأن الناقل يلزم بدفع التعويض نتيجة لعدم تنفيذ
لالتزامه بضمان سلامة الراكب مهما يكن السبب ، ولا يعفى من هذ
الالتزام إلا إذا ذكر المشرع أحوالا محددة لدفع مسئوليته . وفى نطاق
تطبيق اتفاقية وارسو نصت المادة (٢٠) من الاتفاقية على أنه « لايكو
الناقل مسئولا إذا أثبت أنه هو وتابعوه قد اتخذوا كل التدابير الضروري
لتوقى الضرر أو أنه كان يستحيل عليهم اتخاذها» . فحدوث الضرر رغ
اتخاذ كل التدابير الضرورية لتفادى الحادث أو إثبات استحالة اتخاذه
وفقاً لهذا النص يرجع للسبب الأجنبى الذى يعفى الناقل من مسئوليته
وكما أشرنا سابقاً أن فى اتخاذ كل الاحتياطات الضرورية لا يمكن للضر
أن يحدث إلا بفعل القوة القاهرة أو الحادث الفجائى . وكذلك الأمر فى
إثبات استحالة اتخاذ تلك التدابير يعنى أن الحادث لا يمكن توقعه ولاتلافيه
فى كل ذلك معنى لإثبات القوة القاهرة ، فالمادة (٢٠) من الاتفاقية تؤدى
عملياً إلى تكليف الناقل بإثبات السبب الأجنبى [1] . وإذا عجز الناق

(١) انظر عكس ذلك الأسيوطى المشار إليه ص ٤٤٥ .

وتابعوه عن إثبات السبب الأجنبى ، يعنى أنهم أخفقوا فى اتخاذ بعض التدابير الضرورية لتفادى الحادث أو فى توقع أو عدم تلافى ذلك الحادث .

ويشترط فى السبب الأجنبى بالمعنى السابق شرطان هما :

أولا عدم التوقع ، وثانياً عدم التلافى ، والمعيار فى ذلك موضوعى فينظر إلى ما كان يجب أن يتوقعه أو ما كان يجب أن يتلافاه الناقل الحريص حرصاً معقولا بغض النظر عما اعتاده الناقل المدعى عليه .

وإذا طبقنا هذه المعايير على القضية موضوع التعليق نجد أن أسباب الحادث لا تشكل سبباً أجنبياً بالمعنى السابق ذكره ، ولذلك كانت المحكمة على حق عندما قالت إن « مساعد الطيار الذى يتولى قيادة الطائرة قرر فى التحقيق أنه هبط حسب التعليمات فى قاعدة للسلاح الجوى الإسرائيلى ، ولكن عندما لاحظ أن الطائرة التى تخفره اختفت أقلع ، وبعد الإقلاع بقليل أطلقت عليهم النار فسقطت الطائرة » . ولاحظت المحكمة أن « هذا المسلك من جانبه يمثل خطأ فادحاً وسوء تقدير للظروف المحيطة به وينطوى على إخلال بسلامة الركاب المدنيين الذين يقلهم فى طائرة مدنية ، وبالتالى يغدو قول المدعى عليهما الثانى والثالث أنهما اتخذا كل الاحتياطات الضرورية لتوقى الضرر ، قولا بلا دليل ، ولا يجد له فى الأوراق ما يحمله ، ولا يجديهما القول بأن الحادث نشأ عن سبب أجنبى ، لأنه يشترط فى السبب الأجنبى أن يكون غير ممكن توقعه ، وغير ممكن تلافيه ، وهذان الشرطان منتفيان فى هذا الصدد ، فوجود طائرة عربية فوق أرض يسيطر عليها العدو ، هو أمر يجب توقعه ويجب الاحتياط لتلافيه » .

فالحادث موضوع النزاع قد يكون نادر الوقوع ، ولكن حقاً لا يمكن أن يكون غير متوقع بالنسبة لطائرة عربية فى مواجهة عدو متربص نعيش معه حالة حرب . يضاف إلى ذلك أن الحادث كان من الممكن تفاديه وذلك بالنزول فى المطار العسكرى التابع للعدو وحفاظاً على سلامة الركاب وتجنباً للكارثة .

(ب) الإعفاء الاتفاقى من المسئولية :

نظام الإعفاء الاتفاقى من نتائج المسئولية هو أحد المظاهر البارزة لم
سلطان الإرادة ، بالرغم من وجود وسائل قانونية متاحة لدفع المسئو
قررها المشرع واعتبرها كافية لحماية المدنيين ، إلا أن الطموح إلى مز
من الامتيازات ولو على حساب المضرورين أدى إلى ظهور وسائل إع
جديدة تستند على الإرادة ، وهو ما يعرف بالإعفاء الاتفاقى من المسئولي
والإعفاء الاتفاقى من نتائج المسئولية قديكون إعفاءاً كلياًوقديكون إعفاءجزئ

فالإعفاء الاتفاقى الكلى أو المطلق من المسئولية يعتبر وسيلة خطيرة ي
إليها المدين القوى ضد دائنه الضعيف . فهذا النوع من الإعفاء يحرم المضر
من كل وسيلة للحصول على حقه فى التعويض وبل يقفل أمامه كل ب
للتقاضى .

لذلك يجب اعتبار هذا النظام كأحد بقايا مبدأ سلطان الإرادة وس
غير مشروعة وخاصة فى نطاق العقود الإجبارية والعقود الموجهة(١) بالم
من النص على مشروعيته فى القواعد العامة(٢) .

أما على نطاق النقل الجوى الدولى فقد حرمت اتفاقية وارسو بشكل مط
هذا النظام حيث أبطلت المادة ٢٣ من الاتفاقية كل شرط يقصد منه إع
الناقل من مسئوليته أو إنزال مقدار التعويض إلى حد أقل مما هو مقرر
الاتفاقية ، ولكن إبطال الشروط لا يؤدى إلى بطلان العقد الذى ي
صحيحاً مع اعتبار الشرط كأن لم يكن .

فالإعفاء المطلق من المسئولية حرمه النظام العام الدولى فى مجال النقل .

---

(١) راجع رسالتنا المشار إليها بنود رقم ٥٠٩ وما بعدها .
(٢) حسب نص المادة ٢٢٠ من التقنين المدنى الليبى .

أما الإعفاء الجزئى من المسئولية فهو مايعرف بنظام تحديد المسئولية . وهو أقل خطورة من نظام الإعفاء المطلق ، لأنه لا يحرم المضرور من كل حقوقه ، بل يضمن له على الأقل جزءاً منها . فاشتراط تحديد المسئولية أمر جائز وفقاً للمادة ٢٢ من اتفاقية وارسو المعدلة بالمادة ١١ من برتوكول لاهاى ١٩٥٥ م . وقد أصبح هذا النظام يتطور ليرسى أساساً جديداً للمسئولية فى مجال النقل الجوى الدولى . فتحديد المسئولية اعتبر مؤدياً إلى نظرية المصالح التى تسعى لرعاية مصالح الراكب المضرور إلى جانب صالح الناقل كضرورة لإنجاح حركة النقل الدولى وما تحققه من مصالح اقتصادية واجتماعية وسياسية على الصعيد الدولى دون المساس بحماية الإنسان .

وتوجد حركة نشطة على الصعيد الدولى تهدف إلى إدخال تعديلات جوهرية لاتفاقية وارسو فيما يتعلق بحدود التعويض وبأساس المسئولية ذاته .

فالاتجاه الأول لتعديل اتفاقية وارسو يهدف إلى زيادة حدود التعويض للمضرور أو ورثته . وقد برز هذا الاتجاه فى اتفاق مونتريال ١٩٦٦م . وقد تبنت هذا الاتجاه شركات النقل الأمريكية ليس بغرض حماية الإنسان فى حد ذاته ، وإنما لأسباب سياسية واقتصادية ، الهدف منها ممارسة ضغط واحتكار فى مجال النقل الدولى من موقع متقدم تكنولوجيا فى صناعة الطيران ، وذلك فى مواجهة الشركات العالمية الأخرى التى قد لا تتمتع بنفس ما تتمتع به الشركات الأمريكية ، ومن ثم قد تؤدى بها المنافسة إلى إرهاقها اقتصادياً . وهناك نظرة أخرى عنصرية لسياسة الشركات الأمريكية فى المطالبة بزيادة حدود التعويض منطلقة من حماية الإنسان البورجوازى الأمريكى الذى لم يعد يناسبه حد التعويضات المقررة فى بروتوكول لاهاى الذى قد يناسب الإنسان الفقير الغير الأمريكى .

ومهما يكن الدافع لزيادة الحد المقرر للتعويض فإننا مع هذا الاتجاه ،

لأنه فى النهاية يخدم الإنسان ، بغض النظر عن جنسيته ، ومن هذه الفلسفة نؤيده(١)

أما الاتجاه الثانى لتعديل اتفاقية وارسو فينصب على أساس المسئولية ذاته . وقد انطلق هذا الاتجاه من خلال الاتجاه الأول الذى يطالب برفع الحد الأقصى للتعويضات ويجعل الحد الجديد غير قابل للتجاوز حتى ولو كان الحادث نتيجة لفعل عمدى أو إهمال أو امتناع من جانب الناقل أو تابعيه بقصد إحداث الضرر(٢) . ولكن يقابل هذا التحديد النهائى والمطلق أى غير القابل للزيادة أو النقصان تحت أى مبرر ، إرساء نظام جديد لمسئولية الناقل يتمثل فى فكرة المخاطرة وتحمل التبعة والضمان . وفى ظل هذا الأساس يكون الناقل مسئولا ولا يعفى لأى سبب إلا لسبب وحيد هو خطأ المضرور نفسه .

والحكم موضوع التعليق أعمل حدود المسئولية المنصوص عليها فى المادة ١١ من بروتوكول لاهاى لسنة ١٩٥٥ م ، لأى الجماهيرية العربية الليبية الشعبية الاشتراكية لم تنضم على حد علمنا إلى بروتوكول جواتيمالا لسنة ١٩٧١ م الذى نأمل أن يصبح نظاماً جديداً للمسئولية فى نطاق النقل الجوى الدولى على أقل تقدير بالنسبة لنقل الركاب وذلك للاعتبارات التى تنطلق منها وهى حماية الإنسان .

ملاحظة هامة لايجب إغفالها وهى أنه وفقاً للمادة ١٣ من بروتوكول لاهاى سنة ١٩٥٥ م المعدلة للمادة ٢٥ من اتفاقية وارسو سنة ١٩٢٩ « لاتسرى الحدود المذكورة فى المادة ٢٢ من اتفاقية وارسو المعدلة بالمادة ١١ من بروتوكول لاهاى — إذا ثبت أن الضرر يرجع إلى فعل أو امتناع من جانب الناقل أو تابعيه قد تم إما بقصد إحداث الضرر وإما عن رعونة ووعى

---

(١) راجع هذه الفلسفة فى رسالتنا المشار إليها بند رقم ٤١٩ وما بعده .

(٢) عكس برتوكول لاهاى الذى يجعل المسئولية كاملة بدون تحديد فى حالة ارتكاب الناقل غشاً أو خطأ غير مغتفر .

باحتمال نشوب ضرر . وفى حالة فعل التابعين أو امتناعهم يشترط إثبات أنهم تصرفوا أثناء تأدية وظائفهم » .

فوفقاً لهذا النص لا يستفيد الناقل ولا تابعوه من حدود المسئولية الواردة باتفاقية وارسو المعدلة ببروتوكول لاهاى فى حالة ارتكاب أى منهم خطأ فادحاً . ويقصد بهذا الخطأ هو ما يعرف فى القانون الفرنسى بالخطأ غير غير المغتفرFaute Inexcusable وقد حلت فكرة الخطأ غير المغتفر محل فكرة الغش أو الخطأ الجسم نظراً لصعوبة تحديد فكرة الغش أو مايعادله فى الأنظمة القانونية العالمية .

ونظراً لأن محكمة أول درجة (بنغازى الابتدائية) قد استندت فى الحكم على الناقل بالتعويض على جملة أخطاء وصفتها مجتمعة بأنها خطأ فادح وإخلال بأرواح الركاب مما ينم عن غش فى تنفيذ العقد ، فالتطبيق السليم لهذا الوصف كان يفرض على المحكمة أن لا تتقيد بالمسئولية المحدودة المنصوص عليها بالمادة٢٢ من اتفاقية وارسو المعدلة بالمادة (١١) من بروتوكول لاهاى وذلك كما جاء بحكمها موضوع التعليق . ولكن كان أولى بالمحكمة إعمال المادة (١٣) من بروتوكول لاهاى المعدلة للمادة ٢٥ من اتفاقية وارسو المشار إليها أعلاه ، ومن ثم تقرر التعويض الكامل بدون التقيد بأى تحديد للمسئولية .

تعليق على حكم لمحكمة استئناف طرابلس

بتاريخ ١٥ شوال ١٣٩٢ هـ ـ الموافق ١٩٧٢/١١/٢٠ م

حكم قطعى رقم ١٩/١٥٠ ق

بخصوص التنازل أو التصالح على الحقوق العمالية

دكتور عبد السلام على المزوغى

أستاذ القانون المدنى المحاضر

ورئيس اللجنة الشعبية بالكلية

الحكم :

وحيث أن وقائع النزاع كما يبين من مطالعة الأوراق تتحصل أن المستأنف أقام دعواه أمام محكمة طرابلس الابتدائية المدنية على المستأن ضده بصفته مديراً لمؤسسة سالم ومفتاح الصغير قدح طالباً الحكم له بم ١١٩٥,١٠٠ دينار والمصاريف مع شمول الحكم بالنفاذ المعجل بلا كف وقال شرحاً لدعواه إنه التحق بالعمل لدى المؤسسة المذكورة فى ١/١١/ بأجر شهرى وقدره ثلاثون ديناراً ثم قدم استقالته فى ١٩٧١/٦/٣٠ م وظل يباشر العمل حتى نهاية مهلة الإنذار . وقبلت استقالته وانتهت خد فعلا فى ٧١/٨/١ ؛ ثم سلمه رب العمل مبلغ ٨٣,٢٥٠ ديناراً بعد أن حص على توقيعه بما يفيد استلام جميع مستحقاته عن مدة خدمته . ثم تبين له هذا المبلغ لايشمل كافة حقوقه العمالية ، فأقام دعواه المذكورة مط بباقى حقوقه وحكم فيها بالرفض بجلسة ١٩٧١/١٢/١ ، ولم يعلن إليه ه الحكم ، فطعن عليه بالاستئناف الحالى بصحيفة أعلنها إلى خصمه فى ٨/٦/ طلب فيها قبول استئنافه والحكم له بمبلغ ١١٩٥,٩٠٠ دينار مقابل ما يستح من الراحات الأسبوعية والعطلات القومية والساعات الإضافية بمعدل ساعات يومياً اعتباراً من تاريخ التحاقه بالعمل إلى آخر شهر يوليه سنة٩٧١ والمصاريف والأتعاب مع شمول الحكم بالنفاذ المعجل بغير كفالة وبعدم جا المخالصة النهائية التى وقع عليها بما يفيد استلام كافة حقوقه ، وقال شر لذلك فى صحيفة استئنافه أن محكمة الدرجة الأولى ندبت قبل الفصل الموضوع خبيراً حسابياً لبيان مستحقاته العمالية لدى المؤسسة المستأنف ضد فأظهر الخبير فى تقريره أن له — أى المستأنف — فى ذمة المستأنف ضد بالإضافة إلى مبلغ ٨٣, ٢٥٠ ديناراً الذى قبضه بمقتضى المخالصة نظ إجازته السنوية ومكافأة نهاية الخدمة ، مبلغ ٣٢١ ديناراً مقابل ما يستح عن أيام الراحة الأسبوعية والعطلات القومية ، وسها الخبير عن احتسا قيمة مايستحقه مقابل ساعات العمل الإضافية منذ بدء التحاقه بالعمل ح نهاية الخدمة . واستطرد المستأنف قائلا إن محكمة الدرجة الأولى لم تقض

لهحتى بما أظهره الخبير وحكمت برفض دعواه مستندة فى ذلك إلى المخالصة الموقع عليها منه والتى أقر فيها بأنه تسلم مبلغ ٨٣,٣٥٠ ديناراً وبأن هذا المبلغ يشمل كافة حقوقه لدى المؤسسة عن مدة خدمته رغم تناقض هذا الذى ورد بالمخالصة مع ماورد بتقرير الخبير حيث أظهر له الخبير مستحقات أخرى خلاف المبلغ المذكور مما كان يقتضى من محكمة الدرجة الأولى تحقيق طلباته موضوعياً مع طرح هذه المخالصة جانباً وعدم الركون إليها فى قضائها بعد ماوضح من زيفها ومجانبتها للحقيقة لا سيما أن توقيعه عليها كان مشوباً بالغش والتدليس ، إذ وقع عليها بعد أن أفهم أنها تتضمن كافة مستحقاته ثم فوجىء بعد التوقيع بأن المبلغ المسلم إليه بمقتضاها يقل عن مستحقاته بكثير ، فرفض استلامه ثم عاد فتسلمه ، والتجأ إلى القضاء للمطالبة بحقوقه .

وحيث أن المستأنف حضر بشخصه أمام هذه المحكمة وقدم مذكرتين بدفاعه أصر فيهما على ما أورده بصحيفة استئنافه وأضاف طعناً على المخالصة الموقع عليها منه أنها لم تحرر على يد أحد محررى العقود ومن ثم فلا يصح الأخذ بها . وردد فى محضر جلسة ١٩٧٢/١١/١٣ القول بأن توقيعه على المخالصة المذكورة قد شابه التدليس ، إذ أنه أفهم قبل التوقيع عليها بأنها تتضمن كامل حقوقه كما يراها وكما يطالب بها فى دعواه ، فلما وقع عليها فوجىء بأن المبلغ المسلم إليه بمقتضاها لا يمثل كافة هذه الحقوق . وأضاف أنه لا يستطيع إثبات هذه الواقعة بالبينة حيث لم يشهدها أحد ، إذ تم توقيعه على المخالصة فى غير حضور أحد سوى موظف المؤسسة الذى قام بتحريرها .

وحيث أن الحاضر عن المستأنف عليه طلب رفض الاستئناف مقرراً أنه لو صح دفاع المستأنف لما قبل تسلم المبلغ المعروض عليه بمقتضى المخالصة المطعون عليها .

وحيث أن الحكم المستأنف قد بنى قضاءه برفض دعوى العامل المستأنف على أساس أنه وقد وقع فى ٧١/٨/٢ ، على ورقة التسوية التى تمت بينه

وبين المؤسسة المستأنف ضدها بما يفيد إقراره باستلام كافة حقوقه ل
عن مدة خدمته وتنازله عن أى حقوق لديها ، فإن هذا التنازل وقد تم
انتهاء عقد عمله ، يعتبر حجة عليه وليس له أن ينقضه أو يتحلل منه طالما
وقعه برضائه واختياره ويمتنع عليه بالتالى المطالبة بالحقوق المدعاة
أظهرها تقرير الخبير المنتدب فى الدعوى وكذلك المطالبة بما زعم أنه مست
له مقابل ساعات العمل الإضافية باعتبار أنه لا يجوز المطالبة بحق سبق التنا
عنه .

وحيث أن هذه المحكمة ترى أن الحكم المستأنف فى محله للأسباب
بنى عليها والتى تأخذ بها وتضيف إليها أنه وإن كان من المقرر أن أحـ
قانون العمل هى أحكام آمرة تتعلق بالنظام العام لا يصح الاتفاق على مايخالف
إلا أنه لا يوجد فى المبادىء العامة مايمنع من التنازل عن الحقوق المالية
تتقرر على أساس تلك الأحكام أو التصالح عليها بعد نشوئها فعلا مالم ين
المشرع صراحة على حظر هذا التنازل أو التصالح مثلما فعل المشرع المص
حين نص فى المادة ٣/٦ من قانون العمل على أنه « يقع باطلا كل مصا
أو إبراء عن الحقوق الناشئة عن عقد العمل خلال سريانه أو خلال ث
من تاريخ انتهائه إذا كانت تخالف أحكام هذا القانون » وطالما أن تشر
العمل الليبى لم يتضمن أى حظر مماثل فإن تنازل العامل عن الحقوق
يكفلها له هذا التشريع بعد نشوئها يكون تنازلا صحيحاً فى القانون .

وحيث أنه لما كانت ورقة التسوية التى وقع عليها المستأنف فى ٢/٨/
بعد أن انتهت علاقة العمل بينه وبين المؤسسة المستأنف عليها فى ٣١/٧/٧١
قد تضمنت بياناً بالحقوق الواجبة له فى ذمة هذه الأخيرة بسبب انتهاء
العلاقة وحصرتها فى قيمة مكافأة نهاية الخدمة وقيمة المقابل النقدى للإجاز
المستحقة له ومجموعها ٨٣,٢٥٠ ديناراً وذيل هذا البيان بإقرار من المستأ
بأنه يكون بذلك قد استلم كافة حقوقه لدى المؤسسة عن مدة خدمته وتنا
عن أى حقوق لديها ، لما كان ذلك فإن المخالصة على هذا النحو تكون

تضمنت تنازلا صريحاً عن المطالبة أو الادعاء بأى حق آخر من الحقوق التى يفرضها قانون العمل لم تشمله هذه التسوية ، سواء فى ذلك مقابل الراحات الأسبوعية أو مقابل العطلات القومية أو مقابل ساعات العمل الإضافية أو غير ذلك من الحقوق ، وهو تنازل ملزم لمن صدر منه لا يجوز له نقضه أو الرجوع فيه ، ولا ينال منه أن يتأكد وجود الحق المتنازل عنه بعد ذلك بمقتضى تقرير خبير أو غيره ، لأن التنازل إنما يفترض أساساً وجود حق مؤكد أو محتمل ينصب عليه هذا التنازل ، كما لا ينال منه كذلك أن يكون غير محرر أمام محرر العقود، إذ لم يشترط القانون له شكلا خاصاً . ويكفى فيه أن يكون صادراً ممن وقعه بكامل رضائه دون أن يشوب هذا الرضاء عيب من العيوب التى تفسده . فإن ادعى المستأنف أن توقيعه على هذا التنازل المؤرخ ١٩٧١/٨/٢ ، كان مشوباً بالتدليس ثم أبدى عجزه عن إثبات الواقعة المكونة للتدليس بالبينة بمقولة أنه لم يشهدها أحد ، فإن المحكمة تطرح هذا الادعاء جانباً وترى أن تنازله صحيح وملزم له قانوناً لا سيما أنه لاحق فى تاريخه على انتهاء علاقة العمل بينه وبين المؤسسة المستأنف ضدها .

وحيث أنه متى كان الأمر كذلك فإن الاستئناف من حيث الموضوع يكون فى غير محله متعيناً رفضه وتأييد الحكم المستأنف . وترى المحكمة إعفاء المستأنف من المصاريف عن الدرجتين لكونه عاملا .

(فلهذه الأسـباب)

حكمت المحكمة بقبول الاستئناف شكلا وفى الموضوع برفضه وتأييد الحكم المستأنف وأعفت المستأنف من المصاريف » .

التعليق :

يتعلق هذا الحكم بمدى مشروعية التنازل أو التصالح على الحقوق المالية للعامل . وهذه المشكلة تطرح بدورها قضية قانونية هامة هى مدى تعلق

قواعد قوانين العمل والأمان الاجتماعى بالنظام العام . ولكى نفهم هذه الأب
ونضع الحكم فى موقعه الصحيح من ذلك ، نرى معالجة حكم التنا
أو التصالح على الحقوق المالية للعامل فى نطاق القواعد العامة أولا ثم معا
هذة القضية فى نطاق القواعد الخاصة بقانون للعمل ثانياً :

أولا : حكم التنازل أو التصالح على الحقوق المالية للعامل فى نطاق القواعد العامة

مقدمة فى فلسفة القواعد العامة :

من المعروف فى عصور الإقطاع والعبودية التى سادت خاصة فى القا
الأوربية أن الإنسان كان عديم الإرادة عديم أى وجود سياسى أو قانو
كالجماد . فى تلك العصور كان العبد يحلم بأن تكون له يوماً ما إرادة و
ناقصة .

وقد حس بهذا الظلم الاجتماعى فلاسفة ومفكروا العصر ونادوا بضرو
التغيير والثورة ومن ثم الإطاحة بالنظام الاجتماعى القائم المبنى على أسا
فردى يتمثل فى سلطة السيد والحاكم الذى قال فى ظلها أحد ملوك فرنسا قو
المشهورة (الدولة أنا L' ETAT C' EST MOL فانبلاج عصر الجمهوري
كان يمثل فى ذلك الوقت تحقيقاً لآمال الجماهير المستعبدة فى تحقيق التح
والانعتاق . أما اليوم فعصر الجمهوريات قد عجز عن مواصلة المسيرة
تحقيق ديمقراطية مباشرة وفقاً لإرادة الجماهير بدون تمثيل أو تدجيل[1]
وكنتيجة لذلك تحقق على يد الشعب العربى الليبى قيام تجربة جديدة تبشر الع
بظهور عصر جديد هو عصر « الجماهيريات » تجربة سياسية هامة تستح
الدراسة والاهتمام من الفكر السياسى المعاصر على ضوء إيجابياتها وسلبياته

---

(١) راجع فى ذلك الكتاب الأخضر للعقيد معمر القذافى . طبعة كيجاس ١٩٧٦ صع
٢٥ – ٢٦ . القسم العربى .

هذه مقدمة بسيطة لإبراز مظهر سلطان الإرادة من الناحية السياسية .أما من ناحية الفكر القانونى فقدنادى الفلاسفة بمبدأ سلطان الإرادة L' Autonomie De La Volonté كأساس للنظام الاجتماعى والاقتصادى ، وبالتالى كأساس للبناء القانونى ، فقد كان الفيلسوف كانت Kant ينادى بأن كل ما هو عقدى أى كل ماينسب لحرية الإرادة فى التعاقد فهو بالضرورة عدل(١) .

ولكن مبدأ سلطان الإرادة كان يفترض فى ذلك العصر تساوى المراكز القانونية من الناحية الاجتماعية والاقتصادية لأطراف العلاقة العقدية ، ولذلك لم يعد هناك أى مخاطر من جراء إطلاق العنان للإرادة فى سبيل إنشاء أو تعديل أو انتهاء آثار الروابط القانونية .

فالإرادة حرة فى تحديد مضمون العقد وكافة آثاره . فاحترام الإرادة الفردية أمر مقدس مهما كانت النتائج ، لأن كل ماتنشئه هذه الإرادة يفترض بأنه عادل ، ومن ثم فالعقد هو شريعة المتعاقدين(٢) وقد يكون أعلى مرتبة من التشريع .

فى ظل هذه الفلسفة وفى عصرها الذهبى تعتبر كل الاتفاقات والاشتراطات التى يرتضيها الأفراد فى علاقاتهم القانونية مشروعة . فالإعفاء من المسئولية أو تحديدها يعد جائزاً مع مراعاة بعض القيود الخاصة بالغش أو بالأخطاء الجسيمة(٣).

---

(١) انظر رسالتنا حول بطلان شروط الإعفاء من المسئولية فى ظل النظام الاجتماعى والاقتصادى الموجه . إكس بروفانس ١٩٧٦ م ص ٥ وما بعدها ، انظر رسالة مجدى صبحى خليل حول التوجيه الاقتصادى والعقود ، باريس ١٩٦٧ م فقرة ٣٠٥ .

(٢) تحت تأثير هذه الفلسفة قننت هذه الأفكار بموجب المادة ١١٣٤ من التقنين المدنى الفرنسى والمادة ١٤٧ من التقنين المدنى المصرى وقرينتها المادة ١٤٧ من التقنين المدنى الليبى وكذلك المشابه لهذه النصوص فى قوانين البلاد العربية الأخرى .

(٣) انظر تقنين هذه النتائج لمبدأ سلطان الإرادة فى المواد ٢١٧ من التقنين المدنى المصرى . و ٢٢٠ من التقنين المدنى الليبى .

ولكن هذه الفلسفة المغالية فى الحرية التعاقدية حيث كان لها ما يبرر أصبحت فلسفة عقيمة ولا تعبر عن الواقع المعاش ، فمنذ عصر النهضة الصناعية وبالتالى تعقد الحياة الاجتماعية والاقتصادية ، أصبح يسود فى العالم نظام جديد يصول ويجول فيه الأقوياء ، فإرادة الأقوياء أصبحت فى الواقع هى الشريعة التى تحدد أبعاد العلاقات بين الأفراد ، فباسم الحرية التعاقدية ومبدأ سلطان الإرادة وباسم ما عرف بدعه يعمل دعه يمر Laisser Faire, Laisser Passer استغل الضعيف وقهرت إرادته وأصبح مغلوباً على أمره ولا يملك إلا الإذعان لشريعة الغاب الجديدة .

فمبدأ حرية الإرادة انقلب إلى مبدأ حرية قهر وتسلط من جانب الأقوياء اجتماعياً واقتصادياً .

وأمام هذه النتائج المؤسفة لمبدأ سلطان الإرادة بدأت النظم القانونية تحد من هذا المبدأ وتضع له القيود من أجل قدسية المبدأ فى حد ذاته وحتى لايصبح مبدأ يشوه الحرية باسم الحرية . فقد كثر تدخل المشرع فى الحياة الاجتماعية والاقتصادية بحيث أصبحت كثير من العقود تتسم بطابع التوجيه والإجبار(١) .

فعقود العمل، التأمين ،الإيجار، التخطيط ، النقل ، وحتى عقود البيع أصبحت عقوداً منظمة وموجهة يلعب فيها القاضى كبوليس اجتماعى دوراً هاماً من أجل حفظ التوازن وبسط العدل ومراقبة الأمان الاجتماعى فى العلاقات بين الأفراد(٢) .

---

(١) انظر إلى هذه المعطيات فى رسالتنا بالفرنسى المشار إليها سابقاً ص ٤ وما بعدها .

(٢) انظر رسالة صبحى خليل المشار إليها ، أيضاً جوسران ، العقد الموجه دالوز الأسبوعى ١٩٣٣ ، ص ٨٩.دالوزالأسبوعى ١٩٤٠ صفحة ٥ . أيضاً انظر ديران ، الإجبار القانونى فى تكوين الرابطة العقدية ، المجلة الفصلية للقانون المدنى الفرنسى ١٩٤٤ م صفحة ٣ وما بعدها .

فى ظل هذا التطور فى الفكر القانونى أصبح الأفراد مقيدين فى تصرفاتهم بفكرة النظام العام الاقتصادى والاجتماعى الجديد . فمبدأ سلطان الإرادة انقلب من مبدأ عام إلى استثناء والاستثناءات الواردة عليه أصبحت عملية هى الأصل[1] .

هذه هى فلسفة القواعد العامة فى القانون . كيف كانت وكيف أصبحت فى ظل هذه القواعد أصبح التنازل أو التصالح على الحقوق المعنوية للأفراد تصرفاً غير مشروع لا يملك الأفراد إجراءه ، لأن ذلك يمس الفرد وكيان فرد كقيمة إنسانية تهم المجتمع بأسره ، ومن ثم يقع باطلا لمخالفته للنظام العام الاجتماعى والاقتصادى الجديد .

أما التنازل أو التصالح على الحقوق المالية للأفراد فقد تكون مشروعة فى ظل القواعد العامة ما دامت لا تشكل قهراً أو تدليساً على إرادة أحد الأطراف

ومن الواضح أن الحكم موضوع التعليق كان متحمساً لتطبيق القواعد العامة على الرغم من الشك والريبة التى صاحبت التنازل أو التصالح عن الحقوق التى تضمنتها المخالصة المدعى بها ضد العامل الضعيف . فيبدو أن إرادة العامل معيبة ، فحتى إذا لم يشبها تدليس فهناك حسب الظاهر بوادر غلط كان أولى بالحكمة التأكد منه وتصحيحه ليستقيم العمل بالقواعد العامة التى استند عليها الحكم ، تلك القواعد التى يجب أن تكون محل تطبيق واعى ومدرك لكل الأبعاد الاجتماعية والاقتصادية التى تشكل فلسفة جديدة لنظامنا القانونى العام .

---

(١) انظر رسالتنا المشار إليها فقرة ٥٠٩ وما بعدها .

ثانياً : التنازل أو التصالح على الحقوق المالية للعامل فى نطاق القواعد الخاصة بقانون العمل والأمان الاجتماعى

من المعروف أن قواعد قوانين العمل والأمان الاجتماعى[1] من أ
القواعد القانونية التى مهدت لتطور النظام القانونى التقليدى . فى الق
التقليدى كان ينظر للمسئولية على أساس الخطأ ، وبمعنى آخر لا مسئ
بدون خطأ . ولكن التطور فى الفكر القانونى ونتيجة للتعسف فى استعمال
وبالأخص التعسف فى استعمال حرية الإرادة من جانب القوى الاحتك
ذات المراكز القوية فى المجتمع أصبحت المسئولية لاتؤسس على أساس ا
وإنما تؤسس على أساس قانونى جديد هو الضرر [2] . فالضرر أصبح
الأساس القانونى للمسئولية فى بعض المجالات كمجال قوانين العمل وال
الاجتماعى بصورة خاصة . فالمسئولية فى مثل هذا المجال قد توقع بدون خط

مجمل التطور فى هذا الشأن وصل إلى تقرير نوع جديد من المس
تسمى بالمسئولية الموضوعية والمسئولية المفترضة المؤسسة على فكرة
المخاطر وعلى فكرة جبر الضرر والضمان . هذه الأفكار تجد تطبيقاً لها فى الش
الإسلاميةوفقاً لقاعدة الغرم بالغنم .

فى ظل هذا النظام الجديد للمسئولية المدنية أصبح المبدأ هو
الضرر والضمان . فالتعويضات أصبحت تقدر ليس على أساس مدى
مرتكب الضرر وإنما على مدى تكبد المضرور من أضرار . وقد ب

---

(١) انظر د . محمد عبد الخالق عمر فى الأمان الاجتماعى ، النظرية العامة مع دراسة
فى القانون اليبى . مجلة القانون والاقتصاد – جامعة القاهرة ١٩٧١ ، السنة الحادية والأ
ص ١٠٥ وما بعدها انظر أيضاً مؤلفة قانون العمل الطبعة الأولى ١٩٧٠ ص ٥٢ وما بعدها

(٢) انظر رسالة ستارك STARCK حول نظرية الوظيفة المزدوجة للمسئولية المدنية
وكجزاء خاص . باريس – ١٩٤٧ ص ١٥ وما بعدها .

هذه المبادىء تغزو قواعد المسئولية فى قوانين العمل والأمان الاجتماعى بشكل واضح[1] .

هذه الفلسفة الجديدة للمسئولية تسند القول بأن قواعد قوانين العمل والأمان الاجتماعى تعتبر قواعد آمرة لا يجوز مخالفتها بالإعفاء أو التحوير أو التنازل أو التصالح والإبراء . وهذه النتيجة مسلم بها فى الحكم نفسه موضوع التعليق حيث نص فى حيثياته أنه « من المقرر أن أحكام قانون العمل هى أحكام آمرة تتعلق بالنظام العام لا يصح الاتفاق على مايخالفها » . ولكن من الغريب أن الحكم استبعد الأخذ بهذه المسلمة وأخذ بدلا من ذلك بالقواعد العامة التى ضاق تنفيذها حتى فى مجال تطبيقها ، فما بالك فى مجال آخر تحميه قواعدالنظام العام الجديد ألا و هو مجال العمل والعمال . وقد جاء هذا المسلك من المحكمة فى حيثياتها بالنص على أنه « لا يوجد فى المبادىء العامة ما يمنع من التنازل عن الحقوق المالية التى تتقرر على أساس تلك الأحكام أو التصالح عليها فعلا مالم ينص المشرع صراحة على حظر هذا التنازل أو التصالح مثلما فعل المشرع المصرى فى المادة ٦/٣ من قانون العمل » .

السؤال الذى يطرح نفسه الآن : ماهو مصدر الإلزام فى قواعد قوانين العمل والأمان الاجتماعى ؟ الإجابة عن هذا السؤال كما نراها تتمثل فى أن مصدر الإلزام فى تلك القواعد يكمن فى مبدأ مراعاة مصلحة العامل . فمصلحة العامل هى وراء أغلب القواعد التى تنظم وتضع القيود فى مجال عقدى العمل الفردى والمشترك واللوائح المنظمة للعمل . فحماية مصلحة العامل مبدأ مقرر من المشرع الذى هو المجتمع والذى يرى فى حماية القوى العاملة ، القوى الشغيلة ، القوى المنتجة حماية للمجتمع وللاقتصاد القومى الذى يقوم على مجهود تلك القوى .

---

(١) انظر مثلا قانون الضمان الاجتماعى الليبى رقم ٧٢ / ١٩٧٣ م .
انظر أيضاً د . محمد عبد الخالق عمر ، كتابه المشار إليه فقرة رقم ٤٨ – ٤٩ .

إذن هذه المصلحة لا يجوز التنازل أو التصالح بشأنها ، لأن ذلك لايمل
إلا المشرع ، وهو أمر لا يمكن أن يقدم عليه إلا مشرع يتجاهل ت
المصلحة . فمراعاة مصلحة العامل هى قاعدة آمرة لا يجوز مخالفتها ولو
ينص المشرع على ذلك ، كما فعل المشرع المصرى فى المادة ٣/٦ من قان
العمل عندما نص على أنه « يقع باطلا كل مصالحة أو إبراء عن الحقو
الناشئة عن عقد العمل خلال سريانه أوخلال شهر من تاريخ انتهائه
كانت تخالف أحكام هذا القانون » فمن المقرر أن القواعد المتعلقة بالنظام ال
ومنها مراعاة مصلحة العامل هى قواعد ملزمة لا يجوز مخالفتها ، سو
نص المشرع على ذلك صراحة أو لم ينص إطلاقاً . وبذلك فإن تذرع المح
بأنه لا يوجد فى قانون العمل الليبى نص مماثل للنص المصرى السابق ذك
يمنع التصالح أو التنازل عن حقوق العامل (مصلحة العامل) الأمر الذ
أوصلها إلى نتيجة حكمها ، هو قول مردود ، لأن هذا الحظر الذى يح
مصلحة العامل كان بالإمكان استشعاره ولو لم ينص عليه المشرع صراحة
ومما يسند هذا الرأى ما قررته المحكمة العليا ، محكمة النقض الليبية ، من
« وحيث أن فصل الخطاب فى ماهية النظام العام تتحدد بمجموعة القوا
الأساسية التى يقصد منها حماية مصلحة عامة لجماعة معينة فى زمان ومك
معينين ، على أن من المسلمات فى القانون أن نطاقها لا يقف عند القواعد ال
يوردها الشارع بنصوص صريحة فى القوانين ، ويفرض البطلان المط
جزاء على مخالفتها ، وإنما يشمل النظام العام وتنطبق عليه أحكامه أيض
كل قاعدة أخرى تستهدف تحقيق مصلحة عامة يراها القانون جديرة بالح
والاعتبار ولازم ذلك التزام القاضى ببطلان كل مخالفة لأحكامها وإنز
حكم البطلان المطلق عليها ولو تخلف النص الصريح على هذا البطلان كجز
مخالفتها »(١) .

(١) المحكمة العليا ، مدنى جلسة ٢٨ أكتوبر ١٩٦١ م قضية الطعن المدنى رقم ١٠ و ١٤
قضاء المحكمة العليا ، مدنى الجزء الثانى ص ٣٠١ – أيضاً يؤيدنا فى ذلك د . محمد عبد الخالق
فى قانون العمل الليبى المشار إليه ص ٥٤ .

وإذا انتهينا خلافاً للحكم محل التعليق بأن مراعاة مصلحة العامل هى قاعدة آمرة لايمكن أن تكون محلا للاتفاق على خلافها فإن سؤالا آخر مكمل للسؤال الأول يقول كيف نحدد مصلحة العامل؟ أو بمعنى آخر ماهى المعايير المحددة لهذه المصلحة ؟ . فى كثير من الأحيان قد يصعب التمييز بين ما قد يعتبر فيه أكثر مصلحة أى أفيد للعامل وبين ماقد يعتبر فيه أقل مصلحة له أى أضر به وذلك مما تشمله عقود العمل الفردية من شروط مخالفة لقواعد قانون العمل أو لأحكام عقد العمل المشترك . وقد أجاب الفقه عن هذا التساؤل بوضع المعايير المساعدة التالية(١) :

١ — يجب الاعتماد على معيار موضوعى فى تفهم الغاية أو الحكمة من القاعدة المتنازع عليها ، بغض النظر عن التقدير الشخصى للعامل . وعلى ذلك تعتبر القاعدة المقررة للإجازة السنوية للعامل أصلح من الشرط الاتفاقى الذى يتنازل بموجبه العامل عن أجازته السنوية مقابل زيادة فى الأجر أوبديل مادى(٢) .

٢ — يجب أن تجرى المقارنة بين مدى فائدة قاعدة معينة بالنسبة لغيرها بالنظر إلى مضمون كل قاعدة دون النظر إلى الآثار البعيدة التى تنشأ عن كل منهما ، فالشرط الاتفاقى فى عقد العمل المشترك الذى يعطى للعامل مزايا أكثر مما يحدده له نص قانونى يكون أكثر مصلحة للعامل وبالتالى غير باطل دون نظر إلى النتائج والأعباء الاقتصادية التى يحملها الشرط على المشروع فى المستقبل البعيد ، إلا إذا كانت النتائج المؤكدة ضارة بمصلحة المجتمع

---

(١) انظر رسالتنا المشار إليها والمراجع المذكورة فى الهامش من فقرة رقم ٤١١ إلى رقم ٤١٦ .

(٢) فى هذا المعنى : بنغازى الابتدائية ٢٤ / ٨ / ١٩٦٧ م رقم ٣٥٦ / ٦٧ حيث قضى بأنه « لا يمكن عقلا أن المدعى قد قبل التنازل عن حقوقه مقابل زيادة أجره عشرة جنيهات للقيا بالحفر ليل نهار » مذكور هذا الحكم فى مؤلف الدكتور محمد عبد الخالق عمر المشار إليه هامش ٢ صفحة ٥٣ .

أو الاقتصاد وبالتالى فحتى هذا الشرط ولو كان ظاهرياً أكثر فائدة للعا
ولكن على المدى البعيد أكثر إضراراً بالعمال فى مجموعهم كما سيأتى ح
فى المعيار رقم (٣) ومن ثم لا يعمل به .

٣ — العبرة فى تحديد مدى فائدة الشرط المتفق عليه فى عقد العمل المشتر
أو المقرر فى لائحة المصنع أو المشروع يكون بفائدة الأغلبية الساحقة
العمال . فإذا كان ضاراً بمصلحة هذه الأغلبية كان باطلا ولو كان أك
فائدة لبعضهم .

٤ — إذا اشتمل العقد على شروط أكثر فائدة للعمل وشروط أقل فائ
له مما تقرره أحكام القانون ، أعمل حكم الشروط الأكثر فائدة للعا
وبطلت الشروط الأقل فائدة .

والخلاصة التى نريد الانتهاء إليها هو أن حكم محكمة استئناف طرابل
لايمكن أن يسلم من النقد وذلك لتأسسه على مبادىء غاية فى التقليدية ، متجاه
التطور القانونى فى مجال قوانين العمل والأمان الاجتماعى . فكان بالإمك
إعطاء العامل حقه الذى يمثل مصلحة مشروعة وإبطال الصلح أو التناز
محل النزاع وذلك استناداً سواء على القواعد العامة بإعمال نظرية التدلي
أو الغلط ، سواء استناداً على القواعد الخاصة بقانون العمل إعمالا لمب
مراعاة مصلحة العامل التى يجب إعدادها من قواعد النظام العام الجديد .

وبطلان التنازل أو التصالح محل النزاع واضح سواء فى الحالة التى يحاو
صاحب العمل أن يستند فيها على الصلح أو التنازل حيث يحصل على مخالص
من العامل مقرراً فيها ، أى العامل ، حصوله على كافة حقوقه دون
يستوفى فى الواقع إلا بعضها . فهنا البطلان ظاهر لصورية المخالصة والت
يمكن للعامل إثباتها بكافة طرق الإثبات ، وقد أثبتها فعلا بموجب تقرير الخب
الذى ندبته محكمة أول درجة قبل الفصل فى الموضوع والذى أثبت فيه
المستأنف ، أى العامل ، له فى ذمة المستأنف ضدها أى رب العمل ، بالإضا
الى مبلغ الـ ٨٣,٢٥٠ ديناراً الذى قبضه بمقتضى المخالصة نظير إجازا

السنوية ومكافأة نهاية الخدمة مبلغ ٣٢١,— ديناراً مقابل ما يستحقه عن أيا
الراحة الأسبوعية والعطلات القومية ، ومن ثم فيكون التنازل أو التصالح
الذى تضمنته المخالصة باطلا وكان من المتعين على المحكمة رفضه .

وقد يكون التنازل أو التصالح باطلا فى حالة أخرى مثل الحالة محل
التعليق والتى تتعلق بمخالصة متضمنة بياناً بالحقوق التى قبضها العامل بالمخالصة
فعلا مذيلة بإقرار منه بأنه بذلك يكون قد استوفى كل حقوقه . ففى مثل هذه
الحالة إذا لم تكن الحقوق المذكورة بالمخالصة شاملة لكافة حقوق العامل وهو
ما أثبته الخبير المنتدب فى تقريره ، فإن المخالصة تكون قد تضمنت تنازلا
صريحاً ضاراً بمصلحة العامل ومن ثم يكون باطلا — وليس مشروعاً كما
كما يقول الحكم — لأن تلك المصلحة أولى بالحماية والاعتبار(١) .

---

(١) انظر فى مراعاة مصلحة العامل ، حكم المحكمة العليا — النقض المدنى طعن رقم ٦٧ / ١٨ق
بتاريخ ١٣ يونيو ١٩٦٢ م ، مجلة المحكمة العليا ، السنة التاسعة (أكتوبر ١٩٦٢) العدد
الأول صفحة ١١١ .

وملاحظة هامة نريد إبداءها بمناسبة هذا الحكم الذى يرجع تاريخه إلى ما قبل الثورة وهى
أنه ليس من المعقول ولا من المتصور أن تكون مصلحة العامل أكثر رعاية واعتباراً فى العهد المباد
بالمقارنة بعهد الثورة التى ترى فى حماية العمل والعمال فلسفة لتشريعات العمل بصورة عامة .

THE POLICIES UNDERLAYING THE RULES OF ENFORCEMENT OF FOREIGN JUDGMENTS IN LIBYA : A COMPARATIVE STUDY.

By

Ahmed M. JEHANI

Assistant-Lecturer

1. ILLUSTRATION OF THE PROBLEM

We wish to know the value of a foreign judgment, that is, under what conditions and to what extent such a judgment will be effective.

The answers to these questions depend upon a country's considerations and policies which determine to what extent it recognizes the foreign country's judgment. The major consideration is international transaction needs. For example, if a person sought enforcement of a judgment in many countries, lack of recognition of the foreign judgment by some of these countries would necessitate multiple law suits and as a consequence higher adjudication costs, the waste of time, and, in some cases, a conflict between judgments from country to country. All of this would disturb the frequency and stability of international transactions.

Professor Nadelmann, after referring to Madison's comments on the full faith and credit clause of the United States Constitution in the **Federalist,** states : "Today with our banking techniques and the modern means of transportation almost every place on the globe it has become a "contingent state" in this respect. It is therefore equally important that judgments duly obtained in the domestic courts are recognized and can be enforced outside the United States ..."(1)

The contrary argument, which argues against the recognition of the foreign judgments in whole or in part, states that, in addition to the jurisdiction to adjudicate (jurisdicto) element, the judgment has an imperative

(1) Nadelmann, "Non-recognition of American money judgment abroad and what to do about it," 42 Iowa Law Review, 237 (1951).

(imperium) element. This imperative element would mply that a judicial order from one country would be enforced, by force if necessary, by the executive authority of another country. It is undoubtedly true, however, that no country's executive authority will accept orders from another country's judiciary. Furthermore, a country where in enforcement of a foreign judgment is sought may not trust the courts which rendered the judgment to have administered justice irreproachably for a variety of reasons. Among these might be corruption in the judiciary, insufficiency of legal education, or the existence of incompetent judges and justices whose appointment may have been motivated by political influences. Furthermore, the differences between various countries in their fundamental attitude to questions of morality, public policy and social order makes the recognition of some judgments undesirable(1)

Finally, it is inconceivable to order the extraterritorality of a court's authority, since the laws under which the court adjudicates are not those of the country in which we wish its effects to be felt, in the normal circumstances, and the laws of one country are never expected to be binding in another.

In balancing the considerations and policies which lead to the enforcement of foreign judgments or lack of it, the legislatures and the courts of various countries entertain different attitudes towards the problem.

The Libyan legislature has treated the rules and procedures of recognition and enforcement of foreign judgments in Articles 405-411 (2)inclusive in the Civil and Com-

(1) Wolff, "Private International Law," Oxford (1950) 231.
(2) The translation of these articles appears in Appendix (1).

mercial Procedures Code.(1'2)

The theme of this paper will be to analyze the policies underlying the rules of enforcement of foreign judgments in Libya with a comparative study of the rules of the Uniform Foreign Money-Judgments Recognition Act which was approved in 1962 by the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws,(3)effective in a number of States in America, including Massachusetts-Mass. Gen. L. Ch. 235 Sec. 23A.

The reason that the paper will make reference to the Uniform Act instead of general federal standards relates to the apparent effect of the Supreme Court's rule in **Erie Railroad Co. v. Tompkins** 304 U.S. 64, within the context of enforcement of foreign country judgments as interpreted in federal decisions. The **Erie** descion requires that a federal court sitting in diversity must apply state law in matters of substantive law. Since the question as to wheter a state will enforce a foreign judgment has been held to be a matter of substantive law, it follows that state law is determinative of the issue. **Svenska Handelsbanken v. Carlson** 258 E. Supp. 348 (D. Mass. 1966). See also **Johnson v. Compagnie Generale Transatlantique** 242 N.Y. 381 (1926).

---

(1) The law was published on Feb. 20, 1954 and it is in force ever since March 7, 1954 and until the present day. The Libyan Official Gazette, February 1954.

(2) Article one of the promulgating decree states the following : "The procedure law, now in force, shall be repealed and replaced by the civil and commercial procedure code accompanying this decree, provided that the new code shall come into force fifteen days after its publication in the official Gazette and all provisions of the law contravening the same shall be repealed."

(3) Published in 9B U.L. Annotated 64. Text appendix (2).

Thus, although the Supreme Court's opinion prior to **Erie** in **Hilton v. Guyot** 159 U.S. 113 (1895) seemed to establish federal standards of enforceability foreign judgments, it is not clear yet that the question is one left for the states. It is because of the fact that a number of states have adopted this Uniform Act that this paper uses it as illustrative of the rules in America.

2. CONDITIONS FOR ENFORCEMENT

Certain conditions related to the foreign judgment and the foreign court in addition to the reciprocity requirement have to be complied with before enforcement is ordered. We will briefly discuss these conditions in the Libyan Code and the Uniform Act.

A. The Foreign Judgment.

Definition :

Articles 405 and 407 deal with the judgments rendered by judicial institutions of foreign sovereignties seeking an order of enforcement. The Libyan Code adheres to a form of broad interpretation of the word judgment. It will view as a "judgment" for purposes of enforcing a foreign judgment, not only court judgements and court orders such as appointment of a guardian or custody of a child)(1) Article 405) but under certain conditions even foreign arbitration awards (Article 408) and foreign authenticated acts (Article 410). (2)

---

(1) Wolff, "Private International Law," Oxford (1950) 236.

(2) The arbitral awards are considered foreign if they were awarded in a foreign country with no considerations to the disputants, or the arbitrators, nationalities or to the place where agreement on arbitration took place. This is stated by Article 761 of the same code.

Conditions : on Foreign Judgment :

1. A judgment is considered foreign when it is rendered by a foreign court in the name of a foreign sovereign and no significance is given to the nationality of the judges rendering it or to the place where they sit.

The wording of Article 405, "Judgments ... rendered in a foreign country ...," should be interpreted as including any judgment rendered in the name of the foreign sovereign in any place where the foreign country exercises its sovereignty.

2. Every country accepts as a fundamental condition for enforcement of foreign judgments that the subject matter must be limited to private law disputes. Since this condition is universally recognized(1)as relating to the exclusive sovereignty of each nation, there is no need for a specific provision of the Libyan code to so state. In other words, this means that penal, fiscal and administrative judgments cannot be executed in Libya. Illustrations of the kinds of judgments included in these categories are : foreign judgments ordering the payment of a fine or financial penalty, or ordering the collection of a tax or rendering a judgment against any other nation.

3. The foreign judgment to be entitled to an order for execution must be final and conclusive and not subject to a stay of execution or appeal. This condition was taken from the old Egyptian Civil and Commercial Code, Article 93, which was in turn originally found in the Italian Code of procedure.(2) The significance of this condition is that promotes stability with respect to the enforcement of

(1) Abdul Rahman, "The Private International Law," Cairo 964) 69.

(2) Abdulla, "Egyptian Private International Law," Cairo (1954) 7, p. 727.

foreign judgments, to the extent that the possibility of repeal or modification has been eliminated.

4. The next condition requires that no foreign judgudgment shall conflict with any domestic judgment (Article 407 (3)). If there exists any conflict between domestic and foreign judgments, the foreign judgment will not be recognized. The reason for this requirement is correctly explained by those French jurists who view the conflict as one touching upon National Public Policy "ordre publique" of the country whose domestic judgment is challenged. If the foreign judgment were to prevail over the domestic one then it could not be said that the judicial actions of the domestic country are an expression of truth and justice, which is contrary to the needs of the public order.(1)

5. Finally, the foreign judgment must not be contrary to the morality or the conception of public order in Libya (Article 407 (4)). This condition is found in all legal systems. A distinguished English jurist has made this point as follows : "A contract, for example, which is valid under its proper law, but contrary to boni mores as understood in this country, cannot be upheld ..." (2)

In order to understand when a foreign judgment will not be upheld because it is contrary to the forum's morality or conception of public order — in short its public policy — it is necessary to briefly investigate what is meant by "public policy" and how it is used in making a determination about the enforcibility of foreign judgments.

The notion of public policy is an abstract idea which exemplifies a complex of societal and political relations, and various moral and religious viewpoints; it is not possible

(1) **Id.** 227, p. 728.
(2) Wolff, "Private International Law," Oxford (1950) 158.

o state that public policy means any one thing or set of hings since the relations and viewpoints which constitute t are constantly in flux. The only rule which can be used n applying or deciding the public policy is that it is always hangeable and flexible and should not be viewed as fixed or once and for all. Changes of time and place, however light, may have significant effects in evaluating public olicy.

However, we can make a distinction between public olicy when applied strictly to issues of domestic concern ersus when it is applied to the field of private international aw. On the most general level, we see this distinction by he fact that in domestic disputes only those rights and bligations are enforced [or given legal recognition at all] which are recognized as consistent with the aims and goals f that society as embodied in that country's laws. This s contrasted with the fact that a nation's public policy, in he field of private international law, which it may not ecognize the substantive rights which foreign judgment is ased upon, will allow for its enforcement, as long as those ubstantive rights do not impinge on notions of public policy oo severely. In other words, there is less room in the field f private international law with respect to public policy onsiderations since foreign laws are indirectly enforced hile domestically such would not be true, if those rights ere not recognized. Further, in the case of a right which created abroad, the judge does not control its creation r whether the creation conflicts with his country's public olicy, he only ascertains if the effects of the "foreign created ght" is in conflict with his country's public order. (1)

(1) The classic example of this occurred in France where, before e year 1884, divorce was proscribed and this prohibition was applied foreigners even if their personal law permitted them to divorce. ater, the Supreme Court (Cour de Cassation) ruled that it is permissible r these foreigners to derive effects from, in France, a divorce which curred abroad. Battifol, "Traité elementaire de droit international ivé," Paris (1967) 367, 4 Ed.

The Uniform Act.

We will now briefly analyze the position which is taken by the Uniform Foreign Money-Judgments Recognition Act on the five conditions which we outlined above as necessary for recognition and enforcement of foreign judgment in Libya. Basically, the Uniform Act's position on these points is the same as the Libyan position outlined in the Code. Differences which appear to exist are the following :

1. For purposes of definition Libya does seem to limit the subject matter, other than by the public policy considerations mentioned in condition 5, while the Uniform Act clearly excludes the notion of judgment from applying to any "judgment for support in matrimonial or family matters." (Section 1 "2").

2. With respect to the Libyan condition number 3, recognizing that the foreign judgment be final and conclusive and not subject to appeal or to stay of execution, the Uniform Act differs. Section Two of the Uniform Act only requires that the foreign judgment be final and conclusive but does not prohibit any judgment from seeking recognition and enforcement even if an appeal is pending or is subject to an appeal. This is qualified, however, by Section 6 which allows for a stay of execution of the state or federal court if the Defendant satisfies the court that either an appeal is pending or that he is entitled and intends to appeal.

3. Condition 4 that was described required that if any foreign judgment conflicted with a Libyan judgment, the foreign judgment was unenforceable. However, Section (4) of the Uniform Act would not recognize a foreign judgment if it conflicted "with another final and conclusive judgment." This language is capable of the interpretation that any other final and conclusive judgment which con-

with the foreign judgment will be sufficient to compel recognition. Thus, any other foreign judgment might er the foreign judgment seeking recognition non-re-izable.

eciprocity.

Reciprocity is a controversial issue among the various tries especially as to the enforcement of foreign judg-s. Reciprocity in this context simply means that the ering country awards reciprocal treatment to the try of enforcement by enforcing its judgments.

It is true that the rule of reciprocity in enforcement reign judgments seems to stand as an obstacle to the erance of international cooperation. It causes major lems in proving that the rendering country does in allow for the enforcement of the forum country's ments. In addition, the reliance on this rule tends isdirect the efforts of the courts to effectuate the re-ry of private rights in the field of private international sactions. But it is also true that due to the "retorsional t"(1)it "exerts influence to make others adhere to the luct."(2)

cle 405.

Article 405 purports to treat the foreign judgments in a in the same way that the Libyan judgments are ted in the rendering country.(3) The reciprocity rule

(1) Lenhoff, "Reciprocity : The Legal Aspect of a Perennial " 49 Nw. U.L. Rev. 619, 752 (1955).

(2) von Mehren and Trautman, "The Law of Multistate Problems," 9 (1965).

(3) Reciprocity is more than a procedural condition; it gives the gn judgment the same value and effect given to the Libyan judgment e foreign country and it asserts the same method used in the foreign t to enforce the Libyan judgment whether the foreign court treat-is restricted to "control" or a "revision de novo."

as laid down by this Article is a condition for enforcement. (1)

Although the rule of reciprocity represents the threshold point in determining the enforcement, a word to be said in this respect is that the Libyan court will, in all cases, check the compliance with the conditions laid down by Article 407, even in the case where the foreign court allows the enforcement of the Libyan judgment with no condition whatsoever, and treats it as a domestic judgment. The requirement of such conditions in all cases is justified by the policies underlying them, which is to safeguard from infringement the adjudicatory jurisdiction of the national courts, public order and guarantees of administration of justice.

Reciprocal enforcement of each country's judgment can be a "diplomatic reciprocity" reached by a treaty, a "legislative reciprocity" where national laws specify the enforcement of foreign judgments on a reciprocal basis or permits the enforcement without the requirement of reciprocity, and finally a "factual reciprocity" where the country awards enforcement of foreign judgments in spite of the lack of a treaty or legislation.

Diplomatic reciprocity finds its source in Article 411 which states that the rules and procedures with regard to enforcement of the foreign judgment will not impair any provision of international treaties in which Libya is and will be involved. (2)

---

(1) A closer example to the application of this condition is Section 328/1/5 of the German Code of Civil Procedure ZPO.

(2) Libya is a party to the convention regarding the execution of judgments concluded under the auspices of the Arab League since May 19, 1957 — Arab League documentary record Vol. II — Beirut.

Libya is also a party to the convention on recognition and enforcement of foreign arbitral awards. Done at New York on June 10, 1958. United Nations Treaty series 330 (1959) 38.

eciprocity and Hilton v. Guyot.

While the Supreme Court in **Hilton v. Guyot** 159 S. 113 set out what was first thought to be the American le of reciprocity, it is to be noted that it was only a partial le of reciprocity.(1) The holding of that case restricted e requirement that the foreign country whose judgment ıght enforcement must allow enforcement of American dgments only in the case where the losing party was a fendant who was an American. With the subsequent inion of the Supreme Court in **Erie v. Tompkins,** it w seems that the enforcement of foreign judgments is State concern. This view is now backed by considerable thority as previously discussed. Consequently, it is the ate laws which are crucial for understanding the American ew. Only a few States have enacted laws dealing specifilly with the topic of enforcement of foreign judgments d of these some have adopted the Uniform Foreign oney-Judgment Recognition Act, which does not require ciprocity at all.

The Foreign Court.

The Libyan Code requires that certain conditions be isfied by the foreign court for whose judgment enforceforcement is sought. Some of these conditions concern isdiction, while others concern procedure.

Jurisdiction.

The foreign judgment which seeks enforcement in Libya ust have been rendered by a court having adjudicatory isdiction. The question as to whether the court has judicatory jurisdiction is to be determined by the law the country rendering the judgment (Article 407 (1)).

(1) Homburger, "Recognition and Enforcement of Foreign Judgnt : A new Yorker Reflects on Uniform Acts." 18 American Journal Comparative Law (1970) 381.

This provision requires two things : first, that the ndering court has adjudicatory jurisdiction; second, at such jurisdiction is determined according to the law the rendering court.

As for the first part, it is not clear from the provision of e Article whether it means the jurisdiction in the international sense or the national sense or both. It is important note that the requirement that the rendering court must ave jurisdiction in the international sense according to e law of the country of enforcement seems to be the inimum that most countries insist upon in their laws. (1) n the other hand, the satisfaction of the internal jurisiction of the rendering court is a matter of controversy.(2) is clear that the rendering court's internal jurisdiction 'competence"] is not reviewed by the courts in Libya.(3)

As for the second matter concerning the law by which e international jurisdiction of the rendering court is etermined, the Article has stated, in general terms, that e law of the rendering court controls the determination the jurisdiction. This provision, if applied mechanically, ill encroach on the jurisdiction of the Libyan courts in e cases where the foreign courts assume jurisdiction while e Libyan courts have more connection with the litigation an the foreign courts have, as envisioned by the standards

(1) Nussbaum, "Jurisdiction and Foreign Judgments" 41 Colum. Rev. 221 (1941).

(2) Graupner, "Some Recent Aspects of the Recognition and nforcement of Foreign Judgments in Western Europe." 12 Int. & omp. L.Q. 367 (1963).

(3) The provision of Article 407 (1) does not project the Libyan ternal jurisdictional standards in the foreign court's standards. It quires only that the rendering court has jurisdiction in accordance ith the foreign court's standards.

of international jurisdiction in the Libyan law.(1) It is also contrary to the rule followed by various countries that the adjudicatory jurisdiction of the rendering country is determined by the international jurisdictional standards in the country of enforcement.(2)

Therefore, it seems necessary for the considerations of preserving non-encroachment on the Libyan courts jurisdiction and the underlying policies of the basis of juris-

(1) The standards of international jurisdiction appear in Article 3 of the Libyan Code of Civil Procedure. Its provision is as follows :
ARTICLE 3 — Jurisdiction in Claims Against Foreigners.

The Libyan Judiciary have jurisdiction to hear claims instituted against foreigners in the following circumstances :

1. If the foreigner lives in Libya or has an elected domicile therein or has an Agent therein with authority to represent him before the Courts or if he consents to the jurisdiction of the Libyan Judiciary, provided that the claim does not relate to real property situated outside the Kingdom.

2. If the claim relates to property existing within Libya or to inheritance by a Libyan Native or to an estate opened in Libya or to a bankruptcy declared therein, or if the claim results from a contract concluded in Libya or performed therein or ifit was stipulated that performance thereof should be therein, or if the claim results from an occurrence which took place therein.

3. If the claim is connected with a claim instituted before the Libyan Judiciary or to precautionary procedure which must be executed in Libya, or if the claim is connected with matters within the jurisdiction of the Libyan Judiciary.

4. Under the circumstances where a Foreign Judiciary has jurisdiction to hear claims preferred against Libyans and this upon a basis of reciprocity.

(2) See Note No. 1. Also the historical source of the provision of Article 407 (1) was the old Egyptian Code (1949). This provision was amended in the recent Egyptian Code (1968) to preserve the Egyptian international jurisdiction from encroachment a difficult experience to apply the old rule by courts. Abdulla, "The Agreement of Enforcement of Judgments" p. 30, Cairo (1964) in arabic.

ction spelled out by Article 3,(1)to restrict the application the provision of Article 407 (1) to the following interetation. When it is proved to the Libyan judge that the reign court does not have "real and substantial conctions"(2)with the litigation or that these connections e less substantial than the connection with the Libyan urt and therefore the basis of assuming adjudicatory risdiction by the foreign court according to the Libyan t is not adequate, he should refuse to order the enforcent of the foreign judgment.

This method of application of the Libyan law means at the Libyan judge begins by testing the international risdictional standards in order to verify the relationship the litigation to both forums. If the result of the test oved that the Libyan court should assume jurisdiction cause the connection between the litigation and this urt is more real and substantial than the connection th the foreign court as perceived by the law, the order enforcement of the foreign judgment dealing with the ne litigation should be denied. In the reverse situation forcement of the foreign judgment should be ordered after e satisfaction of other conditions including the compliance th the internal jurisdiction standards (competence) cording to the foreign law.(3)

---

(1) See Note No. 4.

(2) For a discussion of the grouping of contacts methodology hether the rendering forum had a sufficient connection with the ties and the underlying cause to justify its exercise of jurisdiction," , von Mehren & Trautman, "Recognition of Foreign Adjudications : Survey and a Suggested Approach." 81 Harv. L.R. 1601 (1968).

(3) The satisfaction of the internal jurisdiction standards test ording to the foreign law endeavor to ascertain that the foreign gment seeking enforcement is valid under the foreign internal juristion (competence) without projecting the Libyan standards into t law.

t"(1)particularly in the litigations connected with the ily law where the Libyan forum seems to be more able chieve fairness to the Libyan defendant.(2) We think , as long as there is no explicit order of the law, the yan courts should not assume jurisdiction if they had eal and substantial connection with the litigation other n the nationality of the defendant.

The domicile or residence of the defendant in Libya onsidered to be a basis for assuming jurisdiction. This educed from Article 3 which a fortiori means the Libyan rts will assume jurisdiction over the foreigner who has omicile or a place of residence in Libya. We do not k that the transient presence of the defendant in the ntry should constitute by itself a ground for asserting sdiction unless the cause of such action has a sufficient tact with Libya.

It is clear that the domicile or residence of the defen- t does not furnish an exclusive basis for adjudicatory sdiction, except if it establishes a dominant contact n the forum; consequently the litigation over land ted outside the country falls within the jurisdiction of **situs** regardless of the domiciliary or residence of the ies.

Finally, Article 3 is explicit about the basis of the ific adjudicatory jurisdiction(3)in assuming jurisdiction the foreigner who is not domiciliary or a resident of the ntry. The Article lists several bases of specific jurisdic- which constitute sufficient contact with the litigation

---

(1) **Id.**

(2) There is no proof to substantiate the argument that the an law has abandoned this traditional rule.

(3) As opposed to "general jurisdiction." See, von Mehren & tman, "Recognition of Foreign Adjudications," p. 1610.

assert jurisdiction of the Libyan courts regardless of the efendant's nationality, domicile or residence. It is to be entioned that the bases of specific jurisdiction in Article 3 nstitute an exclusive jurisdiction by the Libyan courts. therwise, the criteria for assuming jurisdiction, beside nsent, will be the weighing of various connecting factors either forums. This process of weighing of contacts ads us the choice of law test(1) to determine which law apply to decide the litigation. Therefore the litigations ncerning lands located abroad or the status of foreigners tablish real and substantial connection with the foreign w which will result in assigning adjudicatory jurisdiction the foreign court notwithstanding a certain contact ith the Libyan court.

Procedure.

Article 407 (2) requires that the parties were called to ppear and were validly represented in the action, which esulted in the judgment being sought to be executed in ibya. The policy behind this condition is that the party ho lost the litigation should have been able to present his efenses. Often this condition is stated as requiring that e judgment must not be repugnant to natural or substantial stice. If the defendant has not been given "a reasonable pportunity of presenting his case,"(2) the judgment does ot meet this condition.

The French courts and writers require much more that the judgment is satisfactory only if it is rendered fter a regular procedure "Regularite de la procedure" in onformity with the law of the forum.(3) This concept is ore elaborate and demanding than the Libyan one.

(1) **Ibid.**, p. 1636.
(2) Wolff, "Private International Law," Oxford (1950) 245 (B).
(3) Battifol — Paris (1967) 723.

We are faced, however, with describing the full effect Article 407 (2). There appears to be three possible ys of interpreting this provision :

1. Since this provision makes no mention of determining ether the requirements of "regularity of procedure" are sfactory under the law of the country rendering the gment (unlike the provision of 407 (1) which requires t the interpretation of the "competence" of the court uld be made in accordance with the law of that country), s possible that the determination is to be made by the erpretation of the Libyan court of the standards set up the provision.

2. It is however possible to view the language of Article 7 (2) as consistent with or following the language of ticle 407 (1.) This would mean that in understanding at is meant by the parties being "called to appear" and ng "validly represented" the Libyan judge would merely eck to see that those standards were found in analagous ovisions in the law of the forum rendering the judgment d that they were met. Of course, the lack of suhc alagous provisions might cause some problems for this erpretation.

3. The third possibility is that the Libyan Code is tually making a specific application of the elaborate nception of "regularity of procedure" as interpreted by e French, which would mean that in addition to checking at the foreign procedural rules were met, that certain dependent requirements would need to be met.

Since Article 407 (2) does not specifically make any ference to the law of the country rendering judgment, hile it is carefully included in Article 407 (1), it seems asonable to conclude that its absence is of significance. herefore, possibility number 2 seems to be eliminated,

In addition, since possible interpretation number 3 also includes the requirement that the law of the country rendering the judgment will be investigated, it seems that again the absence of the mention of the foreign country's law must force the conclusion that this possibility is also not the intended one. Thus, we are left with the conclusion that the standards of regularity of procedure is to be measured and evaluated independently of the procedure prescribed by the country rendering the judgment. This at least insures that certain essential features of "substantial justice" cannot be denied, at least if the judgment seeks enforcement in Libya.

The Uniform Act.

We will now briefly discuss the comparable notions in the Uniform Foreign Money-Judgments Recognition Act, relating to jurisdiction and procedure. The basic difference between the Uniform Act and Article 407 (1) - (2) of the Libyan Code concerns the issue of the "competence" of the tribunal rendering judgment. That is, while the Libyan law allows for a determination of "competence" according to the law of the foreign country, Section 4 (1) of the Uniform Act takes a different view. The Uniform Act requires a greater showing of the quality of the tribunal than the Libyan law because it states that a judgment is not enforceable if the judgment "was rendered under a system which does not provide impartial tribunals." And with respect to the issue of procedure the Uniform Act uses the "due process of law" as the standard by which to measure the acceptability of the foreign court's practices. The Uniform Act makes many more specific requirements concerning personal and subject matter jurisdiction than the Libyan law, but the explicitness may not of itself indicate any greater standards which the foreign judgment must meet for enforncement under the Uniform Act.

Conclusion.

It is always easy to point out the differences between attempts of two countries to deal with a specific issue. wever, it is only when one views how much greater the erences could be especially if this greater disparity is nd in another country's solution — that one recognizes tremendous agreement between the two legal solutions. roughout the discussion in this paper we have made no ntion of the French solution to the problem of enforcent of foreign judgments, which includes the requirement t the foreign court must have chosen the choice of law would have been chosen under French law.(1) When considers the impact of a provision of this sort on the e with which a foreign judgment could be enforced, see that except in those rare cases where a country has ice of law standards identical to that of France or the e result is reached, enforcement would not be possible.

In terms of considering the impact of this sort of vision on increasing the ease of international transactions the creation of an international community of nations ring their legal systems, it is clear that it only hinders complicates matters. Thus, if we compare this sort ampering provision with either the rules of Libya or the iform Act in some of the American states, we can see t they are far closer to solutions providing for the easy er-relationship of legal systems and the furtherance of ernational relations involving legal relations of these ntries.

However, there are criticisms and comments which st be made with regard to the rule of reciprocity as mplified in Article 405 of the Libyan Code. First, it ates great administrative problems in that it places a

(36) Battifol, "Droit International Privé," Paris (1955) 2nd 760.

reat burden on the judges to investigate whether a given ountry, which seeks enforcement of its judgment, will grant reciprocal treatment to the forum country's judgment. his task also adds a possibility of error on the judge's part hich further hampers and complicates the matter.

Secondly, if reciprocal treatment is lacking ustice it ill be denied since a perfectly valid claim and decision ill be denied on grounds completely unrelated to the erits of the case.

Finally, the crucial concerns which ought to determine ch country's policy towards enforcement of foreign dgments are the international transaction needs and the alization of justice, without consideration of the practice any other nation. Therefore, each nation ought to tablish standards which should not change regardless of e change made by any other nation and should only quire that the foreign judgment expresses truth and justice.

APPENDIX "I"

Article 405

Execution of foreign judgement

n order for execution of judgements or orders, rendered a foreign country may be made under the same conditions xisting in the law of that country for the execution therein f Libyan judgements and orders.

Article 406

Procedures

'he order of execution is demanded by a citation to the ther party, issued under the ordinary conditions, for him appear before the court of first instance within the risdiction of which execution is sought.

Article 407

Conditions for the order of execution

n order for execution is not to be issued until the following atters have been realized :

. That the judgement or order is rendered from a judicial bench having competence therein in accordance with the law of the rendering country and it has obtained the force of a res judicata in accordance with that law.

. That the parties were called to appear and were validly represented.

. That the judgement or order does not conflict with a judgement or order previously rendered by the Libyan courts.

. That the judgement or order does not contain anything contrary to the provisions of morality or public order in Libya.

Article 408
Awards of Arbitrators

regard being had to the provisions of the preceding cles, an order may be issued for the execution of the rds of arbitrators rendered in a foreign country, if it nal and capable of being executed in the rendering ntry.

Article 409
The demand of execution

court shall expeditiously give judgement in the demand the order of execution.

Article 410
Foreign authenticated acts

order for the execution of executable authenticated acts, wn up in a foreign country, may be issued with the e stipulations provided by the law of that country for execution of authenticated acts drawn up in Libya. order of execution is demanded by an application to judge for urgent matters in the court of first instance h the jurisdiction of which it is desired to levy execution, the order is not to be issued until it has been realized t the conditions for authentication of the document are illed in accordance with the law of the country in which was completed and that it contains nothing contrary to morality or public order in Libya.

Article 411
International Conventions

e preceding rules are applicable without prejudice to provisions of international conventions made or to be de between Libya and other nations to this end.

APPENDIX "2"

Uniform Foreign Money-Judgments Recognition Art

1. [Definitions] — As used in this Act :

(1) "foreign state" means any governmental unit other than the United States, or any state, district, commonwealth, territory, insular possession thereof, or the Panama Canal Zone, the Trust Territory of the Pacific Islands, or the Ryukyu Islands;

(2) "foreign judgment" means any judgment of a foreign state granting or denying recovery of a sum of money, other than a judgment for taxes, a fine or other penalty, or a judgment for support in matrimonial or family matters.

2. [Applicability] — This Act applies to any foreign judgment that is final and conclusive and enforceable where rendered even though an appeal therefrom is pending or it is subject to appeal.

3. [Recognition and Enforcement] — Except as provided in section 4, a foreign judgment meeting the requirements of section 2 is conclusive between the parties to the extent that it grants or denies recovery of a sum of money. The foreign judgment is enforceable in the same manner as the judgment of a sister state which is entitled to full faith and credit.

4. [Grounds for Non-recognition] — (a) A foreign judgment is not conclusive if

(1) the judgment was rendered under a system which does not provide impartial tribunals or procedures compatible with the requirements of due process of law;

(2) the foreign court did not have personal jurisdiction over the defendant; or

(3) the foreign court did not have jurisdiction over subject matter.

A foreign judgment need not be recognized if

(1) the defendant n the proceedings in the foreign t did not receive notice of the proceedings in sufficient to enable him to defend;

(2) the judgment was obtained by fraud;

(3) the [cause of action] [claim of relief] on which the ment is based is repugnant to the public policy of state;

(4) the judgment conflicts with another final and lusive judgment;

(5) the proceeding in the foreign court was contrary n agreement between the parties under which the ıte in question was to be settled otherwise than by eedings in that court; or

(6) in the case of jurisdiction based only on personal ce, the foreign court was a seriously inconvenient n for the trial of the action.

Personal Jurisdiction] — (a) The foreign judgment not be refused recognition for lack of personal juris- on if

(1) the defendant was served personally in the foreign ;

(2) the defendant voluntarily appeared in the pro- ings, other than for the purpose of protecting property d or threatened with seizure in the proceedings or of esting the jurisdiction of the court over him;

(3) the defendant prior to the commencement of the eedings had agreed to submit to the jurisdiction of the

foreign court with respect to the subject matter involved;

(4) the defendant was domiciled in the foreign state when the proceedings were instituted, or, being a body corporate had its principal place of business, was incorporated, or had otherwise acquired corporate status, in the foregn state;

(5) the defendant had a business office in the foreign state and the proceedings in the foreign court involved a [cause of action] [claim for relief] arising out of business done by the defendant through that office in the foreign state; or

(6) the defendant operated a motor vehicle or airplane in the foreign state and the proceedings involved a [cause of action] [claim for relief] arising out of such operation.

(b) The courts of this state may recognize other bases of jurisdiction.

3. [Stay in Case of Appeal] — If the defendant satisfies the court either that an appeal is pending or that he is entitled and intends to appeal from the foreign judgment, the court may stay the proceedings until the appeal has been determined or until the expiration of a period of time sufficient to enable the defendant to prosecute the appeal.

7. [Saving Clause] — This Act does not prevent the recognition of a foreign judgment in situations not covered by this Act.

8. [Uniformity of Interpretation] — This Act shall be so construed as to effectuate its general purpose to make uniform the law of those states which enact it.

9. [Short Title] — This Act may be cited as the Uniform Foreign Money-Judgments Recognition Act.

. [**Repeal**] — The following Acts are repealed :

(1)

(2)

(3)

. [**Time of Taking Effect**] — This Act shall take ect .....

LA RECENTE EVOLUTION
CONTRATS PETROLIERS EN LIBYE

actes de Participation dans les Concessions Pétrolières, leurs aboutissements et leurs apports au pouvoir de l'Etat

Par

Dr.Abdelrazeg El-Murtadi Suleiman
Maître de coference à la Faculté.

SOMMAIRE ANALYTIQUE

Liste Recapitulative des abreviations utilisées

INTRODUCTION

§1.— La participation directe dans les concessions pétrolières . . .
A.— Les actes de prise de participation . . . . . .
1.— La voie conventionnelle . . . . . .
a) L'accord N.O.C.-A.G.I.P. du 30 septembre 1972
b) Les accords subséquents . . . . . .
2.— Le voie législative. . . . . .
a) La nationalisation partielle d'OCCIDENTAL OF LIBYA le 11 août 1973 . . . . . .
b) Les nationalisations partielles subséquentes.
B.— Les aboutissements des actes de prise de participation . .
1.— Terme normal de la loi de nationalisation partielle : conclusion des contrats d'application . . . . . .
2.— Terme exceptionnel de la loi de nationalisation partielle . . . . . .
a) L'attitude négative du partenaire de l'Etat . . .
b) L'attitude défensive du partenaire de l'Etat . . .
§2. Les apports de la participation directe au pouvoir de l'Etat . .
A.— L'entreprise pétrolière dirigée. . . . . .
1.— Les nouveaux pouvoirs . . . . . .
a) La prépondérance de l'Etat dans la composition du comité directeur . . . . . .
b) La prépondérance de l'Etat dans le fonctionnement du comité directeur . . . . . .
2.— Problèmes d'harmonisation législative . . . . . .
a) L'inadaptation fonctionnelle du système en vigueur . . . . . .
1) Dénaturation des dispositions du Code pétrolier . . . . . .
2) Dérogation au droit commun de l'entreprise publique . . . . . .
b) L'inadaptation structurale du système en vigueur

B.— L'entreprise pétrolière contrôlée . . . . . .

1.— L'exploitation technique des gisements . . . . . .

a) La dévolution du rôle d'opérateur à la société contractante . . . . . .

b) Le contrôle . . . . . .

2.— La disposition des produits extraits . . . . . .

a) La dévolution du rôle de commerçant à la société contractante . . . . . .

1) Ecoulement du brut-participation . . . . . .

2) Bases de rétrocession . . . . . .

b) Le contrôle . . . . . .

CONCLUSION

Annexe : physionomie de la participation de la societé mationale Libyenne (la N.O.C.) et de ses Filiales : AGECO et UMM Al JAWABI dans les concessions petrolières.

Recapitulative des abreviations utilisées

ations périodiques

N.	Annuaire de l'Afrique du Nord (paris)
D.I.	Annuaire Français de Droit International
	Bulletin de l'Industrie pétrolière (paris)
	Journal officiel (Libyen-Tripoli)
E.S.	MIDDLE EAST ECONOMIC SURVERY (Beyrouth)
.	OIL AND GAS JOURNAL (Etats Unis)
P.P.S.)	PETROLEUM ECONOMIST (PETROLEUM PRESS SERVICE) «Texte Frannçais». (Londres).
A.	Pétrole et Gaz Arabes (Beyrouth)
	Pétrole Information (Pairs)

s des Sociétés pétrolières

E.CO	ARABIAN GULF EXPLORATION COMPANY(Libye)
	BRITISH PETROLEUM (Angleterre)
R.I.	COMPAGNIA RICERCHE IDROCARBURI S.P.A. (Itali)
I.	ENTE NAZIONALE DELLI IDROCARBURI (Italie)
A.P.	Entreprise de Recherche et de l'Activités pétroliéres (France).
C.	NATIONAL OIL CORPORATION (Societé Nationale) Libyenne
ATRACH	Société Nationale Algérienne.
E.P.	Organisation des pays exportateurs de pétrole (O.P.E.C. Selon les initiales anglaises).

Introduction :

«La meilleure façon d'orienter une société est ... d'y participer» (1). Dès lors, l'Etat peut intervenir en vertu de son autorité comme en vertu de sa qualité d'actionnaire. La prise de participationdans les concessions pétrolières est une revendication ancienne des pays producteurs. Cette revendication est fondée, soit sur les clauses des accords pétroliers qui avaient déjà prévu, dans certains cas, la parti cipation de l'Etat (2), soit sur la théorie REBUS SIC STANTIBUS (3).

A la fin de 1971, ce problème est déjà résolu pour plusieurs pays producteurs (4). Si bien que la résolution 139 prise par l'0.P.E.P. à Beyrouth en septembre 1971 et engageant les pays membres dans le processus de participation

---

(1) GENDARE(R.), Problèmes juridiques et développement économique, in **Les aspects juridiques du développement économique,** Paris, Dalloz, 1966, 190 p., p. 45.

(2) C'était notamment le cas de l'Irak qui évoquait la clause 34 de l'accord de San Remo du 25 avril 1920.

(3) Cf., sur ce point, ZAKARYA (H.), IMPACT OF CHANGING CIRCUMSTANCES ON THE REVISION OF PETROLEUM CONTRACTS, in **INTERNATIONAL OIL AND THE ENERGY POLICIES OF THE PRODUCING AND CONSUMING COUNTRIES, Séminaire organisée par l'O.P.E.P.** Au même sèminaire : PENROSE (E.), THE ROLE OF O.P.E.P. IN CHANGING CIRCUMSTANCES. Ces deux rapports sont reproduits par **P.G.A.** du 16 juillet 1969 (pp. 52-78) et du 1er août 1969 (pp. 42-51).

(4) Le problème de participation ne se posait pas pour l'Iran dont les gisements étaient nationalisés depuis 1951, l'Indonésie où les concessions ont été abolies dès 1960, l'Algérie qui, en vertu de l'ordonnance du 24 février 1971, s'est déjà appropriée une participation de 51% et le Vénézuéla dont la «loi de réversion» du 30 juillet 1971 assure une relève ordonnée des anciennes concessions. Notons, également, le cas de le cas de l'Irak qui devait, en juin 1972, nationaliser l'I.P.C.

oncerne pratiquement que l'Arabie Séoudite,le Koweit, Émirats et la Libye.

Mais ces pays ne partageaient pas la même conception a participation.

Les pays du Golfe, et notamment l'Arabie Séoudite, ndaient avec véhémence une participation intégrée en nt et en aval de l'industrie pétrolière. Cette particip-n, horizontale et verticale, est souvent envisagée comme «alternative» à la nationalisation (1).

Pour la Libye, cette forme de participation de par le eau financier qu'elle impose et de par le fait que la i-totalité des activités qu'elle couvre, échappe à la iction nationale, est considérée comme de nature à er au lieu de renforcer les pouvoir de l'Etat dans le ur pétrolier. Organisant une participation au capital on à la gestion effective de l'entreprise pétrolière, elle e plus d'un placement financier que d'une volonté de rôle. De la sorte, elle consolide le régime en viguêur eu d'en assurer la transformation. Or, la participatin eut être qu'un prélude, un moyen de transition ordon-des contrats de concession au régime d'exploitation te (2). Dans ces conditions, la formule de participation

---

Cf. intervention de Monsieur A.–Z. YAMANI, Ministre séoudien troles et des ressources minérales : PARTICIPATION VERSUS ONALISATION : A BETTER MEANS TO SURVIVE, in **TINUITY AND CHANGE IN THE WORLD OIL INDUSTRY-** me séminaire sur l'économie de l'industrie pétrolière, tenu à l'Uni- américaine de Beyrouth au printemps 1969–Beyrouth, 1970, THE DLE EAST RESEARCH AND PUBLISHED CENTER, 233p. Cette opinion a été par la suite abandonnée. Le fait que «le marché er qui était ... un marché d'acheteur est devenu ... un marché de urs ... » diminue considérablement, selon le ministre séoudien, sons qui militent pour une participation en aval. V. sa déclaration rtée par **O.G.J.**, 2 août 1971.

) Cf. interview du Chef de l'Etat au quotidien soviétique IZVESTIA **P.E. (P.P.S.)** (octobre 1973, p. 381) rapporte quelques extraits,

oit permettre l'engagement effectif des organismes publics ans la conduite des opérations et les préparer aux responabilités techniques et commerciales de l'industrie (1).

C'est dans cet esprit qu'a été engagé en Libye le proessus de participation directe dans les concessions étrolières. La question est de savoir si les mesures légales nises en oeuvre a cet effet sont de nature à garantir la rélisation des objectifs sus-évoqués. En exposant le proessus de prise de participation dans un premier temps, es apports au pouvoir de L'Etat dans un second temps, nous tenterons de fournir certains éléments de réponse cette question.

§ 1.—LA PARTICIPATION DIRECTE DANS LES CONCESSIONS PETROLIERES.

Nous examinerons les actes de prise de participation tout d'abord, leurs aboutissements ensuite.

A.—LES ACTES DE PRISE DE PARITCIPATION.

La fomule de participation choisie par l'Etat libyen est, d'une certaine façon, un appel à la coopération sur de nouvelles bases. Dans cette perspective, c'est évidem-

(1) Cf. la thèse libyenne sur la participation exposée par le Ministre du pétrole dans une interview publiée par **P.G.A.**, 16 novembre 1972, pp.19*â*22. A noter que cette thèse est partagée par l'Algérie, l'Irak et le Vénézuéla. V., pour plus de détails sur les différentes fromes de participation, STAER (A.), **Des concessions aux concentrations pétrolières dans les pays du Moyen-Orient** (Thèse imprimée) Lausanne, Ecole des Sciences Sociales et Politiques, Economie Politique, 1974, 539 p., pp. 174*â*206 et 448*â*501 notamment; PILLOT (P.), **Etude comparative de la participation des Etats producteurs de pétrole dans les grandes sociétés concessionnaires du Moyen-Orient,** Mémoire à l'Institute de Droit Comparé, Université de Paris II, 1972,181 p. dactyl. V. aussi parmi les études du Professeur PENROSE (E.) analysant le problème de participation : GOVERNMENT PARTICIPATION IN THE MAJOR CONCESSIONS OF THE MIDDLE EAST : THE NATURE OF PROBLEME, in **M.E.E.S.**, 30 août 1968, 9 p.

ment à la voie conventionnelle qu'il marque sa préférence pour introduire la participation projetée. Mais, faute de pouvoir aboutir à cet ojectif par voie de négociation, l'Etat fait appel à ses pouvoirs normatifs, la loi essentiellement.

1.—La voie conventionnelle.

La volonté de coopération qu'implique l'acte de participation serait sans signification si l'Etat définissait une fois pour toutes les nouvelles règles des rapports, sans tenir compte de l'attitude de ses partenaires. Aussi, c'est par voie de négociations séparées entamées avec les sociétés à la fin de l'année 1971, que les autorités libyennes ont tout d'abord cherché à obtenir la participation dans les concessions pétrolières. Ce processus a abouti le 30 septembre 1972 à l'accord N.O.C./A.G.I.P.filiale de l'E.N.I. Italienne qui a donné lieu à des accords subséquents conclus le 11 août 1973.

a) L'accore N.O.C./A.G.I.P. du 30 septembre 1972.

C'est sur les concessions détenues par A.G.I.P. et C.O.R.I. qu'ont porté les premiers pourparlers de participation en Libye. Tout a commencé avec l'interdication faite à A.G.I.P. d,exporter le brut extrait du gisement de Bu Attifel (concession n. 100) mis en exploitation en mars 1972. Entamés dès lors avec E.N.I., entreprise mère des sociétés mentionnées, les pourparlers ont été couronnés environ six mois plus tard par la mise au point de l'accord N.O.C./A.G.I.P. (1). Soumis au C.C.R. par le Ministre du

(1) Pour plus d'informations sur les conditions d'élaboration de cet accord, v. **P.G.A.,** 16 mars 1972, p. 9., Libye : blocage des exportantions l'A.G.I.P. ; 1er mai 1972, p. 13, Libye : E.N.I. admet le parincipe d'une participation gouvernementale de 51%; 16 octobre 1972, p. 10, Libye: accord de participation avec l'E.N.I., 1er novembre 1972, Libye : démarrage des exportations de l'association A.G.I.P./N.O.C.

pétrole dans le memorandum n° A-10776 du 11 juillet 1972(1),cet accord a été approuvé par la loi n° 131-1972 du 26 septembre 1972.

La participation établie porte sur les concessions n° 82 et 100. La première ayant été attribuée le 19 novembre 1959 à C.O.R.I., une autre filiale de l'E.N.I., en Libye la seconde fut octroyée le 29 mars 1966 è la filiale A.G.I.P.-S.N.P.A. Pour éviter une dualité des rapports inutiles et générateurs de dépenses, l'accord de participation prévoit la cession de la première concession à A.G.I.P.-S.P.A. Cette opération, souhaitée par les négociateurs libyens, est d'autant plus justifiée que cette dernière société est, à cette époque, la seule filiale productrice.

L'accord N.O.C.-A.G.I.P. est un accord de participation égalitaire, Durant les pourparlers, 1'E.N.I. avait proposé une participation de 25 % avec passage progressif à 51%. Les négociateurs libyens exigeaient une participation immédiate de 51% (2), taux appliqué avec le reste des sociétés concessionnaires comme nous le verrons par la suite. L'assouplissement ultérieur de la position libyenne s'explique par le contexte de conclusion de cet accord. En effet, l'accord N.O.C.-A.G.I.P. est le premier accord à introduire en Libye la participation de l'Etat dans une concession existante, de surcroît productrice (3). Conclu

(1) Texte de ce mémorandum, in **J.O.**, n° 57, 2 décembre 1972, pp. 2866*â*2875.

(2) Cf. interview du Ministre du pétrole, in **P.G.A.**, 16 novembre 1972, pp. 19*â*22.

(3) De ce fait, l'accord N.O.C./A.G.I.P. se rapproche de l'accord SONATRACH/GETTY conclu en Algérie le 19 octobre 1968. La similitude des deux accords s'arrête cependant à ce stade : en effet, placé dans le droit pétrolier des pays en voie de développement, l'accord SONATRACH/GETTY est sans précédent sur deux points importants : Le pre-

pleins pourparlers avec les sociétés, il était destiné ervir de précédent consolidant le pouvoir de négociation l'Etat vis-à-vis du reste des sociétés.

Les accords subséquents

Après la conclusion de l'accord N.O.C./A.G.I.P., pourparlers ont continué avec le reste des sociétés. vant l'impasse des pourparlers avec le groupe OASIS e refuse la conclusion d'un accord identique à celui êté avec A.G.I.P. le gouvernement libyen affiche sa onté de recourir à la nationalisation intégrale (1). La rise des pourparlers aboutit à la conclusion des accords participation avec AMERADA PETROLEUM CORP-RATION, CONTINENTAL OIL CO. et MARATHON TROLEUM. LIBYA SHELL N.V., quatrième parte-ire du groupe OASIS (2), reste intransigeant. Arrêtés 11 août 1973, ces accords ont été soumis au C.C.R. par mémorandum du Ministre du pétrole du même jour (3),

---

r est que GETTY s'est contenté d'une participation minoritaire avec t ce que cela implique en matière de direction. Le second point est cet accord confie d'emblée à l'organisme public algérien le rôle pérateur.

(1) Cf. **P.G.A.,** 1er janvier 1973, p. 15, Libye : impasse dans les rparlers sur la participation. Pour débloquer les négociations, les orités libyennes ont eu recours à une série de mesures qui vont de la ple limitation de la production àl'arrêt total des exportations(NELSON NKER HUNT. le 24 mai 1973) en passant par leur suspension pro-oire (OASIS, le 15 mai 1973).

(2) C'est en 1963 que le groupe OASIS s'est élargi à SHELL qui, sant à AMERADA 64,4 millions de dollars, a acquis 50· / .des droits cette société.

(3) Contrairement au cas de l'accord N.O.C./A.G.I.P., mémoran-n n'a pas été annexé à la loi approbative sus-indiquée(**J.O.,** n° 41, 1er obre 1973).

vant d'être approuvés par la loi n°51-1973 du 18 août 973.

Contrairement à l'accord N.O.C./A.G.I.P. sus-mentionné ces accords organisent une participation publique majoritaire de l'ordre de 51%. Cette participation porte sur neuf concessions. Il s'agit des concessions n°25, 27-29, 1-33 attribuées à ces sociétés le 12 décembre 1955, de la concession n°59 octroyée le 22 décembre 1956 et, enfin, de concession n.71 signée le 10 décembre 1957.

—La voie législative.

Faute de pouvoir introduire sa participation par la voie conventionnelle, l'Etat fait appel à l'acte législatif. nationalisation partielle, il tend à forcer les issues et débloquer la situation en quelque sorte.

Le législateur impose alors la participation de l'Etat en détermine les grandes lignes. Il laisse aux phases ultérieures de négociation avec les intéressés le soin d'en préciser les modalités d'application. La nationalisation partielle d'OCCIDENTAL OF LIBYA le 11 août 1973 constitue la première initiative dans ce sens. Elle sera suivie un mois plus tard par des nationalisations partielles touchant les intérêts des grandes sociétés internationales opérant en Libye.

La nationalisation partielle d'OCCIDENTAL OF LIBYA le 11 août 1973.

Cette mesure fut prise par la loi n° 44-1973 du 11 août 1973. Elle porte nationalisation, à concurrence de 51% de deux concessions, n° 102 et 103, accordées à OCCIDENTAL le 29 mars 1966.

Comme nous pouvons le constater, la date de promulgation de cette loi coincide avec celle des accords de parti-

cipation, conclus avec les trois membres du groupe OASIS OIL Co. et évoqués ci-dessus. Ajoutons que son contenu, approuvé préalablement par la société concernée (1) est dans ses lignes générales analogues aux accords précités.

b) Les nationalisations partielles subséquentes.

Cette seconde phase des nationalisations partielles est concretisée par la loi n° 66-1973 du 1er septembre 1973. Mettant en évidence une hypothèse émise après le blocage des pourparlers engagés entre les parties (2), cette loi marque une étape fondamentale dans le processus d'affirmation du rôle économique de l'Etat. Portant sur les grandes sociétés internationales opérant en Libye, elle achève pratiquement les actes, conventionnels ou législatifs de prise de participation dans les concessions pétrolières. De la sorte, elle marque, trois ans presque jour pour jour après l'accord fiscal de septembre-octobre 1970, la poursuite de l'oeuvre de modification des rapports pétroliers hérités du régime monarchique. Le fait que cette loi soit annoncée

(1) Cf. étude anonyme de P.G.A. : La nouvelle physionomie de l'industrie pétrolière en Libye **(P.G.A.)** 1er septembre 1973).

(2) La promulgation de cette loi a été en effet précédée d'un ultimatum adressé le 25 août 1973 aux sociétés concernées. Cf. déclaration du Ministre du pétrole rapportée par **Le Monde,** 4 septembre 1973. D'après l'analyse prêtée par certains observateurs aux sociétés concernées, une participation amiablement définie ne serait pas fonciérement dans leur intérête. L'accord de participation de New York vient d'être conclu avec les Etats du Golfe. En acceptant conventionnellement les conditions libyennes, conditions plus favorables (le pourcentage de participation alors prévu dans les pays du Golfe ne devait atteindre le niveau libyen de 51% qu'en 1982), les sociétés auraient indirectement incité les Etats du Golfe à mettre en cause la formule de participation arrêtée avec eux. La nationalisation, par son aspect unilatéral et les contestations habituelles qui la suivent, épargnent à ces sociétés des réactions qui provoquent dans le reste des pays de l'O.P.E.P.une acceptation pure et simple des conditions libyennes. V. **P.G.A.,** 1er septembre 1973, p. 7.

jour même du quatrième anniversaire de la chute de ce ;ime prend une valeur symbolique.

La loi n°66-1973 porte les intérêts de l'Etat à 51 % ns quarante cinq concessions exploitées par cinq sociétés AJORS et trois sociétés indépendantes qui y sont sociées (1)

Cela résulte tout d'abord de la nationalisation partielle s vingt huit concessions détenues à parts égales par l'as-ciation MOBIL OIL LIBYA LTD-GELSENBERG G. et l'association TEXACO OVERSEAS-CALIFOR-A ASIATIC.

Il s'agit pour la première, des concessions n°9-15 cordées le 31 décembre 1955, n°25 attribuée le 2 mai 56, n°57 signée le 26 janiver 1957, n°62 du 20 février 57, n°72 du 18 décembre 1957 et enfin n° 124-126 du mai 1966.

Pour ce qui est de la seconde association, la partici-tion introduite porte sur les concessions n° 42-47 octroyé-le 31 décembre 1955, n° 51 attribuée le 2 mai 1956, n°73 gnée le 10 novembre 1957, n°83 accordée le 6 décembre 59, n° 119-120 du 19 avril 1966 et enfin n° 131-133 liverées le 18 août 1966.

Ensuite, la loi n° 66-1973 porte à 49% les intérêts de IBYA SHELL N.V. dans neuf concessions attribuées rant les deux premières années d'application du Code

(1) Certains intérêts, tels que ceux d'AQUITAINE LIBYA, filiale l' E.R.A.P. Francaise) n'ont pas été visés par cette législation. A noter alement, que la loi exclut explicitement de son champ d'application sine de liquéfaction de gaz de Marsa el Brega, mise en service au début 1970 par ESSO STANDARD (article 1/2). Cette solution se justifie r le fonctionnement délicat de ce complexe et par les problèmes inhé-nts à la commercialisation de ses produits.

pétrolier. Ce sont les concessions n° 25, 27-29, 31-33octroyées le 12 décembre 1955, n°59 accordée le 22 décembre 1956 et n° 71 signée le 10 décembre 1957.

Enfin, c'est le tour d'ESSO STANDARD (LIBYA) INC. et du groupe LIAMCO-GRACE-ESSO SIRIE. Pour ce quie est de la première société, la nationalisation partielle porte sur les cinq concessions n° 3-7, qui lui furent attribuées, très tôt, le 12 décembre 1955. Il s'agit pour la seconde des concessions n° 16, 17 et 20 octroyées à la même date.

§ 2.—LES ABOUTISSEMENTS DES ACTES DE PRISE DE PARTICIPATION

Telle que nous l'avons exposée, la participation de l'Etat dans les concessions pétrolières a été organisée, tantôt par la voie conventionnelle, tantôt par la voie léigislative.

La première forme de participation ne pose pas de problèmes juridiques particuliers. Les deux parties qui ont débattu des différents éléments de la participation envisagée (pourcentage, étendue, indemnisation à payer, etc...) expriment leur volonté dans des accords traduisant, en fonction des rapports de force en présence, leur communatué d'intérêts.

Il n'en est pas de même lorsque c'est le législateur lui-même qui impose la participation et détermine ses modalités. Si, dans cette hypothèse, les actes de prise de participation ne soulèvent pas, quant à leur léicité, de grandes controverses juridiques, leurs aboutissements peuvent varier.

En effet, l'Etat qui dispose du droit de nationalisation «intégrale» dispose A FORTIORI du droit de nationalis-

ation partielle. Développant cette constation, le Professeur Ph. MANIN rappelle l'adage célèbre : «qui peut le plus peut le moins» (1).

Mais, si la léicité des actes législatifs de prise de participation n'est pas contestée, leurs aboutissements, eux, risquent de ne pas être conforme à la volonté du législateur. Précisons les choses : les lois de nationalisation partielle n'aboutissent pas IPSO FACTO à la participation de l'Etat dans les concessions pétrolières. Elles créent sur les concessions un état de fait nouveau qui pourrait déboucher sur deux hypothèses.

La concertation pourrait aboutir à la défnition des modalités d'application des lois en question. Ainsi, les nouvelles relations liant l'Etat à ses partenaires seront organisées dans des contrats bilatéraux d'application. C'est le treme normal de l'acte de nationalisation partielle. Nous l'aborderons dans un premier sous-paragraphe.

Mais, l'impasse juridique due au désaccord des parties sur l'exécution des nouvelles dispositions et surtout la

(1) MANIN (ph.), Le différend franco-algérien relatif aux hydrocarbures, **A.F.D.I.** 1971., p. 167. V. également, parmi les études consacrées par Monsieur M. ZAKARYA (ex-directeur du département juridique de l.O.P.E.P.) aux aspects juridiques de la participation : la participation dans l'optique du dépassement du régime actuel des concessions,in **Le droit pétrolier et la souveraineté des pays producteurs, colloque d'Alger (octobre 1971)** pp. 51*à*69, p. 66. Les conséquences juridiques de la nationalisation partielle, en matière d'indemnisation notamment, sont celles de la nationalisation intégrale Nous ne. les développons pas ici. Notons cependant à titre d'exemple, que l'indemisation accordée à OCCIDENTAL OF LIBYA est fixée à 135 millions de dollars. Cette somme doit servir au règlement des obligations fiscales et de la valeur du brut racheté à la N.O.C. Dans les accords de participation conclus avec les trois sociétés du groupe OASIS, l'indemnisation est de 115 millions de dollars. Cf. **P.G.A.,** 1er septembre 1973, p. 23.

onté de rupture adoptée par les sociétés partiellment onalisées pourraient entraver ce processus et d'autres tions seraient alors envisagées. C'est le terme excep- nel de l'acte de nationalisation partielle. Il fera jet d'un second sous-paragraphe.

Terme normal de la loi de nationalisation partielle : conclusion des contrates d'application.

En soi, le recours à une nationalisation partielle est eflet de la volonté des pouvoirs publics de poursiuvre relations sur des bases plus équilibrées. Ce procédé en fait un compromis entre la méfiance, du point de du développment du pays, et le désir de voir les sociétés rsuivre leurs opérations.

Ce désir n'est pas forcément incompatible avec les rêts des sociétés. Associées à l'exploitation pétrolière dernières continuent de jouir des droits découlant de s participations minoritaires, y compris du droit de ager les bénéfices (1). Aussi, devant l'alternative rte par le législateur qui consiste, soit à maintenir la pération sur des bases nouvelles, soit à abandonner les s,c'est la première solution qui l'a largement emporté. nombre des contrats bilatéraux entérinant les lois de onalisation partielle et organisant les nouvelles relat- entre les parties a progressivement augmenté durant nnées 1973-1974 (2).

1) Cf. MANIN (Ph.), Le différend franco-algérien relatif aux hy- rbures, **op. cit.**, pp. 167*à*169.

2) Citons parmi ces contrats ceux qui ont suivi immédiatement la ulgation des lois de nationalisation partielle : le contrat conclu OCCIDENTAL OF LIBYA le 12 août 1973, le contrat signé avec SENBERG A.G. le 26 septembre 1973 et le contrat passé avec CE le 29 septembre 1973. Citons également les deux contrats signés avril 1974 avec ESSO STANDARD (LIBYA) INC. et MOBIL LIBYA et un troisième conclu le 11 juin 1974 avec LIBYA SHELL V. **ALFAJR AL JADID,** (Tripoli), 12 juin 1974.

Le contenu de ces contrats d'application est d'une importance considérable. En fait, les lois de nationalisation partielle sont des lois-cadres qui définissent les grandes orientations, mais qui laissent aux parties une marge étendue dans l'organisation définitive de leurs relations. Dans ces conditions, c'est dans les contrats d'application que se définit nettement la participation projetée. Deux points sont à cet égard d'une importance particulière : les pouvoirs effectifs reconnus à l'Etat et la durée de ces contrats.

Comme nous le verrons, la formule de participation adoptée par le législateur libyen réserve à l'Etat une place prépondérante dans le comité-directeur, organe de direction de la participation; le rôle d'opérateur est dévolu à la société contractante, organe d'exécution en quelque sorte. Cette distinction pose dans les contrats d'application le problème délicat du partage des compétences entre les deux organes. Le premier risquerait d'être cantonné dans un rôle consultatif. La prééminence du pouvoir échapperait dès lors à son président, représentant de l'Etat, au profit du directeur-général de la société, investi de larges attributions d'administration et de gestion.

Un second point important est la durée des contrats. Dans certains pays producteurs, l'application des contrats organisant la participation se confond avec celle des contrats de concessions (1). Cette solution est exorbitante. Elle l'est encore davantage dans un pays comme la Libye,

(1) Nous songeons notamment aux contrats conclus avec les Etats du Golfe, suiteà l'accord de participation de New York du 5 octobre 1972. Cf. DEVAUX-CHARBONNEL (J.), L'accord de New York sur la participation des Etats producteurs du pétrole dans le capital des sociétés concessionnaires, in **A.F.D.I.**, 1973, p. 740, 12 p., p. 746 notamment.

x réserves pétrolières relativement limitées. C'est pour-oi la participation de l'Etat libyen dans les concessions trolières ne peut être qu'un instrument de passage du stème de concession à l'exploitation directe. Dans ces nditions, la durée des contrats appliquant la participa-on doit permettre une adaptation continue des relations mpte tenu de l'évolution des capacités opérationnelles s organismes publics. Une clause de révision dans des ais raisonnablement rapprochés serait un garant essentiel cet effet.

—Terme exceptionnel de la loi de nationalisation partielle

La participation définie par le législateur est applicable s promulgation des lois de nationalisation partielle (1) ais, l'attitude négative ou défensive du partenaire de tat pourrait bloquer le fonctionnement du régime.

L'attitude négative du partenaire de l'Etat.

Dans les lois de nationalisation partielle, le législateur évoit la régularisation des situations des sociétés con-rnées dans un délai déterminé (2). Cette régularisation ffectue évidemment par le truchement des contrats application dont nous venons de parler. Faute d'aboutir cet objectif, l'Etat est amené à débloquer la situation ain-créée. Ses initiatives pourraient varier de simples mesures urgence aux solutions plus radicales de nationalisation

Tout d'abord, la mise sous séquestre peut être envis-ée. L'Etat se substitue alors à la société partiellement

(1) Cf. article 15, loi 44-1973, portant nationalisation partielle CCIDENTAL OF LIBYA précitée; article 16, loi 66-1973 portant ionalisation partielle des grandes sociétés internationales opérant en ye, précitée.

(2) Ce délai est d'un mois dans la loi n° 66/973 précitée (article 12)

nationalisée pour assurer d'urgence la continuité de l'exploitation. Bien que de caractère purement conservatoire(1) ce procédé n'a pas été appliqué. Au contraire, pour des raisons sans doute d'opportunité et soucieuses de la pour suite des opérations pétrolières, les autorités libyennes ont fréquement mainfesté dans les premiers jours suivant les lois de nationalisation partielle une certaine souplesse(2)

Ensuite, l'Etat peut recourir à la nationalisation integrale pour combler le vide juridique qui caractérise ses relations avec les sociétés n'ayant pas régularisé leur situation. Manifestement l'Etat libyen préfèrait ne pas être contraint à adopter une telle solution (3). La nationalisation intégrale de NELSON BUNKER HUNT,le 11 juin 1973, n'a eu lieu qu'après l'échec des négociations et le refus systématique de la société d'adhérer à la prise de participation (4). Ce n'est également que six mois environ après l'entrée en vigueur des lois de nationalisation partielle que la nationalisation intégrale est encore une fois envisagée. C'est alors que les sociétés que avaient refusé la loi du 1er septembre 1973, notamment, furent l'objet des lois n° 10-1974 du 11 février et n° 35-1974 du 30 mars 1974 Le premier texte prévoit la nationalisation intégrale des concessions n° 16, 17 et 20 détenues par LTBYAN AMERI-

(1) Cf. WALINE (M.), **Droit Administratif, 9éme éd.** 1963, p. 709 et ss.

(2) C'est ainsi qu'à titre d'exemple, elles ont renoncé à l'obligation découlant de la loi de nationalisation n° 66-1973 et engagenat la société exportatrice de brut à faire figurer la part de l'Etat sur les documents de chargement. V. **P.G.A.,** 1er octobre 1973.

(3) Cf. conférence de presse du Premier ministre libyen tenue le 2 septembre 1974, rapportée par **P.G.A.,** 16 septembre 1974. Cf., également, interview du ministre du pétrole, in **NEW YORK TIMES,** 24 septembre 1973.

(4) V. **A.A.N.,** 1973, Libye : chronique économique, p. 565.

N OIL et des concessions n°42, 47, 51, 73, 83, 119, 120 133 attribuées à l'association égalitaire STANDARD OF CALIFORNIA-TEXACO OVERSEAS dite OSEAS. La seconde loi porte nationalisation des rêts de LIBYA SHELL N.V. dans les concessions 5-29, 31-33, 59 et 71.

'attitude défensive du partenaire de l'Etat

Les sociétés contractantes visées par les lois deénatio-sation partielle peuvent adopter une position défensive revêt des formes multiples (1).

Rapprochant la nationalisation partielle des règles propriation des droits nationaux, certaines opinions sidèrent la nationalisation partielle comme un «change-t de circonstances» permenttant au partenaire de at de réclamer une nationalisation intégrale (2). Abord-cette thèse, le Professeur Ph. MANIN exclut qu' e règle ... a pu se former en droit international sur ce nt» (3). Il n'en demeure pas moins qu'affirmant dès

---

(1) Nous ne reprendrons pas les moyens de dissuasion, devenus clas-s, tels que le boycottage de la production et l'envoi des lettres de en garde aux acheteurs du pétrole nationalisé dit «pétrole rouge». titre d'exemple, **B.I.P.**, n° 1983 : la B.P. met en garde les acheteurs tuels de son brut; **Le Nouveau Journal,** 1er janvier 1972 : la Grande-agne demande aux pays de l' O.C.D.E. de ne plus acheter de pétrole B.P.-LIBYE.

(2) Cf. la thèse défendue par l'E.R.A.P. après sa nationalisation par-en Algérie et exposée par le Professeur Ph. MANIN, Le différend co-algérien relatif aux hydrocarbures, **op.cit.,** p. 168. V.,également, même auteur : Les mesures (algériennes) de nationalisation ont simpli-a situation du point de vue juridique, in **Le Monde Diplomatique,** et 1971, p. 8 et ss.

(3) **Ibid.**

le départ leur désir de «renégociation» (1), les sociétés partiellement nationalisées en Libye n'ont guère opté pour cette solution.

Mais, sans aller jusqu'à un tel abandon total de leurs titres pétroliers, les sociétés concernées peuvent tenter de ménager les effets des nouvelles législations.

Dans cette perspective, les voies de recours internes ne peuvent être envisagées. Les décisions d'indemnisation qui risquent d'être attaquées constituent «des actes individuels générateurs de droits»(2). En règle générale, conformément au droit commun, elles ne peuvent être abrogées ou retirées que pour illégalité. Au demeurant, aucune société ne s'est engagée dans cette voie.

Le recours à l'arbitrage constitue une autre éventualité. Mais la complexité et les lacunes de cette procédure et notamment telle qu'elle est définie par notre Code pétrolier rend problématique sa mise en oeuvre. En outre, comme nous le savons, elle ne peut porter que sur les modalités d'application des lois de nationalisation et non pas sur leur validité même. Il n'empèche que les sociétés ont dans un premier temps largement fait appel à cette juridi-

---

(1) Cf. le communiqué de ces sociétés publié à New York et à Londres le 7 septembre 1974, in **P.G.A.**, 16 septembre 1974. On peut trouver une esquisse de cette attitude dans les propos tenus par le Directeur du Département américain du pétrole et du gaz, un mois environ avant la promulgation des lois libyennes de nationalisation partielle. Exposant devant une commission du Sénat l'alternative devant laquelle les sociétés pétrolières sont placées en Libye, «... se retirer complètement ... ou se contenter du rôle de commerçant...», il souligne, bien sûr, son attachement à la seconde solution. V. ces propos in **P.G.A.**, 16 août 1970, p. 16.

(2) Conseil d'Etat Français, E.D.F.-S.N.C.F., 1er décembre 1950.

(3) V. Au méme auteur : **Les prerogatives de l'Etat dand le Droit pétrolier positif libyen** : Thése Doctorat d'Etat, paris, 1976, pp. 163*â*171.

n (1). Mais les procédures engagées dans ce but ont ultérieurement mises en veilleuse grâce aux contrats gressivement conclus avec le Ministrère du pétrole (2)

Les actions spéciales devant les tribunaux étrangers s que la saisie des cargaisons du brut sont habituelles ce genre d'affaires. Plusieurs sociétés nalionalisées Libye ont intenté des actions revendiquant la saisie et estiitution du brut provenant des ports ou des raffi-es étrangères de leurs anciennes concessions (3). Mais

---

1) Après la loi de nationalisation partielle du 1er septembre 1973, andes sociétés internationales opérant en Libye visées par cette tion, à l'exception de GRACE et GELSENBERG, ont demandé ours à la procédure arbitrale. V. **P.I.**, 21*â*28 septembre 1973, p. 18 : : les pétroliers demandent l'arbitrage. A noter d'autre part que procédure a été déclenchée dans des cas de nationalisation inté- Citons à cet égard l'exemple de NELSON BUNKER HUNT et, nment, de B.P. qui, après sa nationalisation le 7 décembre 1971, demandé l'arbitrage et choisi son propre arbitre, l'avocat internat-Sir Hamphrey Waldock. V. décision du Conseil des minitres du 23 bre 1973 portant crétation d'une commission juridique chargée vre les litiges relatifs aux lois de nationalisations pétrolières. **J.O.**, , 8 mai 1974, pp. 818*â*821.

2) C'est dans ce sens que vont les contrates conclus en 1974 avec STANDARD (LIBYA) INC et MOBIL OIL LIBYA LTD. A dans le même sens, l'accord conclu le 20 novembre 1974 avec N.P. cord signé le 19 ai 1975 avec NELSON BUNKER HUNT. Souli-cependant que certains arbitrages restent en cours. Il en est ainsi bitrages déclenchés par LIBYAN AMERICAN OIL et le groupe ACO OVERSEAS-CALIFORNIA. **Lettre du Ministère du pétrole -1-4542-35 du 9 novembre 1975** répondant à nos questionnaires.

3) Citons l'action intentée par TEXACO OVERSEAS (après sa alisation partielle le 1er septembre 1973) devant le tribunal de ri (Sardaigne) contre la raffinerie de Sarre. Notons également n de B.P. (nationalisée intégralement le 7 décembre 1971) devant unal de Syracus et relative au brut libyen transporté à la raffinerie . Un ature exemple est l'action intentée conjointement par B.P. et ON BUNKER HUNT (nationalisée le 11 juin 1973) contre le

ces actes ont été finalement, sinon récusés par les tribunaux concernés(1), du moins abandonnés suite aux accords intervenus entre la société nationalisée et l'Etat libyen.

La société intéressée peut faire appel à son gouvernement et demander la mise en jeu de la procédure de protection diplomatique. Le fait qu'il n'y ait plus de recours unilatéral à la C.I.J. (2), que la discussion ne porte comme toujours que sur les conditions de nationalisation, n'est pas

---

COSTAL STATES GAZ PRODUCING Co. qui a, selon les plaignants, pris livraison du pétrole nationalisé du gisement de Sarir. **Lettre précitée du Ministère du Pétrole; P.G.A.,** 1er août 1973, p. 7; **Le Monde,** 21 septembre 1973, p. 24.

(1) A souligner à cet égard le jugement rendu le 24 mars 1973 par le tribunal civil de Syracuse dans l'affaire B.P. EXPLORATION CO , (LIBYA) LTD C. ASTRO PROTECTOR COMPANIA NAVIERAet SINCAT, invoquée dans la note ci-dessus. Faisant observer que, ((... au moment de l'extraction du produit du gisement, les effets de la nationalisation, non seulement s'étaient déjà produits, mais ils étaient mêm épuisés...», le tribunal rejette la requête de B.P. et conclut que cette dernière «... n'ayant pas participé à l'extraction du pétrole dont on discute... n'a pas pu en devenir la propriétaire...» **(Traduction non offcielle** - Nous exprimons toute notre gratitude à M. Le Président du Tribunal Civil de Siracuse pour nous avoir obligeamment fait parvenir le texte intégral de ce jugement). A souligner que le tribunal évite de se prononcer sur la compatibilité de la loi libyenne de nationalisation avec l'ordre public, étant donné que la loi en question «a épuisé ses effets dans un lieu étranger au territoire italien...». Cette prise de position a alimenté certains commentaires au sein de la doctrine italienne. V. Tullio Treves, chronique de jurisprudence italienne, in **J.D.I. (Clunet),** 1976, n° 1, pp. 174-175. V., également, LATTANZI, VALORE ASSOLUTO O RELATIVO DEI PRINCIPI DI ORDINE PUBBLICO, **R.D.I.,** 1974, 280 s.; FRANCIONI PETROLIO LIBICO, GIUDICE ITALIANO E IRITTO INTERNAZIONALE, **R.D.I.P.P.,** 1974, 444 s.

(2) V. ALD-TABATABI (A.), **Etude sur la compétence de la Cour internationale de justice dans l'affaire de l'ANGLO-IRANIAN OIL COMPANY,** Thése, Droit, Paris, 1953, 155 p. dactyl.

nature à encourager non plus cette voie de règlement. reste, acune société n'a entamé une telle procédure.

— LES APPORTS DE LA PARTICIPATION DIRECTE AU POUVOIR DE L'ETAT

L'évolution suscitée par les actes de prise de participa- porte sur le contenu du pouvoir administratif dans écution des titres pétroliers. Plus précisément, ce sont moyens d'intervention publique dans la gestion de reprise pétrolière qui font l'objet de la transformation rvenue.

Le processus demeure trop récent pour une analyse ofondie. Nénmoins, il paraît nécessaire d'en examiner directions générales afin de dégager les innovations duites. Cet examen, précisons-le, n'est fondé que sur lyse des textes. Les conclusions sur lesquelles il dé- he ne peuvent, par conséquent, avoir que la valeur pothèse de travail qu'il faudrait enrichir par des en- es sur place (1).

Sans doute, la participation de l'Etat dans les conces- pétrolières provoque une augmentation de son u pétrolier. En devenant actionnaire dans l'entre- l'Etat s'assure une part des dividendes de son parten- part qui vient s'ajouter à son revenu fiscal.

l n'en demeure pas moins que, placés dans le contexte co-économique de leur promulgation., les actes de de participation de 1972-1973 constitutent, moins ource de revenus immédiats, qu'un moyen de direction contrôle des activités pétrolières.

Il faut en effet vérifier les impacts des mesures de nationalisa- r les méthodes effectives de gestion, mesurer l'écart entre l'appar- ridique des textes et les réalités quotidiennes de leur application miner le détenteur véritable du pouvoir dans la participation.

.—L'ENTREPRISE PETROLIERE DIRIGEE.

Les modalités de la participation définies en Libye onnent à l'Etat un rôle important dans la direction de entreprise pétrolière. Cela tient essentiellement aux nouveaux pouvoirs reconnus à l'Etat au sein des comités directeurs instaurés par la formule de participation adoptée. es nouveaux pouvoirs entraînent une série de transformaons dans les prérogatives initiales de l'Etat telles qu'elles ont déterminées par le Code pétrolier Lebyen de 1955 sa comvention type de cencession . En rendant inadatés les dispositions, voire le système en vigueur, ces ansformations dictent au législateur l'harmonisation de ensemble des règles régissant les rapports des parties.

—Les nouveaux pouvoirs

Les nouveaux pouvoirs de l'Etat se traduisent par prépondérance dans la composition comme dans le nctionnement du comité directeur.

La prépondérance de l'Etat dans la composition du comité directeur

Il faut évidemment distinguer la participation égalire arrètée avec A.G.I.P. de la participation majoritaire ganisée avec le reste des sociétés contractantes.

Dans le premier cas, les régles de droit commun des ciétés anonymes trouvent leur pleine application. La rticipation est dirigée par un comité directeur, paritaire, mposé de six membres. Les fonctions de président et directeur général sont partagées entre les deux parties. Etat se réserve, par l'entremise de la N.O.C., la fonction président du comité. L'A.G.I.P., organe opérateur,

conserve la fonction de directeur général (1).

La composition du comité directeur dans les cas de participation publique majoritaire marque une certaine dérogation au droit commun commercial.

La participation est gérée par un comité directeur tripartite. La partie publique est répresentée par deux membres dont le président et la société contractante par son directeur général local ou tout autre représentant désigné à cet effet (2).

Comme nous pouvons le constater, l'Etat se réserve au sein de ce dernier comité un nombre supérieru à celui qu'aurait donné la stricte application de la représentation proportionnelle des capitaux. Sans doute, la participation financière majoritaire de l'Etat a pour conséquence une prticipation au niveau de la direction du même ordre. Il n'en demeure pas moins que la présence de l'Etat dans le comité n'est pas «mathématiquement» à l'image de sa prépondérance dans l'apport des capitaux. Courante dans le système d'économie mixte du droit français, cette partique était exceptionnelle dans les accords pétroliers conclus dans les pays producteurs en voie de développement (3).

---

(1) Cf. mémorandum du ministre du pétrole (précité) relatif à l'accord N.O.C.-A.G.I.P., **J.O.**, n° 57, 2 décembre 1972, pp. 2866 et ss.; **P.G.A.**, 16 octobre 1972, pp. 10-11.

(2) Cf. article 7, loi 44-1973 portant nationalisation partielle d'OCCIDENTAL OF LIBYA, précitée; article 7, loi 66-1973 portant nationalisation partielle des grandes sociétés internationales opérant en Libye, précitée.

(3) A signaler à cet égard l'accord Arabie Séoudite-AUXERAP, (Filiale de l'E.R.A.P. Francaise) du 3 avril 1965. Bien que la participation séoudienne soit de l'ordre de 40%, l'article 11 de ce contrat reconnaît aux parties contractantes «un droit de vote égal au conseil d'administration de la compagnie».

La prépondérance de l'Etat dans le fonctionnement du comité directeur:

Dans le fonctionnement du comité directeur, l'Etat erce, par le truchement de ses représentants, les attribu-ns habituelles d'un actionnaire. C'est-à- dire le droit de cider dans cet organe, par le vote notamment. Ce rôle considérable.

Conformément aux différents textes,la compétence du nité directeur s'étend à la «direction... et à la gestion »(1) la participation. Cette généralité permet à l'Etat de miner et de diriger entièrement l'entreprise. Cela d'autant s que les mécanismes adoptés quant à la prise de décision comités réservent à la partie publique une place pré-dérante.

Comme nous l'avons évoqué dans le développement cédent, c'est à la structure tripartite que le législateur it appel dans l'organisation de la plupart des comités cteurs. Cette orientation est encore accentuée du que les décisions des comités, immédiatement exécu-es, sont prises à la majorité absolue de leurs membres.(2) faisant, le législateur réagit contre les lacunes et les tualités de blocage de décisions inhérentes à la stru-

---

1) Cf. article 7-2, loi 44-1973 portant nationalisation partielle CIDENTAL OF LIBYA, précitée; article 7-3, loi 66-1973 portant alisation partielle des grandes sociétés internationales opérant bye, précitée.

2) Cf. articles 7-3 et 7-4 des lois susmentionnées.

cture paritaire(1). Grâce à la structure tripartite, la détermination d'une majorité de voix devient plus facile et l'Etat évite la paralysie des comités par des conflits permanents. En poussant l'analyse théorique plus loin, il serait permis de souligner que, du fait de leur prépondérance au sein des comités, les pouvoirs publics peuvent se passer entièrement de l'accord de leurs partenaires. Il n'est cependant pas exclu que des considérations de garantie viennent alléger la portée de ces dispositions. Dans le cadre des contrats d'application de la participation, une sorte de dorit de veto serait reconnu à la société contractante. Les décisions concernant certaines matières jugées importantes(2) sont alors obligatiorement prises à l'unanimité (3).

2.—Problèmes d'harmonisation législative

La mise en oeuvre de la participation de l'Etat dans l'exploitation pétrolière peut s'effectuer, soit par l'annulation, soit par la simple modification du régime juridique régissant le titre de concession. La première solution implique l'instauration d'un nouveau régime qui remplacera ainsi l'ancien et régira les rapports futurs des parties concrnées. La seconde solution se résume dans l'introduction de l'Etat en tant qu'actionnaire dans les titres existants.

---

(1) Cf. l'expérience algérienne en cette matière exposée par Monsieur M. BENCHIKH, **Les Instruments Juridiques de la politique Algerienne des hxydrocarbures** L.G.D.J. 1973, P. 245. L'accord N.O.C.-A.G.I.P. du 30 septembre 1972 est susceptible de poser des difficultés similaires faute de reconnaître une voix prépondérante au président.

(2) Telles le volume des investissements, la désignation des fonctionnaires aux postes d'encadrement supérieur, etc...

(3) L'accord SONATRACH-GETTY du 19 octobre 1968 a employé un mécanisme analogue. Il en est de même dans les contrats de participation conculs dons les pays du Golfe suite à l'accord de New York du 5 octobre 1972.

C'est cette dernière solution que retiennent les actes e prise de participation entrepris en Libye comme dans ensemble des pays producteurs (1). Il s'ensuit que les ffets marquants des actes de prise de participation se ésument en une prise de participation publique dans le apital local des sociétés concessionnaires. Le Code étrolier de 1955 demeure la charpente juridique du régime ltrolier libyen et plusieurs textes organisant la particip-tion s'y réfèrent (2).

Cest constatation, assez théoriques, soivent être relativi-isées. Les actes de prise de participation remettent en ause l'ensemble du système régissant les rapports entre Etat et ses cocontractants. Cette situation place le droit étrolier libyen dans une période de transition et dicte ôt ou tard au législateur sa révision générale. Cette révision oit être envisagée à la lumière de l'inadaptation aussi ien fonctionnelle que structurale du système en vigueur.

) L'inadaptation fonctionnelle du système en vigueur

Cette inadaptation tient essentiellement à la dénatur-tion de dispositions du Code pétrolier provoquée indire-

---

(1) La prémière solution, assez radicale, se traduit pratiquement ar une sorte de nationalisation intégrale qui laisse la porte ouverte de nouveaux rapports avec les anciens concessionnaires, voire avec de ouvelles entreprises. Aussi, d'un aboutissement problématique, cette olution ne peut être envisagée utdenu sans attie unifiée au niveau des ays producteurs. Cf. ZAKARYA (H.), La participation dans l'optique u dépassement du régime actuel des concessions, **op. cit.**, p. 55.

(2) Cf. article 10, loi 44-1973 portant nationalisation partielle d'OC-IDENTAL OF LIBYA, précitée; article 11, loi 66-1973 portant natio-alisation partielle des grandes sociétés internationales opérant en Libye, récitée. Ces textes chargent les parties participantes au prorata de leur articipation, des obligations fiscales découlant du Code pétrolier et des ontrats de concessions subséquents.

ctement par les actes de prise de participation. Mais elle se manifeste égalment par la dérogation au droit commun de l'entreprise publique qui a inspiré ces actes en matière de contrôle.

1) Dénaturation des dispositions du Code pétrolier de 1955

Les actes de prise de participation ne laissent aucun doute sur la volonté de l'Etat d'orienter et de direiger l'activité pétrolière. Les nouveaux pouvoirs qu'il se réserve ne peuvent être mis en oeuvre dans le cadre classique des dispositions du Code pétrolier.

Assurément, une appréciation exhaustive des transformations qu'impliquent ces actes ne peut être envisagée sans analyse des clauses des contrats d'applications dont l'objet est de préciser le contenu des rapports entre les parties. Il n'en demeure pas moins que, compte tenu de la formule de participation adoptée, une série de dispositions de notre Code pétrolier ne peut qu'être détournée de son but initial et perdre beaucoup de sa signification véritable.

Comme nos l'avons constaté, la participation de l'Etat est majoritaire dans la plupart des cas. Cette orientation a pour corollaire le transfert du pouvoir de décision à l'Etat qui a désormais la hute main sur les opérations pétrolières. Or, cette prééminence ne peut nullement s'exprimer par les dispositions du Code pétrolier axées sur l'initiative privée et l'exclusivité d'action de la société contractante.

En matière d'exécution proprement dite des titres pétroliers, les obligations que prévoit le Code pétrolier et le contrôle qu'il organise n'ont plus de sens à partir du l'Etat est le principal destinataire (1).

---

(1) Cf. BENCHIKH (M.), **op. cit.,** p. 198.

Les dispositions consolidant le statut des sociétés ntractantes posent des problèmes analogues. Prépondér-t au sein des comités directeurs, l'Etat peut prendre toute cision jugée nécessaire. Deveneus minoritaires, les ciétés contractantes ne peuvent, a priori, plus tirer ava-age des dispositions d'immuabilité et de garantie (1). ela évidemment sous réserve des clauses prévues par les ntrats d'application en faveur de l'actionnaire minori-ire.

Dérogation au droit commun de l'entreprise publique.

Par sa prépondérance dans la direction de la parti-pation, l'Etat détient la faculté de statuer. Il reste à déter-iner les conséquences de la transformation intervenue sur ampleur de sa faculté d'empêcher, deuxième aspect symé-ique du contrôle (2). Plus précisément, les sociétés parti-pantes sont-elles soumises au contrôle général du droit ommun de l'entreprise publique, qu'il s'agisse des dispo-tions en vigueur (celles de la Cour des Comptes notam-ent) ou instaurées postérieurement ?

Envisagée sous l'angle du droit français, la réponse st affirmative dans les nombreux cas de participation ublique majoritaire. Selon le rapport BRANGER, le ontrôle applicable à l'entreprise publique proprement dite oit s'étendre au secteur mixte lorsque la proportion du apital détenu par l'actionnaire public devient majoritaire. s'agit là, d'après le même rapport, d'un seul séparant la mple participation financière de l'entrepirse publique (3)

(1) **Ibid**

(2) WALIN (M.), **Droit Administratif, op. cit.,** p. 758.

(3) Etude sur les participations financières de l'Etat (société d'éco-omie mixte) - rapport présenté, au nom du Conseil économique, par BRANGER - Pairs, Impr. des Journaux Officiels, 1959,48 p. V., galement, CHENOT (B.), Direction et contrôle des entreprises natio-

A l'instar des formules de participation introduites dans les pays producteurs en voie de développement, le législateur libyen ne va pas aussi loin. Les sociétés participantes restent des sociétés de droit privè. Ainsi, le contrôle de l'Etat ressort des stipulations législatives ou règlementaires instituant des dispositions dérogatioires en sa faveur.

b) L'inadaptation structurale du système en vigueur.

Au-delà des ses effets sur les dispositions régissant les rapports entre l'Etat et ses partenaires, le processus de participation entraîne l'inadaptation de la structure même du système pétrolier. Certains aspects de ce système qui par le régime de concession sont mis en cause. Partagés par l'ensemble des pays producteurs après la généralisation du système de participation, ses aspects tiennent essenteillement au marché pétrolier et à son corollaire, le système fiscal.

Tout d'abord, l'intégration horizontale des sociétés est comprise. Leur contrôle marché pétrolier international est menacé. Augmentant les tonnages faisant l'objet de «marginal», les prises de partcipation dans les concessions pétrolières réduisent le marché contrôlé par les sociétés(1) L'importance de cette évolution sur le système en vigueur

---

nailsées, in **Le fonctionnement des entreprises nationalisées en France, Troisième colloque des Facultés de Droit,** (France), pp. 151-163.

(1) Le marché «marginal» est, comme nous le savons, le marché non contrôlé par les grandes sociétés. A la fin de 1973, le pétrole contrôlé par les sociétés représentait les deux-tiers du marché pétrolier. Au début de l'année 1975, le marché «marginal» représente 60% au moins du pétrole exporté par les pays de l'O.P.E.P. et ne mérite par conséquent plus ce nom. Cf. MARCONI (R.), **Pétrole, la grande confrontation,** Toulouse, Editions des Hespérides, 1974, 270 p., p. 89 notatmment.

est considérable; il suffit de rappeler que c'était par référence au marché «marginal» que l'O.P.E.P. avait entrepris les grandes augmentations unilatérales du prix de 1973.

Un second point qui complète le premier est que les conditions économiques et juridiques créées par le processus de participation et l'extension progressive du secteur public pétrolier qui en résulte aboutissent nécessairement à la modification, sinon à l'abolition de la structure du système fiscal en vigueur. La refonte totale de ce système est à l'ordre du jour de l'O.P.E.P. (1). En attendant l'aboutissement à un consensus sur la question, les initiatives de nature essentiellment quantitative prises en la matière récemment en Libye comme dans l'ensemble des pays producteurs membres de l'O.P.E.P., ne peuvent être que transitoires.

3.—L'ENTREPRISE PETROLIERE CONTROLEE.

Selon la formule de participation adoptée en Libye, la conduite effective des opérations pétrolières reste entre les mains de la société contractante. Cependant, les actes de prise de participation tendent à placer cette dernière sous le contrôle du comité directeur, pierre angulaire de la participation, au sein duquel l'Etat est, comme nous l'avons vu, fortement représenté. Vérifions ces obervations en matière d'exploitation technique des gisements tout d'abord, en matière de disposition des produits extraits, ensuite.

1.—L'exploitation technique des gisements

Confiant le rôle d'opérateur à la société conctractante, les actes de prise de participation réservent au comité directeur un pouvoir de contrôle assez étendu.

(1) Cf. Résolutions de la XXXVIIème conférence (janvier 1974) notamment.

a) La dévolution du rôle d'opérateur à la société contractante

L'ensemble des actes de prise de participation attribue d'emblée le rôle d'opérateur technique à la société contractante (1). Or, si cette dernière mène ses activités sous l'impulsion des directives du comité directeur, elle est dirigée par un directeur général dont la désignation échappe aux autorités publiques.

En confiant d'un coup à la société contractante le rôle d'opérateur, les actes libyens de prise de participation reprennent les inconvénients des anciens contrats de concession, des contrats de service ainsi que de l'accord de participation conclu avec les pays du Golfe, dit de New York (2).

Refusant toute responsabilité industrielle aux organismes publics, ces actes n'aménagent aucune présence active de ces derniers sur le champ. De la sorte, ils s'écartent des accords, certes exceptionnels, qui, sinon, confient à l'organisme public le rôle d'opérateur exclusif (3), du moins cherchent une répartition équilibrée de ce rôle entre les parties (4).

Il serait même permis de se demander si ces actes ne nient pas certains textes du droit pétrolier libyen. Nous songenons notamment à l'àrticle 5-3 de la loi 24-1970 du 5 mars 1970 portant création de la N.O.C. La formule

(1) Cf., en particulier, articles 7/1 et 9/1, loi 44/1973 portant nationalisation d'OCCIDENTAL OF LIBYA; articles 7/2 et 8/1, loi 66/1973 portant nationalisation des grandes sociétés internationales opérant en Libye, précitée.

(2) Cf. l'article de Monsieur N. SARKIS, L'accord de New York sur le pétrole, in **Le Monde,** 23 janvier 1973, pp. 15-16.

(3) Accord SONATRACH-GETTY du 19 octobre 1968.

(4) Accord franco-algérien du 29 juillet 1965.

d'association que cet article organise est obligatoirement fondée sur la participation effective de la N.O.C. «dands toutes les opérations ...»

Le législateur semble conscient des lacunes de la formule de participation adoptée. Dans certains actes de participation, entrepris sous forme de nationalisation partielle (1). il autorise le Ministre du pétrole, dans des délais déterminés, à créer des sociétés anonymes libyennes sand but lucratif. Ces sociétés dont les actions appartiennent entièrement à la N.O.C.assument, au nom des parties, le rôle d'opérateur. Mais, cette disposition n'a pas été jusqu'ici mise en application.

b) Le contrôle

Les actes de prise de participation chargent le comité directeur de veiller au «contrôle et à la conduite des opérations» (2) dans les champs pétroliers.

La disposition est, nous le constatons, très générale. Elle permet difficilement la définition des rapports et le partage des responsabilités entre le comité directeur et la société opératrice. Le législateur a voulu sans doute laisser cette définition aux contrats ultérieurs d'application.

La matière est délicate. Elle pose des problèmes analougues à ceux connus dans l'organisation des sociétés anonymes et relatifs à la dulité de fonctions de président

(1) Cf. article 9, loi 44-1973 portant nationalisation partielle d'OCCIDENTAL OF LIBYA, précitée ; article 8, loi 66-1973 portant nationalisation partielle des grandes sociétés internationales opérant en Libye, précitée.

(2) Cf. article 7-2, loi 44-1973 portant nationalisation partielle d'OCCIDENTAL OF LIBYA, précitée; article 7-2, loi 66-1973 portant nationalisation partielle des grands sociétés internationales opérant en Libye, précitée.

de directeur général. Les solutisns, peu systématiques, rient avec les hommes. La question est en tout cas de voir si le comité directeur, ou son président, est réellent la pierre angulaire de l'édifice comme le laissent tendre les actes de prise de participation. L'importance s missions confiées à la société ou à son direur général ne va-t-elle pas affaiblir les pouvoirs du mité, sinon condamner la partie publique au rôle ingrat ctionnaire de sociétés anonymes ? La réponse, qui se gage des contrats d'application à ces questions, déterne, dans une grande partie, les apports des actes de prise participation aux pouvoirs de l'Etat dans la gestion de ntreprise pétrolière.

–La disposition des produits extraits

L'examen des apports des actes de prise de participon dans ce domaine nous conduit à développer deux nts : la dévolution du rôle de commerçant à la société ntractante et le nouveau pouvoir de contrôle que ces es impliquent.

La dévolution du rôle de commerçant à la société contractante.

Egalitaire ou majoritaire (51 %), la participation de tat dans les conessions pétrolières aboutit à une réparti- n correspondante des produits extraits entre la partie blique et la société contractante. Stricte au niveau de production, cette répartition l'est moins au stade de la mmercialisation. La part publique des produits extraits ut-participation) est' dans l'ensemble, écoulée par la iété contractante. Dans ces conditions, les bases de rocession, autrement dit le prix de rachat du brut-partiation, prennent une grande importance.

1. Ecoulement du brut-participation.

En admettant l'écoulement du brut-participation par la société contractante, la formule de participation adoptée en Libye a dû tenir compte de deux impératifs : tout d'abord, faire bénéficier le jeune organisme public (la N.O.C.) dépourvu dans l'immédiat de moyens et de débuouchés, des possibilités de commercialisation du partenaire étranger ensuite, ne pas entraver l'exécution des contarts d'approvi-
ensuite, ne pas entraver l'exécution des contrats d'approvisi-
onnement conculs par ce partenaire par une réduction brutale des quantités qu'il peut exporter (1).

Aussi, «cliente privilégiée», la société contractante commercialise le brut-participation au même titre que le brut-concession qui constitue sa propre part. C'est dans ce sens que vont les contrats de vente à long terme progressivement arrêtés entre les parties (2). Nous en citons deux en reprenant les cas de participation qui nous sont devenus familiers.

Le premier est le contrat arrêté avec A.G.I.P. dans le cadre de l'accord de participation N.O.C.-G.I.P. du 30 septembre 1972. Confromément à ce texte, la commercialisation du brut-participation est confiée à A.G.I.P. pour

---

(1) Cf. DEVAUX-CHARBONNEL (J.), L'accord de New York sur la participation ... in **A.F.D.I.**, 1973, p. 748.

(2) Les actes de prise de participation, notamment les lois de nationalisation partielle, sont peu détaillés en la matière. La loi n° 44-1973 portant nationalisation partielle d'OCCIDENTAL OF LIBYA, est muette sur cette question. La loi n° 66-1973, texte relatif aux grandes nationalisations partielles subséquentes, se contente d'introduire un disposition transitioire (article 12) confiant aux sociétés concernées la commercialisation de la part publique du brut pour une période d'une mois. La question exige une entente préalable entre les parties et le législateur a jugé plus opportun de laisser aux contrats d'application ultérieurs le soin d'en déterminer les modalités.

e période de cinq ans. Ce délai s'étend jusqu'à la fin de nnée 1977, date qui coincide avec le règlement définitif l'indemnisation due à cette société au titre de la cession e 50 % de ses titres. Récemment, en juillet 1975, un uveau contrat portant sur la fournitrue à A.G.I.P. de millions de tonnes par an de brut a été conclu. Notons pendant que les quantités prévues proviennent, non ulement de la participation N.O.C.-A.G.I.P. mais aussi du ut revenant à l'Etat d'autres gisements régis par le sysme de participation ou intérgalement nationalisés.

Le second contrat est celui conclu avec OCCIDENTAL F LIBYA, le 12 août 1973. Appliquent la loi de nationation partielle n° 44-1973 promulguée la veille, ce contrat gageant ladite société à commercialiser les 51 % de la rt de la production revenant à l'Etat «pendant toute la rée que reste à courir de sa concession» (1).

Bases de rétrocession.

L'écoulement du brut-participation par la société ntractante a entraîné l'apparition d'un nouveau prix le marché pétrolier. Ce prix, dit prix de rétrocession(2) pplique ainsi au brut revenant à l'Etat-participant et vendu à la société. Il s'ensuit que c'est finalement le x qui traduit financièrement les avantages inhérents à participation de l'Etat dans les concessions pétrolières.

Cela étant nous ne nous attardons pas sur le problème u prix de rétrocession ici. Deux points méritent cependnt d'être soulignés .

---

(1) V. **P.G.A.,** 1er septembre 1973, p. 23.

(2) Ce prix peut porter sur le «brut-relais ... BRIDGING OIL» que at est tenu de vendre à la société participante, ou sur le «brut de re-e ... PHASE-IN OIL» que cette société s'engage à acheter à l'Etat, elui-ci le lui demande.

Le premier est relatif aux modalités de détermination de ce prix. En effet, à la suite de l'instauration du pouvoir règlementaire en matière de prix affiché en octobre 1973, l'acte conventionnnel a laissé la place à l'acte unilatéral.

Le second point porte sur le niveau du prix de rétrocession. Suivant le mouvement général du prix du pétrole, le prix de rétrocession a atteint, en janvier 1974, 16 dollars par baril (brut 37- A.P.I.) . Ce chiffre record a été l'objet de réductions successives pour être ramené en juin 1975 à 11,10 dollars pèr baril.

b) Le contrôle

Sur le plan des principes, les actes de prise de participation aboutissent à renforcer considérablement le contrde de l'Etat à l'égard de la disposition des produits extraits. Ce contrôle s'exerce tout d'abord par l'intermédiaire du comité directeur, pierre angulaire de la participation au sein duquel l'Etat est, comme nous l'avons constaté prépondérant. Ensuite, conformément aux actes de prise de participation, la propriété des produits extraits étant «... indivisirle (et) indivise...» (1). Dans la mesure où l'Etat est le participant majoritaire dans la plupart des cas, et l'acteur principal dans la direction des participations cette disposition ne peut que lui donner la haute main en la matière.

Il n'en demeure pas moins que le pourcentage d'intéressement public au capital social est, comme nous le savons, de 50 % dans l'accord N.O.C./A.G.I.P. Il est, dans le reste

(1) Cf. article 11, loi 44-1973 portant nationalisation partielle d'OCCIDENTAL OF LIBYA, précitée; article 12, loi 66-1973 portant nationalisation partielle des grandes sociétés internationales opérant en Libye, précitée.

es cas, de 51%. Sur le plan financier, ce taux conditionne, ein sûr, la répartition des profits de l'entreprise entre les arties dont l'importance est proportionnelle à leur particip-tion respective. Sur le plan du contrôle, notamment, ette situation se traduit par un pouvoir du contrôle irect sur des quantités correspondantes de produits xtraits, qui représentent ainsi le brut-participation dont ous venons de parler. Ajoutées au brut revenant des gise-ents intégralement nationalisés, ces quantités atteignent n même dépassent en 1974 60% de la production pétrolière tale du pays (1).

Situées dans le contexte de leur promulgation, les tes libyens de prise de participation consitutent discutablement un succès. L'accord de New York 5 octobre 1972 fixait à 25% uniquement le taux intéressement des Etats du Golf e dans les conc-sions pltrolières. A ce taux prévu pour les années 73-1977, le même accord prévoit une posisbilité d'aug-entation progressive et sous certaines conditions jusqu'à maximum de 51 % en 1982. Il est évident que ce méca-sme diminue dans les mêmes proportions la part du ut directement contrôlée par les Etats producteurs.

Il n'en demeure pas moins que l'accord de New York révisé sur ce point. Relevé entre-temps à 60% (2), le ux d'intéressement des Etats concernés a atteint dans ertains cas le contrle total (3).

Examinés à la lumière de certaines dispositions du oit pétrolier libyen lui-même, les actes de prise de particip-

(1) V. **P.E. (P.P.S.)**, avril 1974, p. 128.

(2) Exemple : l'accord conclu en juin 1974 en Arabie Séoudite et icable avec effet rétroactif à partir du 1er janvier 1974.

(3) L'accord conclu le 12 mars 1976 à Panama City entre l'Arabie udite et l'A.R.M.Co., l'accord annoncé le 17 septembre 1976 entre atar et la QATAR PETROLEUM COMPANY.

ation marquent un recul. Signalons à cet égard l'article 5-3 de la loi n° 14-1970 portant création de la N.O.C. et définissant les éléments du «contrat de service» que cet organisme est appelé à conclure. Sous réserve des différences de nature entre les actes de prise de participation et ce contrat, il n'est pas inutile de rappeler que la N.O.C. y dispose de la propritété exclusive de tout le pétrole extrait par son partenaire. Ce dernier est un simple agent, un entrepreneur de la N.O.C. à qui elle fournit des services techniques, financiers ou commerciaux.

Au terme de cet exposé sur les apports des actes de prise de participation au pouvoir administratif, en matière de disposition des produits extraits, deux remarques s'imposent.

La première est que la N.O.C. reste écartée du domaine commercial et tout se passe comme si l'intégralité du brut appartenait à son partenaire. Ainsi, comme dans l'ensemble des contrats pétroliers conclus jusqu'ici dans les pays en voie de développement, des limites s'imposent dès le départ à l'extension commerciale de l'organisme public.

La seconde remarque est que, aussi bien que les anciens contrats de concession ou l'accord de participation de New York, la formule de participation libyenne est axée sur une «participation de production». Organisant un simple partage des matières premières, elle ne ménage aucun mécanisme de traitement du brut sur palce.

CONCLUSION

L'accentuation de l'emprise de l'Etat sur la gestion de ntreprise pétrolière présente la constante de la politique trolière de la Libye ces dernières années. L'objectif asgné est la prise en main de l'exploitation pétrolière et laboration de nuvelles formules de rapports plus conrmes aux impératifs du développement.

Néanmoins, pour des raisons qui tiennent aux resurces financières, matérielles et humaines du pays, tout peut pas être fait dans le même temps. Aussi, sans cuser la construction juridique existante, l'Etat s'est mployé à la «rogner». Par l'action normative ou ntractuelle, il bénéficie de l'évolution des conditions poliques et économiques pour étendre et affermir ses interntions.

La généralisation de la nationalisation intégrale, rocessus progressivement envisagé, est fonction des capatés de l'Etat-ou de ses organismes- à prendre la relève es sociétés privées en tant qu'organe à la fois opérateur commerçant. Un régime de transition est donc nécesaire. En renforçant le pouvoir du contrôle de l'Etat, un l régime doit garantir l'accès des organismes publics aux eux rôles sus-soulignés.

Cette orientation est attestée par l'édification d'un ecteur mixte grâce à la participation publique, souvent najoritaire, dans les concessions pétrolières.

En matière de direction. l'Etat est manifestement evenu le guide et le coordinateur de l'entreprise pétroliire. Dans des dosages souvent complexes d'actes législatifs t contractuels, il a rétabli sa compétence sur plusieurs uestions essentielles, d'autres étant encore décidées par oie conventionnelle ou relèvent du pouvoir de la société contractante.

Mais, détenir la direction pourrait n'être que virtuel si la conduite effective des opérations par la société demeure exclusive. La transformation des rapports s'est en effet réalisée par la greffe de la participation publique sur les dispositions du Code pétrolier de 1955 et de sa convention de concession sans les vider totalement de leurs substances.

1. Dans le domaine de l'exploitation technique des gisements, les actes de prise de participation ont dans l'ensemble maintenu la société contractante dans le rôle d'opérateur. De la sorte, ils privent les organismes publics d'une préparation-souhaitée-aux responsabilités industrielles.

Il est indénaible qu'à la difference de certaines sociétés nationles des pays producteurs frogées de longue date à l'école de l'association, l'expérience des jeunes organismes libyens demeure récente. Débordés dans leurs propres domaines pétroliers, ces organismes, la N.O.C. notamment sont peu préparés à assumer le rôle qu'implique leur participation dans la gestion effective des opérations.

Il n'en reste pas moins que la disposition de véritables instruments industirels exige, outre un effort intens et continu de formation de cadres et de techniciens, l'engagement réel des organismes publics dans l'exploitation pétrolière. C'est ainsi que ces entreprises pourront échapper à l'inertie et assurer leur propre promotion grâce à l'expérience et aux acquis techniques de leurs partnaires.

2. Dans le domaine de la disposition des produits extraits, si la participation instaurée prévoit des mécanismes de reprise de brut, elle est résolument muette quant à des garanties sur les produits finis ou des sefvices tels que le transport maritime. Envisagé sous l'angle du DROIT INTRENATIONAL DU DEVELOPPEMENT, cette «participation de production des matières premières » suscite deux remarques.

Tout d'abord, comme le constate magistralement le professeur M. BYE, «La pire frustration pour un pays (primaire) est de se voir concéder la gestion autonome de ses propres ressources, tout en étant assuré de n'en pas contrôler l'écoulement ...» Dands une véritable coopération, selon l'éminent auteur, les parties «... contrôlent ensemble (la production), de son origine chez l'un, à sa consommation chez l'autre» (1).

Ensuite, pour un pays en voie de développement, l'essentiel n'est pas d'acquérir 51% d'une industrie toujours extractive. le déplacement des pouvoirs de décision serait incomplet sans un déplacement des forces productrices. «Industrie industrialisante» (2), celle des hydrocarbures doit être mise au service global du pays grâce à son intégration dans l'économie nationale.

La Libye, comme les autres pays producteurs en voie de développement, est engagée dans une course contre la montre. Les sociétés pétrolières sont devenues des sociétés énergétiques qui organisent déjà curieusement grâce aux bénéfices pétroliers, la fin du pétrole (3). «L'abondance» pétrolière n'est pas inépusiable, l'Etat se doit de la gérer avec des critères d'austérité. L'avenir repose sur cette gestion et sur la valorisation du brut, jusqu'ici quasiment

---

(1) BYE (M.), Vers l'association à la production et au développement mondial-un exemple : les accords franco-algérien, in **Les investissements et le développement économique des pays du Tiers-Monde,** Colloque juridique international, paris, pp. 348-365, p.355. V., également, MARTIN (J.-M.) et ROTH (E.), La notion de sécurité des approvisionnements de l'Europe en hydrocarbures dans le cadre de l'association avec les pays producteurs, in **P.G.A.,** 2 janvier 1970, p. 16, 14 p.

(2) DESTANNE DE BERNIS (G.), Les industries industrialisantes et les options algériennes, in **Tiers-Monde,** juillet-septembre 1971.

(3) CHEVALIER (J. -M.) : **Le nouvel enjeu pétrolier,** Paris, calmann-levey, 1973 p. 133.

inexistantes dans le secteur privé pétrolier (1). C'est alors que le capital pétrolier permet le développement du pays et la création d'une source de revenus susceptible se prendre sa relève. Dans ce but, le réinvestissement sur place dans projets en aval-élément fondamental de toute collaboration apparaît comme un moyen permettant d'industrialiser le pays et de lui assurer une part plus importante des revenus pétroliers. Il pourrait être corrélativement un instrument efficace de contrôle sur le réemploi des bénéfices.

En relevant les limites de la coopération recherchée avec les sociétés privées pétrolières, ces remarques mettent en relief l'importance de l'instauration des rapports avec les Etats consommateurs industriels. C'est par cette instauration qu'il sera possible de définir les structures juridiques appropriées pour le développement des uns et la sécurité d'approvisionnement des autres et de concrétiser ainsi une solidarité objective existante entre les parties.

Il est certain que, malgré les démarches et les exemples contraires qui pointent ces dernières années, la tentation de remplacer totalement (stades de la production et de la commercialisation) ou partiellement(stade de la commercialisation) les apports des intermédiaires habituels demeur faible chez les Etats consommateurs. Pour des raisons diverses, la sécurité de SUBSTITUTION l'emporte toujours sur une sécurité d'INTEGRATION (2). Il n'en demeure pas moins que l'axe de la politique pétrolière libyenne doit être, nous semble-t-il, systématiquement

(1) Parmi les projets publics de valorisation, soulignons les projets de raQnage qui devraient porter, à la fin de 1978, la capacité du traitement du pays à 48,5 millions de tonnes destinés à l'exportation. V. annexe III, C.

(2) BYE (M.), Lettre manuscrite (5 mars 1968) rapportée par J.-M. MARTIN et E. ROTH, **op. cit.** (P.G.A., 1er janvier 1970), p. 16.

dirigé vers ces rapports sous leurs formes bilatérale ou multilatérale. Dans ce dernier cadre, l'affirmation des Etats producteurs, comme fournisseurs directs, pépend, dans une bonne partie, de leurs connaissances des mécanismes du marché, de leur cohérence et de la convergence de leurs vues specialement en matiere de production.

ANNEXE :

Physionomie de la participation de la Société Nationale Libyenne (la N.O.C.) et de ses Filiales A.G.E.Co et UMM AL JAWABI dans les concessions pétrolières.

TITULAIRES(a)	% de Participation	Concession	Zone	Superficie Km2	
AGIP (ENI)	50	100	II	1	507
NOC	50	82	II	8	805
				10	312
AMOCO LIBYA OIL CO	100	94	II	1	791
		95	II		299
				2	090
AQUITAINE LIBYE	28				
Arap	14	104	II		760
Hispanoil	42	105	II	1	236
Murphy	16				
				1	996
AGECO	100	65 (b)	III	8	434
B.P. EXPLORATION CO	100	80	II	4	516
(LIBYA) LTD		81	III	12	376
				16	892
ESSO SIRTE INC.	24,5	16	I	2	970
Grace Petroleum	12,0	17	I	2	99
NOC	63,5	20	II	3	000
				8	96
Esso Libya	49	3	I	3	64
NOC	51	5	I	1	72
		6	II	8	56
				13	92

Le nom de l'opérateur est en capitales.

Ancienne concession B.P. nationalisée le 7 décembre 1971 et attribuée à la filiale de la N.O.C., AGECO.

n American Oil		88	II	2	998
ANTIC Richfield	50	89	II	2	995
s Petroleum	50	136	I	2	236
				8	229
IL OIL LIBYA	31,9	9	I	2	017
nberg	17,1	10	I	2	283
	51,0	11	I	6	336
		12	II	2	997
		13	II	2	997
		14	II	2	996
		15	II		797
		50	IV	4	981
		57	I	2	999
		62	I	1	055
		72	III	4	999
		124	I	2	220
		125	II	2	633
		126	II		980
				40	290
lental of Libya	49	102	II		788
	51	103	II		790
				1	728

ASIS Co LIBYA, opérateur pour le compte de :		25	I	2	998
		27	II		869
		28	II	1	809
nerada Hess	8,2	29	II	2	533
ntinental	16,3	31	II	8	773
arathon	16,3	32	I	2	999
OC	59,2	33	II	8	690
		59	III	8	132
		71	III	15	063
				51	866
MM AL JAWABI (NOC)	100	42	I	4	581
		43	I	2	998
		44	I	2	997
		45	II	1	809
		46	II	6	204
		47 (a)	II	2	999
		51	II	2	998
		73	IV	10	109
		83	I	1	092
		131	I	3	000
		132	I	3	698
		133	I	1	680
				45	165
MM AL JAWABI(NOC)	75	119 (b)	II	1	489
ark Oil	25	120	II	4	975
				6	464

(b) Anciennes concessions AMOSEAS.

Rheinische	100	106	I	1	366
		107	I	1	288
		108 (a)	II		865
		109	IV	1	624
				5	143
ERSHALL A.G.	50	96	II	1	427
th	50	97	II		
				1	427
L (63 Concessions)				222	932

CIDENTAL participe à l'exploration de ce titre.

accords d'Association.

es accords conclus en 1968-1969 avec L.I.P.E.T. Co, seuls ent les accords suivants :

TITULAIRES	Concession n	Zone	Superficie Km2	
	LP4A	II		
	LP4B	II		
	LP4C	II		
	LP4D	II	15	000
	LP4E	III		
	LP4F	II		
Shell	LP7A	II		
	LP7B	II		
	LP7C	II	14	970
	LP7D	II		
	LP7E	II		