



الجمهورية العربية الليبية الشعبية الاشتراكية العظمى
اللجنة الشعبية العامة للعدل
إدارة القضايا

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
وَإِنَّ حُكْمَكَ يَا قَاسِطُ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُتْسِطِينَ
صَدَقَ اللَّهُ الْعَظِيمُ



مجلة

إدارة القضايا

مجلة قانونية نصف سنوية تصدرها
إدارة القضايا بالجمهورية العظمى

ملحق العدد الثاني عشر / السنة السادسة

الكانون (ديسمبر) 2007 م

مجلة

إدارة قضايا الحكومة

مجلة دورية تصدرها كل ستة أشهر إدارة قضايا الحكومة
لنشر البحوث القانونية والأحكام والقوانين والوثائق

* هيئة تحرير المجلة :

رئيس هيئة التحرير	محمد الصالحين النعاس
عضو	حسن بهجت محمد البلقيني
عضو	مسعد صالح ج
عضو	محمد يسري زهران
عضو	شعبان سليمان عون الله
أمين الصندوق	عبدالمطلب غميص

* مقر المجلة :

إدارة قضايا الحكومة - مجمع المحاكم - شارع السيدي - طرابلس

الجمهورية العربية الليبية الشعبية الاشتراكية

إدارة القضيبي

إهداء

إلى العاملين في مجال القانون والقضاء .. إلى من حملوا مشعل الحق والعدل ، ملتزمين شرف القصد ونبيل الغاية .. إلى كل من يتجه إلى محراب العدالة قضاء أو فقها أو دفاعا .

نهدي العدد الأول من مجلة إدارة قضايا الحكومة ، داعين الله أن تكون هذه المجلة - في عددها هذا وأعدادها التالية - ذات فائدة لكل مشتغل بالقانون ، محققه الغاية منها .

والله ولي التوفيق ،

(محمد الصالحين النعاس - محمد يسري زهران)

إدارة القضاة

تقديم : للأخ محمد علي الجدي
أمين العدل

يسعدني أن أقدم العدد الأول من مجلة إدارة قضايا (الحكومة) إلى جمهور المتخصصين والمهتمين بالدراسات والأبحاث القانونية ، مؤملاً أن تواصل مسيرتها في سد النقص الملموس في مجال الدراسات الفقهية القانونية ، وأن توفر العون المرتمي للمشتغلين بالقانون عامة .

وليس من ريب في أن المركز المتميز الذي بلغته هذه الإدارة في ظل قانون إنشائها رقم 87 لسنة 1971م ، والدور الهام الذي اسند إليها كمستشار قضائي ومدافع عن الجهات العامة جميعاً فضلاً عن الشركات العامة ، قد أتاح لها مكنة تكوين إطارات قانونية وطنية متخصصة توفر لها من خلال ممارستها أعمال هذه الإدارة في الفترة اللاحقة على صدور ذلك القانون - مقداراً ملحوظاً من الاحاطة الشاملة بأحكام التشريعات القائمة ودقاتنها ومذاهب تفسيرها الفقهي والقضائي ووجهات الرأي المتفرقة حولها ، بالإضافة إلى الخبرة والتمكن العملي ، مما يمكنها من تقديم سلسلة متصلة من الأبحاث والدراسات الفقهية ، والتعريف بالاتجاهات القضائية ، المحلية والمقارنة ، على نحو يقدم عوناً محقق الفائدة للحركة الفقهية القانونية التي تعاني افتقاراً واضحاً إلى مثل هذه الدراسات المتخصصة .

محمد علي الجدي
أمين العدل

إدارة القضيبي

محتويات العدد

بحوث ودراسات

- 5 تقديم .. للأخ محمد علي الجدي أمين العدل
- 9 إدارة قضايا الحكومة .. للأخ محمد الصالحين النعاس
- 15 المساعدة والإنقاذ في القانون البحري .. للمستشار الدكتور أحمد حسني
- 46 المسؤولية عن الضرر في الفقه الإسلامي للمستشار مسعد صالح
- 79 عقد المعارسة (دراسة مقارنة) للمستشار فتحي لاشين

تعليقات على الأحكام الليبية

- 102 للمستشار حسن بيجت محمد البلقيني

أحكام

- 131 من أحكام المحكمة العليا
- 158 من أحكام محاكم الاستئناف
- 181 من أحكام المحاكم الابتدائية
- 189 من أحكام القضاء الأجنبي

إدارة القضيبي

بجوت ودراسات

ادارة القضاة

إدارة القضيبي

إدارة قضايا الحكومة

للأخ: محمد الصالحين النعاس
وكيل إدارة قضايا (الحكومة)

لم يعد يقتصر نشاط الدولة في العصر الحديث على حماية الأمن الخارجي والداخلي وجمع الضرائب لتمويل الجيوش وقوات الأمن وأداء رواتب الموظفين والعاملين في الحكومة بل تغير هذا المفهوم تماماً حيث كان ذلك الفهم يرتبط بعناصر الدولة المكونة لها وهي النظام السياسي والمواطنين والمساحة الجغرافية وأصبحت الدولة تتكون من عناصر أساسية إضافية إلى المساحة الجغرافية والشعب وهذه العناصر تتكون من مجموعة المقومات السياسية والاقتصادية والاجتماعية المرتبطة ببعضها ودليل ذلك أن بعض الشعوب لم تتمكن من أخذ زمامها بأيديها بمقولة أنها غير قادرة اقتصادياً وثقافياً على مجابهة متطلبات الحياة .

وخلاصة القول أن شعوب الأرض جميعاً بدأت تطمح للسيطرة على مقدراتها بنفسها فارتبطت السياسة بالاقتصاد ارتباطاً وثيقاً وأصبحت الخزنة العامة تأخذ مظهراً من مظاهر نشاط الدولة سواء على مستوى العلاقات الخارجية أو على مستوى الحياة اليومية في الداخل التي ترتبط بالجماعة والفرد واتخذت وظيفة الدولة مظهراً جديداً فهي تقوم بالتخطيط الاقتصادي وتشرف على سير التعليم وتوجيهه بما يتلائم مع مصلحة البلاد وتنشئ المرافق العامة التجارية والصناعية وتلجأ للتأمين وإدارة المصانع والجمعيات التعاونية والاستهلاكية وتتولى سياسة التعمير والإسكان سواء بان

تقوم بنفسها بإنشاء المساكن أو بإعطاء القروض للجماعات والأفراد لإنشائها وهي أيضاً تقوم بتخطيط المدن والقرى ونزع الملكية للأراضي والعقارات للمنفعة العامة وتقرر أن بعض الأراضي صالحة للزراعة فلا يجوز إنشاء المباني أو المصانع عليها إلا بإذن منها وهي كذلك توجه الزراعة وتقوم أحياناً بزراعة الأرض بوسائلها وتدير مزارعها ثم هي تتدخل في الحقل المالي والاقتصادي وتنظيم سوق الاستيراد والتصدير وتساعد المنشآت الخاصة وتساهم فيها أحياناً وتديرها بنفسها كما تتولى الدولة مسئولية الضمانات والتأمينات الاجتماعية ومسئولية العدالة الاجتماعية بين المواطنين فتكبح جماح الاستغلال أن أطل برأسه وتوفر متطلبات الفرد وتنسق سياسة الضرائب والقروض وتقيمن على المصارف التجارية والصناعية والعقارية والزراعية وتشرف على مرفق المواصلات .. الخ بحيث باتت وظيفتها إجراء موازنة ومعادلة يومية وتنظيم مستمر يتم ساعة بساعة فلا يتوقف على موسم معين أو ظرف قد يطرأ ونتيجة لذلك فإن السلطات الإدارية أصبح معترفاً لها بأن تسلك في إدارة أموالها وأملاكها الخاصة دون العامة مسلك الأفراد وتتبع في ذلك نفس الوسائل التي يتبعونها في إدارة واستغلال أموالهم وممتلكاتهم فتبيع وتشتري وتؤجر كما يبيعون ويشتررون ويؤجرون ونتيجة لذلك قد يقع خطأ من الجهة الإدارية في أحد تصرفاتها بسبب ضرراً للأفراد والهيئات أو قد يضيع لها حقاً نتيجة تصرف خاطئ من أحد المواطنين وكان لابد من أن يتحصل المضرور على حقوقه ولما كانت الدولة تقوم على مبدأ المشروعية ، فمن الطبيعي أن تكون هناك سلطة تقوم برقابة الإدارة في تصرفاتها بحيث يمكن أن تعيدها إلى جادة الصواب أن هي حادت عنه وكذلك تأخذ للجهة أو الإدارة حقها أن هو سلب من قبل فرد أو جماعة والجهاز الذي يتولى الفصل في تلك المنازعات بما لديه من

مستندات ويعني ذلك أن الجهة الإدارية معرضة لأن ترفع الدعوى عليها أمام المحاكم أو تضطر أحياناً لرفع الدعاوى للحصول على حقوقها .

وحتى تتمكن جهة الإدارة من عرض وجهة نظرها أمام القضاء فلا بد لها من ممثل ينوب عنها وتسد الإدارة والهيئات والمؤسسات في بعض الدول تلك المهمة إلى محامين يتعاقدون معها وتلجأ دول أخرى إلى توظيف بعض المستشارين القانونيين لديها يمثلونها أما القضاء بموجب تفويضات تصدر إليهم من الجهات التي يتبعونها إلا أن بعض الدول تسلك فيها مسلكاً آخر إذ لديها ما يعرف بنظام الوكيل القضائي وتطور هذا النظام من مجرد إدارة تقوم على حسابات الدولة سواء إيراداتها من الأملاك والأراضي والضرائب التي يقوم المحصلون بتحصيلها أو المصروفات واتخاذ الإجراءات القانونية ضدهم وضد المحاسبين العامين في حالة تقصيرهم إلى جهاز عام به عدد من الموظفين الذين ينطبق عليهم قانون نظام القضاء ينوبون عن الدولة وهيئاتها ومؤسساتها فيما يرفع منها أو عليها من الدعاوى لدى المحاكم ولدى الجهات الأخرى التي يخولها القانون اختصاصاً قضائياً ويسمى هذا الجهاز في ليبيا (إدارة قضايا الحكومة) .

ولقد كانت إدارة قضايا الحكومة في ليبيا مندمجة في إدارة التشريع والقضاء حتى صدر قانون الحماية رقم (8-1965) الذي وكل مهمة الدفاع عن الوزارات والهيئات والمؤسسات العامة إلى إدارة قضايا الحكومة ولم تكن هذه الإدارة في عداد الهيئات القضائية وكان أعضائها يخضعون لأحكام قانون الخدمة المدنية دون أحكام قانون نظام القضاء واستمر الحال كذلك حتى صدر القانون رقم (86-1971) بإنشاء المجلس الأعلى للهيئات القضائية يتولى الإشراف على هذه الهيئات والتنسيق

بينها والهيئات القضائية هي (1-..... ، 2-..... ، 5-إدارة قضايا الحكومة) وكان طبيعياً بعد ذلك أن يصدر القانون رقم (87-1971) بشأن هذه الإدارة منظماً لها كهيئة قضائية حديثة الإنشاء ونص هذا القانون في مادته الأولى على أن تعتبر هذه الإدارة من الهيئات القضائية وتشكل من رئيس ووكيل وعدد كاف من المستشارين والمستشارين المساعدين والمحامين طبقاً للجدول المرافق للقانون وأجاز القانون إنشاء فروع لإدارة القضايا الحكومية يصدر بإنشائها وتحديد دوائر اختصاصها قرار من وزير العدل بناء على اقتراح رئيس الإدارة ، كما حدد القانون اختصاص الإدارة حيث نص على أنها تنوب عن الحكومة والهيئات والمؤسسات العامة فيما يرفع منها أو عليها من الدعاوى لدى المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها ولدى الجهات الأخرى التي يخولها القانون اختصاصاً قضائياً وفي غير ذلك من الإجراءات القضائية (مادة 4) وأجاز القانون أن تنوب هذه الإدارة عن الشركات والمنشآت التي تملك الدولة رأسمالها كله أو غالبية وغيرها من الجهات الخاضعة لإدارة الدولة فيما يرفع منها أو عليها من دعاوى وبذلك فإن تمثيل إدارة قضايا الحكومة للجهات المنصوص عليها في القانون أمام القضاء يختلف عن تمثيل المحامي العادي لموكله إذ أن إنابة الإدارة تستمد أصلها من القانون أما المحامي الفرد فيستمد الحق في مباشرة الإجراءات القضائية من سند التوكيل أي أن وكالة المحامي العادي تستند إلى وكالة عقدية بينما وكالة عضو إدارة قضايا الحكومة عن الجهات الحكومية فتعتبر وكالة قانونية .

ويسري على أعضاء إدارة قضايا الحكومة بالنسبة للتعيينات والترقيات والعلوات وتقدير درجة الكفاية والنقل والندب والتأديب وانتهاء الخدمة والحقوق التقاعدية ما يسري على شاغلي وظائف النيابة المعادلة لوظائفهم كما يختص المجلس

الأعلى للهيئات القضائية بالنسبة لأعضاء الإدارة بما يختص به من هذه الشؤون بالنسبة لأعضاء النيابة العامة ونص القانون كذلك على جواز النقل بين رجال القضاء والنيابة وأعضاء الإدارة بالطريقة التي يتم بها التعيين في الوظائف التي يجري النقل إليها وعضو إدارة قضايا الحكومة مسئول عما يعهد إليه بمباشرة من الدعاوى المنازعات والأعمال الفنية الأخرى ويقوم بإعداد الدفاع القانوني والموضوعي وإعداد صحف الدعاوى والطعون والمذكرات تحت إشراف رؤسائه وأعضاء الإدارة تابعون لرؤسائهم بترتيب درجاتهم ثم لوزير العدل .

هذا وقد أصدر الأخ وزير العدل القرار رقم (592-1971) باللائحة الداخلية لإدارة قضايا الحكومة وحددت هذه اللائحة كيفية سير العمل إذ تتكون الإدارة من الإدارة العامة وفروع الإدارة وأقسامها والأقسام الرئيسية بها وهي المكتب الفني - قسم التفتيش - قسم المحكمة العليا - قسم القضاء الإداري - قسم الاستئناف - القسم الابتدائي - قسم القضايا الجنائية - قسم قضايا الضرائب - قسم التنفيذ . وعلى رأس كل قسم رئيس يشرف على أعماله الفنية ورئيس الإدارة هو المشرف على جميع أعمالها الفنية والإدارية وعلى جميع الأعضاء الفنيين والموظفين بمختلف الأقسام بما ويوزع العمل على رؤساء الأقسام بالإدارة كما يوزعه على الأعضاء الفنيين والموظفين بالأقسام المختلفة بها .

وإدارة قضايا الحكومة إذ تقدم العدد الأول من مجلتها إلى كل العاملين في المجال القانوني والقضائي من قضاة ومحامين تأمل أن تكون بعملها هذا قد ساهمت في نشر الأبحاث القانونية وأحكام القضاء على مختلف درجاته فضلاً عن الوثائق القانونية

التي يحتاج إليها رجال القانون ، قواعد تنير طريق الحق في الرأي والصواب في القول ولا نحسب أننا في عملنا قد بلغنا غاية ما نرجوه وإنما هو بداية على طريق طويل نقدم فيه جهداً متواضعاً فتوى ومشورة ، فقهاً وقضاءً ليأتي من بعدنا على الدرب يسيراً فيكمل ما بدأنا مستلهماً قول الله تعالى : (وَقُلْ رَبِّ زِدْنِي عِلْمًا) .

وسوف تعنى مجلتنا بإذن الله بأحكام الشريعة الغراء فتعرض مبادئها من معينها الصافي كتاب الله الذي لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه كي تسهم في إرساء قواعده على فهم ووعي جديرين به .

وبذلك يتحقق لدولتنا مكانة القيادة والريادة بين الدول الأخرى بتعاليم هذا الكتاب شريعة المجتمع لا تتغير ولا تتبدل ديناً وعرفاً .

والله ولي التوفيق ،
(محمد الصالحين النعاس)

المساعدة والإنقاذ في القانون البحري الليبي

للمستشار الدكتور: أحمد محمود حسني

1. تمهيد ..

لا تعرف اللغة الإنجليزية إلا كلمة **Salvage** وهي تطلق على أعمال المساعدة والإنقاذ كما تطلق على مكافأة المساعدة ذاتها في حين أن اللغة الفرنسية تقدم كلمتين في هذا الصدد المساعدة **Assistance** والإنقاذ **Souvetage** وقد جرت العادة باستعمال الكلمتين كمترادفتين .

والإنقاذ بمعناه الضيق هو إنقاذ شخص من الموت أو شئ أو مال من الهلاك على أثر حادث كالغرق أو الجنوح . أما المساعدة فهي المعونة التي تقدم لشخص يكون في موقف صعب .

ومن الناحية القانونية فلا يوجد الآن ثمة تمييز بين المساعدة والإنقاذ والواقع أن هذا القول يتضمن قدراً كبيراً من الحقيقة وأن كان ليس صحيحاً بشكل مطلق . فالمساعدة لا تتشابه أو تتماثل مع الإنقاذ إلا إذا كانت المساعدة المقدمة لها طابع استثنائي وفي صالح شخص أو سفينة تكون في حالة خطر الهلاك ، بحيث تصبح المساعدة عملية إنقاذ بالمعنى الواسع للكلمة والتي تفهم على أنها تخليص من الخطر . وفضلاً عن ذلك فيجب التمييز بين الإنقاذ بالمعنى السابق وبين إنقاذ الحطام إذ أن عمليات إنقاذ الحطام تخضع لنظام مختلف وقد يكون من الصعب أحياناً معرفة ما إذا كنا بصدد سفينة أو حطام إلا أنه يمكن القول بأننا نكون أمام حطام إذا كان جسم السفينة قد أصبح غير قابل للانتفاع به على أثر غرق أي أن تكون السفينة

قد هلكت تماماً أثر غمرها كلية بالماء ونكون بصدد سفينة إذا كانت السفينة أياً كان ما أصابها من أضرار تحتفظ بخصائصها كسفينة وان تكون جسماً قابلاً للانتفاع به بعد إصلاحه⁽¹⁾.

ومساعدة وإنقاذ السفن ينظمها في الوقت الحاضر على النطاق الدولي المعاهدة الخاصة بتوحيد بعض القواعد الخاصة المتعلقة بالمساعدة والإنقاذ الموقعة في بروكسل بتاريخ 23 سبتمبر 1910م ، وقد عدلت المادة (14) من هذه الاتفاقية بموجب البروتوكول الموقع في بروكسل بتاريخ 27 مايو 1967م⁽²⁾.

أما على النطاق الداخلي فقد نظمت المواد من (248 إلى 257) بحري لبي أحكام المساعدة والإنقاذ وقد استقيت أحكام هذه المواد من الاتفاقية المذكورة.

2. الروح العامة لنصوص المساعدة والإنقاذ :

لم تكن عمليات المساعدة والإنقاذ محلاً لأي تنظيم لمدة طويلة . كما لم يكن هناك أي التزام بتقديم المساعدة أو المعونة للأشخاص أو للأموال التي توجد في البحر في حالة خطر . إلا أن الأفكار تغيرت هذه الأيام وأدت إلى نشوء التزام قانوني بالمساعدة وتقدير جزاءات على الإخلال بهذا الالتزام .

ولما كان الغالب أن تقدم المساعدة طوعاً أو بناء على طلب من تقدم له المساعدة فقد ثارت في العمل صعوبات تتعلق بتحديد الأجر العادل للمنقذ .

1 - دنكرك 1955.7.11 م مجلة القانون البحري الفرنسي ص 106 وتعليق جراندميزون .

2 - لم تنضم الجمهورية العربية الليبية إلى هذه الاتفاقية حتى الآن .

فلا مجال ابتداءً للتشبيه القائم بين عمليات الإنقاذ وبين الخدمات التي تقدم عادة على الأرض أو في البحر .

إذ أن المساعدة تتطلب عمليات ذات طبيعة خاصة تختلف تبعاً للحالة كما تتطلب دائماً إلمام خاص بمعلومات معينة ومهارات خاصة فضلاً عن امتلاك مهمات من نوع خاص أحياناً .

ومن يقوم بالإنقاذ يكون معرضاً لإنفاق مصروفات من أجل نتيجة غير مؤكدة كما أنه يتحمل مخاطر سواء بالنسبة لشخصه أو بالنسبة لأمواله . لذلك فإن هذه الحالة لا يكفي فيها الالتجاء إلى أي نظام قانوني معروف لتحديد الأجر العادل فلا تعتبر هذه الحالة مجرد فضالة كما أن دعوى الأثرء بلا سبب لا تكفي لتحديد أجر هذه الخدمات . ويمكن أن يحدد أجر (جعل) المساعدة باتفاق الطرفين وهناك كثير من اتفاقات المساعدة تضمنت تحديداً للأجر أو على الأقل حددت طريقة احتساب هذا الأجر إلا أن الغالب أو الغالب الأعم أنه في حالة مواجهة الخطر لا يكون هناك وقت لمناقشة اتفاقات من هذا النوع . وزيادة على ذلك ، فإنه من الصعب في البداية تقدير أهمية الخطر والصعوبات التي تكتنف العملية بحيث ينتهي الأمر بالأجر المتفق عليه فيصبح غير عادل ويضاف إلى ذلك أنه إذا كان رضاء من طلب المساعدة قد صدر في حالة الخطر فإن رضاه قد لا يكون حراً تماماً وقد يستفيد مقدم المساعدة من هذا الموقف ليغالي في تقدير الجعل ولاشك أنه يوجد في هذا الموقف من قبيل الأنصاف سبب كاف لتبرير رقابة القضاء للاتفاقات من هذا النوع بعيداً عن دائرة عيوب الرضا كما وردت في القانون المدني .

3. التطور التاريخي للالتزام بالمساعدة :

تتعرض السفن أثناء سيرها في البحر لأخطار كثيرة قد تضطر معها إلى طلب المساعدة من أشخاص أو سفن أخرى ولما كانت هذه الأخطار من طبيعة الرحلات البحرية وتعرض لها السفن بصفة عامة فقد قوى الشعور بالتضامن بين البحارة مما جعلهم يلون طلب المساعدة دون تردد وقد أستقر هذا الواجب باعتباره التزاماً أخلاقياً في أنفس الربانة منذ زمن بعيد لدرجة لم يجد معها المشرعون في الدول المختلفة ثمة داع لتقريره بنص تشريعي أو بتقدير جزاء على مخالفته إلا أن تطور الحياة الاقتصادية وما نتج عنه من ضعف القيم الأخلاقية أدى في بعض الحالات إلى إهمال هذا الواجب الأخلاقي مما كشف عن ضرورة تقرير هذا الالتزام وحميته بنص جزائي .

وقد جاء القانون التجاري الفرنسي لسنة (1807) المنظم للتجارة البحرية حالياً من أي نص بشأن المساعدة والإنقاذ . وقد ظهرت المساعدة البحرية في القانون الفرنسي لأول مرة في إطار واجب المساعدة في البحر والنصوص الجزائية التي ترتب جزاء للإخلال بهذا الالتزام . وهذا ما فعله قانون 1891.3.10 بشأن الحوادث والتصادمات البحرية الذي وضع على عاتق ربان كل سفينة من السفن المتصادمة التزاماً (بأن يستخدم كل الوسائل التي تكون في استطاعته لإنقاذ السفن الأخرى وطاقمها من الخطر الناشئ عن التصادم) ووضع جزاء على مخالفة هذا الالتزام الغرامة والحبس وفقد القيادة **La Perte du Commandement** (المادة 4) .

وهذا النص الجديد يقصر واجب تقديم المساعدة على حالة التصادم فقط . وفي 1910.9.23م أبرمت في بروكسل معاهدتين الأولى خاصة بتوحيد القواعد

المتعلقة بالمساعدة والإنقاذ في البحر والثانية خاصة بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بالمصادمات البحرية وتضمنت كل منها هذا الواجب⁽¹⁾.

وقد ورد بكل من المعاهدتين نص بتعهد الجهات المتعاقدة التي لا يعاقب تشريعها على مخالفة هذا الالتزام بأن تدخل في تشريعها النصوص اللازمة للعقاب في هذه الأحوال (المادتان 9 من معاهدة التصادم ، 12 من معاهدة المساعدة والإنقاذ) .

والجدير بالذكر أن معاهدة المساعدة والإنقاذ قد فرضت الالتزام بتقديم المساعدة على الربانة في كل الأحوال وليس في حالة التصادم فقط (المادة 11 من المعاهدة) فأعدت بذلك إلى الوجود الالتزام بالمساعدة الذي كان موجوداً من قبل كواجب إنساني وأخلاقي وقد عدلت هذه المعاهدة في مادتها (14) في المؤتمر الدبلوماسي الذي عقد في بروكسل سنة 1967م حتى تنطبق على سفن الدولة .

وقد صدر في فرنسا قانون 1916.4.29م بشأن المساعدة والإنقاذ في البحر استقى أحكامه من معاهدة بروكسل سنة 1910م ، ثم ألغى هذا القانون وصدر قانون جديد في 1967.7.7م برقم (545) خاص بالحوادث البحرية خصص الباب الثاني منه (المواد من 9 إلى 21) للمساعدة .

1 - لم تنضم الجمهورية العربية الليبية لأي من هاتين الاتفاقيتين وأن كانت قد استقت أحكامها في مواد القانون البحري المتعلقة بالتصادم والمساعدة والإنقاذ .
- تنص المادة (8) من اتفاقية التصادم على أنه (بعد حدوث التصادم يجب على ربان كل سفينة من السفن المتصادمة ويقدر ما يكون ذلك في استطاعته بدون أن يعرض سفينته أو طاقمها أو ركبها لخطر جدي أن يقدم مساعدته للسفينة الأخرى وطاقمها وركابها ..) .
- وتنص المادة (11) من اتفاقية المساعدة على أنه (يجب على ربان كل سفينة يقدر ما يكون ذلك في استطاعته بدون أن يعرض سفينته أو طاقمها أو ركبها لخطر جدي أن يقدم مساعدته لكل شخص يوجد بالبحر تحت خطر الهلاك حتى ولو كان من الأعداء) .

وهذا القانون الفرنسي الجديد لم يغير شيئاً على الإطلاق من مبادئ معاهدة (1910) وقانون 1916م . ومن ناحية أخرى فقد أخذ بالاتجاه الحديث إلى تطبيق قواعد المساعدة على سفن الدولة وسفن الخدمة العامة⁽¹⁾.

وقد قامت كثير من الدول التي صدقت على معاهدة المساعدة بتعديل تشريعاتها الداخلية حتى تقترب أو تطابق التشريع الدولي أي معاهدة ، وهذا ما فعلته أسبانيا أخيراً بموجب قانون 1962.12.24م ويوغسلافيا التي أصدرت في 1966.3.10م تشريعاً خاصاً يتعلق بالإنقاذ في البحر وفي المياه الصالحة للملاحة⁽²⁾.

أما في الجمهورية العربية الليبية فقد نصت المادة (242) من القانون البحري الصادر سنة 1953م على أنه (على ربان كل سفينة اصطدمت بغيرها أن يغيث السفينة الأخرى وبجارتها وركابها بقدر ما يتيسر له ذلك ما دام لا يعرض سفينته وبجارته وركابه لخطر جدي) ، كما نصت المادة (22) من القانون رقم (57) لسنة 1974م بشأن الأمن والنظام والتأديب في السفن على أن (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر وبغرامة لا تتجاوز مائة دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل ربان لم يبذل ما يستطيعه من جهد لا يترتب عليه خطر جدي لسفينته أو للأشخاص الراكبين فيها لإنقاذ سفينة تشرف على الغرق أو شخص يعثر عليه في البحر) .

1 - رينيه روديير ، حوادث البحر ، باريس 1972م ، بند 146 ص 165 .
2 - روديير ، المرجع السابق ، بند 145 ص 165 .

4. جعل المساعدة والإنقاذ :

أقتبس المشرع البحري الليبي المواد الخاصة بتحديد جعل الإنقاذ من معاهدة بروكسل سنة 1910 (المواد من 253 - 255) وكل هذه المواد لها طابع العدالة والإنصاف . ومن الناحية العملية فإن القانون يترك المسألة لعدل وإنصاف المحكمة التي يطلب منها تحديد الجعل على أعمال المساعدة أو الإنقاذ ، بعد أن حدد لها العناصر التي يتعين عليها أن تأخذها في اعتبارها عند احتساب الجعل ، كما بين حدود هذا الجعل . وهذه النصوص في غاية الأهمية وهي لا تطبق إلا في حالة عدم اتفاق ذوي الشأن على الجعل وهو فرض كثير الحدوث . وفضلاً عن ذلك فإن للمحكمة أن تلغي أو تعدل الاتفاق إذا كانت شروطه غير عادلة .

5. إنقاذ الأشخاص :

لا يستحق أي جعل على إنقاذ الأشخاص (م9-1 من المعاهدة و 1-256 بحري ليبي) .

وهذه القاعدة تقليدية في القانون البحري وتبرر هذه القاعدة دائماً بالقول أن الحياة الإنسانية لا يمكن تقديرها بمال ، إلا أن هذه الحجة ليست كافية وخاصة في الوقت الحاضر ومن الأفضل تبرير التقليد هذا بالصيغة الأخلاقية للالتزام بالإنقاذ مع ملاحظة أن من يقوم بذلك في وقت ما قد يكون منتفعاً به في وقت لاحق فالوفاء بهذا الواجب الأخلاقي يجب ألا يحصل على أجر وتعويض ولا يغير من وجهة النظر هذه أن هناك عقوبة جنائية للإخلال بهذا الواجب وإنما على العكس فإن ذلك مما يؤكد الصفة الأخلاقية لهذا الالتزام .

ومع ذلك ففي حالة وقوع حادث في البحر فإن إنقاذ الأموال غالباً ما يقترن في نفس الوقت بإنقاذ أرواح بشرية ، وقد يشترك كثير من المنقذين أو يساعد في عملية إنقاذ هذه الأرواح . وحتى لا يكون هناك إخلال بالمساواة بين من يقومون بإنقاذ الأموال ومن يقومون بإنقاذ الأرواح البشرية فقد أضافت المادة (256) بحري في فقرتها الثانية أن (لمنقذي الأرواح البشرية المتدخلين في معرض الأخطار نفسها حق في حصة عادلة من الجعل الذي يمنح لمنقذي السفينة وشحناتها وتفريعاتها)⁽¹⁾.

6. النتيجة المفيدة :

أتت المادة (249) بحري بقاعدة أساسية فلا يستحق أي أجر إذا لم تؤد المساعدة المقدمة إلى نتيجة مفيدة⁽²⁾.

وهذا هو المبدأ الإنجليزي القديم **No cure. No pay** أي (لا نتيجة مفيدة ، لا دفع) ، الذي كان مستقراً في القضاء عند توقيع معاهدة المساعدة سنة 1910م والذي أتجه القضاء حديثاً إلى اعتباره أحد خصائص المساعدة⁽³⁾. وهذا ما يضيف على العملية طابعها الاحتمالي .

ودائماً ما يثور النقاش لمعرفة ماذا كانت المساعدة المقدمة قد أدت أو لم تؤد إلى نتيجة مفيدة فربابنة السفن المغائة ينازعون ، في حين يميل من قاموا بالمساعدة إلى

1 - تطابق المادة (9) فقرة 2 من معاهدة المساعدة التي تنص على أن (منقذوا الأرواح البشرية الذين يتدخلون بمناسبة الحادث الذي أدى إلى المساعدة والإنقاذ يستحقون حصة عادلة في الأجر الذي يعطى لمنقذي السفينة وشحناتها وملحقاتها) .

2 - تطابق المادة 2 من معاهدة المساعدة .

3 - باريس 1957.1.30م مجلة القانون البحري الفرنسي 1957م (ص 208) نقض فرنسي 1955.4.25م . المجلة ذاتها 1955م (ص 537) .

تعظيم نتيجة تدخلهم وهذا هو طابع البشر . ويمكن القول بوجه عام أننا لا نكون بصدد نتيجة مفيدة إذا كان الأمر قد انتهى إلى عدم إنقاذ شيء ومع ذلك فليس ضرورياً حتى تكون هناك نتيجة أن يكون كل شيء قد أنقذ⁽¹⁾ .

وعليه فإذا كانت سفينة ما قد أنقذت من خطر أول بعمل من أعمال المساعدة ثم هلكت بعد ذلك نتيجة تعرضها لخطر آخر فإن المنقذ الأول يمكنه أن يطالب بمكافأة عن النتيجة المفيدة التي حققها .

7. قيمة الأشياء المنقذة :

وكتيجة منطقية للمبدأ المتقدم **No cure. No pay** فإن قيمة الأشياء المنقذة يجب أخذها في الاعتبار عند تحديد المكافأة . وهذا ما تشير إليه بوضوح المادة (255) بحري في فقرتها الثانية⁽²⁾ .

ولا يمكن بأي حال أن تجاوز هذا المكافأة قيمة الأشياء المنقذة كما تقول المادة (249) بحري في فقرتها الثانية⁽³⁾ .

ولا يختلف الحكم حتى ولو كانت المصاريف التي أنفقها المنقذ أو الخسائر التي تحملها تجاور قيمة الأشياء المنقذة وذلك نتيجة للصفة الاحتمالية لعملية المساعدة⁽⁴⁾ .

1 - تحكيم 1953.11.9 م . مجلة القانون البحري الفرنسي 1954م (ص 683) .

2 - تطابق المادة 8 فقرة (ب) من معاهدة المساعدة .

3 - المادة 2 من معاهدة المساعدة .

4 - ديبيب 1956.12.18 م . مجلة القانون البحري الفرنسي 1957م ص 293 ، وهذا الحكم يعرض لمسألة خاصة بشأن علاقة المستأمن بالمؤمن ، راجع التعليق على هذا الحكم .

وفضلاً عن ذلك فإن جعل المساعدة يحدد بنسبة من قيمة الأشياء المنقذة مع الأخذ في الاعتبار الأساس الثاني للجعل المذكور في الفقرة (أ) من المادة (255) بحري والذي يتضمن أساساً النفقات التي يتكبدها المنقذون والأضرار والمخاطر التي يتعرضون لها وقيمة الأدوات التي استعملوها⁽¹⁾.

وتقوم المحاكم في سبيل الانتهاء إلى نتيجة عادلة بتقدير الجعل بنسبة كبيرة من قيمة الأشياء المنقذة عندما تكون هذه القيمة قليلة وتتراوح هذه النسبة بين 1% ، 60%⁽²⁾.

8. أسس تقدير الجعل :

في سبيل تقدير جعل عادل تبين الفقرة 1 من المادة 255 بحري الأسس التي تستند عليها المحكمة .

وأول شئ المصاريف التي ينفقها المنقذ والأضرار والخسائر التي يتحملها ، والتي لا شك في أنه من العدل أخذها في الاعتبار ، كما يدخل في الحساب أيضاً الصعوبات التي تواجه كل حالة ممثلة في الخطر الذي تعرضت له السفينة التي صار مساعدتها وركابها وبجارتها وشحنتها والأخطار التي تعرضت لها السفينة المنقذة ، وأخيراً فإن القانون يضيف عنصرين للتقدير ، أولهما مدى نجاح أعمال المساعدة أو الإنقاذ إذ غالباً ما يكون النجاح المتحصل راجعاً إلى استعداد ومهارة المنقذ ، وثانيهما إعداد السفينة المنقذة للقيام بعمليات الإنقاذ والذي يكون سبباً لنجاح العملية .

1 - تطابق المادة 8 فقرة (أ) من معاهدة المساعدة .
2 - تحكيم 1953.7.10م ، مجلة القاتون البحري الفرنسي 1953م (ص 647) .

فإذا كانت السفينة المنقذة مخصصة للقيام بعمليات المساعدة قدر الجعل على أساس أكبر مما كانت هذه السفينة سفينة تجارية وقامت بمساعدة سفينة أخرى صادفتها عرضاً في طريقها لأن المساعدة في الحالة الأولى تتكلف أكثر مما تتحمله السفينة التجارية المنقذة في الحالة الثانية نظراً لأن السفينة الأولى تعمل كل الوقت لأغراض المساعدة وعليها بحارة متخصصون .

ويؤدي بنا ذلك إلى القول بأن الجعل ليس مجرد تعويض مخصص لإجراء مقاصة بين المصاريف والجهود المبذولة وإنما من حق من قدم المساعدة أن يحصل على ربح ، وهذا هو الجانب المقابل والمعادل للصفة الاحتمالية للعملية والذي يكون عرضه للضياع إذا لم تؤد المساعدة إلى نتيجة أو إذا كانت النتيجة المحققة غير كافية .

9. طبيعة عقد المساعدة :

يحصل دائماً أن المنقذين المحترفين يوقعون مع الربانة عقود مساعدة . كما توجد عقود نموذجية مطبوعة يكفي فيها بملء الفراغات . وأشهر هذه العقود النموذجية العقد الذي وضعته لجنة اللويدز الإنجليزية⁽¹⁾ .

والفائدة الأساسية من هذه العقود هي الحصول من ربان السفينة المستغيثة على إقرار بأن المساعدات المطلوبة لها صفة المساعدة والإنقاذ ، فضلاً عن أن العقد في هذه الحالة يعتبر دليلاً على قبوله المساعدة المقدمة والقبول لازم حتى تكون هناك مساعدة . وقد نصت المادة (250) بحري (مطابقة للمادة 3 من المعاهدة) على أنه (لا يحق أي جعل للأشخاص الذين يشتركون في أعمال المساعدة إذا كانت السفينة المغاثة قد منعتهم عن إغايتها منعاً صريحاً معقولاً) والواقع أن هذه العقود المطبوعة نادراً ما تحدد

مقدماً جعل الإنقاذ ، إنما ترك تحديد ذلك للتحكيم وإذا تضمنت بيانات خاصة بأسس احتساب الجعل فإن هذه الأسس تستقي من نصوص المساعدة وأخيراً فإن كل هذه العقود عقود احتمالية Aleatoines تتضمن شرط No cure. No pay وحتى إذا كان هذا الشرط غير مذكور صراحة في العقود فيجب أن يفهم إذ أن الصفة الاحتمالية للعقد تعتبر ركناً أساسياً في المساعدة⁽¹⁾.

10. إعادة النظر في العقد :

ومع ذلك فقد يتضمن العقد تحديد قيمة الجعل أو المكافأة . والغالب أن يتفق على أن يكون لمن قدم المساعدة الحق في نسبة محددة من قيمة الأشياء التي يصير إنقاذها ، 20% أو 40% على سبيل المثال .

وللأسباب السابق بيّناها في النبذة (2) فإن هذه العقود تكون قابلة للأبطال أو لإعادة النظر فيها إذا بدت شروطها غير عادلة أو إذا كان الجعل المتفق عليه لا يتناسب بشكل أو بآخر مع الخدمة المقدمة . وبناء على هذه القاعدة الخاصة بالمساعدة فإن التحديد الاتفاقي لجعل الإنقاذ يفقد جزء من فائدته .

والمبدأ الخاص بإعادة النظر في العقد بواسطة القضاء قد أكدته المادة 7 من المعاهدة المساعدة وهي مطابقة تماماً لنص المادة 254 بحري وإذا كان هذا المبدأ يفتقد إلى الأساس القانوني فإننا نلاحظ أن صياغة المادة 254 بحري يكتنفها بعض التعقيد . فالنص يميز الحالة التي يكون العقد فيها قد أبرم لحظة أو تحت تأثير الخطر

1 - باريس 1957.1.30 م ، 1955.4.25 م . سابق الإشارة إليهما .

ويبدو أن الفقرة الأولى من النص تجعل من هذا الطرف سبباً مبرراً لإعادة النظر إذا اعتبرت (أي المحكمة) أن شروط الاتفاق غير عادلة .

إلا أن النص في فقرته الثانية يضع بعد ذلك مبدأ عاماً يطبق في كل الظروف فهذه الفقرة تسمح أيضاً بإبطال العقد أو تعديله :

أ- إذا كان رضا احد الطرفين قد شابه غش أو احتيال أو كتم معلومات.

ب- إذا كان الجعل مرهقاً ولا يتناسب مع الخدمة المقدمة .

فإذا أخذنا في الاعتبار حركة التقدير التي منحها القانون للمحكمة في حالة توافر الشروط المشار إليها فإنه يمكن القول بأن المحكمة يمكنها أن تراقب عدالة ومعقولية العقد في كل الأحوال .

11. خطأ وغش المنقذ :

من الطبيعي أنه إذا كان الخطر الذي توجد فيه السفينة المغائة يرجع في أصله لخطأ من قام بالمساعدة فإن هذا الأخير يجب ألا يكون له الحق في أية مكافأة بما أن هذا الخطأ يفرض عليه التزاماً بإصلاح الضرر الذي سببه .

ومع ذلك فإننا نلاحظ أن الفقرة الأخيرة من المادة 255 بحري (تطابق الفقرة الأخيرة للمادة 8 من معاهدة المساعدة) وإن كانت تسمح للمحكمة أن تستخلص مثل هذه النتيجة إلا أنها لا تجعل ذلك بصفة مطلقة وإنما تترك للقاضي سلطة مجرد إنقاص الجعل .

والنظرة الأولى للنص تجعله يبدو غريباً إلا أنه في الواقع يتفق تماماً مع الروح العامة للقانون البحري إذ تبدو فيه روح العدالة التي تحكم كل تنظيم المساعدة .

ولاشك أن محرروا معاهدة المساعدة وكذا المشرع البحري قد وضعوا في اعتبارهم أخطار البحر والصعوبات التي تواجه الملاحة فلم يروا من العدل أن يكون أي خطأ يقع من مقدم المساعدة سبباً في حرمانه في كل الأحوال من جعل أو مكافأة المساعدة وإنما تركت هذه النصوص للقاضي أن يعالج المسألة بشئ من العدالة تبعاً للظروف ولجسامة الخطأ .

كما يمكن للمحكمة أيضاً أن تدخل في حسابها من أجل إنقاص الجعل أو حرمان المنقذ منه كلية كل عمل تدليس يرتكبه هذا الأخير . وأول ما يتبادر إلى الذهن في هذا الصدد هو السرقة وإخفاء الأشياء المسروقة بالنسبة للأشياء التي يتم إنقاذها وهذا أول ما يخشى منه والذي دعا المشرع إلى النص عليه صراحة في الفقرة الأخيرة من المادة 255 بحري⁽¹⁾ .

12. تقسيم الجعل :

عندما يشترك أكثر من منقذ في عملية المساعدة فإنهم يستحقون جعلاً إجمالياً تحده المحكمة استناداً إلى الأسس السابق بيانها . ثم يقسم هذا المبلغ بين مختلف المنقذين وطبقاً لعبارة المادة 253 بحري (تطابق المادة 6 من معاهدة المساعدة) فإن المحكمة هي التي تقوم بهذا التقسيم في حالة عدم وجود اتفاق بشأنه بين الأطراف . والمحكمة

1 - راجع علي سبيل المثال حكم محكمة رن 1953.1.15 م . مجلة القالون البحري الفرنسي 1953 ان . ص 132 وتتعلق القضية بواقعة إخفاء المنقذ للبضائع التي أفرغها من السفينة المغائة .

تقوم بهذا التوزيع آخذة في اعتبارها ما يستحقه كل منهم استناداً على الأسس المشار إليها في المادة (255) بحري (8 من المعاهدة)⁽¹⁾.

كما يوجد كذلك تقسيم آخر بين الملاك والربان والطاقم لكل سفينة من السفن التي اشتركت في الإنقاذ . فإذا كانت السفينة المنقذة أجنبية فإنه يتعين إخضاع هذا التوزيع لنصوص قانونها الوطني .

13. السمات المميزة للمساعدة :

رأينا أن التقنين البحري الليبي شأنه شأن معاهدة بروكسل لسنة 1910م . قد حدد القواعد الخاصة بحساب الجعل الذي يؤدي لمن يقوم بالمساعدة كما رأينا أن الطبيعة الخاصة لاتفاق المساعدة وللخدمة التي تؤدي تسمح للمنقذ في حالة نجاحه بأن يطالب بجعل غاية في الأهمية يمثل جزءاً من قيمة الأشياء المنقذة وعليه فإنه يكون من اللازم أن تحدد الأحوال أو الشروط التي يستند إليها مقدم المساعدة في المطالبة بجعل أو مكافأة من هذا النوع وذلك باستخلاص السمات المميزة للمساعدة وتمييزها عن الأنشطة المقاربة لها أو الخدمات التي قد تختلط بالإنقاذ وعلى سبيل المثال القطر .

1 - تحكيم 15.11.1952م مجلة القانون البحري الفرنسي 1957م (ص 97) .

أ) الشروط المطلوبة في السفينة المعانة :

14. قبول المساعدة :

هناك شرط أول ضروري وهو أن يكون من قدمت له المساعدة قد طلب أو على الأقل قبل المعونة المقدمة إذ لا يمكن لأحد أن يفرض مساعدة ذات فائدة مشكوك فيها بغرض الحصول بعد ذلك على مكافأة كبيرة .

وقد يكون القبول ضمناً ويعتبر القبول قائماً ما لم يرفض من تقدم له المساعدة صراحة المعونة المقدمة .

وهذا ما تقوله المادة (250) بحري (مطابقة للمادة 3 من المعاهدة) إذ يجب أن يكون الطرف الذي تقدم له المساعدة من أبدأ رفضه تفادياً من أن يصبح مديناً بمكافأة في حين أن الظروف تفرض ضرورة تقديم المساعدة .

وكذلك فإن المادة 250 تتطلب أن يكون الرفض صريحاً معقولاً فقد نصت على أنه (لا يحق أي جعل للأشخاص الذين يشتركون في أعمال المساعدة إذا كانت السفينة المغاثة قد منعتهم عن إغاثتها منعاً صريحاً معقولاً) .

فالمساعدة تتطلب إذن سمة تعاقدية معينة مع أن اتفاق الأطراف لا يؤدي إلى إبرام عقد إذ قد تبقى عناصر أخرى أساسية تتعلق بالجعل غير محددة في الاتفاق .

15-2. وجود خطر :

لا تكون هناك مساعدة ما لم يوجد خطر . فلا نكون بصدد مساعدة بحرية إذا كانت السفينة والأموال والبضائع التي على ظهرها ليست في حالة خطر من فقدها .

وتقدير ما إذا كانت السفينة في خطر هو من مسائل الواقع الذي يخضع لتقدير المحكمة . وقد توسع القضاء في تفسير الخطر فلم يتطلب أن يكون حالاً . وقد اتجه القضاء بوجه عام على توافر الخطر عندما يكون من المتوقع عقلاً أن يتزايد الموقف بحيث يؤدي إلى هلاك السفينة إذا لم تقدم لها المساعدة . وقد قضى باعتبار السفينة في خطر أثر فقدها السيطرة على وسائلها نتيجة عطل أصابها لا يمكنها أن تصلحها بوسائلها الخاصة⁽¹⁾ .

وقد أستقر القضاء الإنجليزي على أن عملية إعادة تعويم السفينة الجانحة تعتبر عملية مساعدة أياً كانت المخاطر التي تحدث .

وعلى ذلك فيكفي أن تكون السفينة في خطر ولا يلزم بالضرورة أن يكون الخطر حالاً وإنما يكفي أن يكون خطراً محتملاً⁽²⁾ .

ومع ذلك فلا يكفي أن تكون السفينة في شدة معرضة لمخاطر عادية إذا كان خطر الهلاك لا يبدو مؤكداً أو ممكن تفاديه⁽³⁾ .

1 - الجزائر 1955.5.23 مجلة القانون البحري الفرنسي ص 344 ، دووية 1956.6.14 المجلة السابقة 1957 م . ص 20 ، بنزرت 1954.5.26 المجلة السابقة 1955 م (ص 237) .

2 - ريبير القانون البحري جزء 3 بند (2150) .

3 - نقض فرنسي 55.4.25 مجلة القانون البحري الفرنسي 55 م ص 526 دووية 1956.11.22 المجلة السابقة 1957 م ص 292 .

وقد اعتبرت في خطر السفينة الجانحة في قناة مدخل الميناء والتي أصبحت غير قادرة على السير والتي يمكن أن تندفع إلى الأرض العالية في حالة هبوب عاصفة وهو أمر ممكن الحصول نظراً للفصل وقد هبت العاصفة فعلاً في الليلة التالية لدخول السفينة إلى الميناء بعد إعادة تعويمها⁽¹⁾.

ب) الشروط المطلوبة فيمن يقدم المساعدة :

1-16. عمل المساعدة :

تتطلب المساعدة عمل ينحصر في معونة أو مساعدة يقدمها المساعد وهناك اختلاف كبير في الآراء بشأن طبيعة هذه المساعدة . فيذهب بعض الفقه على أن المساعدة يلزم أن تقدم في البحر وبواسطة سفينة أخرى فإذا كانت عملية الإنقاذ قد بوشرت من الشاطئ بواسطة حبل مثلاً فإنها لا تعتبر عملية إنقاذ أو مساعدة بحرية⁽²⁾.

وكذلك الحال بالنسبة للأعمال أو الخدمات التي تقدم لسفينة في خطر من شخص إذا كانت هذه المساعدات لم تقدم عن طريق سفينة .

إلا أن هذا الرأي محل نزاع في الفقه ويبدو أن القضاء لا يميل إلى الأخذ به. فلا يوجد في نصوص معاهدة المساعدة ما يرجح هذا الرأي . وإنما على العكس فإن الأعمال التحضيرية للمعاهدة تؤيد الأخذ بالرأي العكسي . ومن ناحية العدالة المجردة فلا يوجد ثمة مبرر لهذا التمييز ، فحتى الذين يعملون من الشاطئ والذين يقومون بعملية إنقاذ يمكن أن يعرضوا أموالهم وأشخاصهم للخطر فالحبل المقدم

1 - استئناف تونس 1954.6.30م مجلة القانون البحري الفرنسي 1955م (ص 227) .

2 - ريبير الوجيز في القانون البحري بند 509 .

يمكن أن يقطع والذين يقومون بالإنقاذ قد يسقطوا في البحر أو يجرحوا أو يقتلوا . كما أن محاولتهم احتمالية وقد لا تؤدي إلى نتيجة مفيدة فهم يخاطرون بإضاعة وقتهم وأدواتهم وفضلاً عن ذلك فإنهم إذا نجحوا في مهمتهم فإنهم يقدمون للسفينة المنقذة نفس الفائدة شأنها شأن المساعدة التي تقدم بواسطة سفينة .

وقد قضت محكمة باريس بأنه إذا قام ربان أجنبي بالصعود على ظهر سفينة جانحة وقام بإدارة العمليات ونجح في القيام بمناورات ماهرة ونجح في تعويم السفينة فإنه يكون قد قام بمساعدة بحرية⁽¹⁾ .

والواقع أن الخلاف المشار إليه قد نشأ في الحالات التي تطبق فيها أحكام معاهدة المساعدة وكذا التشريعات التي تتفق تماماً معها ، إذ أن المادة الأولى من المعاهدة تنص على أنه (تطبق الأحكام الآتية على المساعدة وإنقاذ السفن البحرية التي تكون في حالة خطر وعلى الأشياء الموجودة على ظهرها) .

إلا أن هذا الخلاف لا يثور في حالة انطباق القانون البحري الليبي إذ أن عبارة المادة (248) منه قد جاءت مختلفة في صياغتها عن المادة الأولى من معاهدة المساعدة فتص المادة المذكورة على أن (تنظم الأحكام الآتية الأعمال التي تقوم بها إحدى السفن لمساعدة أو إنقاذ سفينة أخرى في خطر ...) وعلى ذلك فالمساعدة في القانون البحري الليبي تستلزم أعمال مادية تقوم بها سفينة لسفينة أخرى فالمساعدة يجب أن تتم بين سفينتين فلا تسري أحكام المساعدة على المساعدة التي تقدم من البحر أو التي يقدمها شخص دون الاستعانة بسفينة .

1 - باريس 1955.3.7م مجلة القانون البحري الفرنسي 1955م . ص 466 .

17-2. عدم وجود التزام سابق :

حتى يمكن لمن يدعي القيام بمساعدة المطالبة بالجعل يجب أن تكون الخدمات التي قدمها ليست تنفيذاً للالتزام سابق يقع على عاتقه ، وعليه فإن طاقم السفينة التي تكون في خطر يلتزم بموجب عقد عمله على السفينة بالمساهمة في إنقاذها . وكذلك المرشد فإنه ملتزم بتوجيه السفينة بسلام إلى الميناء وأن يضع في سبيل ذلك خدماته وخبراته ومعلوماته تحت تصرف الربان . وكذلك القاطر فإنه ملتزم بموجب عقد القطر بأن يقدم خدمات القاطرة وطاقمها على السفينة المقطورة .

وعلى هذا فإن أي من هؤلاء لا يمكنه أن يطالب بجعل مساعدة نظير الخدمات التي يقدمها حتى ولو كانت السفينة في شدة أو حتى في خطر أثناء قيامهم بهذه الخدمات .

ولا يكون الأمر على خلاف ذلك إلا إذا كانت الخدمات المقدمة غير اعتيادية بحيث لا يمكن اعتبارها داخلة في إطار الالتزامات الناشئة عن العقد السابق . وهذا الحل فرضته صراحة المادة (251) بحري بالنسبة للسفينة المقطورة بها أو لشحنتها (لا يحق أي جعل للسفينة القاطرة عن مساعدتها أو إنقاذها للسفينة المقطورة بها أو لشحنتها ما لم تقم بأعمال غير معتادة لا يمكن اعتبارها تنفيذاً لعقد القطر) .

18. الصفة الاستثنائية والاحتمالية للخدمة المقدمة :

إن الصفة الاحتمالية للخدمة المقدمة ضرورية ولازمة حتى تكون هناك مساعدة بحرية وهذه الصفة وحدها هي التي تفسر الحساب الخاص للجعل وتبرر

حق من يقوم بالإنقاذ في نسبة مرتفعة أحياناً من الأشياء المنقذة يمكن أن تتجاوز مجرد الأجر الخاص بخدمة عادية ليس فيها عنصر الاحتمال الذي في المساعدة .

هذا ويذهب القضاء الحديث كما قال البعض إلى اعتبار الاحتمال جوهر المساعدة فمن الضروري إذن أن يكون الجعل خاضعاً لاحتمال نجاح العملية وللنتيجة التي يحصل عليها.

وهذا ما يجعل محكمة باريس ترفض اعتبار العقد عقد مساعدة في حالة اتفاق قام احد المجهزين بمقتضاه بتقديم صندل بمحرك لمعاونة سفينة ناشبة بالرمال على إعادة تعويمها لأن هذا المجهز قد أشترط إجراء محدداً أياً كانت نتيجة محاولة الإنقاذ ، وقد قدرت المحكمة أن هذا الاتفاق في هذه الحالة لا يعدو أن يكون عقد إيجار خدمات⁽¹⁾ .

كما سبق لمحكمة النقض الفرنسية أن قضت بأن الاحتمال ضروري حتى تكون هناك مساعدة ومجال لتطبيق شرط *No cure. No pay*⁽²⁾ .

إلا أنه يبقى أن نعرف ما يجب اعتباره مكوناً للاحتمال . فإذا رجعنا إلى الحكم السابق . نجد أن محكمة باريس انتهت إلى استخلاص هذا الاحتمال من اتفاق الطرفين بشأن طريقة تحديد الجعل إلا أن هذا التمييز يبدو لنا غير كاف فمن ناحية نجد أن المساعدة يمكن أن تقدم دون أي اتفاق سابق بشأن طريقة تحديد الجعل ، ومن ناحية أخرى فإنه مما يتفق وطبيعة الأشياء أن الاحتمال ينشأ عن الوضع القائم في الواقع فحتى لو تضمن العقد شرط .

1 - باريس 1957.1.30م مجلة القانون البحري الفرنسي 1957م ص 208 .
2 - نقض فرنسي 1955.4.23م المجلة السابقة 1955م . ص 526 .

فإن الجعل لا يكون في الحقيقة احتمالياً إلا إذا قامت في الواقع مخاطر جديدة لعدم نجاح المهمة ترجع إلى الصعوبات أو الأخطار التي تحيط بالعملية ومن ناحية أخرى فإذا كان من يقوم بعملية الإنقاذ متأكد فعلاً من الحصول على أجره فإن اتفاق الطرفين لا يمكن أن ينشئ الاحتمال ولا يغير من طبيعة العمل وفضلاً عن ذلك فإن هذا الاتفاق لا يمكنه أن ينشئ للسفينة المعانة خطراً غير موجود⁽¹⁾.

19. التمييز بين المساعدة والقطر :

الذي يميز المساعدة عن القطر هو الخطر الذي توجد فيه السفينة . فإذا وجدت السفينة المقطورة في خطر عند بداية العملية فإننا نكون بصدد مساعدة ، أما إذا حصل الخطر بعد البدء في تنفيذ عقد القطر فإن الخدمة المقدمة تعتبر للعقد المذكور ما لم تكن أعمالاً غير معتادة لا يمكن اعتبارها تنفيذاً لعقد القطر⁽²⁾.

ولا يكفي لتوافر الخطر أن تكون السفينة المقطورة غير قادرة على التحرك بوسائلها الخاصة⁽³⁾.

إذ لا يوجد في الواقع فرق أساسي بين قطر سفينة في حالة توقف ماكيناتها أو رفاصها وبين القطر في أعالي البحار لصندل غير مزود بوسائل دفع خاصة به ولا يوجد ثمة مبرر لأن يدفع في كل من العمليتين أجر يحسب على أسس مختلفة تماماً عن الأخرى .

1 - نقض فرنسي 1955.4.25 م . سبق الإشارة إليه .

2 - راجع ما تقدم بند (17) .

3 - دووية 56.6.14 مجلة القانون 57 م ص 20 الجزائر 55.5.24م المجلة السابقة 56 م ص 344 الجزائر

55.7.19م المجلة السابقة 56 م ص 96 بنزرت 54.5.26 المجلة السابقة .

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية أنه إذا قامت إحدى سفن الصيد بتقديم خدمة هامة لسفينة أخرى بقطرها عندما كانت هذه السفينة غير قادرة على الإفلات بوسائلها الخاصة من محاصرة رفاصها بمجموعة من الأسماك فإن هذه الخدمة لا تعتبر مساعدة بحرية بالمعنى القانوني ما دام لا يوجد خطر يحيط بالسفينة وإنما مجرد صعوبة وإنما تعتبر عملية قطر⁽¹⁾.

والمفهوم من هذا الحكم أنه في حالة عدم وجود خطر يحيط بالسفينة المعانة فإن الخدمات التي تقدم لها تعتبر مساعدة بحرية بالمعنى القانوني وقد قررت المحكمة ضمناً أن الطرفين لا يمكنهما تبني شرط **No cure, No pay** بما أن الأمر لا يعدو أن يكون مجرد عملية قطر وأن هذا الشرط لا يطبق إلا إذا كانت هناك فعلاً مساعدة بحرية .

كما قضى بان المساعدة التي تقدمها سفينة أثناء عاصفة قوية في بحر هائج لسفينة أخرى أصيبت آلاماً بعطب شديد يعرضها وشحنتها للهلاك تعتبر مساعدة بحرية وليست قطراً⁽²⁾.

20. امتياز جعل الإنقاذ :

نصت المادة (55) على امتياز الجعل الواجب الأداء لصاحب السفينة عما يقوم به من مساعدة أو إنقاذ لغاية نهاية السفر بعد خصم المبالغ المخصصة للربان ولسائر مستخدمي السفينة وقد جعلت المادة لهذا الجعل المرتبة الثالثة⁽³⁾.

1 - نقص فرنسي 1955.4.25 م . مجلة القانون البحري الفرنسي 1955 م . ص 526 .
2 - استئناف رن 1954.4.28 م . مجلة القانون البحري الفرنسي 1954 م . ص 668 .
3 - أعطت المادة 4 من الاتفاقية الدولية الخاصة بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بالامتيازات والرهون البحرية بروكسل 1967.527 م . أعطت لجعل المساعدة المرتبة الخامسة .

21. التقادم :

يسقط الحق في المطالبة بجعل المساعدة أو الإنقاذ بعد مضي سنة من انتهاء أعمال المساعدة أو الإنقاذ (المادة 257 بحري) . وقد حددت معاهدة المساعدة مدة التقادم بسنتين من اليوم الذي انتهت فيه أعمال المساعدة أو الإنقاذ . (م2/10) .

وهذه المدة مدة تقادم يمكن أن تنقطع بإقرار المغاث بالتزامه بدفع الجعل . ويرجع في أسباب الوقف والانقطاع إلى قانون المحكمة التي ترفع أمامها الدعوى (م2/10) .

معاهدة خاصة بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بالمساعدة والإنقاذ البحري

الموقعة في بروكسل في 23 سبتمبر 1910

والمعدلة ببروتوكول 27 مايو 1967

مادة (1)

تطبق الأحكام الآتية على مساعدة وإنقاذ السفن البحرية التي تكون في حالة الخطر وعلى الأشياء الموجودة على ظهرها وعلى النولون وأجرة الركاب وكذا على الخدمات التي هي من نفس النوع التي تؤدي بين السفن البحرية وسفن الملاحة الداخلية بدون أي تمييز بين هذين النوعين من الخدمات وبقطع النظر عن المياه التي حصلت فيها .

مادة (2)

كل عمل مساعد أو إنقاذ أتى بنتيجة يعطي الحق في أجر عادل وان لم تأت الخدمة التي تقدم بنتيجة مفيدة فلا يستحق عنها أي اجر ولا يجوز في أية حالة أن يزيد المبلغ الذي يدفع على قيمة الأشياء التي صار إنقاذها .

مادة (3)

الأشخاص الذين يشتركون في عمليات الإغاثة على الرغم من رفض السفينة المغاثة رفضاً صريحاً ومعقولاً لا يكون لهم الحق في أي أجر .

مادة (4)

لا يكون للقاطرة الحق في أي أجر عن مساعدة أو إنقاذ السفينة التي تقطرها أو شحنتها إلا إذا أدت تلك القاطرة خدمات استثنائية لا يمكن أن تعتبر تنفيذاً لعقد القطر .

مادة (5)

يستحق الأجر حتى في حالة ما إذا كانت المساعدة أو الإنقاذ قد حصلوا بين سفن مملوكة لمالك واحد .

مادة (6)

تحدد قيمة الأجر باتفاق الطرفين و إلا فتحدد بمعرفة القاضي ويسري ذلك الحكم أيضاً على النسبة التي يوزع بها ذلك الأجر بين من قاموا بالإنقاذ .
والتوزيع بين المالك والربان والأشخاص الآخرين الذين في خدمة كل من السفن التي قامت بعملية الإنقاذ يسوى طبقاً للقانون الوطني للسفينة .

مادة (7)

كل اتفاق خاص بالمساعدة والإنقاذ يبرم وقت الخطر وتحت تأثيره يجوز للقاضي إبطاله أو تعديله بناء على طلب احد الطرفين إذا رأى القاضي أن الشروط المتفق عليها ليست عادلة .

وفي جميع الأحوال إذا ثبت أن رضاء احد الطرفين قد أفسد بالتدليس أو التستر أو أن قيمة الأجر مبالغ فيها زيادة أو نقصاً بحيث لا تتناسب مع الخدمة المؤداة فإنه يجوز للقاضي أن يبطل أو يعدل هذا الاتفاق بناء على طلب صاحب المصلحة في ذلك .

مادة (8)

يحدد الأجر بمعرفة القاضي حسب الظروف مع مراعاة الأسس الآتية :

ا- الفائدة التي حصلت ومجهودات واستحقاق الذين قدموا مساعداتهم والخطر الذي كان يحيق بالسفينة التي صار مساعدتها وبركابها وطاقمها وشحنتها وبالمنقذين وبالسفينة المنقذة والمدة المستغرقة والمصاريف والأضرار التي نشأت وأخطار المسؤولية وغير ذلك مما تعرض لها المنقذين وقيمة المهمات التي استعملوها مع مراعاة نوع الخدمة المخصصة لها السفينة إذا اقتضى الحال ذلك .

ب- قيمة الأشياء التي أنقذت .

وتطبق نفس هذه الأحكام على التوزيع المنصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة السادسة .

ويجوز للقاضي أن يحكم بتخفيض الأجر أو برفضه إذا ظهر أن المنقذين قد تسببوا بخطئهم في جعل الإنقاذ أو المساعدة ضرورياً أو أنهم ارتكبوا جرائم سرقة أو إخفاء أشياء مسروقة أو غير ذلك من أعمال الغش .

مادة (9)

لا يستحق أي اجر على الأشخاص الذين صار إنقاذهم مع عدم الإخلال بأحكام القوانين الوطنية في هذا الشأن .

ومنقذوا الأرواح البشرية الذين يتدخلون بمناسبة الحادث الذي أدى إلى المساعدة أو الإنقاذ يستحقون حصة عادلة في الأجر الذي يعطى لمنقذي السفينة وشحنتها وملحقاتها .

مادة (10)

يسقط حق المطالبة بالأجر بعد مضي سنتين من اليوم الذي انتهت فيه أعمال المساعدة أو الإنقاذ .

وأسباب انقطاع وإيقاف مدة سقوط الحق يحددها قانون المحكمة التي ترفع أمامها الدعوى .

وتحفظ الجهات العليا المتعاقدة لنفسها الحق في أن تضع في تشريعها كسبب لابتداء المدة المحددة سابقاً كون السفينة التي صار مساعدتها أو إنقاذها لم يمكن حجزها في المياه الإقليمية للدولة التي يقيم فيها الطالب أو يوجد فيها محله الرئيسي .

مادة (11)

يجب على ربان كل سفينة بقدر ما يكون ذلك في استطاعته بدون أن تعرض سفينته أو طاقمها أو ركابها لخطر جدي أن يقدم مساعدته لكل شخص يوجد بالبحر تحت خطر الهلاك حتى ولو كان من الأعداء .

ومالك السفينة غير مسئول بسبب مخالفة أحكام النص السابق .

مادة (12)

تعهد الجهات العليا المتعاقدة التي لا يعاقب تشريعها على مخالفة المادة السابقة أن تدخل أو تقترح في تشريعها النصوص اللازمة لتقرير معاقبة من يرتكب مثل هذه المخالفة وتبلغ الجهات العليا المتعاقدة بعضها بعضاً في أقرب فرصة ممكنة بالقوانين أو اللوائح التي تكون قد صدرت أو تصدر في بلادها لتنفيذ الحكم المتقدم .

مادة (13)

لا تأثير لهذه المعاهدة في أحكام التشريعات الوطنية أو الاتفاقات الدولية الخاصة بتنظيم خدمات المساعدة أو الإنقاذ بواسطة السلطات العامة أو بوضعها تحت إشرافها وخصوصاً ما كان منها متعلقاً بإنقاذ معدات الصيد .

مادة (14)

لا تطبق هذه المعاهدة على السفن الحربية وسفن الحكومة المعدة كلية لخدمة عامة .

مادة (15)

تطبق نصوص هذه المعاهدة بالنسبة لجميع أصحاب السفن إذا كانت السفينة التي تقوم بالمساعدة أو الإنقاذ أو السفينة التي ساعدت أو انقذت مملوكة لإحدى الدول المتعاقدة كما تطبق في الحالات الأخرى التي تنص عليها القوانين الوطنية .
ومع كل فقد أتفق على ما يأتي :

1. بالنسبة لأصحاب الشأن التابعين لدولة غير متعاقدة يمكن لكل الدول المتعاقدة أن تعلق تنفيذ الأحكام المذكورة على شرط المعاملة بالمثل .
2. في حالة ما يكون جميع أصحاب الشأن تابعين لنفس دولة المحكمة التي يعرض أمامها الأمر يطبق القانون الوطني لا المعاهدة .
3. بدون مساس بأحكام القوانين الوطنية الأكثر توسعاً لا تطبق المادة 11 إلا بين السفن التابعة لدول من الجهات العليا المتعاقدة .

مادة (16)

لكل من الجهات العليا المتعاقدة الحق في طلب عقد مؤتمر جديد بعد ثلاث سنوات من تاريخ دخول المعاهدة الحالية في دور التنفيذ بقصد البحث فيما قد يمكن إدخاله عليها من التحسينات وخصوصاً لتوسيع دائرة تطبيقها إن أمكن .
وعلى الدولة التي تريد استعمال هذا الحق أن تعلن رغبتها هذه على الدول الأخرى بواسطة الحكومة البلجيكية التي يكون عليها دعوة المؤتمر بعد ستة أشهر .

مادة (17)

للدول التي لم توقع هذه المعاهدة أن تنضم إليها بناء على طلبها وتبلغ هذه الرغبة بالانضمام إلى الحكومة البلجيكية بالطرق الدبلوماسية وهذه تبلغها لكل من حكومات الدول المتعاقدة الأخرى . ويسرى مفعولها بعد شهر من تاريخ التبليغ الذي ترسله الحكومة البلجيكية .

مادة (18)

يجب التصديق على المعاهدة الحالية .
وبعد مضي سنة على الأكثر من تاريخ التوقيع على المعاهدة تتصل الحكومة البلجيكية بحكومات الجهات العليا المتعاقدة التي أظهرت استعدادها للتصديق عليها بقصد تقرير ما إذا هناك محل لدخولها في دور التنفيذ بعد شهر وفي هذه الحالة تودع التصديقات حالاً بمدينة بروكسل وتدخل المعاهدة في دور التنفيذ بعد شهر من تاريخ هذا الإيداع .

ويبقى البروتوكول مفتوحاً مدة سنة أخرى بالنسبة للدول التي مثلت في مؤتمر بروكسل . وبعد ذلك التاريخ يمكن لتلك الدول الانضمام إلى المعاهدة طبقاً لأحكام المادة السابعة عشرة .

مادة (19)

في الحالة التي تنقض فيها إحدى الجهات العليا المتعاقدة المعاهدة الحالية لا يكون لهذا النقض أثر إلا بعد مضي سنة من اليوم الذي أخطرت به الحكومة البلجيكية وتبقى المعاهدة نافذة المفعول للجهات المتعاقدة الأخرى .

وإقراراً لما تقدم قام مفوضوا الجهات العليا المتعاقدة بالتوقيع على المعاهدة الحالية بأسمائهم ووضعوا أختامهم .

عدلت المادة 14 من الاتفاقية بموجب بروتوكول 27 مايو 1967م فأصبحت كما يلي :

(تطبق نصوص هذه المعاهدة كذلك على خدمات المساعدة أو الإنقاذ التي تقدم من أو إلى إحدى السفن الحربية أو سفن الحكومة أو أية سفينة أخرى تملكها أو تستغلها أو تستأجرها الحكومة أو أية سلطة عامة .

ولا ترفع الدعاوى ضد الدولة بسبب خدمات مساعدة أو إنقاذ قدمت لسفينة حربية أو لسفينة مخصصة تماماً وقت الحادث أو عند إقامة الدعوى لخدمة عامة غير تجارية إلا أمام محاكم هذه الدولة .

وتحتفظ كل من الجهات العليا المتعاقدة لنفسها بالحق في أن تحدد كيفية ومدى تطبيق المادة 22 على السفن المشار إليها في الفقرة الثانية من هذه المادة .

المسئولية عن الضرر في الفقه الإسلامي

للمستشار: مسعد صالح
بإدارة قضايا (الحكومة)

حتى نتبين وضع المسألة في الفقه الإسلامي نورد بداء القواعد الكلية فيها التي تضمنتها الشريعة الإسلامية ثم معالم تلك المسئولية غير الخطئية في التطبيق .

1. لا ضرر ولا ضرار :

وردت هذه القاعدة في المادة التاسعة من مجلة (الأحكام العدلية) التقنين الذي كان معمولاً به في ظل الخلافة الإسلامية إبان الحكم العثماني - تقنياً لحديث الرسول صلى الله عليه وسلم الذي رواه مالك في موطنه وأخرجه ابن ماجه وهو في مرتبة الحسن وقد فسرت كلمة الضرر بمعنى منع الاضرار بالغير بدون حق ، أما معنى الاضرار فمن الفقهاء من قال إنها نفس المعنى لا ضرر وهي تأكيد لها ، والبعض الأخر كابن عبد البر قال أن الضرر ما ينفك ويضر صاحبك والضرار ما يفيد صاحبك ولا ينفك⁽¹⁾ ومنهم من فسر الحديث بمعنى ألا يضر الرجل أخاه ابتداء ولا جزاء ، بمعنى ألا يضر أحد أنساناً ابتداء واعتداء ولا يضره جزاء أي لا يقابل ضرره بمثله وكذلك قيل الضرر لا يزال بالضرر أو بعبارة مجلة الأحكام العدلية الضرر لا يزال بمثله ، ورد هذا في المادة 25 منها .

وقال الدكتور مصطفى أحمد الزرقا أن هذه القاعدة من أركان الشريعة شهد بها نصوص كثيرة في الكتاب والسنة . وهي أساس لمنع الفعل الضار وترتيب نتائجه في التعويض المالي والعقوبة . كما أنها سند لمبدأ الاستصلاح في جلب المصالح ودرء المفاسد

1 - معين الحكام للطرابلسي طبعة 1310 ص 244 .

وهي عدة الفقهاء وعدتهم وميزاتهم في تقرير الأحكام الشرعية للحوادث . ونصها ينفي الضرر نفيًا ، فيوجب منعه مطلقاً ويشمل الضرر الخاص والعام ويشمل كذلك دفعه قبل الوقوع بطرق الوقاية الممكنة ، ودفعه بعد الوقوع بما يمكن من التدابير التي تزيل أثاره وتمنع تكراره ، كما يدل على وجوب اختيار أهون الشرين لرفع أعظمهما لأن في ذلك تخفيفاً للضرر بما لا يمكن منعه بتاتاً ومن ثم كان إنزال العقوبات المشروعة بالمجرمين لا ينافي هذه القاعدة . وإن ترتب عليها ضرر عليهم لأنه منه عدل ، ودفع لضرر أعم وأعظم ، والمقصود بمنع الضرر نفي فكرة التآر المحض الذي يزيد في الضرر ولا يفيد سوى توسيع دائرته لأن الضرر لا يجوز أن يكون هدفاً مقصوداً وطريقاً عامة ، وإنما يلجأ عليه إضراراً عندما لا يكون غيره من طرق التلافي والقمع أفضل منه وانفع⁽¹⁾ .

2. الضرر يدفع بقدر الإمكان :

أوردت هذه القاعدة مجلة الأحكام العدلية في المادة 31 منها وتعني دفع الضرر قبل وقوعه .

3. الضرر يزال :

قالت بها المجلة أيضاً في المادة 20 منها وهي تعبير عن ترميم أثار الضرر وجبره إذا وقع .

4. الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف :

المادة 27 من المجلة .

1 - الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد للدكتور مصطفى أحمد الزرقا ج 1 .

5. إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما :
نصت على هذه القاعدة المادة 27 من المجلة .

6. الخراج بالضمان :

حديث صحيح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، رواه احمد وأبو داود وابن ماجه ، يعني أن من يضمن شيئاً إذا تلف ينتفع به في مقابلة الضمان .
وقيل أن سببه أن رجلاً أبتاع يبعاً فأقام عنده ثم وجد به عيباً فخاصم البائع إلى النبي صلى الله عليه وسلم فرد عليه الرجل (يا رسول الله استعمل بيعي) فقال له النبي عليه الصلاة والسلام : الخراج بالضمان ، يأخذ غلته لأنه كان في ضمانه إن هلك .

7. الغرم بالغنم :

قننت هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية في المادة 87 ومبناها أن من ينال نفع شيء يتحمل ضرره أي أن التكاليف والخسارة التي تحصل من شيء تكون على من يستفيد منه شرعاً .

8. النعمة بقدر النعمة والنعمة بقدر النعمة :

أوردت هذه القاعدة المادة 88 وهي تعني مراعاة العدالة في تقدير الضمان جبراً للضرر أو النفع الذي يحصل عليه الشخص .

9. المباشر ضامن وإن لم يتعمد :

نصت على هذه القاعدة المادة 92 من المجلة مؤداها أن من أتلف مال غيره يضمنه مطلقاً سواء تعمد ذلك أم لم يتعمد حيث كان مباشراً ذلك بنفسه ، وكذلك من أتلف نفس إنسان لأن مباشرته علة والتلف معلول فيضمن ذلك .

10. المتسبب لا يضمن إلا إذا تعمد :

تضمنت هذه القاعدة المادة 93 من المجلة وهي تشترط للمساءلة بالضمان في حالة التسبب توافر القصد والتعمد .

11. الجواز الشرعي ينافي الضمان :

وردت هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية في المادة 91 ، والضمان هو التزام بتعويض مالي عن ضرر بالغير ومؤدى هذه القاعدة أنه لا يترتب على شخص ضمان بسبب فعله إذا كان هذا الفعل جائزاً شرعاً لأن تسويغ الشارع للفعل أو الترك يقتضى رفع المسؤولية عنه . وإلا لم يكن جائزاً ، فمقيل أن الإنسان يستعمل حقه فهم أنه لا يستعمل إلا ما أولاه إياه القانون أو جازه له وهذه الإجازة القانونية ترفع عنه في الأصل كل تبعة تجاه الغير من جراء ما ينتج عن استعمال حقه ضمن حدوده القانونية⁽¹⁾ .

ولكن هل هذه القاعدة من مستثنيات؟ أجاب البعض بالنفي ومنهم الشافعي والأحناف في ظاهر الرواية ، وأجاب فريق بالإيجاب باعتبار أن الحقوق مقاصد معينة وإنها نسبية يقيد بعضها الآخر ولا يجوز إساءة استعمالها . ومن الفقهاء من منع كل ضرر فاحش ينتج عن استعمال الحق دون الالتفات إلى نية من يباشر استعمال حقه . وهذه هي النظرية المادية التي قال بها الإمام أبو يوسف ومجلة الأحكام العدلية وكثير من فقهاء المسلمين ، ومنهم من منع استعمال الحق الذي يقصد به الأضرار المحض وهذه هي النظرية المعنوية التي قال بها المالكية ، فنظرية الحق المطلق قال بها الإمام أبو حنيفة والشافعي وأحمد وداود الظاهري وغيرهم بمناسبة البحث في الملك وحق التصرف فيه

1 - المرجع السابق ج1 فقرة 648 .

وعلاقات الجوار⁽¹⁾ وقال الشافعي في الام أنه لا يحمل على رجل في ماله ما ليس بواجب عليه ، وأن الرجل له أن يفعل في ماله ما له أن يفعل ولو أضر هذا بغيره ولو أضر بنفسه⁽²⁾.

وذهب ابن حزم إلى أنه لا ضرر أعظم من أن يمنع المرء من التصرف في مال نفسه مراعاة لنفع غيره فهذا هو الضرر حقاً .

وهؤلاء الفقهاء الذين اتجهوا إلى هذا المنحى قيدوا رأيهم بأن يكون استعمال الحق في حدوده المشروعة ، أما إذا تجاوزها فإنه يجب الضمان ، فقد قال ابن حزم أنه لا يجوز لأحد أن يدخن على جاره لأنه أذى وقد حرم أذى المسلم⁽³⁾.

وجاءت مجلة الأحكام العدلية في المادة 1200 منها فقالت لو أتخذ في اتصال دار دكان حداد أو طاحون ، فمن طرق الحديد دوران الطاحون يحصل وهن البناء بأحداث فرن أو معصرة لا يستطيع صاحبة الدار السكني فيها للتأذي من الدخان ورائحة المعصرة فهذا ضرر فاحش .

فالنظرية المادية لسوء استعمال الحق مبناهما درء المفسد بتلك القاعدة التي نشأت لنفع الناس ودفع الضرر عنهم ، فإذا تعارضت المنفعة والمفسدة وكانت المفسدة زائدة على المنفعة قدم منع المفسدة على جلب المنفعة . وقالت المجلة في ذلك في المادة 30 أن (درء المفسد أولى من جلب المنافع) .

1 - فتاوي قاضيخان بهامش الهندية ج1 ص 256 .

2 - الام ج3 ص 222 .

3 - المحلي ج8 رقم 1355 - 1357 .

فدرء المفاسد ومبدأ حقوق الجوار بنى عليهما فقهاء المسلمين نظرهم في عدم إساءة استعمال الحق ، فقالوا بمنع المرء من بقاء المنفعة لصاحب الحق ، وقد قال بهذه النظرية الإمام مالك وأبو يوسف فإذا تصرف أحد في ملكه وتضرر جاره بذلك ضرراً بيناً لا يمكن التحرز منه كان للجار منعه⁽¹⁾.

وجاءت مجلة الأحكام العدلية في المادة 1197 تنص على أنه (لا يمنع أحد من التصرف في ملكه أبداً إلا إذا كان ضرره بغيره فاحشاً) .

والضرر الفاحش عرفته المجلة بأنه كل ما يمنع الحوائج الأصلية ، يعني المنفعة الأصلية المقصودة من البناء كالسكنى أو يضر البناء أي يجلب له وهنا ويكون سبب الهدامه وهو قسمين : ضرر فاحش فيه تجاوز على حقوق الآخرين كالدخان و الصوت المتواصل أو طرق الحديد .

أما الضرر الذي يصيب الجار دون أن يخرج عن حدود الاستعمال العادي ومن أمثلته كما قالت المجلة سد الضياء بالكلية فهو ضرر فاحش ولا يقال الضياء من الباب كاف لأن المبنى يحتاج لغلقه ، ورؤية المحل الذي هو مقر النساء ضرر فاحش ويؤمر برفع الضرر .

وجاء في المدونة الكبرى أنه إذا فتح أحد أبواباً وكوى في بنائه يشرف منها على دار جاره أو عياله يمنع من ذلك .

أما منع المنافع التي ليست من الحوائج الأصلية فليست بضرر فاحش ، وقاعدة درء المفاسد أولى من جلب المنافع تقتضي الموازنة بين المنفعة التي يجنيها صاحب الحق ،

1 - المدونة الكبرى ص 15 ، ص 197 .

والضرر الذي يصيب الغير ، فإذا كان الضرر زائداً على المنفعة منع من استعمال الحق .
أما إذا تساوى الضرر والمنفعة تقدم المنفعة . وعلى هذا يجوز للمالك أن يحفر بئراً
في ملكه فإذا حفرها وجذبت ماء بئر جاره فليس للجار منعه من الحفر (م
1291 من المجلة) وهذا بخلاف الإمام مالك فإنه لا يجيز ذلك .

فمجلة الأحكام العدلية تجيز الأفعال المباحة بشرط عدم إيذاء أحد وأن تصرف
الإنسان في خالص حقه إنما يصح إذا لم يتضرر منه الجار⁽¹⁾ .

النظرية المعنوية لسوء استعمال الحق :

أما النظرية المعنوية لسوء استعمال الحق وعدم المضارة فيه فإنها تقول أن
الحقوق ليست مطلقة وإنما هي نسبية ولا يجوز إساءة استعمالها ، وبينما تنظر النظرية
المادية إلى النتيجة للمعاملات تعني النظرية المعنوية بنية مستعمل الحق فإن كانت حسنة
فلا سبيل إلى منع صاحبها ولو تضرر الغير ضرراً فاحشاً ، أما إن كان لا يقصد إلا
الاضرار بالغير فهو ممنوع من ذلك ومسئول بالضمان على الاضرار ، فنية الاضرار
هي الفيصل بين الاستعمال المشروع للحق أي الفعل المباح وبين المضارة في الاستعمال
وهي الأمر الممنوع ، وقد كتب الفقيه المالكي إبراهيم بن موسى اللخمي المعروف
باسم اسحق الشاطبي في كتابه الموافقات في أصول التشريع أنه ليس في الدنيا نظر في
التساوي والترجيح ، وأوجب في الأحكام الشرعية أن تنفذ وفقاً للمقاصد التي
وضعت لها . وقال كل من أبتغى من تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض
الشرع وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل فالمشروعات وضعت لتحصيل المنافع
ودراء المفساد فإذا خولفت لم يكن في تلك الأفعال التي خولفت بها جلب مصلحة ولا
دراء مفسدة وقسم الأفعال إلى أقسام نوجزها في أربعة أقسام :

1 - المنافع شرح الجامع ص 313 ، 316 .

الأول : إذا كان الفعل الجائز شرعاً لا يلزم عنه الاضرار بالغير فيبقى جائزاً على أصله من الأذن .

الثاني : إذا كان الفعل الجائز شرعاً يلزم عنه إضرار بالغير وكان فاعله لا يقصد الإضرار بأحد فهو يبقى جائزاً لمن يثبت حقه فيه شرعاً إلا في حالتين :

• إذا كان الضرر عاماً يمنع من هم به لأن المصالح العامة مقدمة على المصالح الخاصة .

• إذا سبب الفعل ضرراً خاصاً من نوع المفسدة القطعية وكان تركه لا يلحق بصاحبه ضرراً لا يعد الفعل جائزاً .

الثالث : إذا كان الفعل المأذون به شرعاً لم يقصد منه فاعله إلا الإضرار بالغير فهو ممنوع منه .

الرابع : مسألة الفعل الجائز شرعاً عندما يحصل فيه إضرار بالغير ويكون فاعله قد قصد نفع نفسه وإضرار الغير معاً ومثاله المرخص في سلعته قصداً لطلب معاشه وللإضرار بالغير ، فهنا لا إشكال في منع القصد إلى الإضرار من حيث هو إضرار لثبوت الدليل على أنه لا ضرر ولا ضرار في الإسلام .

وقد أوجب على ذلك بأنه أما أن لا يكون إذا رفع ذلك العمل أمكن تحصيل النفع للفاعل من وجه آخر فحينئذ لا إشكال في منعه منه لأنه لم يقصد ذلك الوجه إلا لأجل الإضرار فينتقل عنه ولا ضرر عليه وأما أن لا يكون له محيص عن تلك الجهة التي يتضرر منها الغير فحق من يثبت له الحق مقدم ولا يمنع من استعماله⁽¹⁾ .

1 - النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية المرجع السابق ص 33 وما بعدها .

الفعل الضار كمصدر من مصادر الالتزام بالضمان :

مصدر الالتزام هو السبب الشرعي الذي انشأ الالتزام ، فالالتزام من صدر عنه فعل ضار يجبر الضرر أي إصلاح ما أتلفه أو بضمانة مثله أو قيمته هو فعله الضار بغيره .

ومصادر الالتزام في الفقه الإسلامي أما اختيارية وإما جبرية ، والاختيارية تشمل العقد والإرادة المنفردة ، والجبرية فيندرج فيها الفعل الضار الذي يكون به الفاعل مديناً شرعاً لمن لحق به الضرر ، فأما أن يصلح ما أتلفه أو يعيده إلى حالته الأولى وأما أن يضمنه بالمثل أو بالقيمة ، والفعل النافع الذي به يكون الإنسان دائماً لغيره وهي حالة الاثراء على حساب الغير .

فمصدر الالتزام إما عمل يباشره الإنسان باختياره يوجب به حقاً على نفسه لغيره ويقره الشرع عليه فيجب عليه الوفاء بحكم العقل والشرع كالعقد ، وإما أن يكون الإيجاب ابتداء من الشرع بناء على حكمة اقتضتها شريعة العدل الإلهي كنفقات الأقارب ، أو ترتيباً على فعل صدر من الإنسان لم يرد به وقت صدوره عنه ترتيب أي التزام عليه ، لكن الشرع هو الذي يرتب الالتزام عليه ويكون الإنسان بهذا الفعل دائماً لغيره⁽¹⁾.

الضرر كسبب للضمان :

والضرر كسبب للضمان يحدث من فعل أو قول أو امتناع ، الضرر يفترض عملاً يسببه ويجب أن يفسر هذا العمل بأوسع معانيه ولا يكون فعلاً مادياً فحسب بل يندرج تحته القول الضار والسلوك الأثيم والخداع والرغبة وما أشبه ذلك .

1 - مذكرات الأستاذ أحمد إبراهيم في بيان الالتزام وما يتعلق بها من أحكام في الشرع الإسلامي لطلبة الدراسات العليا بجامعة القاهرة ، دبلوم القانون الخاص والشريعة طبعة 44 - 45 ص 36 .

فلو أن رجلين شهدا على رجل بجرح أو قتل أو سرقة توجب القطع أو زنا يوجب الرجم أو الجلد ونحو ذلك وأقتص منه أو قطع بالسرقة أو حد فأفضى إلى تلفه ثم رجعا عن الشهادة لزمهما ضمان ما تلف بشهادتهما كالشريكين في الفعل والضمنان في مالهما .

وروى عن علي رضي الله عنه أن شاهدين شهدا على رجل بالسرقة فقطع ثم أتيا بآخر فقالا يا أمير المؤمنين ليس ذلك السارق فأغرهما دية الأول ، وقال لو علمت أنكما تعمدتما لقطعتهما ولم يقبل قولهما في الثاني⁽¹⁾.

وقيل كذلك أنه إذا بعث السلطان رجلاً إلى امرأة ليحضرها فأسقطت جنيناً ميتاً ضمنه ، لما روى عن عمر بن الخطاب أنه بعث إلى امرأة فقالت يا ويلها مالها ولعمر فينما هي في الطريق إذ فزعت فضرها الطلق فألقت ولداً فصاح الصبي صيحتين ثم مات ، فاستشار عمر أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم فأشار بعضهم أنه ليس عليك شيء إنما أنت والي ومؤدب ، فصمت على فأقبل عليه عمر فقال ما تقول يا أبا الحسن فقال إن كانوا قالوا برأيهم فقد أخطأ رأيهم وإن كانوا قالوا في هواك فلم ينصحوا لك أن ديتك عليك لأنك أفرعتها فألقته ، فقال عمر أقسمت عليك أن لا تبرح حتى تقسمها على قومك ، ولو أفرغت امرأة فماتت لوجبت ديتها أيضاً وقد وافق الشافعي في ضمان الجنين ونفى ضمان المرأة مستنداً إلى أن ذلك ليس بسبب إلى هلاكها في العادة ، بينما ذهب صاحب المغنى إلى أن الإسقاط سبب للهلاك عادة ومن ثم يضمها كجنينها كنفس هلكت بسببه .

1 - المقنى لابن قدامة ج9 ص 579 .

(والضرر قد يحدث من فعل سلبى فيكون سبباً للضمان) وعند المناهضة أن من أضر إلى طعام وشراب غيره فطلبه منه فمنعه إياه مع غناه في تلك الحال فمات بذلك ضمنه المطلوب منه لما روى عن عمر رضي الله عنه أنه قضى بذلك ولأنه إذا أضر إليه صار أحق به ممن هو في يده وله أخذه قهراً فإذا منعه إياه تسبب في إهلاكه بمنعه ما يستحق فلزمه ضمانه . وظاهر من كلام الإمام أحمد أن الدية في ماله لأنه تعمد هذا القتل ويقتل بمثله غالباً وقيل عاقلته لأن هذا لا يوجب القصاص ليكون شبه العمد ، وقيل أنه إذا لم يطلب منه لم يضمنه لأنه لم يمنعه ولم يوجد منه فعل سبب في إهلاكه وقال أبو الخطاب بوجوب ضمان كل من رأى إنساناً في مهلكة ولم ينجه منها مع امكانه من ذلك⁽¹⁾ .

وقد يلحق الضرر بشخص من جراء الدفاع عن النفس أو المال أو العرض إن لم يكن يحصل الدفاع إلا بالحاق الضرر به ولو أدى ذلك إلى قتله . بيد أن الضرر في هذه الحالة لا يكون محلاً للضمان ولا تكون الفعلة محلاً للقصاص أو الدية⁽²⁾ .

ويمكن أن يرتد الضرر في سببه إلى فعل من المجني عليه ، كما قدم أحد إلى آخر سلاحاً فقتل به الأخير نفسه فلا ضمان على صاحب السلاح وكذلك الحال فيما لو حفر إنسان بئراً في أرضه وتركها مكشوفة ظاهرة ودخل تلك الأرض إنسان بصير فوقه في البئر فلا ضمان على الحافر لأن الخطأ قد وقع من الواقع . وتحدث أضرار مردها إلى القوة القاهرة كالآفة السماوية وهي أمر عارض خارج عن دخل الإنسان فلو نقل إنسان صيباً وذهب به بغير إذن أهله فمات الولد فجأة أو بمرض فلا شيء على ناقله لأن الموت لم يكن بفعله ، ولكنه يضمنه إلى مكان يغلب فيه الحمى والأمراض⁽³⁾ .

1 - المرجع السابق ج9 ص 581 .

2 - المرجع السابق ج1 ص 334 .

3 - مجمع الأنهر ج2 ص 676 .

والفقه الإسلامي لا يسلم بعدم ضمان المال المغصوب في يد الغاصب بسبب خطئه أو بسبب سماوي وبعد الغاصب مستولاً ، وتعليقه أن الغصب يفترض التعمد عند الغاصب وأنه عمل غير مباح في حد ذاته أي أنه فيما عدا الغصب فالإتلاف لا يوجب الضمان إذا كان حدوثه ناتجاً عن سبب سماوي⁽¹⁾.

وقد يقع الضرر نتيجة تغير ويعني لغة الخداع وقد عرفته مجلة الأحكام العدلية في المادة 164 منها بأنه توصيف المبيع للمشتري بغير صفته الحقيقية وذهب الحنفية إلى أنه يكون سبباً للضمان في أحوال منها أنه لو قال الطحان لصاحب الخنطة أن يضعها في دلو وهو يعلم أنه مثقوب فذهبت الخنطة في الماء كان الطحان ضامناً⁽²⁾.

ومما يسبب الضرر المؤدى للضمان الإكراه ، وفي التصرفات الفعلية فإنه لا يفسدها إلا الإكراه الملجئ فلو أكره إنسان إنساناً آخر على إتلاف مال اعتبر الحامل متلفاً بالتسبب ووجب الضمان لوجود ركن التعدي .

وعند الحنفية أن الإكراه الملجئ أي التام تلف للضمان عن المأمور المكره ويكون الضمان على الأمر المكره وحده لأن المتلف هو المكره من حيث المعنى وإنما المكره بمنزلة الآلة لأنه مسلوب الاختيار وإن كان الإكراه ناقصاً فالضمان على المكره لأن الإكراه الناقص لا يجعل المكره آلة المكره لأنه لا يسلبه أصلاً الاختيار⁽³⁾.

أما القول المختار لدى المالكية فيقول تضمين المكره والمكره معاً وهذا بخلاف المذهب الظاهري الذي يقول بالضمان على المكره وحده لأن الإكراه لا يبيح إفساد المال⁽⁴⁾.

1 - شرح الخرشي على سيدي خليل ج4 ص 364 .

2 - النظرية العامة للموجبات والعقود المرجع السابق ج2 ص 171 .

3 - البدائع ج7 ص 179 .

4 - الوجيز للغزالي ج2 ص 124 .

وذهب الدكتور السنهوري إلى القول بأنه لا يوجد في الفقه الإسلامي قاعدة عامة تقضي بأن كل عمل غير مشروع يلحق ضرراً بالمال يوجب التعويض فيكون مصدرًا للالتزام ، ولكن الفقهاء نصوا على الأحوال التي يجب فيها الضمان ، وقالوا إنها خمسة هي :

أولاً : بعض الجنايات التي تستوجب الحد أو تستوجب عقوبة عامة كالسرقة وقطع الطريق وللسرقة حكمان أحدهما يتعلق بالنفس وهو القطع ، والآخر بالمال ولقطع الطريق حكمان أيضاً أحدهما يتعلق بالنفس وهو وجوب الحد والآخر يتعلق بالمال ، وهو وجوب الرد إن كان قائماً بعينه ، وإن لم يكن قائماً ضمن قاطع الطريق مثله أو قيمته .

الثاني : الإكراه .

الثالث : التغيرير .

الرابع : هو الغصب أي أخذ مال متقوم بلا إذن من له الأذن على وجه يزيل يده .

والخامس : الإتلاف ويكون مباشرة أو تسببياً . والإتلاف مباشرة هو إتلاف الشيء بالذات من غير أن يتخلل بين فعل المباشر والمتلف فعل آخر ، والإتلاف تسببياً يكون بعمل يقع على شيء يفضي إلى تلف شيء آخر فمن قطع قنديلاً معلقاً فسقط على الأرض وأنكسر يكون قد أتلف الحبل مباشرة وكسر القنديل تسببياً⁽¹⁾ .

1 - مصادر الحق في الفقه الإسلامي المرجع السابق ج1 ص 50 وما بعدها .

ويقول الدكتور صبحي محمصاني أن بعض الفقهاء جمعوا مصادر الضمان وأثبتوها بصورة عامة دون التفرقة بين أنواع الجرائم المختلفة فقسّموا أسباب الضمان ثلاثة أقسام :

أولاً : المباشرة كالقتل .

وثانيها : التسبب للإتلاف .

وثالثها : إثبات اليد العادية وهو الغصب .⁽¹⁾

الضرر الذي يلحق المنفعة ومدى ضمانه :

ذهب الإمام الشافعي إلى أن المنافع تضمن بأجور أمثالها والمغصوب منه بالخيار إما أن يأخذ الكراء أو كراء مثله سواء أكرهاها أو لم يكرهاها⁽²⁾.

وسند الشافعي في ذلك أن المنفعة مال متقوم كما في الأموال ولا يحل للمعتدي عليها أن يمكن من ذلك لأنه ظالم وفي الحديث (ليس لعرق ظالم حق) ، وقد ذكر الفقيه عز الدين بن عبد السلام أن الشرع قوم المنافع وانزلها منزلة الأموال لأنها هي الغرض الأظهر في جميع الأحوال⁽³⁾.

أما المذهب المالكي فقد ذهب إلى أنه إذا أنتفع بها فعليه الكراء لصاحبها أما إذا لم يكرها فلا ضمان .

1 - النظريات العامة للعقوبات والعقود في الشريعة المرجع السابق ج1 ص 147 .

2 - الام ج3 ص 222 .

3 - قواعد الأحكام ص 172 .

وفي المذهب الحنفي لا ضمان للمنافع لأنها مقومة بذاتها واستندوا إلى حديث (الخراج بالضمان) وفسروا الحديث بأن من يضمن شيئاً لو تلف ينتفع به في مقابلة الضمان . وقد ورد هذا بمجلة الأحكام العدلية في المادة 85 ولكن استحساناً عن المتأخرين من الحنفية قالوا بضمن المنافع في مواضع ثلاثة في مال اليتيم والوقف والمال المعد للاستغلال إن لم يكن قد استعمل بتأويل ملك أو عقد⁽¹⁾.

هل يشترط في الضرر أن يكون مادياً أم أن الضرر الأدبي يصلح محلاً للجبر ؟

ذهب الأمام أبو حنيفة إلى أنه لا ضمان على الجاني في حالة الضرب أو الجرح الذي لا يترك أثراً بعد برئه لأن الجني عليه لم ينتقص بالفعل منفعة ولا جمال وأنه لا تعويض مجرد الألم⁽²⁾.

ولكن محمد بن الحسن قال أنه يجب حكومة على الجاني بقدر ما لحق المضروب أو الجروح من الألم وقال أبو يوسف أن الجني عليه أن يرجع على الجاني بما أنفقه من ثمن الدواء وأجرة الأطباء⁽³⁾.

والحكومة المشار إليها تقدير القاضي للضرر وهو أشبه بتقدير المتلفات من الأموال المضمونة أي أن القاضي يقدر الضرر الحقيقي لجبر ما جناه الجاني .

وعلى هذا فالضرر يمكن أن يكون مادياً وأدبياً ويمكن أن يرتد سبباً إلى عمل إيجابي قوامه فعل مادي أو قول أو رهبة أو خداع أو خلافه كما يمكن أن يكون عملاً سلبياً بالامتناع عن عمل شيء .

1 - فتح القدير ج8 ص 396 .

2 - الام ج7 ص 73 .

3 - المبسوط للسرخسي ج26 ص 81 .

معالم المسئولية غير الخطيئة في التطبيق

أولاً : التبعة من عمل الحاكم وتبعته عن عماله :

يرى بعض الفقهاء المسلمين أن تبعة عمل الحاكم أو الأمير إنما تقع على عاقلته بما روى عن عمر رضي الله عنه أنه بعث إلى امرأة ذكرت بسوء فأجهضت حيناً فقال عمر لعلي بن أبي طالب (عزمت عليك لا تبرح حتى تقسمها على قومك) وذهب فريق آخر منهم الأوزاعي والثوري وأبو حنيفة إلى أن التبعة على بيت مال المسلمين لأن الخطأ قد يكثر في أحكامه واجتهاده فيجاب عقله على عاقلته يجحف بهم ولأنه نائب عن الله تعالى في أحكامه وأفعاله فكان أرش جنائته في مال الله سبحانه وتعالى⁽¹⁾ وأمر السلطان الذي تجب طاعته هو بمنزلة الإكراه وحكمه كحكمه تماماً وقد ذهب السيوطي والشافعي إلى أنه لو قتل الجلاد رجلاً بأمر الإمام ظلماً فالضمان على الإمام لا على الجلاد⁽²⁾.

ويكون السلطان مسئولاً أحياناً عن الأضرار التي يسببها عماله وأن يكن في المسألة إكراه أو أمر فقد روى أن أبا بكر وعمر بن عبدالعزيز كانا يعوضان من بيت المال الضرر الناتج من أعمال الموظفين ، ذلك أن رجلاً أتى الخليفة عمر بن عبدالعزيز وقال يا أمير المؤمنين زرعت زرعاً فمر به جيش من أهل الشام فأفسدوه فعوضه عمر بن عبدالعزيز عشرة آلاف درهم⁽³⁾.

1 - المغنى لابن قدامة ج 9 ص 510 .

2 - الأشباه والنظائر للسيوطي ص 109 .

3 - الخراج لابن يوسف ص 68 .

وقد خالف آخرون في الحكم في مسألة جناية عمال الدولة فقد روى عن عمر بن الخطاب أنه كان يرجع على عماله ويقول إني لم آمرهم بالتعدي فهم أثناء عملهم يعملون لأنفسهم لا لي⁽¹⁾.

والعاقلة التي تسأل عن الضرر الذي يسببه الحاكم : قيل في رواية أنها العمومة وأولادهم وإن سفلوا والرواية الأخرى قيل هم الأب والابن والأخوة وكل العصبة من العاقلة ، ولا خلاف بين أهل العلم في أن العاقلة لا تكلف من المال ما يححف بها ويشق عليها لأنه لازم لها من غير جنايتها على سبيل المواساة للقاتل وللتخفيف عنه فلا يخفف عن الجاني بما يتقل على غيره ولأنه لو كان الإجحاف مشروعاً ، لكان الجاني أحق به لأنه موجب جنايته وجزاء فعله فإنه إذا لم يشرع في حقه فقي حق غيره أولى .

ومن لم يكن له عاقلة أخذ من بيت المال ، وهذا مذهب الزهري والشافعي لأن النبي صلى الله عليه وسلم ودي اليهودي الذي قتل بخير من بيت مال المسلمين . وروى أن رجلاً قتل في زحام في زمن عمر بن الخطاب فلم يعرف قاتله فقال على لعمر (يا أمير المؤمنين لا يحمل دم امرئ مسلم) فأدى ديتة من بيت المال ، ولأن المسلمين يرثون من لا وارث له فيعقلون عنه عند عدم عاقلته كعصباته ومواليه⁽²⁾.

فجبر الضرر الذي يقوم به بيت المال أو العاقلة فيما نحن بصدده وإن قيل أنه مواساة للقاتل فإنه يرتد بأثره إلى المضرور وليس مرده إلى الخطأ يمكن نسبته إلى أيهما .

1 - فقه الشيخ محمد سليمان في رسالته بأى شرع نحكم س1931 ص 9 ، 26 وأشار إليه الدكتور صبحي محمصاني في مؤلفه ص 227 .

2 - المعنى لأبن قدامه جت9 ص 524 .

وإنما هو تطبيق لقاعدة جبر الضرر عموماً ووجوب إزالته . وقد علل بعض الفقهاء التزام العاقلة بالتعويض بما يجب عليها من نصرة أفرادها ودفع الضرر عنهم⁽¹⁾ .

تبعة الصغار ومن حكمهم :

تقضى المادة 916 من مجلة الأحكام العدلية بأنه (إذا أتلّف صبي مال غيره فليزم الضمان من ماله وإن لم يكن له مال فينظر إلى حال يساره ولا يضمن وليه) فالصبي في الأتلاف مباشرة يكون مسئولاً في ماله سواء كان مميزاً أم غير مميز . ويجري هذا الحكم قياساً على باقي فاقدي الأهلية غير المميزين كالمجنون والمعتوه ومن إليهم . وهذا القول مقبول عند جمهور الفقهاء ما عدا بعض التردد عند جماعة من المالكية⁽²⁾ .

وتنص المادة 960 من المجلة أيضاً على أن الصغير والمجنون والمعتوه جميعاً محجورون لذواتهم وأن لم يعتد بتصرفهم القولي ، لكن يضمنون حالاً الضرر والخسارة اللذين نشأ عن فعلهم ، وتعليل هذا أن التعمد لا يشترط في أحوال المباشرة ، أما في أحوال التسبب فلا بد لقيام المسؤولية من التمييز والإدراك عند الفاعل استناداً إلى قاعدة أن المباشرة ضامن وإن لم يتعمد ، والمتسبب لا يضمن إلا بشرط التعمد .

وقد جاء بالميسوط للسرخسي أنه لو سار الصغير على الدابة فأوطأ إنساناً فقتله فإن كان هو من أمسك عليه فديته على عاقلة الصبي وإن كان ممن لا يسير على الدابة لصغره و لا يتمسك عليها فدم القتل هدر ، والعلة في ذلك أنه لا يملك التمييز أي لا يملك التعمد الذي يعني لديهم الخطأ الناتج عن القصد أو التقصير أو عدم التحرز . والمتسبب لا يضمن إلا بالتعمد . والقول بتبعة الصغار ومن في حكمهم في أحوال

1 - المهذب ج5 ص 229 .

2 - البدائع ج7 ص 168 ومشار إليه في النظرية العامة للموجبات المرجع السابق ج1 ص 223 وما بعدها .

المباشرة من ماله على النحو الذي تقول به مجلة الأحكام العدلية تطبيق كذلك لقاعدة
جبر الضرر بغض النظر عن ضرورة إثبات ركن العمد قبلهم ، بل أن الأصل عدم
توافره قبلهم .

جناية العجماء والتبعة عنها :

يحكم المسئولية في هذا الخصوص حديثان لرسول الله صلى الله عليه وسلم
أولهما (العجماء جبار أو جرحها جبار) ومعنى العجماء البهيمة وجبار بضم الجيم
هدر⁽¹⁾ .

وقد روى كذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قضى على أهل
الأموال حفظها بالنهار ، وعلى أهل المواشي حفظها بالليل ، وإن ما أفسدت المواشي
ضامن على أهلها⁽²⁾ .

وقد خصص بعض الفقهاء الحديث بأحوال عدم التعدي وعدم التعمد ، وقد
قال بجواز تخصيص الحديث عموماً المرحوم الأستاذ أحمد إبراهيم إذ قال أنه إذا خالفت
المصلحة النص أو الإجماع في وقت من الأوقات أو حادث من الحوادث أو ظرف من
الظروف وجب تقديم رعايتها عليهما لا بطريق الافتتاح عليها والتعطيل لهما بل بطريق
التخصيص والبيان لهما⁽³⁾ .

فالقاعدة عند جمهور الفقهاء أن جناية البهائم غير مضمونة ولكن المراد بذلك
إذا فعلت ذلك بنفسها ولم تكن عقوراً ولم يفرط مالكها في حفظها حيث يجب عليه ،

1 - الحديث رواه البخاري ومسلم وشرحه بدرالدين بن اللبثي ج9 ص 1.3 .
2 - رواه مالك والشافعي وأحمد وأبو داود ج3 رقم 35096 ، 3570 .
3 - المذكرات المرجع السابق ص 11 .

الحفظ كما أن الأحناف أنفسهم قد فسروا كلمة العجماء في القاعدة جنابة العجماء جُبار بمعنى الدابة المنفلتة وحدها ، وعلى هذا إذا أتلفت البهيمة شيئاً فلا ضمان على صاحبها إذا لم تكن يد أحد عليها ، أما إذا كانت تحت يد إنسان كالراكب والسائق والقائد فإنه يضمن ، وهذا قول شريح وأبي حنيفة والشافعي بخلاف الإمام مالك .

وقول النبي صلى الله عليه وسلم (الرجل جُبار) رواه سعيد بإسناد عن الهزيل ابن شرحبيل وعن أبي هريرة ، فإن تخصيص الرجل بكونها جُبار دليل على وجوب الضمان في جنابة غيرها ولأنه يمكنه حفظها من الجنابة إذا كان راكبها أو يده عليها بخلاف من لا يد له عليها ، والحديث أيضاً محمول على من لا يد له على الدابة⁽¹⁾ وقد فسر حديث الرسول صلى الله عليه وسلم أن (الرجل جُبار) لأنه يملك حفظ رجلها عن الجنابة فلم يضمنها . أما إن كانت جنابتها فكان عليه ضمانها ولو كان السبب غيره بأن نخسها أو نفرها فالضمان على من فعل .

فإن كان على الدابة راكبان فالضمان على الأول منهما لأنه المتصرف فيها القادر على كفها إلا أن يكون الأول منهما صغيراً أو مريضاً أو نحوهما ويكون الثاني هو المتولي تدبيرها فيكون الضمان عليه⁽²⁾ .

ويذهب البعض إلى أن ضمان جنابة البهيمة ينصرف إلى ما تفسده من الزرع والشجر ليلاً ولا ينصرف الضمان إلى ما تفسده نهاراً ، ولعلمهم عنوا بذلك أن تلك الأشياء تكون في حراسة أصحابها نهاراً - وقال الليثي أن مالكةا يضمن ما أفسدت ليلاً ونهاراً بأقل الأمرين من قيمتها أو قدر ما أتلفته ، وقد قال أبوحنيفة لا ضمان عليه لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم العجماء جرحها جُبار فلو أفسدت وليست يده

1 - الشرح الكبير للمغنى شمس الدين أبي الفرج ج5 .

2 - المبسوط للسرخسي ج26 ص 192 .

عليها لم يضمن ، وقد روى مالك عن الزهري عن حزام ابن سعيد بن محيصة أن ناقه للبراء دخلت حائط قوم فأفسدت فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم على أهل الأموال حفظها بالنهار وما أفسدت بالليل فهو مضمون عليهم وقد قال ابن عبد البر إن كان هذا الحديث مرسلًا فهو مشهور لأن العادة جرت أهل المواشي إرسالها في النهار للرعي وحفظها ليلاً وعادة أهل الحوائط حفظها نهاراً دون الليل فإذا ذهبت ليلاً كان التفريط من أهلها بتركهم حفظها في وقت عادة الحفظ لهم وإن أتلفت نهاراً كان التفريط من أهل الزرع وكان عليهم .

وقال البعض إنما يضمن مالكها ما أتلفته ليلاً إذا لم يضمها بالليل أو ضمها بحيث يمكنها الخروج ، أما إذا ضمها فأخرجها غيره بغير إذن أو فتح عليها بابها فالضمان على مخرجها . وقيل في هذا أن المسألة محمولة على وضع فيه مزارع ومراعي . أما القرى العامرة التي لا مرعى فيها إلا بين مراجين كساقية فليس لصاحبها إرسالها بغير حافظ عن الزرع ، فإن فعل فعليه الضمان لتفريطه وهذا قول بعض أصحاب الشافعي .

وإذا أتلفت البهيمة غير الزرع والشجر لم يضمن مالكها ما أتلفته ليلاً ونهاراً ما لم تكن يده عليها . وإذا أستعار رجل بهيمة فأتلفت شيئاً وهي في يد المستعير ف ضمانته عليه سواء كان المتلف مالكها أو لغيره لان ضمانه يجب باليد واليد للمستعير .

ويقول السرخسي في مؤلفه أنه لو خبطت بيد أو رجل أو كدمت فقتلت إنساناً فالضمان على الراكب سواء كان يملكها أو لا يملكها لأن التحرز عن هذا كله ممكن ، ولو سقط عنها ثم ذهبت على وجهها فقتلت إنساناً لم يكن عليه شيء لأنها

منفلتة فالذي سقط عنها ليس براكب ولا قائد ولا سائق ، والمنفلتة جرحها جُبار لأنها عجماء . وبلغنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال العجماء جُبار وهي المنفلتة .

فالضمان هنا إنما يجب باليد فيما تحدثه العجماء من ضرر وليس بالملك وأن المالك نفسه لا يكون مسئولاً إلا بصفته راكباً أو قائداً أو سائقاً أو واضعاً يده بصورة ما عليها مقصراً في حفظ الدابة حيث ينبغي عليه حفظها .

مسئولية متولي الرقابة :

إذا سلم شخص ولده الصغير إلى السابح ليعلمه السباحة فغرق فالضمان على عاقلة السابح لأنه سلمه إليه فيحتاج في حفظه فإذا غرق نسب التفريط في حفظه إليه ، وقيل أن القياس على ما جرت به العادة من شأنه أن لا يضمن لأنه فعل ما جرت به العادة لمصلحته فلا يضمن ما تلف به ، كما إذا ضرب المعلم الصبي ضرباً معتاداً فتلف به ، أما إذا كان الشخص كبيراً فإنه إذا غرق فليس على السابح شيء إذ لم يفرط لأن الكبير في يد نفسه ولا يثبت التفريط في هلاكه إلى غيره⁽¹⁾.

وعلى هذا فإن متولي الرقابة إذا كان المشمول برقابته صغيراً فإن الأول يضمن ما يحدث للثاني من ضرر خاصة إذا كان صغيراً جبراً للضرر .

جناية العبيد ومدى المسئولية عنها :

جاء الإسلام ونظام الرق معمولاً به في الدولة الرومانية ويشكل عنصراً هاماً من عناصر اقتصادها فضيق مصادره ورغب في إطلاق سراح الرقيق وجعل العتق

1 - المعنى لأبن قدامة ج9 ص 577 .

كفارة لبعض الآثام فقد عالج فقهاء المسلمين هذه الظاهرة الاجتماعية وما يترتب عليها من آثار ريثما يتم القضاء عليها ، وعلى هذا فإن وجود الأحكام المتعلقة بهذا الوضع في الفقه الإسلامي ليس دليلاً على إنشاء الإسلام له أو الترغيب فيه .

والعبد إذا أتى جنابة فعلى سيده أن يفديه فإن كانت الجنابة أكثر من قيمته لم يكن على سيده أكثر من قيمته ولعل هذا تطبيق لقاعدة أن النعمة على قدر النعمة والنعمة على قدر النعمة التي سلف إيرادها ونحن بصدد بيان القواعد الكلية في شأن المسؤولية غير التقصيرية ، ولا يمكن تعلقها بذمة العبد لأنه يفضي إلى إلغائها أو تأخير حق المجني عليه إلى غير غاية ، وكذلك لا يمكن تعلقها بذمة السيد لأنه لم يجز فيستعين تعلقها برقبة العبد ولأن الضمان موجب جنابته ، ولا يخلو أرش الجنابة من أن يكون بقدر قيمته أما دون ذلك أو أكثر فإن كان بقدرها فما دون فالسيد بالخيار إما أن يفديه بأرش جنابته أو يسلمه إلى ولي الجنابة فيها قال الثوري ومحمد بن الحسن وأسحق لأنه إن سلم العبد فقد أدى الخلل الذي تعلق به الحق ، وإن دفع السيد أرش الجنابة لم يملك المجني عليه المطالبة بأكثر من ذلك⁽¹⁾ .

أما عند أتباع المذهب الظاهري فإنه إن لم يكن للعبد مال فالضمان يبقى ديناً في ذمته حتى يصبح لديه مال في رقه أو بعد عتقه وليس على سيده فداؤه أو بيعه⁽²⁾ .

ولكن إذا كان العبد مأموراً فهل يكون سيده الأمر مسئولاً؟ لا شك في مسئوليته عند جمهور الفقهاء إذ الأمر يقوم مقام الإكراه المعنوي والطاعة واجبة وقد روى أن غلمه لحاطب أب أبي بلتعة سرقوا ناقة لرجل من قرية فشكاهم إلى عمر بن الخطاب فأمر عمر بتعريم حاطب ضعفي قيمة الناقة ، وقد علق الإمام مالك على هذا

1 - المقنى لأبن قدامه وشرحه الكبير ج9 ص 11 وما بعدها .
2 - المبسوط للسرخسي ج27 ص 26 .

الحكم في موطنه بقوله أنه قد مضى أمر الناس عندنا على أن يغرم الرجل قيمة البعير أو الدابة يوم أخذها⁽¹⁾.

المسئولية عن الجوامد :

القاعدة العامة قد وردت في حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم العجماء جبار والبئر جبار والمعدن جبار . وهذه القاعدة يجري الفقه تخصيصها على النحو الذي ورد في المسئولية عن فعل الحيوان ، فالأصل الذي لا خلاف عليه بين الفقهاء أن من بنى بناء مائلاً وقت بنائه كان مسئولاً عما يحدثه سقوط هذا البناء من ضرر لأنه كان فيه عيب عند الابتداء وكان قد تعدى على حقوق الآخرين فليس لأحد أن ينتفع بالبناء في هواء ملك غيره أو هواء مشترك ولا أن يعرض ملكه للوقوع في غير ملكه ، أما لو كان البناء قد أقيم مستقيماً ثم مال بعد حين فتقول مجلة الأحكام العدلية في المادة 889 كشرط للزوم الضمان بضرورة التنبيه والتوجيه بدفع الضرر الملحوظ وإزالته قبل وقوعه ويشترط في التنبيه للهدم أن يسبق السقوط بوقت كاف ثم تذكر المجلة أنه لو سقط حائط أحد وأورث غيره لا يلزم الضمان ولكن لو كان الحائط مائلاً إلى الأهدام - أولاً وكان قد نبه عليه أحد وتقدم بقوله (أهدم حائطك) وكان قد مضى وقت يمكنه فيه من هدم الحائط لزمه الضمان ولكن يشترط أن يكون التنبيه من أصحاب حق التقدم والتنبيه فإذا كان الحائط سيسقط على دار الجيران فيلزم أن يكون الذي تقدم من سكان تلك الدار ولا يفيد تقدم أحد من الخارج بالتنبيه ، وإذا كان الأهدام على الطريق الخاص فيلزم أن يكون الذي تقدم ممن له حق المرور في ذلك الطريق ، وإن كان الأهدام على الطريق العام فلكل أحد حق التقدم .

1 - الموطأ وشرحه الزرقاني ج4 رقم 514 .

ويلاحظ أنه لا يصح مطالبة المستودع والمستعير والمستأجر والمرتهن بإجراء الهدم لأنه ليس لأي منهم ولاية النقص⁽¹⁾.

وإذا كان الحائط مشتركاً بين عدة مالكين وتقدم التبييه إلى أحدهم فالقياس يقضي إلى عدم الضمان على أيهم لأن أحد الشريكين لا يتمكن من النقص كما لا يتمكن من بنائه ولكن استحساناً عند أبي حنيفة وباقي الفقهاء أن من يطالب بالنقص يضمن بقدر حصته ما أحدثه الحائط من ضرر لتمكنه من إصلاح نصيبه بطريق المدافعة إلى القاضي ، أما الصحابان أبو يوسف ومحمد فقالا أن على هذا الشريك ضمان نصف الضرر⁽²⁾.

وقد حصل خلاف في مسألة الضرر الناتج من عدم رفع أنقاض الحائط المهدم فلو طوب صاحب الحائط بالنقص فلم ينقض حتى سقط الحائط إلى الطريق فعثر به إنسان فعطب به فالضمان على صاحب الحائط عند محمد بن الحسن ولكن لا ضمان عند أبي يوسف إلا إذا طوب أيضاً برفع النقص بعد سقوطه ، وقال البعض أنه ليس ثمة ضمان أخذاً بالظاهر من حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم دون تخصيص (المعادن جبار) وذلك خلافاً لما رأته المجلة من (الضمان بشرط الأخطار) ، وعلى هذا لا تجب المسؤولية إلا إذا كان التقصير ظاهراً للعيان معروفاً لحد يجعل الناس يوصونهم بالانتباه ومنع الضرر لأن التقدم إليهم في هدم ما يخشى وقوعه ينعدم به معنى العذر في حقهم وهو الجهل بميل الحائط⁽³⁾.

1 - البدائع ج2 ص 284 .

2 - المبسوط ج27 والزليعي ج5 ص 148 .

3 - المرجع السابق ج27 ص 9 .

أما المذهب الآخر يقول بمسئولية صاحب الحائط المائل عما يتلف بسقوطه في جميع الأحوال حتى ولو لم يطالب بنقضه أو هدمه وقد قال بهذا ابن أبي ليلى وأبي ثور وأسحق وبعض أصحاب الإمام ابن حنبل وحثتهم أن صاحب الحائط المائل متعمد بتركه مائلاً فيضمن ما تلف كما لو بناه مائلاً إلى ذلك ابتداءً⁽¹⁾ وإن كان التالف به آدمياً فالدية على عاقلة المالك فإن أنكرت العاقلة كون الحائط لصاحبهم لم يلزم العقل إلا أن يثبت ذلك بينة لأن الأصل عدم الوجوب عليهم فلا يجب بالشك وإن أعترف صاحب الحائط لزمه الضمان دونهم لأن العاقلة لا تحمل اعترافاً . وكذلك إن أنكروا مطالبته بنقضه .

وإن كان الحائط في يد صاحبهم وهو ساكن في الدار لم يثبت ذلك الوجوب عليهم لأن دلالة ذلك على المالك من حيث الظاهر لا تثبت به الحقوق وإنما ترجح به الدعوى⁽²⁾ .

وعلى هذا فإن مذهب الجمهور عن علي بن أبي طالب والقاضي شريح وغيرهم من التابعين والذي قال به مالك وأخذت به الحنفية استحساناً أنه يشترط للضمان أن يتقدم أحد أصحاب العلاقة ويطالب المالك بهدم الحائط قبل سقوطه وعليه فإنه أن سقط قبل المطالبة وأتلف إنساناً أو مائلاً أو أضر بهما فلا ضمان على مالكة (المادة 928 من المجلة) .

أما المذهب الآخر فإنه يقضي بمسئولية أصحاب الأبنية ولو لم يخطروا أو ينبه عليهم إذ يجعل ميل الحائط تقصيراً في ذاته وكاف للمساءلة وهذا بلا شك يتفق وجبر الضرر إذ الإنسان منوط به العمل على تدارك الضرر قبل وقوعه فإذا ما وقع كان

1 - المقنى ج9 ص 572 .

2 - المقنى ج9 ص 574 .

التزامه يجبره أكد وبطريق الأولى وذلك رعاية لمصلحة الناس في أموالهم وأنفسهم ذلك أن مقصود الشارع خمسة أصول أن يحفظ على الناس دينهم وأنفسهم وعقولهم ونسلهم ومالهم فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسده ودفعها مصلحة ويقول الشاطبي أننا قد وجدنا الشارع قاصداً لمصالح العباد والأحكام العادية تدور معه حيث دار⁽¹⁾.

الإرث وحق التعويض عن الضرر :

أختلف الرأي في شأن الضرر كعنصر من عناصر تركة المضرور خاصة إذا أدت الإصابة إلى موته فقيل أنه إذا تسببت وفاة المجني عليه من فعل ضار من الغير فإن هذا الفعل لا بد أن يسبق الموت ولو بلحظة مهما قصرت كما يسبق كل سبب نتيجته وفي هذه اللحظة يكون المجني عليه مازال أهلاً لكسب الحقوق ومن بينها حقه في التعويض عن الضرر الذي لحقه وحسبما يتطور إليه هذا الضرر ويتفاقم ومتى ثبت له هذا الحق قبل وفاته فإن ورثته يتلقونه عن تركته ويحق لهم بالتالي مطالبة المسئول بجبر الضرر المادي الذي سبب لمورثهم لا من الجروح التي أحدثها به فحسب وإنما أيضاً من الموت الذي أدت إليه هذه الجروح باعتباره من مضاعفاتهما ولئن كان الموت حقاً على كل إنسان إلا أن التعجيل به إذا حصل بفعل فاعل يلحق بالمجني عليه ضرراً مادياً محققاً إذ يترتب عليه فوق الآلام الجسمية التي تصاحب حرمان المجني عليه من الحياة وهي أغلى ما يمتلكه الإنسان باعتبارها مصدر طاقاته وتفكيره والقول بامتناع الحق في التعويض على المجني عليه الذي يموت عقب الإصابة مباشرة وتجويز هذا الحق لمن يبقى حياً مدة بعد الإصابة يؤدي إلى نتيجة يأبأها العقل والقانون وهي جعل الجاني الذي يقسو في اعتدائه حتى يجهز على ضحيته فوراً في مركز يفضل مركز الجاني الذي يقل

1 - الموافقات للشاطبي ج2 ص 306 .

عنه قسوة وإجراماً فيصيب المجني عليه بأذى دون الموت وفي ذلك تحريض للجنة على أن يجهزوا على المجني عليه حتى يكونوا بمنجاة من مطالبته لهم بالتعويض⁽¹⁾.

وعلى عكس من ذلك فقد قيل بأن صفة الوراثية لا ترشح للتعويض وإنما الذي يرشح للتعويض هو الضرر مادياً كان أو أدبياً أو كلاهما وعلى المحكمة أن تبين في حكمها عناصره التي اتخذتها أساساً لتقديرها أما الوراثية فهي صفة تعطي صاحبها الحق في المطالبة بقدر معين مما يكون المورث قد خلفه من تركة قبل وفاته .

ولما كان التعويض عن جرائم القتل بسائر أنواعها من عمد وخطأ وضرب أفضى إلى الموت لا يستحق إلا بعد الوفاة لأنه تعويض عن الموت وإذا كان الميت لا يمتلك بعد موته لانعدام شخصيته القانونية وبالتالي لا يضاف التعويض المحكوم به إلى تركته فإن مجرد صفة الوراثية لا تؤهل صاحبها بالمطالبة به ولا المشاركة فيه لأنه ليس جزء من ماله وإنما يجب أن يكون أساس طلب التعويض هو الضرر الذي أصاب الطالب شخصياً من موت المجني عليه فأفقدته بموته حناناً أو عطفاً كان في حاجة إليه أو حرفة مما كان يعيله وينفق عليه أما في الجرائم التي لا تسبب الوفاة فإن الضرر فيها قد لحق المجني عليه شخصياً وأستحق له التعويض عنه وهو مازال على قيد الحياة فإذا توفي المضرور بعد ذلك لأمر ما فإن حقه في التعويض يعتبر جزء من ماله عند وفاته وينتقل ضمن تركته إلى ورثته فيكون لهم تمثيله في الدعوى المدنية بعد موته ويحلون محله فيها بصفتهم ورثته⁽²⁾.

ولنا أن نتساءل عن ماهية التركة وعناصرها فعند الأحناف التركة هي ما يتركه الميت من الأموال صافياً عن تعلق حق الغير بدينه والأعيان التي يتعلق بها حق

1 - حكم محكمة النقض المصرية في 1966.2.17 م . طعن مدني 31-352 ق .
2 - حكم المحكمة العليا في 1957.1.9 م طعن جنائي 3-157 ق قضاء المحكمة العليا الاتحادية ج2 ص 41 .

الغير كالرهن مثلاً ليست من التركة بهذا المعنى ، كما يدخل فيها دية المقتول خطأ فتعتبر كسائر أمواله حتى تقضى منها ديونه وتخرج وصاياه ويرث الباقي بعد هذا أو ذاك ورثته .

وفي ذلك يذكر ابن عابدين أن التركة في الاصطلاح هي ما تركه الميت من الأموال صافياً عن تعليق حق الغير بعين من الأعيان ويدخل فيها الدية الواجبة بالقتل الخطأ أو بالصلح عن العمد أو بانقلاب القصاص بعفو بعض الأولياء فتقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه .

((حاشية رد المختار على الدار المختار جـ5 : 500))
والتركة والميراث في الإسلام بحث مقارن للدكتور محمد يوسف موسى علي طلبة قسم الدراسات القانونية طبعة 1959-1960))

وعند الشافعية التركة هي كل ما كان للإنسان حال حياته وخلفه بعد مماته من مال أو حقوق أو اختصاصات وكذلك ما دخل بعد موته في ملكه بسبب كان منه في حياته .

((حاشية البجيرمي على شرح منهج الصلاب 3 : 222))

وكذلك الأمر عند الحنابلة فهم يذهبون إلى أن التركة هي الحق المخلف عن الميت ويقال لها أيضاً التراث وعرفها المالكية بأنها حق يقبل التجزى يثبت لمستحقه بعد الموت من كان ذلك له .

((كشف القناع ج2 : 450 الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي ج4 : 47))

وعلى هذا تشمل التركة عند أصحاب المذاهب الأربعة ما عدا الأحناف ما تركه المتوفى من أموال أو حقوق وهم جميعاً يستندون إلى ما يروى عن الرسول

صلى الله عليه وسلم من قوله : (من ترك مالاً أو حقاً فلورثته ومن ترك كلاً أو عيلاً فأبى) .

عل حين يروى الأحناف أن كلمة (حقاً) ليست ثابتة في الحديث وما لم يثبت لا يكون دليلاً .

وعلى هذا فجمهور الفقهاء الآخرين وهم الشافعية والمالكية والحنابلة يرون وراثته كل ما يتركه الميت من حق أو مال وأن الحقوق منافع بل أن الأعيان المالية تراد لمنافعها التي هي مال أو يصح الاعتقاد عنها بمال .

وقد أورد شهاب الدين القرافي من فقهاء المالكية أنه يروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال (من مات عن حق فلورثته) .

هذا اللفظ ليس على عمومته بل من الحقوق ما ينتقل إلى الوارث ومنها ما لا ينتقل والضابط فيما ينتقل إلى الوارث ما كان متعلقاً بالمال أو يدفع ضرر عن الوارث في عرضه بتخفيف آلمه أما ما يكون يتعلق بنفس المورث وعقله وشهوته فإنه لا ينتقل للوارث والسر في الفرق أن الورثة يرثون المال فيرثون ما يتعلق به تبعاً له بذلك وما لا يورث لا يرثون ما يتعلق به ويقرر الفقيه أيضاً أنه في خصوص حق القذف وقصاص الأطراف والجرح والمنافع في الأعضاء فإن هاتين الصورتين تنتقلان للورثة بما دخل علي عرضه من قذف مورثه والجنابة عليه وأما قصاص النفس فإنه لا يورث فإنه لم يثبت للمجني عليه قبل موته وإنما ثبت للوارث ابتداءً لأن استحقاق فرع زهوق النفس فلا يقع إلا للوارث بعد موت المورث .

((كتاب الفروق جـ 3 : 275 وما بعدها - مرجع الدكتور محمد يوسف موسى ص

79 وما بعدها المشار إليه))

وضع المسألة في الفقه الإسلامي

بعد أن أسلفنا ذكر القواعد الكلية التي تتعلق بالمسئولية غير الخطئية والتي قوامها الضرر وأوردنا تلك المسئولية في واقعات من التطبيق يجدر بنا أن نحدد ما إذا كان ثمة تكييف لهذا الوضع في الفقه الإسلامي .

تبين لنا أن الفقه تارة يسائل عاقلة الجاني عن ضرر لم ينسب إليهم شخصياً خطأ بخصوصه وإنما قصد من ذلك جبر الضرر الذي لحق المضرور والمواساة للجاني . وقد وضح ذلك في التبعة عن أعمال الحاكم ، وتارة يسائل من له يد على العجماء بتعويض الضرر الذي نتج عن فعلها ، وأحياناً يسائل المتبوعين عن خطأ صدر من تابعيهم أخذوا في ذلك بقاعدة الغرم بالغرم فقد ذهب الموصللي إلى أن فعل الأجير في كل البضائع يعتبر مضافاً لأستاذ فما أتلفه الأجير يضمنه الأستاذ إذ أنه يصير نائباً عنه وكأنه فعله بنفسه إلا إذا تعمد الأجير الإفساد والضرر فعندئذ يضمن هو لا الأستاذ⁽¹⁾.

ورأينا أنه في التبعة عن الجوامد أن من فقهاء المسلمين من يقيم المساءلة على المالك على الرغم من عدم سابقة التنبيه عليه بالهدم ، كما رأينا إقرار الفقه لمساءلة الصغير عن فعله وقيمتها مسئولية على أساس المباشرة في ماله الخاص الأمر الذي سوغ القياس عليها بمساءلة فاقد الأهلية وناقصيها بالضمان في أموالهم أخذاً بقاعدة المباشرة ضامن وإن لم يتعمد والمتسبب لا يضمن إلا بشرط التعمد ، فعدم التعمد قد يكون مرده إلى عدم القدرة عليه البتة أو أن يتوافر الإدراك وعلى الرغم من ذلك يقدم على

1 - الاختيار شرح المختار للموصللي ج1 ص 226 .

العمل مباشرة ، ومن ذلك يتضح أن المباشر يكون مستولاً سواء في ذلك أكان مخطئاً يادراك ما أقرفه أو غير مخطئ لعدم الإدراك أو نقصه .

وبينما يذهب الدكتور صبحي محمصاني إلى القول بأن الشريعة لا تشايح واحدة من النظريتين نظرية المسئولية الخطئية أو نظرية المسئولية غير الخطئية وأنها أخذت برأي وسط إذ أوجبت الخطأ في أحوال التسيب ولم توجهه في أحوال المباشرة فإن هذا القول من جانبه يصدق في حالات الضرر التي تنتج مباشرة أو تسيباً فبينما يتطلب في الحالة الأخيرة توافر الأركان الثلاثة للضمان وهي الخطأ أي التعمد ، والضرر ، وأن يكون الضرر مرتبطاً بفعل التعمد بعلاقة النتيجة بالسبب وهي ما يعبر عنه في القانون الوضعي بالعلاقة السببية فإنه في حالة المباشرة والضمان المترتب عليها فإنه ينظر إلى الضرر الواقع فحسب وأنه نتيجة لواقعة المباشرة ، وذلك بدون نظر لتوافر ركن التعمد أو عدم توافره ودون أن يتخلل فعل المباشرة والمثلف فعل آخر ولكن هل يعتبر الضرر الناتج من العجماوات أو عن العبيد ومن في حكمهم كالأجراء بمثابة الضرر الذي تترد المسئولية عنه إلى المباشرة . وهل يعتبر الضمان الذي تسأل عنه العاقلة في اعمال الحاكم وكذا الضمان الذي يسأل عنه بيت مال المسلمين في الحالات التي قضى فيها بضمان بيت المال إننا كذلك في حالات المباشرة ؟ مع أن الأصل في هذه الحالات جميعها أننا بصدد ضمان ليسوا مباشرين ولا متسبين وإنما أقيم الضمان فيها جبراً للضرر ورعاية لصالح المضرور الذي رؤى حمايته ودفع المفسدة عنه بإزالة مالحقه من ضرر .

والقواعد الكلية للشريعة من العموم بحيث تجعلها تتسع لحالات كثيرة من الضرر معالجة وجبراً دون الوقوف بالتقيد على قاعدة المباشر يضمن وأن لم يتعمد والمتسبب ضامن بشرط التعمد ، فيمكن بقاعدة الضرر يزال ، وكذا قاعدة الغرم

بالغنم دون القاعدة السابقة وهي الخاصة بالباشرة والمتسبب تلك القاعدة التي تظهر فيها الوسطية بين نظريتي المسؤولية الخطئية والمسئولية غير الخطئية ذلك أن المباشرة عموماً لا ينعدم فيها ركن التعدي أو التعمد وأن كان غير مطلوب قانوناً كشرط للضمان مما جعل الشارح يتجه إلى فكرة الوسط التي يقول بها .

أما الدكتور السنهوري فإنه وأن لم يبين موقف الفقه الإسلامي من تلك المسئولية غير الخطئية بصفة عامة فقد أصاب حينما قال أن الضمان في حالي المباشرة والتسبب لا يمكن أن يشكلا مبدأ لمسئولية غير المميز ومبدأ تحمل التبعة لأن المسئولية هنا قائمة على فكرة المباشرة .

بقى لنا بعد كل هذا أن نقول أن المسئولية غير الخطئية التي قوامها الضرر تقيم ضماناً عنه بالجبر والإزالة تتسع له قواعد الشريعة الكلية لتلك القواعد العامة التي من شأنها أن تساير كل زمان ومكان ودون الوقوف على متطلبات عصر أو جهة دون أخرى وقد أوردتها فقهاء المسلمين في تطبيقات متعددة مستندين إلى تلك القواعد ، الأمر الذي يفيد أن المسئولية عن الضرر - غير الخطئية - تقوم في الفقه الإسلامي جنباً إلى جنب مع المسئولية الخطئية في حالات معينة وردت فيها لجبر الضرر وتحقيقاً للتضامن الاجتماعي بين أفراد المجتمع .

عقد المغارسة بين القانون والشريعة الإسلامية

(دراسة مقارنة)

للمستشار : فتحي لاشين

تقديم :

عقد المغارسة من العقود الهامة التي أخذها المشرع الوضعي من الفقه الإسلامي بل ومن الفقه المالكي بوجه خاص ونظراً للظروف الطبيعية للأرض الليبية من اتساع رقعة الأرض وقلة عدد السكان إلى جانب التربة الصحراوية القاحلة لقلة الأمطار نسبياً وانعدام المصادر الغزيرة لمنابع المياه والأنهار ، فإن عقد المغارسة يعد من العقود عظيمة الشأن جليلة الخطر للأفراد وللإقتصاد على السواء لما يترتب عليه من تعمير الأرض الموات وتحويلها من قفر غير منبت إلى جنات خضراء مغروسة بالشجر المثمر الذي يفيض خيراً وبركة على أصحابه والمجتمع بأسره .

ومن هذا كان حرياً بالمشرع الوضعي أن يولي هذا العقد من العناية والاهتمام ، بل ومن التيسير والرعاية وسبل المعاونة نفس المكانة التي يوليها إياه الفقه المالكي ، وبما يكفل تشجيع الإقبال عليه والترغيب فيه من جمهور المزارعين بيد أن الأمر لم يكن كذلك وإنما على العكس منه فقد شابته تعقيدات عديدة نتيجة لظروف تاريخية فرضت نفسها حيناً من الزمن ثم زالت وبدأت الخطوات على الطريق الصحيح بصدور القانون رقم 29 لسنة 1976م ، بتعديل المادة (1004) من القانون المدني متضمناً نتيجة تلك المشكلة البغيضة التي كان يضيفها المشرع على العقد دون

مبرر مقبول والعودة إلى الرضائية الكاملة استجابة لمبادئ الشريعة الإسلامية ونأمل بأذن الله أن تعقب هذه الخطوة الموافقة خطوات أخرى لتخليص هذا العقد مما يعوقه عن أداء رسالته في تعمير الأرض إرساء لدعائم المجتمع الليبي الناهض .

وفي هذا البحث الموجز نتناول تعريف عقد المغارسة وطبيعته وانعقاده في القانون وفي الشريعة الإسلامية في فصل أول ثم نعرض لبيان أحكامه وأثاره في كل من القانون والشريعة في فصل ثان .

إدارة القضاة

الفصل الأول

(تعريف عقد المغارسة وتحديد طبيعته وكيفية انعقاده)

المبحث الأول

أولاً : تعريف العقد وتحديد طبيعته في القانون المدني :

تعريف عقد المغارسة :

عقد المغارسة وفقاً لما نصت عليه المادة (1003) من القانون المدني هو : عقد يتم بين مالك لقطعة أرض وشخص آخر يتعهد بغرس هذه الأرض شجراً ثابت الأصل مثمراً وأن تكون الأشجار من التي تثمر في آن واحد أو في أوقات متقاربة وفي مقابل ذلك يمتلك الغارس في نهاية مدة العقد حصة من الأرض التي غرسها أو قدرها معيناً منها بما عليه من أشجار .

فالطرف الأول في العقد مالك الأرض ويشترط أن يكون مالكاً وفقاً للقانون وبسبب من أسباب كسب الملكية قانوناً كالميراث والتقادم والعقد المسجل فمشتري الأرض بعقد عرفي لا يعد مالكاً ولا يصلح بالتالي طرفاً في عقد المغارسة فإذا تعاقد هذا المشتري مع غارس لغرس الأرض شجراً فإن الغارس لا يمتلك حصته في نهاية مدة العقد ولا تنتقل إليه ملكيتها إلا بمصادقة المالك الأصلي وموافقته على انتقال الملكية إليه وتسجيل هذه الموافقة بمصلحة التسجيل العقاري ، وفي هذه الحالة تكون ملكية هذه الحصة قد انتقلت مباشرة من المالك الأصلي إلى الغارس ومالك الأرض يجب أن يكون هو مالك الرقبة فلا يتم بين صاحب حق انتفاع وغارس وبديهي أن الأرض إذا كان مقررراً عليها حق انتفاع فمن الضروري عملاً موافقة صاحب حق الانتفاع على

العقد كمي يستطيع الغارس وضع يده على الأرض ومباشرة غرسها ويشترط أن يكون الشجر الذي يتعهد الغارس بغرسه شجراً ثابت الأصل أي تمتد جذوره في الأرض ويثبت فيها لمدة طويلة فالأشجار أو الشجيرات المعدة للزرع أو المزروعات التي تنتهي بالجز والحصد بعد مدة قصيرة كالبقول والقطن والقمح وغيرها لا تصلح موضوعاً لعقد المغارسة وأن كانت تصلح محلاً لعقد المزارعة كما يجب أن يكون من الأشجار التي تنتج ثمراً لا من أشجار الزينة أو الأشجار التي تعد لقطعها أخشاباً أو للإظلال أو لأي غرض آخر غير الإثمار ويجب أخيراً أن تنمر هذه الأشجار في زمن واحد أو متلاحق ، فإذا كانت تتفاوت مدة الإثمار بالتبكير والتأخير تفاوتاً كبيراً بحيث يفصل بينهما مدة زمنية طويلة فلا يجوز المغارسة عليها في عقد واحد ولم يحدد القانون معياراً زمنياً لذلك وإذن فالمرجع في تقارب الأثمار أو تباعده إلى العرف والخبرة الفنية وغرض المشرع من اشتراط تقارب الأثمار هو تفادي المشكلات العملية المنازعات التي قد تثور من جراء إثمار بعض الأشجار وبقاء البعض الآخر مدة طويلة بعد ذلك دون إثمار .

مدى أهمية عقد المغارسة :

أعتبر المشرع الليبي عقد المغارسة عقداً خطيراً لأنه ينتهي بتمليك الغارس حصة من الأرض فيفقد المالك جزءاً من أرضه ولكنه يجني من ورائه أن تصبح بقية أجزاء أرضه مغروسة بالشجر المثمر بعد أن كانت قفراً .

طبيعة عقد المغارسة :

أورد القانون أحكام عقد المغارسة في الفصل المخصص للحقوق المتفرعة عن حق الملكية باعتباره من الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن حق الملكية .

وهو تكييف معيب لطبيعة عقد المغارسة ينفرد به القانون الليبي ، فالغارس خلال سريان مدة العقد لا يكون مالكا للحصة المتفق عليها من الأرض ولا يتمتع بأي ميزة عينية لا على الأرض ولا على الشجر ومالك الأرض حق إنهاء العقد إذا لم يقم الغارس بتنفيذ التزاماته كاملة .

فعقد المغارسة في أهميته والآثار التي تترتب عليه أدنى بكثير من عقد البيع غير المسجل الوارد على عقار ذلك لأن هذا العقد الأخير ينشئ للمشتري فور انعقاده حقاً شخصياً في تملك العقار كما يترتب آثاره كاملة فيكون للمشتري حق استلام العقار واستغلاله وجني ثمراته والانتفاع به على الوجه الذي يريده وذلك كله قبل تسجيل العقد غير أن الحق الشخصي في تملك العقار لا يصبح حق ملكية أي حقاً عينياً إلا بالتسجيل ولذا يجمع شراح القانون كما استقر القضاء على أن عقد البيع حتى في ظل قوانين التسجيل الحالية هو عقد رضائي وينعقد بمجرد تلاقي الإيجاب والقبول وينتج كافة آثاره عدا حق نقل الملكية فهو فقط الذي يتراخى إلى حين التسجيل⁽¹⁾.

أما عقد المغارسة فلا يمنح الغارس شيئاً من ذلك كله فإن حق تملك حصة الأرض المتفق عليها لا ينشأ فور العقد ولكن في نهاية مدته بعد سنوات طويلة ويشترط أن يكون الغارس قد أدى التزاماته كاملة عملاً بنص المادة (1009) من القانون أما قبل ذلك فلا يكون ثمّة حق للغارس في تملك هذه الحصة بل ولا يكون له الحق في استغلال الأرض ولا الشجر أو الانتفاع بهما علي أي وجه إلا باتفاق خاص بينه وبين مالك الأرض وهذا الاتفاق لو تم يخرج عن نطاق عقد المغارسة ويحكمه إما شروط الاتفاق أو قواعد قانونية أخرى غير قواعد المغارسة وفي ذلك تنص المادة (1007)

1 - يراجع حكم المحكمة العليا في الطعن رقم 32-20 ق بجلسة 21 محرم 1395 هـ الموافق 2 فبراير 1975 م مجلة المحكمة العليا .

من القانون بأنه لا يمنع عقد المغارسة من أن يقوم الغارس علاوة على التشجير بزراع الأرض حبوباً أو خضراً وما إلى ذلك على أن يعطي المالك نصيباً من المحصول حسب قواعد الحكر ما لم يتفق على خلاف ذلك .

وإذن فإن الالتزامات التي ينشئها العقد في مرحلة سريانه التزامات شخصية بحتة أما في نهاية مدة العقد وبعد أداء المغارس التزاماته كاملة فإن عقد المغارسة يكون قد أنقضى ويصبح الغارس صاحب حق في التملك وتبدأ علاقة جديدة بين الغارس ومالك الأرض ويتحول موضوع العقد من المغارس إلى عقد يفيد التصرف في الملك أي بمثابة بيع للحصة المتفق عليها وبالتالي فليس هناك أي مبرر قانوني مقبول لاعتبار عقد المغارسة من الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن حق الملكية .

ثانياً : تعريف العقد وتحديد طبيعته في الشريعة الإسلامية :

تعريفه :

يعرف عقد المغارسة شرعاً بأنه عقد تعمير أرض بشجر بجزء من الأصل .
أو بأنه (أن يعطي الرجل أرضه لآخر ليغرسها بجزء معلوم منها يستحقه بالإطعام⁽¹⁾ أو بانقضاء الأجل الذي رضياه) .

طبيعته : المغارسة أو الافتراس على أنواع جعل وإجارة وذات الشركة .

1. فالجعل : كأن يقول الرجل لأخر أغرس لي هذه الأرض كرمًا وتيناً ولك في كل شجرة تبت أو تثمر كذا من الدراهم أو الدنانير أو عرضاً صفته كذا .

1 - الإطعام : أثمار الشجر .

2. الإجارة : أن يقول أغرس لي هذه الأرض شجراً من نوع معين ولك كذا من الدراهم والدنانير أو العرض والفرق بينهما أن الجعل لا شيء فيه للغارس إلا بتمام عمله بنبات الشجر أو إثمارها على ما أشرط بخلاف الإجارة فإن الغارس يستحق أجره على مجرد عمله .

وهذان النوعان يدخلان في بابي الجعالة والإجارة وهما غير مقصودان هنا .

3. وذات شركة : وهذا القسم هو الذي سقنا تعريفه وهو المقصود بالبحث والوارد في القانون المدني ويستفاد من التعريف خاصة التعريف الثاني أنه ينطوي على كافة العناصر التي أوردها القانون بحيث يكاد يكون المشرع الوضعي قد نقل هذا التعريف بنصه .

وهذا النوع ليس بإجارة منفردة ولا جعل منفرد وإنما شبهها من الإجارة للزومه بالعقد وجواز تحديده بالأجل وشبهها من الجعالة لأن الغارس لا شيء له إلا بعد نيات الغرس وبلوغه الحد المشروط ، وهي ذات شركة لأن الغارس بتمام العمل يكون شريكاً⁽¹⁾ . (يراجع البهجة شرح التحفة لأبي الحسن القسولي ج2 ص 196 ، 199)

1 - نفس المعنى في حكم المحكمة العليا رقم 4-18 ق مدني جلسة 18 ربيع الأول 1392 هـ الموافق 2 مايو 1972 م .
مجلة المحكمة العليا سنة 9 عدد 1 ص 29 .

المبحث الثاني

(انعقاد عقد المغارسة)

أولاً : قبل صدور القانون رقم 29-1967م⁽¹⁾ :

شكلية العقد وأثارها :

نظراً للخطورة التي توهمها المشرع لعقد المغارسة ، كانت المادة (1004) مدني قبل تعديلها بالقانون رقم 29-1976م . تنص على أنه (لا يقوم عقد المغارسة حتى قبل التعاقد إلا بورقة رسمية تقيّد تقييداً صحيحاً لدى دائرة الأملاك أو ما يقوم مقامها) وبذلك كان المشرع يعتبر عقد المغارسة من العقود الشكلية التي لا تنشأ أصلاً ولا يكون لها وجود قانوني إلا إذا تم إفراغها في الشكل الذي يستوجبه القانون ولا يكفي التراضي وحده لقيامها ، وقد اشترطت هذه المادة لقيام عقد المغارسة تسوافر أمرين :

1. أن يتم تحريره في ورقة رسمية .

2. أن يقيّد قييداً صحيحاً لدى دائرة الأملاك (مصلحة التسجيل العقاري الآن)⁽²⁾

(يراجع حكم المحكمة العليا في الطعن المدني رقم 86-19 ق بجلسة 29 ربيع الأول 94هـ الموافق 1974.4.21م باشرط أن يكون عقد المغارسة مسجلاً كي ينتج أثره في تملك الغارس للحصّة المنفق عليها - مجلة المحكمة العليا س 10 عدد 3 ص 189 ونفس المبدأ في الطعن رقم 65-20 مدني بجلسة 1975.2.23م - مجلة المحكمة العليا س 11 عدد 4 ص 67) .

1 - صدر في 5 جمادى الأولى 1396هـ الموافق 1976.5.4م ونشر بالجريد الرسمية بالعدد 38-1976م .
2 - التعبير بالقيّد مجازة لعبارة القانون وهي ترادف التسجيل وفقاً لقانون التسجيل العقاري الصادر سنة 1965م .

فإذا توافر الشرطان كان العقد منتجاً لإثارة فيما بين المتعاقدين فيملك الغارس في نهاية مدة العقد حصة الأرض المتفق عليها ويكون العقد أيضاً حجة على الغير الذي يرتب له المالك حقاً عينياً على الأرض محل عقد الغراس ولو كان هذا الغير حسن النية بأن كان لا يعلم بهذا العقد فلو باع المالك الأرض لأخر سري عقد الغراس في حقه وتملك الغارس الحصة المقررة له في نهاية العقد في مواجهة المشتري أما إذا تخلف أحد الشرطين فإن الأمر لا يخرج عن إحدى الصور الآتية :

1. أن تتخلف الرسمية بأن يتم العقد شفاهة أو بكتابة عرفية ، وتخلفها يستتبع حتماً عدم قيده إذ يستحيل قيد عقد الغراس إلا إذا كان مفرغاً في ورقة رسمية .

2. أن يتم العقد بورقة رسمية ولكنه لم يقيد لدى المصلحة المختصة .

3. أن يتم العقد بورقة رسمية ثم يقيد لدى المصلحة المختصة ولكن يتبين أن القيد غير موجود لنقصان أحد بياناته مثلاً أو لأجرائه على غير الوجه المقرر قانوناً ، وفي هذه الصور كلها يعتبر العقد غير موجود أصلاً وكأن لم يتم تعاقد وحتى لو أدى الغارس التزاماته كاملة ومضت مدة العقد فإن العقد لا ينتج أثره الجوهري وهو حق الغارس في أن يمتلك الحصة المتفق عليها وكل ما له من حقوق في هذه الحالات تنحصر في الرجوع على مالك الأرض بالتعويض عما أصابه من ضرر نتيجة أدائه لالتزاماته المتفق عليها .

أضرار الشكلية :

والشكلية التي كان القانون يشترطها لقيام العقد معيبة من نواح عديدة :

1. أنها شكلية مزدوجة تجمع بين رسمية الورقة وقيدها قيدهاً صحيحاً وهو وضع شاذ ينفرد به عقد الغراس بين سائر العقود فليس في القانون المدني عقد يشترط فيه

الرسمية والقيود معاً سوى عقد الرهن العقاري واشتراطهما فيه له مبرراته المسلم بها باعتباره يرتب حقاً عينياً مباشراً على العقار وعقد الهبة لا يشترط فيه سوى الرسمية ونجد مبررها في أن الهبة خروج عن المال على سبيل التبرع فهي عقد ضار محضاً وذو خطر حال ، فالشكلية فيها مرغوبة للتبرع استظهاراً للقصد الجازم المصمم عليه ، ويجوز في هبة المنقول أن تتم بالقبض أما سائر العقود الأخرى الواردة في القانون ومنها عقد المزارعة والمساقاة اللذان يشتركان مع عقد الغراس في اعتبارهما في نظر القانون من الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن حق الملكية فهي جميعاً عقود رضائية بحته تنعقد بمجرد تلاقي الإيجاب والقبول وتخضع للقواعد العامة في الإثبات عدا عقدي الصلح والكفالة فيشترط القانون ثبوتهما بالكتابة .

2. وكانت شكلية العقد على هذا النحو الجامد المركب ترتب ضرراً بالغاً بالطرف الضعيف وهو الغارس إذ يتكلف ثمن شراء الأشجار ومصاريف غرسها ثم العناية بها وصيانتها أعواماً طويلة ثم يفاجأ بعد كل تلك السنوات التي قضاه في بذل الجهود المضنية من صحته وعمره وماله ببطان العقد فيخسر كل شيء في الوقت الذي يغنم فيه المالك بكل هذه الجهود ، فيغنم الشجر والثمر وخصوبة الأرض وارتفاع قيمتها وفوق ذلك تبقى له أرضه كاملة بما فيها حصة الغارس . كل ذلك دون أي غرم فلا جهداً بذل ولا مال أنفق وهو ظلم فادح تأباه العدالة وتحرمه مبادئ الشريعة الإسلامية .

وقد أكد الواقع العملي هذا الغبن الفاحش الذي كان يقع على الغارس ذلك لأنه باستقراء أحكام المحاكم بشأن المنازعات الكثيرة التي ثارت حول عقد المزارعة في السنوات الماضية نجد أن 99½% تقريباً من هذه المنازعات قضى فيه ببطان العقد لعدم استيفاء الشكل الذي يستوجبه القانون وأن نسبة ما قضى فيه بصحة العقد

وتشيت ملكية الغارس لخصته في الأرض لا تتجاوز ½% لأن الغارس يكون عادة من فئة المزارعين الكادحين ذوي الدخل المحدود وتغلب عليهم الأمية ولا يعرفون حكم القانون بل ولا دراية لهم بكيفية تنفيذ أحكامه والمالك لا يعنيه استيفاء الشكلية بل ومن مصلحته عدم استيفائها ثم يفاجئ الغارس في نهاية مدة العقد وبعد أداء التزاماته كاملة بالتمسك ببطان العقد وتضطر المحاكم للتزول على حكم القانون والقضاء ببطلانه . وليس للغارس إلا أن يلجا إلى طلب التعويض أن وفق في الحصول عليه مما دفع الجماهير أن ضجوا بالشكوى من عنت القانون وجموده وأضراره بمصالح فئة كبيرة من الشعب دون مبرر مقبول وهي الاحوج إلى حماية القانون ورعاية المشرع .

مصدر الشكلية والمتغيرات الاجتماعية :

إن هذه الشكلية الضارة الجامدة قد أتى بها لأول مرة النظام العقاري الصادر في سنة 1921م. والذي وضعه الاستعمار الإيطالي بغية حماية مصالح الملاك الطليان على حساب الشعب الليبي واستتراف جهود أبنائه وعند وضع القانون المدني الحالي في العهد الملكي على حساب الأجراء والعمال الكادحين فأبقى المشرع على تلك الشكلية التي يستفيد المالك من ورائها فائدة مطلقة دون غرم ويضار بها الغارس ضرراً مطلقاً دون أي نفع ولا تخدم مصلحة عامة .

وإذ قامت ثورة الفاتح من سبتمبر العظيمة لخير الكادحين والمخرومين ورفعت لواء الشريعة الإسلامية أساساً للتشريع والاشتراكية منهجاً اقتصادياً لتحقيق مجتمع الكفاية والعدل فقد أستوجب الأمر النظر في تعديل القانون بتخفيف حدة الشكل اللازم لانعقاد عقد المغارسة بما يضمن حقوق الغارس لأنه الطرف الضعيف الكادح الذي يقع عليه الضرر كله من وراء اشتراط الشكلية وهو الذي ينبغي حمايته ورفع الضرر عنه خاصة وليس في تخفيف تلك الشكلية ما يخل بأي حق لمالك الأرض أو

يتنافى مع المصلحة العامة وتم ذلك فعلاً بصدور القانون رقم 29-1976م بتعديل المادة 1004 من القانون المدني وكان المصدر الذي أستقى منه المشرع هذا التعديل هو المبادئ السامحة للشريعة الإسلامية الغراء فلنلق نظرة عليها قبل التعرض لأبعاد هذا التعديل وأثاره .

ثانياً : انعقاد عقد المغارسة في الشريعة الإسلامية :

دلالة المغارسة على سمو مبادئ الشريعة :

يعتبر عقد المغارسة مثلاً فذاً على سمو مبادئ الشريعة الإسلامية ومرونتها في التطبيق واستجابتها لدواعي التغير والتطور بما يلائم مصالح الناس في حدود مبادئها العامة وقواعدها الكلية .

فهذا العقد مستحدث لم يكن معروفاً في عهد النبوة المباركة أو صحابة رسول الله رضوان الله عليهم ، ولم يرد له ذكر في كتب الفقهاء الأولين من أصحاب المذاهب وإنما قال به بعض الفقهاء المتأخرين خصوصاً فقهاء المذهب المالكي الذين عنوا به وتفصيل أحكامه عناية خاصة وكان ذلك بعد أن جاء العرف بهذا العقد وشاع في الناس وأحكامه مستقاة من أحكام ثلاثة عقود معروفة في الفقه منذ نشأته وأتى ذكرها في الكتاب الكريم والسنة النبوية المطهرة وهي عقود الجعالة والإجارة والبيع .

وترجع دلالة على سمو مبادئ الشريعة ومرونتها إلى مشكلة تارت حيناً من الزمن بين رجال الفقه الإسلامي حول الحكم الشرعي للعقود من حيث الأصل هل هو الإباحة والجواز ولا يحرم ويبطل منها إلا ما دل على تحريمه وإبطاله نص أو قياس وأكثر أصول الإمام أحمد بن حنبل تجري على ذلك والإمام مالك قريب منه وبعض

الفقهاء من المذاهب الأخرى وهو الرأي المعول عليه وبعض الفقهاء الآخرين ومن أبرزهم أهل الظاهر يقولون : أن الأصل فيها الحظر إلا ما ورد الشرع بإجازته . والدكتور السنهوري يطرح هذه القضية بصورة أخرى ، هي (هل العقود في الفقه الإسلامي مذكورة على سبيل الحصر ؟) يبدو لأول وهلة أنها كذلك . ففي كتب الفقه لا نجد نظرية عامة للعقد بل نجد على النقيض من ذلك عقود مسماة تأتي عقداً بعد عقد على ترتيب غير منطقي ويختلف هذا الترتيب في كتاب عنه في الآخر حتى ليظن الباحث أن الفقه الإسلامي لا يعرف إلا هذه العقود المسماة وأن أي اتفاق لا يدخل تحت عقد من هذه العقود لا يكون مشروعاً ولكن هذه النظرة إلى الفقه الإسلامي نظرة سطحية فإن الباحث يلمح من خلال الأحكام التي يقررها الفقهاء في صدد هذه العقود المسماة أنهم يسلمون بإمكان أن يمتزج عقدان أو أكثر من هذه العقود في عقد واحد بجميع خصائص هذه العقود التي امتزجت فيه بل ويلمح أن هناك قاعدة فقهية مسلمة هي أن المسلمين عند شروطهم وأن كل اتفاق تتوافر فيه الشروط التي يقررها الفقه الإسلامي يكون مشروعاً (مصادر الحق في الفقه الإسلامي " ج/1 ص . 80-83 " والوسيط ج 7 مجلد 2 هامش ص 1090) وتلك القاعدة التي يلمحها الدكتور السنهوري هي قاعدة صريحة جلية أتى بها القرآن الكريم والسنة النبوية . فقد جاء الكتاب والسنة بالأمر بالوفاء بالعهود والشروط والمواثيق والعقود وبإداء الأمانة ورعاية ذلك والنهي عن الغدر والتشديد على من يفعل ذلك فقال تعالى ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ ﴿ وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا ﴾ ﴿ وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا ﴾ ﴿ وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ ﴾ . قال المفسرون كالضحاک وغيره تساءلون به : تتعاقد وتتعاقدون وذلك لأن كل واحد من المتعاقدين يطلب من الآخر ما أوجبه العقد من فعل أو ترك أو مال أو نفع . ولو كان الأصل فيها الحظر والفساد إلا ما أباحه الشرع لم يجز أن يؤمر بما مطلقاً ويذم من نقضها دون عذر مطلقاً وإذا كان حسن الوفاء ورعاية العهد مأموراً بما علم أن الأصل صحة العقود والشروط

إذ لا معنى للتصحيح إلا ما ترتب عليه أثره وحصل به مقصوده هو الوفاء به ، وإذا كان الشرع قد أمر بمقصود العهود دل على أن الأصل فيها الصحة والإباحة .
(فتاوى ابن تيمية ج 3 مباحث العقود ص 329 وما بعدها نفس المعنى في البدائع للكاساني ج 5 ص 259) .

ولعل عقد المغارسة بما يجمع من خصائص لعدة عقود أبلغ دليل على جواز استحداث صورة جديدة من العقود والاتفاقات طالما لا تتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية وقواعدها الكلية التي يقوم عليها الفقه الإسلامي .

صيغة العقد شرعاً:

لم يرد لعقد الغراس صيغة خاصة في جميع كتب الفقه الإسلامي الذي تعرضت له وخاصة كتب المذهب المالكي التي عنيت ببحث هذا العقد وتفصيل أحكامه وقد يوصف بأنه عقد أو يدرج بين عقود المعاوضة مع بيان عناصره ومميزاته دون ذكر لصيغة خاصة لا ينعقد بها .

ولذلك تنطبق عليه الأحكام العامة لصيغ العقود في الشريعة الإسلامية والقاعدة أن العقود عامة بكل ما يدل على الرضا عرفاً من قول أو إشارة أو كتابة أو فعل (بلغة السالك لقرب المالك للشيخ احمد الصاوي على الشرح الصغير لدردير ج 2 ص 3) وذلك هو ما تدل عليه أصول الشريعة كقوله تعالى ﴿ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾ ، وقوله ﴿ فَإِنْ طِبَّنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا ﴾ فذكر التراضي في البيع وهو جنس المعاوضة وطيب النفس في التبرع وهو جنس التبرعات ولم يشترط لفظاً معيناً يدل على التراضي وعلى طيب النفس وقد ذكرت بعض أسماء العقود في القرآن الكريم كالبيع والقرض والتجارة والرهن والنكاح والتبرع وهذه الأسماء جاءت في

كتاب الله وسنة رسوله معلقاً بها أحكام شرعية ، وكل أسم فلا بد له من حد وما لم يكن له حد في اللغة ولا في الشرع فالمرجع فيه إلى عرف الناس ومعلوم أن البيع والإجارة والهبة ونحو ذلك لم يجد الشارع لها حداً لا في كتاب الله ولا في سنة رسوله ولا ينقل عن احد من الصحابة والتابعين أنه عين للعقود صيغة معينة من الألفاظ أو غيرها . (الفتاوى لأبن تيمية ج3 ص 217) .

أما الأمر بكتابة المعاملات المؤجلة والأشهاد عليها في قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ ... الخ ﴾ فمحمول على الندب لا على الوجوب ليكون ذلك احفظ لمقدارها وميقاتها واضبط للشاهد وقد نبه الله عز وجل على هذا المعنى بقوله تعالى في آخر هذه الآية ﴿ ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمٌ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا ﴾ وقوله في الآية التالية ﴿ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ ﴾ (تفسير ابن كثير ج 1 ص 334 وما بعدها) .

ونخلص مما تقدم إلى أن العقود والتصرفات عموماً تقوم في الشريعة على الرضائية المجردة عن أي شكل خاص فلا يشترط لقيامها صيغة محددة ولا أن تفرغ في شكل معين كاشتراط الرسمية أو القيد أو غير ذلك من الاشكال بيد انه لا يوجد شرعاً ما يمنع ولي الأمر من اشتراط شكل معين لصيغ العقود والتصرفات أو رسم طريق خاص للإثبات في أحوال معينة تحقيقاً لما يراه مناسباً لأحوال الناس من المصالح المرسله كاستقرار المعاملات أو حسم المنازعات بين الناس أو منع الادعاء بالباطل على أن ولي الأمر مقيد في ذلك بمراعاة العدالة بقدر الإمكان وأن يحقق الإجراء الذي تفرضه المصلحة المتبغاة من وراء فرضه على الناس فإذا اخل ذلك الإجراء بالعدالة أو ترتب عليه جلب مفسده ترجح المصلحة التي أرادها ولي الأمر كان هذا الإجراء مخالفاً للشريعة وتعين على ولي الأمر إلغاؤه أو تعديله بما يحقق مصالح الناس وإقامة العدل

بينهم وذلك هو ما توجه أصول الشريعة وقواعدها العامة فمن المقرر أنه (لا ضرر ولا ضرار) وأن (دفع المفسد مقدم على جلب المصالح) وأن كل مسألة خرجت عن العدالة إلى الجور وعن الرحمة إلى ضدها وعن المصلحة إلى المفسدة وعن الحكمة إلى العبث فليست من الشريعة .

وبالإضافة إلى تلك المبادئ العامة فإن الفقه المالكي ينص صراحة على إبطال كل شرط يثقل على الغارس ويشق عليه لما يترتب عليه من إبطال عمله وإهدار جهده وتحقيق منفعة لمالك الأرض دون مقابل وإذا كان اشتراط الرسمية والقيود في عقد الغراس يترتب عليه ظلم الغارس وإهدار حقوقه وإبطال عمله وضياع ما أنفقه من مال وهو ما يرجح بكثير المصلحة التي يحققها فإنه يكون شرطاً مخالفاً لمبادئ الشريعة الإسلامية وقد استجاب المشرع أخذاً لتلك المبادئ السامية بما يضمن مصالح الغارس ويرفع الضرر عنه وذلك بالتخفيف من حدة الشكل الذي كان يستلزمه القانون .

ثالثاً : في ظل القانون رقم 29-1976م :

ينص القانون رقم 29-1976م والمعمول به اعتباراً من تاريخ صدوره على ما يأتي:

مادة (1)

يستبدل بنص المادة (1004) من القانون المدني النص الأتي :

مادة 1040 - ثبوت العقد ونفاذه في حق الغير :

لا يثبت عقد المغارسة إلا بالكتابة ولا يكون نافذاً في حق الغير حسن النية إلا إذا كان مسجلاً قبل أن يكسب هذا الغير حقاً عينياً على العقار .

مادة (2)

يسري حكم المادة السابقة على عقود المغارسة المبرمة قبل نفاذ هذا القانون إذا لم تكن قد صدرت بشأنها أحكام نهائية .

مادة (3)

على وزير العدل تنفيذ هذا القانون ويعمل به من تاريخ صدوره وينشر في الجريدة الرسمية .

وقد صدر هذا القانون في 1976.5.4م ونشر في الجريدة الرسمية عدد 38 بتاريخ 1376.6.17م .

أبعاد هذا التعديل وأثاره :

1. انعقاد العقد وطريقة إثباته :

استبعد المشرع الشكلية تماماً من مجال انعقاد عقد المغارسة وعادت له صفته الرضائية الكاملة اهتداء بأحكام الشريعة الغراء فأصبح انعقاد العقد بمجرد تلاقى الإيجاب والقبول من الطرفين دون حاجة لأي إجراء آخر .

واشترط الكتابة إنما هو في مجال الإثبات فقط لحماية لحقوق والتزامات طرفي العقد وتحديداً لهما بما يمنع النزاع حولها خاصة وان العقد يستمر عدداً من السنين .

والكتابة بصفة مطلقة دون قيد الرسمية تفيد الاكتفاء بالورقة العرفية الموقع عليها بإمضاءات ذوي الشأن أو ببصمات أصابعهم ويسري على هذه كافة الأحكام العامة المقررة لحجية الورقة العرفية في الباب السادس من القانون المدني الخاص بإثبات

الالتزام وبصفة خاصة الأحكام الواردة في المادتين 382 ، 389 مدني ومفادهما ألا تكون الورقة العرفية حجة على الغير في تاريخها إلا منذ أن يكون لها تاريخ ثابت وجواز الإثبات بالبينة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة .

ويترتب على رضائية العقد والاكتفاء في إثباته بالكتابة أمران هما :

الأول : أن نقل ملكية الحصة المتفق عليها للغارس في نهاية مدة العقد يخضع لقواعد قانون التسجيل العقاري ، أي لا بد من معاونة مالك الأرض في عملية نقل الملكية بالتصديق على ذلك في مصلحة التسجيل العقاري فإذا أمتنع كان للغارس أن يلجأ لإجراءات التحكيم المنصوص عليها في المادة (1010) مدني فإذا لم يحل النزاع كان له أن يرفع دعوى بصحة ونفاذ عقد المغارسة وبديهي أن رفع هذه الدعوى لا يكون إلا في نهاية مدة العقد وأداء الغارس التزاماته كاملة وإلا كانت مرفوعة قبل الأوان فإذا تبينت المحكمة توافر هذين الشرطين قضت بصحة ونفاذ العقد ويقوم تسجيل هذا الحكم محل موافقة المالك في نقل الملكية لدى مصلحة التسجيل العقاري وهذه القواعد مقررة دون نص خاص عملاً بالقاعدة المقررة بالمادة (207) من القانون المدني والتي تقضى بمراعاة أحكام النظام العقاري الخاصة بالشهر العقاري في الالتزام بنقل ملكية شيء معين بالذات يملكه الملتزم .

وقد كان تدخل المالك في المعاونة على نقل الملكية للغارس في نهاية مدة العقد لازم كذلك في ظل الوضع السابق فقد كان بعض الشراح يشترط هذه المعاونة من الناحية العملية فيرى أنه (لا بد من أن يحصل الغارس على سند من المالك بالتملك ويقوم بتسجيله حتى تنتقل إليه ملكية الأرض ويعتبر السند الصادر من المالك بمثابة بيع وذلك لأن عقد المغارسة لم يكن إلا وسيلة لا يغنى عن تسجيل سند نقل الملكية) (الدكتور علي سليمان ، شرح القانون المدني - الحقوق العينية الأصلية والتبعية ص 352) .

وأيّ ما كان الرأي في ذلك فإن معاونة المالك للغارس في نقل الملكية كانت لازمة من الناحية العملية على الأقل إذ كان الغارس لا يستطيع نقل الملكية إلا إذا حصل على موافقة المالك بأنه قد أدى التزاماته كاملة فإذا رفض المالك إعطائه سنداً يتضمن هذه الموافقة كان له أن يلجأ إلى إجراءات التحكيم ثم إلى القضاء كل ما في الأمر أنه يرفع دعوى بتثبيت ملكيته إلى القدر المتفق عليه لأن عقد المغارسة لم يكن ينعقد إلا بتسجيله فكان يحق له رفع دعوى تثبيت الملكية استناداً إليه .

أما الآن فقد أصبح عقد المغارسة عقداً عرفياً فلم يعد في إمكانه رفع دعوى تثبيت الملكية وإنما بصحة ونفاذ عقد المغارسة شأنه في ذلك شأن عقد البيع العرفي الوارد على عقار⁽¹⁾ . فشكل الدعوى القضائية فقط وطبيعتها هو الذي تغير ولكن مضمون الدعويين واحد والتزاع يثور بين الطرفين في كل منهما واحد والنتيجة واحدة .

الأمر الثاني : إذا لم يثبت عقد المغارسة على النحو المطلوب قانوناً لم ينتج العقد أثره الجوهري وهو تملك الغارس حصة الأرض المتفق عليها ولم يكن له من حق سوى المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي حاقت به وفي هذا المجال لم يختلف الأمر عن ذي قبل ولكن أساس التعويض أصبح دائماً هو العقد لأنه موجود بتراضي الطرفين وأن لم يثبت أمام المحكمة كتابة فإذا أمكن للغارس إثبات الاتفاق على طريقة خاصة للتعويض تعين أتباعها لأن هذا الاتفاق لا يجب ثبوته بالكتابة أما في ظل الوضع السابق فقد كان أساس التعويض يختلف من حالة لأخرى فإذا كان العقد ثابتاً بورقة رسمية ولكنه لم يسجل لدى مصلحة التسجيل العقاري صلح أساساً التعويض أما إذا كان فاقداً شرطي

1 - يراجع حكم المحكمة العليا المشار إليه في الطعن 32-20 ق مدني صادر 75.2.2م المحكمة العليا عدد 4 س 11 ص 53 .

الرسمية والتسجيل معاً فلا يكون ثمة عقد مطلقاً ويكون أساس التعويض حينئذ هو أثره مالك الأرض على حساب الغارس دون سبب.

2. نفاذ العقد في حق الغير :

نص المشرع في عجز المادة (1004) مدني بعد تعديلها على حل لمشكلة التعارض بين حق الغارس في اكتساب ملكية حصة الأرض المتفق عليها وما قد ينشأ من حق للغير على هذه الأرض ، والمقصود بالغير هو من يتصرف له المالك ببيع الأرض خلال سريان العقد ويشترط لكي يكون المتصرف إليه غير في حكم هذه المادة حالياً : أن يكون سنده مسجلاً فإذا كان السند عرفياً فلا يعتد به لأن العقد العرفي لا ينشئ إلا حقوقاً شخصية ويضل الحق العيني ثابتاً للمالك الأصلي أما بالتسجيل فينقل الحق العيني فعلاً إلى المتصرف إليه ويشترط كذلك أن يكون ذلك الغير صاحب السند المسجل حسن النية ومعنى حسن النية هنا ألا يعلم علماً فعلياً بعقد الغراس فإذا توافر هذان الشرطان للغير وهما تسجيل السند وحسن النية كان حقه أولى بالاعتبار فلا ينفذ عقد المغارسة العرفي في حقه إلا إذا كان الغارس قد سجل عقده قبل تاريخ تسجيل سند الغير لأننا نكون أمام ضرر يلحقه بأحد منهما فمن يسبق بالتسجيل نفذ حقه كاملاً تجاه الآخر وليس لمن يضرار منهما إلا الرجوع على المالك بالتعويض.

والاعتداد بالعلم الفعلي كمييار لحسن النية أمر تملية اعتبارات العدالة حماية للجانب الضعيف في العقد وهو الغارس ذلك لأن المالك يعتمد على التصرف في الأرض أثناء سريان عقد الغراس فإنه يضر بالغارس تبعاً لما يترتب على هذا التصرف من تعريض حقوق الغارس للخطر والضياع والمتصرف إليه أما أن يكون على بينة من وجود عقد الغراس ويقبل التصرف على هذا الأساس فيكون قد أوزن الأمور عن رؤية وأقدر على التصرف متأكداً من رجاحة مصلحته من وراء التصرف وإلا ما أقدم

عليه وإذ يكون العقد حجة عليه ولو لم يسجل وأما إلا يكون على علم به فيكون حسن النية مخدوعاً من المالك وحقوقه هو الآخر عرضه للضياع فالعبرة بينه وبين الغارس بسبق تسجيل عقد أي منهما والمفروض أن التصرف أثناء سريان عقد الغراس بمعنى أن يكون عقد الغراس سابقاً في تاريخه على التصرف وإذا ثار نزاع بين الطرفين في تاريخ عقد الغراس أو تاريخ التصرف فلا عبرة بتاريخ أي الأمرين إلا إذا كان ثابتاً بوجه رسمي على ما تنص به المادة (382) من القانون المدني وإلا كانت العبرة بواقع الحال أيهما أسبق فعلاً وفق ما يثبت من وقائع الدعوى وهو أمر تستخلصه محكمة الموضوع من الأوراق المطروحة عليها .

وإذا كان العقد نافذاً في حق الغير في هذه الحدود فإن التصرف إليه يأخذ مركز المالك الأصلي بالنسبة لعقد المغارسة وتنقل إليه الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد فيستمر العقد في مواجهته حتى نهاية مدته ويرتب آثاره كاملة وذلك كله تطبيقاً للقاعدة العامة المقررة بالمادة (146) من القانون المدني الخاصة بتحديد آثار العقد بالنسبة للخلف الخاص .

3. سريان التعديل على العقود التي لم يصدر بشأنها حكم نهائي :

وفقاً لقواعد التنازع بين القوانين في الزمان هذا التعديل لا يسري على عقود المغارسة المبرمة قبل نفاذ القانون الصادر بالتعديل ذلك لأن التعديل يتعلق بشروط انعقاد العقد وعناصر وجوده وليس بآثاره وتقضى قواعد التنازع بأن العقود من حيث شروط انعقادها وكيفية إبرامها تخضع للقانون القائم الذي أبرمت في ظله ولا يجوز بعد ذلك وفقاً لمبدأ عدم رجعية القوانين المساس بهذه الشروط والعناصر إلا بنص خاص تحقيقاً لمصلحة عامة يراها المشرع وترجح في نظره التمسك بهذا المبدأ ولذا نص

القانون الصادر بالتعديل في مادته الثانية على سريان حكمه على عقود المغارسة المبرمة قبل نفاذه إذا لم تكن قد صدرت بشأنها أحكام .

ويهدف المشرع من وراء هذا النص إلى تعميم الفائدة المرجوة من التعديل ورفع الضرر عن عدد كبير من الغارسين في عقود المغارسة التي أبرمت في ظل القانون السابق مع احترام حجية الأحكام النهائية التي قد صدرت بشأن هذه العقود قبل صدور القانون ، وهو ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون .

وإذ كانت علة اعتداد المشرع بهذه الأحكام هو احترام حجيتها وعدم إهدارها فإن ذلك يكشف عن المقصود بالأحكام النهائية وإنما الأحكام التي لا تقبل الطعن بالاستئناف في الحكم أو تقبل الطعن واستنفذته أما بانقضاء ميعاد الاستئناف دون الطعن في الحكم أو بالطعن فيه فعلاً وصدور حكم فيه من المحكمة الاستئنافية وذلك لأن هذه الأحكام تثبت لها قوة الأمر المقضي وتعتبر حجة بين الخصوم وإذن لا يسري التعديل على هذه الأحكام إذا ما طعن فيها بالنقض أمام المحكمة العليا لأن هذا الطعن يعد طريقاً غير عادي ولا يخل بنهائية الأحكام المطعون فيها .

وفي العدد القادم من المجلة

الفصل الثاني

(أحكام وأثار المغارسة في القانون وفي الشريعة الإسلامية)

تعليقات على الأحكام الليبية

أخذه
الفضلي

إدارة القضاة

**سلطة الاعتداد بالتصرفات الواردة
على الأموال المستردة من الطليان**
تعليق على الحكمين الصادرين من المحكمة العليا دائرة النقض الإداري
بجلستي 76.6.24 م ، 76.12.16 م في الطعنين الإداريين رقمي
22-16 ق ، 22-14 ق

للمستشار : حسن بهجت محمد البلقاني
بإدارة قضايا الحكومة

المبادئ :

1. أنه يبدو من نص المادة الأولى من قرار مجلس قيادة الثورة بشأن استرداد الشعب لأمواله المغصوبة أن المقصود من عبارة (مثبتة في محرر رسمي قبل 20 نوفمبر 69) أن تكون ثابتة التاريخ ولا يلزم أن يكون المحرر كله رسمياً ذلك أن المشرع قصد مجرد التحقق من حصول التصرف قبل التاريخ المشار إليه ومنع التحايل على القانون بإعطاء التصرفات تاريخاً عرفياً سابقاً للتهرب من أحكامه ويكفي في ذلك أن يكون التاريخ ثابتاً ثبوتاً رسمياً ، وقد أفصح المشرع صراحة عن هذا القصد بالتعديلات التي توالى على هذا القرار وأخصها قرار مجلس قيادة الثورة الصادر بتاريخ 21 جمادى الآخر 70 م ، كما نصت المادة الثانية منه على العمل به اعتباراً من تاريخ العمل بقرار مجلس قيادة الثورة الصادر في 7 شوال 1391هـ الموافق 71.11.14 م المشار إليه ويلغى كل نص يخالف حكمه .

(الحكم الصادر في الطعن الإداري 16-22 ق)

2. أن مفاد نصوص المادتين الأولى والثالثة من قرار مجلس قيادة الثورة بشأن استرداد الشعب لأملكه المغصوبة أن المشرع قد عهد إلى وزير الزراعة والإصلاح الزراعي بسلطة الاعتداد بالتصرفات الواردة على الأراضي الزراعية أو القابلة للزراعة والأراضي البور والصحراوية المشار إليها في المادة الأولى ذلك لأن المشرع لم يعهد إلى جهة أخرى بسلطة الاعتداد بالتصرفات ومن مقتضيات تنفيذ القانون أن يكون المكلف بتنفيذه مختصاً بالاعتداد بتصرفات الخاضعين لأحكامه وبهذا جرى العمل حيث أصدر وزير الزراعة والإصلاح الزراعي القرار رقم 161-70 بشأن إجراءات تقديم الإقرارات الخاصة بالأراضي الزراعية المستردة وذلك بتاريخ 19 جمادى الأولى 1390 هـ الموافق 70.7.22م أي في اليوم التالي لصدور قرار مجلس قيادة الثورة بشأن استرداد الشعب لأملكه المغصوبة حيث أوجب على الخاضعين لأحكامه تقديم الإقرارات الخاصة بشأن الأراضي الزراعية أو القابلة للزراعة .. إلى مدير عام المؤسسة العامة للإصلاح الزراعي وتعمير الأراضي وهذا الاختصاص لا يجب سلطة الأذن بالتصرفات اللاحقة لتاريخ 69.11.20 والتي كانت لوزير العدل بقرار مجلس قيادة الثورة المشار إليه واستمرت بعد صدوره إذ لكل مجال تطبيق مستقل فيختص وزير الزراعة بالاعتداد بالتصرفات الثابتة في محرر رسمي قبل 69.11.20 ويختص وزير العدل بالإذن بالتصرفات اللاحقة لهذا التاريخ ، فسلطة الإذن بالتصرف المقررة لوزير العدل لا تغني عن ضرورة الاعتداد بهذا التصرف والاختصاص بهذا الاعتداد مقرر لوزير الزراعة بالنسبة للأراضي الزراعية .

3. إن مفاد قرار مجلس قيادة الثورة الصادر بتاريخ 8 أغسطس 72م بتعديل البند الرابع من المادة الرابعة من قراره الصادر بتاريخ 71.11.14م أن التاريخ الذي يجب أن يتخذ أساساً للاعتداد بالتصرفات أو عدم الاعتداد بها هو يوم 70.7.21م ويلزم للاعتداد بالتصرفات أن تكون ثابتة التاريخ قبل يوم 70.7.21م وليس يوم

69.11.20م وبذلك يكون المشرع قد ألغى الأثر الرجعي لقرار مجلس قيادة الثورة بشأن استرداد الشعب لأمواله المغصوبة تيسيراً على المواطنين وأن مؤدي هذا التعديل أن يصبح كل قرار إداري صادر بعدم الاعتداد بالتصرف استناداً إلى أنه لم يثبت في محرر رسمي قبل 69.11.20م مخالفاً للقانون إعمالاً للأثر الرجعي للتشريع الجديد ولو كان القرار الإداري بعدم الاعتداد قد صدر قبل العمل بالتشريع الجديد وينفتح للمستفيد من أحكامه ميعاد جديد للتظلم من القرار السابق وإذا كان قد صدر حكم نهائي برفض دعوى الطاعن استناداً إلى أن التصرف الصادر إليه لم يكن مثبتاً في محرر رسمي قبل 69.11.20 فإن حجية هذا الحكم لا تمنع من تجديد الدعوى استناداً إلى التشريع الجديد المعدل للتشريع السابق والذي انشأ سبباً جديداً للدعوى لم يكن مقرراً من قبل حيث اكتفى بثبوت تاريخ التصرف قبل 70.7.21م وللقضاء الإداري أن يسلط رقابته على هذا القرار المطعون فيه متى أصبح مخالفاً للقانون بمقتضى التشريع الجديد كما يجب على الجهة الإدارية أن تبادر إلى سحبه ذلك لأن - التشريع الجديد - الذي يقوم على أساس قانوني مغاير للتشريع القديم من شأنه أن ينشئ مركزاً قانونياً جديداً للمتصرف إليه لم يكن مقرراً له من قبل بما يجعل لدعواه سبباً جديداً مصدره قرار مجلس قيادة الثورة الصادر في 8 أغسطس 72م المشار إليه والذي سرى بأثر رجعي .

4. إن التشريع الجديد قد اشترط للاعتداد بالتصرف بالإضافة إلى ثبوت تاريخه أن تتحقق الإدارة من جديته ، ولما كانت ولاية القضاء الإداري مقصورة على الرقابة على القرارات الإدارية بحيث لا يسوغ له أن يحل نفسه محل جهة الإدارة في عمل أو إجراء هو من صميم اختصاصها ورقابته لا تسلط إلا بعد إعمال الإدارة رأيها واتخاذ قرارها بشأن جدية التصرف وللجهة الإدارية بعد أن ثبت تاريخ التصرف

بوجهه الرسمي قبل 1970.7.21م أن تتحقق من جديته وتصدر قرارها من جديد في هذا الشأن .

(المبادئ الثلاثة الأخيرة قررها الحكم الصادر في الطعن الإداري رقم 14-22 ق)

التعليق :

أولاً : ملخص وقائع الدعوى :

نكتفي بإيراد وقائع الطعن رقم 14-22 ق وحاصلها أنه بعقد عرفي مؤرخ 23 ربيع الثاني 90هـ الموافق 28 يونيو 70م اشترى الطاعن من الإيطالي قطعتي أرض زراعية مساحتها موضوع كراسة التصديق رقم وذلك بثمن قدره ألف دينار دفع للبائع . بتاريخ 70.7.21م صدر قرار مجلس قيادة الثورة بشأن استرداد الشعب لأملكه المغصوبة ونص على أن تعود إلى الشعب الليبي جميع أملاك الطليان عند العمل بهذا القرار ولا يعتد في تطبيق أحكامه بتصرفات الملاك الخاضعين لأحكامه إلا إذا كانت صادرة لأحد الليبيين ومثبته في محرر رسمي قبل 69.11.20 ما لم تكن قد تمت بعد ذلك بناء على إذن من السلطات المختصة (معدلا بالقرار الصادر في 70.11.14م) .

وتنفيذاً لهذا القرار قدم الطاعن إقراراً بتاريخ 70.8.10م يفيد شراء العقار بموجب العقد العرفي المؤرخ 70.6.28م وأنه لم يصدر إذن من السلطات المختصة بهذا التصرف ولكنه تقدم بطلب للأخ وزير العدل بواسطة موثق العقود للإذن بالتصرف ولم يصدر الإذن بعد .

وبتاريخ 70.8.24م تقدم إلى وزير الزراعة بطلب تسليمه الأرض والاعتداد بالتصرف فعرض الوزير الأمر على لجنة بحث التصرفات التي انتهت من بحثها إلى أن العقد لم يسبق أن أفرغ في محرر رسمي قبل 69.11.16م ورأت عدم الاعتداد به وأشارت إلى أن ذلك لا يمنع السلطات المختصة أن تأذن بإتمامه إذا رأت ذلك وأوصت بعدم الاعتداد به .

وبتاريخ 71.9.8م وبناء على توصية اللجنة المشار إليها - صدر قرار وزير الزراعة رقم 71-209 بعدم الاعتداد بالتصرف فطعن الطاعن على هذا القرار طالباً إلغاؤه استناداً إلى أسباب ثلاثة أولها انعدام القرار المطعون فيه بمقولة أنه أشار في أسبابه إلى قرار صدر من وزير العدل باستثذانه في كل تصرف يتم بين الأجانب والمواطنين غير أن هذا القرار لم ينشر في الجريد الرسمية حتى تكون له حجته ، وكان مبنى السببين الثاني والثالث أن التصرف سليم ومثبت في محرر رسمي لدى محرر عقود قبل صدور قرار مجلس قيادة الثورة 70.7.21م ، وكما تم سداد الثمن واستئذان وزارة العدل للموافقة على التصرف ولكنها أمسكت عن الرد بالموافقة أو الرفض ولذلك فإن القرار المطعون فيه قد صدر مشوباً بالبطلان لأنه كان يتعين أن يتراخى حتى حصول الرد .

وبتاريخ 1975.6.8م قضت دائرة القضاء الإداري بمحكمة استئناف طرابلس بقبول الطعن شكلاً ورفضه موضوعاً وإلزام رافعة بمصاريفه ، فطعن الطاعن في هذا الحكم بطريق النقض رقم 14-22 ق ناعياً عليه بمخالفة القانون والخطأ في تطبيقه وتأويله بمقولة أن الحكم إذ سلم لوزير الزراعة بسلطة بحث التصرفات التي تمت في الفترة من 69.11.20م حتى صدور مجلس قيادة الثورة في 70.7.21م فإنه يكون قد خالف القانون لأن القرار المذكور يحيل هذا الحق للسلطة المختصة بإصدار الأذن

بالتصرف وهي وزارة العدل ، وأنه لما كان التصرف موضوع القرار المطعون فيه عقد بيع تكاملت شروطه القانونية والتمن فيه مدفوع بالكامل وقد أفرغ في محرر رسمي بتاريخ 70.6.28م قبل صدور قرار مجلس قيادة الثورة في 70.7.21م ولم يثبت أنه كان مشوباً بأي نوع من التحايل أو الاستغلال فقد كان يتعين أن يأتي القرار المطعون فيه الصادر بعدم الاعتداد بهذا التصرف مبنياً على أسباب موضوعية حتى يمكن أن يكون محلاً لرقابة القضاء وإذ سائر الحكم المطعون فيه القرار فإنه يكون قد صدر مشوباً بالخطأ في تطبيق القانون وتأويله .

ثانياً : النصوص القانونية :

1. بتاريخ 18 جمادى الأول 1390هـ الموافق 70.7.21م صدر قرار مجلس قيادة الثورة بشأن استرداد الشعب لأملكه المغصوبة ونص في مادته الأولى معدلة بقراره الصادر في 16 رمضان 90هـ الموافق 14 نوفمبر 70م على أنه (تعود إلى الشعب الليبي جميع أملاك الطليان العقارية عند العمل بهذا القرار سواء كانت أراضي زراعية أو قابلة للزراعة أو أراضي بور أو صحراوية فضاء أو مبان أياً كانت مع عدم الإخلال بما للدولة من حق المطالبة بالتعويض نيابة عن الشعب عما لحقه من أضرار أثناء الاحتلال الإيطالي ...) .

وتعود هذه العقارات إلى الدولة بما عليها من الغراس والمنشآت والآلات الثابتة والمنقولة ووسائل النقل والحيوانات وغيرها من الملحقات الأخرى المخصصة لخدمتها ولا يعتد في تطبيق أحكام هذا القرار بتصرفات الملاك الخاضعين لأحكامه إلا إذا كانت صادرة لأحد الليبيين ومثبته في محرر رسمي قبل 16 نوفمبر 69 ما لم تكن قد تمت بعد ذلك بناء على إذن السلطات المختصة .

ونصت المادة السادسة من هذا القرار على تفويض وزير الإسكان والزراعة والإصلاح الزراعي إصدار القرارات اللازمة لتنفيذ أحكامه وبأن يعمل به من تاريخ صدوره.

(نشر في الجريدة الرسمية 70م بالعدد 46 ص 38)

وإعمالاً لما توجبه المادة الثانية من قرار مجلس قيادة الثورة المشار إليه على كل خاضع لأحكامه أو من يمثله قانوناً وكذلك كل واضع يد على عقار مملوك لإيطالي خاضع لأحكام ذلك القرار وضع يده بغير سند أن يقدم إلى وزارة الإسكان والمرافق أو المؤسسة العامة للإصلاح الزراعي وتعمير الأراضي بحسب الأحوال خلال ثلاثين يوماً من تاريخ العمل بهذا القرار إقراراً بما يملكه أو يضع يده عليه وسند ذلك أن وجد فقد أصدر وزير الزراعة والإصلاح الزراعي في 70.7.22م القرار رقم 161-70 بشأن إجراءات تقديم الإقرارات الخاصة بالأراضي الزراعية كما أصدر القرار الوزاري رقم 313-70 المعدل بالقرار رقم 48-71 بتشكيل لجنة بحث التصرفات الواردة على الأراضي الزراعية المستولى عليها .

2 : تاريخ 7 شوال 91هـ الموافق 14 نوفمبر 71م صدر قرار مجلس قيادة الثورة بتشكيل لجنة متابعة لتصفية ما لم يتم البت فيه من أعمال اللجان السابق تشكيلها لاستلام الأموال المستردة من الطليان والتصرف فيها - ناصاً في مادته الرابعة على أن تختص اللجنة بما يأتي : (النظر في التظلمات التي ترد إليها من المواطنين فيما يتعلق بعدم الاعتراف بتلك التصرفات متى كانت ثابتة التاريخ قبل 20 نوفمبر 69م أو كانت قد تمت بناء على إذن من السلطات المختصة) .

كما نص القرار في مادته العاشرة على أن ينشر هذا القرار في الجريدة الرسمية ويعمل به من تاريخ نشره ، وقد تم النشر في العدد 5 من الجريدة الرسمية الصادر بتاريخ 18 ذي الحجة 1391هـ الموافق 3 فبراير 72م صفحة رقم 191 .

3. وقد تم تعديل البند الرابع من المادة الرابعة من ذلك القرار بموجب قرارين متلاحقين صدر أولهما بتاريخ 4 ربيع الثاني 92هـ الموافق 18 مايو 72م وقرر في مادته الأولى بأن :

يعدل نص المادة المشار إليها على الوجه الآتي :

النظر في التظلمات التي ترد إليها من المواطنين فيما يتعلق بعدم الاعتداد بالتصرفات الصادرة إليهم من الطليان الذين استردت أملاكهم وللجنة أن تقرر الاعتداد بالتصرفات الصادرة في شأن العقارات إذا كانت صادرة لأحد الليبيين ومثبتة في محرر رسمي قبل 20 نوفمبر 1969م ما لم تكن قد تمت بعد ذلك بناء على إذن من السلطات المختصة ، أما بالنسبة إلى التصرفات الصادرة في شأن المصانع والورش والشركات والمنشآت التجارية والصناعية والحصص في الشركات والمنشآت أو غير ذلك من المنقولات فللجنة أن تقرر الاعتداد بأي تصرف منها إذا اقتنعت بجديته وكان ثابت التاريخ قبل 18 جمادى الأول 1390هـ الموافق في 21 يولييه 1970م .

وقرر في مادته الثانية بأن :

يعمل بهذا القرار اعتباراً من تاريخ العمل بقرار مجلس قيادة الثورة الصادر في 7 شوال 91هـ الموافق 14 نوفمبر 71م المشار إليه (أي اعتباراً من 3 فبراير 72م وتلغى جميع الإجراءات التي تمت بالمخالفة لأحكامه) . (منشور بالجريدة الرسمية العدد 29 السنة العاشرة في 22 جمادى الأول 92هـ الموافق 3 يوليو 72م) .

كما صدر التعديل الثاني بتاريخ 21 جمادى الآخر الموافق 8 أغسطس 72م وقرر في مادته الأولى بأن يعدل نص البند المشار إليه على الوجه الآتي : النظر في التظلمات التي ترد إليها من المواطنين فيما يتعلق بعدم الاعتداد بالتصرفات الصادرة إليهم من الطليان الذين استردت أملاكهم .

وللجنة أن تقرر الاعتداد بتلك التصرفات سواء ما تعلق منها بالعقارات أو المنقولات إذا كانت صادرة لأحد الليبيين ، واقتنعت بجدية التصرف وكان ثابت التاريخ قبل 18 جمادى الأول 90هـ الموافق 21 يوليو 70م .

وقررت مادته الثانية بأن يعمل به اعتباراً من تاريخ العمل بقرار مجلس قيادة الثورة الصادر في 7 شوال 91هـ الموافق 14 نوفمبر 71م المشار إليه (أي اعتباراً من نشره في 3 فبراير 72م) ويلغى كل نص يخالف حكمه .
(منشور بالجريدة الرسمية العدد 48 السنة العاشرة في 26 شعبان 92هـ الموافق 72.10.4م) .

ثالثاً : تحديد فترة سريان كل قانون من القوانين المعنية :

1. يقرر فقهاء القانون الإداري بأن مهمة هذا القانون تقف عند حد دراسة نشاط الدولة وفقاً لما تقرره السلطة التشريعية التي ترجع قراراتها في هذا الشأن إلى اعتبارات سياسية وتخرج بذلك عن نطاق الفن القانوني الإداري البحث فإذا جاز تأييد هذه القرارات أو إنكارها فإن ذلك يكون من الناحية السياسية فقط أما الناحية القانونية فأدنى إلى تناول ما هو مقرر في الحياة الواقعية⁽¹⁾.

2. ومن المسلم فقها وقضاء أن الأصل الدستوري هو أن القوانين لا يعمل بها إلا من تاريخ العلم بها وأن هذا العلم يفترض من واقعة نشرها في الجريدة الرسمية أو بعد فوات ميعاد محدد فلا يبدأ المجال الزمني الحقيقي لتطبيق القانون الجديد إلا بعد اليوم المعين لتمام هذا النشر⁽²⁾.

وقد تطلب الإعلان الدستوري للجمهورية العربية الليبية نشر القوانين في الجريدة الرسمية بالنص في المادة (36) منه على أن (تنشر القوانين في الجريدة الرسمية ويعمل بها من تاريخ نشرها إلا إذا نص على خلاف ذلك) .

3. وأن الأصل المقرر أن القانون بوجه عام يحكم الوقائع والمراكز القانونية التي تتم تحت سلطانه أي في الفترة ما بين تاريخ العمل به وإلغائه ، وهذا هو مجال تطبيقه الزمني فيسري القانون الجديد بأثره المباشر على الوقائع والمراكز القانونية التي

1 - مبادئ القانون الإداري للدكتور توفيق شحاتة طبعة 6،21،39 ص955 مؤلف نظام الترخيص والأخطار في القانون المصري (دراسة مقارنة) للدكتور محمد الطيب عبداللطيف 957 ص 3،41 ، 3،43 حيث ورد فيه قول الأستاذ فالين بأن قرارات المشرع بالتدخل في مختلف ميادين النشاط الفردي نهائية وعلى رجال القانون أن يتقبلوها كما هي وذلك لأنها خارجة عن النطاق القانوني وتستعصي على علم القانون وقد كتب بهذا المعنى الفقهاء برتلبي وجليار .
2 - حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في 59.3.21 في الطعن 125-4 ق المجموعة السنة 4 رقم 83 ص 961 المدخل للعلوم القانونية للدكتور سليمان مرقص 57 ص 124 ، 125 .

تقع أو تتم بعد نفاذه ولا يسري بأثر رجعي على الوقائع السابقة عليه إلا بنص خاص يقرر الأثر الرجعي ، ومن ناحية أخرى لا يسري القانون القديم على الوقائع والمراكز القانونية التي تتم بعد إلغائه إلا إذا مد العمل به بالنص وهذا كله يصدق على الوقائع والمراكز القانونية من حيث تكوينها ، أما الآثار المستقبلية المترتبة عليها فتخضع للقانون الجديد بحكم أثره المباشر ، وبالنسبة لآثار التصرفات القانونية فتظل خاضعة للقانون القديم حتى ما تولد منها بعد العمل بالقانون الجديد⁽¹⁾.

4. ويعني بإلغاء التشريع زوال القوة الملزمة عن قواعده من وقت الإلغاء أي إنهاء حياة التشريع منذ الإلغاء دون مساس بالفترة السابقة على الإنهاء وهو بذلك مختلف عن إبطال القانون الذي يعني زوال وجوده منذ البداية أي اعتباره كأن لم يكن ويستفاد من المادة الثانية من القانون المدني الليبي بأن إلغاء التشريع بتشريع لاحق قد يكون صريحاً وقد يكون ضمناً - وذلك بالنص على أنه (لا يجوز إلغاء نص تشريعي إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم أو ينظم من جديد الموضوع الذي سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع) .

والإلغاء الصريح يعفي الفقيه والقاضي من البحث عن التعارض بين القوانين المتوالية لبيان ما أُلغى من التشريعات القديمة بالتشريعات الجديدة ، أما الإلغاء الضمني فإن القول بحدوثه وتحديد مدى الإلغاء يلقي على الفقه والقضاء واجب البحث عن أثر

1 - حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في 57.3.30 في الطعن 1767-2 ق المجموعة 1 س 2 رقم 82 ص 810 وحكم المحكمة العليا الليبية في 64.2.19م في الطعن الدستوري رقم 3-6 ق المجلة ص 359.

القواعد الجديدة في القواعد السابقة عليها لتحديد ما بينها من تعارض يقتضي القول
بإلغاء النصوص السابقة⁽¹⁾.

5. ومفاد ما تقدم جميعه أن قرار مجلس قيادة الثورة الصادر بتاريخ
70.7.21م معدلاً بقراره الصادر في 70.11.14م ظل ساري المفعول منذ تاريخ العمل
به في تاريخ صدوره حتى 72.2.3م تاريخ العمل بقرارات مجلس قيادة الثورة الصادر
في 1970.11.14م ، 72.5.18م ، 72.8.8م ومؤدى ذلك أن القرارات الصادرة عن
وزير الزراعة وهو السلطة المختصة بالنظر في الاعتداد بتصرفات الطليان في أملاكهم
العقارية أو المنقولة للمواطنين الليبيين إنما تحكم مدى مشروعيتها القواعد القانونية
السارية وقت صدور تلك القرارات .

وإذ كان قرار وزير الزراعة موضوع الطعن رقم 16-22 ق قد صدر بتاريخ
71.11.4م كما أن قراره موضوع الطعن رقم 14-22 ق قد صدر بتاريخ 71.9.8م
فإنهما يكونان قد صدرا في ظل العمل بأحكام قرار مجلس قيادة الثورة الصادر بتاريخ
70.7.21م (معدلاً بالقرار الصادر في 70.11.14م) ومن ثم فإن هذه الأحكام هي
التي تحكم مدى مشروعية قرار وزير الزراعة سالف الذكر .

رابعاً : مناط الاعتداد بالتصرفات الصادرة من الطليان :

1. أن مناط الاعتداد بالتصرفات الصادرة من الطليان في أملاكهم للمواطنين
الليبيين وفقاً لأحكام قرار مجلس قيادة الثورة الصادر في 70.7.21م معدلاً بقراره
الصادر في 70.11.14م أن تكون مثبتة في محرر رسمي قبل 69.11.20م وليس

1 - مبادئ القانون للدكتور جميل الشرقاوي طبعة 72 ص 176 وحكم المحكمة العليا الليبية الصادر في 23 شوال
93هـ الموافق 74.11.7م في الطعن الشرعي رقم 2-12 ق منشور بمجلة المحكمة العليا السنة 11 العدد الثاني
بشائر 75 ص 13 .

باكتسابها تاريخاً ثابتاً ، ذلك أنه لا يمكن أن يصدق على التصرف العرفي الذي أكتسب تاريخاً ثابتاً أنه مثبت في محرر رسمي هذا الذي يفرغ في قالب الشكلية الذي تطلبه القانون في المحرر الرسمي الذي يقوم به موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة يثبت فيه ما تم على يديه أو تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصاته على نحو ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (377) من القانون المدني الليبي⁽¹⁾ ومما يقطع أن التأويل الصحيح لعبارة (مثبتة في محرر رسمي) أنها مغايرة لاعتبار المحرر ثابت التاريخ⁽²⁾ أن المشرع الليبي قد جمع هاتين العبارتين في نص واحد هو نص المادة الأولى من قرار مجلس قيادة الثورة الصادر في 18.5.1972م بتعديل بعض أحكام قراره الصادر في 14.11.71م بتشكيل لجنة متابعة والمشار إليهما أنفاً ، فقد جاء النص كما يلي (.... وللجنة أن تقرر الاعتماد بالتصرفات الصادرة في شأن العقارات إذا كانت صادرة لأحد الليبيين ومثبتة في محرر رسمي قبل 20.11.69م ما لم تكن قد تمت بعد ذلك بناء على إذن من السلطات المختصة ، أما بالنسبة إلى التصرفات الصادرة في شأن المصانع والورش أو غير ذلك من المنقولات فللجنة أن تقرر الاعتماد بأي تصرف منها إذا اقتنعت بجديته وكان ثابت التاريخ قبل 21.7.70م) .

1 - يراجع في شروط الورقة الرسمية الإثبات ، الدكتور عبدالمنعم الصدة ص 78 وما بعدها - الوسيط للدكتور عبدالرزاق السنهوري ص 71 وما بعدها ، ويراجع في اعتبار الورقة العرفية ثابتة التاريخ من وقت إيراد مضمونها في ورقة رسمية - موجز أصول الإثبات للدكتور سليمان مرقص ص 815 ، وفي أن ورود ورقة عرفية على هذه الصورة وان اكتسابها تاريخاً ثابتاً إلا أنه لا يقوم مقامها مؤلف الإثبات للدكتور عبدالمنعم الصدة ص 653 وحكم نقض مصري صادر في 50.4.6م مجموعة الأحكام السنة الأولى رقم 186 ص 414 .

2 - مما يقطع في ذلك أن المحكمة العليا دائرة القضاء الدستوري قررت بحكميها الصادرين في 20.3.76م في الطعنين الدستوريين رقمي 2-18 ق ، 3-19 ق بأن قرار مجلس قيادة الثورة بشأن استرداد الشعب لأملكه المغصوبة (والقوانين 84-70 ، 90-70 ، 148-70 ، 108-70) إنما صدرت بهدف تحقيق السياسة العليا للدولة في التنمية الاقتصادية وصولاً إلى كفاية الإنتاج في مرحلة استكمال الثورة والتي نص عليها في الإعلان الدستوري تعتبر من أعمال السيادة . ومن ثم وجب في رأينا - التقيد بالمعيار الضيق دون توسع لدى تفسير أحكام ذلك القرار .

2. ومن ثم يتضح أن ما قرره حكم المحكمة العليا الصادرة في 76.8.24م في الطعن الإداري رقم 16-22 ق محل التعليق بأن المقصود من عبارة (مثبتة في محرر رسمي قبل 69.11.20م أن تكون ثابتة التاريخ ولا يلزم أن يكون المحرر كله رسمياً) وذلك على سند من القول بأن المشرع قصد مجرد التحقق من حصول التصرف قبل التاريخ المشار إليه ومنع التحايل على القانون بإعطاء التصرفات تاريخاً عرفياً سابقاً للتهرب من أحكامه وبأن المشرع قد أفصح صراحة عن هذا القصد بالتعديلات التي توالى على قرار مجلس قيادة الثورة بشأن استرداد الشعب لأملكه المغصوبة وأخصها قراره الصادرة الصادر بتاريخ 21 جماد الآخر 92هـ الموافق 72.8.8م.

ما قرره المحكمة العليا على هذا النحو محل نظر وذلك لما سبق أن أسلفنا ولأنه لا مساعٍ للاجتهاد فيما ورد فيه نص صريح فضلاً عما أستهدفه المشرع لدى صياغة القاعدة القانونية بقراره الأول أو تعديلها بالقرارات المتلاحقة من موازنة في التشريع ، فعندما كان يتطلب للاعتداد بالتصرف بموجب قراره الأول أن يكون مفرغاً في محرر رسمي قبل 69.11.20م كان يفتح الباب للسلطة المختصة بالأذن بإبرام التصرف اللاحق لهذا التاريخ وذلك على نحو ما قرره المحكمة العليا ذاتها في المبدأ الثاني المشار إليه .

وعندما أكتفي المشرع بالتعديل الأخير بأن يكون التصرف ثابت التاريخ أوجب على ذوي الشأن حتى يفيدوا من أحكام القرار الجديد الذي أتى بهذا التعديل - أن يقدموا تظلمات إلى لجنة التظلمات المشكلة بالقرار الصادر في 71.11.14م لكي تباشر اختصاصها المنوط بها وحدها في التعقيب على القرارات الصادرة بعدم الاعتداد بالتصرفات طبقاً للشروط المنصوص عليها في ذلك القرار وبسلطة تقديرية تمارسها توصلًا للاقتناع بجدية التصرف من عدمه ، بل أن المحكمة العليا ذاتها قد سلمت بهذه

المغايرة بين تعبيرى (مثبتة في محور رسمي) وثابتة التاريخ ، وذلك بقضائها الصادر في الطعن رقم 14-22 ق وذلك بقولها:

إن التشريع الجديد الذي أكتفي بثبوت تاريخ التصرف قبل 70.7.21م يقوم على أساس قانوني مغاير للتشريع القديم من شأنه أن ينشئ مركزاً قانونياً جديداً للمتصرف إليه لم يكن مقرراً له من قبل بما مؤداه أن يصبح كل قرار إداري بعدم الاعتداد بالتصرف استناداً إلى أنه لم يثبت في محور رسمي قبل 69.11.20م مخالفاً للقانون إعمالاً للأثر الرجعي للتشريع الجديد لو كان القرار الإداري بعدم الاعتداد قد صدر قبل العمل بالتشريع الجديد وينفتح للمستفيد من أحكامه ميعاد جديد للتظلم من القرار السابق .

وإذ كان التصرفان موضوعي القرارين محل الطعنين المشار إليهما حتى مع التسليم بثبوت تاريخهما - لم يتم إفراغهما في محور رسمي قبل 69.11.20م عملاً بحكم قرار مجلس قيادة الثورة الصادر في 70.7.21م فإن القرارين المذكورين إذ صدرا بعدم الاعتداد بكل من التصرفين فإنهما يكونان صحيحين بعد أن طبقا صحيح حكم القانون الساري وقت إصدارهما⁽¹⁾.

3. إن مفاد صريح نص البند الرابع من المادة الرابعة من قرار مجلس قيادة الثورة في 1971.11.14 حتى بعد أن استبدل به النص الوارد بالقرار الصادر في 1972.8.8م والمعمول به اعتباراً من 1972.2.3 والمشار إليه أنفاً أن للجنة التي استحدثتها والمشكلة وفقاً لأحكامه أن تعمد بالتصرفات الثابتة التاريخ قبل

1 - في هذا الشأن تقرر المحكمة الإدارية العليا المصرية بحكمها الصادر بجلسته 62.11.10م في الطعن رقم 6-1921 ق بأن العبرة في تقدير ما إذا كان القرار صحيحاً أو غير صحيح هي بكونه كذلك وقت صدوره لا بما قد يجد بعد ذلك من أحداث من شأنها أن تغير وجه الحكم عليه إذ لا يسوغ في مقام الحكم على مشروعية القرار وسلامته جعل أثر الظروف اللاحقة المستجدة ينطبق على الماضي لإبطال قرار صدر صحيحاً أو تصحيح قرار صدر باطلاً في حينه .

1970.7.21م حال اقتناعها بمجدية التصرف وذلك شريطة أن يتقدم ذوو الشأن بتظلمات إليها من القرارات الصادرة بعدم الاعتداد (حال ثبوت إخطارهم أو علمهم اليقيني بها) خلال ستين يوماً من تاريخ نشر ذلك التشريع وهو الميعاد المقرر بحكم المادة الثامنة من القانون رقم 88-1971 بشأن القضاء الإداري والذي لم يرد في قرار إنشاء تلك اللجنة نص خاص يقيد ذلك النص العام الذي يحكم مواعيد الطعن في القرارات الإدارية .

خامساً: أثر صدور قانون جديد على قرار صدر صحيحاً في ظل قانون قديم :

قضت المحكمة العليا في المبدأ الثالث بأن مؤدي تعديل البند الرابع من قرار مجلس قيادة الثورة الصادر بتاريخ 71.11.14م بموجب قراره الصادر بتاريخ 8 أغسطس 72م أن يصبح كل قرار إداري صادر بعدم الاعتداد بالتصرف استناداً إلى أنه لم يثبت في محرر رسمي قبل 69.11.20م مخالفاً للقانون إعمالاً للأثر الرجعي للتشريع الجديد وينفتح للمستفيد من أحكامه ميعاد جديد للتظلم من القرار السابق .

وهذا القضاء يثير مسألة تغير الظروف ونشوء عناصر جديدة من الواقع أو القانون بعد صدور القرار الإداري بما يترتب عليه عدم موافقته للواقع أو القانون الجديد وقد انقسم الفقه بشأن الأثر المترتب على تغير التشريع عقب إصدار القرار وهو ما عرض له قضاء المحكمة العليا - فبينما ذهب البعض إلى أن صدور التشريع الجديد لا يقلب القرار المشروع وفقاً للتشريع القديم إلى غير مشروع لأن العبرة في تقدير ما إذا كان القرار صحيحاً أو غير صحيح هي بكونه كذلك وقت صدوره لا بما يجد بعد ذلك من أحداث من شأنها أن تعير وجه الحكم عليه إذ لا يسوغ في مقام الحكم على مشروعية القرار وسلامته جعل أثر الظروف اللاحقة المستجدة يعطف

على الماضي لإبطال قرار صحيح أو تصحيح قرار صدر باطلاً في حينه⁽¹⁾ وقد تبني القضاء الإداري المصري هذا الرأي سواء في ذلك محكمة القضاء الإداري أو المحكمة الإدارية العليا⁽²⁾.

بينما يذهب البعض الآخر إلى أنه إذا ما صدر قرار لا يشوبه عيب ولكن صدر تشريع فيما بعد يجعل القرار مخالفاً له فإن واجب الإدارة أن تلغي القرار لعدم مشروعيته⁽³⁾ ومن ثم فقد أتجه قضاء المحكمة العليا محل التعليق إلى الأخذ بهذا الرأي الأخير .

كما اختلف الفقه أيضاً بشأن الميعاد الذي يسوغ خلاله الاستناد إلى التشريع الجديد فقد أتجه البعض إلى أن ذلك غير جائز إلاّ خلال ستين يوماً من تاريخ نشر التشريع الجديد⁽⁴⁾.

بينما يرى البعض الآخر أن صدور تشريع جديد يلزم الإدارة أن تتخذ من الإجراءات ما يجعل أعمالها متفقة مع القانون فإذا هي لم تفعل جاز لكل ذي مصلحة في

1 - من هذا الرأي الدكتور الطماوي في مؤلفه النظرية العامة للقرارات الإدارية - دراسة مقارنة الطبعة الرابعة سنة 1976م ص 691 إذ يقرر ما يلي : القاعدة المسلم بها أن القرار يخضع للتشريع الساري وقت إصداره وبالتالي فإن صدور قانون جديد لا يؤثر في القرارات السابقة ما لم يتضمن هذا القانون أثراً رجعياً .

2 - حكم محكمة القضاء الإداري المصري الصادرة بتاريخ 56.10.16 السنة 11 ص 4 والذي ورد فيه أنه : ((يتعين للحكم على مشروعيته القرار الإداري الرجوع إلى القوانين القائمة وقت صدوره وإلى الظروف التي لايسسته ومدى تحقيقه للصالح العام وذلك عند صدوره فقط . وحكمها الصادر بتاريخ 10 مايو 66م في القضية رقم 14-36 ق القضية رقم 14-32 ق مجموعة أحكامها السنة 16 رقم 394 ص 748)) .
وحكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر بتاريخ 62.11.20م في الطعن رقم 6-1921 ق سابق الإشارة إليه ، وحكم المحكمة العليا الليبية الصادر بتاريخ 9 مايو 74م في الطعن الإداري رقم 10-20 ق المنشور بالمجلة لسنة 11 العدد الأول أكتوبر 74 ص 51 .

3 - الدكتور محمود حلمي في مؤلفه القرار الإداري طبعة 1970 ص 730 .

4 - الدكتور سليمان الطماوي - المرجع السابق ص 301 .

أي وقت أن يطلب إصدار قرار يتفق مع التشريع الجديد فإذا رفضت الإدارة إصدار هذا القرار طعن في قرار الرفض الصريح أو الضمني لدى مجلس الدولة⁽¹⁾.

وفي رأينا أن أعمال ذلك المبدأ رهين بخلو التشريع الجديد من أحكام تنظم كيفية إعادة النظر في القرارات الفردية الصادرة في ظل التشريع السابق بحيث يتعين سلوك الطريق الذي يرسمه القانون الجديد بأثر مباشر منذ تاريخ العمل به⁽²⁾.

وإذ أختص المشرع اللجنة التي أستهاها بموجب قراره الصادر بتاريخ 71.11.14 والمعمول به من تاريخ نشره في 72.2.3 (معدلاً بقراره الصادر في 72.8.8 والمعمول به أيضاً في ذلك التاريخ) أختصها بالنظر في التظلمات التي ترد إليها من المواطنين فيما يتعلق بعدم الاعتداد بالتصرفات الصادرة إليهم من الطليان الذين استردت أملاكهم . فإنه لا يسوغ قانوناً بغير التظلم إلى اللجنة المذكورة أعمال الأحكام المستحدثة منه بقرار 72.8.8 الساري المفعول اعتباراً من 72.2.3م على قرار وزير الزراعة بعدم الاعتداد صدر صحيحاً قبل 72.2.3م في ظل القواعد القانونية المعمول بها حين صدوره والمنصوص عليها في قرار مجلس قيادة الثورة الصادر بتاريخ 70.7.21م (معدلاً بقراره الصادر بتاريخ 70.11.14م) كما وان تلك اللجنة ليست مكلفة قانوناً بإعادة النظر من تلقاء نفسها في جميع القرارات بعدم الاعتداد بالتصرفات الصادرة قبل إنشائها وفقاً للقاعدة القانونية الجديدة، وذلك حتى يصح القول بأن للقضاء الإداري أن يعمل أحكامها بأثر مباشر على تلك القرارات ويتزل عليها قاعدة

1 - الدكتور عثمان خليل في مؤلفه القانون الإداري الكتاب الثاني مجلس الدولة سنة 1950 ص 215 ، والدكتور محمود حلمي في مؤلفه سريان القرار الإداري من حيث الزمان رسالة دكتوراه سنة 62 ص 409 .
2 - من هذا الرأي الدكتور سليمان الطماوي في مصنفه ((النظرية العامة للقرارات الإدارية)) دراسة مقارنة الطبعة الرابعة سنة 76 ص 696 و 797 وذلك بقوله ((أن سلطة إصدار القرار المضاد مقرر عادة للسلطة التي أصدرت القرار الأول أو السلطة الرئاسية بالنسبة إليها ... وهذا المبدأ مقرر كقاعدة عامة لأن المشرع قد جعل اختصاص إصدار القرار المضاد لهيئة أخرى مستقلة عن الهيئة التي أصدرت القرار الأول ، وإذا كان المشرع قد حدد إجراء معين لإصدار القرار المضاد فيجب إتباعه)) .

قانونية لم تكن موجودة قانوناً وقت إصدارها وذلك لانطواء تلك القاعدة على شق تقديري من اطلاقات اللجنة المذكورة تمارسه لتقدير جدية التصرف .

وليس صحيحاً من وجهة نظرنا أن التشريع الجديد الصادر في 72.8.8م قد سرى بأثر رجعي بالنسبة للقرارات بعدم الاعتداد بالتصرفات استناداً لعدم ثبوتها في محررات رسمية قبل 1969.11.20م بالتطبيق للتشريع القديم الصادر في 70.11.14م ومن ثم لا يسعنا التسليم بما ورد في قضاء المحكمة العليا بأن تلك القرارات قد أصبحت مخالفة للقانون إعمالاً للأثر الرجعي للتشريع الجديد ، ذلك أن الرجعية المقررة له قد ارتدت إلى تاريخ بقرار 71.11.14م اعتباراً من تاريخ نشره في 72.2.3م وهو لاحق على إصدار القرار المطعون فيه .

ولا نستطيع أن نسلم أيضاً بما قرره المحكمة العليا بأن للقضاء الإداري أن يسلط رقابته على ذلك القرار عملاً بالتشريع الجديد الساري اعتباراً من 72.2.3م والذي لم يسر بأثر رجعي على القرارات الصادرة قبل هذا التاريخ ومنها القرارين موضوع الطعين محل التعليق ، ولا بما قرره بأن على الجهة الإدارية أن تبادر إلى سحبه استناداً إلى ذلك التشريع ، وذلك لما قدمنا بأن صدور التشريع الجديد لا يقرب القرار السليم إلى باطل لأن العبرة بتقدير سلامة القرار الإداري وهي بكونه كذلك وقت صدوره وليس من شأن الظروف اللاحقة المستجدة أن تنعطف على الماضي لإبطال قرار صدر صحيحاً في حينه وأن كل ما يترتب على تغير التشريع عقب إصدار القرار هو عدم مطابقته له الأمر الذي يسوغ إلغاء القرار إدارياً أو تعديله ليكون متفقاً مع التشريع الجديد ، ويقصد بالإلغاء الإداري إنهاء آثار القرار بالنسبة للمستقبل فقط اعتباراً من تاريخ الإلغاء مع ترك آثاره قائمة في الماضي في الفترة ما بين تاريخ صدوره

وتاريخ إلغائه⁽¹⁾ Abrogation بينما السحب يزيل آثار القرار الماضية والمستقبلية معاً وهو ما يعبر عنه بأن للسحب أثر رجعي .

وغنى عن البيان أن جانباً من فقهاء القانون الإداري قد ذهب في بحث الآثار المترتبة على صدور قانون جديد أو لائحة جديدة يكون مقتضاها بالنسبة لقرار صدر صحيحاً يوم صدوره عدم اتفائه لأحكامها بأن على الفرد أن يعاود الالتجاء إلى الطريق الإداري بعد أن فتح له التشريع الجديد ميعاداً جديداً للتظلم طالباً من الإدارة أن تعدل عنه مجازاة للوضع الجديد فإن لم تعدل عن قرارها أو تصرفها السابق طعن في قرار الرفض الصريح أو الضمني لدى مجلس الدولة⁽²⁾.

وكان حوريا بالمحكمة العليا - من وجهة نظرنا - وقد قررت بأن المستفيد من أحكام التشريع الجديد يفتح له ميعاد جديد للتظلم من القرار السابق أن ترتب على ذلك وجوب تقديم تظلم إلى لجنة التظلمات طالما أن هذا التظلم هو طريق فتحه النصوص المشكلة لهذه اللجنة وذلك قبل اللجوء إلى القضاء الإداري ، وأنه لا يسوغ القول بأن الالتجاء إلى اللجنة بالتظلم ليس وجوبياً وأن المواطن إن شاء سلكه وإن لم يشأ التجأ مباشرة إلى القضاء بغير تشريب عليه ، وأنه إذا ما صدر حكم بإلغاء قرار وزير الزراعة بعدم الاعتداد بالتصرف أعيدت الأوراق إلى لجنة التظلمات لأعمال سلطتها التقديرية بشأن جدية التصرف⁽³⁾ لأن مؤدي ذلك القول هو وجوب اللجوء

1 - النظرية العامة للقرارات الإدارية للدكتور سليمان الطماوي المرجع السابق ص 697 وبحث عن الرقابة الإدارية للأستاذ عمر محمد السيوي ص 49 و 50 مجلة الدراسات القانونية بكلية الحقوق بجامعة بنغازي السنة الرابعة المجلد سنة 1973م وحكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في 62.11.10م في الطعن رقم 1924 ق السالف الإشارة إليه .

2 - الدكتور عثمان خليل في مؤلفه القانون الإداري الكتاب الثاني - مجلس الدولة سنة 1950 - ص 215 والدكتور مصطفى أبو زيد فهمي القانون الإداري سنة 1966 ص 350 و 351 .

3 - من هذا الرأي حكم محكمة استئناف طرابلس دائرة القضاء الإداري في الدعوى رقم 37-75م بتاريخ 76.6.27م رغم أن المحكمة قررت أن اللجنة المشكلة بقرار 71.11.14 المعمول به من تاريخ نشره في 72.2.3م لا يبدأ اختصاصها إلا عند تقدم أحد المواطنين إليها بتظلم من قرار صدر بعدم الاعتداد بتصرفه .

إلى لجنة التظلمات في نهاية الأمر لتصدر قرارها بشأن جدية التصرف وذلك على نحو ما قررت المحكمة العليا في المبدأ الرابع من قضائها ، وهذه النتيجة ترجع في رأينا إلى أن صريح نصوص التشريع الجديد وظاهرها يدل على أن تطبيق القاعدة القانونية الواردة بها متروك أمره إلى لجنة التظلمات ابتداء ، وبناء على تظلم يقدم إليها من ذوي الشأن وأن القضاء الإداري لا يسلط رقابته على قرار وزير الزراعة إلا بعد إصدار اللجنة قرارها في التظلم منه بالاعتداد بالتصرف أو بعدم الاعتداد به .

سادساً: أثر صدور تشريع جديد على حجية الأحكام الإدارية :

قررت المحكمة العليا في حكمها الصادر في الطعن رقم 14-22 ق بأنه (إذا كان قد صدر حكم نهائي برفض دعوى الطاعن استناداً إلى أن التصرف الصادر إليه لم يكن مثبتاً في محرر رسمي قبل 69.11.20م فإن حجية هذا الحكم لا تمنع من تجديد الدعوى استناداً إلى التشريع الجديد المعدل للتشريع السابق والذي أنشأ سبباً جديداً للدعوى لم يكن مقرراً من قبل حيث أن قرار مجلس قيادة الثورة الصادر في 72.8.8م والذي سرى بأثر رجعي قد أكتفي بثبوت تاريخ التصرف قبل 70.7.21م ، وهذا القضاء يثير مسألة أثر صدور تشريع جديد على حجية الأحكام الإدارية رغم أن واقع الدعوى لا يمثله ، وحجية الأحكام الصادرة عن القضاء الإداري مسلم بما فقها وقضاء⁽¹⁾ فهي تتمتع بحجية الأمر المقضي (*l'authorite de la chose jugée*) فضلاً عن تمتعها بقوة الأمر المقضي *foree de la chose jugée* شأنها في ذلك سائر الأحكام القطعية الصادرة عن القضاء العادي فتكون حجة فيما قضت ويعني ذلك أن

1 - دكتور مصطفى أبوزيد مصطفى فهمي المرجع السابق ص 690 وما بعدها ، ومقال للأستاذ طاهر عبد الحميد عن الحكم الإداري والحكم المدني منشور بمجلة مجلس الدولة المصري سنة 60 عن السنوات 8 و 9 و 10 ص 216 و 249 وحكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في 65.5.31 في الطعن رقم 7-229 ق ومقال عن طبيعة أحكام المحكمة الإدارية .

منشور بمجلة مجلس الدولة المصري العدد الأول يناير 1950م - ص 174 للأستاذ Luduig Schimidit .

قضاء الحكم يعد صحيحاً وعنواناً للعدالة فهو في هذا قرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس ومن ثم فلا يجوز عرض نفس النزاع على محكمة أخرى إلا أن يكون ذلك استعمالاً لطرق الطعن المقررة ضد الحكم الأصلي .

والمعيار الذي وضعه التقنين المدني الليبي في المادة 393 مدني لاكتساب الحكم حجية الأمر المقضي هو اتحاد الخصوم وهم الأطراف الحقيقيين في الدعوى واتحاد موضوع الدعوى ومحلها وهو الحق الذي يطالب به المدعي أو المصلحة التي يسعى إلى تحقيقها بالالتجاء إلى القضاء واتحاد السبب وهو الأساس القانوني الذي يبني عليه الحق أو ينتج عنه ، وقد يكون هذا الأساس عقداً أم إرادة منفردة أم فعلاً غير مشروع أم أترء بلا سبب أم نصاً في القانون، ويتعين في هذا الصدد التمييز بين السبب والمحل فقد يتحد المحل في الدعويين ويتعدد السبب ، وعلى ذلك لا يكون للحكم الصادر في الدعوى الأولى وحجية الأمر المقضي في الدعوى الثانية ، وكذلك التمييز بين السبب والدليل فقد يتحد السبب وتتعدد الأدلة فلا يحول تعدد الأدلة دون حجية الشيء المقضي به ما دام متحداً .

وقد استقرت أحكام القضاء الإداري المصري⁽¹⁾ على أن أعمال شروط قيام حجية الشيء المقضي به بحيث إذا رفعت دعوى جديدة رغم توافر وحدة الموضوع

1 - وتقول المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر بجلسة 65.2.28 في الطعن 5-1337 ق بأن حجية الأمر المقضي تقوم على فكرتين رئيسيتين :
- الفكرة الأولى : هي ضرورة حسم النزاع ووضع حد ينتهي عنده الخصومات ما دام قد صدر في النزاع حكم قضائي وذلك حتى تقف بالتقاضى عند حد معقول فلا يثار النزاع مرة أخرى دون أن يحسم .
- الفكرة الثانية : وهي الحيولة دون التناقض في الأحكام مع مراعاة النسبية في الحقيقة القضائية استقراً للأوضاع الاجتماعية والاقتصادية ، وتقول بحكمها الصادر في 65.5.31 في الطعن 7-229 ق بأن القواعد الخاصة بقوة الشيء المقضي به يجب أن تفسر تفسيراً ضيقاً وإلا يتوسع في تفسيرها فلا تكون للحكم الأول قوة تمنع من نظر الدعوى الثانية عند اختلاف الموضوع أو السبب أو الأخصام في الدعوى الثانية عنه في الدعوى الأولى .

والخصوم والسبب فإن القاضي الإداري يحكم من تلقاء نفسه بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها⁽¹⁾.

أما إذا تخلف عنصر من تلك العناصر كالسبب مثلاً فإن الحكم السابق يغدو غير ذي حجية بالنسبة للتراع الجديد ومثال ذلك رفع دعوى جديدة بالاستناد إلى تشريع جديد .

ومن المسلم أن الالتجاء إلى القضاء الإداري قد يكون بدعوى حقوقية أو ما يطلق عليه بدعوى التسوية وهي التي يقوم التراع فيها على مراكز قانونية يتلقى أربابها الحق فيها - إن ثبت لهم - من القانون مباشرة ، غير رهين بإرادة الإدارة أو بسلطتها التقديرية ويهدف بها ذوو الشأن إلى تقرير أحقيتهم في الإفادة من مزايا قاعدة قانونية . ولا تعدو القرارات التي تصدرها الإدارة في خصوصها - أيّاً كان فهمها لهذه القاعدة - أن تكون تنفيذاً لحكم القانون⁽²⁾ ذلك لأن مثل هذه القرارات لا تغير من طبيعة المنازعة من حقوق شخصية - تقوم على أصل ذاتي لصاحب الشأن يكون للحكم الصادر فيها حجية مقصورة على أطرافه فقط - إلى خصومة عينية (موضوعية) تقوم على اختصاص القرار عينه بحيث يكون للحكم الصادر فيها حجية على الكافة⁽³⁾ وبهذه المثابة فإن دعوى التسوية لا تخضع لميعاد الستين يوماً

1 - وذلك أن القاعدة المدنية التي قررتها المادة 405 مدني مصري المطابقة للمادة 383 مدني ليبي تقضي بأنه لا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة من تلقاء نفسها ((حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في 59.11.3 مجموعة السنة الحادية عشر ص 498)) ، وقد عدل المشرع المصري عن تلك القاعدة المدنية الواردة في مواد الإثبات في القانون المدني وذلك بنص المادة 101 من القانون رقم 25-68 بإصدار قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية بأن ((تقضي المحكمة بهذه الحجية من تلقاء نفسها)) وكذلك بالنص في المادة 116 من قانون المرافعات الجديد رقم 13 لسنة 68 على أن ((الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها)) وبذلك أصبحت هذه القاعدة مطبقة في مجال القانون العام والقانون الخاص على حد سواء في جمهورية مصر العربية .

2 - حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر بتاريخ 60.4.23 مجموعة أحكامها لسنة 5 رقم 73 ص 684 .

3 - حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر بتاريخ 57.1.12 في الطعن 2-785 ق مجموعة أحكامها لسنة 2 رقم 38 ص 223 .

المقررة في شأن دعوى الإلغاء⁽¹⁾ وقد يتم اللجوء إلى القضاء الإداري بدعوى الإلغاء التي تنصب الخصومة فيها على إلغاء قرار إداري صدر في شأن تسيير مرفق عام من مرافق الدولة يقوم الوزير (أو من يناط به ذلك قانوناً) على إدارته بوصفه وزيراً فموضوع الدعوى هو اختصاص القرار الإداري في ذاته ووزنه بميزان القانون فيلغى القرار إذا شابه عيب من العيوب المنصوص عليها في المادة الثانية من القانون رقم 88 لسنة 71 في شأن القضاء الإداري ويكون حصيناً من الإلغاء إذا لم ينطوي على عيب أو أكثر من تلك العيوب، والخصومة عينيه بالنسبة إلى القرار بمعنى أن الحكم الصادر بالإلغاء يكون حجة على الكافة طبقاً للمادة 21 من القانون المذكور حتى لو نسب إلى مصدر القرار في الدعوى إساءة استعمال السلطة بمقولة أنه كان مدفوعاً في تصرفه من المدعي بعوامل وأغراض شخصية⁽²⁾ وإذا كان الالتجاء إلى القضاء الإداري بدعوى جديدة بالاستناد إلى تشريع جديد يشكل سبباً جديداً لهذه الدعوى يحول دون الاحتجاج بحجية حكم صدر في نزاع سابق بالتطبيق للتشريع القديم ، فإن تطبيق هذه القاعدة محوط بالضوابط الآتية :

1. ألا يكون التشريع الجديد قد أشرط عدم المساس بحجية الأحكام النهائية الصادرة في ظل التشريع السابق .

2. أنه يتعين التفرقة بين دعوى التسوية وبين دعوى الإلغاء على التحديد الواضح الذي سلف بيانه لكل منهما فإنه إذا كان المدعي قد رفع دعوى تسوية طالباً ضم مدة خدمته إلى مدة خدمته الحالية مستنداً في ذلك إلى أحكام القانون الساري وقت رفع دعواه فقضي برفضها وأصبح هذا الحكم هائياً حائزاً قوة الأمر المقضي فإنه

1 - حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر بتاريخ 58.3.8 في الطعن 3-578 ق مجموعة أحكامها لسنة 3 رقم 96 ص 851 .

2 - حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر بتاريخ 57.3.9 في الطعن 2-1440 ق مجموعة أحكامها لسنة 2 رقم 68 ص 631 .

إذا ما صدر تشريع جديد عاجل القواعد التي كان معمولاً بها وقت صدور الحكم السابق مستحدثاً قاعدة جديدة في شأن مدد الخدمة ، فإن للمدعي أن يرفع دعواه مباشرة بعد ذلك بنفس الطلبات وذلك لاختلاف الأساس في كل دعوى عن الأخرى رغم اتحاد موضوعهما ولأن المدعي إنما يستمد حقه من القانون مباشرة غير رهين بإرادة الإدارة أو سلطتها التقديرية ، ويستهدف المدعي بالدعوى التي أقامها (وهي دعوى تسوية) إلى تقرير أحقيته في الاستفادة من مزايا القاعدة القانونية الجديدة .

وقد أتيح للمحكمة الإدارية العليا المصرية أن تعمل هذا المبدأ بصدد دعوى تسوية وذلك بحكمها الصادر في 65.2.28م فقررت بأنه إذا كانت القواعد التنظيمية السابقة مؤسسة على مبدأ قانوني معين في شأن تسوية أقدمية ضباط الاحتياط بالنسبة لزملائهم ثم تقاصرت في التطبيق عن إفادة لفيهم بما أفضى إلى رفض دعاويهم بأحكام نهائية ، وجاء تشريع جديد يقوم على أساس متغاير في مجال إنصافهم من جهة التوسع في مفهوم ضابط الاحتياط وسريان أحكامه على الماضي فإن هذا القانون وقد انطوى على مبادئ جديدة رجعية الأثر يبرر إقامة الدعوى عن ذات الموضوع من الخصوم أنفسهم⁽¹⁾.

3. ولكن إذا جاز للمدعي الذي رفضت دعواه بطلب إلغاء قرار صدر صحيحاً في ظل التشريع القائم وقت صدوره أن يرفع دعوى جديدة استناداً إلى التشريع الجديد ، فإنه رغم اختلاف فقهاء القانون الإداري بشأن الميعاد الذي يجوز خلاله للمدعي الالتجاء إلى قضاء الإلغاء على نحو ما ذكرناه من قبل فإنهم قد اتفقوا

1 - حكمها في الطعن رقم 5-1337-5 ق بتاريخ 65.2.28 مجموعة أحكامها س 11 العدد الثاني وبذات المعنى حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في 55.11.29م في القضية رقم 8-552 ق مجموعة أحكامها السنة العاشرة رقم 63 ص 53 وكان هذا الحكم صادر في دعوى تسوية بطلب ضم مدة خدمة سابقة ، ومؤلف القضاء الإداري ومجلس الدولة طبعة 1966م للدكتور مصطفى أبو زيد فهمي ص 690 وما بعدها .

على أن لكل ذي مصلحة أن يطلب⁽¹⁾ إصدار قرار يتفق مع التشريع الجديد فإذا رفضت الإدارة إصدار هذا القرار أتجه إلى القضاء الإداري طالباً الحكم بإلغاء امتناع الغدارة ، وليس لهذا القرار الجديد علاقة بالحكم السابق وحجته فلا تمنع حجية الحكم بالإلغاء أو برفض الإلغاء من إصدار قرار يتعارض مع الحكم السابق إذ صدر تشريع جديد يبيح إصدار مثل هذه القرارات أو يلزم الإدارة بإصدارها⁽²⁾.

ومن ثم فإنه في رأينا أن إفادة ذوي الشأن من الأحكام الجديدة التي أستحدثتها قرار 1971.11.14م معدلاً بقرار 72.8.8م المعمول بهما اعتباراً من 72.2.3م وهو التاريخ اللاحق على قراري وزير الزراعة بعدم الاعتراف بالتصرف موضوع الطعنين محل التعليق رهين بتقديم تظلم منهما إلى لجنة التظلمات التي شكلت بموجب التشريع الجديد على التفصيل السالف بيانه ، وأنه لا يترتب على هذا التشريع الجديد - الذي لم يسر بأثر رجعي كما قدمنا - أن يكون للقضاء الإداري أن يسلط رقابته على قرار وزير الزراعة الصادر قبل العمل بذلك التشريع على سند من القول بأنه قد أصبح مخالفاً للقانون بمقتضى التشريع الجديد ، كما لا يصح القول بأن على الجهة الإدارية التي أصدرت القرار أن تبادر إلى سحبه وذلك لما أسلفنا بأن المشرع وقد ناط بلجنة التظلمات وحدها إعادة النظر في القرارات الصادرة بعدم الاعتراف فإنه يستعين سلوك الطريق الذي يرسمه القانون الجديد بأثر مباشر من تاريخ العمل به⁽³⁾.

1 - ذهب رأي إلى أن ذلك غير جائز إلا خلال ستين يوماً من تاريخ نشر التشريع - مؤلف الدكتور الطماوي سابق الإشارة إليه في ص 301 كما ذهب رأي آخر بأن ذلك جائز في أي وقت - مؤلف سريان القرار الإداري من حيث الزمان للدكتور محمود حلمي س 62 ص 408 وما بعدها - مؤلف مجلس الدولة للدكتور عثمان خليل ص 313 .

2 - فمثلاً شخص أعتقل إدارياً في ظل الأحكام العرفية ثم صدر قانون أو لائحة تحتم الإفراج عن مثله الا يغدو من الممكن له أن يطلب الإفراج فإذا رفضت الإدارة طعن في قرارها الثاني بالإلغاء - الدكتور مصطفى أبو زيد - المرجع السابق ص 351.

3 - وذلك على التفصيل السالف بيانه في البند رابعاً من هذا التطبيق .

بل إن هذا التظلم هو وسيلة استصدار قرار جديد طبقاً للتشريع الجديد حتى يسوغ استعداء ولاية القضاء الإداري بصدده عن طريق طلب إلغائه بدعوى إلغاء جديدة .

وخلاصة ما تقدم أن قضاء المحكمة العليا في رأينا محل نظر وذلك عندما فسر المقصود من عبارة (مثبتة في محرر رسمي) بأن تكون ثابتة التاريخ ولا يلزم أن يكون المحرر كله رسمياً ، وكذلك عندما قرر هذا القضاء بأن قرار إداري صادر بعدم الاعتراف بالتصرف استناداً إلى أنه لم يثبت في محرر رسمي قبل 69.11.20م يصبح مخالفاً للقانون إعمالاً للأثر الرجعي للتشريع الجديد الصادر بتاريخ 72.8.8م ولو كان ذلك القرار الإداري قد صدر قبل العمل بالتشريع الجديد ، وذلك لما سبق أن ذكرناه تفصيلاً بأن عبارة (مثبتة في محرر رسمي) تغاير المحرر ثابت التاريخ ، كما أن التشريع الجديد الصادر في 72.8.8م وإن انعطف على الماضي اعتباراً من 72.2.3م تاريخ نشر قرار مجلس قيادة الثورة بتاريخ 71.11.14م إلا أن هذه الرجعية لا تسحب بطبيعة الحال على القرارات الإدارية بعدم الاعتراف بالتصرفات الصادرة قبل هذا التاريخ والتي تخضع مدى مشروعيتها وتقدير ما إذا كانت صحيحة أو غير صحيحة إلى القانون الساري وقت صدورها وهو قرار مجلس قيادة الثورة الصادر بتاريخ 70.7.21م (معدلاً بقراره الصادر في 70.11.14) وذلك لما هو مجمع عليه فقهاء وقضاء من أنه لا يسوغ في مقام الحكم على مشروعية القرار وسلامته جعل أثر الظروف اللاحقة المستجدة يعطف على الماضي لإبطال قرار صدر صحيحاً أو تصحيح قرار صدر باطلاً في حينه .

كما أننا وإن كنا نتفق مع قضاء المحكمة العليا بأنه يفتح للمستفيدين من أحكام التشريع الجديد ميعاد جديد للتظلم من القرار الإداري بعدم الاعتراف الصادر

قبل العمل به ، فإن ما قررته بأن للقضاء الإداري أن يسلط رقابته على ذلك القرار متى أصبح مخالفاً للتشريع الجديد وأنه يجب على الجهة الإدارية أن تباد إلى سحبه - ما قررته المحكمة العليا على هذا النحو في رأينا - محل نظر لما سبق أن ذكرناه تفصيلاً بما محصله أن كل ما يترتب على تغير التشريع عقب إصدار القرار هو عدم مطابقتة له الأمر الذي يسوغ إلغاء القرار إدارياً أو تعديله ليكون متفقاً مع التشريع الجديد ، وغنى عن البيان أن الإلغاء الإداري يترتب إنهاء أثار القرار بالنسبة للمستقبل فقط اعتباراً من تاريخ الإلغاء مع ترك أثاره قائمة في الماضي في الفترة ما بين تاريخ صدوره وتاريخ إلغائه بينما السحب يزيل أثار القرار بأثر رجعي منذ صدوره .

وأن من رأينا أنه لا يترتب على تشريع 72.8.8 الذي لم يسر بأثر رجعي - كما قدمنا على القرارات الصادرة قبل تاريخ العمل به في 72.2.3م - أن يكون للقضاء الإداري أن يسلط رقابة على تلك القرارات وأنه قد أصبح محتماً على جهة الإدارة التي أصدرتها أن تبادر إلى سحبها وذلك لما سبق أن ذكرناه بأنه يتعين سلوك الطريق الذي رسمه التشريع الجديد بأثر مباشر من تاريخ العمل به بالتظلم إلى لجنة التظلمات التي نيط بها وحدها قانوناً إعادة النظر في تلك القرارات بعدم الاعتداد بالتصرفات بل إن هذا التظلم هو وسيلة استصدار قرار جديد طبقاً للتشريع الجديد حتى يسوغ استعداء ولاية القضاء الإداري بصدده عن طريق طلب إلغائه فيما لو صدر بالمخالفة للقانون .

ونأمل أن يكون هذا التعليق إسهاماً منا في إلقاء الضوء على ما قررته المحكمة العليا بقضائها من مبادئ تلقى من المشتغلين بعلم القانون عناية وتفهماً وتقديراً وعلى الله قصد السبيل .

من أحكام المحكمة العليا

إدارة القضاء

إدارة القضيبي

المحكمة العليا دائرة النقض الإداري

برئاسة المستشار محمد عبدالكريم عزوز وعضوية المستشارين عبدالسلام
بوطلاق ومحمد عبدالعزيز يوسف وبحضور النيابة العامة .

في الطعن الإداري رقم (14-22 ق) بجلسة 24 ذي الحجة 1396هـ —
الموافق 16.12.1976م .

اختصاص وزير الزراعة بالاعتداد بالتصرف واختصاص وزير العدل بالإذن
بالتصرفات اللاحقة - التاريخ الذي يتخذ أساساً للإعتداد هو 70.7.21م حسب قرار
مجلس قيادة الثورة - مؤدي تعديل قرار مجلس قيادة الثورة أن يصبح كل قرار
صدر بعدم الاعتداد لعدم ثبوته في محرر رسمي قبل 1969.11.20م مخالفاً للقانون -
أثر ذلك في فتح ميعاد الطعن على القرار والحكم النهائي الذي صدر في خصوصه .

المبادئ القانونية :

1. إن مفاد نصوص قرار مجلس قيادة الثورة بشأن استرداد الشعب لأملكه
المغصوبة هو اختصاص وزير الزراعة بالاعتداد بالتصرفات الثابتة في محرر رسمي قبل
1969.11.20م ، واختصاص وزير العدل بالإذن بالتصرفات اللاحقة لهذا التاريخ
فسلطة الإذن بالتصرف المقررة لوزير العدل لا تغني عن ضرورة الاعتداد بهذا
التصرف والاختصاص بهذا الاعتداد مقرر لوزير الزراعة بالنسبة للأراضي الزراعية .

2. إن مفاد قرار مجلس قيادة الثورة الصادر في 8 أغسطس 1972م أن التاريخ الذي يجب أن يتخذ أساساً للاعتداد بالتصرفات أو عدم الاعتداد بها هو يوم 70.7.21م وليس يوم 1969.11.20م ، وبذلك يكون المشرع قد ألغى الأثر الرجعي لقرار مجلس قيادة الثورة بشأن استرداد الشعب لأملكه المغصوبة تسييراً على المواطنين.

ومؤدى هذا التعديل أن يصبح كل قرار إداري صادر بعدم الاعتداد بالتصرف استناداً إلى أنه لم يثبت في محرر رسمي قبل 1969.11.20م مخالفاً إعمالاً للأثر الرجعي للتشريع الجديد ولو كان القرار الإداري بعدم الاعتداد قد صدر قبل العمل بالتشريع الجديد وينفتح للمستفيد من أحكامه ميعاد جديد للتظلم من القرار السابق وإذا كان قد صدر حكم نهائي برفض دعواه استناداً إلى أن التصرف الصادر إليه لم يكن مثبتاً في محرر رسمي قبل 69.11.20، فإن حجية هذا الحكم لا تمنع تجديد الدعوى استناداً إلى التشريع الجديد المعدل للتشريع السابق والذي انشأ سبباً جديداً للدعوى لم يكن مقررأ من قبل حيث أكتفي بثبوت تاريخ التصرف قبل 1970.7.21م.

3. سلطة القضاء الإداري في أن يسلط رقابته على القرار متى أصبح مخالفاً للقانون بمقتضى التشريع الجديد كما يجب على الجهة الإدارية أن تبادر إلى سحب ذلك لأن التشريع الجديد الذي يقوم على أساس قانون مغاير للتشريع القديم من شأنه أن ينشئ مركزاً قانونياً جديداً للمتصرف إليه لم يكن مقررأ له من قبل بما يجعل لدعواه سبباً مصدره قرار مجلس قيادة الثورة الصادر في 8 أغسطس 1972م المشار إليه والذي يسري بأثر رجعي .

الوقائع

بعقد عرفي مؤرخ 22 ربيع الثاني 1360هـ الموافق 28 يونيو 1970م اشترى الطاعن من الإيطالي البتيسي أرميدو قطعتي أرض زراعية تحملان رقم 5 ، 6 بالزرعة 82 بالناصرية مساحتها 3.7125 هكتاراً موضوع كراسة التصديق رقم (2206) وذلك بثمان قدره (ألف دينار) دفع للبائع بتاريخ 1970.7.21م ، صدر قرار مجلس قيادة الثورة بشأن استرداد الشعب لأملكه المغصوبة ونص على أن تعود إلى الشعب الليبي جميع أملاك الطليان العقارية عند العمل بهذا القرار ولا يعتد في تطبيق أحكامه بتصرفات الملاك الخاضعين لأحكامه إلا إذا كانت صادرة لأحد الليبيين ومثبتة في محرر رسمي قبل 69.11.20م ما لم تكن قد تمت بعد ذلك بناء على إذن من السلطات المختصة (معدلاً بالقرار الصادر في 1970.11.14م) .

وتنفيذاً لهذا القرار قدم الطاعن إقراراً بتاريخ 1970.8.10م يفيد شراءه العقار بموجب العقد العرفي المؤرخ 1970.6.28م وأنه لم يصدر إذن من السلطات المختصة بهذا التصرف ولكنه تقدم بطلب للأخ وزير العدل بواسطة موثق العقود مفتاح محمد أبو حليقة للأذن بالتصرف ولم يصدر الإذن بعد .

وبتاريخ 1970.8.24م تقدم إلى وزير الزراعة بطلب تسليمه قطعتي الأرض والاعتداد بالتصرف . فعرض الوزير الأمر على لجنة بحث التصرفات التي انتهت من بحثها إلى أن العقد لم يسبق أن أفرغ في محرر رسمي قبل نوفمبر 1969م ، ورأت عدم الاعتداد به . وأشارت إلى أن ذلك لا يمنع السلطات المختصة أن تأذن بإتمامه إذا رأت ذلك وأوصت بعدم الاعتداد به .

وبتاريخ 1971.6.8م وبناء على توصية اللجنة المشار إليها - صدر قرار وزير الزراعة رقم (209 لسنة 1971م) بعدم الاعتداد بالتصرف فطعن الطاعن على هذا القرار طالباً بإلغاء استناداً إلى أسباب ثلاثة أولها انعدام القرار المطعون فيه بمقولة أنه أشار في أسبابه إلى قرار صدر من وزير العدل باستنذانه في كل تصرف يتم بين الأجانب والمواطنين غير أن هذا القرار لم ينشر في الجريدة الرسمية حتى تكون له حجته. وكان مبنى السببين الثاني والثالث أن التصرف سليم ومثبت في محرر رسمي لدى محرر عقود قبل صدور قرار مجلس قيادة الثورة في 1970.7.21م ، كما تم سداد الثمن واستئذان وزارة العدل للموافقة على التصرف ولكنها أمسكت عن الرد بالموافقة أو الرفض ولذلك فإن القرار المطعون فيه قد صدر مشوباً بالبطلان لأنه كان يتعين أن يتراخى حتى حصول الرد ، وبتاريخ 1975.6.8م قضت دائرة القضاء الإداري بقبول الطعن شكلاً ورفضه موضوعاً وإلزام رافعه بمصاريفه . وهذا هو الحكم المطعون فيه .

إجراءات الطعن

طعن الطاعن على الحكم أمام قلم كتاب المحكمة العليا بتاريخ 1975.7.31م بواسطة محاميه الأستاذ سليمان علي تومية وقدم مذكرة بأسبابه موقعة منه كما أودع التوكيل العرفي الصادر له من الطاعن بتاريخ 1975.7.28م وصورة من القرار والحكم المطعون فيه وحافظة مستندات ضمت عقد البيع الابتدائي المؤرخ في 1970.6.28م ، وصورة من الكتاب الموجة إلى وزير العدل بتاريخ 1970.6.29م للإفادة بالرأي في شأن التصرف وطائفة أخرى من المستندات. وبتاريخ 1975.8.9م أودع الطاعن

مذكرة شارحة لأسباب طعنه أحال فيها على مذكرة أسباب الطعن وبتاريخ 1975.8.12م ، تم إيداع أصل ورقة إعلان الطعن معلنة في 1975.8.7م.

وبتاريخ 1975.8.31م أودعت إدارة قضايا الحكومة نيابة عن المطعون ضده مذكرة بدفاعه وحافطة ضمت ملف الموضوع وقدمت نيابة النقض أخيراً مذكرة بالرأي القانوني طلبت فيها قبول الطعن شكلاً وفي الموضوع بإلغاء الحكم المطعون فيه وكذلك إلغاء قرار وزير الزراعة والإصلاح الزراعي رقم (71-209) وإلزام المطعون ضده بالمصروفات ومقابل أتعاب المحاماة .

وبعد أن وضع المستشار المقرر تقرير التلخيص تحدد لنظر الطعن أخيراً جلسة 2 ذي الحجة 1396هـ الموافق 1976.11.25م وفيها نظر الطعن على الوجه المبين بمحضر الجلسة ثم حجرت القضية بجلسة اليوم وفيها صدر الحكم .

المحكمة

بعد الإطلاع على الأوراق وتقرير التلخيص وسماع المرافعة وأقوال النيابة والمداولة . ومن حيث أن الطعن قد أستوفى أوضاعه الشكلية .

ومن حيث أن الطاعن نعى على الحكم المطعون فيه بمخالفته القانون والخطأ في تطبيقه وتأويله ووجه ذلك أن الحكم إذ سلم لوزير الزراعة بسلطة بحث التصرفات التي تمت في الفترة من 1969.11.20م حتى صدور قرار مجلس قيادة الثورة في 1970.7.21م يكون قد خالف القانون ذلك لأن قرار مجلس قيادة الثورة بشأن

استرداد الشعب لأملكه المغصوبة يجعل هذا الحق للسلطات المختصة بإصدار الإذن بالتصرف وهي وزارة العدل كما أن القرار المطعون فيه صدر غير مسبب ولم يتضمن سوى القول بأن العقد لم يثبت في محرر رسمي قبل 20 نوفمبر 1969م وأنه لم يصدر إذن من السلطات المختصة بإبرامه وقد جاء الحكم المطعون فيه مؤيداً لهذا الاتجاه وهو ما يعطي قرار مجلس قيادة الثورة مضموناً غير معناه الحقيقي لأن قرار مجلس قيادة الثورة يسمح بإجازة التصرفات التي تمت بعد التاريخ المشار إليه حسب ظروف كل تصرف وحسبما ترى جهة الاختصاص في كل حالة على حدة وأنه في حالة رفض الاعتداد بأي تصرف يلزم أن يكون لقرار الرفض ما يبرره من الناحية الموضوعية ولا يكفي أبتناؤه على أن التصرف لاحق على 20.11.1969م لأن المشرع لو أراد عدم الاعتداد بجميع التصرفات اللاحقة على 20.11.1969م لنص على ذلك صراحة في قراره ودون حاجة إلى الاستثناء الوارد في نهاية المادة الأولى بقولها ما لم تكن قد تمت بعد ذلك (أي بعد 20 نوفمبر 1970م) بناء على إذن من السلطات المختصة وأنه لما كان التصرف موضوع القرار المطعون فيه هو عقد بيع تكاملت شروطه القانونية والضمن فيه مدفوع بالكامل وقد أفرغ في محرر رسمي بتاريخ 28.6.1970م قبل صدور قرار مجلس قيادة الثورة في 21.7.1970م ، ولم يثبت أنه كان مشوباً بأي نوع من التحايل أو الاستغلال فقد كان يتعين أن يأتي القرار المطعون فيه الصادر بعدم الاعتداد بهذا التصرف مبنياً على أسباب موضوعية حتى يمكن أن يكون محلاً لرقابة القضاء وإذا سائر الحكم المطعون فيه القرار فإنه يكون قد صدر مشوباً بالخطأ في تطبيق القانون وتأويله .

مجلس قيادة الثورة بشأن استرداد الشعب لأملكه المغصوبة حيث أوجب على الخاضعين لأحكامه تقديم الإقرارات الخاصة بشأن الأراضي الزراعية أو القابلة للزراعة ... إلى مدير عام المؤسسة العامة للإصلاح الزراعي وتعمير الأراضي وهذا الاختصاص لا يجب سلطة الإذن بالتصرفات اللاحقة لتاريخ 1969.11.20م والتي كانت لوزير العدل قبل العمل بقرار مجلس قيادة الثورة المشار إليه واستمرت بعد صدوره إذ لكل مجال تطبيق مستقل فيختص وزير الزراعة بالاعتداد بالتصرفات الثابتة في محرر رسمي قبل 1969.11.20م ويختص وزير العدل بالإذن بالتصرفات اللاحقة لهذا التاريخ فسلطة الإذن بالتصرف المقررة لوزير العدل لا تغني عن ضرورة الاعتداد بهذا التصرف والاختصاص بهذا الاعتداد مقرر لوزير الزراعة بالنسبة للأراضي الزراعية .

ومن حيث أن التصرف موضوع الطعن قد صدر بتاريخ 1970.6.28م ولم يصدر إذن من وزير العدل بهذا التصرف فإن قرار وزير الزراعة رقم (209-1971م) بتاريخ 1971.9.8م بعدم الاعتداد به يكون صادراً من مختص بإصداره .

ومن حيث أنه بتاريخ 8 أغسطس 1972م (ع 48-1972م) صدر قرار مجلس قيادة الثورة بتعديل البند الرابع من المادة الرابعة من قراره الصادر بتاريخ 1971.11.14م حيث نص على أن للجنة أن تقرر الاعتداد بتلك التصرفات سواء ما تعلق منها بالعقارات أو المنقولات إذا كانت صادرة لأحد الليبيين واقتنعت بجديّة التصرف وكان ثابت التاريخ قبل 18 جمادى الأولى 1390هـ الموافق 1970.7.21م ، ونصت المادة الثانية منه على أن يعمل به اعتباراً من تاريخ العمل بقرار مجلس قيادة

الثورة الصادر في 7 شوال 1391هـ الموافق 1971.11.14م المشار إليه وقد حرص
المشرع في هذه المادة على إلغاء كل نص يخالف حكمه ، ولم يعرض الحكم المطعون فيه
لهذا القرار المعدل . ومن حيث أن مفاد هذا القرار أن التاريخ الذي يجب أن يتخذ
أساساً للاعتداد بالتصرفات أو عدم الاعتداد بها هو يوم 1970.7.21هـ . ويلزم
للاعتداد بالتصرفات أن تكون ثابتة التاريخ قبل يوم 1970.7.21هـ وليس يوم
1969.11.20م وبذلك يكون المشرع قد ألغى الأثر الرجعي لقرار مجلس قيادة الثورة
بشأن استرداد الشعب لأملكه المغصوبة تيسيراً على المواطنين .

ومن حيث مؤدى هذا التعديل أن يصبح كل قرار إداري صادر بعدم الاعتداد
بالتصرف استناداً إلى أنه لم يثبت في محرر رسمي قبل 1969.11.20م مخالفاً للقانون
إعمالاً للأثر الرجعي للتشريع الجديد ولو كان القرار الإداري بعدم الاعتداد قد صدر
قبل العمل بالتشريع الجديد ، وينفتح للمستفيد من أحكامه ميعاد جديد للتظلم من
القرار السابق وإذا كان قد صدر حكم نهائي برفض دعواه استناداً إلى أن التصرف
الصادر إليه لم يكن مثبتاً في محرر رسمي قبل 1969.11.20م ، فإن حجية هذا الحكم لا
تمنع من تجديد الدعوى استناداً إلى التشريع الجديد المعدل للتشريع السابق والذي أنشأ
سبباً جديداً للدعوى لم يكن مقررراً من قبل حيث أكتفي بثبوت تاريخ التصرف قبل
1970.7.21م للقضاء الإداري أن يسلط رقابته على هذا القرار المطعون فيه متى
أصبح مخالفاً للقانون بمقتضى التشريع الجديد ، كما يجب على الجهة الإدارية أن تبادر
إلى سحب ذلك لأن التشريع الجديد الذي يقوم على أساس قانوني مغاير للتشريع
القديم من شأنه أن ينشئ مركزاً قانونياً جديداً للمتصرف إليه لم يكن مقررراً له من قبل

بما يجعل لدعواه سبباً جديداً مصدره قرار مجلس قيادة الثورة الصادر في 8 أغسطس 72م المشار إليه والذي سرى بأثر رجعي .

ومن حيث أن التصرف موضوع القرار المطعون فيه قد صدر من أحد الإيطاليين إلى الطاعن وهو مواطن لبي بموجب عقد مؤرخ 1970.6.28م ، وهذا العقد أصبح ثابت التاريخ بوجه رسمي في 1970.7.5م بإرساله إلى وزارة العدل مرفقاً لرسالة محرر العقود مفتاح محمد أبو حليقة المؤرخة 1970.6.29م للإذن بإتمام التصرف وتسجيل هذه الرسالة بسجلات الوزارة الرسمية بتاريخ 90.5.1هـ الموافق 1970.7.5م تحت رقم 5455 كما هو مستفاد من تأشيرة وزارة العدل على رسالة الموثق المذيلة بختم الوزارة والمقدمة ضمن حافظة مستندات الطاعنة .

ومن حيث أن هذا التصرف يصبح ثابت التاريخ في 1970.7.5م أي قبل يوم 1970.7.21م وإذا صدر القرار المطعون فيه بعدم الاعتداد بالتصرف استناداً إلى أنه لم يثبت في محرر رسمي قبل 1969.11.20م فإنه يصبح بصدور التشريع الجديد مخالفاً للقانون ويتعين القضاء بإلغائه . ومن حيث أن التشريع الجديد قد أشرط للاعتداد بالتصرف بالإضافة إلى ثبوت تاريخه أن تتحقق الإدارة من جديته ولما كانت ولاية القضاء الإداري مقصورة على الرقابة على القرارات الإدارية بحيث لا يسوغ له أن يحل نفسه محل جهة الإدارة في عمل أو إجراء هو من صميم اختصاصها ورقابته لا تسلط إلا بعد أعمال الإدارة رأيها واتخاذ قرارها بشأن جدية التصرف . ويتعين لذلك إلغاء القرار المعطون فيه وللجهة الإدارية بعد أن ثبت تاريخ التصرف بوجهه الرسمي قبل 1970.7.21م أن تتحقق من جديته وتصدر قرارها من جديد في هذا الشأن .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً وفي الموضوع بإلغاء الحكم المطعون فيه والقضاء بإلغاء القرار الإداري رقم (209-1971م) الصادر من وزير الزراعة بتاريخ 1971.9.8م وبإلزام المطعون ضده بصفته بالمصروفات وبثلاثين ديناراً مقابل أتعاب المحاماة.

إدارة القضاء

المحكمة العليا دائرة النقص الإداري

برئاسة المستشار محمد عبدالكريم عزوز وعضوية المستشارين عبدالسلام
بوطلاق ومحمد عبدالعزيز يوسف وبحضور النيابة العامة .

في الطعن الإداري رقم (6-23 ق) بجلسة 17 ذي الحجة 1396هـ الموافق
1976.12.9م .

تقدم الدين الضريبي يخضع للقانون الساري وقد تحقق الدخل - صدور قانون
جديد يطيل مدة التقادم له أثر مباشر على كل تقادم لم يكتمل ما عدا بدء التقادم
ووقفه وانقطاعه فهي خاضعة للنصوص السابقة - صدور قانون جديد بقصر مدة
التقادم يسري من وقت العمل به إلا إذا كان الباقي من المدة السابقة أقصر مما قرره
القانون الجديد ، فالعبرة بتلك المدة المتبقية - حق محكمة الموضوع في بحث شرائط
التقادم ومدته وما يصيبها من انقطاع إذا دفع أمامها بالتقادم وذلك مادامت أوراق
الدعوى تنبئ بالانقطاع .

المبادئ القانونية :

1. إذا صدر تشريع جديد يطيل من مدة التقادم وجب أن يسري هذا
التشريع أما بدء التقادم ووقفه وانقطاعه فيتحقق كل منهما متى توافرت الشروط التي

يحددها القانون الساري إذ ذاك ومتى بدأت المدة أو وقفت أو انقطعت وفقاً لقانون معين ظل البدء أو وقف الانقطاع مرتباً حكمه في ظل القانون الجديد .

2. يشترط لإعمال الاستثناء الوارد في الفقرة الثانية من المادة الثامنة من القانون المدني أن يقرر التشريع الجديد مدة للتقدم أقل مما قرره التشريع القديم .

3. لمحكمة الموضوع متى دفع أمامها بالتقدم أن تبحث شرائطه ومنها مدة التقدم وما يصيبها من انقطاع لأن الانقطاع يحول دون اكتمال مدة التقدم ومفروض أن تثبت من انقضاء المدة إذا رأت أن تقضي بالسقوط ومن ثم يجب عليها أن تقرر بانقطاع التقدم بمجرد أن تنبها أوراق الدعوى بقيام سببه .

الوقائع

أستأنف الطاعن قرار لجنة الضرائب الصادر باعتماد الضريبة المستحقة عليه كمحام عن سنتي 65 و 66 وبتاريخ 1974.11.26م أصدرت اللجنة الاستئنافية قرارها بإلغاء القرار المستأنف بالنسبة إلى ضريبة سنة 1965م وسقوط حق المصلحة في المطالبة بها وبرفض الاستئناف وتأييد القرار بالنسبة إلى ضريبة سنة 1966م فأقام الطاعن دعواه أمام دائرة القضاء الإداري بمحكمة استئناف بنغازي طعناً في قرار اللجنة الاستئنافية مؤسساً طعنه على أن ضريبة 1966م تخضع للتقدم الثلاثي المنصوص عليه في القانون الذي كان سارياً وقت تحقق الدخل وأن اللجنة الاستئنافية أخطأت في تطبيق القانون عندما اعتبرت مدة التقدم المسقطه لهذه الضريبة خمس

سنوات طبقاً لنص القانون رقم 21 لسنة 68 كما أخطأت عندما أغفلت تطبيق المادة الثامنة من القانون المدني في الوقت الذي طبقت فيه المادة السابعة .

وبتاريخ 1975.11.9 قضت المحكمة بقبول الطعن شكلاً ورفضه موضوعاً وألزمت الطاعن المصروفات تأسيساً على أن مدة التقادم الخاصة بضريبة 1966 ثلاث سنوات عملاً بالمادة 364 مدني تحسب من نهاية السنة التي تستحق عنها الضريبة أي تحسب اعتباراً من أول يناير 1967 وأنه لما كانت هذه المدة قد انقطعت عملاً بالمادة 370 مدني وذلك باستلام الطاعن بتاريخ 4 يناير 1969 للاستمارة رقم (7) ثم رقم (6) الخاصة بتقدير الضريبة المستحقة عن سنتي 65 , 66 فإنه أياً كان الرأي في مدى سريان القانون الجديد رقم 21 لسنة 1968م والذي يقضي في مادته السادسة والعشرين بزيادة مدة التقادم إلى خمس سنوات تكون مدة التقادم لم تكتمل حتى مع افتراض أن التقادم الذي يسري في هذه الحالة هو التقادم الثلاثي .

(وهذا هو الحكم المطعون فيه)

إجراءات الطعن

قرر الطاعن الطعن على الحكم بتقرير أودعه قلم كتاب المحكمة العليا بتاريخ 1976.1.4م وقدم في ذات اليوم مذكرة أسباب الطعن موقعة منه كما قدم حافظة ضمت مذكرة شارحة لأسباب الطعن وصورة رسمية طبق الأصل من الحكم المطعون فيه وصورة ضوئية من قرار اللجنة الاستئنافية وإعلان الطاعن به بتاريخ 1975.2.4م . كما اشتملت الحافظة على صورة مذكرة بدفاع مصلحة الضرائب أمام

محكمة الاستئناف وعريضة الدعوى الإدارية ورسمًا بيانياً لمدة التقادم وطريقة احتسابها طبقاً لحكم المادة 8-2 مدني . وبتاريخ 1976.1.6م تم إيداع أصل ورقة إعلان الطعن بعد إعلانها للمطعون ضدّهما في ذات اليوم. وبتاريخ 1976.2.1م أودعت إدارة قضايا الحكومة عن المطعون ضدّهما مذكرة بدفاعهما طلبت فيها رفض الطعن وإلزام الطاعن المصروفات عن جميع الدرجات . وقد قدمت نيابة النقض مذكرة بأقوالها طلبت فيها الحكم بقبول الطعن شكلاً ورفضه موضوعاً . وبعد أن وضع المستشار المقرر تقرير التلخيص تحدد لنظر الطعن جلسة 26 ذو القعدة 96هـ الموافق 1976.11.18م حيث نظرت القضية على الوجه المبين بمحضر الجلسة ثم حجزت للحكم لجلسة 1976.12.9 وفيها صدر الحكم .

المحكمة

بعد الإطلاع على الأوراق وتلاوة التلخيص وسماع المرافعة وأقوال النيابة والمدولة .

ومن حيث أن الطعن قد أستوفى أوضاعه الشكلية .

ومن حيث أن الطاعن نعى في السبب الأول من أسباب طعنه بمخالفة القانون ذلك لأن سنة النزاع بينه وبين مصلحة الضرائب هي سنة 1966م وتقادم الضريبة المستحقة عن دخل هذه السنة يخضع لأحكام القانون المدني الذي كان سارياً في ذلك الوقت عملاً بالمادة 4-1 من القانون رقم 21 لسنة 1968م بشأن ضرائب الدخل ، ويقضي القانون المدني في المادة 364 منه بأن تقادم بثلاث سنوات الضرائب والرسوم

المستحقة للدولة وبالتالي فلا محل لتطبيق مدة التقادم الجديدة التي نص عليها القانون الجديد وهي خمس سنوات وإذ كانت مدة التقادم التي نصت عليها المادة 364 مدني لم تكتمل عند العمل بأحكام القانون رقم 21 لسنة 68 اعتباراً من أول يناير 1969 فقد كان يتعين تطبيق المادة 8-2 من القانون المدني والتي تنص على أنه إذا كان الباقي من المدة التي نص عليها القانون القديم أقصر من المدة التي قررها النص الجديد فإن التقادم يتم بانقضاء هذا الباقي وأنه تطبيقاً لهذا النص ولما كانت المدة الباقية من التقادم الثلاثي أقل من مدة التقادم التي قررها القانون الجديد وقدرها خمس سنوات فقد كان يتعين اعتبار الضريبة المستحقة منقضية بالتقادم باكتمال مدة ثلاث سنوات وهو نظر يتفق مع تفسير المحكمة العليا لنص المادة 8-2 مدني في الحكم الصادر منها في الطعن المدني رقم 47-17 ق وفي الطعن الإداري رقم 32-16 ق . وبذلك يكون الحكم المطعون فيه قد أخطأ إذ طبق نص المادة 7 من القانون المدني على مدة التقادم .

ومن حيث أن هذا النعي يقوم على أساس غير صحيح في القانون ذلك لأن قرينة الوفاء القاطعة والمستمدة من مضي مدة التقادم المقسط للضريبة لا تتوافر إلا إذا اكتملت الثلاث سنوات وهي مدة التقادم المنصوص عليها في المادة 364 من القانون المدني والتي كانت سارية وقت تحقق الدخل المستحق عليه الضريبة حيث بدأت مدة التقادم في تاريخ الاستحقاق الحاصل في أول يناير 1967م وإذ صدر القانون رقم 21 لسنة 1968م بشأن ضرائب الدخل وعمل به اعتباراً من أول يناير 1969 وكانت مدة التقادم الثلاثي لم تكتمل عند العمل به فإن مدة التقادم الجديدة المنصوص عليها في المادة 16 من القانون وهي خمس سنوات تسري بأثرها المباشر على كل تقادم لم يكتمل عملاً بالأصل العام في مسائل تنازع قوانين التقادم من حيث الزمان والمنصوص عليه في

المادة السابعة من القانون المدني والتي تنص في فقرتها الأولى على أن (تسري النصوص الجديدة المتعلقة بالتقادم من وقت العمل بها على كل تقادم لم يكتمل) وتنص في فقرتها الثانية (على أن النصوص القديمة هي التي تسري على المسائل الخاصة ببدء التقادم ووقفه وانقطاعه وذلك عن المدة السابقة على العمل بالنصوص الجديدة) .

ومفاد هذا النص أن كل تقادم لم يكتمل في ظل تشريع قائم لا يرتب هذا الأثر فإذا صدر تشريع جديد يطيل من مدته وجب أن يسري هذا التشريع أما بدء التقادم ووقفه وانقطاعه فيتحقق كل منها متى توافرت الشروط التي يحددها القانون الساري إذ ذاك . ومتى بدأت المدة أو وقفت أو انقطعت وفقاً لقانون معين ظل البدء أو الوقف أو الانقطاع مرتباً لحكمه في ظل القانون الجديد .

وقد أورد المشرع قاعدة عامة أخرى في الفقرة الأولى من المادة 12 من القانون المدني تقضي بأنه (إذا قرر النص الجديد مدة للتقادم أقصر مما قرره النص القديم سرت المدة الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد ، ولو كانت المدة القديمة قد بدأت قبل ذلك) .

ثم أورد المشرع استثناء على هذه القاعدة العامة في الفقرة الثانية من المادة الثامنة حيث نص (أما إذا كان الباقي من المدة التي نص عليها القانون القديم أقصر من المدة التي قررها النص الجديد ، فإن التقادم يتم بانقضاء هذا الباقي) .

وأوضح أنه يشترط لأعمال هذا الاستثناء أن يقرر التشريع الجديد مدة للتقادم أقصر مما قرره التشريع القديم وهذا التشريع الجديد قد أطل مدة التقادم ولم

يقصرها كما أن استشهاد الطاعن بحكم المحكمة العليا في الطعن المدني 47-17 ق في غير محله لأنه صدر بشأن تشريع مقصر لمدة التقادم كما أن الطعن الإداري رقم 32-17 ق لا علاقة له بالموضوع .

ومن ثم يكون نعي الطاعن علي غير أساس سليم من القانون واجب الرفض .

ومن حيث أن الطاعن نعي في السبب الثاني من أسباب الطعن ببطلان الحكم لتناقض أسبابه وعدم اطمئنان المحكمة إلى الرأي الذي انتهت إليه في شأن احتساب مدة التقادم لقولها أنه أياً كان الرأي في مدى سريان القانون الجديد فإن الطاعن قد تسلم بتاريخ 4 يناير 1969 الاستمارة رقم 7 ثم رقم 6 الخاصة بتقدير الضريبة وهو إجراء يعتبر قاطعاً للتقادم عملاً بحكم المادة 370 مدني وبذلك تكون مدة التقادم لم تكتمل حتى مع افتراض أن التقادم الذي يسري في هذه الحالة هو التقادم الثلاثي على النحو الذي يذهب إليه الطاعن . وهذا القول من الحكم يدل على عدم ثقته في أسبابه وأسانيده وتضارب هذه الأسباب ، وعلى الشك فيما ذهب إليه خصوصاً وأن الدفع بانقطاع مدة التقادم كان أمراً تبناه الحكم فلم يدفع به الخصم ولا يسوغ للمحكمة أن تلمس أسباباً تساند حكمها للوصول إلى ما انتهت إليه دون أن يتقدم بها الخصم .

ومن حيث أن هذا النعي مردود بان عدم قطع المحكمة برأي في شأن مدة سريان القانون الجديد الذي أطال مدة التقادم على كل تقادم لم يكتمل حتى تاريخ العمل به لا يعني أن المحكمة في ريبة من النتيجة التي انتهت إليها وإنما يعني أن الأساس القانوني الذي أقام عليه الطاعن دفاعه غير سليم حتى بفرض أن التقادم الثلاثي هو الذي يسري على تقادم ضريبة 1966 كما يدعي الطاعن لأن التقادم قد أنقطع

بالإجراءات التي أشار إليها الحكم . وتصدى المحكمة من تلقاء نفسها لبحث أسباب انقطاع التقادم دون أن يدفع أمامها بانقطاع المدة لا يعيب حكمها ما دام الثابت في الأوراق أن مصلحة الضرائب قد اتخذت إجراءات قاطعة للتقادم وقد أثبت الحكم في مدوناته أن (الثابت بالأوراق أن الطاعن قد تسلم بتاريخ 4 يناير 69 الاستمارة رقم 7 ثم رقم 6 الخاصة بتقدير الضريبة المستحقة عليه عن سنتي 65 و 66 وذلك على النحو الثابت من شهادة الاستلام الموقعة منه في هذا التاريخ ومما ورد في عريضة الطعن بالاستئناف ضد قرار اللجنة الابتدائية) .

ذلك أن للمحكمة متى دفع أمامها بالتقادم فإن عليها أن تبحث شرائطه ومنها مدة التقادم وما يصيبها من انقطاع لأن الانقطاع يحول دون اكتمال مدة التقادم ومفروض أن تثبت من انقضاء المدة إذا رأت أن تقضي بالسقوط ومن ثم يجب عليها أن تقرر بانقطاع التقادم بمجرد أن تبينها أوراق الدعوى بقيام سببه ومتى كان ذلك فإن نعي الطاعن بوجهيه يكون على غير أساس سليم من القانون . ويتعين لذلك القضاء برفض الطعن .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً وفي الموضوع برفضه وألزمت الطاعن بالمصروفات وبثلاثين ديناراً مقابل أتعاب المحاماة .

المحكمة العليا دائرة النقض المدني

برئاسة المستشار أحمد الطاهر الزاوي وعضوية المستشارين همزة شنيب
وعثمان زكريا وبحضور النيابة العامة .

الطعن المدني رقم (152-21 ق)

بجلسة 24 جمادى الأولى 1396هـ الموافق 1976.5.23م

حجية الحكم الجنائي أمام القضاء المدني - قرار مجلس التأديب لا يجوز حجية
الشيء المحكوم فيه أمام القضاء المدني إلا أنه يصلح قرينه .

المبادئ القانونية :

1. حجية الحكم الجنائي أمام المحاكم المدنية في تحقيق الفصل الذي يكون
الأساس المشترك بين الدعوتين الجنائية والمدنية مشروطة بان يكون الحكم قد فصل في
ذات الفعل فصلاً قاطعاً ولازماً .

2. قرار مجلس التأديب لا يجوز حجية الشيء المحكوم فيه أمام المحاكم المدنية
ولكنه يصلح قرينة للاستدلال بحقيقة الوقائع الثابتة فيه ولقاضي الموضوع أن يترها
المتزلة التي يراها .

المحكمة

بعد الإطلاع على الأوراق وتلاوة تقرير التلخيص وسماع المرافعة الشفوية وأقوال النيابة العامة وبعد المداولة قانوناً .

حيث أن الوقائع - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر أوراق الطعن - تتحصل في أن المطعون عليه أقام الدعوى رقم (1244) لسنة 1973م أمام محكمة طرابلس الابتدائية ضد الطاعنة طلب فيها الحكم بإلزام المدعي عليها بأن ترد إليه مبلغ 556.750 دينار قيمة العجز الذي خصمته من مرتبة ومستحققاته مع إلزامها بالمصروفات ومقابل أتعاب المحاماة .

وقال بياناً للدعوى أن المؤسسة المدعي عليها عهدت إليه بالعمل في التحصيل بقسم الشحن ولدى مراجعة كشف الحساب رقم 1050 ومقارنته بإذن التسليم ظهر أن المبلغ الذي رصد في الكشف هو 204 ديناراً بينما الثابت طبقاً لإذن التسليم أنه 604 ديناراً ، كما ظهر عجز في الكشف رقم 1047 بمبلغ 1100 دينار وفي الكشف رقم 1048 بمبلغ 34 ديناراً وأن النيابة العامة أسندت إليه أنه استولى على هذه المبالغ التي كانت في حيازته بصفته موظفاً عمومياً والتي وردت بالكشوف 1047 و 1048 و 1050 واختلسها لنفسه وأنه قدم بهذه التهمة إلى محكمة الجنايات وأصدرت بتاريخ 1972.1.8م الحكم ببراءته مما اسند إليه إلا أن المدعي عليها خصمت منه المبلغ دون مسوغ قانوني ورفضت الاستجابة إلى طلب رده رغم إخطارها رسمياً على يد محضر في 1973.4.2م بطلب الرد وأنهى من ذلك إلى طلب الحكم بطلباته السابقة . وبتاريخ

1973.7.25م حكمت المحكمة بإلزام المؤسسة المدعي عليها ببرد مبلغ 556.750 ديناراً وإلزامها بالمصاريف .

واستأنفت المدعي عليها هذا الحكم لدى محكمة استئناف طرابلس طالبة إلغاءه والحكم برفض دعوى المستأنف عليه مع إلزامه بالمصاريف عن الدرجتين ، وقيد الاستئناف برقم 252 سنة 20 ق وبتاريخ 1974.5.28م حكمت المحكمة بقبول الاستئناف شكلاً وفي الموضوع بتعديل الحكم المستأنف إلى براءة ذمة المستأنف ضده من قيمة العجز موضوع الجناية رقم 193-18 ق وألزمت المؤسسة المستأنفة بأن تبرد له ما خصمته من مرتب عن هذا العجز وقدره 232.700 دينار وما أستجد خصمه لهذا السبب مع إلزامها بالمصاريف وعشرة دنانير مقابل أتعاب المحاماة .

وبتاريخ 1974.8.15م قرر محامي إدارة القضايا الحكومة بالطعن في الحكم بطريق النقض للأسباب الواردة في التقرير وأودع صورة من الحكم المطعون فيه معلنة بتاريخ 1974.7.20م وصورة رسمية من الحكم الابتدائي وأصل ورقة إعلان الطعن ولم يودع المطعون عليه مذكرة بدفاعه وقدمت النيابة العامة مذكرة أبدت فيها الرأي بنقض الحكم وبالجلسة المحددة لنظر الطعن أصرت النيابة على هذا الرأي .

وحيث أن الطعن أستوفى أوضاعه القانونية فهو مقبول شكلاً .

وحيث أن مما تنعاه الطاعنة على الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه ببرد ما خصمته من مرتب المطعون عليه مقابل قيمة العجز على أن الحكم الجنائي أعمد في قضائه بالبراءة على أن العجز لا يمكن حدوثه عن عمد وأنه لا يمكن تحديد المسؤولين

عنه ولم يحدث جرد أثر اكتشافه وتضاربت المؤسسة في بيانها عن قيمته كما أن الطاعنة لم تقدم الدليل على خطأ المطعون عليه وأنه مسئول عن العجز وهو من الحكم المطعون فيه مخالفة للقانون وخطأ في تطبيقه وقصور في التسيب من وجهين :

أولهما : إن الحكم الجنائي إنما قضى ببراءة المطعون عليه من التهمة التي أسندت إليها باختلاس المبالغ التي كانت في حوزته بصفته موظفاً عمومياً لدى المؤسسة ولا ينفي وقوع الخطأ من جانبه ويثبت وقوعه من جانب المؤسسة والحكم الجنائي قرر أن العجز لا يمكن حدوثه عن عمد وليس في ذلك ما ينفي حدوثه بغير عمد وأن ما قرره من أنه لا يمكن تحديد المسؤولية إنما يعني المسؤولية الجنائية ولا ينفي عن المطعون عليه المسؤولية أياً كان نوعها وكذلك ما قرره من أن الجرد لم يحدث أثر اكتشاف العجز مؤداه أن الجرد لو حدث أثر اكتشاف العجز لكان من المحتمل استكمال النقص في أدلة التهمة وليس مؤداه نفي الخطأ عن المطعون عليه في تحرير إذن تسليم للشركة الشاحنة بقيمة أكبر من القيمة التي دونها بكشف الخزينة وهو الإذن الذي حول الشركة الاحتجاج بالوفاء بقيمته والحق بالمؤسسة الطاعنة ضرراً يتمثل في عدم تمكينها من تحصيل الفرق بين القيمتين .

وثانيهما : أن الطاعنة تمسكت في استئنافها بأن الحكم الصادر في الدعوى التأديبية رقم 4-5 ق بمعاينة المطعون عليه بالخصم من مرتبه لمدة عشرة أيام أثبت أن العجز ترتب على الخطأ الذي وقع من المطعون عليه ورغم أنه حكم نهائي ولم يطعن عليه أمام المحكمة العليا وله حججه في إثبات الخطأ فإن الحكم المطعون فيه لم يعتد بدفاع الطاعنة وأهدر حجية الحكم التأديبي ودلالته في أثبات الخطأ .

وحيث أن هذا النعي سديد ذلك أن الحكم الجنائي وإن كانت له حجته القاطعة أمام المحاكم المدنية في تحقق الفعل الذي يكون الأساس المشترك بين الدعويين الجنائية والمدنية إلا أن ذلك مشروط بأن يكون قد فصل في ذات الفعل فصلاً قاطعاً ولازماً - فإذا صدر الحكم ببراءة المتهم في جريمة عمدية به لانتفاء القصد الجنائي أو لعدم كفاية الأدلة على ارتكابها فإن ذلك لا ينفي بالجزم واليقين وقوع خطأ غير متعمد ولا يمنع المحكمة المدنية من البحث في الخطأ والقضاء بالتعويض عن الضرر المترتب عليه - وإذا كان الثابت أن النيابة العامة أتمت المطعون عليه بأنه أختلس من أموال المؤسسة الطاعنة مبالغ كانت في حوزته بحكم وظيفته ومقدارها 556.750 ديناراً وفق كشوفات التحصيل ذات الأرقام 1047 - 1050 وطلبت معاقبته طبقاً للمادة 230 من قانون العقوبات وأنه يبين من الرجوع إلى الحكم الجنائي المودعة صورته بالأوراق أنه صدر ببراءته من هذه التهمة بناء على ما استخلصه من احتمال قبض المتهم المبلغ الوارد بالكشف رقم 1050 دون المبلغ المقيّد بإذن التسليم مع خلو الأوراق من دليل آخر على اختلاس المتهم الفرق بين المبلغين وهو الجزء الأكبر من العجز ومن العيوب التي تكشفها في عمل المتهم وفي نظام الإدارة بالنسبة لتحرير الكشوف وجمع المبالغ المدونة بها من الصراف بالخزّانة العامة ومن أن الجرد لم يحدث أثر اكتشاف العجز سواء في الخزّانة العامة أو خزّانة المتهم وأن هذه العيوب تؤدي إلى أخطاء متعمدة أو غير متعمدة يتعذر معها تحديد مسؤولية مرتكب العجز وأن المتهم لم يتعمد تدوين الكشوف بطريقة رديئة لإخفاء العجز وهو حديث العهد بعملية التحصيل وساهمت أعمال الحسابات بنصيب وافر في عمله وانتهى الحكم من ذلك إلى أن المحكمة يساورها الشك في ثبوت التهمة وكان المستفيد من ذلك أن براءة المطعون عليه إنبت على انتفاء ركن العمد في تحرير الكشوف والشك في ثبوت واقعة الاختلاس وهو ما

لا يستتبع نفي الخطأ التقصيري في تحريره للكشوف بمبالغ أقل من المدون بأذونات التسليم المحررة لأصحابها ، كما لا ينفي وقوع الضرر بقدر الفرق بين المبلغين إذا أحتج هؤلاء بالوفاء بالمبالغ المقيدة بها وهي وقائع لم يفصل فيها الحكم الجنائي ولا يتمتع عن القاضي المدني البحث عنها - إذ كان ذلك وكانت الطاعنة قد تمسكت في دفاعها أمام محكمة الاستئناف بالحكم الصادر في الدعوى التأديبية لإثبات الخطأ التقصيري الذي نسبته إلى المطعون عليه وأنه إن كان قرار مجلس التأديب لا يحوز حجية الشيء المحكوم فيه أمام المحكمة المدنية لاختلاف الدعوى التأديبية عن الدعوى المدنية محلاً وسبباً إلا أنه يصلح قرينة للاستدلال بحقيقة الوقائع الثابتة فيه ولقاضي الموضوع أن يتزها المترلة التي يراها فيأخذ بها أو لا يأخذ حسب تقديره لها وإذا كان الحكم المطعون فيه قد اعتمد في قضاائه على أن الحكم الجنائي فصل في نفي وقوع الخطأ الذي ترتب عليه العجز في المبالغ التي كانت في حوزة المطعون عليه وأعرض عن البحث فيه ولم يواجه دفاع الطاعنة القائم على ثبوت الخطأ بالحكم الصادر في الدعوى التأديبية ولا يعرف ماذا كان يكون قضاؤه لو لم يتحجب بالحكم الجنائي عن بحث القرينة المستفادة من الوقائع المبينة بالقرار الصادر من مجلس التأديب بمعاينة المطعون عليه بالخصم من مرتبه لمدة عشرة أيام في الإهمال في تحرير الكشوف الذي ترتب عليه ضياع حق المؤسسة الطاعنة بمقدار العجز فإن الحكم إذ قضى براءة ذمة المطعون عليه من قيمة العجز وإلزام الطاعنة برد ما خصمته من مرتبه عن هذا العجز يكون قد اخطأ في تطبيق القانون وشابه قصور في التسيب بما يوجب نقضه دون الحاجة إلى بحث ما عدا ذلك من أسباب الطعن .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً وفي الموضوع بنقض الحكم المطعون فيه وإحالة القضية إلى محكمة استئناف طرابلس للفصل فيها مجدداً من هيئة أخرى وألزم المطعون عليها بالمصروفات وبمبلغ عشرين ديناراً مقابل أتعاب المحاماة .

إدارة القضاة

من أحكام محاكم الاستئناف

إدارة القضاء

إدارة القضيبي

محكمة استئناف طرابلس الدائرة الثالثة

برئاسة المستشار عثمان زكريا وعضوية المستشارين محمد الشرفاوي وصالح الدين غزالة .

الاستئناف رقم 19-258 ق بجلسة 4 رجب 93هـ الموافق 1973.8.12م

عمال المؤسسات العامة موظفون عموميون - المنازعات المتعلقة برواتبهم مما يدخل في اختصاص دائرة القضاء الإداري عملاً بنص المادة 2 من القانون رقم 88-71م - للمحكمة المدنية أن تقضي من تلقاء نفسها بعدم اختصاصها باعتبار ذلك من النظام العام .

المبادئ القانونية :

لما كانت المؤسسة المستأنف عليها من المؤسسات العامة والدعوى في حقيقتها منازعة في الراتب المستحق لكل من المدعين وطلب بإلغاء القرار الصادر بجعل راتب كل منهما دينارين ومائتي درهم بدلاً من دينارين ونصف وكانت دائرة القضاء الإداري تختص دون غيرها بالفصل في المنازعات الخاصة بالمرتبات وبالطلبات التي يقدمها الأفراد أو الهيئات بإلغاء القرارات الإدارية ، فإن المحكمة تكون غير مختصة بنظر الدعوى وتقضي المحكمة بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها لتعلق الأمر بالنظام العام طبقاً لنص المادة (75) مرافعات .

المحكمة

بعد تلاوة تقرير التلخيص وسماع المرافعة الشفوية والإطلاع على الأوراق
والمداولة قانوناً .

من حيث أن الاستئناف رفع في الميعاد وفق القانون فهو مقبول شكلاً .

وحيث أن واقعة الدعوى تخلص في أن المستأنفين أقامها بداية أمام محكمة أول
درجة ضد رئيس مجلس إدارة المؤسسة المستأنف عليها طالبين الحكم بعدم أحقيته في
إنقاص أجرهما من دينارين ونصف إلى دينارين وإلغاء ما ترتب على ذلك من آثار
اعتباراً من أول أبريل 1972 حتى صدور الحكم في الدعوى مع شمول هذا الحكم
بالفأذ المعجل وبلا كفالة تأسيساً أنهما يعملان في المؤسسة في وظيفة سائق سيارة
بطاح ، أولهما منذ 1970.12.11م والثاني منذ 70.10.17 وكان راتب كل منهما
دينارين في اليوم وبتاريخ 71.10.19 أصدرت المؤسسة لائحة زيد بمقتضاها راتب كل
منهما إلى دينارين ونصف في اليوم وتقاضى كل منهما أجره على أساس ذلك حتى آخر
مارس سنة 1972 وأنهما فوجئا بعد ذلك بالمؤسسة توقف صرف هذه الزيادة اعتباراً
من أول أبريل سنة 72 بحجة أنها أخطأت في تطبيقها عليهما وأنه لما كانت علاقتهما
بالمؤسسة التي يعملان فيها يحكمها قانون العمل رقم 59-70 ، وكانت المادة 31 منه
تجعل أجراً كل منحة تعطى للعامل علاوة على الأجر وما يصرف له من مبالغ جرى
العرف على منحها للعامل حتى أصبحوا يعتبرونها جزءاً من الأجر وأن مفهوم هذا
النص وغيره أن ما يمنح للعامل من أجر لا يجوز بعد ذلك حرمانه منه طالما اعتبره
العامل جزءاً من أجره حتى ولو كان قد صرف له على سبيل الخطأ وأنه إذ كان ذلك
كذلك وكانت المؤسسة قد قامت بصرف الزيادة في أجر كل منهما له وقدرها نصف
دينار لمدة قاربت ستة شهور بحيث اعتبرها كل منهما جزءاً لا يتجزأ من أجره فلا يجوز

لها بعد ذلك حرمانها منها بعد أن أصبحت حقاً مكتسباً لهما - وقد طلبت المؤسسة رفض الدعوى تأسيساً على أن المستأنفين عينا في وظيفة سائق من الدرجة الثالثة بأجر يومي مقداره دينارين وأنها أصدرت قراراً في 19 أكتوبر سنة 71 بشأن نظام عمال الأجر اليومي بالمؤسسة متضمناً قواعد تعيين وتسوية أوضاعهم طبقاً للجدول المرفقة به وجعلت أجر سائق البطاح وهو من فئة المتخصصين من 2½ دينار يومياً إلى أربعة دنانير كما وضعت السائق من الدرجة الثالثة ضمن فئة الملاحظين وجعلت أجره من 2200 درهماً إلى 3200 درهماً يومياً ، كما جعلت سائقي الدرجة الثانية الذين يقودون سيارة شحن يدخلون في فئة المشرفين الفنيين ومنحتهم أجراً مقداره من 1800 درهم إلى 2800 درهم يومياً أما سائقوا الدرجة الثانية فجعلتهم من العمال الفنيين بمرتب يبدأ من 500 درهم إلى 200 درهم يومياً وكان من مقتضى هذا القرار أن يكون المستأنفان من بين فئة سائقي الدرجة الثالثة الذين يتقاضون 2200 درهماً يومياً غير أن اللجنة التي شكلت لتطبيق أحكام هذا القرار على العاملين بالمؤسسة أخطأت تطبيقه بالنسبة لهما على اعتقاد منها بأنهما من سائقي البطاح ومنحتهما الأجر المخصص لهذه الفئة وهو 2500 درهم يومياً بدلاً من 2200 وهو الأجر المستحق لهما وقد حصل المستأنفين على هذا الأجر بطريق الخطأ منذ 71.10.12 حتى 72.3.31 حيث اكتشف الخطأ ووضع أجر المستأنفين في موضعه الصحيح . ووجهت دعوى فرعية تطالب بالزام المستأنفين بأن يدفع كل منهما لها قيمة ما حصل عليه من زيادات في الأجر دوغما وجه حق ومقداره 300 درهم يومياً ومجموعه 49 ديناراً ونصف وقدمت تأييداً لدفاعها حافظة مستندات طوحتها على ما يلي :

1. صورة من القرار رقم 51 لسنة 1970 الصادر في 1970.10.15

والمتضمن تعيين المستأنف الثاني في مهنة سائق 3-3 بأجر يومي مقداره ألفي درهم .

2. صورة من القرار رقم 204 لسنة 70 الصادر في 70.12.20 والمتضمن تعيين المستأنف الأول في مهنة سائق بالورشة لقاء أجر يومي مقداره دينارين .

3. قرار مجلس المؤسسة رقم 51 لسنة 71 الصادر في 19 أكتوبر سنة 1971 وقد قسم عمال الأجر اليومي إلى عمال عاديين وعمال فنيين وقسم الفئة الأخيرة إلى عامل فني ومشرف فني وعامل ورشة ونص في المادة السادسة منه على أن تسوى حالة العمال الموجودين حالياً بالورشة على أساس فئات الأجر والعلاوات المنصوص عليها في اللائحة دون صرف فروق عن الماضي ومرفق بالقرار جداول الفئات والأجور وثابت به أن سائق سيارة (42823 بطاح) وضع بين المتخصصين بأجر قدره من 350 إلى 4000 درهم يومياً وأن السائق من الدرجة الثالثة وضع بين فئة الملاحظين بأجر قدره من 2200 إلى 3200 درهم يومياً وأن السائق من الدرجة الثانية لسيارة الشحن وضع في فئة المشرفين الفنيين هو وسائق آلات زراعية قوة 50-60 ح بأجر يومي مقداره من 1800 إلى 2800 درهم يومياً وأن السائق من الدرجة الثانية (سيارة ركاب) أدرج بين العمال الفنيين ومنح أجراً من 1500 إلى 2000 درهم يومياً .

4. كتاباً من مدير العمل بطرابلس إلى مدير الشؤون الزراعية بالمؤسسة بعدم أحقية المستأنفين في شكواهما .

ومن حيث أن محكمة أول درجة أصدرت في 72.10.29 ، حكمها قضى برفض دعوى المستأنفين مع إعفائهما من المصاريف وفي الدعوى المقابلة بإلزام المستأنفين بأن يؤدي كل منهما للمؤسسة مبلغ 49½ ديناراً والمصاريف ودينارين مقابل أتعاب المحاماة .

وحيث أن العاملين طعنا على هذا الحكم بالاستئناف بصحيفة أعلنها إلى المؤسسة في 73.1.28 طالبين إلغاء الحكم المستأنف بشقيه والحكم بأحقية كل منهما في أجر مقداره دينارين ونصف يومياً بدلاً من دينارين ومائتين درهم وبرفض دعوى المستأنف عليها مع إلزامها المصروفات ومقابل أتعاب المحاماة عن الدرجتين .

وأسس ذلك على أسباب حاصلها :

1. أن الفيصل في تقدير حقهما في الأجر المطالب به هو فئة الوظيفة التي يمارسها وان تحديد هذه الوظيفة إنما مرده إلى تصنيف فئات الوظائف بالنسبة للسائقين على مستوى الدولة .

وهي فئات ثلاث وليس سائق البطاح من بينهما إذ العبرة هي بدرجة الترخيص المعطاة للسائق وليس بوصف المركبة التي يتولى قيادتها .

2. أنهما على أية حال كانا يعملان في قيادة سيارة بطاح وليس ذنبهما أن قرارات المؤسسة بشأهما جاءت خلوا من ذكر هذا الوصف .

3. أن قانون المرور هو الأولي بالاعتبار عند تقدير أجور السائقين ووضعهم في درجات وأنه لم يرد به ذكر لسائق البطاح وهي التسمية التي ابتدعتها المؤسسة ولا أساس لها من القانون .

وحيث أن المؤسسة المستأنف عليها قدمت مذكرة ذكرت فيها :

1. أن المستأنف الأول لا صفة له في رفع الاستئناف لأن اسمه في حين أن رافع الدعوى أمام محكمة أول درجة هو ويتعين من ثم الحكم بعدم جواز الطعن بالنسبة له .

2. أنه بالنسبة للموضوع فإنها تطلب رفض الاستئناف وتأييد الحكم المستأنف .

3. أن الحكم المستأنف نهائي بالنسبة للدعوى المقابلة لأنه صدر في حدود النصاب النهائي للمحكمة الابتدائية وبالتالي فإن استئنافه غير جائز عملاً بنص المادة 49-1 مرافعات .

ومن حيث أنه لما كانت المؤسسة المستأنف عليها من المؤسسات العامة وكانت دعوى المستأنفين هي في حقيقتها منازعة في الراتب المستحق لكل منهما وطلب بإلغاء القرار الصادر بجعل راتب كل منهما دينارين و 200 درهم بدلاً من دينارين ونصف. ولما كانت دائرة القضاء الإداري تختص دون غيرها عملاً بنص المادة 2 من القانون رقم 88 لسنة 71 في شأن القضاء الإداري بالفصل في المنازعات الخاصة بالمرتبات وبالطلبات التي يقدمها الأفراد أو الهيئات بإلغاء القرارات الإدارية .

ولما كان موضوع الدعوى ترتيباً على ذلك يخرج من ولاية المحاكم العادية وتختص به محكمة القضاء الإداري فإن المحكمة المدنية تكون غير مختصة بنظر الدعوى ويتعين على هذه المحكمة أن تقضي بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها لتعليق الأمر بالنظام العام عملاً بالمادة 75 من قانون المرافعات ، مع إعفاء المستأنفين من المصاريف .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الاستئناف شكلاً وبإلغاء الحكم المستأنف وبعدم اختصاص المحاكم المدنية ولائياً بنظر الدعوى وأعفت المستأنفين من المصاريف عن الدرجتين .

محكمة استئناف طرابلس الدائرة المدنية

برئاسة المستشار عثمان زكريا وعضوية المستشارين محمد الشرقاوي وصلاح الدين غزالة .

الاستئناف رقم 19-254 ق بجلسة 18 جمادى الأول 93هـ الموافق 1973.6.18م

حائز المنقول بحسن النية ومدى مطالبته باسترداد ذلك المنقول وفقاً لنص المادتين (980 و 981) مدني - ماهية حسن النية الواجب توافرها في حائز المنقول .

المبادئ القانونية :

1 . الاستفادة من نص المادة (980) من القانون المدني أن حيازة المنقول بحسن نية وبسبب صحيح تنقل ملكية المنقول إلى الحائز فيصبح مالكاً ومن ثم فلا يجوز للمالك الأصلي استرداده من تحت يد الحائز ما لم يكن المنقول قد سرق من مالكه أو ضاع منه شأن المالك في هذه الحالة وقد خرج المنقول من حيازته بغير إرادته يعامل معاملة أفضل من المالك الذي خرج من حيازته بإرادته فيجوز له طبقاً للمادة 981-1 مدني أن يسترده ممن يكون حائز له بحسن نية خلال ثلاث سنوات من قوت الضياع أو السرقة ، فإذا كان الحائز بالإضافة إلى حسن نيته قد اشترى المنقول المسروق أو الضائع من سوق أو مزاد علني أو اشتراه ممن يتجر في مثله كان للمالك مع ذلك أن يسترد المنقول بدعوى استحقاق يرفعها على الحائز ولكنه لا يستطيع طبقاً للمادة 981-2 مدني أن يجبر الحائز على تسليم المنقول إليه إلا إذا عجل له الثمن الذي دفعه ومناطق تطبيق هذه الأحكام المنصوص عليها في المادة 981-2 مدني هو أن

يضيع المنقول أو تقع عليه سرقة بالمعنى المحدد لها في القانون الجنائي فلا تقاس عليها خيانة الأمانة أو الاختلاس بل أن هاتين الجريمتين الأخيرتين هما المجال المألوف لتطبيق القاعدة العامة في تملك المنقول بالحيازة .

2. القاعدة أن حسن نية الحائز يجب أن يكون كاملاً وأن أي شك يقع في نفسه في أن المتصرف إليه قد لا يكون هو مالك المنقول ينفي حسن نيته .

المحكمة

بعد تلاوة تقرير التلخيص وسماع المرافعة الشفوية والإطلاع على الأوراق والمداولة قانوناً .

حيث أن وقائع النزاع ومستنداته سبق أن بسطها الحكم المستأنف بتفصيل كاف ومن ثم فلا محل لإعادة سردها ، وتكتفي المحكمة بذكر ملخص لها وهي توجز في أن المستأنف وأخر يدعى أقاما الدعوى رقم 397-72 كلي طرابلس ضد وزير الزراعة والإصلاح الزراعي بصفته بمقتضى صحيفة أعلنت إليه في 72.2.13 قالا فيها أنه في خلال شهر يناير سنة 1963م عرض على المدعي الأول كمية من الشعير من جانب سمسار في السوق يدعى على أساس سعر القنطار 250 قرشاً فأشترى الكمية المعروضة عليه ثم باع جزءاً منها مقداره 67 قنطاراً إلى المدعي الآخر وقبل أن يقبض ثمن هذا الجزء المبيع تبين أن كمية الشعير المشتراة كلها محتلسة من مخازن وزارة الزراعة والإصلاح الزراعي بمعرفة موظفي الوزارة وقامت النيابة العامة بضبط الشعير المختلس الموجود لدى المدعي الأول ومقداره (157.77) قنطاراً والشعير المختلس موجود لدى المدعي الآخر ومقداره 104.75 قنطاراً داخلاً فيه الـ 67 قنطاراً التي اشتراها من المدعي الأول

بذلك يكون مجموع كميات الشعير التي ضبطت لديهما 262.52 قنطاراً وقد تم تسليمها جميعاً أثر ضبطها إلى وزارة الزراعة والإصلاح الزراعي .

وأستطرد المدعيان قائلين أنه حررت عن ذلك القضية رقم 184-61 و 65-55 كلي ورقم 78-12 ق جنایات طرابلس وأنهما قدما للمحاكمة أمام محكمة جنایات طرابلس التي قضت بتاريخ 71.12.21 ببراءتهما مع آخرين وبمعاقة الموظف المختلس وأنه لما كان الشعير المضبوط لديهما قد دخل إلى حيازتهما مقروناً بحسن النية بدليل تبرئتهما فإنه يحق لهما أن يستردا من الوزارة المدعي عليها ما دفعاه ثمناً لهذا الشعير الذي تم تسليمه إليها وذلك استناداً إلى نص المادة 981-2 من القانون المدني الذي يقضي بأنه (إذا كان من يوجد الشيء المسروق أو الضائع في حيازته قد اشتراه بحسن نية في سوق أو مزاد علني أو اشتراه ممن يتجر في مثله ، فإن له أن يطلب ممن يسترد منه هذا الشيء أن يعجل له الثمن الذي دفعه) .

وخلصا من ذلك إلى طلب الحكم :

أولاً : بالزام المدعي عليه بصفته أن يدفع إلى المدعي الأول 561.925 ديناراً ثمن كمية الشعير المسحوبة منه مضافاً إليها ما وزنه 67 قنطاراً المسحوبة من المدعي الثاني وبأن يدفع أيضاً إلى المدعي الثاني مبلغ 94.375 ديناراً ثمن باقي المسحوب منه من الشعير أي ما وزنه 37.75 قنطاراً .

ثانياً : بالزام المدعي عليه بصفته بالمصروفات ومقابل أتعاب المحاماة مع شمول الحكم بالنفاذ المعجل بغير كفالة .

وبجلسة 72.5.30 قضت محكمة أول درجة :

أولاً : بعدم اختصاصها بنظر طلبات المدعي الثاني وإلزامه مصاريف دعواه .

ثانياً : وقبل الفصل في الموضوع بإحالة الدعوى على التحقيق ليثبت المدعي بكافة طرق الإثبات القانونية بما في ذلك شهادة الشهود أن المدعي عليه بصفته استلم منه شعيراً قيمته 561.920 ديناراً وصرحت للمدعي عليه بنفي ذلك بذات الطرق .

وقد نفذ هذا الحكم بجلستي 72.9.9 و 72.9.19 حيث استمعت المحكمة في الجلسة الأولى إلى الشاهد الأول من شاهدي المدعي ، وفي الجلسة الثانية إلى الشاهد الثاني وذلك على النحو الثابت بمحضر هاتين الجلستين .

وبجلسة 72.10.24م قضت محكمة أول درجة حضورياً برفض الدعوى وإلزام رافعها بالمصروفات وأسست قضائها على ما ذكرته من أن محكمة الجنائيات إذ حكمت في القضية رقم 55-1965م جنائيات براءة المتهمين فيما عدا الأول منهم (الموظف المختلس) للأسباب التي سردتها في حكمها فإنها لم تتعرض في تلك الأسباب لوضع المدعي (المستأنف) الذي كان ترتبه الثامن بين المتهمين ، فقد بينت المحكمة أسباب البراءة بالنسبة للمتهم السابع ثم تطرقت إلى بيان أسباب حكمها بالنسبة للمتهمين من التاسع إلى الأخير وفاقتها أن تورد الأسباب التي بنت عليها حكمها بالنسبة للمدعي (المتهم الثامن) وأضافت محكمة أول درجة إلى ذلك قولها أنه لا خلاف في أن الشعير المضبوط على ذمة الجناية رقم 55-65 طرابلس الذي يطالب المدعي باسترداد الثمن الذي دفعه فيه من الشعير المملوك لوزارة الزراعة والذي أختلس من مخازنها غير أنه لا يكفي لتطبيق أحكام المادة 981-2 مدني التي يستند إليها

المدعي في المطالبة بثمن هذا الشعير الذي استردته الوزارة أن يكون المدعي حسن النية فحسب بل يشترط أن يكن حسن نيته مدعوماً بملازمات خارجية تجعله يطمئن إلى أنه اشترى الشعير في ظروف مألوفة تحمله على الاعتقاد بسلامة التعامل وهي الملازمات التي أوردها المشرع على سبيل الحصر في المادة السابقة وهي أن يكون قد اشترى الشعير في سوق أو مزاد علني أو ممن يتجر في مثله ورأت محكمة أول درجة للأسباب التي أوردها في حكمها أن الظروف الخارجية التي تمت فيها الصفقة تثير الشك في حسن نية المدعي فضلاً عن أنه لم يقدم الدليل على أنه اشترى الشعير موضوع الدعوى من سوق أو مزاد علني أو ممن يتجر في مثله ومن ثم فلا يحق له الاستفادة بأحكام المادة 981-2 مدني لتخلف شروطها سالفة الإشارة إليها .

لم يقبل المحكوم ضده هذا الحكم - الذي لم يعلن إليه - فظعن عليه بالاستئناف المائل بمقتضى صحيفة معلنة في 73.1.27 طالباً قبول استئنافه شكلاً وإلغاء الحكم المستأنف وإلزام المستأنف عليه بصفته بأن يدفع إليه مبلغ 561.925 ديناراً مع المصاريف ومقابل أتعاب المحاماة ، وأقام استئنافه في صحيفته على سند من القول بأن الحكم المستأنف قد جانبه الصواب إذ لم تعتبره حسن النية وهو البريء بموجب الحكم الصادر من محكمة الجنايات وفاته أن الحكم الجنائي حجة على المحكمة المدنية ومن واجبها أن تتقيد به ، كما جانبه الصواب أيضاً حين اعتبر أن شراء الشعير لم يتم في سوق وفقاً لما تشترطه المادة 981-2 مدني رغم أن محله يقع في سوق الثلاثاء والسمسار البائع مقره سوق الثلاثاء وهو أكبر سوق في البلاد .

وفصل المستأنف دفاعه في مذكرته المودعة في 73.3.1 بقوله أن المادة 417 من قانون الإجراءات الجنائية نصت على أن تكون للحكم الجنائي قوة الشيء المحكوم به في مواجهة المحاكم المدنية فيما يتعلق بوقوع الجريمة ووصفها القانوني ونسبتها إلى

فأعلها ، ولما كانت التهمة التي حوكم عنها وقضى ببراءته منها هي تهمة شراء الشعير موضوع الدعوى رغم علمه بأنه متحصل من جريمة وكان الركن المادي من هذه التهمة ثابتاً في حق من ضبط الشعير في حيازته واعترافه بشرائه ، فإن قضاء محكمة الجنايات ببراءته من هذه التهمة لا يتصور أن يكون مبناه إلا تخلف الركن المعنوي وهو سوء النية ولو ثبت للمحكمة المذكورة أن المستأنف سيء النية لما قضت ببراءته مما نسب إليه رغم توافر الركن المادي وثبوته في حقه على النحو الذي سلف بيانه ومن ثم لا يكون للمحكمة المدنية أن تتعرض لتقدير حسن نية المستأنف أو سوء نيته بعد أن قطع الحكم الجنائي في هذا الأمر وأصبحت له قوة الشيء المحكوم به ، ثم أضاف أنه إذا افترض جدلاً أن من حق المحكمة المدنية أن تناقش حسن نية المستأنف فإن محكمة أول درجة كان ينبغي عليها أن تدخل في اعتبارها أنه أشتري الشعير موضوع الدعوى بسعر 250 قرشاً للقنطار وباعه بسعر 265 قرشاً للقنطار وفقاً لما هو ثابت في الحكم الجنائي ومن ثم فلا يتصور أن يكون سيء النية إذ كان ربحه لم يتجاوز ثلاثة دراهم في الكيلو جرام الواحد . ثم ردد ما أوردته صحيفة الاستئناف من أن شراءه للشعير تم في محله التجاري بسوق الثلاثاء على يد سمسار هنا مما يجعل شروط المادة 1-981-2 مدني متوافرة في حقه ، وخلص من ذلك إلى التصميم على طلباته المبينة في صحيفة استئنافه .

وحيث أن الحاضر عن المستأنف عليه قدم مذكرة بدفاعه انتهى فيها إلى طلب رفض الاستئناف وتأييد الحكم المستأنف مع إلزام المستأنف بالمصاريف ومقابل أتعاب المحاماة عن الدرجتين .

وحيث أن الاستئناف رفع في الميعاد القانوني عن حكم جائز له واستوفي شرائطه القانونية فهو مقبولاً شكلاً .

وحيث انه عن الموضوع فان المستفاد من نص المادة 980 من القانون المدني أن حيازة المنقول بحسن نية وبسبب صحيح تنقل ملكية المنقول إلى الحائز فيصبح مالكا له ومن ثم فلا يجوز للمالك الأصلي استرداده من تحت يد الحائز ما لم يكن المنقول قد سرق من مالكه أو ضاع منه فإن المالك في هذه الحالة وقد خرج المنقول من حيازته بغير إرادته يعامل معاملة أفضل من المالك الذي خرج المنقول من حيازته بإرادته فيجوز له طبقاً للمادة 981-1 مدني أن يسترده ممن يكون حائزاً له بحسن نية خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة ، فإذا كان الحائز بالإضافة إلى حسن نيته قد اشترى المنقول المسروق أو الضائع من سوق أو مزاد علني أو اشتراه ممن يتجر في مثله كان للمالك مع ذلك أن يسترد المنقول بدعوى استحقاق يرفعها على الحائز ولكنه لا يستطيع طبقاً للمادة 981-2 مدني أن يجبر الحائز على تسليم المنقول إليه إلا إذا عجل له الثمن الذي دفعه ، ومناطق تطبيق هذه الأحكام المنصوص عليها في المادة 981-2 مدني هو أن يضيع المنقول أو تقع عليه سرقة بالمعنى المحدد لها في القانون الجنائي فلا تقاس عليها خيانة الأمانة أو الاختلاس بل أن هاتين الجريمتين هما المجال المألوف لتطبيق القاعدة العامة في تملك المنقول بالحيازة .

وحيث أنه لما كان الثابت من مطالعة حكم محكمة الجنايات الصادر بتاريخ 71.12.11 في القضية رقم 55-65 كلي وتقرير الاتهام فيها (المستندان 1 و 2 من حافظة المستأنف) أن الشعير موضوع النزاع الذي بيع إلى المستأنف إنما كان متحصلاً من جريمة اختلاس وقعت من موظف عمومي ولم يكن متحصلاً من جريمة سرقة فإنه لا يكون هناك محل لتطبيق المادة 981-2 مدني على واقعة الدعوى ومن ثم فلا تتعرض المحكمة لبحث ما إذا كان المستأنف قد اشترى الشعير المضبوط لديه في سوق أو مزاد علني أو اشتراه ممن يتجر في مثله لعدم جدوى هذا البحث في خصوصية النزاع المطروح عليها وتكتفي المحكمة في هذا المقام ببحث مدى توافر شرط حسن نية

المستأنف وقت حيازته للشعير الذي اشتراه إذ يكفي توافر هذا الشرط وحده دون بقية الشروط الأخرى المنصوص عليها في المادة 981-2 مدني سالفه الذكر ليصبح المستأنف مالكا لهذا الشعير بموجب الحيازة وفقاً للمادة 980 مدني فلا يكون لمالكه الأصلي أن يسترده من تحت يده وإلا صار ملزماً قبله بالتعويض ، ولا يمنع من التعرض لبحث شرائه للشعير من رغم علمه بأنه متحصل من جريمة . ذلك أن الحكم المذكور قد غفل كلية عن بيان الأسباب التي بنى عليها حكمه ببراءة هذا المستأنف (الذي كان ترتيبه الثامن بين المتهمين) وإن أشار في خصوص المتهم السابع وفي خصوص المتهمين من التاسع إلى الأخير الذين قضى ببراءتهم أيضاً إلى سقوط الجرح المسندة إليهم بمضي المدة القانونية فضلاً عما سجله الحكم من حسن نيتهم ، ومن ثم فإنه لا يمكن الزعم بأن الحكم الجنائي إذ قضى ببراءة المستأنف إنما أقام قضاءه على أساس حسن نيته وانتقاء ركن العلم لديه طالما أن الحكم لم يفصح عن ذلك صراحة ، فليس حتماً أن يكون مرد براءة المستأنف هو ثبوت حسن نيته إذ قد يكون مرده سقوط الدعوى العمومية قبله بمضي المدة أو غير ذلك من الأسباب ، كما أن ما سجله الحكم الجنائي من حسن نية بعض المتهمين الآخرين لا يمكن التذرع به للقول بحسن نية المستأنف لأنه فضلاً عن اختلاف التهم المسندة إليه وإيهم فإن لكل منهم ظروفه وملابساته التي تختلف عن ظروف وملابسات الأخر - ومتى كان الأمر كذلك فإن المحكمة المدنية تكون طليقة من كل قيد في تقديرها لمدى حسن نية المستأنف أو سوء نيته طالما أن الحكم الجنائي لم يكشف من أن قضاءه ببراءة هذا المستأنف كان مرده حسن نيته .

وحيث أن هذه المحكمة ترى أن الحكم المستأنف صحيح في استخلاصه لسوء نية المستأنف للأسباب التي بنى عليها والتي تضيف إليها أن المستأنف لم يتخذ الاحتياطات البديهية التي تملها الظروف الملابس للتأكد من أنه تلقى الملكية من المالك

الأصلي ، فالثابت من حكم محكمة الجنايات سالف الإشارة إليه أن المستأنف قد ذكر في التحقيقات أنه كان يعلم أن الشعير الذي اشتراه بواسطة السمسار مملوك لوزارة الزراعة التي استغنت عنه لتلفه فطرحته للبيع كعلف للحيوان ، وقد أشار الحكم المستأنف بحق إلى أن الطريقة التي تم بها البيع إلى المستأنف لم تكن هي الطريقة التي يتم بها بيع الحكومة لمنقولاتها مما كان يتعين معه على المستأنف أن يشك في طبيعة هذا التصرف وفي سلامة التعامل خاصة وقد ثبت بالرجوع إلى محضر شرطة مقاطعة طرابلس المؤرخ 1963.1.22م أنه وجدت مع المستأنف إيصالات دالة على أن الحكومة كانت قد وجهت الشعير المضبوط لديه لتوزيعه على المواطنين في القرى خارج طرابلس وأنه زعم للمحقق أنه لا يعرف القراءة والكتابة في حين ظهر لهذا المحقق أنه يحسن القراءة والكتابة وأنه كان يستطيع بكل سهولة أن يعرف الجهة المحددة في الإيصالات لتوزيع الشعير فيها مما يقطع بسوء نيته - يؤكد ذلك أن العمل لم يجر على أن تباع الحكومة منقولاتها عن طريق سمسارة يسعون لتعرفها في الأسواق وأن أحد شاهديه أمام محكمة أول درجة - وهو الذي أمر بضبط الشعير موضوع الدعوى وقت أن كان يعمل ضابطاً في الشرطة - ذكر في شهادته أن العلف كان ممنوعاً بيعه في الأسواق في ذلك الوقت وأن الحكومة وحدها هي التي كانت تتولى توزيعه مما كان مقتضاه أن يتشكك المستأنف في سلامة الصفقة المعروضة عليه ، ومن ثم فإن المحكمة ترى أن ما وقع فيه هو من قبيل الغلط غير المغتفر ، إذ القاعدة أن حسن نية الحائز يجب أن يكون كاملاً وان أي شك يقع في نفسه في أن المتصرف إليه قد لا يكون هو مالك المنقول ينفي حسن نيته ولا ينال من ذلك قول المستأنف أنه اشترى الشعير بسعر 250 قرشاً للقنطار وباع جانباً منه بسعر 265 قرشاً للقنطار وأن حصوله على هذا الربح الزهيد لا يتصور معه أن يكون سيء النية ، فهذه الواقعة إن صحت لا دلالة لها على حسن النية أو عدمه لأنها لاحقة على الشراء وعلى بدء

الحيازة بالإضافة إلى أن الحصول على ربح جسيم أو زهيد قد يكون مرده اعتبارات وعوامل أخرى لا صلة لها بحسن النية أو سوءها .

وحيث أنه متى كان الأمر كذلك فإنه وقد ثبت سوء نية المستأنف على النحو السابق فإن حيازته للشعير موضوع النزاع لا تكسبه ملكية وتظل الملكية ثابتة لوزارة الزراعة والإصلاح الزراعي فإذا كانت الوزارة قد استردت هذا الشعير بأمر من النيابة العامة فإنها تكون قد استردت ما تملكه ولا يكون للمستأنف أي حق في المطالبة بالثمن الذي دفعه فيه ويتعين لذلك رفض استئنافه وتأييد الحكم المستأنف فيما قضى به مع إلزامه وقد خسر استئنافه بمصاريفه ومبلغ عشرة دنانير مقابل أتعاب المحاماة وذلك عملاً بنص المادتين 281 و 282-1 مرافعات .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الاستئناف شكلاً وفي الموضوع برفضه وتأييد الحكم المستأنف وألزمت رافعه بمصاريفه ومبلغ عشرة دنانير مقابل أتعاب المحاماة .

محكمة استئناف طرابلس الدائرة الثالثة

برئاسة المستشار أحمد الطشاني وعضوية المستشارين محمد محمد الشرقاوي
وصلاح الدين غزالة .

الاستئناف رقم 19-247 ق بجلسة 11 ربيع الثاني 93هـ الموافق 14.5.1973م

سلطة الجهة المعار إليها الشخص في رقابته وتوجيهه - إثبات التصرفات
الإدارية بكافة الطرق - العلم والخبر من القرائن الدالة على الملكية ولكن لا تكفي
بذاتها دليلاً عليها.

المبادئ القانونية :

1. المستأنف عليه الثاني وهو أصلاً تابع لإدارة مشروع وادي تلال الزراعي
قد أعير إلى بلدية سرت وانتقلت إلى عميد البلدية المستأنف سلطة الرقابة عليه
وتوجيهه في خصوص المهمة التي استعاره لتحقيقها فأصبح متبوعاً بالنسبة له وإن كان
متبوعاً عرضياً .

2. واقعة قيام البلدية بهدم الحانوت الذي شيده المستأنف عليه الأول هي
واقعة مادية وليست تصرفاً إدارياً ولا جدال في أن الوقائع المادية يجوز إثباتها بكافة
الطرق .

المحكمة

بعد تلاوة تقرير التلخيص وسماع المرافعة الشفوية والإطلاع على الأوراق
والمداولة قانوناً .

حيث أن الاستئناف رفع في الميعاد وفق القانون فهو مقبول شكلاً .

وحيث أن واقعة الدعوى تخلص في أن المستأنف عليه الأول أقامها بداية أمام
محكمة أول درجة ضد المستأنف والمستأنف عليه الثاني طالباً الحكم بالزامهما متضامنين
بأن يدفع له مبلغ 450 ديناراً تعويضاً مع المصاريف ومقابل أتعاب المحاماة وشمول
الحكم بالنفاذ المعجل وبلا كفالة تأسيساً على أنه قد أقام مبنى على قطعة أرض مبينة
الحدود والمعالم بصحيفة الدعوى وقد بلغت تكاليف إنشائه 450 ديناراً وأنه في خلال
شهر ديسمبر سنة 71 قام المستأنف عليه الثاني بتكليف من المستأنف بهدم هذا المبنى
وأنه طالبهما بتعويضه عنه دون جدوى وقدم تأييداً لدعواه :

1 . شهادة علم وخبر من مختار محلة السوق بمدينة سرت تاريخها 72.3.4
يشهد فيها أن المبنى الذي قامت البلدية بهدمه في أواخر شهر ديسمبر سنة 1971 -
هو للمستأنف عليه الأول الذي قام بتشييده سنة 64 كما بينت الشهادة أوصاف هذا
المبنى ومساحته .

2 . رسالة تاريخها 72.11.9 من الضابط المكلف بالإشراف على مشروع
وادي تلال بأن البلدية كانت قد استعارت منه إحدى الآلات لإجراء بعض أعمال
التسوية بمدينة سرت وأنه كلف المستأنف عليه الثاني بإمداد البلدية بها وإنها المسؤولة
عن الأعمال التي تقوم بها داخل نطاق عملها . وقد أنكر الحاضر عن المستأنف بصفته
أن البلدية قامت بهدم المبنى المستأنف عليه الأول وذكر أن هذا المبنى كان مقاماً بغير

ترخيص وقدم تأييداً لدفاعه رسالة موجهة من بلدية سرت إلى إدارة قضايا الحكومة في 1972.9.7م ، مفادها أن البلدية استعانت بجرافات المشروع الزراعي لوائي تلال لمسح المنطقة من الأنقاض والمخلفات وبعض المباني الحكومية القديمة الآيلة للسقوط وأنها لم تكلف أحداً بهدم مبنى المستأنف عليه الأول الذي كان قد بناه بغير ترخيص وقد أحالت المحكمة (محكمة أول درجة) الدعوى إلى التحقيق ليثبت المدعي (المستأنف عليه الأول) بكافة طرق الإثبات أنه كان يملك المبنى الموضح بالصحيفة وأن المدعي عليهما (المستأنف بصفته والمستأنف عليه الثاني) قاما بهدمه وأن قيمته 450 ديناراً على أن يكون للمدعي عليهما نفي ذلك .

وبعد أن استمعت إلى شهادة شاهدي المستأنف عليه الأول قضت في 72.12.12م بالزام المستأنف (عميد بلدية سرت بصفته) بأن يدفع للمدعي (المستأنف عليه الأول) مبلغ 450 ديناراً تعويضاً عما لحقه من ضرر بسبب هدم حانوته وملحقاته مع المصاريف ورفضت ما عدا ذلك من طلبات .

وحيث أن المستأنف طعن في 73.1.24م على هذا الحكم بالاستئناف بعد أن أعلن به في 73.1.2 ، طالباً إلغاؤه ورفض دعوى المستأنف عليه الأول مع إلزامه المصاريف ومقابل أتعاب المحاماة عن الدرجتين وأسس ذلك على ما يلي :

1. إن الحكم المستأنف اخطأ تطبيق القانون إذ سلم بملكية المستأنف عليه للمبنى الذي يطالب بالتعويض عن هدمه بناء على العلم والخبر المقدم منه في حين أنه لا يصلح سنداً لإثبات الملكية ولا يعدو أن يكون شهادة إدارية لا تكفي دليلاً على الملكية وأن كانت وسيلة من وسائل تحقيقها .

2. كما اخطأ تطبيق القانون كذلك أن رتب مسؤولية المستأنف بوصفه عميداً للبلدية على أساس أن المستأنف عليه الثاني تابع له وأن المتبوع يسأل عما يحدثه تابعه من ضرر بعمله غير المشروع في حين أن الثابت أن المستأنف عليه الثاني رئيس عرفاء بالقوات المسلحة ويستحيل مع صفته هذه أن يكون تابعاً لعميد البلدية .

3. إن الحكم أستخلص من أقوال الشهود أن المستأنف هو الذي أمر بهدم المبنى في حين أن أقوالهم لا تؤدي إلى هذا الاستخلاص فضلاً عن أنه في مجال التصرفات الإدارية فإنه لا يجوز الاستناد إلى أقوال الشهود لإثباتها .

ومن حيث أن المستأنف عليه الأول طلب رفض الاستئناف وتأييد الحكم المستأنف وقرر بجلسة 73.4.30 أن الأرض التي أقام عليها المبنى الخانوت الذي هدمته البلدية والذي يطالب بالتعويض عن الضرر الذي لحق به من جراء ذلك مملوكة للحكومة وأنه كان يؤجره سنة 1967م إلى الذي أفتتح فيه مدرسة للتدريب على قيادة السيارات وحصل على تصريح من البلدية له بذلك وقدم أوراق هذا التصريح .

ومن حيث أنه عن السبب الأول من أسباب الاستئناف فلا جدال في أن العلم والخبر وإن كانا من القرائن الدالة على الملكية والتي تصلح وسيلة من وسائل تحقيقها إلا إنها لا تكفي بذاتها دليلاً عليها (حكم المحكمة العليا - الطعن رقم 157-18) فلا على المحكمة من أن تنتهي أخذاً بهذه القرينة واعتماداً على شهادة شاهدي المستأنف عليه الأول بعد ، إذ أطمأنت إلى شهادتهما إلى أنه هو الذي أقام بناء الخانوت الذي هدمه المستأنف بصفته وأنه صاحب الحق بالتالي في اقتضاء التعويض عن الضرر الذي حاق به من جراء هذا الهدم مما يجعل هذا السبب على غير سند ويتعين الألتفات عنه وخصوصاً إزاء إقرار عميد البلدية لمحكمة أول درجة بأن المستأنف عليه الأول هو

الذي أقام هذا البناء موضوع الدعوى وان كان قد أقامه بغير ترخيص وليس من دليل أبلغ من هذا الدليل على أن المستأنف لا يجحد صفة المستأنف عليه الأول وحقه على البناء الذي يطالب بالتعويض عن هدمه .

ومن حيث أنه عن السبب الثاني من أسباب الاستئناف وهو المجادلة في تبعية المستأنف عليه الثاني رئيس العرفاء بالجيش للمستأنف (عميد بلدية سرت) وأن هذه التبعية غير متصورة فإن هذا السبب على غير أساس ، ذلك أن رابطة التبعية بحسب نص المادة 177 من القانون المدني تقوم متى كانت للمتبع على التابع سلطة فعلية في رقابته وفي توجيهه ولما كان الثابت من كتاب وزارة الزراعة والإصلاح الزراعي مشروع وادي تلال الزراعي وجارف والقبية المؤرخ 72.11.9 ، الصادر من الملازم خليفة حنيش والموجه إلى إدارة قضايا الحكومة والمقدم من المستأنف عليه الأول لمحكمة أول درجة أن المستأنف بوصفه عميداً لبلدية سرت طلب من إدارة المشروع أن تعيره إحدى الآلات لإجراء بعض أعمال التسوية بالمدينة فناطت إدارة المشروع بالمستأنف عليه الثاني إمداد البلدية بما تحتاجه ووضعته تحت تصرفها - فإن مفاد ذلك أن المستأنف عليه الثاني وهو تابع لإدارة مشروع وادي تلال الزراعي قد أعير إلى بلدية سرت وانتقلت إلى عميد البلدية المستأنف سلطة الرقابة عليه وتوجيهه في خصوص المهمة التي استعاره لتحقيقها فأصبح هو المتبع بالنسبة له وإن كان متبوعاً عرضياً (راجع في ذلك الوجيز في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام للمرحوم الدكتور السنهوري ص 412 وما بعدها بند 433 وما بعده وخصوصاً هامش ص 415 بند 2) .

وحيث أنه عن السبب الثالث والأخير من أسباب الاستئناف وحاصله القول بأن الحكم المستأنف فهم أقوال شاهدي المستأنف عليه الأول على غير ما يؤدي إليه

مدلولها وأنه أستند في إثبات تصرف إداري إلى شهادة الشهود فإنه على غير أساس بشقيه ذلك أن الثابت من مطالعة مدونات الحكم المستأنف أنه حصل أقوال شاهدي المستأنف عليه الأول تحصيلاً دقيقاً ثم أستخلص من هذه الشهادة في استدلال سليم تفره عليه هذه المحكمة أن البلدية التي يقع المستأنف على قمة جهازها هي التي قامت بهدم حانوت المستأنف عليه الأول بجرارات كان يشرف عليها المستأنف عليه الثاني . ويكون الشق الأول من هذا السبب الثالث من أسباب الاستئناف على غير أساس بالتالي وأما عن القول بأن التصرفات الإدارية لا يجوز إثباتها بشهادة الشهود فإن واقعة قيام البلدية بهدم الحانوت الذي شيده المستأنف عليه الأول هي واقعة مادية وليست بالتالي تصرفاً إدارياً ولا جدال في أن الوقائع المادية يجوز إثباتها بكافة الطرق ويكون هذا الشق من السبب الأخير من أسباب الاستئناف غير صحيح ويتعين اطراحه .

وحيث أنه يتبين من جميع ما تقدم أن الاستئناف على غير أساس من القانون أو الواقع وأن الحكم المستأنف قد حالفه التوفيق فيما انتهى إليه للأسباب التي بنى عليها والتي تأخذ بها هذه المحكمة وتعتبرها أسباباً لها ويتعين من ثم لذلك ولما سلف بسطه من أسباب رفض الاستئناف وتأييد الحكم المستأنف مع إلزام المستأنف بصفته مصاريفه .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الاستئناف شكلاً وفي الموضوع برفضه وتأييد الحكم المستأنف وألزمت المستأنف بصفته المصاريف .

من أحكام المحاكم الابتدائية

إدارة القضاء
القطري

إدارة القضيبي

محكمة طرابلس الابتدائية الدائرة العمالية

برئاسة القاضي مصطفى كامل سيد (القضية رقم 657-1976م بجلسة
1396.5.13هـ الموافق 76.5.12م) .

حجية الحكم الصادر في طلب وقف تنفيذ قرار الفصل ومداهما - إلغاؤه مما
يخرج عن سلطة محكمة الموضوع .

المبادئ القانونية :

1. حجية الحكم الصادر في طلب وقف تنفيذ قرار الفصل حجية لا تدوم ولا
تستمر إلا ببقاء الظروف التي بنى عليها هذا الحكم فإذا ما تغيرت هذه الظروف وجد
عليها ما يستوجب تعديله فإن هذه الحجية تزول ويصبح صحيحاً القول بالعدول عن
هذا الحكم أو إيقاف تنفيذه .

2. طلب إلغاء حكم وقف قرار الفصل وما يترتب عليه من إجراءات يخرج
عن اختصاص محكمة الموضوع .

الحكمة

بعد سماع المرافعة والإطلاع على الأوراق وسماع المدعي عليه لم يحضر
رغم صحة إعلانه قانوناً ويجوز الحكم في غيبته عملاً بالمادة (103) من قانون
المرافعات .

وحيث أن المدعي أقام هذه الدعوى ضد المدعي عليه بعريضة معلنة بتاريخ 76.4.12م أورد بها أنه بتاريخ 76.1.1م أستصدر المدعي عليه الحكم رقم (2-76م) من قاضي الأمور المستعجلة بمحكمة طرابلس الشمالية الجزئية في الدعوى رقم (75-888) ويقضي غيابياً بوقف قرار فصله الصادر بتاريخ 1975.9.13م والزامه (المدعي) بأن يؤدي إليه أجره عن شهر ونصف بواقع (90 دينار) في الشهر مع مساءلته المصاريف وإذا كان هذا الحكم قد صدر في مادة مستعجلة وفي غيبته فإنه بذلك لا يجوز حجية الشيء المحكوم به فضلاً عن خلوه من الإحالة إلى محكمة الموضوع وهو أمر وجوبي أملته المادة 50 من قانون العمل وذلك حتى يتسنى له من خلالها الذود عن حقوقه ، ومتى كان ذلك وكان المدعي عليه قد أقر كتابة وبتاريخ 1975.10.18م باستلامه كافة حقوقه ، والتي يدخل فيها الأجر المقضي به في الدعوة المشار إليها كما أنه مرتبط حالياً بعلاقة عمل مع الشركة وعلى ذلك فإن وقف تنفيذ قرار الفصل وعودته إلى العمل أصبح غير ذي موضوع كما وأن صرف الأجر من تاريخ 75.9.13 كما ذهب الحكم المستعجل لم يصادف وجه الحق حيث تقاضى المدعي عليه جميع حقوقه حتى 75.10.18 تاريخ إقراره كتابة بذلك ومن ثم وإزاء ذلك كله فقد حق له مباشرة هذا التداعي بطلب الحكم بإلغاء ما قضى به في مادة مستعجلة بوقف قرار فصل المدعي عليه وما يتبع ذلك من صرف الأجر مع مساءلة المدعي عليه المصاريف ومقابل أتعاب المحاماة وشمول الحكم بالنفاذ العاجل الطليق من شرط الكفالة .

وحيث أنه لدى نظر النزاع أمام هذه المحكمة صمم المدعي بلسان الحاضر عنه على مطلوبة وقدم سنداً لدعواه حافظة مستندات انتظمت على :

1 . شهادة صادرة بأن المدعي عليه كان يعمل لديه وانتهت خدماته في

75.8.30م.

2. إقرار قيام وعودة من الإجازة .
3. إخطار بانتهاء استخدام المدعي عليه .
4. طلب تأشيرة خروج نهائي للمدعي عليه كما قدم أصل الإقرار الرقيم 1975.10.18 م .

وحيث أن المدعي عليه لم يحضر رغم إعلانه قانوناً حتى يدفع الدعوى بما قد يكون لديه من أوجه الدفع والدفاع فيها .

وحيث أن المحكمة أمرت بضم الدعوى رقم 888-75 مدني طرابلس الشمالية الجزئية وقد تبين أنها بدأت بشكاية مقدمة من المدعي عليه إلى مكتب عمل طرابلس بتاريخ 75.10.22 يقول فيها أن المدعي قد فصله من العمل أثر عودته من إجازته في 75.9.11 وقام بتسليم جواز سفره إليه في 75.10.18م بيد أنه رفض إعطائه مستحقاته وأنه لذلك يطالب بهذه المستحقات وإذ تعذر على مكتب العمل تسوية النزاع ودياً فقد أحال الأوراق إلى المحكمة طبقاً للمادة 50 من قانون العمل ، وأمامها طلب المدعي عليه رفض قرار فصله ولم يحضر المدعي وقد أصدرت المحكمة قضاءها بجلسة 1976.1.1 غيابياً بوقف قرار فصل المدعي عليه الصادر بتاريخ 1975.9.13 وإلزامه - المدعي في التداعي الحالي - بأن يؤدي إليه أجر شهر ونصف بواقع 90 ديناراً في الشهر مع مساءلته المصاريف .

وحيث أن المحكمة ترى قبل أن تعرض إلى مطلوب المدعي وتقول عليه حكم القانون أن تشير بداءة إلى ماهية حكم وقف قرار الفصل وطبيعة هذا الحكم .

وحيث أن المشرع قد نص في المادة 50 من قانون العمل رقم 58-1970 على أن للعامل الذي يفصل من العمل بغير مبرر أن يطلب وقف تنفيذ هذا الفصل ، ثم

أستطرد قائلاً على أنه إذا أمر القاضي بوقف التنفيذ الزم صاحب العمل في الوقت ذاته بأداء أجر العامل إليه من تاريخ فصله ، والحكمة من هذا النص ظاهرة وتتمثل في مد العامل الذي يفصل بلا مبرر بتعويض سريع مؤقت إلى أن يقضي له بحقوقه المترتبة على عقد عمله أو يتسلمها فعلاً وذلك بعد أن فوجئ بانقطاع مورد رزقه بحيث إذا ما ثبت استلام العامل لحقوقه المترتبة على عقد عمله أصبح طلب وقف قرار الفصل والدعوى المقامة به غير ذي موضوع لإنتقاء الحكمة المشار إليها .

وحيث أنه وإن كان المشرع قد نص في الفقرة الثالثة من المادة 50 المشار إليها على أن الحكم الصادر في طلب وقف التنفيذ يعتبر نهائياً إلا أن الخلاف قد ثار في الفقه والقضاء حول نهائية هذا الحكم ، إذ يرى البعض أنه أخذاً من صريح عبارة هذا النص فإنه لا يجوز استئناف الحكم الصادر في طلب وقف تنفيذ قرار الفصل ذلك أن القوانين الخاصة التي تعالج حالة استثنائية لا يجوز التوسع في تفسيرها طبقاً لقواعد التفسير في هذا الشأن ، وقد ورد حكم المادة 50 سالف الذكر استثناء من القواعد العامة في قانون المرافعات التي تميز استئناف الأحكام الصادرة في المواد المستعجلة أياً كانت المحكمة التي أصدرتها وبذلك فلا يجوز في القانون التحدي بهذه الحالة إذا ما وقع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم تأسيساً على أن التفسير السليم لنص المادة 50 المشار إليها يقتضي تنزيه المشرع عن أن يكون قصده قد أتجه إلى حماية الحكم الصادر في طلب وقف قرار الفصل إذا ما كان مشوباً بالبطلان وإنما قصد تحريم استئناف هذا الحكم المستعجل على خلاف القاعدة العامة لتحقيق ميزة للعامل المفصول بافتراضه ضمناً أن هذا التحريم إنما ينصب على موضوع الحكم ولا يمكن أن ينصرف إلى حكم يشوبه البطلان لأن هذا الحكم الصادر في طلب وقف تنفيذ قرار فصل هي حجية لا تدوم وتستمر إلا ببقاء الظروف التي بنى عليها هذا الحكم فإذا ما

تغير في هذه الظروف وجد عليها ما يستوجب تعديله فإن هذه الحجية تزول ويصبح صحيحاً القول بالعدول عن هذا الحكم أو إيقاف تنفيذه .

وحيث أنه متى كان ذلك حكم القانون في شأن الحكم الصادر بوقف قرار الفصل وكان النزاع المطروح أمام هذه المحكمة هو طلب إلغاء حكم وقف تنفيذ قرار فصل المدعي عليه الصادر في الدعوى رقم 888-75 مديني طرابلس الشمالية الجزئية وما ترتب على ذلك من صرف أجره استناداً إلى أنه قد تخالص بجميع حقوقه قبل صدور هذا الحكم الذي صدر في غيبة المدعي ، وكانت هذه المحكمة لا تعتبر في صحيح القانون جهة طعن في مثل هذه الأحكام وإنما أناط بها القانون النظر في الطلبات الموضوعية ابتداءً سواء تلك التي يرفعها العامل أو صاحب العمل ما دامت هذه الطلبات تدخل في نطاق اختصاصها النوعي والقيمي، ومتى كان البادي لأول وهلة أن مطلوب المدعي إلغاء حكم وقف قرار الفصل المشار إليه وما ترتب عليه من إجراءات إنما يتضمن طعناً على هذا الحكم بطلب إلغائه الأمر الذي يخرج عن نطاق اختصاص هذه المحكمة بيد أنه لما كان البين للمحكمة أن السبب الذي يرتكن إليه المدعي في هذا الطلب هو تخالص المدعي عليه بجميع حقوقه قبل صدور هذا الحكم وحتى قبل تقديم شكايته إلى مكتب العمل كما يبين من استقراء الأوراق أي براءة ذمته من الأجر المقضي به بموجب هذا الحكم ، وكان من المقرر في صحيح القانون أن المحكمة تملك إعطاء الدعوى تكييفها القانوني الصحيح دون تقييد بتكييف الخصوم لها وذلك دون أن تتعرض إلى سببها وهو أمر يمتنع عليها قانوناً ، وإذا كان السبب المشار إليه هو الذي ارتكن إليه المدعي في دعواه فإن التكييف القانوني الصحيح لدعاه هو طلب براءة ذمته من الأجر المقضي به بموجب حكم وقف تنفيذ قرار الفصل المشار إليه استناداً إلى انقضاء الالتزام بهذا الأجر بالوفاء المثبت بالتخالص الرقيم 1975.10.18م .

وحيث أنه متى خلصت المحكمة إلى ذلك وكان الثابت من الإقرار المؤرخ 18.10.1975 أن المدعي عليه قد أقر فيه صراحة باستلامه جميع مستحققاته من المدعي وأنه ليس له الحق في الرجوع عليه بأي شيء في المستقبل ، إذ كان ذلك ويجوز في القانون التخالص عن الحقوق بعد انتهاء عقد العمل وأياً كان سبب هذا الإنهاء ويكون على المحكمة في هذا الشأن إعمال مقتضاه في حق من أقر به متى كان غير مخالف للنظام العام لخلوه من شبهة تسلط صاحب العمل والتفريط في الحق نتيجة الحاجة وكان الواقع في الدعوى وعلى نحو ما سلف بيانه أن المدعي عليه قد أقر بتخالصه مع المدعي بعد انتهاء عمله معه وتسليمه جواز سفره للخروج النهائي إلى بلده وقد جاءت عبارات هذا التخالص صريحة وقاطعة في استلامه جميع حقوقه بالتزامه بعدم مطالبة المدعي بأي حق في المستقبل ، بمعنى أنه قد ورد بغير مخصص بقصره على بعض الحقوق دون البعض الآخر بل أنسحب على أي مبلغ أياً كان نوعه مما يقتضي صرفه إلى سائر حقوقه قبل المدعي الناشئة عن انتهاء عقد عمله وأياً كان سبب هذا الإنهاء كما سلف القول ، الأمر الذي لا جدل فيه طبقاً لذلك أن هذا الأجر المقضي به بموجب الحكم الرقم 75-888 يدخل في نطاق هذه الخصومة ذلك أن هذا الأجر ليس إلا تعويض سريع يقضي به للعامل الذي يثبت أن فصله قد تم بلا مبرر وذلك عند نظر دعوى وقف قرار الفصل ولحين يتنازل الخصوم في الدعوى الموضوعية أمام المحكمة المختصة تلك الدعوى التي أوجب القانون على المحكمة التي تنظر في طلب وقف قرار الفصل تحديد جلسة لها عند قضائها في هذا الطلب العاجل أن إحالتها إلى محكمة الموضوع وهو أمر كشفت الأوراق عن الحكم المشار إليه من ذلك ، ومتى كان ذلك وكان الثابت للمحكمة أن التخالص المشار إليه قد تم في 18.10.75 في حين قدم المدعي عليه شكايته إلى مكتب العمل في 22.10.1975 وأشار إلى هذا الإقرار الصادر منه في خصوص استلام جواز سفره بينما لم يقر ما يتعلق باستلامه جميع حقوقه ، ثم أحيلت الأوراق مع ذلك إلى محكمة طرابلس الشمالية الجزئية في الدعوى المشار إليها ، وقد

أصدرت هذه المحكمة قضاءها في 1.1.1976 بوقف تنفيذ قرار فصل المدعي عليه وإلزام المدعي بأن يؤدي إليه أجر شهر ونصف في الوقت الذي كان المدعي عليه متخالصاً بجميع حقوقه لدى المدعي ومن ثم فإن ذمة هذا الأخير تكون بريئة من هذا الأجر المقضي به لانقضاء الالتزام به بالتخالص الرقيم 18.10.1975م المشار إليه .

وحيث أنه متى كان ما تقدم فإنه على ضوء ما انتهت إليه المحكمة من تكييف صحيح للدعوى فيتعين القضاء ببراءة ذمة المدعي من الأجر المقضي به بموجب الحكم الرقيم 888-1975 مديني طرابلس الشمالية الجزئية .

وحيث أنه عن المصاريف شاملة أتعاب المحاماة فتري المحكمة مساءلة المدعي عليه بها وذلك في نطاق ما تخوله المادة الثالثة من قانون العمل رقم 58-1970 .

وحيث أنه عن طلب شمول الحكم بالنفاذ العجل الطليق من شرط الكفالة فتري المحكمة إجابة المدعي إليه في نطاق الحق المخول لها بمقتضى المادة الثالثة المشار إليها .

فلهذه الأسباب

باسم الشعب

حكمت المحكمة غيائياً ببراءة ذمة المدعي من الأجر المقضي به بمقتضى الحكم الصادر في الدعوى رقم 888 لسنة 1975م مديني طرابلس الشمالية الجزئية بجلسة 1.1.1976م وألزمت المدعي عليه المصاريف وعشرة دینارات أتعاباً للمحاماة وشملت الحكم بالنفاذ العاجل الطليق مع شرط الكفالة .

إدارة القضيبي

من أحكام القضاء الأجنبي

الجزء الفضيبي

الجمهورية الإيطالية
المحكمة العليا للنقض والإبرام
الدوائر المتحدة المدنية

الحكم الصادر بروما بتاريخ 1974.12.12م في الطعن بالنقض المدني رقم
(3072-1973م) المقدم من المشروع الزراعي للجبل الأخضر والمؤسسة العامة
للإصلاح الزراعي بالجمهورية العربية الليبية .

ضد

شركة فرانكي أخوان المساهمة والمؤسسة الوطنية للتأمين بروما .

الاختصاص المتعلق بالولاية - ماهية المعاملة بالمثل - مادام المدعي عليه ليس له
محل قانوني في إيطاليا وليس له ممثل فيها فإنه يتعين الحكم بعدم الاختصاص .

المبادئ القانونية :

1. الدفع بعدم اختصاص القضاء الإيطالي بنظر النزاع يجوز أن يتقدم به
الطرف الذي تخلف عن الحضور - أي في جميع درجات التقاضي بما فيها المحكمة
العليا - وفي إمكان هذا الطرف أن يشير مشكلة الولاية بوسائل الطعن وعملاً بحكم
المادة (41-1 مرافعات إيطالي) لا يسوغ اعتباره غير ذي صفة في الدفع المذكور ولا
فرق في ذلك أن يكون المدعي عليه أجنبياً ما دام طرفاً في التقاضي .

2. مادام كل من العقد المبرم في 1965.12.29م وعقد 1968.5.23م والشروط المشار إليها في العقد الأول قد اظهر في الحقيقة على عكس ما زعمه المطعون ضدهما أنه لم يكن من الواجب تنفيذ أي من الالتزامات التعاقدية في إيطاليا فلا يهـم كون الشركة قد اختارت أن تنفذ ضمائمها عن طريق إبرام بوليصة تأمين مع مؤسسة إيطالية وبوليصة ضمان مع مصرف إيطالي .

3. شرط المعاملة بالمثل يطبق بالنسبة للقواعد الواضحة غير المتكلفة فعلى أساسها يكون المواطن الإيطالي خاضعاً في الحالة العكسية لولاية قضاء الدولة التابع لها المدعي (الحكم رقم 2427-1969م) . هذا إلى أن قانون المرافعات الليبي لم يتضمن قواعد صريحة من حيث الاختصاص الدولي هي أوسع من تلك التي وردت في قانون المرافعات الإيطالي ، وعليه فليس من الممكن أن يكون المواطن الإيطالي خاضعاً للولاية الليبية بحكم قواعد ذات مضمون يتجاوز القواعد العادية لولاية القضاء التي حددها نظام القضاء الإيطالي ثم أن هذا الخضوع لا يستتج على عكس ما ذهب إليه المطعون ضدهما من القانون الليبي رقم (76-1970م) والقضاء الليبي هو الجهة الوحيدة المختصة بالفصل فيما يحتمل من منازعات وعليه فسوف لن تكون صالحة الشروط الخاصة التي تضمن شروط العقود وتنص فيما يتعلق بفض الخلافات على اختصاص هيئات تحكيم أو أي قضاء آخر غير ليبي وهذا يسري على جميع العقود المبرمة من الوزارات والهيئات العامة ذلك أن القانون المعدل بالقانون 1-71 نص على أنه : (بعد الإطلاع على القانون 76-1970م والخاص بالمنازعات الناشئة عن عقود الإدارة العامة يضاف إلى المادة 1 من القانون المذكور أعلاه فقرة أخرى هذا نصها : وعلى الرغم من ذلك يجوز لمجلس الوزراء باقتراح تملية الضرورة الثابتة من الوزير المختص أن يعفي من ذلك القيد أية مؤسسة عامة أو يعدل الشروط التعاقدية بهذا الصدد) .

فالمسألة ليست متعلقة بقواعد تنظيمية لحالة من المعاملة بالمثل بل أن القاعدة المشار إليها قد تبنت مبدأً مماثلاً ورد النص عليه بصفة عامة بالمادة 2 من قانون المرافعات الإيطالي .

4. ما دام أنه من غير المتنازع فيه بين الطرفين أن المدعي عليهما (المشروع الزراعي لجبل الأخضر ، والمؤسسة العامة للإصلاح الزراعي) . لم يختارا محلاً قانونياً في إيطاليا ولا كان لهما ممثل فيه مأذون بالدخول طرفاً في التقاضي فإنه يتعين الحكم بعدم ولاية القاضي الإيطالي على الدعوى .

المحكمة

بعد الاستماع بالجلسة العامة التي انعقدت يوم 1974.12.12م إلى التقرير الذي تقدم به عن القضية الدكتور فرديناند وزوكوني قالي فونيسكا ، إلى مرافعات المحامين (فنتورا وفيسروني وأسكيا فوني وكالفي) . وإلى مرافعة النائب العام ويمثله الدكتور كرلودي مايو - المحامي العام لدى المحكمة العليا بالنقض . وقد خلص إلى طلب الحكم بعدم ولاية القاضي الإيطالي على الدعوى .

وحيث أنه في 1965.12.29م كانت الشركة المساهمة فرانكي أخوان التي مركزها برجمو قد عقدت مع (ددن . أ . س.أ) وهي مؤسسة ليبية عامة عقد مقابولة وفيما بعد بتاريخ 1968.5.23م عقدت اتفاقاً متمماً .

وأنه بتاريخ 1973.1.27م أقامت شركة فرانكي دعوى أمام محكمة برجمو الابتدائية على المؤسستين الليبيتين المعروفتين بـ (المشروع الزراعي لجبل الأخضر

والمؤسسة العامة للإصلاح الزراعي بوصفهما وريثين لـ ددن . أ . س . أ) وعلى المؤسسة الوطنية للتأمين أيضاً وطلبت :

1. أن يحل كل من عقد المقاوله والاتفاق المتم له بالنسبة للجزء الذي لم ينفذ وذلك بسبب الإخلال من قبل الجهة صاحبة العمل والحكم على المؤسستين الليبيتين بتعويض الأضرار .

2. إلزام المؤسستين بدفع المبالغ المستحقة عن تنفيذ الأعمال الجزئي للعقد والتي تتجاوز ما سبق لهما أن حصلت عليه من مؤسسة التأمين الوطنية بصفتها جهة مؤمنة وفق أحكام القانون رقم (131) بتاريخ 1967.2.28م للعاملين الاقتصاديين الطليان بالخارج ضد الأخطار وعلى الخصوص الأخطار الناتجة عن أسباب سياسية ياخلل الطرف المقابل الأجنبي للالتزامات التعاقدية .

وقد قدمت المؤسستان المدعي عليهما واللذان بقيتا متغيبتين في دعوى الموضوع إلى هذه الدائرة المتحدة طلبا بتنظيم الولاية القضائية رافعتين بالعيب من حيث ولاية القاضي الإيطالي عليهما إما لعدم توافر أي ارتباط وفقاً لأحكام المادة (4) بتاريخ 1968.5.23م ، وعلى شرط مبدئي كان بموجبه الطرفان قد أنطا بتحكيم لبي مهمة الفصل في جميع الخلافات حول التفسير وتنفيذ العقد وهو شرط مبدئي صالح في إيطاليا بحكم المادة 11 رقم 3 من الاتفاق المتعلق بالاعتراف والتنفيذ لأحكام التحكيم الأجنبية والمبرم في نيويورك بتاريخ 1958.6.10م وصار نافذاً بالقانون 1968.1.19م . رقم 62 .

وقد دفع كل من شركة فرانكي ومؤسسة التأمين الوطنية هذه الصحيفة بطعنين مقابلين منفصلين واستندتا إلى :

• أن الطعن الأصلي غير مقبول نظراً إلى أن مجموع أحكام المادة (41) فقرة أولى والمادة (37) فقرة ثانية من قانون المرافعات المدنية يستتج من أنه لا يجوز إلا للمدعي عليه الأجنبي الذي يتقدم طرفاً للتقاضي أن يطالب بتنظيم الولاية القضائية أما المتغيب فلا .

• توافر أركان ولاية القاضي الإيطالي نظراً إلى أنه كان سيتم في إيطاليا تنفيذ بعض الالتزامات المنصوص عليها بالعقد وهي بالضبط :

ا- لعقد من قبل شركة فرانكي لبوليصة تأمين بقيمة لا تقل عن مبلغ (100000 دينار ليبي) كتغطية من جميع الأخطار بالنسبة للأشخاص والممتلكات المستعملة في خدمات المقاول (الشرط 13 من عقد 1965م . والمادة 16 من الشروط العامة) .

ب- التقديم من قبل شركة فرانكي لضمان يعادل 10% عن كامل قيمة المناقصة (الشرط 10 من عقد 1965م المادة 3 من الشروط العامة) .

ج- الاسترداد من الجهة صاحبة العمل للإتاوات الجمركية التي من المحتمل أن تدفعها الشركة المقاول عن المعدات ووسائل النقل التي تورد ثم تصدر عند الانتهاء من الأعمال (المادة 21 من الشروط العامة) .

د- تسديد بدل المقاول .

• توافر ركن ولاية القاضي الإيطالي لأسباب ارتباطية ذلك لأنه يوجد قائماً أمام نفس المحكمة برهجو الابتدائية تقاضي آخر مرفوع على وزارة الزراعة والإصلاح الزراعي للجمهورية العربية الليبية من قبل مؤسسة التأمين الوطنية

التي كانت بصحيفة الدعوى المعلنة يوم 1972.7.31م قد طالبت بالتبني باسترداد مبلغ (2227000000 ليرة) المدفوعة على سبيل التعويض إلى شركة فرانكي التي تدخلت بدورها في التقاضي لدعم جانب مؤسسة التأمين الوطنية ولكي تطالب بتسديد متبقي مطالبها مما لم تعوضها مؤسسة التأمين عنه.

• توافر ولاية القاضي الإيطالي استناداً إلى مبدأ المعاملة بالمثل وذلك إما لأن قانون المرافعات المدنية الليبي تضمن نص (المادة 3 رقم 4) على قاعدة مماثلة لتلك التي قد نصت عليها المادة (4 رقم 14 من قانوننا) وإما لأنه لا يظهر من القانونين التاليين القانون رقم (76) بتاريخ 1970م والقانون رقم 1 لسنة 1971م . وبين الاحتفاظ بحق الولاية للقاضي الليبي على الدعوى التي يكون فيها أحد الأطراف وزارة ليبية أو هيئة عامة ليبية. أخيراً بعدم صلاحية الشرط المبدي وعدم قابليته للتطبيق .

هذا وقد أوضح جميع الأطراف أسباب دفاعهم بمذكرات جلسة .

المحكمة

1. حيث أن الدفع بعدم قبول الطعن الأصلي لا يستند إلى أساس ، ذلك لأنه سبق للدوائر المتحدة أن أكدت بالحكم رقم 3521-1971م أن طلب تنظيم الولاية القضائية مقدماً يجوز أن يتقدم به حتى الطرف الذي يكون قد تغيب عن الحضور في التقاضي الرئيسي، ففي إمكان هذا الطرف في الواقع أن يثير دائماً مشكلة الولاية بوسائل الطعن العادية وعليه فسيكون من غير المناسب فضلاً عن كونه غير مسموح به بحكم المادة (41) مرافعات فقرة أولى اعتباره غير ذي صفة لتقديم طلب تنظيم

الولاية . أما فيما يتعلق بالمدعي عليه الأجنبي فلا يجوز استنباط أي نظرية مضادة كما يزعم المطعون ضدّهما عن حكم المادة 37 فقرة أخيرة التي لا تشير إلى المدعي عليه المتقدم طرفاً للتقاضي كجهة وحيدة لها الصفة لإثارة مشكلة الولاية إلا عند مقاومة الاعتراض على الحالة التي يكون بقي فيها متغيباً وبالعلاقة مع افتراض كونه لم يتقبل ولا سلم ولو بالتزام الصمت بولاية القضاء الإيطالي على الرغم من تقديمه طرفاً للتقاضي .

2. ومن حيث أنه ليس ثمة وجود للربط المنصوص عليه بالرقم 1 من المادة 4 مرافعات فقرة أخيرة وذلك لأن بحث كل من العقد المبرم في 1965.12.29م . وعقد 1968.5.23م والشروط العامة والخاصة المشار إليها في العقد الأول قد اظهر في الحقيقة على عكس ما زعمه المطعون ضدّهما أنه لم يكن من الواجب تنفيذ أي من الالتزامات التعاقدية في إيطاليا : لا التزامات شركة المقاوله بعقد التأمين المنصوص عليه بالمادة (13) من العقد الأول والمادة 16 من الشروط العامة ويتعلق الضمان المنصوص عليه حسب الترتيب بالمادتين 10 ، 3 إذ أن تلك الشروط التعاقدية لم تتعرض بالتحديد لمكان تنفيذ الالتزامين المذكورين (وإن كان بالنسبة للثاني من المفهوم ضمناً أن الضمان يجب أن يودع في ليبيا) .

وعليه فإنه لا يهم كون الشركة قد اختارت أن تنفذها عن طريق الإبرام لبوليصة تأمين مع مؤسسة إيطالية وبوليصة ضمان مع مصرف إيطالي ولا التزامات الجهة صاحبة العمل بأن تعيد للشركة الملتزمة بالعمل ما دفعته إتاوات جبركية وبأن تدفع إليها الأجر مقابل المقاوله ، إذ أن المادة 22 رقم 4 من الشروط العامة نصت على (أن الدفع سيتم بواسطة دفعات تدون في حساب الشركة المقاوله المفتوح في ليبيا) فهذه القاعدة التعاقدية وإن كانت قد جعلت من أجل تسديد أجر خدمات

المقابلة فإنه ينبغي اعتبارها نافذة بالنسبة لكل تسديد بما في ذلك الإتاوات الجمركية المحتملة . هذا إلى أن مسألة تسديد تلك الإتاوات هي على أية حال ووفقاً لأحكام المادة 21 من الشروط العامة المشار إليها - ومن ليس لشروط فقط ولكنه يشكل تعقيداً من حيث التصفية (لأنه مقيد بالتحقيق من أن المعدات ووسائل النقل لم يسبق استعمالها في أعمال مغايرة للأعمال موضوع المقابلة ولم تكن ولو جزئياً قد بيعت وأعيد تصديرها) ثم أنه كان مما يلزم إدراجه في حسابات مقاصة : وعليه فليس خاضعاً للأنظمة المعمول بها (لمبنى القواعد) لتسديد لديون القابلة للنقل .

3. ومن حيث أن سند الولاية الذي بالتقرير الأول من البند 3 من المادة 4 مرافعات إنما يجيء من العلاقة التي تربط دعوى بأخرى كانت قائمة ولا عيب من حيث ولاية القاضي الإيطالي بخصوصها وعليه فلا قيمة للربط الذي يحاول المطعون ضدّهما التثبيت بأذياله - بين الدعوى موضوعنا وبين الدعوى التي سبق لمؤسسة التأمين الوطنية إقامتها على وزارة الزراعة الليبية بوصفها وارثة للجهة صاحبة العمل (ن . أ . س . أ) من أجل الحصول بطريق التني على قسم من المبالغ المستحقة للمؤمنة شركة فرانكي المتدخلة في نفس الدعوى من أجل المطالبة بمتبقي المبالغ وحل عقد المقابلة وتعويض الأضرار والتحقيق في قانونية دفع التعويض الذي تم لها من مؤسسة التأمين الوطنية بحكم العلاقة التأمينية . والواقع أن المسألة تتعلق رغم اختلاف الأطراف بنفس النزاع الذي توضع بخصوصه مشكلة الولاية (بالنظر إلى أن الدعوى القائمة سابقاً لم يقبل المدعي عليه فيها الولاية الإيطالية وإنما دفع بعدمها الشيء الذي لم يختلف عليه الطرفان وهو ثابت بالوثائق المبرزة) في نفس قالب النزاع موضوعنا . من أجل ذلك ولما أن كان الوجود من عدمه في هذه المرحلة لركن الولاية على الدعوى القائمة سابقاً إنما يتمشى مع أغراض التحقيق لعلاقة ارتباط ذات قيمة وفق البند 3 من المادة 4 فإن النتيجة التي يتعين أن نخلص إليها هي عدم الإيجاب وهو ما سبق لنا قوله .

4. ومن حيث أنه ليس ثمة وجود لبند الولاية الوارد بالبند 4 من المادة 4 مرافعات ذلك لأنه بادئ ذي بدء غير منتج في هذا الصدد أن تكون نظرية المعاملة بالمثل مقدرّة في نفس الوقت حتى من قانون المرافعات الليبي (البند 3 المادة 3) فالمعاملة بالمثل تطبق في الواقع بالنسبة للنظريات الواضحة غير المتكلفة ، فعلى أساسها يكون المواطن الإيطالي خاضعاً في الحالة العكسية لولاية قضاء الدولة التابع لها المدعي (الحكم 2427-1969م) . هذا إلى أن قانون المرافعات الليبي لم تقرر فيه نظريات صريحة من حيث الاختصاص الدولي هي أوسع من تلك التي وردت في قانون المرافعات الإيطالي وعليه فليس من الممكن أن يكون المواطن الإيطالي خاضعاً للولاية الليبية بحكم قواعد ذات مضمون يتجاوز النظريات العادية لولاية القضاء التي حددها نظام القضاء الإيطالي ثم أن ذلك الإخضاع لا يستتج على عكس ما ذهب إليه المطعون ضدّهما من القانون الليبي رقم 76-1970م (القضاء الليبي هو الجهة الوحيدة المختصة بالفصل فيما يحتمل من منازعات وعليه فسوف لن تكون صالحة يعني الشروط الخاصة التي تضمن شروط العقود وتنص فيما يتعلق بفصل الخلافات على اختصاص هيئات تحكيم أو أي قضاء آخر غير ليبي وهذا يسري على جميع العقود المبرمة من الوزارات أو الهيئات العامة) ذلك القانون المعدل بالقانون 1 لسنة 1971م (بعد الإطلاع على القانون 76 لسنة 1970م والخاص بالمنازعات الناشئة عن عقود الإدارة العامة ... يضاف إلى المادة 1 من القانون المذكور أعلاه فقرة أخرى هذا نصها: على الرغم من ذلك يجوز لمجلس الوزراء باقتراح تمليه الضرورة الثابتة من الوزير المختص أن يعفي من ذلك القيد أية مؤسسة عامة أو يعدل الشروط التعاقدية بهذا الصدد) .

فالمسألة تتعلق في الواقع بقواعد تنظيمية لحالة هي من غير حالات المعاملة بالمثل بالنسبة للحالة موضوعنا ولكنها قد تكون للحالة التي تمثل كطرف فيه إدارة

إيطالية كما قضت ولاسيما أن تلك القواعد لم تضع طبقاً للقاعدة نظريات أخرى من حيث النعي على الولاية القضائية ، وإنما اقتصر على الفصل بالاحتمية التقليدية التي تحتم ولاية القضاء الليبي على المنازعات المشار فيها وهي بذلك قد تبنت مبدأ مماثلاً ورد النص عليه بصفة عامة بالمادة 2 من قانون المرافعات الإيطالي .

5. ومن حيث أنه نتيجة لذلك وبالنظر إلى أنه من غير المتنازع فيه بين الطرفين أن المدعي عليهما لم يختارا محلاً قانونياً في إيطاليا ولا مكان لهما ممثل فيه مأذون بالدخول طرفاً في التقاضي فإنه يتعين الحكم بالعيب من حيث ولاية القاضي الإيطالي على الدعوى وهذا بدوره يتضمن المسائل الأخرى المثارة من الطرفين حول الصلاحية من عدمها وقابلية التطبيق من عدمها بالنسبة للشرط الخاص المبدئي المتعلق بتحكيم ليبي .

6. ومن حيث أنه يتعين الأمر بإعادة المبلغ المودع كضمان من حيث خسران الدعوى إلى الطاعين هذا بينما تتراءى أسباب عادلة للحكم بالمقاصة بين الطرفين لمصاريف تنظيم الولاية هنا .

فلهذه الأسباب

حكمت محكمة النقض والإبرام بعدم ولاية القضاء الإيطالي .. وأمرت بإعادة مبلغ الضمان إلى الطاعين مع المقاصة لمصاريف التنظيم الولائي بين الطرفين .