دراسات قانونية

مجلة تصدر عن مؤتمر اعضاء هيئة التدريس بكلية القانون
جامعة قاريونس

المجلد الثانى عشر 1987م -

منشورات
مركز البحوث والاستشارات - جامعة قاريونس .

دراسات قانونية

مجلد سنوي يصدر عن أعضاء هيئة التدريس بكلية القانون
بجامعة قاريونس

منشورات مركز البحوث والاستشارات جامعة قاريونس

دراسات قانونية

منشورات مركز البحوث والاستشارات جامعة قاريونس

المراسلات والاشتراكات

مركز البحوث والاستشارات ص . ب 9536 بنغازي / الجماهيرية
الاشتراك السنوي : عشرة دنانير او مايعادلها للمؤسسات
والهيئات وخمسة دنانير للأفراد

شكـــر واعتـــذار

تتقدم اسرة تحرير دراسات قانونية بجزيل الشكر والتقدير للاخوين الدكتور مصـطفى عياد والدكتور عبد الرحمن هابيل لمساهمتهما فى الاعمال المتعلقة بمراجعة المجلة

ونعتذر للاخوة القراء عـما قد يجـدوه من اخطاء مـطبعية آملين تجنبهـا قدر المستـطاع فى المجلدات اللاحقة

تعلن اسرة تحرير مجلة « دراسات قانونية » عن نفاذ **المجلدات من الأول حتى السادس .**
وتوافر كميات محدودة من المجلدات الاتية :

المجلد السابع	بسعر 1.500 د . ل **للنسخة الواحدة .**
المجلد الثامن	بسعر 3.000 د . ل **للنسخة الواحدة .**
المجلد التاسع	بسعر 3.000 د . ل **للنسخة الواحدة .**
المجلد العاشر	بسعر 3.000 د . ل **للنسخة الواحدة .**

* ويمكن طلب تلك المجلدات من
قسم المبيعات بجامعة قاريونس ص . ب **1308** **مبرق 40175**

* كما يمكن طلب المجلد الحادي عشر والاشتراك فى **المجلدات اللاحقة من مركز البحوث**
والاستشارات جامعة قاريونس ص . ب 9521 **مبرق 40282**

* وتوجه البحوث والدراسات الى اسرة تحرير مجلة **دراسات قانونية كلية القانون جامعة**
قاريونس .

محتويات العدد

تقديم

مع هذا المجلد يلاحظ القارىء الكريم تغيراً فى هيكل المجلة يتمثل فى تقسيمها الى اربعة ابواب لتغطى الاهتمامات الرئيسية الثلاثة لرجل القانون وهى :-

الفقه والقضاء والتشريع ، بالاضافة الى باب عرض الكتب والمجلات الذى يهدف الى تزويد القارىء بنبذة مختصرة عما يصدر من مؤلفات او ماينشر من ابحاث فى المجال القانونى .

وهذا النهج اختطته لجنة التحرير عندما كلفت من قبل مؤتمر اعضاء هيئة التدريس بكلية القانون لإعادة احياء المجلة بهدف تنويع مصادر المعرفة القانونية لقراء المجلة من جهة ولفتح الباب امام مساهمة اكبر عدد ممكن من اعضاء هيئة التدريس وغيرهم من رجال القانون من جهة اخرى ، وستسير لجنة التحرير بعون الله على هذا النهج فى المجلدات القادمة ماعدا الحالات التى تقتضيها الضرورة وبصفة خاصة عندما يخصص احد اعداد المجلة لنشر اعمال ندوة او مؤتمر علمى . وقد كانت لجنة التحرير تأمل فى اصدار كل مجلد سنوى فى اربعة اعداد متلاحقة اى بشكل فصلى الا ان ضرورة تغطية السنوات التى توقفت فيها المجلة عن الصدور حال دون ذلك . وعليه فستحاول اللجنة ابتداء من المجلد السادس عشر العمل على تحقيق الامل المشار اليه .

وبعد فهذا هو المجلد الثانى عشر بين يديك ايها القارىء ولجنة التحرير ستكون مسرورة بتلقى ماقد يكون لديك من ملاحظات او مساهمات .

لجنة التحرير

القسم الاول

دراسات وبحوث

1

رأى الفقه الاسلامى فى القضاء بعلم القاضى ونفوذ قول

اعداد الدكتور: عبدالله ابراهيم بن صلاح

الموضوع

1 ـ ادلة من لم ير جواز حكم القاضى بعلمه .

2 ـ ادلة من قال بجواز صحة حكم القاضى بعلمه .

3 ـ الراى الراجح فى هذه المسألة .

ان السبب الذى جعلنى اكتب فى هذا الموضوع بالذات هو اننى حضرت احدى المحاضرات العامة التى تقيمها عادة كلية القانون فى احد فروع القانون الهامة وعندما انهى المحاضر محاضرته ، وبدا النقاش فى القاعة يدور بين الحاضرين ، كان هذا الموضوع من بين الموضوعات التى اثير حولها النقاش ، وبعد اخذ ورد فيه وصل الى سمعى من احد الحاضرين بان هذا الموضوع ماهو الا موضوع جديد ومبتكر ثم اضاف بما يوحى انه من مبتكرات علماء القانون فى الوقت الحاضر ، فاردت فى هذا البحث القصير ، ان اصحح هذا الفهم المبنى على غير اساس مبينا بذلك موقف الشريعة الاسلامية ومثبتا بذلك ايضا ان علماء الفقه الاسلامى قد عرفوا هذا الموضوع منذ زمن طويل بل وقد اعطوه حقه من البحث والتنقيب ، كما سوف يتضح من هذا البحث ان شاء الله تعلى ، فاقول وبالله التوفيق ومنه وحده استمد العون وما توفيقى الا بالله عليه توكلت واليه انيب .

اتفق الفقهاء جميعا على ان للقاضى ان يحكم بعلمه فى الجرح والتعديل وانه اذا شهد الشهود بضد علمه لم يقض به ، وانه يقضى بعلمه فى اقرار الخصم وانكاره ، الا ان الامام مالكا رضى الله عنه يرى ان يحضر القاضى شاهدين لاقرار الخصم وانكاره ، وكذلك اجمعوا ايضا على انه يقضى بعلمه فى تغليب حجة احد الخصمين على حجة الاخر ، اذ لم يكن فى ذلك خلاف[1] ، ثم اختلفوا بعد ذلك على النحو التالى :

1 ـ ذهبت طائفة منهم الى ان القاضى لايحكم بعلمه فى حد ولاغيره ، لا فيما علمه قبل الولاية ولا بعدها . روى هذا الراى عن كثير من الفقهاء منهم الامام مالك رضى الله عنه ومحمد بن الحسن الشيبانى ، وهو ظاهر مذهب الامام احمد واحد قولى الشافعى[2] .

2 ـ وذهبت طائفة اخرى من الفقهاء الى انه يجوز للقاضى ان يحكم بعلمه سواء علم ذلك قبل ولايته او بعد ولايته .

روى هذا الراى عن عمر بن الخطاب وابن عباس ، وهو قول ابى يوسف صاحب ابى حنيفة ، والقول الثانى للشافعى ، وهو رواية اخرى عن الامام احمد ، واختاره ابو محمد على بن حزم الظاهرى[3] .

3 ـ وذهب الامام ابو حنيفة رضى الله عنه الى انه ماكان من حقوق الله تعالى لايحكم فيه القاضى بعلمه ، وذلك لان حقوق الله تعالى مبنية على المساهلة والمسامحة ، واما حقوق الادميين فما علمه قبل ولايته حكم به ، لان ما علمه قبل ولايته بمنزلة ما سمعه من الشهود قبل ولايته وما علمه فى ولايته بمنزلة ما سمعه من الشهود فى ولايته[4] .

الادلة

1 ـ ادلة من لم ير جواز حكم القاضى بعلمه :

استدل من قال : ان القاضى لايجوز له ان يحكم بمقتضى علمه بالمنقول والمعقول . اما المنقول فجملة من الاحاديث والاثار منها :

1 ـ ماروى عن عائشة رضى الله عنها : « ان النبى ﷺ بعث ابا جهم بن حذيفة مصدقا فلاقاه رجل فى صدقته ، فضربه ابو جهم فشجه ، فاتوا النبى ﷺ فقالوا : القود يارسول الله ، فقال لكم كذا وكذا فلم يرضوا ، فقال لكم كذا وكذا فرضوا ، فقال : انى خاطب على الناس ومخبرهم برضاكم ؟ قالوا : نعم ، فخطب فقال : ان هؤلاء الذين اتونى يريدون القود فعرضت عليهم كذا وكذا فرضوا افرضيتم ؟ قالوا : لا فهم المهاجرون بهم فامرهم رسول الله ﷺ ان يكفوا عنهم فكفوا ، ثم دعاهم فزادهم ، فقال : افرضيتم ؟ قالوا : نعم ، قال : انى خاطب على الناس ومخبرهم برضاكم ؟ قالو : نعم ، فخطب فقال : ارضيتم ؟ قالو : نعم »[5] .

وهذا الحديث هو نص فى عدم الحكم بالعلم كما هو واضح وصريح .

2 ـ ومنها : قول الرسول ﷺ : « انما انا بشر ، وانكم تختصمون الى ، فلعل بعضكم ان يكون الحن بحجته من بعض ، فاقضى له على نحو ما اسمع ، فمن قضيت له بحق مسلم فانما هى قطعة من النار : فليأخذها او ليتركها »[6] .

فهذا الحديث يدل على ان القضاء يكون بحسب المسموع ، لا بحسب المعلوم وذلك لان الرسول ﷺ قال : فاقضى بنحو ما اسمع ولم يقل بما اعلم .

قال الامام الشوكانى فى معرض رده على هذا الدليل :

ويجاب عن ذلك : بان التنصيص على السماع لا ينفى كون غيره طريقا للحكم على انه يمكن ان يقال إن الاحتجاج بهذا الحديث هو للمجوزين اظهر . ذلك لان العلم اقوى من السماع لانه يمكن بطلان ما سمعه الانسان ولا يمكن بطلان مايعلمه . ففحوى الخطاب تقتضى جواز القضاء بالعلم[7] .

3 ـ ومنها قوله ﷺ فى قضية الحضرمى والكندى : « شاهداك او يمينه وليس لك الا ذلك »[8] . فالنبى ﷺ فى هذا الحديث قد حصر الحجة فى البينة دون علم القاضى فدل على انه لايجوز له الحكم بحسب علمه .

4 ـ ومنها ماجاء فى الصحيحين فى قصة هلال وشريك : « ان جاءت به كذا فهو لهلال يعنى : الزوج ، وان جاءت به كذا فهو لشريك بن سحماء ، يعنى : المقذوف ، فجاءت به على نحو النعت المكروه ، فقال النبى ﷺ « ولو كنت راجما احدا بغير بينة لرجمتها »[9] .

فهذا الحديث قد دل على انه لايقضى القاضى فى الحدود بعلمه ، ذلك لان الرسول عليه الصلاة والسلام ، لايقول الا حقا وقد وقع ماقال ، فيكون العلم حاصلا له ، ومع ذلك لم يرجم ، وعلل بعدم البينة[10] .

ومن الاثار الدالة على عدم حكم القاضى بعلمه ، ماروى عن عمر رضى الله عنه انه تداعى عنده رجلان ، فقال له احدهما : انت شاهدى ، فقال ان شئتما شهدت ، ولم احكم ، او احكم ولا اشهد ، كما روى ايضا عن ابى بكر الصديق رضى الله عنه انه قال : « لو رايت حدا على رجل لم احده حتى تقوم البينة »[11] .

واما من جهة المعقول : فيمكن الاستدلال على ذلك بان القاضى غير معصوم اذ يمكن ان يتهم بالقضاء بعلمه ، فلعل المحكوم له قريب او انه صديق له ونحن لانعلم ذلك ، فحسمنا المادة : صونا لمنصب القضاء من التهم .

ومن جهة اخرى فقد نقل الامام القرافى عن ابن عبدالبر فى كتاب « الاستذكار » ان الفقهاء اتفقوا على ان القاضى لو قتل اخاه لعلمه بانه قال ، انه كالقتل عمدا لا يرث منه شيئا : للتهمة فى الميراث ، ثم قال : فنقيس عليه بقية الصور بجامع التهمة فى كل[12] .

2 ـ ادلة من قال بجواز صحة حكم القاضى بعلمه :

استدلوا على دعواهم هذه بالقران والسنة والقياس .

اما القران ، فقوله تعالى : « كونوا قوامين بالقسط شهداء لله »[13] .

وجهة الدلالة من هذه الاية ، على ماقاله ابن حزم فى « المحلى » انه ليس من القسط ، وهو العدل ان يترك الظالم على ظلمه لايغيره ، وان يكون الفاسق يعلن الكفر بحضرة القاضى والاقرار بالظلم والطلاق ثم يكون القاضى يقره مع المراة ويحكم لها بالزوجية والميراث فيظلم اهل الميراث حقهم[14] .

اما السنة ، فقد استدلوا بقوله ﷺ : « من راى منكم منكرا فليغيره بيده ، فان لم يستطع فبلسانه ، فان لم يستطع فبقلبه وذلك اضعف الايمان »[15] . فالرسول ﷺ قد بين فى هذا الحديث : ان القاضى ان لم يغير مارأى من المنكر حتى تاتى البينة على ذلك ، فقد عصى الرسول ﷺ فصح انه يجب عليه ان يغير كل منكر علمه بيده او لسانه وان يعطى كل ذى حق حقه ، والا فهو ظالم .

ومن الادلة الدالة على جواز ان يقضى القاضى بمقتضى علمه ما روى عن ابى هريرة رضى الله عنه حين قال : « جاء رجلان يختصمان الى رسول الله ﷺ فقال للمدعى : اقم البينة ، فلم يقمها ، فقال للاخر : احلف فحلف بالله الذى لا اله الا هو ما له عندى شىء ، فقال

رسول الله قد فعلت ولكن غفر لك باخلاصك لا اله الا الله ، وفى رواية « بل هـو عندك ، ادفع اليه حقه » ثم قال : شهادتك ان لا اله الا الله كفارة يمينك »[16] .

ففى هـذا الحديث نجـد ان النبى ﷺ قد قضى بعلمـه بعد وقـوع السبب الشرعى وهو اليمين فبالاولى جواز القضاء بالعلم قبل وقوعه .

ومن الاحاديث الدالة على جواز قضاء بعلمه : « ان رسول الله ﷺ قضى على ابى سفيان بالنفقة بعلمه فقال لهند امراة ابى سفيان « خذى لك ولولـدك ما يكفيـك بالمعـروف »[17] ولم يكلفها البينة » .

ومن الادلة لذلك ايضا ان رسول الله ﷺ اشترى فرسا فجحده البائـع ، فقال ﷺ « من يشهد لى ؟ فقال خزيمة : يارسول الله انـا اشهد لـك ، فقال رسـول الله : كيف تشهد ولا حضرت ؟ فقال خزيمـة يارسـول الله تخبرنـا عن خبر السـماء فنصدقـك ، افلا نصـدقك فى هذا ، فسماه الرسول ذا الشهادتين »[18] . ففى هذا الحديث نجد ان الرسول عليه الصلاة والسـلام قد حكم لنفسـه فيجوز ان يحكم لغـيره بعلمه ، ذلـك لانـه ابعـد فى التهمـة من القضاء لنفسه بالاجماع .

واما استدلالهم من جهة القياس والمعقول فقد استدلوا عليه من وجوه كثيرة :

1 ـ اولها : انه قد جاز للقاضى ان يحكم بالظن الناشىء عن قول البينة فـالعلم اولى ، ومن العجب جعل الظن خيرا من العلم .

2 ـ وثانيها : ان التهمة قد تدخل عليه من قبل البينة ، فيقبل قول من لايقبل .

3 ـ وثالثها : ان العمـل واجب بما نقلتـه الرواة عن رسـول الله ﷺ فما سمعـه المكلف اولى ان يعمـل به ويحكم بـه بطريق الاولى ، لان الفتيـا تثبت شرعا عـاما الى يـوم القيامة ، والقضاء فى فرد لايتعدى لغيره وهذا لاشك خطره اقل فكان اولى .

4 ـ انه لو لم يحكم بعلمه لفسق فى صور منها :

1 ـ ان يعلم القاضى قتل زيد لعمر ، فتشهد البينة بان القاتل غيره فان قتله قتل الـبرىء ، وهو فسق ، والا حكم بعلمه وهو المطلوب .

2 ـ ومنها : لو سمعه يطلق ثلاثا ، فانكر ، فشهدت البينة بواحدة فان قبل البينـة مكن من الحرام والا حكم بعلمه وهو المطلوب .

الراى الراجح فى هذه المسألة

مما تقدم يتضح لنا ان كل من قال قولا فى مسألة جواز صحة حكم القاضى بمقتضى علمه او عدم صحته ، فقد حاول تقوية رايه بكل الادلة التى يعتقد انها تقوى مذهبه بل ويحاول تضعيف ادلة خصمه ، وفى الحقيقة ان الاقوال فى هذه المسألة كثيرة جدا ، والادلة كثيرة ايضا وقد اتينا على بعض منها ، والحق الذى لاينبغى العدول عنه وتطمئن اليه النفس ما قاله الامام الشوكانى فى كتابه « نيل الاوطار » حيث قال بعد ان استعرض اراء الفقهاء وادلتهم فى هذه المسألة : « ان الذى يجب ان يتبع فى هذا الموضوع هو ان نقول : ان كانت الامور التى جعلها الشارع اسبابا للحكم : كالبينة واليمين ونحوها امورا تعبدنا الله بها ، لايسوغ الحكم الا بها وان حصل لنا ماهو اقوى منها بيقين ، فالواجب علينا الوقوف عندها والتقيد بها وعدم العمل بغيرها فى القضاء كائنا ما كان ، وان كانت اسبابا يتوصل القاضى بها الى معرفة المحق من المبطل والمصيب من المخطىء غير مقصودة لذاتها ، بل لامر اخر ، وهو حصول ما يحصل للقاضى بها من علم او ظن ، وانها اقل مايحصل له ذلك فى الواقع ، فكان الذكر لها لكونها طرائق لتحصيل ماهو المعتبر ، فلا شك ولا ريب انه يجوز للقاضى ان يحكم بمقتضى علمه لان شهادة الشاهدين والشهود لاتبلغ مرتبة العلم الحاصل عن المشاهدة او مايجرى مجراها ، فان القاضى بعلمه غير القاضى الذى يستند الى شاهدين او يمين ، ولهذا يقول المصطفى ﷺ : « فمن قضيت له بشىء من مال اخيه فلا يأخذه انما اقطع له قطعة من النار »[19] . فاذا جاز الحكم مع تجويز كون الحكم صوابا وتجويز كونه خطأ فكيف لايجوز مع القطع بانه صواب لاستناده الى العلم اليقين ولايخفى رجحان هذا بقوته ، لان الحاكم به قد حكم بالعدل والقسط والحق كما امره الله تعالى .

ومما يؤيد هذا الراى ماجاء فى استحلاف المنكر من حديث طويل حيث قال ﷺ للحضرمى : « الك بينة ؟ »[20] فان البينة فى الاصل ما به يتبين الامر ويتضح ، ولايرد على هذا انه يستلزم شهادة الواحد والحكم بها لاننا نقول اذا كان القضاء باحد الاسباب المشروعة فيجب التوقف فيه على ماورد ، وقد قال الله تبارك وتعالى فى كتابه الكريم : « وأشهروا ذوى عدلٍ منكم واقيموا الشهادة لله ذلكم يوعظ به من كان يؤمن بالله واليوم الاخر ومن يتق الله يجعل له مخرجا »[21] .

وقال ﷺ : « شاهداك » وانما النزاع اذا جاء بسبب اخر من غير جنسها هو اولى بالقبول منها : كعلم الحاكم ، والله اعلم بالصواب .

« سبحانك لا علم لنا الا ماعلمتنا انك انت العليم الحكيم »

(1) انظر فى ذلك بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد : 2/470 ، وانظر ايضا تبصرة الحكام فى اصول الاقضية ومناهج الاحكام للقاضى ابن فرحون المالكى ، جـ2 ، ص23 وما بعدها .

(2)انظر فى ذلك المغنى لابن قدامة جـ6 ، ص53 ، وفروق شهاب الدين القرافى جـ4 ، ص44 . ونيل الاوطار للشوكانى جـ8 ، ص324 ، وكتاب اللباب لابن راشد ص255 ، ومعين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الاحكام لعلاء الدين الطرابلسى الحنفى . ص121 ومابعدها .

(3) المراجع السابقة وانظر ايضا كتاب المحلى لابن حزم الظاهرى جـ9 ص426 .

(4) انظر كتاب المغنى جـ9 ص54 ، وفتح البارى بشرح البخارى جـ16 ص258 ـ 260 ، فتح القدير لابن الهمام جـ5 ص485 .

(5) هذا الحديث رواه الخمسة الا الترمذى ، انظر نيل الاوطار جـ8 ص321 .

(6) هذا الحديث اخرجه احمد فى مسنده ، كما اخرجه البخارى ومسلم وابو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه عن ام سلمه رضى الله عنها على مافى الفتح الكبير فى ضم الزيادة الى الجامع الصغير للجلال السيوطى جـ1 ص436 .

(7) نيل الاوطار جـ8 ، ص326 .

(8) انظر فتح البارى بشرح البخارى جـ16 ، ص259 .

(9) انظر صحيح مسلم بشرح النووى جـ3 ، ص723 .

(10) انظر الفروق 4/45 .

(11) انظر المغنى جـ9 ، ص55 .

(12) انظر الفروق جـ4 ، ص46 .

(13) سورة النساء ، الاية رقم 135 .

(14) انظر كتاب المحلى لابن حزم الظاهرى جـ9 ، ص429 .

(15) هذا الحديث اخرجه مسلم وابو داود والترمذى والنسائى وابن ماجة واحمد فى مسنده عن ابى سعيد رضى الله عنه على ما فى الفتح الكبير للسيوطى 3/192 .

(16) انظر نيل الاوطار 8/328 .

(17) هذا الحديث اخرجه البخارى ومسلم وابو داود والنسائى وابن ماجه عن عائشة رضى الله عنها . انظر الفتح الكبير 2/86 .

(18) الحديث رواه البخارى وغيره عن زيد بن ثابت رضى الله عنه . انظر كتاب الاصابة فى تميز الصحابة للعسقلانى 1/425 ، وانظر ايضا سنن ابى داود 2/376 .

(19) نيل الاوطار جـ8 ، ص326 .

(20) هذا الحديث رواه مسلم والترمذى عن وائل بن حجر ، المرجع السابق ، نفس الجزء ، ص341 .

(21) سورة الطلاق ، الاية رقم 2 .

2

جرائم الأداب العامة
دراسة نقدية للقانون رقم 10 / 1985 بتقرير بعض الأحكام الخاصة بجرائم الأداب العامة

د. حميد السعدى. استاذ بكلية القانون

توطئة

من الحقائق الثابتة فى علم تاريخ القانون[1] وبالأخص من وجهة نظر المدرسة التاريخية HISTORIQUE[2] ، ان القانون المنظم للمجتمع يخضع دائماً لعوامل التطور تبعاً لتطور المجتمع نفسه . ففى ضوء هذه النظرية المعقولة بمظهرها الجدلى DIALECTIQUE يكون المجتمع الليبى قد تعرض لحركة تطورية ملحوظة وواضحة يمكن التعرف على معالمها بسهولة لدى المقارنة والمقابلة بين اوضاع الحياة الاجتماعية والقانونية قبل الثورة وبين اوضاع هذين المظهرين للحياة بعد الثورة .

ومن التأمل فى التشريعات الليبية الجديدة الصادرة فى ظل النظام الجماهيرى ، نستطيع التعرف على جملة خصائص تتميز بها هذه التشريعات الثورية ، منها على سبيل المثال لا الحصر :-

1) انها ، من حيث العموم تواكب حركة التغير الاجتماعى والاقتصادى فى البلاد ، وبالتالى فانها تستهدف تنظيم علاقات الأفراد فيما بينهم من جهة ثم فيما بينهم وبين السلطة العامة من جهة أخرى على أسس جديدة البنية ، مضموناً وهدفاً وذلك فى ضوء التحولات الجذرية الجارية ، على قدم وساق ، فى كافة مجالات حياة الناس ونشاطاتهم ، وتلك هى ديناميكية القانون الجماهيرى الحديث .

2) انها تراعى لحد بعيد احكام الشريعة الاسلامية استناداً الى ان القرآن الكريم شريعة المجتمع[3] ، فهى بهذه الخصوصية تستهدف ، بالضرورة ، تحقيق مقاصد الاسلام المتمثلة بخمسة اصول اساسية هى حفظ الدين - وحفظ النفس - وحفظ العقل - وحفظ النسل - وحفظ المال[4]) ، وبهذا الصدد يقول ابن القيم فى كتابه الشهير اعلام الموقعين :

« ان الشريعة مبناها واساسها على الحكم ومصالح العباد فى المعاش والمعاد (الآخرة) ، وهى عدل كلها ، ورحمة كلها ، وحكمة كلها . فكل مسألة خرجت عن العدل الى الجور وعن الرحمة إلى ضدها وعن المصلحة الى المفسدة وعن الحكمة الى العبث ، فليست من الشريعة وان ادخلت فيها بالتأويل . فالشريعة عدل الله بين عباده ورحمته بين خلقه . فهى بالحياة والغذاء والدواء والنور والشفاء والعصمة . وكل خير فى الوجود فانما هو مستفاد منها ، وحاصل بها . وكل نقص فى الوجود فسببه من اضاعتها .

« فالشريعة التى بعث بها رسوله هى عمود العالم وقطب الفلاح والسعادة فى الدنيا والآخرة »[5] .

4) انها صادرة عن الإرادة الشعبية مباشرة ، فلا وصاية ولاسلطة فوقية رئاسية او برلمانية او حزبية او قبلية وانما المؤتمرات الشعبية الاساسية التى يسهم فى اعمالها ومناقشاتها كل مواطن من مواطنى الجماهيرية بدون تفرقة او تمييز ، هى التى تقرر ماتراه صالحاً نافعاً

لشؤون حياتها القانونية وعلاقاتها الاجتماعية ، تطبيقاً لمبدأ « وامرهم شورى بينهم »[6] فالقوانين الليبية الحديثة متطورة متجددة تستجيب لمتطلبات الحياة ، اجتماعياً واقتصادياً وفكرياً ، بل ان الفقه الليبى نفسه قد تعرض للتطور ايضاً فاصبح يواكب حركة الطرح الجديد والاطروحات الثورية الجارية فابدع بما ينبىء عن ابتكارات خلاقة فى مجالات عديدة من الفكر القانونى الجماهيرى[7] . .

تلك هى أهم خصائص القوانين الليبية الجديدة المنبثقة عن الإرادة الشعبية مباشرة ولما كان (القانون ببعض الأحكام الخاصة بجرائم الآداب العامة)[8] الذى ناقشته المؤتمرات الشعبية الأساسية فى دورة انعقادها العادى عام 1985م . قد جعلناه موضوعاً (للايضاح والنقد) فى هذا التعليق على التشريعات ، فقد وضعناه تحت مجهر التحليل لنرى ما إذا كان يتسم بالخصائص الجوهرية المشار اليها فى السطور المتقدمة أم لا ؟ فاتضح لنا ، كما سنبين ذلك فيما بعد ، انه لايخلو من مآخذ تقتضى إعادة النظر فيه قبل ان تتفاقم اضراره ويستبان عدم جدواه .

القانون فى جملته

يتضمن القانون ثلاث مواد أساسية[9] ، تنطوى كل مادة على موضوع معين : -
فالمادة الأولى خاصة بتحديد الجرائم المخلة بالشرف والمادة الثانية خاصة بالعقوبات التبعية التى تترتب على الحكم بالإدانة فى الجنايات والجنح المخلة بالشرف . والمادة الثالثة خاصة بالظروف المشددة لمسؤولية بعض الجناة ويلاحظ ، بادىء ذى بدء على شكل القانون واحكامه انه ذو طابع تقليدى بحت لايمكن تمييزه عن أى قانون يصدر عن اية دولة نامية من دول العالم الثالث ، حتى المتقدمة منها من حيث فن التشريع ومصطلحاته كمصر ولبنان مثلاً ، فواضع القانون لايزال فى تصوره ذلك التقسيم الثلاثى للجرائم جنايات وجنح ومخالفات ، ولايزال يتكلم عن الجريمة والجانى والعقوبة ، وتشديد هذه تماماً كما يذهب الفكر القانونى الكلاسيكى الغربى لدى معالجة هذه القضايا الخطيرة وتقرير الأحكام بشأنها .

ويؤخذ على القانون ، من جهة اخرى ، انه بصدوره كقانون من القوانين الجنائية الخاصة التى تشير اليها المادة 15 من قانون العقوبات ، يبدو (شاذاً) بين هذه الطائفة من القوانين ، ذلك لأنه فى حقيقة الأمر ، لايعالج إلا جزئيات تختص بها ، عادة الأحكام العامة لقانون العقوبات وليس من المستساغ افرادها بقانون مستقل ذى صفة جنائية والمفروض فى كل قانون جنائى ان تصاغ نصوصه على نحو يجعله قادراً على تحقيق العدالة بمفهومها المطلق وحماية المصالح الاجتماعية بحسب ظروف حياتهم الاقتصادية ومستوى حضارتهم فى مرحلة تاريخية معينة .

وسيراً مع فلسفة هذا الإتجاه يرى الفقه الغربى ، لاسيما الفرنسى ، ان يتسم قانون العقوبات بالتجريد والمرونة لكى يكون صالحاً لتحقيق اغراضه واهدافه فى الحماية والعدالة على مرور الزمن بدون حاجة للتعديل المستمر ويضرب اصحاب هذا الفقه مثلاً بقانونهم الذى مضى عليه حين طويل من الزمن يزيد على القرن والنصف دون ان يتبدل . ولم يتبدل مادام يسد حاجات المجتمع البورجوازى ؟

اما قانون العقوبات الليبى الذى صدر عام 1953م والذى اقتبس نصاً وروحاً من القانون الايطالى الذى وضعه ارتورو روكو A.ROCCO **سنة 1930م فقد تعرض للتعديلات كما تعرض الى التجاهل فى كثير من الأحيان ، بحيث ضمت واضيفت الى جانبه طائفة كبيرة من القوانين الفرعية ، هى القوانين الجنائية الخاصة ، ومنها هذا القانون ، موضوع التعليق فى حين كان يجدر الغاء قانون العقوبات برمته والامتناع عن اصدار قوانين خاصة ، ثم السعى لاعداد قانون جنائى جديد يستجيب لحاجات المجتمع الجماهيرى المستجدة**[10] .

ومما يلاحظ على القانون ايضاً انه جاء بتحديد معين لما يسمى « بالجريمة المخلة بالشرف » ونرى من الغرابة بمكان ان يضطلع قانون فرعى بهذه المهمة لأنه إذا كان لابد من هذا التحديد والتعريف لما يعتبر جرائم مخلة بالشرف ، فكان الأولى ان يكون ذلك فى متن قانون العقوبات ذاته باضافة نص جديد اليه . . . وكفى . .

ولوضيح لما يلى ضمن فقرات ثلاث وجهة نظرنا بشأن القضايا الرئيسية التى انطوت عليها نصوص القانو محل الإيضاح والنقد .

« الفقرة الأولى »

تحديد الجرائم المخلة بالشرف

تقول المذكرة الايضاحية الملحقة بالقانون بانه « بمراجعة العقوبات لم يعثر بين تقسيماته على باب او فصل خاص يحدد الجرائم المخلة بالشرف مما جعل هذا التعبير غير محدد قانوناً ويخضع فى كثير من الأحيان للتفسيرات الاجتهادية » .

وهذا صحيح ، لم يجد واضع قانون العقوبات ضرورة لتعريف الجريمة المخلة بالشرف او لتحديد طائفة الجرائم التى تعتبر ماسة بالشرف .

وصحيح ايضاً ، ان سكوت المشرع عن هذه المسألة قد أدى الى تفسيرها بطريق الرأى والاجتهاد .

ولكن ما الضرر الذى ترتب على ذلك ؟ اليس من عوامل نضج الفكر القانونى والارتقاء به ، اثراء قضاياه بالاجتهادات الفقهية والأحكام القضائية ؟ لماذا يظن المشرع انه ملزم بان يقود القاضى فى طريق معبد لئلا يعثر فى خطاه ؟ وهل ننسى ان كثيراً من قواعد القانون قد نشأت وتبلورت فى احضان القضاء ورعايته[11] حتى إذا ماكتب لها الثبات والصمود والاستقرار بادر المشرع عندئذ الى تبنيها ، ناضجة ليدرجها فى قوانينه والقانون المصرى ، وهو على مانعلم من سمو ، فنا وصياغة ورفعة لم يتضمن تعريفاً او تحديداً لمفهوم الجريمة المخلة بالشرف إذ ارتؤي ترك ذلك الى وظيفة الفقه واجتهاد القضاء .

ومع ان قانون العقوبات العراقى الجديد قد اشار فى المادة (6/21) الى الجرائم المخلة بالشرف إلا ان إشارته كانت بمناسبة الكلام عن الجرائم السياسية ، فنصت هذه المادة على ان الجرائم المخلة بالشرف كالسرقة والاختلاس والتزوير وخيانة الأمانة والاحتيال والرشوة وهتك العرض ، لاتعتبر سياسية ولو كانت قد ارتكبت بباعث سياسى فهذا القانون لم يقدم تحديداً او تعريفاً للجرائم المخلة بالشرف وانما اكتفى باعطاء امثلة لها ، كما انه لم يذكر من بين جرائم الآداب العامة سوى جريمة هتك العرض فقط وهى الجريمة المنصوص عليها فى المادة (408) من قانون العقوبات الليبى التى تعاقب كل من هتك عرض انسان بالقوة او التهديد او الخداع وبالطبع انها ليست جريمة المواقعة (م/407) التى لاتكون تامة إلا بالايلاج ، فى حين ان جريمة هتك العرض يمكن ان تتوافر بمجرد ملامسة عورة المجنى عليه ،

وعلى أى حال فان مفهوم « الجرائم المخلة بالآداب العامة » يشمل جملة افعال مجرمة يمكن التذكير ببعضها ، على سبيل المثال لا الحصر كجريمة البغاء والتحريض عليه والاتجار بالرقيق الأبيض من اجل استغلال الدعارة والفجور والتحريض على الفسق والتعرض للسيدات والبنات بصورة تخدش الحياء وجريمة المواقعة وجريمة هتك العرض والزنا وكل فعل فاضح او مخل بالحياء والجهر بأغانٍ مخالفة للآداب والحشمة ونشر المطبوعات الفاضحة . وقد يدخل فى ذلك تعاطى المسكرات او المخدرات او ممارسة العاب القمار . .

ولكن هل يصح اعتبار هذه الأفعال مخلة بالآداب العامة ، فى كل مكان وكل زمان ؟

من المتفق عليه بين علماء الاجرام CRIMINOLGIE ان مضمون هذه الجرائم التى ذكرناها انما هو مضمون خاضع لتقدير الرأى العام ولتطور الوسائل الفنية ايضاً فالنسبية RELATIVISME التى تسود الاخلاقية العامة ، كثيراً ماتؤثر فى موقف القاضى حتى فى ظل القانون النافذ الذى يجرم ويعاقب فعلاً من الأفعال التعلقة بها [12] فى عصر فيكتوريا[13] . بانكلترا ، كان مما يثير سخط الناس واستنكارهم ان تخرج المرأة بدون ملابس داخلية عديدة تلف جسدها من الرقبة حتى القدمين وفى ايام « جورج صاند »[14] بفرنسا كان ظهور المرأة مرتدية البنطلون وهو لباس رجالى ، يعتبر تحدياً خطيراً موجهاً ضد الآداب العامة .

وفى الأقطار الاسلامية [15] من كان يتصور ان الفتاة يمكنها ان تدخل الجامعة وتجلس على مقاعد الدرس بجانب الشاب من الجنس الآخر ؟ ومن كان يخيل اليه ان زوجته تذهب الى دواوين الدولة لتعمل ، جنباً الى جنب مع رجال غرباء عنها ؟

وهل نتكلم عن سفور المرأة المسلمة والضجة التى ثارت بشأنه فى مطلع هذا القرن[16] وعن اشياء اخرى اصبحت فى عصرنا من الأمور العادية الجارية التى لم تعد تثير استغراباً أو تأملاً ولاجدلاً[17] . .

ومع ذلك ينبغى ان نسرع ونستدرك فى الحال ان هذه النسبية التى اشرنا اليها ، لاتمس ولاتعمل عملها أو تأثيرها فى كل الأفعال التى ذكرناها آنفاً ، فهناك من الأفعال مايظل دائماً خطراً ، وشديد الخطورة على كيان الأسرة ، مؤذياً للشعور ، يعرض العفة والفضيلة لأفدح الأضرار الأمر الذى يتطلب اسباغ الحماية على الأخلاق والآداب فى مثل هذه المجالات ، ولذلك كانت جريمة الزنا[18] مثلاً جريمة بشعة وفظيعة حرمتها الشريعة ، وهى محرمة مدى الحياة لأنها جريمة طبيعية فى نظرنا[19] . .

وبالمناسبة نرى انه لابد من إزالة سوء الفهم الذى قد يثيره تعليقنا المعروض هنا : فاننا نؤيد مطلقاً حماية الآداب العامة العربية الاسلامية وصيانتها والحفاظ عليها بكل ماتنطوى عليه من مُثل عُليا وخصال سامية حميدة ، إنما نحن نختلف فى الوسيلة القانونية وحسب . وليس ضرورياً ان يتفق جميع رجال القانون او الفكر القانونى عموماً بشأن وسيلة معينة ، فقد يكون من شأن اختلافهم وتباين وجهات نظرهم ان يفضى الى اكتشاف وابتكار وسائل اخرى اكثر فعالية واشد مضاء فى تحقيق الغرض الذى تسعى اليه ، فكثيلاً ما يترتب على الجدل العلمى والمناقشة الموضوعية حصول نتائج طيبة ومثمرة فيها نفع كبير وخير وفير .

وبعد ، فقد آن آوان التطرق بالبحث الى المسألة الجوهرية فى القانون الجديد وهى مسألة « تحديد الجرائم المخلة بالشرف » إذ نصت المادة الأولى منه على ان : - « تعتبر جرائم مخلة بالشرف ، الجرائم المنصوص عليها فى قانون العقوباتب المبينة فيما يأتى : -

1) الجرائم ضد الحرية والعرض والأخلاق ، المحددة فى الباب الثالث من الكتاب الرابع

(الصحيح ، من الكتاب الثالث)[20] . .
2) الجرائم الماسة بالشرف المحددة بالباب الخامس من الكتاب الثالث .
3) الجنح والمخالفات المتعلقة بالآداب العامة المحددة بالباب الثالث من الكتاب الرابع .
4) جريمة الزنا الواردة بالقانون رقم 70 لسنة 1973م المشار اليه أى المشار اليه فى التوطئة .

وأول ما نلاحظه ، ان القانون الجديد يعدد الجرائم المخلة بالشرف ويحددها بالرجوع الى ابواب معينة من قانون العقوبات ، كما سنكشف عن هويتها بعد قليل ، ويضيف اليها جريمة الزنا التى جاء بها احد تشريعات الحدود سنة 1973م .

ومع ان واضع القانون الجديد يشير فى توطئته الى القانون رقم 56 سنة 1970م . بشأن حماية الآداب العامة فى المحال العامة ، ويذكره فى المذكرة الايضاحية معدداً الجرائم المنصوص عليها فيه وهى : ـ جريمة التحريض فى الملاهى والمحال العامة على الفجور او الفسق بالقول او الإشارة أو الحركة ـ جريمة ارتكاب اعمال فاحشة او الاتفاق عليها أوتسهيلها ـ سائر الأعمال المنافية للآداب العامة ـ استخدام النساء لتقديم العروض والأعمال المحظورة او استقدامهن من الخارج لهذا الغرض والاتجار فى اعراضهن ، إلا انه فى المتن لم يعتبر الجرائم الوارد ذكرها فى هذا القانون الجنائى الخاص رقم 56 سنة 1970م . جرائم مخلة بالشرف ، فهل كان ذلك منه من قبيل السهو ؟

كما نلاحظ ايضاً ، ان المشرع لم يقدم لنا « تعريفاً » محدداً واضحاً للجريمة المخلة بالشرف وكل ماتبرع به هو انه بين بشكل قاطع كافة الجرائم التى لها ، فى نظره صفة الإخلال بالشرف او اذلاله ، وكل ماعدا هذه الجرائم التى بينها وعددها حصراً تعتبر بحكم القانون خارج نطاق الحصر ، اى خالية او بريئة من هذه الصفة المهينة فأمامنا اذن جدول واضح المعالم بالجرائم المخلة بالشرف ، على القاضى ان يحفظه على ظهر قلب لكى يتمكن من ترتيب النتائج والآثار التى تنشأ عنه من حيث العقوبات التبعية دون ان يبحث ويجتهد لإدراك المفهوم ذاته المخل بالشرف .

ولننظر الى محتوى هذا الجدول وفق اطاره المحدد قانوناً كالآتى : ـ
(أ) الباب الثالث من الكتاب الثالث 21 .) وهو يتضمن : ـ الجرائم ضد الحرية والعرض والأخلاق ، المنصوص عليها فى المواد 407 ـ 404 من قانون العقوبات .
ولدى الإطلاع على هذه النصوص نجد القائمة التالية من الجرائم ؛ ـ

1) م/407 : ـ جريمة المواقعة .
2) م/ 408 : ـ جريمة هتك العرض .
3) م/409 : ـ جريمة تحريض الصغار على الفسق والفجور .
4) م/411 : ـ جريمة الخطف بقصد الزواج .
5) م/512 : ـ جريمة الخطف لإتيان افعال شهوانية .
6) م/413 : ـ جريمة خطف دون الرابعة عشرة او مختل العقل دون اكراه .
7) م/415 : ـ جريمة التحريض على الدعارة . . [21] .
8) م/416 : ـ جريمة الارغام على الدعارة .
9) م/417 : ـ جريمة استغلال المومسات .
10) م/417 مكررة (أ) : ـ جريمة اتخاذ المرأة الدعارة سبلة للعيش او الكسب ، وجريمة إدارة محل للفجور .
11) م/417 مكررة (ب) : ـ جريمة تقديم منزل او مكان لفجور .
12) م/418 : ـ جريمة الاتجار بالنساء على نطاق دولى .
13) م/419 : ـ جريمة تسهيل الاتجار بالنساء .
14) م/420 : ـ جريمة اتجار الليبى بالنساء .
15) م/420 مكررة : ـ جريمة التعرض للنساء بما يخدش الحياء .
16) م/421 : ـ جريمة الافعال او الاشياء الفاضحة .

هذه هى القائمة الأولى من الجرائم المخلة بالشرف ، وعددها ست عشرة جريمة ، وربما تزيد على هذا العدد بالنظر لاحتواء بعض النصوص على جملة افعال ، كل فعل منها يكون جريمة قائمة بذاتها . .

وتستوقفنا ، هنا بوجه خاص ، المادة 424 ، المتعلقة بسقوط الجريمة او وقف تنفيذ العقوبة فهى تقضى بانه ؛ ـ « إذا عقد الفاعل زواجه على المعتدى عليها تسقط الجريمة والعقوبة وتنتهى الآثار الجنائية سواء بالنسبة للفاعل أو للشركاء . . » .

فإذا كانت الجريمة التى اقترفها الشخص جريمة مواقعة (م/407) او جريمة هتك عرض (م/408) مثلاً ، فليس من ريب فى ان هذه الجريمة تنطوى على صفة مخلة بالشرف طبقاً لنص المادة الأولى من القانون الجديد ،ب محل التعليق ، ولكن اذا عقد الفاعل زواجه على البنت ، المجنى عليها فان المادة 424 عقوبات تقضى بسقوط الجريمة وعقوبتها وحتى الآثار الجنائية ، فهل معنى هذا ان « الصفة المخلة بالشرف » تسقط هى الأخرى باعتبارها اثراً من الآثار الجنائية بالرغم من النص عليها فى قانون لاحق ؟

ونحن نواجه ، هنا تنازعاً بين النصوص الجنائية : نصوص قانون العقوبات ونصوص قانون جنائى خاص ، لاحق ، تكميلى ، فى رأينا ان هذه الصفة تسقط عن الفاعل مادامت العقوبة وآثارها الجنائية ساقطة بحكم القانون ، لاسيما وان هذه الآثار ، العقوبات التبعية التى تترتب على الصفة المخلة بالشرف ولايمكن تنفيذها إلا تبعاً للعقوبة الأصلية ، فإذا سقطت هذه ، سقطت معها العقوبة التابعة لها . فالتابع يأخذ حكم المتبوع - فى هذه الحالة - بداهة .

فإذا علمنا ان من آثار العقوبة التبعية التى تترتب على صفة الجريمة المخلة بالشرف سقوط الحقوق المدنية وفقدان الأهلية القانونية عن الجانى ، فان مجرد الزواج يجعله مستعيداً لكافة هذه الحقوق . . فى حين ان العقوبة الأصلية التى تنزل بآخر رفض الزواج من المجنى عليها ، والمعاملة العقابية له داخل السجن ، وبرنامج الإصلاح المتبع معه ، كل ذلك ليس من شأنه تأهيله او تقويمه ، وبالتالى ينبغى ان يحرم من وظيفته وحقوقه السياسية واهليته القانونية ، لأنه ارتكب جريمة مخلة بالشرف لايكفر عنها إلا بمعاناة هذه الآثار .

بعد هذه الوقفة القصيرة يجدر ان ننتقل الى القائمة الثانية من جدول الجرائم المخلة بالشرف .

(ب) الباب الخامس من الكتاب الثالث : -

وهو يضم الجرائم الماسة بالشرف المنصوص عليها فى المواد 438 - 443 من قانون العقوبات ولدى إمعان النظر فى هذه النصوص نعثر على القائمة التالية من الجرائم : -

1) م/438 : - جريمة السب .

2) م/439 : - جريمة التشهير.

يلاحظ على هذه القائمة انها خاصة بجريمتى السب والتشهير . ولكل منها ، بالطبع أركان معينة لابد من توافرها لقيام الجريمة وتحقق المسؤولية الجنائية .

ولكن القانون الجديد لم يذكر جريمة « القذف » المنصوص عليها فى القانون رقم 52

لسنة 1974م فى شأن إقامة حد القذف ، ضمن الجرائم المخلة بالشرف ، مع انه كما سنرى فيما بعد اعتبار جريمة الزنا المنصوص عليها فى القانون رقم 70 لسنة 1973م . فى شأن إقامة حد الزنا جريمة مخلة بالشرف ، صراحة ؟

فالمسألة بحاجة الى تأمل وتدقيق نظر . وعلينا ، قبل كل شيء ان نعرف ما السب ؟ وما التشهير وما القذف ؟ السبب ، هو القول او الفعل الصدر من الجانى ويكون من شأنه ان يخدش شرف المجنى عليه واعتباره بصورة من الصور ، ولذلك يكون جريمة مخلة بالشرف بحكم النص الجديد اما التشهير ، فهو على حد التعبير الوارد فى المادة 439 يقع « باسناد واقعة معينة » الى المجنى عليه ، وهذا هو الذى يسمى فى الفقه الجنائى بالقذف الذى يجرى تعريفه عادة على انه : اسناد واقعة معينة الى شخص معين يترتب عليها لو صحت معاقبة هذا الشخص المعين او احتقاره لدى الناس الذين يعيش بينهم .[24] .

فهل القذف ، بهذا المعنى هو نفس القذف المنصوص عليه فى احد تشريعات الحدود ؟ ان قانون حد القذف[25] يعرف « القذف » فى المادة الأولى منه ، بانه « . . الرمى بالزنا او نفى النسب باية وسيلة كانت وفى حضور المقذوف او غيبته وفى علانية او بدونها . » فمن الجلى ، ان لهذا « القذف » فى الشريعة معنى خاصاً محدداً يتعلق بالزنا او نفى النسب ، فهو ان كان ينطوى على اسناد واقعة معينة الى شخص معين إلا ان هذه الواقعة المعينة محددة بشيء معين مخصوص هو : الزنا او نفى النسب . وهذا بعكس مفهوم نص المادة 439 التعلقة بالتشهير الذى يتوافر باسناد واقعة معينة ايا كانت طبيعتها او شكلها مادامت تستوجب احتقار الشخص المشهر به اى المقذوف او معاقبته جنائياً لوصحت .

وبالتالى ، نستنتج ان نص المادة 439 عقوبات اوسع من نص المادة الأولى من قانون حد القذف ، بمعنى ان مضمون هذا النص الأخير ضيق ويكون من ثم مشمولاً بالحكم الوارد فى النص الجنائى الأول ، الأمر الذى يسمح بالقول بناء على هذا التحليل بان جريمة حد القذف تعتبر مخلة بالشرف لأنها مشمولة ، اصلاً بحكم المادة 439 عقوبات ، بيد انها فيما يتعلق بتوقيع العقوبة الأصلية انضوت تحت احكام قانون تشريعات الحدود ، دون ان تفقد طبيعتها من حيث انها ، بالأصل جريمة تشهير .

2) الباب الثالث من الكتاب الرابع :ـ

وتشمل القائمة المدرجة فى هذا الباب الجنح الأخرى والمخالفات المتعلقة بالآداب العامة المنصوص عليها فى المواد 492 ـ 502 من قانون العقوبات ، وتضم هذه النصوص الجرائم التالية :ـ

1) م/492 : ـ جريمة لعب القمار .
2) م/496 : ـ جريمة العاب النصيب[26] .
3) م/500 : ـ جريمة عرض الأشياء المنافية بالحياء والاتجار بها[27] .
4) م/501 : ـ جريمة الأفعال المنافية للحياء والكلام الفاحش .
5) م/502 : ـ جريمة القسوة على الحيوان .

فكما يتضح من عنوان هذا الباب ، ان الجرائم فيه ، بعضها يعتبر من قبيل « الجنح » وبعضها الآخر لايكون إلا « مخالفات » وسواء اكانت الجريمة المنصوص عليها باحد موارده جنحةي ام مخالفة ، فانها تعتبر ، بحكم المادة الأولى من القانون الجديد ، جريمة مخلة بالشرف ، فلعب القمار المنصوص على تجريمه وعقابه فى المادة 493 انما هو « مخالفة » لأن العقوبة المقررة له هى الحبس مدة لاتزيد على الشهر أو الغرامة التى لاتجاوز عشرة دنانير وهى « مخالفة » مخلة بالشرف .

كذلك جريمة القسوة على الحيوان المنصوص عليها فى المادة 502 إنما هى « مخالفة » بسيطة لايعاقب عليها إلا بغرامة لاتجاوز خمسة دنانير ، ومع ذلك انها « مخالفة » مخلة بالشرف ايضاً . مادامت واردة ضمن جرائم الباب الثالث من الكتاب الرابع المتعلقة بالآداب العامة ولايمكن بحال ؛ استثناؤها ، لأن الفقرة الثالثة من المادة الأولى من القانون الجديد محل التعليق تعتبر مخلة بالشرف « الجنح والمخالفات المتعلقة بالآداب العامة المحددة بالباب الثالث من الكتاب الرابع » وجريمة القسوة على الحيوان واردة فى إطار هذا الباب وتحت عنوانه ، فلا مفر من اعتبار هذه المخالفة التافهة مخلة بالشرف ، ومما يؤكد وجهة النظر هذه ان المذكرة الايضاحية نفسها تذكر ضمن الجنح والمخالفات المتعلقة بالآداب العامة جريمة « القسوة على الحيوان » .

د) جريمة الزنا الواردة بالقانون رقم 70 لسنة 1973م : ـ

تعتبر جريمة الزنا المنصوص عليها فى تشريعات الحدود آخر جريمة مخلة بالشرف فى جدول القانون الجديد ، موضوع التعليق ، والزنا طبقاً لنص المادة الأولى من هذا القانون هو « ان يأتى رجل وامرأة فعل الجماع بغير ان تكون بينهما علاقة الزوجية المشروعة » والمشكلة التى ترتبط بجريمة الزنا ، باعتبارها جريمة مخلة بالشرف ، هى مشكلة الازدواجية بين الشريعة والقانون الوضعى إذ ان كلا منهما يجرم الزنا ويعاقب عليه . فهل خرجت جريمة الزنا من نطاق القانون الوضعى واصبحت تحت ولاية الشريعة فقط ؟ أم أنها خاضعة للشريعة والقانون الوضعى معاً ؟

وأهمية هذا السؤال ترجع الى احتمال براءة المتهم عن جرم الزنا وفق حكم الشريعة كما لو اقر بارتكاب الجريمة اربع مرات ثم رجع عن اقرارة قبل القضاء او بعد القضاء[28] الأمر الذى يؤدى الى عدم تلوثه بصفة ارتكاب جريمة مخلة بالشرف ، ولكنه يلاحق

ويحاكم مرة اخرى بمقتضى وصف جنائى آخر طبقاً للقانون الوضعى بحيث يمكن تجريمه ومعاقبته لكفاية الأدلة ، وبالتالى يصبح مرتكباً لجريمة زنا مخلة بالشرف . والظاهر ، ان القضاء الليبى يسير ، فى الوقت الحاضر ، فى هذا الإتجاه[29] وهو اجتهاد محل نظر ، يترتب عليه ان المتهم بالرغم من براءته ، طبقاً لحكم الشريعة ، فانه يظل معرضاً للتجريم طبقاً لحكم القانون الوضعى بحيث ان معاقبته بمقتضاه تفضى إلى اعتباره مرتكباً لجريمة مخلة بالشرف فيتحمل آثارها الجنائية ، فى حين ان ساحته قد برئت فى ضوء احكام الحدود وهذه نتيجة قد لاترتضيها العدالة .

بهذا نكون قد اوضحنا معالم الإطار الكامل لجدول الجرائم المخلة بالشرف كما عددها القانون الجديد ، موضوع الإيضاح والنقد ، الأمر الذى يسمح لنا بالانتقال الى بحث القضية الثانية فيه . . . . .

الفقرة الثانية

العقوبات التبعية بناء على الحكم فى الجرائم المخلة بالشرف

لقضية العقوبات التبعية التى يعالجها القانون الجديد فى مادته الثانية علاقة مباشرة بالنظام العقابى المأخوذ به فى القانون الجنائى الليبى ومن الواضح ان هذا القانون يسير وفق المذهب التقليدى فى نظام العقاب ، ولذلك جاءت العقوبات التى يقررها للجرائم متنوعة ومختلفة من حيث الجسامة والطبيعة والمدة والأهمية : فهى تارة ، بالنظر الى جسامتها ، عقوبات جنايات وعقوبات جنح وعقوبات مخالفات [30] وتارة ثانية بالنظر الى طبيعتها ، عقوبات بدنية ، بما فيها الإعدام ، وعقوبات سالبة للحرية وعقوبات مالية [31] .

وتارة ثالثة ، بالنظر الى مدتها عقوبات مؤبدة وعقوبات مؤقتة [32] وتارة رابعة بالنظر الى اهميتها لتحقيق فرضية المعادلة بن الجزاء والجريمة ، عقوبات اصلية وعقوبات تبعية وعقوبات تكميلية [23] .

ويهمنا هنا ان نقف وقفة تأمل عند التصنيف الأخير للعقوبات ، وهو تصنيف يقوم حسبما يزعم دعاته على أساس عدم كفاية العقوبات الأصلية لتحقيق الجزاء العادل عن الجرائم المرتكبة ذلك لأن المشرع بعد تقرير العقوبة لكل جريمة وهى العقوبة الأصلية قد يجد انها بذاتها كافية لتحقيق الغرض المقصود بها ، ولكنه فى بعض الأحيان يرى ـ متوهماً ـ ان تحقيق هذا الغرض يتطلب توقيع عقوبات ثانوية اخرى اضافية الى جانب العقوبات الأصلية وهى العقوبات التبعية والعقوبات التكميلية .

وعلى هذا نجد فى النظام القانونى العقابى طائفتين من العقوبات الأولى وتشمل العقوبات الأصلية [34] التى لايمكن توقيعها على الجناة إلا بعد ان ينطق القاضى بها فى اعقاب الإدانة . اما الطائفة الثانية فهى تضم العقوبات التبعية والعقوبات التكميلية وخصيصتها الجوهرية هى أنها لاتوقع بمفردها وإنما يجب ان يتم توقيعها الى جانب العقوبة الأصلية ، وبالتالى فانها فى الواقع ، عقوبات ثانوية اى فرعية وإضافية ، [35] بمعنى انها مضافة الى العقوبة الأصلية زيادة فى التنكيل وصب جام الغضب عى الجانى لأن عقوبة اصلية واحدة لاتكفى بحقه وردعه ، لأنه عدو شرير ، لأنه خطر لابد من الحذر منه بعدد من العقوبات ينبغى توقيعها ـ جميعها ـ على نفسه وروحه وبدنه . . وشرفه ايضاً ولكن ماهى هذه العقوبات التبعية ؟ PEINES ACCESSDIRES **هى العقوبات التى حرص المشرع الليبى فى « القانون ببعض الأحكام الخاصة بجرائم الآداب العامة » موضوع التعليق ، على النص عليها بالرغم من سبق تقريرها فى قانون العقوبات العام ؟ ويجدر ، قبل كل شيء ان نلاحظ ان هذه العقوباتب التبعية تختلف عن العقوبات التكميلية** [36] PEINES COMPLEMENTAIRLS **فالأولى يكون توقيعها وتنفيذها بمجرد النطق بالعقوبة الأصلية فلا تحتاج الى النطق بها من قبل القاضى فى الحكم الذى يصدره بعد الإدانة لأنها ملحقة بالعقوبة الأصلية وتابعة لها ، وبالتالى فان « العقوبات التبعية هى التى تلحق المحكوم عليه**

بحكم القانون DE PLEIN DROIT دون الحاجة الى النص عليها فى الحكم » أما بالنسبة الى العقوبات التكميلية فانها ترتبط ببعض الجرائم ولايمكن توقيعها على المحكوم إلا إذا تضمنها الحكم ، أى بمقتضى النطق بها من قبل القاضى[37] .

ومن ثم يكون من المتصور عدم الحكم بها إذا لم يجد القاضى ضرورة لها لاسيما إذا كانت جوازية خاضعة لتقديره واجتهاده ، كالحكم بالمصادرة لدى إدانة المتهم عن جنحة مثلاً فى بعض التشريعات العقابية العربية المقارنة اما إذا كانت وجوبية يلزم القاضى بالنطق بها فانها تفرض على الجانى فرضاً بحكم القانون كالعقوبة التبعية ولكنها تتميز عن هذه الأخيرة من حيث الزام القاضى بوجوب النطق بالعقوبة التبعية ولكنها تتميزي عن هذه الأخيرة من حيث الزام القاضى بوجوب النطق بالعقوبة التكميلية الوجوبية مع العقوبة الأصلية التى يقضى بتوقيعها على الجانى .

والحاصل ان معنى العقوبة التبعية هو حرمان المحكوم عليه من بعض الحقوق والمزايا التى كان يتمتع بها كمواطن شريف قبل اقترافه للإثم ، أى للجريمة ، ولقد سميت تبعية لأنها تتبع الحكم الصادر بالعقوبة الأصلية عن الجريمة الواقعة فهى تلحق به مباشرة . ومن خصائصها : -

1) انها تتبع الحكم بالإعدام أو بالسجن لمدة عشر سنوات أو اكثر « وفى هذه الحالة يترتب حرمان دائم من الحقوق المدنية » .

2) انها تقع بقوة القانون وحكمه ، لذلك لاتحتاج الى ان يذكرها القاضى فى حكمه .

3) ان القاضى لايملك سلطة الإعفاء منها .

4)ان اثرها يترتب مباشرة وتضطلع سلطة التنفيذ بتنفيذها ان كانت بحاجة للتنفيذ .

5) انها لاتقبل التجزئة فلايملك القاضى سلطة الحكم ببعضها دون البعض الآخر[38] .

6) انها لاتصدر وحدها بدون عقوبة اصلية ، ذلك لأنها إذا صدرت فى هذه الحالة دون ان يوجد حكم بالعقوبة الأصلية ، فعندئذ لاتتبع حكماً بعقوبة اصلية ، فتصبح غير تبعية . والمهم فى هذا هو ان الحكم بها وحدها غير جائز إلا فى حالات خاصة جداً ينص عليها تشريع خاص وعندئذ لاتكون تبعية وإنما اصلية كالحكم بالمصادرة فقط مثلاً اما مايترتب على العقوبات التبعية من آثار جنائية فقد نصت عليها المادة 17 / 2 عقوبات بقولها : (العقوبات التبعية هى : -

1) الحرمان من الحقوق المدنية .

2) الحرمان من مزاولة المهن أو الأعمال الفنية .

3) فقدان الأهلية القانونية .

4) نشر الحكم بالإدانة .

فالجانى المحكوم عليه لايتحمل عقوبة الجريمة التى ارتكبها فقط وإنما ينوء بكل هذه الأعباء الثقيلة ايضاً ، ولنأخذ فكرة عن كل منها ، على النحو التالى : -

(أ) الحرمان من الحقوق المدنية : -

يحرم المحكوم عليه من جملة حقوق ومزايا نصت عليها المادة 33 عقوبات ، وهى : -

1) « حق الترشيح او الانتخاب لأية هيئة نيابية وجميع الحقوق السياسية الأخرى » ومعنى هذا الحرمان ، فى الوقت الحاضر مع النظام الجماهيرى ، تجريد الجانى من الحقوق السياسية كافة كحقه بالمشاركة فى المؤتمرات الشعبية الأساسية ، وحق التصعيد للامانات العامة أو اللجان بأية صفة من الصفات ، وتسقط عنه العضوية حال الحكم عليه إذا كان عضواً فى إحدى اللجان أو الأمانات .

2)« الصلاحية للبقاء فى أية وظيفة عامة أو القبول فى أية خدمة عامة إلا إذا كانت خدمة جبرية ، وتجريده من أية صفة اكتسبت بسبب العمل فى وظيفة أو خدمة عامة . » .

أى يسقط حقه فى تولى الوظائف والخدمات العامة المهنية والنقابية . وتسقط وظيفته فيها أى يعزل بحكم القانون إذا كان يشغلها عند الحكم عليه . وقد استثنى القانون حالة الخدمة الالزامية كالتجنيد فى الجيش وقواته المسلحة[39] .

3) « الصلاحية للعمل كوصى او قيم وان كان التعيين مؤقتاً ، وكل حق آخر ، له علاقة بالوصاية او القوامة » وعليه لايحق للمحكوم ان يكون وصياً او قيماً او وكيلاً ، فإذا كانت له إحدى هذه الصفات او بعضها او جميعها عند الحكم عليه فانها تسقط عنه اى يعزل من الوصاية او القوامة او الوكالة ، على أساس انه لم يعد اهلاً لها .

4) « الالقاب والرتب والأوسمة وغير ذلك من شارات الشرف العامة » فيحرم المحكوم من تحمل الأوسمة الوطنية والاجنبية والرتب العسكرية وإذا كان يملك شيئاً منها فان تجريده منه يقع بحكم القانون بسبب الحكم عليه عن جريمته .

5) « جميع حقوق الشرف المترتبة على أية وظيفة او خدمة او درجة او لقب او على الصفات او الامتيازات المذكورة فيما تقدم » فإذا كانت الدولة قد منحت له بعض الحقوق او المزايا على سبيل التقدير والتكريم اعترافاً باعماله الجليلة الناشئة عن وظيفته او خدماته فانه يحرم منها جملة وتفصيلاً ويسدل الستار المظلم على ماضيه المشرق .

6) « الاهلية لتولى او اكتساب اى حق او صفة او خدمة او لقب او درجة او شارة من شارات الشرف المنصوص عليها فى البنود السابقة » فلايحق للمحكوم ان يكون خبيراً او شاهداً فى عقد او تصرف ولا ان يكون صاحب التزام او مقاولة ، ولا ان يكون مالكاً او ناشراً او رئيساً لإحدى الصحف ، ولا اهلاً لتولى إدارة مدرسة او معهد علمى او ممارسة اى نشاط تعليمى ، كما يحرم من حمل السلاح . فإذا كان المحكوم عليه وقت صدور الحكم ضده متمتعاً ببعض هذه الحقوق والمزايا فانه يحرم منها بمجرد صدور الحكم عليه . . .

(ب) الحرمان من مزاولة المهن او الأعمال الفنية : ـ

ومن العقوبات التبعية المنصوص عليها فى قانون العقوبات الليبى « الحرمان من ممارسة المهن او الفنون » وقد عرفت المادة 35 من هذا القانون المقصود بهذا الحرمان ، فقالت : « الحرمان من مزاولة المهنة او العمل الفنى هو منع الجانى مدة الحرمان من حق مزاولة اية مهنة او فن او صناعة او تجارة او حرفة تتطلب اذناً خاصاً او تخويلاً او ترخيصاً من السلطات العامة . ويتضمن الحرمان سقوط ذلك الإذن او التخويل او الترخيص » .

ثم جاءت المادة 36 عقوبات مبينة الأحوال التى يسرى فيها هذا النوع من الحرمان فقضت : ـ

1) « يترتب الحرمان المؤقت المنصوص عليه فى المادة السابقة ، على الحكم فى جنائية او جنحة عمدية ، ارتكبت اساءة للممارسة اى مهنة او فن او صناعة او تجارة او حرفة او الوجبات المتعلقة .

2) كما يترتب الحرمان المؤقت فى الوظيفة العامة او الوصاية او القوامة على كل حكم فى جناية او جنحة عمدية ارتكبت اساءة لاستعمال السلطة او خرقاً للواجبات المترتبة على الوظيفة العامة او الوصاية او القوامة .

3) ويكون الحرمان المذكور فى الفقرتين السابقتين لمدة تنفيذ العقوبة مدة اخرى بعدها يحددها الحكم على الاتقل بالنسبة للجنح عن شهر ولاتزيد على ثلاث سنوات ، ولاتقل بالنسبة للجنايات عن سنة ولاتزيد على خمس سنوات » .

ويلاحظ ان المشرع قد حرص ، هنا على تحديد مجال هذا النوع من الحرمان ، فحدده بالإساءة الى ممارسة المهنة او الفن او الصناعة او التجارة او الحرفة او الوظيفة العامة او الوصاية او القوامة التى كان الجانى يمارسها لدى ارتكابه الجريمة ، او كانت الإساءة فى الواجبات المتعلقة بها . كما اشترط ان تكون الجريمة التى اقترفها الجانى جناية او جنحة عمدية بغض النظر عن العقوبة الأصلية التى يحكم بها عليه .

(ج) فقدان الأهلية القانوية : ـ

ومن العقوبات التبعية التى تلحق المحكوم عليه ايضاً ، تجريده من الأهلية القانونية ، وقد نصت المادة 37 عقوبات على ذلك بقولها : ـ

1) يفقد اهليته القانونية كل شخص حكم عليه بالإعدام .

2) كما يفقد اهليته القانونية طوال مدة سجنه كل شخص يحكم عليه بالسجن المؤبد او بالسجن لمدة لاتقل عن خمس سنوات 8

وليس هذا إلا الحجر القانونى على شخصية المحكوم فى إدارة مايملك من ثروة وشؤون تتعلق بها .

د) نشر الحكم : -

ومن العقوبات التبعية ايضاً التى ينص عليها قانون العقوبات الليبى ، نشر الحكم إذ تقضى المادة 39 منه بان « يجب النشر فى حالة الحكم بالإعدام او السجن المؤبد ، وفى الحالات الأخرى التى يعينها القانون ، ويكون النشر بإلصاق اعلان بذلك فى المنطقة التى صدر فيها الحكم وفى المنطقة التى ارتكبت فيها الجريمة ، وفى المنطقة التى كان فيها المحل الأخير لإقامة الجانى .

وعلاوة على ذلك ينشر الحكم مرة او اكثر فى صحيفة او اكثر يعينها القاضى .

ويقتصر النشر على خلاصة الحكم إلا إذا امر القاضى بنشر الحكم كله . ويكون النشر على نفقة الجانى .

ويجوز « جوازية » للقاضى فى الأحوال الأخرى التى تستدعى ذلك ان يأمر بإذاعة الحكم وليس فى هذا النص ما يحتاج الى ايضاح او تفسير ، لأن عباراته هى من الوضوح بحيث توارى عنها كل عموض او ابهام ، وبكلمة انه يقضى بالتشهير بالمحكوم عليه عن طريق وسائل الإعلام لاسيما الصحافة والالصاق على الجدران ليعلم كل مواطن ما اقترف من إثم اى اجرام .

ولكن متى تثبت العقوبات التبعية ؟ وما هو مدى سريانها على المحكوم ؟ لقد سار المشرع الليبى بشأن هذه المسألة على أساس التمييز بين الحرمان الدائم والحرمان المؤقت . فبالنسبة الى « الحرمان الدائم » من الحقوق المدنية المنصوص عليها فى المادة 33 عقوبات ، اقتضى نوعاً معيناً من العقوبات الأصلية ، هو السجن المؤبد او السجن لمدة عشر سنوات او اكثر .

كما انه قرر فى الوقت نفسه ، الحرمان الدائم لمعتادى الاجرام[40] فى الجنايات او الجنح ، ايا كانت العقوبة المقضى بها . وكذلك الحال بالنسبة لذوى النزعة الاجرامية المنحرفة (م/34 عقوبات) .

وبالنسبة الى « الحرمان المؤقت » فقد اقتضى المشرع ايضاً نوعاً من العقوبة الأصلية وهو الحكم بالسجن لمدة ثلاث سنوات او اكثر (م/34 عقوبات) .

ولكنه ، من جهة اخرى لم يعر اهتماماً لنوع العقوبة الأصلية المحكوم بها الجانى وانما نظر الى نوع المجال الذى ترتكب فيه الجريمة سواء كنت جناية او جنحة عمدية وحدد ذلك باساءة ممارسة مهنة او فن او صناعة او تجارة او حرفة او وظيفة عامة او وصاية او قوامة او الواجبات المتعلقة بها بقطع النظر عن العقوبة الأصلية التى تقرر توقيعها على الجانى ، سجناً مؤبداً او مؤقتاً او حبساً او غرامة .

● **اما فيما يتعلق بمدى سريان العقوبات التبعية : ـ**

فيتضح من مفهوم « الحرمان المؤقت » انه محدود المدة بحيث ينتهى بانتهائها . فالمادة 34 عقوبات تنص على ان « الحكم بالسجن لمدة ثلاث سنوات او اكثر)[41] يتضمن الحرمان من الحقوق المدنية مدة تنفيذ العقوبة ، ومدة بعد ذلك لاتقل عن سنة ولاتزيد على خمس سنوات » .

والحرمان من ممارسة المهن او الفنون او الوظائف العامة المنصوص عليه فى المادتين 35 ـ 36 عقوبات إنما هو حرمان مؤقت يكون « لمدة تنفيذ العقوبة ومدة اخرى بعدها يحددها الحكم على ألا تقل : ـ

ـ بالنسبة للجنح عن شهر ولاتزيد عن ثلاث سنوات ـ ولاتقل بالنسبة للجنايات عن سنة ولاتزيد على خمس سنوات (م/36/3 عقوبات) .

وإذا تعلق الأمر بفقدان الأهلية القانونية فان الشخص المحكوم بالسجن المؤبد او بالسجن لمدة لاتقل عن خمس سنوات يفقد هذه الأهلية طوال مدة سجنه ولاتعود اليه إلا بعد انقضاء عقوبته او الإفراج عنه (م/37 عقوبات) .

وسيراً على حكم هذا النص ان العقوبة بمدة تقل عن خمس سنوات لاتستتبع حرمان المحكوم عليه من الأهلية القانونية . هذا وتقضى الادة 40 عقوبات بانه « إذا نص القانون على ان الحكم يترتب عليه عقوبة تبعية ولم تعين مدتها ، كانت مدة العقوبة التبعية مساوية لمدة العقوبة الأصلية المحكوم بها او التى يتحتم على الجانى قضاؤها بدلاً من الغرامة التى يعجز عن دفعها » .

ومعنى هذا ، ان مدة العقوبة التبعية هى نفس مدة العقوبة الأصلية المحكوم بها الجانى وذلك فى الحالة التى لم تتحدد فيها مدة العقوبة التبعية بالنص القانونى وبناء عليه فان النصوص المتقدمة قد بينت احوال انقضاء « الحرمان المؤقت » من الحقوق والمزايا وهو الحرمان الذى يترتب على العقوبات التبعية .

ولكن المشكلة تظل قائمة مع « الحرمان الدائم » الناتج عن العقوبات التبعية . فهل يتسمر هذا الحرمان مدى الحياة إذا لم يعدم الشخص ؟

يبدو ان المشرع لم يفقد جانب الشفقة او الرحمة نهائياً فقد قرر مبدأ (رد الاعتبار)REHABILATION **للجانى ، فى المواد 481 ـ 492 من قانون الاجراءات الجنائية لكى يتيح له امكانية استعادة مكانته الطبيعية فى الحياة الاجتماعية .**

ويترتب على رد الاعتبار اثر قانونى هام هو محو الحكم الصادر بالإدانة وانقضاء العقوبات التبعية وما استتبعته من اشكال الحرمان من الحقوق وانعدام الأهلية القانونية وذلك ابتداء من تاريخ صدور الحكم برد الاعتبار .

ولكن يلاحظ ـ وهذه نقطة هامة ـ بالنسبة للقانون الليبى ان رد الاعتبار ليس حقاً يستطيع المحكوم عليه المطالبة به وإنما هو رخصة يترك تقديرها للقضاء . فالمادة 1/481 ، اجراءات تنص على انه « يجوز رد الاعتبادر لكل محكوم عليه فى جناية او جنحة ويترتب على رد الاعتبار انقضاء الحكم والعقوبات التبعية وسائر الآثار الجنائية الأخرى التعلقة به دون ان يؤثر ذلك فى الالتزامات المدنية المترتبة على الحكم بالإدانة » .

وإذا علمنا ان الاجراءات الشكلية الواجب مراعتها والشروط والقيود المطلوب توافرها هى من التعقيد والصرامة بحيث يتعذر كثيراً الخروج منها بالسلامة ، ادركنا مدى قيمة تلك الشفقة او الرحمة التى المحنا اليها من قبل قليل .

وهكذا ننتهى الى ان العقوبة التبعية إنما هى فى حقيقتها او جوهرها ، وبالفعل والواقع عقوبة ثانية الى جانب العقوبة الأصلية المقررة للجريمة ، فالمشرع لايكتفى بعقوبة واحدة عن الجريمة التى يقترفها الشخص وإنما يقرر لها عقوبتين يسمى الأولى اصلية ويطلق على الثانية اسم العقوبة التبعية ، وللوصول الى هذا الغرض يستخدم وسيلة فنية تخفى وراءها اسلوب العقوبتين او الشدة التى يروم تقريرها ضد الجانى : فهو بعد ان يضع لكل جريمة عقوبة ويبدو ، ظاهرياً ان هذه هى عقوبة الجانى إذا ما اقترف الجريمة ، يبادر وينص على عقوبة ثانية تأخذ شكل العقوبة التبعية لايجهد نفسه فى تكرارها بالنسبة لكل جريمة وإنما يقضى بتوقيعها ، تلقائياً ، بدون حتى الحاجة الى ان ينطق بها القاضى فى الحكم بعد الإدانة . . وهكذا يجد المحكوم نفسه قد نزلت به عقوبتان : ـ واحدة سمعها من القاضى يلفظها فى وجهه والثانية تقع عليه بصورة اوتوماتيكية ، آلية بحكم القانون وليس للقاضى نفسه سلطة تقديرها او النظر فى مدى ملاءمتها للجانى .

فى مؤلف لنا صدر سنة 1976م [42] كنا قد تصدينا للعقوبات التبعية وطالبنا بالغائها فقلنا بالحرف الواحد : «اننا ضد الاعتراف بقيمة مثل هذه العقوبات التبعية التى لاتقرها السياسة العقابية الحكيمة » .

وكتبنا بصدد الكلام عن الحرمان من الحقوق والمزايا المترتبة على العقوبات التبعية « ومع ان الظاهر يجعل هذا الحرمان مقبولاً إلا انه فى الحقيقة ، وفى ضوء الاتجاهات الحديثة للعقوبة ، قد اصبح من معالم سياسة خلفية لم تعد تنسجم مع فكرة تأهيل المحكوم والعناية بإصلاحه ، لذلك تميل التشريعات الجديدة الى غض النظر عن مثل هذا الحرمان الذى ليست له جدوى . بل ان بعض الحقوق والامتيازات تسقط بحكم واقع السجن » .

وفى هذا الاتجاه نجد الاستاذين الفرنسيين روجيه ميرل R.MERLE واندريه فيتو A. VITU يقولان فى موسوعتهما القانون الجنائى : « بان الفقه المعاصر يأسف بحق لهذه الصفة التلقائية ـ للعقوبة التبعية ـ التى لاتنسجم مع تفريق الجزاء .

وليس الأسف باقل وقعاً إزاء هذه التلقائية عندما يتعلق الأمر بمجال التدابير الوقائية ذلك لأن الغرض من هذه التدابير هو ايقاف حالة خطرة ثابتة لايستطيع تقديرها إلا القاضى وحده . . ولسوء الحظ لايزال عدد كبير من التدابير الوقائية تعمل عملها كعقوبات تبعية »[43] .

وكانت « الجمعية الدولية للدفاع الاجتماعى » SOCIETE INTERNATIONALE DE DEFENSE SOCIALE وهى التى تحبذ اتخاذ وسائل فعالة من شأنها وقاية المجتمع من الإجرام وحمايته من اخطاره قد ناقشت فى اجتماع دولى لها [44] بعض هذه الوسائل مثل « الحرمان المهنى والحرمان من ممارسة بعض انواع النشاط » ولقد انتهت فى ملاحظتها النهائية الى مايلى : -

(أ) ان بعض صور الحرمان من ممارسة المهن او النشاطات المترتب على وقوع الجريمة لايتفق مع حقائق الحياة الحديثة ، وان بعض هذه الصور قد صيغ بكيفية لاتنبعث من فكرة واحدة ، ولاتندمج فى الإطار العام للجزاءات .

(ب) ان النتائج المترتبة على الحرمان والتى تصيب الشخص واعضاء اسرته تتجاوز عادة مقتضيات الحماية الاجتماعية .

(ج) ان القيمة الايجابية للردع الخاص المترتبة على هذا الحرمان ليست واضحة وفى بعض الحالات فان الحرمان - نفسه - يمكن ان يكون عاملاً للاجرام .

(د) وبناء على ماتقدم ، فانه من الضرورى تقييد هذا الحرمان وحصره فى المجالات التى توجبه من اجل تجنب العود وحماية كرامة المهنة او الوظيفة » .

ولقد اوصى المؤتمر ، فى ضوء هذه الملاحظات ، بمايلى : -

1) كقاعدة عامة يختص القاضى بتقدير ملائمة الحكم بالعزل وتحديد وسائل تنفيذه ولإتخاذ هذا الحكم يجب ان تطرح امام القاضى نتائج فحص شخصية المتهم .

2) لايجوز تطبيق الحرمان من الوظيفة العامة او من ممارسة المهنة او النشاط بطريقة آلية - اى بقوة القوانين - مالم يكن ذلك ضرورياً لحماية المهنة او الوظيفة .

3) يجب السماح بتوقيع الحرمان من مزاولة الوظيفة او المهنة كعقوبة وحيدة او اصلية .

4) يجب السماح بتقييد الحرمان الى بعض صور معينة من ممارسة الوظيفة او المهنة او النشاط .

5) بالنظر الى ان الحرمان من الوظيفة او المهنة هو تدبير سلبى محض ، فانه من الضرورى الاهتمام بإعادة تربية المحكوم عليه سواء فى وسط عقابى او فى الحياة الاجتماعية إذا لم يكن مسلوب الحرية .

6)يجب السماح بالطعن امام القضاء ، فى القرارات التى تتخذها السلطات غير القضائية بالحرمان من الوظيفة او المهنة او النشاط .

7) من الملائم ان يمتد الحرمان من مزاولة الوظيفة او المهنة او النشاط خارج اقليم البلاد التى تقرر فيها هذا الحرمان . .

8) كل حرمان استمر لمدة طويلة يجب السماح برفعه مالم يكن الإبقاء عليه أمراً ضرورياً[45] .

ومن المهم ان ننتبه الى مافى هذه التوصيات من قيمة علمية وموقف حاسم إزاء العقوبات التبعية : فالردع الخاص المترتب عليها لايجدى نفعاً وربما يكون اثره ضاراًودافعاً للإجرام والأمر فى تقدير اتخاذ مايلائم حالة الجانى يجب ان يترك للقاضى لدى دراسته للحالة الشخصية للجانى . وإذا كان يجب الحرمان من الوظيفة او من مزوالة المهنة فان اتخاذ مثل هذا الاجراء يجب ان يكون عقوبة اصلية وحيدة وليس عقوبة تبعية اضافية . ونبغى فوق ذلك الحرص على تربية المجرم عليه وتأهيله ، ولابد من ان يكون الحرمان ، على كل حال عند الاقتضاء مؤقتاً يزول بعد انتهاء مدة معينة .

هذه الأفكار والآراء القيمة هى التى جعلتنا ننقل بالكامل ملاحظات المؤتمر الدولى المشار اليه وتوصياته الثمينة الناتجة عن بحث تجريبى ومناقشة موضوعية ، لكى يتأكد لدى القارىء العربى ، موقف الفقه القانونى العاصر من العقوبات التبعية وكيف انه موقف لايرد فيها سوى قيمة ضئيلة وإذا كان لابد منها فى بعض الأحوال فينبغى ترك امرها لسلطة القاضى التقديرية لدى محاكمة التهم ودراسة حالته الشخصية وظروفه الاجتماعية .

ولنعد الآن ـ والعود احمد ـ الى القانون ببعض الأحكام الخاصة بجرائم الآداب العامة موضوع تعليقنا ، فماهو الجديد الذى جاء به هذا القانون ، فيما يتعلق بالعقوبات التبعية المنصوص عليها فى قانون العقوبات العام ؟

تنص المادة الثانية منه اعلى انه : ـ

« . . . يترتب على الحكم بالإدانة فى الجنايات والجنح المخلة بالشرف ، وفقاً لأحكام هذا القانون ، مايلى : ـ

1) الحرمان من التصعيد لأمانات المؤتمرات الشعبية الأساسية واللجان الشعبية والاتحادات والنقابات والروابط المهنية .

2) عدم صلاحية المحكوم عليه بالإدانة لأن يكون وليا او وصياً او قيماً او وكيلاً .

3) عدم قبول شهادة المحكوم عليه بالإدانة امام المحاكم .

4) حرمان المحكوم عليه من الحصول على شهادة حسن السيرة والسلوك من اية جهة كانت .

5) نشر الحكم وفقاً للقواعد المنصوص عليها فى قانون العقوبات .

6) وفى جميع الأحوال يجوز للقاضى تضمين الحكم النصح بعدم مصاهرة المحكوم عليه بالإدانة .

لو دققنا النظر فى جميع هذه العقوبات التبعية لوجدنا المادة 17 / 2 من قانون العقوبات قد نصت عليها جملة وتفصيلاً ، اللهم إلا النصيحة بعدم المصاهرة وهى نصيحة ليست من العقوبات التبعية كما انها باعتبارها مجرد نصيحة تبدو لنا شاذة وغريبة ، لأن من الغرابة حقاً ان يلجأ المشرع فى قانون جنائى ، الى تقرير النصائح ويترك للقاضى سلطة تقديرية فى الإيصاء بها ولكن لنفحص كل عقوبة على حدة : ـ

1) الحرمان من التصعيد لأمانات المؤتمرات الشعبية الأساسية واللجان الشعبية والاتحادات والنقابات والروابط المهنية .

هذا الحرمان ليس إلا من قبيل الحظر من التمتع بالحقوق السياسية المنصوص عليه فى المادة 33 عقوبات ، إذ تقرر الفقرة الأولى منها حرمان الجانى من « الترشيح او الانتخاب لأية هيئة نيابية وجميع الحقوق السياسية الأخرى » .
وبالطبع ان الترشيح والانتخاب والهيئية النيابية ، لم يعد لها فى ظل النظام الجماهيرى ، معنى أو محل اعتبار ، وذلك لأنه قد حلت محلها جذرياً اعمال المساهمة فى المؤتمرات الشعبية الأساسية والتصعيد الى اماناتها ولجانها الشعبية .
على ان النص الجديد يحظر التصعيد ولم يشر الى المساهمة فى نشاطات المؤتمرات الشعبية الأساسية الأخرى ، فهل حصل من المسرع سهو ؟ ام انه يجيز المشاركة بالأعمال السياسية للمؤتمرات الشعبية ، ويمنع مجرد التصعيد الى الأمانات واللجان ؟ وهل الحظر من الحقوق السياسية جزئى ام كامل ؟ نحن نثير هذه التساؤلات وحسب .

2) عدم صلاحية المحكوم عليه بالإدانة لأن يكون ولياً او وصياً او وكيلاً : ـ

وما هذا الحرمان من مزايا الحقوق المدنية إلا تكرار وإعادة لما هو منصوص عليه سابقاً فى الفقرة الثالثة من المادة 33 عقوبات إذ تقضى بحرمان الجانى من : ـ « الصلاحية للعمل كوصى او قيم ، وان كان التعيين مؤقتاً وكل حق آخر له علاقة بالوصاية او القوامة » .
الحقيقة ، ليس فى وسعنا إدراك علة هذا التكرار ، لماذا يقتبس نصوص واحكام قائمة فى قانون اساسى ووضعها فى قانون آخر فرعى ، تكميلى ، المفروض فيه ان يأتى باحكام جديدة لمعالجة او مواجهة اوضاع مستحدثة لابد من الإسراع فى الوقوف امامها ، حماية ودفاعاً .

ويثور سؤال : إذا كان المحكوم عليه بالإدانة عن جريمة من الجرائم المخلة بالشرف طبقاً للمادة الأولى من هذا القانون الجديد ، يصبح عديم الصلاحية للولاية والوصاية والقوامة والوكالة ، اى بكلمة مختصرة يفقد اهلية إدارة شؤون الآخرين المالية والشخصية فما الحكم بالنسبة اليه ، هو المحكوم عليه ، بالذات ؟ ألا تسقط اهليته القانونية ألا يخضع للحجز القانونى ؟ ؟

الجواب على هذا السؤال لايمكن ان يكون إلا بالإيجاب ، ولكن القانون لايشير اليه مباشرة وانما يحيل الى قانون العقوبات قائلاً : « مع عدم الإخلال بالآثار الأخرى المترتبة وفقاً لقانون العقوبات » .

أما كان يحسن الإحالة الى هذا القانون العام بالنسبة لكافة العقوبات التبعية إذا كان لابد من تقريرها والنص عليها ؟ ؟

3) عدم قبول شهادة المحكوم عليه بالإدانة أمام المحاكم : -

من الواضح ، ان أداء الشهادة امام الجهات القضائية لايعتبر حقاً او ميزة بالمعنى الصحيح[46] ذلك لأن تقدير الشهادة المعطاة يرجع الى سلطة المحكمة وقناعتها فقد تهملها بالرغم من ان الشاهد المدلى بها لم يسبق الحكم عليه باية عقوبة هذا من جهة ، ومن جهة اخرى ان الشاهد المحكوم عليه سابقاً لايؤدى اليمين إذا ادلى بالشهادة امام القضاء ، وبالتالى لن يلاحق إذا كان كاذباً ، عن شهادة الزور لأن هذه الجريمة تتطلب حلف اليمين . لهذه الاعتبارات يذهب عدد كبير من الفقهاء الى عدم جدوى هذه العقوبة التبعية [47] .

ويرى القضاء المصرى ان مثل هذا الشخص انما يعامل معاملة ناقصى الأهلية ، وفى هذا المعنى تقول محكمة النقض : « الحرمان من أداء الشهادة بيمين بالنسبة الى طائفة المحكوم عليهم بعقوبة جناية هو فى الواقع من الأمر عقوبة معناها الظاهر التهوينى من شأن المحكوم عليهم ومعاملتهم معاملة ناقص الأهلية طوال مدة العقوبة وبانقضائها تعود الى هؤلاء جدارتهم لإداء الشهادة بيمين ، فهى ليست حرماناً من حق او ميزة مادام الملحوظ فى أداء الشهادة امام المحاكم هو رعاية صالح العدالة[48] فما هى إذ اهمية شهادته ؟ ليست لها سوى قيمة استدلالية ، بمعنى انها لاتصلح دليلاً للحكم بناء عليها فقط .

4) حرمان المحكوم عليه من الحصول على شهادة حسن السيرة و السلوك من أية جهة كانت : -

يستهدف هذا الحرمان فرض قيود حديدية على حرية المحكوم عليه عندما يريد البحث عن عمل يتطلب الثقة والتمتع بالأخلاق الفاضلة كالعمل فى مدرسة لتربية الأولاد او فى المصرف كأمين صندوق او كمحاسب لدى شركة او سوق شعبى مثلاً ، ومعنى ذلك هو الحيلولة بين المحكوم عيه وبين كسب العيش بالطرق والوسائل الشريفة . والنتيجة ؟

سوف يجد امامه ابواب الرزق مغلقة كلها ، فلا سبيل له عندئذ غير العودة الى الجريمة كلا . . . ثم كلا .

إن هذه العقوبة ليست جديرة بأى إنسان . . انها بالية لا تردع نفساً ولاتنفع أحداً وضررها اشد خطراً من اى خطر آخر ، فى مجالها . . . ولقد هجرتها التشعريعات المعاصرة حتى قانون العقوبات الليبى نفسه لم يجعل الحرمان من الحصول على شهادة حسن السيرة واسلوكس عقوبة تبعية . . فهل تقريرها فى القانون ، هو الشيء الجديد فيه ؟

نشر الحكم وفقاً للقواعد المنصوص عليها فى قانون العقوبات : -

يعتبر نشر الحكم الصادر ضد الجانى وسيلة من وسائل التشهير به والتهوين من شخصيته بين اهله ومعارفه . ولقد نص قانون العقوبات فى المادة 39 منه على نشر الحكم باعتباره عقوبة تبعية ، ولكنه حدده بحالة الحكم بالإعدام او السجن المؤبد . . ثم اضاف « وفى الحالات الأخرى التى يعينها القانون » ومعنى هذا ان الحالات الأخرى إنما هى بمثابة استثناء ، لأن الأصل ان يكون نشر الحكم فى قضايا الإعدام والسجن المؤبد .

أما القانون الجديد ، محل التعليق ، فقد اجرى توسيعاً كبيراً فى مجالات نشر الحكم الجنائى إذ جعله يمتد الى « الجنايات والجنح المخلة بالشرف » بل ان للمذكرة الايضاحية فى جعلته يتسع للمخالفات ايضاً .

ويحيل القانون الجديد الى قانون العقوبات فيما يتعلق بكيفية النشر وقواعده ولدى الرجوع الى المادة 39 من هذا القانون نجده يقضى بان « يكون النشر بالصاق اعلان بذلك فى المنطقة التى صدر فيها الحكم وفى المنطقة التى ارتكبت فيها الجريمة ، وفى النطقة التى كان فيها المحل الأخير لإقامة الجانى » ولم يكتف القانون بكل هذه الأنواع من النشر وانما اقتضى علاوة على ذلك ان « ينشر الحكم مرة او اكثر فى صحيفة او اكثر يعينها القاضى ويقتصر

النشر على خلاصة الحكم إلا إذا أمر القاضى بنشر الحكم كله . ويكون النشر على نفقة الجانى » ليس هذا فقط وإنما « ويجوز للقاضى فى الأحوال التى تستدعى ذلك ان يأمر بإذاعة الحكم » .

ليس لدينا اى تعليق على هذه العقوبة لأننا نشك فى مفعولها وتأثيرها فى تأهيل الجانى وإعادته الى المجتمع عضواً نافعاً فيه .

6) نصح القاضى بعدم مصاهرة المحكوم : -

قبل كل شيء ، ماهى طبيعة هذه العقوبة ؟

إنها ، كما يبدو بوضوح ، مجرد النصح بعدم المصاهرة وهو نصح يجوز للقاضى الإيصاء به فى الحكم إذا ارتأى ذلك . فهى إذن ليست عقوبة تبعية بالمعنى الصحيح ، لأن العقوبة بهذا المعنى ، كما رأينا سابقاً ، تلحق الحكم بالعقوبة الأصلية بدون حاجة الى ان ينطق القاضى بها .

فإذا لم تكن عقوبة تبعية فما هى إذن ؟ ؟

هل يمكن اعتبارها عقوبة تكميلية ؟ ؟

فى الواقع كان من الممكن اسباغ هذه الصفة عليها وعدها من قبيل العقوبات التكميلية الجوازية لو كانت تنطوى على معنى الجزاء الجنائى ، ولكنها خالية من هذا العنصر لأنها مجرد نصح وإيصاء بعدم المصاهرة . . ولاندرى أية قيمة تترتب عليه من الناحية الواقعية ، ثم وهذه نقطة هامة ، سبق ان المعنا اليها ، إن النصائح ليست من وظيفة القانون الجنائى ، ذلك لأن وظيفته الأساسية هى التجريم والعقاب ، ولكن القانون الجديد شاء ان يأتى بشيء جديد ، وهو النصح بعدم مصاهرة المحكوم عليه بالإدانة .

بهذا نكون قد جلنا جولة بطيئة حول القضيتين الأولى والثانية من قضايا القانون ببعض الأحكام الخاصة بجرائم الآداب العامة ، ولكن لهذا القانون قضية اخرى هى التى نعالجها فى موضوع الفقرة التالية .

الفقرة الثالثة

الظروف المشدده لمسؤولية بعض الجناة

لكل جريمة عقوبة . هذه هى المعادلة السائدة اليوم فى النظام العقابى القائم فى معظم التشريعات المعاصرة ومنها التشريع الجنائى الليبى ، مع ان الصحيح هو : لكل فعل مناهض للمجتمع تدبير اجتماعى ملائم [49] ولكن لنظل الآن فى الإطار التقليدى . يعرف فقه هذا المذهب العقوبة بانها جزاء ينص عليه القانون ويضطلع القاضى بتوقيعه عن الجريمة التى يرتكبها الشخص على ان يتناسب معها [50] فالعقوبة جزاء مقابل جريمة ، فلا عقوبة بدون جريمة فإذا لم يقع عدوان جنائى على المجتمع او على احد اعضائه ، فلا محل لتوقيع الجزاء .

ويرى الأستاذان الفرنسيان ستيفانى STEFANI ولوفاسور LEVASSEUR وجوب احاطة العقوبة بضمانات لحماية حقوق الناس الأساسية بالنظرة لخطورة العقوبة التى تمس اهم هذه الحقوق . فإذا انتفت منها الضمانات فانها تتحول الى وسيلة للاستبداد بيد السلطة العامة مما يؤدى الى العصف بالحريات الفردية على وجه لايمكن قبوله بحال [51] ومن هذه الضمانات :-

1) مبدأ الشرعية ، فلا عقوبة او تدبير احترازى إلا بنص وعلى المشرع عندما يقرر العقوبة او التدبير الاحترازى ان يراعى شعور جمهور الناس ، فلا يؤذيهم بعقاب يثير الاشمئزاز والاستنكار لديهم . .

2) اضطلاع القضاء بتوقيع العقوبة « والتدبير » لكى تتحقق العدالة باستبعاد تحكم الإدارة واهوائها السياسية .

3) احترام مبدأ شخصية العقوبة ، فهى لاتنفذ إلا فى شخص من يقرر القضاء توقيعها عليه وهذا ما يتضمنه قوله تعالى « ولاتزر " نفس " وازرة " آثمة اى لاتحمل " وزر " نفس " اخرى » [52] .

4) مراعاة مبدأ المساواة بحيث يخضع جيمع الأفراد للعقوبة المقررة للجريمة إذا قاموا باقترافها .

5) احترام الكرامة البشرية للجانى . فبالرغم من انزلاقه الى هاوية الجريمة فان صفته الانحرافية هذه لاتجرده من صفته الانسانية ومن كونه مواطناً يستحق الاحترام ، وعدم اهدار آدميته وبهذا المعنى قررت المادة الخامسة من الإعلان العالمى لحقوق الإنسان انه « لايجوز اخضاع شخص للتعذيب او لعقوبات او معاملة قاسية او غير انسانية او مهينة » .

يترتب على هذه الضمانة الأخيرة ان العقوبة يجب ان تستهدف تأهيل المحكوم عليه لإعادته عضواً نافعاً ومستقيماً الى المجتمع ولايتحقق ذلك كما يقول الاستاذ شارل جيرمان CHARLS GERMAIN إلا باحترام كرامته الانسانية [53] ومهما كان لهذه الضمانات من قيمة عظيمة تكون سياجاً قوياً امام السلطة دفاعاً عن الحريات والحقوق الطبيعية فان الاتجاه

الإنسانى فى السياسة العقابية المعاصرة قد اكتشف بدائل العقوبة لرد الفعل العقابى بحيث يحل رد الفعل العلاجى الموضوعى او رد الفعل الاجتماعى لعلاج الجانى من عوامل سلوكه الاجرامى كما يعالج من عوامل مرضه العضوى او النفسى بدلاً من انزال العقاب به .

وهذا يتطلب ، بالطبع دراسة شخصية المجرم وفحص ظروفه الاجتماعية والاقتصادية التى دفعت به الى هاوية الإجرام وبالتالى فان مشكلة علمية تدخل فى نطاق المشاكل التى تدرسها العلوم الطبية والاجتاعية ، الأمر الذى يفضى بالنتيجة الى وصف « العلاج اللازم » بصورة بعيدة عن فكرة الثأر او العداوة او النزعة العاطفية الجامحة وهكذا تزول مظاهر الألم والإيلام من تدابير المعاملة العقابية وبهذا الصدد كتب احد رجال القانون من مصر يقول : ـ

» ان الحبس والعقاب لايقومان كطرق صحيحة لمعاملة المجرمين الذين يجب ان نعاملهم طبياً كمرضى ، وهم مرضى على وجه اليقين ، لأنه لم يعد مقبولاً ان نعاقب هؤلاء الأفراد عن سلوك لايستطيعون التحكم فيه فهل يستساغ عقاب انسان يتنفس من فمه بسبب عجزه عن ان يتنفس من انفه ، ان امل الآراء المتطورة فى علم الإجرام وعلم النفس المرضى هو ان يحل المرض محل السجان والحارس ، وان ياخذ الطبيب النفسى مكان القاضى ، وتكون محاولته الوحيدة هى معاملة الفرد وعلاجه بدلاً من مجرد عقابه .، وبذلك فقط يمكن ان نأمل فى ان نقلل الجريمة إذا لم نستطع أن نمنعها كلية وهذا اكبر عبء ينبغى على المجتمع ان يدفع تكاليفه[53] وفى فكر القذافى نزعة انسانية مثالية بشأن معاملة المنحرف ، المناهض للمجتمع ، فهو يرفض العقوبات المادية ، ويرى فى العقوبات الأدبية وسائل لائقة بالإنسان ، فقد ورد بكتابه الأخضر : ـ « ان موسوعات القوانين الوضعية الناشئة عن الدساتير الوضعية مليئة بالعقوبات المادية الموجهة ضد الإنسان ، أما العرف فهو خال تقريباً من تلك العقوبات . . العرف يوجب عقوبات ادبية غير مادية لائقة بالإنسان . . الدين يحتوى العرف ويستوعبه . ومعظم العقوبات المادية فى الدين مؤجلة ، واكثر احكامه مواعظ وارشادات واجابات على اسئلة ، وتلك انسب شريعة لاحترام الإنسان [55] ان هذه الأفكار الغنية بالروح الإنسانية تمثل ارقى ماوصل اليه الفكر القانونى والفلسفى بشأن مشكلة الجريمة والعقوبة .

وإذا كان لابد من العقاب ، فى الظروف الراهنة لحالة المجتمع المتشبع بترسبات الماضى ومآسيه فيجب توقيعه ، كما يدعو كثير من الفقهاء ، بصورة من الرحمة خالية من روح الكراهية ونزعة الانتقام [56] وتفسير ذلك كما ذكرنا ، ان المجتمع مسؤول عن الإجرام كمسؤولية الشخص على حد سواء .

ولقد نظرنا الى قضية الجريمة والمجرم والجزاء خلال العصور التى اجتازتها البشرية منذ فجر انتظامها كوحدات او هيئات اجتماعية يسودها نظام او قانون او شريعة [57] لرأينا

فظاعة ماقاسته طويلاً وبعذاب مرير ، بتبرير الردع الخاص والردع العام والتكفير عن الإثم ، مع انه قد ثبت علمياً بمناقشات العلماء والمفكرين والفقهاء ورجال القانون والاجتماع كافة فى المحافل والمؤتمرات الدولية ان المغالاة فى ذلك لن تفضى إلا إلى تشويه حقيقة « القضية » ومحاولة تأكيد تنصل المجتمع ونظامه من المسؤولية . وفى الوقت الحاضر قد حصل الإجماع بين جميع المعنيين بمسألة العقاب بانه من الضرورى اتباع نظام تفريد العقوبات INDIVIDUALISATION DES PEINES[58] بمعنى وجوب تنويعها بحيث يختار المشرع والقاضى منها مايلائم حالة الجانى ومدى خطورته وظروفه الاجتماعية . .

ولعل النص على تقرير حدين للعقوبة بالنسبة للعديد من الجرائم دلالة تؤكد تبنى المشرع الوضعى لهذا المذهب فى التفريد [59] كما ان تمتع القاضى بالسطة التقديرية فى توقيع نوع العقوبة على الجانى دلالة اخرى على التفريد ايضاً [60] ولم تقف فكرة التفريد عند هذا الحد وإنما اصبحت تلازم الجانى حتى بعد الحكم عليه وسلبه حريته بحيث صار التنفيذ العقابى بحقه ، هو الآخر ، خاضعاً للتفريد الإدارى ، ومظهر ذلك اختيار نوع المعاملة العقابية الملائمة لتأهيله واصلاحه[61] .

والمهم فى كل هذا ، ان الغرض الحقيقى من العقوبة ليس ايلام الجانى بزجه فى السجن ليكفر عن سيئاته ، كما يقولون ، وإنما الغرض هو تأهيله وتهيئته لإعادة اندماجه RE-CLASSEMENT من جديد فى المجتمع بحيث يتمكن من العيش فيه بسلام ويكسب قوته بالعمل الشريف ، وبهذه الصورة تكون العقوبة قد حققت غرضها الجوهرى ، ووظيفتها الأساسية بما ينفع الجانى والمجتمع معاً ، والواقع ان مذاهب السياسة العقابية المعاصرة ، لاسيما مدرسة الدفاع الاجتماعى الجديد تصر اصراراً قوياً على ان هدف العقوبة ليس ايلام الجانى ، بدنياً او اهدار كرامته الإنسانية وإنما هى تستهدف تهذيبه لكى يعود الى المجتمع عضواً نافعاً مستقيماً ينسجم مع الآخرين[62] ويجدر التأكيد ، دائماً على ضرورة حماية كرامة الجانى ، ذلك لأن من السمات الإنسانية لرد الفعل الاجتماعى ضد الجريمة ، فى هذا العصر ، ضرورة صيانة كرامة الجانى وعدم اذلاله او امتهانه او اهدار آدميته ولقد اكد ، كما اشرنا اعلاه ، الإعلان العالمى لحقوق الإنسان الصادر عن منظمة الأمم المتحدة سنة 1948م هذه السمة إذ نصت بنوده على « حق كل إنسان فى التحرر من التعذيب لضروب من المعاملة او العقوبات القاسية المهنية المنافية للكرامة الإنسانية ، بالإضافة الى حق جميع الناس فى حماية القانون والتحرر من القبض او الحبس او النفى بغير مسوغ قانونى ، وحق كل إنسان فى محاكمة عادلة علنية امام محكمة مستقلة نزيهة ، ومن حق كل متهم فى ان يعتبر بريئاً حتى تثبت إدانته .

تلك هى النظرة العادلة للإنسان فى علاقاته مع السلطة السائدة ، ولكنها من الدول السلطية نظرة نظرية قد لاتجد لها فى الواقع اى صدى مسموع ومنذ زمن بعيد ، منذ ان

بيكاريا BECCARIA ثورته التى اعلنها بكتابه الشهير « فى الجرائم والعقوبات » عام 1764م وجد المفكرون ، ضمن وظائف العقوبة ، ردعين ، الردع الخاص PREVENTION SPECIALE والردع العام ، ويراد بالردع الخاص ان العقوبة ، وهى تنزل - نازلة - بالجانى لدى ادانته لإرتكابه جريمة ، تستهدف احداث تأثير فى سلوكه بحيث يستجيب ، فى المستقبل ، لأوامر القانون ونواهيه ، وبالتالى لايعود الى الجريمة مرة اخرى ، فالعقوبة ، كما يزعمون ، تردعه وتخيفه اى تصده عن الإقدام الى الإجرام مستقبلاً [63] .

لكن الملاحظ ان العقوبة قلما تنجح ، عملاً بل تفشل غالبا بدلالة إرتفاع نسبة العائدين الى ارتكاب الجرائم بالرغم من سبق الحكم عليهم .

أما الردع العام PREVENTION GENERALE للعقوبة ، فيظن بعض المفكرين ان توقيع العقاب على الجانى جزاء الجريمة التى اقترفها يؤدى الى انذار الناس وتهديدهم بالعاب إذا ماسلكوا سلوكه الاجرامى وبذلك يرتدعون ويحجمون عن ارتكاب الجرائم .

ولكى يكون « الردع العام فعالاً مؤثراً فى نفوس الآخرين وجب ان يكون العقاب شديداً ، قاسياً يشعرون به بالرغم من توقيعه على غيرهم .

فهل يجوز عقلاً ومنطقاً وانسانية « ايلام انسان من اجل التأثير على غيره[64] ثم ، وهذه نقطة هامة ، انه قد ثبت من الاحصاءات العديدة عدم جدوى هذا النوع من الردع لأن « الآخرين » لم يرتدعوا ، ولم يكفوا عن السقوط فى هاوية الجريمة بل ازدادت جرائمهم ، حتى عقوبة الإعدام لم تنجح فى منع الجرائم المعاقب عليها بالموت شنقاً او بإطلاق الرصاص او بالمقصلة او الكهرباء .

فلا قيمة اذن للردع ما دامت العقوبة المفروضة تنطوى على قسوة ووحشية ، وبهذا الشأن كتب بيكاريا فى مؤلفه اشار اليه يقول : - « ان الهدف من العقوبات ليس هو التمثيل او التنكيل بكائن حساس ، ولا هو إزالة الجريمة بعد ان اصبحت امراً واقعاً . . إنما الهدف هو منع المجرم من الحاق اضرار اخرى بمواطنيه ، والحيلولة دون ذلك . . ومن ذا الذى يطالع احداث التاريخ دون ان يستنكر تلك التعذيبات الهمجية التى ابتكرها ونفذها اشخاص يقال لهم انهم اهل علم ؟ « يريد القساوسة والكهنة ! ! » .

وكلما ازدادت التعذيبات شراسة الفت النفوس شراستها ، لأن النفوس تشبه السوائل فى تكيفها مع الأشياء التى توضع فيها ، وان ما للمشاعر من قوة ملتهبة دائماً ، يؤدى بعد مائة عام من التعذيب عديمة الجدوى ولاتثيره من قبل اغلال السجن .

وشراسة العقوبة تؤدى إلى زوال قوتها الرادعة ، لأن ثمة قيوداً معينة تقيد الناس فى الخير وفى الشر ، ولأن العقوبة الشرسة لايمكن إلا أن تكون ثمرة هياج عارض ، ومن المحال ان تكون نظاماً مستقراً من نوع الاستقرار الذى ينبغى ان تتوخاه احكام الشرائع ، وكل تشريع شرس إما ان يلحقه التعديل وإما ان يؤدى الى فقدان قوة فيه للردع[65] .

وعلى الرغم من هذا الفهم الواعى الواضح لمفهوم الردع ، فأن التشريعات العقابية التى سميت كلاسيكية قد تمادت فى الاعتماد على الردع فاتسمت بالمغالاة لدرجة ان المدرسة الكلاسيكية الجديدة رغم انها اعتمدت نفس الأسس الفلسفية العقابية العامة السابقة ، كما دعا إليها الفكر الجنائى التقليدى إلا أنها مع ذلك حرصت على ربط فكرة المنفعة الاجتماعية الناشئة عن الردع بفكرة العدالة بحيث لايجوز للمجتمع ان يفرض العقاب بما يتجاوز مدى العدالة ولا الضرورة فى الوقت نفسه[66] PAS PLUS QU'IL N'EST JUSTE. PAS PLUS QU'IL N'EST NELESSAIRE ولم يقف النقد الموجه الى الردع عند هذا الحد وإنما بلغ حده الأقصى مع المدرسة الوضعية الايطالية التى جرأت ، بحق وطالبت بالغاء الردع العام كوظيفة للعقوبة وحرصت على وجوب معاملة الجانى معاملة واقعية من شأنها الحيلولة دون التمادى فى السلوك الاجرامى بتطبيق التدابير الاحترازية التى هى وحدها كفيلة بتحقيق الردع الخاص ومنع الخطورة الاجرامية ن التفاقم والاستفحال وتعريض المجتمع للأخطار والأضرار .

ومن المعلوم ان مذهب الدفاع الاجتماعى بزعامة الفقيه الفرنسى مارك انسل MARC ANCEL قد رفض فكرة الردع العام بالعقوبة وما تنطوى عليه من شدة ، فمثل هذا الردع ، بهذه الوسيلة ، لايحقق الدفاع الاجتماعى ، فالتجارب قد اثبتت خلال سنين عديدة عدم فعالية التهديد عن طريق العقاب ، الأمر الذى يتطلب معالجة اسباب الإجرام فى شخص الفاعل إذ لافائدة ترجى من التخويف او التهديد إذا ظلت شخصية الجانى على حالها بدون علاج[67] .

ومنذ نهاية القرن الماضى ، كان علماء القانون الانسانيون يصرخون ، ملء حناجرهم : لاتعذيب ولاايلام للمجرم ، ولاتكفير ولاانتقام عن الإجرام .

فإذا كانت شخصية الجانى ـ المنحرف ، المناهض ، منطوية عليت خطر فيجب استئصال هذا الخطر لا بالعقوبات الجناية الشرسة وإنما بالتدابير الوقائية التى تستهدف الوقاية والعلاج ، الأمر الذى يتطلب النظر إلى الحالة الشخصية الفردية لتحديد نوع المعاملة اللازمة طبياً وصحياً ونفسياً وتربوياً ، ومن ثم لم تعد الواقعة الجرمية وجسامتها اساساً لتحديد العقوبة ، كما حلت فكرة المسؤولية الاجتماعية محل المسؤولية الأخلاقية المبنية على الخطأ[68] .

فالمذهب السليم ، هو المذهب الانسانى الذى يستهدف تأهيل صاحب السلوك المنحرف ، والمراد بالتأهيل READAPTATION ، اصلاح المجرم لإعادته عضواً مستقيماً الى الهيئة الاجتماعية ، الأمر الذى يستلزم توفير الامكانيات الكفيلة بتحقيق هذا الغرض ، ومن ذلك ايقاظ شعوره بمسؤوليته إزاء الآخرين ، وصيانة ملكاته الذهنية والجسمية بل وتنميتها باستبعاد كل مايترتب على سلب الحرية من اضرار مفسدة او محطمة ، وإحاطته

بالرعاية الاجتماعية سواء قبل الإفراج عنه ام بعد الإفراج .

فأين ذهب هذا التقدم الفكرى فى رؤية السلوك الإجرامى ؟ ؟ اين انعكاساته التشريعية فى الوطن العربى ؟ ؟

اليس من الغرابة ، والدهشة ان يعود المشرع القهقرى الى الوراء ، ناسياً او متناسياً ، كل تلك الموجهات العلمية التى كانت نتيجة تجارب واستقراء وتأملات عميقة فى نزعات النفوس وظروف الناس واحوال الحياة وصراعاتها . . أيجوز غض النظر عن كل مظاهر الحركات الفكرية العلمية والدراسات التجريبية والاكتفاء بفكرة الانتقام من المجرم وتحطيمه ، بالقسوة والشدة بدنياً ومعنوياً لا لشيء إلا التزمت والتعصب لفكرة غامضة ، غيبية ، ثبت فسادها ، فحصاً وتشريحاً و . . . و . . . الخ . .

فالإطار التقليدى للنظام العقابى الذى ذكرنا بعبض معالمه آنفاً لايكتفى بتقرير عقوبة لكل جريمة وإنما يرى ضرورة تشديد هذه العقوبة فى احوال معينة بزعم ان العقوبة مقررة اصلاً للجريمة فى حالتها البسيطة الأمر الذى يستلزم تغليظها كلما اقترن بها ظرف يجعلها جسيمة مما يترتب على هذا التغليظ ان يتغير وصف الجريمة فان كانت جنحة تصبح جناية فينوء الجانى بآثار هذا الوصف الأخير .

وبناء عليه ، فمن يرتكب جريمة يتحمل عقوبتها التى ينص عليها القانون ، فالجانى الذى يقترف جريمة سرقة بسيطة يتعرض للعقوبة المقررة لها فى المادة 444 عقوبات وهى الحبس « أى مدة لاتزيد على ثلاث سنين ، م/22 عقوبات » .

والجانى الذى يقترف جريمة القتل العمد البسيط يخضع للعقاب المقرر لها فى المادة 373 عقوبات وهو ا لسجن المؤبد او السجن . . .

والجانى الذى يرتكب جريمة اغتصاب « مواقعة » امرأة بالغة يتحمل العقوبة المقررة لها فى المادة 407 عقوبات وهى السجن مدة لاتزيد على عشر سنوات . ولكن قد يقترن بجريمة السرقة او القتل او الاغتصاب سبب (ظرف) من شأنه تشديد العقاب بحق الجانى كما لو ارتكبت جريمة السرقة فى الطريق العام (م/446/1 عقوبات) او بالإكراه (م/446 عقوبات) أو بمحل مسكونن (م/446/1 عقوبات) او ارتكبت جريمة القتل العمد مع سبق الإصرار (م/368) او وقعت باستخدام السم (م/371 عقوبات) ، وكما لو ارتكب جريمة اغتصاب البنت الأب (م/407/3) او كانت المجنى عليها صغيرة السن (م/407/2) ففى كل هذه الأحوال لم تعد الجريمة بسيطة وإنما اقترن بها سبب يشدد العقاب بحق الفاعل ، وتسمى الأسباب التى تقترن بالجرائم والتى من اثرها المباشر تشديد العقاب بالظروف CIRCONSTANCES AGGRAVAANTES وهى إما ظروف مشددة خاصة وإما ظروف مشددة عامة . . فالأولى يمكن تعريفها بانها الأسباب التى ينص عليها القانون والتى من شأنها ان تجعل مسؤولية الجانى عنها جسيمة ، وبالتالى انها تؤدى الى

تغليظ العقوبة بحقه ، وقد ورد ذكرها بالقانون فى مواد متفرقة ، فلهذا هى خاصة ببعض الجرائم وليس لها صفة العموم والشمول ، ويمكن تقسيمها الى قسمين ، الأول : ويضم مجموعة الظروف المشددة التى تتعلق بطبيعة الجريمة وبكيانها الموضوعى ، اى تتحقق فى العالم الخارجى بالوجود الواقعى ، خارج الفاعل وتسمى مادية او موضوعية .

ونجدها فى جرائم السرقات كأن تقع السرقات فى المحل المسكون (م/446/1) او فى المحل المعد للعبادة (م/446/1) او فى إدارات او منشآت عامة (م/446) فى فقرتها الثالثة من الشق الثانى للمادة او تقع فى الطريق العام (خارج العمران) ، (م/446/4) او ان ترتكب ليلاً (م/446/3) او ان يرتكبها عدد من الجناة (م/446/5) من الشق الثانى او يصحبها الإكراه (م/450) او ان ترتكب مع حمل السلاح (م/446/4) من الشق الثانى او ان تقع فى مكان مسور بواسطة العنف او باستعمال مفاتيح مصطنعة (م/446/2) . كما نجدها فى جرائم القتل كما فى حالة اضرب المفضى الى الموت (م/374) وفى حالة الحريق العمد الذى يقع على مبانى عمومية (م/300/1) .

أما القسم الثانى فيشمل مجموعة من الظروف المشددة الشخصية SUBJECTIVES التى تتعلق بشخص الجانى ولا شأن لها بالوضع المادى للجريمة ، ونجدها فى جرائم المسروقات كما لو كان السارق خادماً ويرتكب السرقة إضراراً بمخدومه (م/446/1) من الشق الثانى للمادة ونجدها فى جريمة القتل العمد الذى يرتكب بإصرار سابق (م/369) ونجدها أيضاً فى جريمة هتك العرض (م/408/4) كما لو كان الفاعل احد اصول المجنى عليها ، ونجدها فى جريمة الإجهاض عندما يكون الجانى طبيباً (م/390) . وفيما يتعلق بالظروف المشددة العامة فهى تتسع لكافة الجرائم او لمعظمها ومثالها ارتكاب الجريمة من قبل عائد (م/96) او ارتكابها بباعث دنىء او من اجل الحصول على كسب غير مشروع او عن طريق استغلال الجانى لصفته او سلطته المستمدة من وظيفته[69] .

تلك هى فكرة او لمحة عامة سريعة بشأن الظروف المشددة للجريمة سواء اكانت مادية ام شخصية كما نص عليها قانون العقوبات فما هو موقف القانون الجديد ، محل التعليق والنقد من هذه الظروف ؟ وما هى التعديلات التى جاء بها ؟ ؟

يلوح لنا ان المشرع قد اسبغ مظهرين للتشديد ، بناء على الظروف الراجعة الى صفة خاصة بالجانى ، فالمادة الثالثة من القانون المذكور تقضى بتشديد العقوبة عليه بالنظر لهذه الصفة إذ ارتكب جريمة من الجرائم المخلة بالشرف .

فلكى يحكم عليه بالعقوبة المشددة لابد من توافر شرطين : الأول ان تكون جريمة الجانى من الجرائم المخلة بالشرف الوارد ذكرها فى المادة الأولى من القانون محل التعليق ، وهى الجرائم التى بحثنا وضعها فى الفقرة الأولى من هذا الإيضاح .

أما الشرط الثانى فهو وجوب توافر صفة معينة لدى الجانى فما هى هذه الصفة ؟ ؟

يذكر نص المادة المشار اليها عدداً من الأشخاص الذين ، بالنظر لصفتهم ، يتعرضون للعقوبة الشديدة ، إذا وقعت منهم جريمة من الجرائم المخلة بالشرف ، وهؤلاء الأشخاص بصفاتهم الخاصة هم : ـ

1) رجال الشرطة .

2) رجال الأمن الشعبى .

3) رجال الضبط القضائى .

ويتحقق التشديد معهم بان يعاقبوا بالعقوبة المقررة للجريمة التى ارتكبوها مع زيادتها الى ثلثيها . .

هذا هو المظهر الأول لتشديد . أما المظهر الثانى له فيتحقق فى الحالات الآتية : ـ

1) إذا كان الجانى تابعاً لإحدى الجهات التى تتولى مكافحة جرائم الآداب العامة .

2) إذا كان الجانى تابعاً لإحدى الجهات التى تتولى مكافحة جرائم الأحداث .

3) إذا كان المجنى عليه خاضعاً لإشراف الجانى (فصفة الجانى هى انه مشرف المجنى عليه) .

4) إذا كان المجنى عليه ممن عهد الى الجانى لتربيته (فصفة الجانى هى انه مرب للمجنى عليه) .

5) إذا كان المجنى عليه ممن عهد الى الجانى لتثقيفه (فصفة الجانى هى انه مثقف للمجنى عليه) .

6) إذا كان المجنى عليه ممن عهد الى الجانى لتعليمه (فصفة الجانى هى انه معلم للمجنى عليه) .

7) إذا كان المجنى عليه ممن عهد الى الجانى لرعايته (فصفة الجانى هى انه راع للمجنى عليه) .

8) إذا كان المجنى عليه ممن عهد الى الجانى لتدريبه (فصفة الجانى هى انه مدرب للمجنى عليه) .

9) إذا كان الجانى وكيلاً عن المجنى عليه .

10) إذا كان ولياً على المجنى عليه .

11) إذا كان الجانى قيماً على المجنى عليه .

12) إذا كان الجانى وصياً على المجنى عليه .

13) إذا كان المجنى عليه مرؤوساً للجانى فى العمل (فصفة الجانى هى انه رئيس للمجنى عليه) .

فما هو اثر هذا المظهر الثانى للتشديد ؟ ؟

ان اثره هو ان تزاد الى الضعف عقوبة الجريمة المخلة بالآداب العامة التى يرتكبها الجانى وله إحدى الصفات المذكورة ولم يكتف المشرع بتغليظ العقوبة الأصلية للجريمة ، على النحو المبين وإنما اضاف اليها عقوبة تبعية زيادة عما ذكره فى المادة الثانية من القانون ، إذ تنص الفقرة الأخيرة من المادة الثالثة على انه : ـ

« وفى جميع الأحوال يترتب على الحكم بالإدانة :

ـ الفصل من الوظيفة .

ـ عدم الصلاحية لتولى وظيفة مأمور الضبط القضائى ولو كان قد رد الى المحكوم عليه اعتباره » .

وقبل ان نشرح هاتين الحالتين من العقوبات التبعية يجمل ان نلاحظ « ظاهرة التكرار » فى الأحكام لدى المشرع :

انه يتكلم عن وجوب فصل الجانى من وظيفته عندما يكون محكوماً عليه فى جريمة من الجرائم المخلة بالشرف ، وله صفة من الصفات الوارد ذكرها فى مظهرى التشديد اللذين حددناهما آنفاً ، فالفصل من الوظيفة عقوبة تبعية تترتب على إرتكاب الجانى جريمة مخلة بالشرف .

ولكن الم تنص على هذا الفصل المادة الثانية من القانون الجديد ؟ ؟

قد لايبدو ذلك واضحاً للشخص العادى ، يبدو انه فى اشد الوضوح بالنسبة للمشرع وللقاضى ولكل رجل قانون ، ذلك ان المادة الثانية تقضى قائلة بانه « مع عدم الإخلال بالآثار الأخرى المترتبة وفقاً لقانون العقوبات » .

ولدى الرجوع الى قانون العقوبات نجد المادة 33 / 2 منه تنص على حرمان الجانى من : ـ

« الصلاحية للبقاء فى أية وظيفة عامة او القبول فى أية خدمة عامة إلا إذا كانت خدمة جبرية وتجريده من أية صفة اكتسبت بسبب العمل فى وظيفة أو خدمة » .

صحيح ان هذا الحرمان من الحقوق المدنية طبقاً للمادة 34 من قانون العقوبات إنما هو حرمان دائم فى حالة الحكم بالسجن لمدة ثلاث سنوات او اكثر ، وذلك طول مدة تنفيذ العقوبة الأصلية ومدة بعد ذلك لاتقل عن سنة ولاتزيد على خمس سنوات .

ومن المعلوم ان الجريمة االمخلة بالشرف التى يرتكبها احد الأشخاص الوارد ذكرهم فى المادة الثالثة من القانون الجديد مشمولة قطعاً بالعقوبات المبينة فى المادة 34 من قانون العقوبات فيكون الفصل من الوظيفة ، بالتالى ، عقوبة تبعية ثابتة سبق تقريرها ، فلم تعد هناك حاجة لإعادة النص عليها على سبيل التكرار أو التأكيد .

أما العقوبة التبعية الثانية وهى عدم الصلاحية لتولى « وظيفة مأمور الضبط القضائى » فهى الأخرى مشمولة بما ذكر قبل قليل ، ولكن الجديد فى النص ـ وحقاً انه جديد ـ هو ان

الحرمان من هذه الوظيفة إنما هو حرمان دائم ديمومة مستمرة مدى الحياة حتى لـو رد الاعتبار الى المحكوم عليه . . بيد أن الفصل من الوظيفة ، فى حد ذاته يقتضى وقفـة قصيرة ، فـماذا يعنى فى الواقع ؟ ؟ ؟

إنه ، على كل حال ، حرمان المحكوم عليه من الخـدمة فى مؤسسـات الدولـة ومنشآتهـا الشعبيـة سواء كـانت رسمية او شبـه رسمية او هيئـات او شركات تـابعة لإشراف اللجـان الشعبية او المصالح الإدارية .

ويفترض ذلك ، إن الجانى كان عند الحكم عليه مـوظفاً ، بـالمعنى الواسـع فى القانـون الجنائى وليس الضيق بمفهوم القانون الإدارى وشغل منصباً أو يؤدى خدمة عامة فى إحـدى الجهات المذكورة . .

ويترتب على هذا الحرمان فقدانه كافة المزايا المادية والمعنوية المرتبـطة بالـوظيفة والخـدمة العـامة من حيث إشغـال المنصب ومن المرتبـات المقررة لـه ، ولكن إذا كان لـه معاش عن خدمة سابقة فإنه لايخسره لحسن الحظ .

ولايخفى ان الفصل من الوظيفة كعقوبة تبعية مستقل عن الجزاء الذى يمكن ان تقرره جهـة الإدارة ، ومن ثم فـان تعرض المـوظف للفصل بقـرار إدارى بناء عـلى جزاء تـأديبى لايمنع ذلك من تطبيق العقوبة التبعية عليه ، وهى العزل بحكم القانـون وبمجرد تـوقيع العقـوبة الأصلية قضاء .

أما رأينا فى قيمة هذا الفصل من الوظيفة وفائدته فى تأهيل الجانى أو إرهاق حياته ، فقـد سبق ان بينا ، بوضوح ، موقفنا المعارض والرافض ، لكافة أنواع العقوبات التبعية إلا إذا كانت تحل محل العقوبات الأصلية وتكون مؤقتة باعتبارهـا عقوبـات معنويـة او ادبية لائقـة بـالإنسان تمـاماً كـما يذهب فكـر القذافى ، لأن الشـدة فى معاملة الجنـاة لاتصلح سلوكهم ولاتعتبر وسيلة ناجحة فى الدفاع عن المحتمع ومصالحه .

ولكن قد يقال بان العقوبات فى الشريعة قاسية وشديدة ، والقانون محـل التعليق يذهب فى هذا الإتجاه نفسه ؟

وجوابنا عـلى هذه الحجـة يتحدد بـوجهة نـظرنا فى تـطبيق التشريع الجنـائى الاسلامى وتتلخص بمايلى : -

لقد نزلت الشريعة الغراء لتنظيم حياة الناس الدينيـة والدنيـوية فـوضعت الأسس الكاملة والأحكام الشاملة لهذا التنظيم من جميع جوانبه المدنية والجنايـة والماليـة والإدارية والـدولية بحيث لايجـوز فى نظرنـا الاقتصار عـلى تطبيق ذلـك الجانب الجـزائى ، وإهمـال الجـوانب الأخرى ، لأن الشريعة كل متكامل يقتضى التطبيق والتنفيذ ، جملة وتفصيلاً .

وفائدة ذلك ، بنهاية التحليل ، ان تنظيم المجتمع البشرى المسلم فى بلد بمقتضى احكام الشريعة كما نزلت من البارى تعالى يفضى حتماً ، تحقيقـاً لمقاصـد الإسلام ، الى قيـام تلك

المدينة الفاضلة التى ينعم فى ظلها الناس بالخير والسعادة والهناء ، فلا عسف ، ولاظلم ، ولافقر أو بؤس او عوز ، وبالتالى تنتفى عوامل المعصية الى الجريمة المستوجبة للحد او القصاص لذلك نحن لانتفق مع اولئك « المحترمين » الذين يدعون الى تطبيق حد السرقة ، مثلاً قطع يد السارق ، فى حين انهم يغضون النظر عن الذين يكنزون الذهب والفضة ولاينفقون لسد حاجة المحتاجين . اخوتهم فى الدين .

لا ، يجب تطبيق احكام الشريعة كلها ، جملة وتفصيلاً لكى تزول اسباب الجريمة بالضرورة الحتمية هذا من جهة ، ومن جهة اخرى ، حتى فى حالةالتطبيق الجزئى ، اى الاقتصار على الجانب الجزائى ، فان هذا الجانب ، وبالأسف ، لم يدرس دراسة علمية موضوعية بعيدة عن الهوى او التعصب ربما للوهلة الأولى لدى النظر اليه ، توحى بانه صارم وشديد وقاس كما زعم وروج المستشرقون ذوو النيات السيئة والأغراض الخبيثة المعروفة التى ظهرت آثارها ، فيما بعد بالاحتلال والاستعمار وإقامة الكيان الصهيونى فى قلب الوطن العربى الاسلامى . . مع ان امعان النظر مع الفهم السليم ، فى النظام الجنائى الذى جاءت به الشريعة ، يكشف عن حقائق مذهلة ومثيرة للدهشة والإعجاب من حيث توافر السمات الإنسانية فى المعاملة العقابية لدرجة يمكن معها ان تنحنى امامها اهداف حركة الدفاع الاجتماعى الجديد ومبادؤها ، اجلالاً وتقديراً انى لاأرسل هذا القول على عواهنه . . . فهذا دليلى : -

1) جرائم الحدود ، وهى التى تقتضى عقوبة « صارمة » كالقطع أو الجلد ، إنما هى قليلة جداً يرى بعض العلماء أنها : -

أ) السرقة (ب) الحرابة (أى قطع الطريق) (جـ) الزنا (د) القذف (هـ) شرب الخمر (و) الردة (ز) البغى (أى الانشقاق بين طائفتين من طوائف الأمة) فهى سبع نحالات وفقاً لهذا الرأى[70] على ان هناك من الفقهاء من يجعل الحدود مقصورة على خمس جرائم فقط ، بل انها فى القرآن الكريم اربع هى : - (1)حد السارق (2) حد قاطع الطريق (3) حد الزنا (4) حد القاذف . وقد جاءت السنة الشريفة بالحد الخامس وهو حد شرب الخمر [71] فإذا اخذنا بمبدأ « ايسر المذاهب إذا جرى تطبيقه بانصاف وعدل فإنه يؤدى الى نتيجة صارخة بالرحمة والإنسانية ، مفاد ذلك ، ان الفقهاء قد اجمعوا على ان حد القذف يسقط إذا تاب القاذف وعفا المقذوف [72] كما اجمعوا على ان حد الحرابة يسقط هو الآخر ، إذا تاب المحارب استناداً الى النص الصريح بهذا الشأن ، وهو قوله تعالى : « . . إلا الذين تابوا من قبل ان تقدروا عليهم ، فاعلموا ان الله غفور رحيم »[73] ولكن ماهو اثر التوبة فى حدود السرقة والزنا والشرب ؟ ؟ فهل تمنع من إقامة هذه الحدود ؟

هناك جانب من الفقه ، وهو فقه الإمام الشافعى الذى رأى فى كتابه (الأم) ان التوبة

تسقط حد الزنا وحد السرقة وحد الشرب وذلك قياساً على حد الحرابة الذى يسقط بالتوبة فلايقام .

ويلخص الأستاذ « ابو زهرة » حججه بانه (احتج بحديث النبى (ﷺ) فى ماعز إذ قال بعد ان علم انه هم بالفرار ، ألا تركتموه ، كما احتج بان التوبة تشبه الرجوع عن الإقرار ، بل هى ادل على طهارة النفس ، وإذا كان الرجوع عن الإقرار يسقط الحد ، فكذلك التوبة التى فيها طهارة النفس تسقط الحد)[74] .

ويذهب المذهب الشافعى نفسه ، على مايقرره الاستاذ « ابوزهرة » ايضاً ، إذ انه بعد ان تساءل « ولكن ما رأى الشافعى فى هذه المسألة؟ » اجاب قائلاً : « الظاهر من الاحتفال بادلة من قالوا ان التوبة تسقط الحد انه يرى هذا الرأى » فسيراً على الأخذ بمبدأ ايسر المذاهب فى مراعاة احكام الحدود وتفسيرها ينبغى ان ننتهى الى القول بان حد الحرابة يسقط التوبة كما يسقط حد الزنا وحد السرقة وحد الشرب ، فإذا اضفنا حد القذف الذى يسقط بعفو المقذوف فيكون الحاصل انه من الجائز شرعاً الاتقام الحدود إذا توافرت التوبة بشروطها وتحقق العفو ، على الوجه المبين[75] فاين القسوة والشدة فى الشريعة ؟

هذه النتائج ليست من عندنا ، فانما الفقهاء هم انفسهم قد توصلوا اليها ببحوثهم التحليلية العلمية لأحكام الشريعة وتفسيرها فلماذا لاتطرح على الرأى العام ؟ لماذا لاتدرس بعمق فى الجامعات لماذا لايأخذ بها اولوا الأمر فى الأمصار الاسلامية ؟ اسئلة عديدة تثور فى الذهن قد تتعذر الإجابة عنها فى بعض الأحيان تقية او سعياً وراء العافية .

2) جرائم القصاص[76] وحكمها قوله تعالى « وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس والعين بالعين والاذن بالاذن والسن بالسن والجروح قصاص ، فمن تصدق به فهو كفارة له ، ومن لم يحكم بما انزل الله فاولئك هم الظالمون »[77] ويقول تعالى « ياأيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص فى القتل الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى ، فمن عفى له من اخيه بشىء فاتباع بالمعروف وأداء اليه باحسان ، ذلك تخفيف من ربكم ورحمة ، فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب اليم ، ولكم فى القصاص حياة ياأولى الألباب لعلكم تتقون »[78] .

لايخفى ان هذه النصوص القرآنية تسبغ الحماية على حقوق الأفراد الخاصة ولذلك تقرر فيها ان يكون لولى الدم الحق فى ان يستبدل الدية بالقصاص ، كما له العفو ، مما يستتبع سقوط العقوبة بما فيها الدية[79] طبقاً لمبدأ ايسر المذاهب وهو المذهب المالكى .

والنتيجة ؟ لاشدة ولاقسوة وإنما رحمة من الناحية الفعلية والواقعية سواء بتعويض مالى (الدية) ام بعفو وصلح ، فوئام وسلام .

3) جرائم التعزيز : وهى المعاصى التى لم يرد بشأنها حد أو قصاص او دية ، ومن ثم يمكن القول بان التعزيز نظام جزائى يشمل مجموعة الجرائم والعقوبات التى لايمكن عدها من الحدود او القصاص او الدية ، فإذا تذكرنا ان جرائم الحدود قليلة جداً ، وان جرائم

القصاص والدية هى الأخرى محصورة فى نطاق ضيق جداً ، ادركنا ، فى الحال ان جرائم التعزيز تشكل الأكثرية الساحقة من الأفعال المحرمة فى القانون الجنائى الاسلامى سواء ماكان معروفاً منها فى صدر الإسلام ام ما استحدث فيما بعد وفق السياسة الشرعية نظراً للظروف الجديدة لاسباغ الحماية على كثير من النظم الاقتصادية والإدارية التى صاحبت تطور المجتمع الاسلامى وإتساع مؤسساته فى مختلف الميادين .

وإذا كانت العقوبات فى التعازيز غير مقدرة بنص صريح فقد ترك لولى الأمر القاضى المجتهد مقدارها عل مقتضى الحق والعدل والمصلحة لحماية الأمة الاسلامية ضد كثير من المعاصى أى الجرائم مثل الأفعال الجرمية الت تنقصها شروط القصاص وجرائم القتل والإصابة خطأ والفسق وافساد الاخلاق وخدش الحياء وهتك العرض والأفعال الفاضحة وانتهاك حرمة الآداب العامة والزنا الذى لاتتوافر فيه الشروط كاملة للحد والسب والقذف غير الموجب للحد والنصب والاحتيال وكافة جرائم الاعتداء على الأموال التى يتعذر فيها إقامة الحد لعدم توافر شروطه والتزوير وشهادة الزور والبلاغ الكاذب وانتهاك حرمة ملك الغير وتزييف العملة وغش الموازين والمكاييل وغير ذلك مما لايحصى ولايعد من الأفعال الضارة بالأفراد والمجتمع ضرراً جنائياً[80] .

والجدير بالتنويه هنا هو تحديد طبيعة وظيفة عقوبات التعزيز .

ومن التأمل فيها يتضح بكل جلاء انها وظيفة نفعية تستهدف تهذيب المذنبين واصلاحهم بوسيلة من وسائل التقويم والتأهيل بحسب ظروفهم واحوالهم وهذا الفهم للتعزيز نستنبطه من المعنى اللغوى للتعزيز وهو التأديب كما يستفاد من السلطة التقديرية التى يملكها القاضى فى اختيار مايناسب المذنب من اجراء لإصلاحه ومن ثم يمكننا القول بان فكرة تفريد العقاب التى دعا اليها الفقيه الفرنسى سالى فى بداية هذا القرن قائمة فى طبيعة التعزيز واغراضه منذ ثلاثة عشر قرناً[81] .

وبالتالى فما يحكم السلوك الاجرامى فى المجتمع الاسلامى انما هو اساساً وفعلاً نظام التعزيز باعتباره النظام الذى تنطوى تحت احكامه كافة جرائم الأفراد باستثناء ماتقدم من جرائم الحدود والقصاص القليلة عدداً وإقامة . وبتعبير آخر انه يتسع لكافة الجرائم تطبيقاً لمبدأ السياسة الشرعية والمصالح المرسلة بالنظر لما يضمنه هذا النظام الإنسانى من مرونة وشمول . فاين هى اذن الشدة والقساوة فى العقوبات التى تقضى بها الشريعة ؟

نعيد القول بان بحث هذا الموضوع وتحليله بتعمق يقتضى كثيراً من الصراحة التامة والموضوعية العلمية البعيدة عن التعصب او الغلو فى الجمود والتحجر . . والدجل أيضاً .

خاتمة ...

استعرضنا فى الصفحات المتقدمة ، بالتحليل والنقد ، القضايا الرئيسية التى تضمنها (القانون ببعض الاحكام الخاصة بجرائم الاداب العامة) فراينا :ـ

ـ كيف ان المشرع يتمسك بالعقوبات التبعية ، اى المضافة الى العقوبة الاصلية ، بالرغم من معارضة الفقه الحديث لها ورفضها من قبل السياسة الجنائية المعاصرة .

ـ وكيف انه يصر على اتباع سياسة تشديد العقاب بحق الجناة واخدهم بالقسوة والصرامة مع ان مثل هذه السياسة المنطوية على فكرة الانتقام قد باءت بالفشل ولم تعد لها سوى قيمة تاريخية تثير الاسى .

ـ وكيف ان المسرع اجتهد فقضى بوصف جملة جرائم بانها « مخلة بالشرف » ورتب على هذا الوصف آثارا جنائية عديدة فى غاية الخطورة والضرر اجتماعيا ونفسيا . . والذى نعتقده ان المجتمع الليبي العربى المسلم غير مهدد بمثل هذه الافعال اللاخلاقية الشائعة فى المجتمعات الاوربية والامريكية . وما يقع منها ، احيانا عرضا ، هو من القلة والضآلة بحيث لايستوجب تدخل تشريع ـ الى جانب التشريع العقابى القائم ـ بالصورة التى ظهرت فى القانون محل التعليق ، ذلك لان الاخلاق الفاضلة السائدة والاداب الاسلامية العربية القائمة فى كل بيت واسرة ومدرسة ومصلحة ، فيها ما يكفى لدرء الانحرافات الطائشة العارضة مما يحقق احترام القانون النافذ والنظام العام القائم استنادا الى الوعى العميق بتراث الامة وآدابها فما هى اذن قائدة وصف الجريمة بانها « مخلة بالشرف » ؟؟

الا يؤدى هذا الوصف الى اعتبار مرتكل الجريمة المخلة بالشرف بان شرفه بين قومه قد تلوث لدرجة ابيح فيها للقاضى ان يوصى بعدم مصاهرته ، انها لوصمة عار تلطخ جبينه . ومن الناحية الواقعية بإن الوصمة بهذا الشكل المزرى لن يكون من شأنها اصلاح الجانى وتاهيله ما دام القانون نفسه قد نزل به الى درك الحضيض . ثم من يحترمه ويرعاه بعد ان جرده القانون من الامل فى نشدان التوبة والصلاح .

ان النظرة السليمة للمجرم ، باعتباره انسانا له كرامة ، هى النظرة التى تنطوى على الرحمة والتى ترى فيه عضوا اجتماعياً لايخلو من عنصر الخير والامل فى التقويم والتهذيب والعودة الى الحياة الكريمة الشريفة . فكم يجدر بالمشرع ان ياخذ بيده فيشجعه على حسن السلوك والسيرة الحميدة الطيبة ، بدلا من اذلاله وتحقيره واطفاء شعلة الامل فى نفسه .

ان وصفه بالخزى والعار ، بالاضافة الى العقوبة الاصلية التى تنزل به انما يعنى تحطيم هذا الشخص وليس تقويمه ، واذا قيل ان بعض المجرمين هم من الشراسة والهمجية بحيث يعرضون حياة الناس واعراضهم لافدح الاضرار والأخطار فان معاملة مثل هذا الفئة الضالة ـ المريضة ـ لايكون بالشدة والقسوة وانما باتخاذ اجراءات وقائية ازاءهم لدرء

حالتهم الخطرة ، تماما كما تتخذ مثل هذه الاجراءات مع المجانين والمصابين بالامراض النفسية . . ولما كانت شريعة المجتمع فى الجماهيرية هى القرآن الكريم فان المشكلة يمكن حلها فى ضوء احكام هذه الشريعة ، اذن المشكلة كلها تتركز فى انحراف سلوك صار بالمجتمع لايقع ـ غالبا ـ تحت طائلة نصوص الحدود والقصاص وانما يشمله نظام التعزيز .

ولا يخفى على احد ان المراد بالتعزيز هو تاديب المذنب بالنصح او الانذار او اللوم او الحبس ، وبكلمة بعقوبة ادبية من اجل اصلاحه وتقويمه ، وهذا هو عين ما ذهب اليه « مشروع قانون حماية العلاقات الاجتماعية » ضمن قوانين موسوعة الكتاب الاخضر . .

فالمشكلة محلولة اذن بوسيلة فنية علمية انسانية تمكن القاضى من استعمال سلطته التقديرية لدى تطبيق احكام نظام التعزير ـ اليس هذا هو التفريد العقابى ؟ واختيار التدبير الملائم لحال الجانى وظروفه والسياسة التى تدعو اليها ليست بغريبة عن شريعتنا الغراء ، فمن ذا الذى يجهل ما روى عن النبى محمد صلى الله عليه وسلم ، من انه كان يلتمس الستر على المجرم ، ففى قضيته تحريض بعض الاشخاص الرجل (ماعزا) على الاقرار بالزنا فذهب الى الرسول واقر امامه وكان النبى يحاول حمله على الرجوع فى اقراره بالتحريض ، فقال له : لعلك قبلت ؟

لعلك لامست ؟

لعلك غمزت ؟

كل ذلك يلقنه ان يقول : نعم ، بعد اقراره بالزنا ولما علم النبى بالذى دفعه الى الاقرار قال له :

« لو سترته بثيابك لكان خيرا لك » [83]

نعم ، لو كان الذى حرضه على الاقرار قد ستر على المسكين لاحسن ، لفعل خيرا يشكر عليه .

ويذكر الاستاذ « ابو زهرة » بالنسبة لهذه القضية ايضا كيف ان الصحابة كانوا هم كذلك يفضلون الستر على الفضيحة فكتب يقول : « ويروى ان (ماعزا) مر على عمر قبل ان يقر فقال له عمر : « خبرت احدا قبلى ؟ قال : لا ، قال : فاذهب فاستتر بستر الله تعالى وتب الى الله ، فان الناس يعيرون ولايغيرون ، والله تعالى يغير ولا يعير ، فتب الى الله ولاتخبر به احدا .

وذهب الى ابى بكر فقال له مثل ما قال عمر ، ثم ذهب الى هذا الرجل الذى لامه النبى والذى حرضه على الاقرار) فامره بما اقر به ، وكان اللوم من النبى . » [84]

وقال الرسول صلى الله عليه وسلم : « ايها الناس من ارتكب شيئا من هذه القاذورات فاستتر فهو فى ستر الله ، ومن أبدى صفحته اقمنا عليه الحد . » [85]

ويعلق الفقيه المصرى على هذا بقوله :

« ان ستر الجرائم من شأنه ان يجعل الاثم ينزوى فلا يظهر ، وقد يكون ذلك سبيلا لتربية ضميره وتهذيب نفسه ، فان خشيته الاعلان تجعل نزعات الشر يضعف صوتها شيئا فشيئا وربما تكون النهاية التوبة والانابة الى الله تعالى ، وان الاعلان يجعل بقايا الضمير تنهار شيئا فشيئا حتى تكون الاستباحة المطلقة ، وخلع ربقة الفضيلة . »

فالستر مطلوب ليس من حانب الفاعل فحسب بل ومن جانب الغير ايضا ، وهو بالتالى وسيلة من وسائل التهذيب والتوبة الصادقة .

اما الاعلان والتشهير والوصم بالخزى والعار والفعل المخل بالشرف فانها عوامل اذلال وتحقير لاتفضى الى خير او نفع . . . فهذه هى الحقيقة الناصعة التى يجدر التامل فيها لرؤية وجه الانصاف عند الحكم عليها .

واخيرا . .

لقد انتهت او كادت الفكرة التى ترى فى العقوبة الجنائية وسيلة أيلام واذلال وانتقام او ثأر ، وحلت محلها فلسفة جديدة تعترف للجانى بالكرامة الانسانية ، مهما كانت الجريمة التى اقترفها . . واذا كان لابد من نهذيبه وتاهيله فلا يكون ذلك بتشديد العقاب او باضافة عقوبات تبعية الى اخرى اصلية ، فقد جربت البشرية هذه الوسائل التى ظن انها تنطوى على منفعة وعدالة ثم اتضح انها لاتفضى الا الى استفحال الشر وتفاقم الخطر . .

فهل لنا ان نستقرىء عبر التاريخ ؟؟

دكتور / حميد السعدى

« الاستاذ بكلية القانون جامعة قاريونس / بنغازى »

« هوامش البحث »

1 ـ انظر دكتور محمود السقا : فلسفة وتاريخ النظم الاجتماعية والقانونية ، الاستاذ احمد محمد غنيم المحامى : تطور الفكر القانونى ، القاهرة ، 1972م

2 ـ كان الفقيه الالمانى « سافيني SAVIGNY 1779 ـ 1861 » قد طرح فكرته بشان المدرسة التاريخية في كتيب عنوانه « احتراف التشريع والفقه القانونى فى عصرنا » ثم طور الفكرة فى بناء متكامل فى كتابه « القانون الرومانى الحالى » عام 1840 ، على ان هذه المدرسة التاريخية يجب الا تختلط بالمادية التاريخية لكارل ماركس .

3 ـ المادة الثانية من الاعلان عن قيام سلطة الشعب ، فى 2 مارس 1977م . .

4 ـ علال الفاس : مقاصد الشريعة الاسلامية ومكارمها . الدار البيضاء 1963م ويقول هذا المفكر العربى الكبير : « المقصد العام للشريعة الاسلامية هو عمارة الارض وحفظ نظام التعايش فيها واستمرار صلاحها بصلاح المستخلفين فيها وقيامهم بما كلفوا به من عدل واستقامة ومن صلاح فى العقل وفى العمل واصلاح فى الارض واستنباط لخيراتها وتدبير لمنافع الجميع » ص41 ـ 42

5 ـ ابن قيم الجوزية : ـ اعلام الموقعين عن رب العالمين ج3 ص1 . .

6 ـ سورة الشورى ، اية38 . .

7 ـ ولكن هذا الفكر القانونى الجماهيرى يحتاج ، فى الواقع الى دراسة تحليلية تاصيلية خاصة مستقلة . . . ولكننا نكتفى ، الان ، بالاشارة الى اهم الدراسات والبحوث العلمية التى ظهرت خلال السنوات الاخيرة ، على مستوى الجامعة وبالاخص كلية القانون ، طافحة بخطرات الاستجابة للنهضة القانونية السائرة على هدى شريعة المجتمع ونظامه الجديد ، ومنها :

ـ دكتور عبد السلام المزوغى : دراسة فى الادارة الشعبية ، طرابلس 1984م .

ـ دكتور المدنى الصديق : القانون . . والدستور فى الفكر السياسى المعاصر وفى الكتاب الاخضر (الندوة العالمية حول فكر معمر القذافى مجموعة منشورات المركز العالمى لدراسات وبحوث الكتاب الاخضر ، 1981م)

ـ التعريف بالنظام الجماهيرى (ندوة بلغراد 1982م ـ مجموعة منشورات المركز العالمى لدراسات وبحوث الكتاب الاخشر)

ـ دكتور محمد مصطفى سليمان : ـ الملكية فى النظرية العالمية الثالثة مع دراسة التطبيق الليبى لهذه النظرية (ندوة بلغراد 1982م ، مجموعة منشورات المركز العالمى لدراسات وبحوث الكتاب الاخضر ، 1982م)

ـ تقصير الشركاء فى المنشات الانتاجية (مجلة دراسات قانونية ، المجلد التاسع السنة العاشرة 1980م)

ـ ملكية المنشاة الاشتراكية فى الجماهيرية (مجلة دراسات قانونية ، المجلد العاشر السنة الحادية عشرة ، 1981م)

ـ دكتور ظافر المريض : ـ عقوبة الاعدام فى التشريع الليبي بحث مطبوع على الالة الكاتبة ، 1984م .

ـ القتل والايذاء الخطاء فى مشروع قانون المرور (بحث مطبع على الالة الكاتب 1983م)

ـ النيابة العامة فى القانون الليبي (بحث مطبوع على الالة الكاتبة 1984م)

ـ دكتور محمد حسن الجازوى : ـ غرفة الاتهام فى التشريعين الليبي والفرنسى (مذكرات 1984م)

ـ قانون الاجراءات الجنائية الليبى ، معلقا عليه باحكام المحكمة العليا (مذكرات 1984م)
ـ دكتور مفتاح رمضان الرويمى :ـمفهوم ودور القانون فى المجتمع الجماهيرى (ندوة بلغراد 1982 ـ (مجموعة مشورات المركز العالمى لدراسات وبحوث الكتاب الاخضر)
ـ دكتور احمد الجهانى :ـ محاضرات فى الادلة الجنائية (مذكرات 1983م)
ـ دروس فى القسم الخاص فى قانون العقوبات (مذكرات 1983م)
ـ دكتور عبد القادر شهاب :ـ حق الملكية (مذكرات 1983م)
ـ دكتور الكونى اعبودة :ـ بحث بشان : رقابة صحة التشريعات (مطبوع على الالة الكاتبة ، 1983م)
ـ اساسيات القانون الوضعى الليبى (مذكرات 1983م)
ـ دكتور عبد الرحمن ابو توتة :ـ دراسة فى تشريعات الحدود (مذكرات 1984م)
ـ دكتور محمد بارة :ـ مذكرات فى قانون العقوبات ـ القسم الخاص عام 1984م)
ـ دكتور عبد القادر اقدورة :ـ التنظيم القانونى للجان الشعبية فى ضوء القانون رقم 14 لسنة 1981م .
ـ التحول من نظرية المرفق العام التقليدى الى المؤسسة الاشتراكية (مذكرات 1984)
ـ دراسة الاحكام العامة للائحة العقود الادارية الصادرة بقرار اللجنة الشعبية العامة فى 6 مايو 19980 (مذكرات فى 1984م)
ـ دكتور عبد الله صلاح :ـ محاضرات فى تاريخ التشريع الاسلامى (مذكرات سنة 1983) ـ القضاء فى الاسلام (مذكرات سنة 1984م)
ـ دكتور سعيد الجليدى :ـ مظاهر القضاء الشعبى (مجلة دراسات قانونية ، المجلد الثامن السنة التاسعة 1979م)
ـ دكتور عبد الرازق المرتض :ـ التاميمات الكلية للشركات النفطية الاجنبية العاملة فى ليبيا واسسها القانونية (مجلة دراسات قانونية ، المجلد التاسع ، السنة العاشرة 1980)
ـ الاستاذ محمد الحرارى :ـ الرقابة على الادارة فى الجماهيرية (مذكرات سنة 1983)
ـ الرقابة على المنشات الاشتراكية العامة (مجلة : دراسات قانونية ، المجلد العاشر ، السنة الحادية عشرة 1981)
ـ حول اهمية رقابة الجهاز المركزى للرقابة الادارية العامة (بحث على الالة الكاتبة
ـ الاستاذ خالد كعوان :ـ محاضرات فى المدخل الى دراسة القانون (مذكرات 1983)
ـ القانون الاقتصادى الليبى (ممذكرات 1985)
ـ اضواء على الاحكام العامة فى تطبيق التشريع فى الزمان دراسة فى احكام القانون المدنى الوضعى الليبى (المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية ، العدد الثامن ، السنة 1984) الدار البيضاء ، جامعة المللك الحسن الثانى .

هذا ويمكننا اضافة رسائل الماجستير فى التخصصات القانونية المختلفة وقد اعدها نخبة من الشباب فى ضوء الاطروحات الثورية الجديدة الجارية فى الجماهيرية ، وقد اصبح بعظهم اعضاء فى هيئة التدريس بكلية القانون فسدوا بملكاتهم الفائقة وقدراتهم العلمية الجادة النامية فراغا كبيرا كانت تحس به الجامعة منذ زمن بعيد ، وكلنا نتطلع الى تفرغهم النهائى لاعداد رسائل الدكتوراه فى مواضيع اصلية تحتاجها ليبيا الجديدة فى نهضتها وازدهارها ، نذكر منهم :ـ ـ ابراهيم مصباح بوخزام :ـ نقد الانظمة النيابية

المعاصرة فى ضوء الكتاب الاخضر .
ـ احمد محمد احمد : ـ نقد علاقة التبعية فى ضوء مقولة شركاء لااجراء
ـ عبد اللطيف محمد ابو هدمة : ـ مبدا الشرعية ، دراسة تاصيلية تحليلية فى النظم المقارنة والنظام الجماهيرى . .
ـ سليمان صالح الغويل : ـ الدولة القومية ، دراسة تحليلية فى ضوء النظرية العالمية الثالثة .
ـ على عبد الرحمن ضوى : ـ المسؤولية الدوليةعن (اضرار المخلفات المادية للحرب العالمية الثانية فى الاقليم الليبى .
ـ ابو بكر مصباح على : ـ النظام القانونى لملكية المسكن فى النظام الجماهيرى
ـ ابو بكر احمد الانصارى : ـ حماية الانتاج الصناعى .
ـ محمود سليمان موسى المرتجع : ـ المسؤولية الجنائية للشخص المعنوى .
ـ فرج صالح الهريش : ـ الحماية الجنائية للانشطة الزراعية .
الصديق محمد الشيبانى : ـ الديمقراطية المعاصرة ، دراسة مقارنة .
ـ فرج سعيد جبريل : ـ ضمانات المتهم فى مرحلة التحقيق الابتدائى .
ـ سالم عبد الرحمن عميمى : ـ الجوانب القانونية للمشروعات الدولية المشتركة .
ـ مصطفى مصباح ادبارة : ـ الارهاب فى القانون الدولى الجنائى .
ـ موسى مسعود رحومة : ـ حرية القاضى الجنائى فى تكوين عقيدته .
ـ شعبان ابو عجيلة عصارة القضاء الجنائى بين التخصص والشعبية
ولازال فريق اخر من هؤلاء النابهين يبذلون جهودهم المضنية فى سبيل انتاج علمى مثمر .
نرجو لهم التوفيق لنرى بواكيرهم يانعة قريبا . .

8 ـ منشور فى جريدة (الزحف الاخضر) ملحق خاص بتاريخ 7 يناير 1985 وكذلك فى جريدة الميزان ، العدد 233 بتاريخ 6يناير 1985م . . .

9 ـ وفيه مادة رابعة تقضى بنشر القانون فى الجريدة الرسمية والعمل به بعد ستين يوما من تاريخ نشره . . . .

10 ـ فى ضوء هذه الموجهات ، اعددنا فى اطار « موسوعة الكتاب الاخضر » مشروع « قانون حماية العلاقات الاجتماعية » ليحل محل قانون العقوبات النافذ . . .

11 ـ ومثال ذلك فى المجال الجنائى ، العقاب على سرقة الكهرباء وعلى تناول الطعام والشراب فى المطاعم دون دفع الثمن ، كما ان القضاء هو الذى اثار مشكلة الامتناع عن تقديم المساعدة الضرورية لشخص معرض لخطر . ـ انظر حول ذاتية القانون الجنائى واستقلاله مؤلفا جماعيا بعنوان : ـ Quelqus aspects de l'autonomie do Droit penal, paris 1956

12 ـ انظر : ـ N.LAHAYE: L'outrage aux mburs Bruxellex, 1980

13 ـ Vectoria ملكة بريطانيا العظمى من 1837 ـ الى 1901وفى عصرها . عرف التوسع الاستعمارى البريطانى انطلاقا لامثيل له . واقرأ كتاب A.Maurois بالفرنسية « انكلترا فى عصر الملكة فيكتوريا » والترجمة العربية بقلم مترى نعمان / 1969

14 ـ Georges SAND (1804 ـ 1876) اديبة فرنسية مشهورة . .

15 ـ لعل من المفيد القاء نظرة مقارنة على الاوضاع الاجتماعية والاخلاقية . فى الاقطار العربية المختلفة ، اذ ان مثل هذه النظرة تثير تساؤلات غاية فى الاهمية من حيث التطور او التأخر ـ بحسب رأى الناظر وشعوره . . .

16 ـ اقرأ مع فائدة كبيرة مؤلفات الكاتب الاجتماعى المشهور الاستاذ قاسم امين (1863م ـ 1908م) لاسيما (تحرير المرأة) (والمرأة الجديدة) وقد نشرت حديثا اعماله كاملة مع دراسة فائضة للدكتور محمد عمارة(المؤسسة العربية للدراسات والنشر ، بيروت 1976 .)

17 ـ لقد بلغ ببعض الدول الاسلامية ان تركت المرأة تخوض الانتخابات وتنتخب نائبة وتعين وزيره . وقد تصبح قاضية فى يوم قريب . من يدرى . .

18 ـ يلاحظ ان الفقيه الايطالى جاروفالو GAROFALO وهو من اقطاب المدرسة الوضعية الايطالية قد صنف فى كتابه (علم الاجرام) عام 1885 ، الجرائم الى طائفتين طائفة الجرائم الطبيعية التى عرفتها كافة الشعوب ، لانها تصطدم بمشاعر العدل والخير وطائفة الجرائم المصطنعة التى يستحدثها المشرع بحسب تطور النظم والظروف ، ولكنه اعتبر الجريمة السياسية والزنا من الجرائم المصطنعة ، واعتبر الزنا جريمة سياسية عائلية (انظر مذكراتنا لطلبة الدراسات العليا ، معالم السياسة الجنائية ص50 وما بعدها

19 ـ يقول الله تعالى : (الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ولاتاخذكم بهما رأفة فى دين الله ، ان كنتم تؤمنون بالله واليوم الاخر وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين) سورة النور ، آية 2 . .

ولايخفى ان المجتمع الغربى يسير سيرا حثيثا نحو الانحطاط والتفسخ الاخلاقى والشقاق العائلى بتأثر اليهودية العالمية ووسائلها الخبيثة المدمرة ومن مظاهر ذلك اختفاء جريمة الزنا من معظم التشريعات الاوربية ، لاسيما الاسكندنافية والدول الشيوعية .

20 ـ لاندرى ما هى طبيعة هذا السهو ؟ اهو سهو من واضع مشروع القانون ام هو سهو تنيجة خطأ مطبعى ؟؟ نأمل تداركه لدى نشر القانون فى الجريدة الرسمية . .

21 ـ نذكر بالسهو المشار اليه فى الهامش السابق . .

22 ـ المادة 410 ملغاة سنة 1973 . .

23 ـ المادة 414 تتعلق بالظروف المخففة . .

24 ـ انظر احمد امين :ـ شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، وفيه يقول ص522 « ان القذف فى عرف القانون هو اسناد امر للغير موجب لعقابه او احتقاره . »

وانظر ايضا شرح المادة 302 الجديدة من قانون العقوبات المصرى ، القاضية بان « يعد قاذفا كل من اسند لغيره . . . امورا لو كانت صادقة لاوجبت عقاب من اسندت اليه بالعقوبات المقررة لذلك قانونا او اوجبت احتقاره عند اهل وطنه » فى كتاب الدكتور عبد الخالق النواوى :ـ جرائم القذف والسب العلنى وشرب الخمر بين الشريعة والقانون ، القاهرة 1971 ص 29 وما بعدها . . .

25 ـ وهو القانون رقم 52 لسنة 1974 (من تشريعات الحدود فى ليبيا .)

26 ـ المادة 493 تنص على جريمة لعب القمار ، والمادة 494 تتكلم عن « عقوبة تبعية » هى فى الحقيقة عقوبة تكميلية خاصة بمصادرة النقود المعروضة للعب والادوات والاشياء المستعملة او المعدة لذلك ، والمادة 495 تنص على « تعريف العاب القمار . . . »

27 ـ المواد 497 ـ 499 ملغاة . .

28 ـ انظر احمد ابراهيم : ـ صرق الاثبات الشرعية . .
وانظر ايضا : ـ احمد فتحى بهنس : ـ نظرية الاثبات فى الفقه الجنائى الاسلامى الطبعة الثالثة ، القاهرة 1971م . . .
وانظر : ـ حكم المحكمة العليا الصادر فى جلسة 16 ديسمبر 1982 (مجلة المحكمة العليا السنة العشرون ، العدد الاول والثانى ، ص194 وفيه تقول : « من المقرر فى الشريعة الاسلامية ان جرائم الحدود لاتثبت الا بوسائل اثبات محددة هى الاقرار او البينة وانه يشترط فى هذا الاقرار ، وفقا لمشهور مذهب الائمة مالك والشافعى وابى حنيفة واحمد بن خنيل ضرورة ثبات المقر عليه ، وانه يقبل رجوعه عنه ولو بغير شبهة ولايقام عليه الحد سواء وقع الرجوع قبل صدور حكم القضاء ام بعده ، وسواء قبل التنفيذ ام فى اثنائه »
29 ـ تنص المادة 52 من قانون العقوبات على ان « الجرائم انواع ثلاثة : جنايات وجنح ومخالفات . . . »
30 ـ تنص المادة 17 / 1 من قانون العقوبات على عقوبات الاعدام والسجن والغرامة
31 ـ تنص المادة 20 من قانون العقوبات على عقوبة السجن المؤبد والمادة 21 على عقوبة السجن المؤقت والمادة 22 على الحبس . .
32 ـ تنص المادة 17 من قانون العقوبات على هذه الانواع من العقوبات المختلفة من حيث اهميتها . . .
33 ـ تنص المادة 17 من قانون العقوبات فى فقرتها الاولى على ان العقوبات الاصلية هى 1 ـ الاعدام 2 ـ السجن المؤبد 3 ـ السجن 4 ـ الحبس 5 ـ الغرامة . . .
34 ـ يطلق قانون العقوبات السورى على العقوبات الثانوية اسم (العقوبات الفرعية) ويريد بها « العقوبات التبعية » كما يطلق اسم « العقوبات الاضافية » على العقوبات التكميلية ، وكذلك فعل قانون العقوبات اللبنانى (انظر دكتور محمد الفاضل : المبادىء العامة فى التشريع الجزائى ، دمشق 1978 ص 380 وما بعدها . . .
35 ـ نجد فى المادة 18 من قانون العقوبات ما يفيد النص على النوعين من العقوبات الاضافية : التبعية والتكميلية لانه يقضى « واما العقوبات التبعية فتتبع الادانة بحكم القانون ولاداعى للنطق بها الا فى الاحوال التى ينص عليها القانون . . » اى فى القسم الخاص من قانون العقوبات ، فلا اهمية لتسمية النوعين بالتبعية ، بالرغم من الاختلافات الجوهرية بينهما .

هذا ويلاحظ ان المشرع المصرى ، هو الاخر ، قد اطلق على العقوبات التبعية التبعية والعقوبات التكميلية تسمية واحدة هى « العقوبات التبعية » دون ان ينتبه الى التفرقة بينهما انظر : ـ محمود ابراهيم اسماعيل ، شرح الاحكام العامة فى قانون العقوبات ، القاهرة 59ه1 ص617 وما بعدها . . .
36 ـ جاء فى حكم للمحكمة العليا : « . . . اما العقوبات التبعية وهى جزاء يضاف الى عقوبة اصلية محكوم بها فلا تقوم وحدها سواء اكانت تلك التى نصت عليها المادة 17 المشار اليها وهى الحرمان من الحقوق المدنية والحرمان من مزاولة المهن الفنية وفقدان الاهلية القانونية ونشر الحكم ، وهى تقع بقوة القانون او كانت من النوع الثانى وهى العقوبات التكميلية التى تضاف الى عقوبة اصلية ولاتلحق بالمحكوم عليه الا اذا نطق بها القاضى وهو مانصت عبيه المادة 18 عقوبات » طعن جنائى فى 27 يناير 1983 « مجلة بالمحكمة العليا ، السنة العشرون العدد الثالث ص202 ـ 203 »

37 – Garraud, 11, N. 600

انظر ايضا ، جندى عبد الملك . الموسوعة الجنائية ، الجزء الخامس بند 179 . . .

38 ـ يلاحظ ان اداء الخدمة العسكرية ليس حقا للفرد وانما هو التزام يقع على عاتقة ازاء الدولة (انظر مذكراتنا فى القانون الدولى الخاص ـ رابطة الجماهيرية الفصل الاول . . .

39 ـ يفرق المشرع الليبى بين الاعتياد على الاجرام وبين احتراف الاجرام : فالاول يتحقق لدى الجانى ، طبقا للمادة 146 عقوبات ، عندما يتوافر فيه عود متكرر ، اى سبق الحكم عليه لجنايتين او جنحتين عمدية ثم يحكم عليه مرة اخرى بجاني او جنحة عمدية . فعندئذ اذا تبين من 1 ـ طبيعة الجريمة الاخيرة المرتكبة 2 ـ ومن خطورتها 3 ـ ومن الزمان الذى ارتكبت فيه 4 ـ ومن سلوك الفاعل 5 ـ ومن سيرته 6 ـ ومن الظروف الاخرى مثل جسامة الضرر او الخطر الناتج عن الفعل ، ان المتهم قد تفرغ للاجرام ، فيجوز للقاضى اعتباره مجرما اعتاد الاجرام ، ويترتب على وصفه بمعتاد الاجرام الامر باحالته الى معتقل خاص يقضى فيه مدة لاتقل عن سنتين بعد انتهاء مدة عقوبته الاصلية . اما احتراف الاجرام فانه يتحقق ، طبقا 147 عقوبات ، لدى الشخص متى اعتبر مجرما معتادا ثم حكم عليه لجريمة اخرى وذلك اذا ظهر 1 ـ من طبيعة الجرائم 2 ـ ومن نوعها 3 ـ ومن سيرته 4 ـ ومن الظروف الاخرى كالدوافع والاوضاع العائلية والاجتماعية والحالة الشخصية ، انه يعتمد فى معيشته على الاجرام ، بالتالى يصبح مجرما محترفا بحكم القانون بحيث يجب اعتقاله مدة لاتقل عن ثلاث سنوات ولكن ما هى طبيعة هذا الاعتقال ؟ انه تدبير احترازى . . .

40 ـ لاتصل الى عشر سنوات ، لان هذه العقوبة تفضى الى الحرمان الدائم من الحقوق المدنية « الشق الاول من المادة 34 عقوبات . . . »

41 ـ د . حميد السعدى : ـ شرح قانون العقوبات الجديد ، الجزء الاول الطبعة الثانية ، بغداد 1976 ص 429 وكذلك ص 443 راجع رسالة الدكتوراه بالفرنسية حول الموضوع للمؤلف Akhlagui–Ghazani باريس 1962

42 ـ انظر Tloite De dsoit simiuel, N.501

43 – A etes de v11 sorgres liternational de defene so ciale, cujas, 1969

44 ـ انظر دكتور احمد فتحى سرور : ـ الوسيط فى قانون العقوبات ، الجزء الاول (القسم العام) القاهرة 1981 ص 758 ـ 759

45 ـ انظر الدكتور السعيد مصطفى السعيد ، العقوبة ، القاهرة 1946 ص77 . . .

46 ـ فى شرح المادة 361 عقوبات

47 ـ نقضى مصرى 17 ابريل 1961 « مجموعة امكا » محكمة النقض س12 رقم 82 ص442 ـ نقلا عن الدكتور محمود نجيب حسنى : ـ شرح قانون العقوبات ـ القسم العام ، الطبعة الرابعة ، القاهرة 1977 ص821 هامش رقم 2

48 ـ اقرأ ـ اذا شئت ـ كتاب العلامة الكبير جراماتيكا

الترجمة العربية للدكتور محمد الفاضل ، دمشق 1969 ص366 ـ 402

49 – Garraul, 11, N.461

– Vidal et Magnol, DR. crin. 1, 439

– Donmedieu de valres, Naiti de drsit criminel, no 464

' Bouzat, traite, N.315

50 – Stefani at levaner, or. pen N.36

51 ـ سورة فاطر ، آية 18 . . .

كانت العقوبات حتى اندلاع الثورة الفرنسية عام 1789 تمس ليس الجانى فقط وانما افراد اسرته ايضا بالرغم من انهم لم يسهموا باى شكل من الاشكال فى الجريمة ، وكان عقابهم مباشراً لانتيجة للعقوبة الواقعة على الفاعل (راجع بالفرنسية ، كتاب : Quelques pxoces criminels des x v11 et xv111 Siecles, Paris 1964

52 – clsasles Germain: Zlemeeuts do Ocience Peritiare, 1989, P.21

وهذا وتفضى مجموعة قواعد الحد الادنى لمعاملة المسجونين التى اقرتها الجمعية العامة للمؤتر الدولى الاول للامم المتحدة فى مكافحة الجريمة ومعاملة المذنبين ، جنيف 1955 ، بلزوم احترام الكرامة الشخصية للسجناء ، فالقاعدة (31) تنص على انه : « يجب تحريم العقوبة البدنية ، والعقاب بالوضع فى زنزانة مظلمة ، وكل العقوبات القاسية وغير الانسانية او المهددة للادمية تحريما تاما كجزاءات تأديبية » . . .

53 ـ دكتور رؤف عبيد :ـ اصول علمى الاجرام والعقاب ، الطبعة الرابعة ، القاهرة 1977 ص473 ـ 474

54 ـ العقيد معمر القذافى :ـ الكتاب الاخضر ، الفصل الاول ، حل مشكلة الديمقراطية ، باب شريعة المجتمع . .

55 ـ فى برنامج الحد الادنى للجمعية الدولية للدفاع الاجتماعى بند يقضى بوجوب احترام القيم الانسانية والامتناع بانه لايمكن ـ مع التعقل ـ ان نفرض على المجرمين سلوكا غير معيب دون ان تتبع فى شانهم الوسائل المطابقة لمبادىء المدنية . . وفى بند اخر : يجب قبل كل شىء ان يحترم القانون الجنائى حقوق الانسان وذلك عن طريقة مراعاة كل النصوص المترتبة على الشرعية ومبادىء الحرية (انظر : محمد ابراهيم زايد : تطور قواعد الحد الادنى لمعاملة المسجونين (مجلة مصر المعاصرة : 1970 ص142و1971ص

كذلك : سدرلاندوكرس (مبادىء علم الاجرام) ـ ترجمة محمود السباعى وحسن صادق المرصفاوى ، القاهرة 1968 ص412 ـ 414 . . .

56 ـ لاسيما الفصلين السابع والثامن . . .

57 ـ Raymond Saleilles تفريد العقاب ، باريس 1951

58 ـ من مظاهر التفريد التشريعى ايضا ، فى القوانين العقابية التقليدية ، تشديد العقوبة عند توافر ظرف مشدد يرجع الى واقعة الجريمة كالاكراه فى السرقة او الى صفة خاصة بالجانى ككونه طبيبا فى اسقاط الحامل . .

ومن مظاهره ايضا اخضاع جنوح الاحداث لنوع من العقاب والمعاملة . .

59 ـ ومن مظاهره ايضا استعمال نظام الاعذار القانونية الجوازية كتجاوز حدود حق الدفاع الشرعى بنية سليمة واستعمال نظام الظروف القضائية المخففة ونظام وقف تنفيذ العقوبة

60 ـ ومن مظاهره تطبيق نظام الافراح الشرطى (م / 450 ـ اجراءات) وحق العفو (م / 118 عقوبات ، م / 124 عقوبات)

61 ـ الدفاع الاجتماعى الجديد ، : Marc Ancel باريس 1966

62 ـ د . حميد السعدى :ـ شرح قانون العقوبات الجديد ، الجزء الاول ، الطبعة الثانية ، بغداد 1976 ص419

63 – Thorsten Sellin : l'effet intimidant de Ea peine, 1960, P.579

64 – Beccarid : Traite des delits, et des peines

65 ـ نذكر بعض اقطاب هذه المدرسة :ـ
الفقيه جيزو Guizot وكتابة « عقوبة الاعدام فى الجرائم السياسية » (21822)
ـ الاستاذ جووفروا Jouffrot وكتابه « القانون الطبيعى » (1830)
ـ الفقيه روسى Rossi ومؤلفه فى قانون العقوبات . . .
ـ شارل لوكاسى ودراسته حول السجون . . .
ويمكن ان نضم اليهم جارو وجارسون ايضا . . .

66 ـ انظر مذكراتنا لطلبة الدراسات العليا :ـ معالم السياسة الجنائية . 1984م .

67 ـ مارك انس ، المرجع السابق ص33

68 ـ يعتبر انريكو فيرى (1856 ـ 1929) E. Ferri احد اقطاب المدرسة الوضعية الايطالية وهو الذى اسبغ على هذه المدرسة طابعها العلمى الانسانى افرأ كتابه الشهير :ـ علم الاجتماع الجنائى وفيه يرفض الخطأ اساسا للمسؤولية الجنائية . . .

69 ـ د . حميد السعدى :ـ شرح قانون العقوبات الجديد ، الجزء الاول الطبعة الثانية بغداد 1976 ص386 . . .

70 ـ عبد القادر عودة :ـ التشريع الجنائى الاسلامى ، مقارنا بالقانون الوضعى بند ـ 91 ـ الجزء الاول ـ محمد ابو زهرة : الجريمة والعقوبة فى الفقه الاسلامى بند ـ 60 ـ

71 ـ محمد الخضرى :ـ تاريخ التشريع الاسلامى ، ص115 . . .

72 ـ نهاية المحتاج الى شرح المنهاج لابى العباس الرملى (شافعى) الجزء العاشر ص316 ، 317 (ذكرهما الاستاذ عبد القادر عوده ، المرجع السابق ، بند ـ 253

73 ـ سورة المائدة ، آية 34 . . .

74 ـ محمد ابو زهرة ، الجريمة والعقوبة فى الفقه الاسلامى ، بند 170 . . .

75 ـ على حسن فهمى :ـ التوبة والعقوبة (مجلة مصر المعاصرة ، السنة الستون 1969 ، ص221)

76 ـ اقرأ للدكتور احمد محمد ابراهيم :ء القصاص فى الشريعة الاسلامية القاهرة 1944م

77 ـ سورة المائدة ، آية 45 . . .

78 ـ سورة البقرة ، آية 178 (انظر تفسير القرطبى ص225 من الجزء الثانى . . .)

79 ـ اقرأ للدكتور على صادق أبو هيف :ـ الدية فى الشريعة الاسلامية القاهرة 1932م

80 ـ الدكتور عبد العزيز عامر : التعزيز فى الشريعة الاسلامية ، القاهرة 1955م .

81 ـ يعطى ابن تيمية امثلة للمعاصى ، اى الجرائم المعاقب عليها تعزيزا فيقول :ـ « واما المعاصى التى ليس فيها حد مقدر ، ولاكفارة ، كالذى يقبل الصبى والمرأة الاجنبية او يباشر بالجماع ، او ياكل مالا يحل كالدم والميتة ، او يقذف الناس بغير الزنا ، او يسرق من غير حرز ، او شيئا يسيرا ، او يخون امانته كولاة اموال بيت المال ، او الوقف ومال اليتيم ونحو ذلك اذا خانوا فيها وكالوكلاء والشركاء اذا خانوا ، او يغش فى معاملته كالذين يغشون فى الاطعمة والثياب ونحو ذلك او يطفف المكيال والميزان ، او يشهد

الزور ، او لقن شهادة الزور او يرتشى فى حكمه ، او يحكم بغير ما انزل الله ، او يعتدى على رعيته ، او يتعزى بعزاء الجاهلية (اى دعا بدعوة الجاهلية وعصبيتها . . . » او يلبى داعى الجاهلية ، الى غير ذلك من انواع المحرمات ، فهؤلاء يعاقبون تعزيراً وتنكيلا وتأديبا . . . »

السياسة الشرعية فى اصلاح الرعية ، الفصل السابع . . .

82 ـ ولقد ادرك ابن تيمية فلسفة التفريد اعظم ادراك فاكد على ضرورة دراسة حالة المذنب وظروفه الشخصية ، ووجوب ملاحظة الواقعة ذاتها ومدى ضررها ، عند توقيع اى تدبير من تدابير التاديب ، تعزيراً ، فكتب يقول :ـ« . . . فهؤلاء يعاقبون تعزيراً وتنكيلا وتاديبا بقدر ما يراه الوالى (اى القاضى) على حسب كثرة ذلك الذنب فى الناس وقلته ، فاذا كان من المدمنين على الفجور (اى صاحب حالة خطورة) زيد فى عقوبته (معاملته) بخلاف المقل من ذلك ، وعلى حسب كبر الذنب وصغره (جسامة الواقعة الجرمية) فيعاقب من يتعرض لنساء الناس واولادهم ، مالا يعاقبه من لم يتعرض الا لمرأة واحدة ، او صبى واحد وليس لاقل التعزير حد ، بل هو بكل ما فيه ايلام الانسان (معنويا) ، من قول او فعل ، وترك قول ، وترك فعل ، فقد يعزر الرجل بوعظه وتوبيخه والاغلاظ له ، وقد يعزر بهجره وترك السلام عليه حتى يتوب اذا كان ذلك هو المصلحة » . . .

المرجع السابق . .

83 ـ انظر ابوزهرة ، المرجع المشارة اليه سابقا بند ـ 140 . . .

84 ـ المرجع السابق ، بند 140 . . .

85 ـ عن ابو زهرة ، المرجع السابق ـ بند ـ 16 . . .

3

الادارة الشعبية
وآفاق التغيير الادارى

د. محمد مختار عثمان / استاذ مشارك بالكلية

مقدمة :

ان المتتبع لمعظم الدراسات والابحاث التى تناولت هذا الموضوع وهو الادارة الشعبية ، يجد أن معظمها يتركز حول الجانب الوصفى لها فيتناول بالشرح والتفصيل تنظيم اللجان الشعبية وتشكيلها واختصاصاتها وعلاقاتها بالمؤتمرات الشعبية . وهذا الاسلوب من الدراسة غير كاف على الاطلاق لانه لايعطى هذا الموضوع مايستحقه من الدراسة العميقة التحليلية .

ومن هنا كان اتجاه هذا البحث الى الدراسة الانتقادية المقارنة التى تتناول الادارة الشعبية من زواية التغيير الادارى الذى تحدثه فى المفاهيم والنظم الادارية التقليدية .

والسؤال الذى يطرح نفسه بادىء ذى بدء : لماذا يكون للادارة الشعبية تأثير على النظم الادارية العالمية والمفاهيم الادارية التقليدية ؟ لماذا تكون الادارة الشعبية منطلقا لهذا التغيير ، ولماذا تكون الادارة الشعبية نموذجا اداريا رائدا ؟ ومن هذا المنطلق كان لابد قبل القاء الضوء على التغييرات الجذرية التى تحدثها الادارة الشعبية فى مجال الادارة وفى مجال مفاهيم القانون الادارى التقليدية ، أن نعرض للخصائص الذاتية للادارة الشعبية التى تعطيها هذه القدرة على التغيير ومعالجة هذا الموضوع لايمكن أن تكون فقط فى اطار الدراسات القانونية البحتة ، وانما ينبغى ان تكون أيضا فى اطار دراسات العلوم الادارية ، خصوصا وأن الادارة الشعبية تواجه نظما ادارية وتقليدية متباينة يستند بعضها أو فى جانب منها الى نظريات ادارية بمفاهيم العلوم الادارية وليس فقط بمفاهيم القانون الادارى .

ومن هنا سيكون تناول هذا الموضوع شاملا لما يلى : -

أولا : الادارة الشعبية نموذج ادارى رائد .

ثانيا : الادارة الشعبية ثورة على الادارة التقليدية .

ثالثا : الادارة الشعبية ثورة على مفاهيم ومبادىء القانون الادارى .

أولا : الادارة الشعبية نموذج ادارى رائد

ان النظرة التحليلية للادارة الشعبية من حيث أهدافها ومقوماتها وخصائصها ، تؤكد أنها ادارة تقوم على دعائم تعطيها القوة والثبات ، وتتمتع بخصائص ذاتية تميزها عن غيرها من النظم الادارية التقليدية وتجعلها ادارة على مستوى من الكفاءة ، قادرة على أن تصبح نموذجاً اداريا رائدا يحل محل النظم الادارية التقليدية . وتتمثل العناصر التى تجعل الادارة الشعبية منطلقا لاحداث تغيير جذرى فى النظم الادارية العالمية فيما يلي :

- دعائم الادارة الشعبية .
- خصائص الادارة الشعبية .

1 ـ دعائم الادارة الشعبية :

يمكن النظر الى الادارة بصورة عامة ، أحد نظرتين . . . أما نظرة جزئية بمعنى أن الادارة أو الجهاز الادارى له كيان ذاتى مستقل ومتميز عن كيان المجتمع بل وقد يكون معارضا له ومسلطا عليه ، وهذه نظرة تقليدية بيروقراطية تسلطية ، كانت سببا فى فشل كثير من النظم والتغييرات الادارية ، ومن هنا فهى نظرة مرفوضة .

أما النظرة الاخرى وهى النظرة الشمولية فتعتمد على أن الادارة جزء من المجتمع تنشأ فيه وتعمل من أجل تحقيق أهدافه . فالمرافق العامة والمؤسسات والمنشآت المختلفة خدمية أو انتاجية هى جزء من المجتمع الذى تنشأ فيه ، تتأثر به وتؤثر فيه ، فهى تنشأ لاشباع حاجات المجتمع ويتحدد نشاطها ووسائلها وأساليبها وفقا للعوامل السياسية والاقتصادية والاجتماعية الخاصة بهذا المجتمع ففى اطار هذه العوامل تتحدد اهداف وسياسات الجهاز الادارى والنظم والقوانين والقيم التى تحكمه وتحكم علاقاته بالمجتمع[1] .

ومن هنا ووفقا لهذه النظرة فان التغيير السياسى والاقتصادي والاجتماعى يحتم ضرورة التغيير الادارى ، كما أن التغيير الادارى لايحقق أهدافه بغير ارتكازه على تغيير سياسى واقتصادى واجتماعى ، ولذا فان الفصل بين التغيير الادارى والتغيير فى عوامل البيئة السياسية الاقتصادية والاجتماعية يؤدى الى فشل هذا التغيير الادارى وتحوله الى عملية تلفيق أو ترميم غير متجانس مآلها الانهيار وتأكيدا لهذا فان زوال جهاز الدولة البيروقراطى يتحقق بالغاء الطبقية واقامة نظام سياسى ديمقراطى مباشر ونظام اقتصادي اشتراكى أساسه المشاركة والمساواة بين الناس ، ولكى يتحقق هذا الهدف فلا بد من أزالة الفوارق الاجتماعية والاقتصادية والثقافية . . . . وهذا معناه أن الادارة الشعبية لابد وأن تكون

حركتها منسجمة مع حركة المجتمع الاشتراكى الجديد ، كما أن قوتها وكفاءتها مصدرها الارتكاز على نظام سياسى واقتصادى واجتماعى سليم .

ومن هذا المنطلق يمكن تحديد الركائز أو الدعائم الاساسية للادارة الشعبية فيما يلى :

أ ـ السلطة الشعبية :

لقد أرست تجربة الجماهيرية فى تطبيق الديمقراطية المباشرة أساسا قويا لاحداث تغيير جذرى فى الادارة .

فالديمقراطية وفقا لمفهوم النظرية العالمية الثالية تعنى أن الشعب هو أداة الحكم ، فالديمقراطية هى رقابة الشعب على نفسه ويترتب على ذلك أن أداة الحكم الوحيد هى الشعب الذى يقوم بالوظيفة التشريعية والادارية والقضائية كما يقوم بوظيفة الرقابة ، فالشعب هو الرقيب على نفسه . . . . ومن هنا فليس هناك كما فى النظم التقليدية ﴿ الديمقراطية التمثيلية ﴾ حكومة ومجالس نيابية وأحزاب [2] ، وانما الديمقراطية الشعبية ليس لها الا اسلوب واحد « ولايمكن تحقيق السلطة الشعبية الا بكيفية واحدة وهى المؤتمرات الشعبية ، واللجان الشعبية ، فلا ديمقراطية بدون مؤتمرات شعبية واللجان فى كل مكان » .

فالادارة الشعبية وهى المتمثلة فى اللجان الشعبية هى القنوات الادارية التى تخضع تنظيميا ووظيفيا للقوات السياسية المتثلة فى المؤتمرات الشعبية الاساسية وملتقاها مؤتمر الشعب العام .

والنتيجة المنطقية لذلك هو أن الادارة الشعبية هى ادارة بالشعب وللشعب تستند الى دعامة سياسية تتمثل فى أن السلطة للشعب وأن الحكم للشعب ، فالديمقراطية الشعبية المباشرة هى سند الادارة الشعبية وبغيرها لاتقوم ادارة شعبية ، وبعبارة أخرى فالسلطة للشعب يمارسها من خلال مؤتمراته الاساسية ، والادارة للشعب وبالشعب يمارسها الشعب من خلال لجانه الشعبية والمنبثقة من مؤتمراته والمفوضة منه فى عدم نجاح الحلول الادارية التى تدعى الديمقراطية فى دول العالم والتى تحاول ادخال صور من الديمقراطية فى الادارة دون سند سياسى لها بوجود ديمقراطية شعبية مباشرة .

ويترتب على كون السلطة الشعبية دعامة الادارة الشعبية نتيجتين هامتين ، الاولى : تتعلق بأهداف الادارة الشعبية والاخرى بتنظيمها .

ـ فبالنسبة لاهداف الادارة الشعبية ، فان الاساس هو أن الادارة الشعبية ليس لها أهداف ذاتية وانما بحكم خضوعها تنظيميا ووظيفيا للقنوات السياسية المتمثلة فى المؤتمرات الشعبية الاساسية وملتقاها مؤتمر الشعب العام ، فان اهدافها يحددها الشعب صاحب السلطة من خلال مؤتمراته الاساسية وملتقاها مؤتمر الشعب العام ، وبمعنى آخر فان اهدافها هى

أهداف الشعب السياسية والاقتصادية والاجتماعية ، وتلك تمثل الاهداف الاستراتيجية والتى لايمكن ان تتحقق الا من خلال تحقيق هدف اخر وهو الثورة الادارية ، فكما يقول الكتاب الاخضر فى الفصل الاول « تختار جماهير تلك المؤتمرات الشعبية الاساسية لجانا شعبية ادارية لتحل محل الادارة الحكومية فتصبح كل المرافق فى المجتمع تدار بواسطة لجان شعبية وتصير اللجان الشعبية التى تدير المرافق مسئولة أمام المؤتمرات الشعبية الاساسية التى تملى عليها السياسية وتراقبها فى تنفيذ تلك السياسة وبهذا تصبح الادارة شعبية والرقابة شعبية » .

ـ أما عن تنظيمها فتمارس الادارة الشعبية اختصاصاتها من خلال البناء التنظيمى الذى يحدد تشكيل اللجان الشعبية واختصاصاتها وعلاقاتها بالمؤتمرات الاساسية وباللجان الشعبية المختلفة رأسيا وأفقيا .

والتكوين الادارى بهذه اللجان يقوم على أساس ديمقراطى شعبى ومباشر مستندا فى ذلك الى الديمقراطية الشعبية ومعبرا عن كون الادارة الشعبية هى الامتداد الطبيعى للديمقراطية المباشرة . وقد حدد الكتاب الاخضر فى الفصل الاول البناء التنظيمى للجان الاساسية بقوله : « ليس لسلطة لشعب الا وجه واحد ولايمكن تحقيق السلطة الشعبية الا بكيفية واحدة وهى المؤتمرات الشعبية واللجان الشعبية فلا ديمقراطية بغير مؤتمرات شعبية واللجان فى كل مكان .

أولا يقسم الشعب الى مؤتمرات شعبية أساسية ويختار كل مؤتمر أمانة له ، ومن مجموع لجان الامانات تتكون مؤتمرات شعبية غير الاساسية . . . . ثم تختار جماهير تلك المؤتمرات الشعبية الاساسية لجانا شعبية ادارية لتحل محل الادارة الحكومية فتصبح كل المرافق فى المجتمع تدار بواسطة لجان شعبية وتصير اللجان الشعبية التى تدير المرافق مسئولة أمام المؤتمرات الشعبية الاساسية التى تملى عليها السياسة وتراقبها فى تنفيذ تلك السياسة وبهذا تصبح الادارة شعبية والرقابة شعبية .

ومن هنا فالسلطة الشعبية هى الدعامة الاساسية للادارة الشعبية وضمان عدم تحويلها الى ادارة بيروقراطية متسلطة وذلك على عكس الديمقراطية التمثيلية التى تهىء المناخ المساعد لسيطرة الجهاز البيروقراطى بل وتحكمه فى السلطة التشريعية أحيانا . وفى حين تعمل البيروقراطية على تقويض سلطة الشعب تعمل الادارة الشعبية على تدعيم السلطة الشعبية وترسيخها وكذلك الشأن فالادارة الذاتية أيضا تدعيم للسلطة الشعبية والادارة الشعبية .

ب ـ الاشتراكية الجديدة :

ان المبادىء الاساسية التى يرتكز عليها النظام الاقتصادى الجماهيرى الجديد تمثل دعامة

أساسية لتحقيق السلطة الشعبية والادارة الشعبية وتكفى الاشارة السريعة الى هذه المبادىء لتبين هذا التأثير وذلك الدعم للادارة الشعبية .

ـ غاية الاشتراكية الجديدة هى اشباع الحاجات عن طريق العمل الانتاجى الحقيقى دون استغلال الغير . ويصور الفصل الثانى من الكتاب الاخضر هذه الغاية بقوله : « ان الغاية المشروعة للنشاط الاقتصادى للافراد هى اشباع حاجاتهم فقط ولهذا لايحق لاى فرد القيام بنشاط اقتصادى بغرض الاستحواذ على كمية من تلك الثروة اكثر من اشباع حاجاته لان المقدار الزائد عن الحاجة هو حق للافراد الاخرين » .

ولاتتحقق المساواة الاقتصادية الا بتحرير حاجات الانسان « فان حرية الانسان ناقصة اذا تحكم آخر فى حاجته فالحاجة قد تؤدى الى استعباد الانسان لانسان والاستغلال سببه الحاجة »[2] .

ومن هنا كان القضاء على مجتمع الاستغلال واحلال مجتمع الشركاء محله فكانت مبادىء البيت لساكنه ـ شركاء لاأجراء ـ فى الحاجة تكمن الحرية ـ الارض ليست ملكا لاحد .

ـ وبتحرير حاجات الانسان تتحقق الديمقراطية الشعبية الحقيقية والادارة الشعبية الفعالة ويمارس الافراد مشاركتهم فى الحكم والادارة بحرية تامة دون خوف او مجاملة .

ـ المساواة بين عناصر الانتاج : فتقوم الاشتراكية الجديدة على أساس المساواة بين عناصر الانتاج الاقتصادى وهى مواد الانتاج ووسيلة الانتاج والمنتج وفى هذا يقول الكتاب الاخضر[3] : « والقاعدة الطبيعية للمساواة هى أن لكل عنصر من عناصر الانتاج حصة فى هذا الانتاج لانه اذا سحب واحد منها لايحدث انتاج ولكل دور أساسى فى عملية الانتاج وبدونه يتوقف الانتاج .

هذه المساواة تدعم الادارة الشعبية فبغير المساواة يضعف دور المنتجين واخلاصهم فى الادارة نتيجة ضعف نصيبهم فى العائد من المنتج » والذى يعمل فى مؤسسة اشتراكية هو شريك فى انتاجها ، مخلص فى عمله الانتاجى دون شك لان باعثه على الاخلاص فى الانتاج هو حصوله على اشباع حاجاته من ذلك الانتاج .

ـ القضاء على عوامل الاستغلال ، فالديمقراطية المباشرة الحقيقية وفقا للنظام الجماهيرى لاتتحقق الا بالقضاء على عوامل الاستغلال[4] فكان القضاء على نظام الاجرة وتحرير العاملين من عبوديتها . وفى هذا تدعيم لحرية الافراد وتمكينهم من المشاركة الفعالة والحرة فى الادارة الشعبية .

ـ ديمقراطية التخطيط : فالتخطيط القومى الشامل الاطار الذى يحكم كل النشاط الاقتصادى بالجماهيرية والخطة توضع بأسلوب ديمقراطى . فمشروع الخطة يعرض على المؤتمرات الشعبية الاساسية وتتولى هذه المؤتمرات مناقشة الخطة من جميع جوانبها وتقترح التعديلات عليها بالحذف او الاضافة ثم تعرض فى النهاية على مؤتمر الشعب العام الذى

يقوم بصياغة هذه الآراء ويضع الخطة فى صورتها النهائية واعتمادها ثم ارسال نسخة الى كل لجنة شعبية وأمانة مختصة لتتولى ما يخصها من محتويات الخطة وهذه المشاركة هى تدعيم وترسيخ للسلطة الشعبية والادارة الشعبية .

ج ـ الدين شريعة المجتمع :

« الشريعة الطبيعية لاى مجتمع هى العرف أو الدين » [5] . والدين وهو شريعة المجتمع هو « الفيصل لمعرفة الحق والباطل والخطأ والصواب وحقوق الافراد وواجباتهم » [6] . والدين شريعة المجتمع دعامة لكفاءة الادارة الشعبية ويتأكد ذلك من ناحيتين :

ـ شريعة المجتمع هى الفيصل بين الحق والباطل والخطأ والصواب وحقوق الافراد وواجباتهم .

ـ الالتزام والتمسك بالقيم الدينية يربى المواطن المخلص القوى الامين الذى يراقب نفسه بنفسه لاخوفا من العقاب وانما عن ايمان ويقين وعقيدة .

ومن هنا فالدين وهو شريعة المجتمع لكل المجتمعات ، والقرآن الكريم شريعة المجتمع الجماهيرى الليبى ، يعتبر سندا ودعما للادارة الشعبية اذ يحدد لها اطار عملها فى حدود مبادئه وأحكامه ، وهى أحكام ومبادىء واضحة مما يساعدها على وضوح الاهداف والمبادىء التى تحكمها ، وفى هذا المجال فالنص فى اعلان سلطة الشعب على أن القرآن الكريم شريعة المجتمع لم يرد على سبيل الارشاد والتوجيه وانما على سبيل الالزام والوجوب [7] ، ويترتب على ذلك الا يجوز لاى قاعدة قانونية لاحقة على اعلان سلطة الشعب أن تخالف حكما قطعيا بالقرآن الكريم كما ينبغى مراجعة القواعد القانونية السابقة لاصدار هذا الاعلان لرفع التعارض بينها وبين احكام القرآن الكريم واعداد القواعد البديلة . كما أنه من جانب آخر فالادارة الشعبية وهى تمارس السلطات المخولة لها وتقوم بمهامها يجب أن تكون أهدافها هى تطبيق مبادىء وأحكام القرآن الكريم شريعة المجتمع فهى القيم الدينية والمصدر المباشر الذى يستند اليه أى قانون وضعى أو قرار .

ومن هنا تكون الادارة الشعبية فعلا أداة التغيير الجذرى والشامل فى المجتمع وأداة تحقيق الاهداف العليا وليست أداة بيروقراطية تدار بالاسلوب التقليدى والسلبى ، تدفعها الاحداث وتحركها المشكلات وليس لها سبيل من المبادىء فى احداث التغيير .

ولاينظر فقط الى الدين شريعة المجتمع من هذه الزاوية فقط وانما هو أيضا يدعم كفاءة الادارة الشعبية وينميها .

فالادارة الشعبية وهى تهدف الى تطهير الجهاز الادارى والقضاء على الادارة البيروقراطية واحلال الادارة الشعبية محلها لابد وأن تعتمد الكفاءة وبالاخص كفاءة العنصر البشرى سواء كان ذلك متمثلا فى أعضاء اللجان وفى العاملين والمنتجين فى

الادارات والاجهزة الفنية والمنشآت وهذا مايؤكده قائد الثورة بقوله : « لابد فى كل لجنة من عدد كاف من الناس الذين يفهمون عملهم » وبتوجيهه أعضاء اللجان الثورية فى توجيه الجماهير نحو اختيار المتخصصين قدر الامكان لادارة المنشآت »[8] .

وارساء القيم الدينية أمر حيوى فى رفع كفاءة العمل الادارى [9] فما هو دور الدين شريعة المجتمع والقرآن الكريم شريعة المجتمع فى تدعيم كفاءة الادارة الشعبية .

يتضح هذا الدور من خلال مقولات الكتاب الاخضر من ناحيتين : الاولى كون شريعة المجتمع هى الفيصل لمعرفة الحق والباطل والخطأ والصواب وحقوق الافراد وواجباتهم ومن هنا تتحدد واجبات الافراد ومن بينهم العامل والموظف والمنتج وفقا لاحكام ومبادىء شريعة المجتمع .

والثانية أن تحديد شريعة المجتمع للواجبات يأتى فى صورة ارشادات والعقاب على مخالفتها أساسا أخروى .

ويعبر عن ذلك الكتاب الاخضر بقوله : « ومعظم العقوبات المادية فى الدين مؤجلة وأكثر أحكامه مواعظ وارشادات واجابات على أسئلة وتلك أنسب شريعة لاحترام الانسان الدين لايقرر عقوبات آنية الا فى حالات قصوى وضرورية للمجتمع » .

ومن هنا فان ارساء القيم الدينية واستقرارها فى ضمير الافراد من أهم العوامل التى توجد الاخلاص فى العمل والتفانى فى ادائه لاخوفا من العقاب أو طمعا فى مكافأة أو ثواب ، وانما احساسا بأن ذلك مايمليه الضمير والخلق القويم وأن الخطأ أو المخالفة التى يأتيها الموظف أو المنتج تحرك الى جانب المسئولية القانونية مسئولية الضمير مسئولية الانسان أمام خالقه وهى مسئولية تتعدى المجال القانونى لكى تندرج فى نطاق الدين والاخلاق .[10]

وأن الدين كشريعة للمجتمع والتمسك بأحكامه يوجد المنتج والموظف القوى الذى تتوافر فيه متطلبات العصر الحديث وهى :

- مزيد من القدرة على التفكير وأعمال العقل والتعليم اعمالا لقول الله تعالى : « ومن يؤت الحكمة فقد أوتى خيرا كثيرا ومايذكر الا أولوا الالباب » .
- مزيد من الايجابية بمعنى أن يستشعر الفرد انتماءه الى الجماعة وولاءه لها ، فينفعل الجميع لاحداث الجماعة ويدفعون للتفكير فيها والمشاركة فى حل مشكلاتها واتخاذ القرارات فى شأنها وذلك اعمالا لقول الرسول الكريم [ومن لم يهتم بأمر المسلمين فليس منهم] .
- مزيد من القدرة على العمل الجماعى على أساس من الشعور بالاخوة كما جاء بالقرآن الكريم « انما المؤمنون أخوة » .
- مزيد من العمل المتقن المنتج اعمالا للحديث الشريف « ان الله يحب اذا عمل إحدكم عملا أن يتقنه »

وهذا عرض موجز لتأثير الدين على الادارة الشعبية وتأثيره الايجابى عليها بما يدعم كفاءتها وفاعليتها .

2 ـ الخصائص الذاتية للادارة الشعبية :

لايمكن أن تتضح الخصائص الذاتية للادارة الشعبية الا بمقارنتها بالنظم والنظريات الادارية القائمة بالعالم . فالادارة الشعبية وجدت لتواجه تلك النظم والنظريات وليكون لها الدور الادارى الرائد بينها .

وسيكون تحليلنا للادارة الشعبية مقارنة بالنظم والنظريات الادارية التى سادت العالم منذ أواخر القرن التاسع عشر وحتى الآن ومنها سنتناول :

- الادارة المادية العلمية ونظرية التنظيم الادارى .
- الادارة البوليسية أو الدكتاتورية .
- الادارة البيروقراطية .
- الادارة التمثيلية .
- الادارة الارتجالية .
- الادارة بالاهداف .

فالادارة الشعبية مقارنة بالادارة المادية العلمية والتنظيم الادارى هى ادارة انسانية ، ومقارنة بالادارة البوليسية هى ادارة شرعية . ومقارنة بالادارة البيروقراطية هى ادارة مخططة ومقارنة بادراة الاهداف هى ادارة هادفة .

ونوضح هذا الايجاز بشىء من التفصيل فيما يلى :

أ ـ الادارة الشعبية ادارة انسانية :

كانت النظرة المادية هى النظرة السائدة لدى علماء الادارة العلمية لفردريك تابلور[11] منذ نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين تهتم أساسا بالعناصر المادية للعمل مهملة تماما العنصر الانسانى .

فكانت ومازالت هذه النظرة تعتمد النظرة المادية للادارة وكانت أسس الادارة وفقا لها تتلخص فى أن كل عامل يجب أن يعطى أعلى مستوى من العمل وأكبر كمية من العمل ، وأن الحافز المادى هو العامل الوحيد المحرك للجهد البشرى وهو أساس علاقات العمل ، وأن الجزاء المادى هو المحرك للعامل الذى يميل بطبعه الى التكاسل ، ومن هنا لم تكن هذه النظرة تهتم بالعامل كانسان وانما يعامل كالآلة تماما .

وكذلك كانت نظرة فايول[12] نظرة مادية الى الادارة فكانت نظرية التنظيم الادارى تهتم أساسا بتقسيم العمل وتدرج السلطة والنظام التأديبى والتعويض المادى ونتيجة للانتقادات

التى وجهت الى تلك النظرة المادية ورد الفعل الغاضب من العمال تجاه اغفال الجانب الانسانى ظهرت حركات علمية تدعو الى الاهتمام بالعنصر البشرى والعلاقات الانسانية والسلوك الانسانى فكانت مدرسة العلاقات الانسانية والمدرسة السلوكية وكان اهتمامها فى اطار التخفيف من سلبيات الادارة العلمية .

واتجه الفكر الادارى الحديث الى دراسة البواعث الانسانسة والسلوك الانسانى والعلاقات العامة والانسانية [13] ومحاولات اشراك العمال فى بعض شئونهم والاهتمام بمقترحاتهم وشكواهم والاعتراف المعنوى لمجهوداتهم . . . . وهو الاتجاه الذى اصبح يطلق عليه تجاوزا بسيادة الروح الديمقراطية بين أعضاء الجهاز الادارى [14] .

أما الادارة الشعبية فهى ادارة انسانية فكرا وعملا وليست مجرد معالجات جزئية لمشكلات الادارة تتناول العنصر البشرى مع بقاء العلاقات الاخرى بمفاهيمها وقواعدها المادية ، فهى ادارة من أجل الانسان بالانسان ، فالفكر المطروح بالكتاب الاخضر فكر انسانى يكشف عن نظام المجتمع الاشتراكى الجديد هو تكوين مجتمع سعيد لانه حر تتحرر فيه الحاجات من سيطرة الغير وتحكمه . وكذلك فالجزاء المعنوى هو الجزاء الذى يتفق مع طبيعة الانسان ، ففكر الكتاب الاخضر ينظر الى أن القوانين الوضعية الناشئة من الدساتير الوضعية مليئة بالعقوبات المادية الموجهة ضد الانسان ، أما العرف فهو خال تقريبا من تلك العقوبات . . . . العرف يوجد عقوبات أدبية غير مادية لائقة بالانسان . . . . ومعظم العقوبات المادية فى الدين مؤجلة وأكثر أحكامه مواعظ وارشادات واجابات عن اسئلة وتلك انسب شريعة لاحترام الانسان .

كما أن الديمقراطية الشعبية والاشتراكية الجديدة تهدف الى تحقيق الحرية والمساواة وتملك الشعب السلطة والثروة والسلاح ويصبح الشعب سيد نفسه ورقيبا على نفسه .

ومن هنا فالادارة الشعبية ادارة انسانية من حيث اهدافها سعادة الانسان ، ومن حيث أسلوبها الذى يعتمد على السلطة الشعبية متمثلة فى المؤتمرات الشعبية واللجان الشعبية ، وانسانية من حيث علاقاتها فى ادارة المساواة بين المنتجين والعمال والموظفين لافرق بين رئيس ومرؤس .

وانسانية من حيث العقاب فكانت فلسفة العقاب المعنوى والالتزام بالقيم الدينية والاخلاقية .

ب ـ الادارة الشعبية هى ادارة شرعية :

وبمقارنة الادارة الشعبية بالادارة الاستبدادية حيث السلطة الادارية لاتتقيد بقواعد القانون ولاتلتزم به وانما القانون وضع ليحكم الافراد ولايحكم الادارة ، فالادارة هى القانون لارقيب عليها ولاحق للافراد فى الاعتراض والطعن أو الالتجاء الى القضاء .

أما الادارة الشعبية هى ادارة شرعية تلتزم بمبدأ سيادة القانون .

اذ تلتزم الادارة فى جميع قراراتها وتصرفاتها بقواعد القانون بمعناه الواسع [15] وفى تقديرى أن الشرعية بمعناها الواسع تشمل القواعد الوضعية والتشريع واللوائح والقرارات التنظيمية ، وتشمل القواعد الالهية التى جاء بها القرآن الكريم شريعة المجتمع ، والعرف والقيم السياسية والاقتصادية والاجتماعية السائدة فى المجتمع ، وهذا يتفق مع طبيعة قواعد الادارة الشعبية ﴿ القانون الادارى ﴾ باعتباره قانون مرن ، أحكامه وقواعده من صنع القضاء والعرف الادارى والاجتماعى .

والقواعد التى تحكم الادارة الشعبية جزء منها ، قواعد ملزمة قانونا تتوافر فيها شروط وعناصر الالزام القانونى ، وجزء آخر عبارة عن قيم اجتماعية واخلاقيات ادارية يكون الالتزام بها التزاما أدبيا .

وتختلف الشرعية بالجماهيرية عن الشرعية القانونية التقليدية والشرعية الاشتراكية . فالشرعية القانونية تقوم على فكرة سياسية أساسها أن الحكام والمحكومين مقيدون بالنظام القانونى وأساس هذا الخضوع أن الشعب هو صاحب السلطة وهو الذى يضع القوانين التى هى التعبير عن ارادته ، ويخضع لها الحكام باعتبارهم قائمون على تنفيذ هذه القوانين . وتقوم الشرعية القانونية على فكرة قانونية تجد أساسها فى المبادىء الديمقراطية التقليدية ، وتستهدف هذه الفكرة وضع الضمانا للمحكومين فى كافة المجالات سواء فى تعامل الافراد مع الادارة أو فى المنازعات التى تثور بينهم وبين الادارة . [16]

ومن هنا فالديمقراطية التقليدية ترى فى سلطة الحكم غير المقيدة خطراً على كيان الافراد وحرياتهم وضمان هذه الحرية لايتحقق الا بسيادة القانون بصرف النظر عن أساس الخضوع للقانون وعن مصدر القواعد القانونية ، ولذلك نجد بعض الفقهاء[17] يضع أسسا معينة يجب توافرها حتى يسود مبدأ المشروعية نذكر منها :

- خضوع الادارة للقانون ، فالسلطة التنفيذية وهى تقوم بتنفيذ القوانين يجب احترام ارادة الهيئة صاحبة السلطة فى وضع القوانين ، فلا تخرج على نصوص القوانين ولاتتنكر لها أو تعمل على أهمالها أو الوقوف منها موقفا سلبيا بترك الافراد يخالفونها دون جزاء .
- تحديد الاختصاصات الادارية بصورة واضحة لان ذلك يمكن الافراد والقضاء من رقابة الادارة فى اداء وظيفتها .
- اخضاع الادارة لرقابة القضاء ، فلا قيمة لمبدأ المشروعية الا اذا التزمت الادارة باحترامها ولا يتحقق ذلك الا باخضاع الادارة لرقابة قضائية فعالة .

أما الشرعية الاشتراكية فأساسها تحكم النظام الاقتصادى فى طبيعة القانون ومضمونه ، فالقانون هو التعبير عن العلاقات الاقتصادية القائمة ، ولا قيمة لمبدأ الشرعية الا من حيث اتصاله بطبيعة النظام الاجتماعى . فالتركيب الاقتصادى للمجتمع والظروف المادية للطبقة

المسيطرة هى التى تحدد ضميره الاجتماعى وارادته ومصالحه التى تجد تعبيرها فى القانون ، أما تحليل النظام القانون مستقلا عن الروابط الاقتصادية فيمثل تبعا لذلك وسيلة متعارضة مع المبادىء الاساسية لعلم القانون السوفييتى ، ومن هنا كان انتقاد الماركسيون للشرعية القانونية لانها تستخدم أساسا للدفاع عن نظام اجتماعى ظالم .

كما أنه من ناحية أخرى ، فالشرعية الاشتراكية شرعية مادية تقوم أساسا على انكار المبادىء والقيم الروحية ، وهى شرعية حزبية باعتبار أن الحزب الشيوعى هو المهيمن على كافة السلطات وهو الامين على تفسير القوانين كلها وهو الهيئة التى تضمن تطبيق التشريع بطريقة تتفق مع القوانين ومقتضيات التطور الاجتماعى [18] .

وأما الشرعية الجماهيرية فانها تعتمد أساسا على الديمقراطية المباشرة والاشتراكية الجديدة ، واطارها العام الدين شريعة للمجتمع .

ففى ظل الديمقراطية المباشرة حيث الشعب يملك السلطة أصبح مبدأ الفصل بين السلطات مبدأ مرفوضا ، وأصبحت وحدة السلطة هى الاساس وذلك عكس الشرعية القانونية التقليدية التى تعتمد على مبدأ الفصل بين السلطات .

ومقتضى أن السلطة للشعب ولا سلطة لسواه فان الشعب يمارس بنفسه ومباشرة الوظيفة التشريعية ويفوض الوظيفة الادارية التنفيذية الى لجان شعبية ادارية يختارها ويراقب أعمالها .

واذ كانت الشرعية القانونية التقليدية أساسها القانون الوضعى ، فالشرعية الجماهيرية أساسها القوانين الالهية حيث يجد القانون الوضعى والنظام السياسى سنده فى الدين شريعة المجتمع .

جـ ـ الادارة الشعبية ادارة ديمقراطية :

تعتمد الادارة الحكومية التقليدية على التنظيم البيروقراطى الذى يعتمد على تركيز السلطة فى القمة وعلى التدرج الرئاسى وعلى التعيين لشغل الوظائف الرئاسية . ويطلق عليها البعض ادارة الغير منظورا اليها من زاوية الاشتراك فى اتخاذ القرارات . فالادارة البيروقراطية تدار بواسطة أفراد تعينهم السلطة الحاكمة ولا يشارك فيها المواطنون بأى شكل كان ، وينفرد فيها الرؤساء باتخاذ القرارات المختلفة .

أما الادارة الشعبية فهى ادارة ديمقراطية ، ولكن هل هى ديمقراطية بالمفهوم التقليدى ؟ لا بالطبع ، لان اصطلاح الديمقراطية كما يطلق سياسيا على غير حقيقته حيث يطلق على الديمقراطية التمثيلية ، فان هذا المطلح يطلق أيضا فى مجال الادارة على غير حقيقته ،

فيطلق على مجرد اشتراك المرؤسين أو المواطنين فى اتخاذ القرارات بأى شكل كان وبصورة تتدرج من مجرد تقديم اقتراحات فى أمور بسيطة الى استشارة المرؤسين أو استطلاع رأى المواطنين موضوعات قليلة الاهمية نسبيا ، الى اشتراك ممثلين عن العمال أو المواطنين فى المجالس أو اللجان . وتأخذ وبصفة عامة المشاركة التقليدية الاشكال التالية :

- ادارة المساهمة فى الارباح حيث يشترك العمال فى جزء من الارباح يتم توزيعه عليهم كحافز على زيادة الانتاج .
- ادارة المساهمة فى الادارة حيث يكون للعمال أو المواطنين المشاركة فى تجديد وسائل الانتاج وظروفه عن طريق النقابات أو اللجان المشتركة الادارية والفنية وفقا للنموذج الفرنسى .
- ادارة التسيير الذاتى حيث يتولى العمال ادارة شئون المنشأة كما هو الشأن فى النموذج الجزائرى واليوغسلافى .

أما فى الجماهيرية حيث الديمقراطية الشعبية أساسها السلطة للشعب ، فالشعب يحكم نفسه ويراقب من خلال المؤتمرات الشعبية اللجان الشعبية ، ومن هنا وضعت الديمقراطية الشعبية الاساس للادارة الشعبية ، تلك الادارة الديمقراطية التى يشارك فيها الشعب ، كل الشعب فى الحكم والادارة .

فالادارة الشعبية ادارة ديمقراطية شعبية حقيقية قوامها المشاركة التامة والكاملة فى الادارة من خلال المؤتمرات الشعبية ، وهكذا يتولى الشعب بأسلوب ديمقراطى ادارة شئونه بنفسه وتكون اذن الادارة الشعبية ادارة ديمقراطية شعبية كاملة .

د - الادارة الشعبية ادارة شاملة متكاملة :

تتبع كثير من النظم الادارية أسلوب النظرة الجزئية الى الجهاز الادارى ، فتنظر الى اداراته ومؤسساته أجزاء مستقلة ومنفصلة غير متكاملة ، ومن هنا كان اتباع أسلوب الحلول الجزئية للمشكلة الادارية تختلف وتتباين من مؤسسة الى أخرى ، وباتباعها أسلوب التمثيل الادارى أى اشراك بعض الافراد من العاملين أو المواطنين فى الادارة يكون اشراكا جزئيا فيشمل بعض الادارات دون البعض وقد يطبق على سبيل المثال فى بعضها دون الآخر ، بل وحتى داخل المؤسسة الواحدة قد تطبق على مستويات أو مجالات دون الاخرى .

فالادارة الشعبية بتكوينها الشعبى ليست تطبيقا جزئيا أو نموذجيا أو تجربة تطبق فى قطاع أو فى منشأة أو فى هيئة أو بلدية أو مستوى ادارى معين ، بينما تبقى باقى الوحدات على مستوى ادارى تدار بيروقراطيا ، وبذلك يقع التناقض فى التنظيمات والاساليب ويسيطر الصراع وتضيع الاهداف القومية فى تلافيف هذا الصراع والسيطرة البيروقراطية .

وانما الادارة الشعبية ادارة شعبية شاملة ، تتصف بالشمول فى تكوينها حيث الشعب

كله يشارك فى تكوينها وحيث كل القطاعات وكل المستويات تشكل شعبيا .

وهى شعبية من حيث وظائفها ، فالشعب له القدرة على اتخاذ كل القرارات التشريعية والادارية ، التخطيطية والتنفيذية والرقابية وفى كل المجالات السياسية والاقتصادية والاجتماعية .

والادارة الشعبية من جانب آخر بناء تنظيمى متكامل فاللجان الشعبية ليست أجزاء متناثرة غير مترابطة تعمل كل منها مستقلة ومنفصلة عن الاخرى ، لاتهتم بما يجرى فى اللجان الاخرى ، ولاتعرف ماتسعى اليه من أهداف ، وانما هى تنظيم متماسك متكامل افقيا ورأسيا تربطه أهداف واحدة وفكر واحد وأسلوب واحد . فاللجان تتكامل رأسياً ابتداء من اللجنة الشعبية بالمحلة الى اللجنة الشعبية العامة ، كما يتحقق التكامل أفقيا بالتنسيق بين اللجان الشعبية فى القطاعات المختلفة من خلال اللجنة الشعبية العامة للبلديات ، واللجنة الشعبية العامة النوعية واللجنة الشعبية العامة وفقا لما أوضحه القانون 13 لسنة 1981م . ونذكر على سبيل المثال :

- تولى اللجنة الشعبية العامة للبلديات النظر فى المسائل ذات الصيغة المشتركة بين مختلف البلديات بهدف تحقيق التنسيق والنمطية فيما يتعلق بأداء الخدمات أو تنفيذ المشروعات فى البلديات ﴿مادة / 3 ﴾ .
- تولى اللجنة الشعبية العامة النوعية وضع الخطط التنفيذية لقرارات المؤتمرات الشعبية الاساسية التى يصيغها مؤتمر الشعب العام والاشراف على تنفيذ ورقابة وتوجيه المصالح والاجهزة العامة التابعة لها ﴿ مادة / 6 ﴾ .
- تولى اللجنة الشعبية العامة النوعية تنفيذ المشروعات والخدمات التى تخص أكثر من بلدية . . . . . وذلك بالتعاون مع اللجان الشعبية فى نطاق البلديات ذات العلاقة . . . . ﴿ مادة / 7 ﴾ .
- تشرف اللجان الشعبية العامة النوعية على اللجان الشعبية النوعية فى البلديات ﴿ مادة / 9 ﴾ .

وتكامل اللجان الشعبية يتحقق أيضا من خلال تشكيلها ، فوفقا للقانون 31 لسنة 1981م . بشأن اللجان الشعبية :

- تشكل اللجنة الشعبية للبلدية من أمين اللجنة الشعبية للبلدية ومن أمناء اللجان الشعبية النوعية بها (م21) .
- تشكل اللجنة الشعبية العامة النوعية من أمينها ومن أمناء اللجان الشعبية النوعية فى البلديات [م 5] .
- تشكل اللجنة الشعبية العامة للبلدية من أمين اللجنة الشعبية العامة وعضوية أمناء اللجان الشعبية للبلديات (مادة 2) .

ومن ناحية أخرى يتحقق التكامل من خلال المؤتمرات الشعبية وتكوينها باعتبارها الهيئة الشعبية المختصة برسم السياسات وتحديد الاهداف للجان الشعبية والرقابة عليها فوفقا للائحة العامة للمؤتمرات الشعبية الصادرة فى 5 /6 /1980م .

- يكون لكل مؤتمر شعبى أساسى أمانة يختار أعضاؤها وأمينها وأمينها المساعد من بين أعضائه (مادة / 1) .
- المؤتمر الشعبى للبلدية هو ملتقى المؤتمرات الشعبية الاساسية الواقعة فى نطاقه ويتكون من مجموع أعضاء أمانات هذه المؤتمرات (مادة / 10) .
- يتولى المؤتمر الشعبي للبلدية اختصاص التنسيق بين قرارات وتوصيات المؤتمرات الشعبية الاساسية الواقعة فى نطاقه ومتابعة تنفيذها (مادة 11) .
- يكون للمؤتمر الشعبى للبلدية أمانة تتكون من مجموع أمناء المؤتمرات الشعبية الاساسية الواقعة فى نطاق البلدية ومن أمين وأمين مساعد يختارهما أعضاء المؤتمر .
- يتكون المؤتمر الشعبى المهنى أو الانتاجى من مجموع أمناء المؤتمرات الشعبية الاساسية الواقعة فى نطاق البلدية ومن أمين وأمين مساعد يختارهم أعضاء المؤتمر .
- مؤتمر الشعب العام هو الملتقى العام للمؤتمرات الشعبية واللجان الشعبية والنقابات والاتجاهات والروابط المهنية والانتاجية . . . . ويتولى مؤتمر الشعب العام صياغة قرارات وتوصيات المؤتمرات الشعبية الاساسية (مادة / 18) .

واذا كان التكامل يتحقق بين المؤتمرات الشعبية بعضها البعض ، وبين اللجان الشعبية بعضها البعض ، فان التكامل يتحقق أيضا بين المؤتمرات واللجان الشعبية ، عضويا ووظيفيا ، فعضويا تختار المؤتمرات الشعبية اللجان الشعبية من بين أعضائها وتراقبها ، ووظيفيا تضع المؤتمرات الشعبية التشريعات وترسم الاهداف وتحدد السياسات وتضع التوصيات التى تلتزم اللجان الشعبية بتنفيذها .

ومن هنا يتحقق التكامل ويتحقق معه التنسيق ووحدة المعاملة والالتزام بالقوانين والتوجيهات والسياسات على كل المستويات .

هـ - الادارة الشعبية ادارة مخططة :

الادارة فى جوهرها عملية تنظيمية ينبغى أن تتم وفقا للاصول العلمية والاساليب الفنية وتتطلب هذه الصفة التنظيمية التخطيط أى الاعداد والتحضير للعمل الادارى من حشد كافة الطاقات المادية والبشرية وتوجيهها الى الاهداف المرسومة . كما يتطلب التخطيط نظاما للمتابعة المقررة وللتعرف على نقاط الضعف ومعاجتها واتخاذ اجراءات تداركها مستقبلا .

الا أن هناك ادارة ارتجالية متخلفة ليس لها خطة أو برنامج عمل وانما تدفعها الاحداث

وتتحكم فيها المطالب والاجراءات ، ومن ثم فلا تستطيع توجيه طاقاتها الى أهدافها وانما تستهلك طاقاتها فى أمور جانبية أو شكلية أو هامشية .

والادارة الشعبية فى مواجهة الادارة الارتجالية هى ادارة مخططة ، فالنشاط الاقتصادى والاجتماعى بالجماهيرية محكوم بخطة التنمية الشاملة يشارك فيها الشعب سواء فى وضعها أو تنفيذها أو متابعتها . فالتخطيط هو الاسلوب العام والمنهج الاساسى لكافة الانشطة . كما تتأكد الخاصية التخطيطية للادارة الشعبية من خلال الاختصاصات المحددة بالقانون 31 لسنة 1981م . وعلى سبيل المثال :

- تولى اللجنة الشعبية العامة النوعية وضع الخطط التنفيذية لقرارات المؤتمرات الشعبية الاساسية (مادة 6) .
- تولى اللجنة الشعبية العامة النوعية الاشراف على الشركات والمنشآت التى تتبعها ولها فى هذا الخصوص :
  - مراقبة نشاط الشركات والمنشآت ومتابعة تنفيذها للخطط المرسومة لها .
  - تحديد الاهداف الانتاجية للشركات والمنشآت التابعة لها . (مادة / 8)
- اللجنة الشعبية النوعية فى البلدية هى الادارة التنفيذية لتنفيذ مشروعات خطة التحول . . . . . (مادة / 20) .

ومن هنا فالادارة الشعبية تتخذ التخطيط أسلوبا لها فى العمل فلا تتبع الاسلوب غير المخطط الارتجالى وانما كما تشير اختصاصاتها تلتزم بالعمل الادارى المخطط ، وهذا الاسلوب يعطيها مقومات الكفاءة من خلال التخطيط وتحديد الاهداف والبرامج وما يستتبع ذلك من حشد للامكانيات المادية والطاقات البشرية . . . . .

و - الادارة الشعبية ادارة هادفة :

الامر الذى لاشك فيه أن وضوح أهداف الجهاز الادارى وهيئاته المختلفة من أهم العوامل التى تمكنه من توجيه كل طاقاته البشرية والمادية بصورة مخططة نحو هذا الهدف ثم تمكنه من اتخاذ القرارات التى تحقق هذه الاهداف .

ورغم أن هذا الامر يعتبر من أسس الادارة العلمية الحديثة التى تعتمد على التخطيط العلمى ، الا أن غموض الاهداف على المستويات الادارية المختلفة يمثل أكبر المشكلات الادارية التى تواجه الاجهزة الادارية فى كثير من دول العالم خصوصا فى الدول النامية . وذلك الغموض فى الاهداف من شأنه تشتيت الجهود واهدار للطاقات ، كما يجعل الادارة عاجزة عن معالجة الامور أو اشباع الحاجات بصورة شاملة ومستمرة بعيدة عن الحلول الآنية الجزئية . ومن هنا كانت الحلول التقليدية المطروحة لمشكلة الادارة تدور حول صياغة الاهداف وتحديدها ، وكانت الاتجاهات الادارية الحديثة نحو نظرة جديدة للادارة

وهى الادارة بالاهداف لتحل محل الادارة بالانشطة وهى الادارة التقليدية التى تهتم بالعمل الروتينى اليومى وتحكم على المنتج أو العامل أو الموظف بمدى انشغاله الظاهرى بالاعمال دون اهتمام بالنتائج ، كما تتميز بأنها مدفوعة بضغوط العمل وبمشكلاته ومشغولة بتنفيذ الاوامر الرئاسية الصادرة وفق التدرج الرئاسى .

والادارة بالاهداف والتى ينظر اليها كأنها نظرية ادارية جديدة فى العالم أساسها[19] :

- تحديد الاهداف للجهاز الادارى ولكل هيئة من هيئاته ولكل قسم من أقسامه حتى تحديد الهدف لكل موظف أو منتج ، فليس الامر مجرد تحديد أهداف عامة وانما تحديد الاهداف لكافة المستويات بصورة دقيقة ومفصلة ورقمية كلما أمكن .
- يشارك كل العاملين على كل المستويات فى تحديد الاهداف التى يلتزمون بها وفى تحديد متطلبات تحقيقها .
- توفير المتطلبات اللازمة لتحقيق هذه الاهداف سواء من العنصر البشرى [الموظفين والعمال والمنتجين] أو من العنصر المعنوى ، المعلومات والقوانين والنظم .
- يكون تقييم القيادات الادارية والافراد على أساس من مدى نجاحهم فى تحقيق الاهداف وليس على انشغالهم الظاهرى بالعمل اليومى الروتينى .

هذه هى مقومات الادارة بالاهداف والتى تعتبر من احدث مانادت به النظريات الادارية الحديثة .

اما الادارة الشعبية الجماهيرية فإدارة هادفة تتحدد أهدافها فى القضاء على الادارة البيروقراطية وتدعيم الادارة الشعبية وأساسها المشاركة الفعلية والكاملة فى الادارة وهى بذلك تتمكن من تحقيق الاهداف السياسية والاقتصادية متمثلة فى الديمقراطية الشعبية والاشتراكية الجديدة .

واذا كانت الادارة الشعبية تتوافر فيها كل مقومات الادارة بالاهداف وفقا لأحدث النظريات الادارية الا أنها تتميز بالمنهج الشعبي الذى يعتمد على أن المشاركة فى الادارة ليست فقط لاعضاء الجهاز الادارى وانما يشارك الشعب كله فى رسم الاهداف والسياسات ، كما أن الرقابة ليست رقابة ادارية تراقب وتقيم أعمال الادارة بأسلوب ادارى وانما هى رقابة شعبية تمارسها المؤتمرات الشعبية الاساسية وذلك أمر طبيعى لان الادارة بالاهداف ينظر اليها كأسلوب ادارى من داخل الجهاز الادارى وليس باعتبار الشعب كله صاحب السلطة يملك سلطة الحكم والادارة .

ثانيا : الادارة الشعبية
ثورة على الادارة التقليدية

تمثل الثورة الادارية أحدى النقاط الخمس المكونة لبرنامج العمل الثورى المعلن فى زواره فى 15 /4 /1973م (02) .

وينصرف المفهوم العلمى للثورة الادارية الى التغييرات الجذرية والشاملة والمستمرة فى الجهاز الادارى ، ولاتنحصر بالتالى فى مجرد اجراء تغييرات أو تعديلات جزئية وموقوتة فى الجهاز الادارى سواء أخذ ذلك شكل الاصلاح أو الترميم الادارى أو التنمية والتطوير الادارى .

وتهدف الثورة الادارية بالجماهيرية الى تحطيم البيروقراطية ، وخلق جهاز ادارى شعبى يخدم الجماهير ويعمل من أجل تقدم المسيرة الثورية وتحقيق أهداف الجماهير[21] .

وقد حدد الكتاب الاخضر ـ الفصل الاول . هذا الهدف الرئيسى بقوله : « تختار جماهير تلك المؤتمرات الاساسية لجانا شعبية ادارية لتحل محل الادارة الحكومية فتصبح كل المرافق فى المجتمع تدار بواسطة لجان شعبية ، وتصير اللجان الشعبية التى تدير المرافق مسئولة أمام المؤتمرات الشعبية الاساسية التى تملى عليها السياسة . . . وتراقبها فى تنفيذ تلك السياسة وبهذا تصبح الادارة شعبية والرقابة شعبية » .

والادارة الشعبية ثورة ادارية مستمرة ، ويتأكد ذلك من خلال اختصاص اللجان الشعبية بتطهير الجهاز الادارى بصورة مستمرة ومن خلال خطاب قائد الثورة فى خطابه بتاريخ 4 يناير لسنة 1979م . بجامعة قاريونس الذى أشار فيه الى مشكلة المكتبية بما تحمله من هيمنة وتعقيد وتعويق لمسيرة التقدم وماتنطوى عليه من فساد وخراب فى الجهاز الادارى ، والذى أوضح فيه أن ضمان عدم تكوين مكتبية جديدة بعد التطهيرات المستمرة يتمثل فى الثورة الشعبية اذ على حد قوله أن « الدواء لهذا الداء هو الثورة الشعبية . . . عندما تتجدد اللجان الشعبية دوريا . . يتم تجديد الجهاز الادارى كذلك . . . . كلما نقوم بتشكيل لجان شعبية جديدة كلما نعيد النظر بواسطة اللجان الشعبية فى الجهاز الادارى الموجود من أجل أن يبقى الجهاز الادارى فى خدمة الجماهير .

ومن هنا فالادارة الشعبية تهدف مباشرة الى القضاء على البيروقراطية وعلى تخلف الجهاز الادارى وتعقيداته وخلق جهاز ادارى كفء وقادر على تحقيق اهداف الجماهير وتقديم الخدمات العامة . واذا كان ذلك هو الهدف المرحلى فان تحقيقه يمكن الادارة الشعبية من تحقيق الاهداف الرئيسية وهى الديمقراطية الشعبية والاشتراكية الجديدة فى ظل القرآن الكريم شريعة للمجتمع .

من ذلك يمكن القول بأن الادارة الشعبية هى ثورة على الادارة الحكومية التقليدية المتمثلة فى التنظيم البيروقراطى الذى يسود التنظيم الادارى فى دول العالم .

ولكن لماذا الادارة الشعبية تعتبر ثورة حقيقية على الادارة البيروقراطية ولماذا تعتبر النموذج الادارى البديل الذى يمكن أن يحل محل التنظيم الادارى البيروقراطى ؟ ماهى المشكلة الاساسية فى هذا المجال أو بعبارة أخرى ما هى النقطة التى تستحق النقاش والدراسة ؟

فى تقديرى ليست المشكلة هى عرض مساوىء التنظيم الادارى البيروقراطى ، فهذه المساوىء معروفة ومحددة ويتناولها كل من يكتب عن البيروقراطية فيشيرون باستمرار الى مركزية السلطة والروتين والتسلط والاتكالية والتعالى وغير ذلك من هذه المساوىء والتعقيدات البيروقراطية .

ولكن المشكلة الحقيقية هى تمسك النظم الادارية بالتنظيم البيروقراطى واعتباره التنظيم الاساسى فى العالم ، ومحاولة علاج مساوئه عن طريق الاصلاحات الادارية المختلفة .

فهل تفلح هذه الحلول وتلك الاصلاحات للابقاء على التنظيم البيروقراطى ؟ أم أن الادارة الشعبية هى البديل المطروح والمناسب لحل المشكلة الادارية ؟ ذلك هو جوهر المشكلة .

نظرة على التنظيم البيروقراطى :

فالتنظيم البيروقراطى كما وضع أسسه ماكس ويبر[22] عام 1909م يقصد به التنظيم الخاص بالمؤسسات كبيرة الحجم التى تسير وفق ضوابط رسمية محددة أهمها :

- توزيع الواجبات الرسمية على الوظائف المختلفة بحيث يحدد لكل وظيفة جزء من هذا العمل يكون مسئولا عن القيام به شاغلها .
- تخصيص كل وظيفة للقيام بمهام محددة وثابتة وفق معايير وقواعد رسمية .
- بناء هرم للسلطة يعتمد على التسلسل الرئاسى .
- يتم شغل الوظائف على أساس التعيين من قبل المستويات الرئاسية الاعلى وفقا لتوزيع السلطة .
- اداء العمل وفق ضوابط محددة واجراءات رسمية وأساليب عمل محددة .
- تسجيل المعلومات والاوراق فى سجلات ومستندات رسمية .
- احتراف الوظيفة ، فالوظيفة مهنة رئيسية للموظف ومكانة الموظف تتوقف على أهمية الوظيفة التى يشغلها .

- يتدرج الموظف ويترقى فى سلم الوظائف على أساس من أقدميته فى العمل وتقدير رؤسائه له .
- يتحدد راتب الموظف على أساس موقعه فى السلم الوظيفى الرئاسى .

ولكن التجارب التاريخية أظهرت سلبيات كثيرة وتعقيدات ادارية من خلال تطبيق هذا التنظيم البيروقراطى طغت على المزايا التى كانت متوقعة منه . ومن هنا نشأت حركات الاصلاح الادارى والتطوير الادارى وكان محورها التخلص من سلبيات التنظيم البيروقراطى . وفى هذا المجال كانت هناك نظرة سياسية ترى فى التنظيم البيروقراطى شكلا من أشكال الهيمنة والسيطرة والتسلط والتحكم ، وأنه لايمكن اصلاحه ، وانما يجب هدمه وتغييره من أساسه ، وفى مقابل هذه النظرة السياسية كانت هناك نظر اجتماعية ادارية تعتبر التنظيم البيروقراطى نموذجا اداريا منحرفا عن الاسس والدعائم التى قام عليها ، وطغت سلبياته على مزاياه فأصبح تنظيما روتينيا يتمسك بالشكليات ومعقدا يلتزم بالاجراءات الحرفية وجامدا يتمسك بكل ما هو قائم دون ان يغيره .

وقد كانت الغلبة لتلك النظرة الاجتماعية الادارية وترتب عليها التمسك بالتنظيم البيروقراطى ومحاولة اصلاحه .

ولكن هل نجحت هذه الحلول ؟ رغم مرور نصف قرن من الزمان على جهود الاصلاح الادارى المحلية والعالمية فما زالت مشكلة النظام البيروقراطى بمفهوم البيروباثولوجى أى التنظيم المعوق والمعقد والسبلى ما زالت قائمة تتضخم وتتعدد يوما بعد يوم وتمثل الاخطبوط الذى يشل العمل الادارى ويعرقل تحقيق الاهداف العامة مما يتطلب حلا بديلا .

والسؤال المطروح : لماذا لم تنجح هذه الحلول ؟ ولماذا تكون الادارة الشعبية ثورة ادارية على الادارة البيروقراطية ونموذجا جديدا لابد منه لحل المشكلة الادارية ؟

2 ـ الاسباب الرئيسية لفشل الحلول التقليدية :

ترجع الاسباب الرئيسية لفشل الحلول التقليدية الى مايلى :

أ ـ تتم هذه الحلول فى اطار التنظيم البيروقراطى فكان اتخاذ التنظيم البيروقراطى اطار للاصلاح أو التطوير باعتباره نموذجا مثاليا للادارة ، وتركزت جهود الاصلاح فى الاتى :

- التخفيف من المركزية مع الابقاء على السلطة المركزية والاخذ بصور من اللامركزية فى اطار المركزية الادارية .
- التخفيف من حدة التدرج الرئاسى ومن تعدد المستويات الادارية مع الابقاء على السلطة الرئاسية .

- الاهتمام بتقسيم العمل والتخصص .
- اصلاح نظم الخدمة العامة مع الابقاء على أساسها التقليدى وهو الاقدمية وتسعيرة الشهادات الدراسية كأساس للترقية وللرواتب .
- محاولة تحسين العلاقات بين القيادات الادارية والمستويات الادارية الادنى مع التمسك بالسلطة الرئاسية ويمبدأ المحافظة على مصالح السلطات الرئاسية كطبقة بيروقراطية مسيطرة .

ب - النظر الى التطوير الادارى كمشكلة ادارية بحتة باعتبار أن الجهاز الادارى جهاز بيروقراطى له كيان مستقل عن المجتمع ومن ثم تعالج مشكلاته بوسائل داخلية أى تتناول الجهاز الادارى ذاته دون نظر أو اهتمام بالعوامل السياسية والاقتصادية والاجتماعية . ومن هنا يقع التناقض . فمن جانب ، تخلف سياسي واقتصادى واجتماعى ومن جانب آخر جهاز اداري يحاول تطوير ذاته فى ظل علاقات اجتماعية متخلفة قائمة على التسلط والسيطرة والاستبداد ، وفى ظل نظم قانونية بالية ومعقدة وتقاليد اجتماعية متخلفة .

جـ - التركيز على الحلول الادارية فى اطار مركزية السلطة وليس على اساس توزيع السلطة والمشاركة فيها شعبيا .

د - لم تكن محاولات اشتراك المواطنين أو العاملين فى الشئون العامة سوى محاولة من جانب المحتكرين للسلطة لكسب تأييد المواطنين من أجل استمرار النظام القائم وسيطرته وايضاح ذلك فيما يلى :

- تستبعد السلطة الحاكمة أى مساهمة من الافراد فى أى موضوع يتعلق بالنظام السياسى ، وبالتالى تقتصر المساهمة أو المشاركة فى الادارة على الموضوعات الجانبية أو الهامشية .
- تكون المشاركة جزئية فتطبق فى بعض القطاعات أو فى بعض المستويات ، كما أن المشاركة تطبق فى المستويات الادارية العليا حيث يقل عدد المشاركين ويمكن السيطرة عليهم وتوجيههم . أما القاعدة فتكون بعيدة عن المشاركة حتى لايفتح المجال للقاعدة العريضة من الشعب للمشاركة فى الادارة .
- يتبع الاسلوب التمثيلى فى المشاركة فيقتصر دور المواطنين أو العاملين على اختيار المندوبين ثم تنفصل العلاقة بينهم ، فلا رقابة ولا مناقشة وينتهى الامر بانفراد المندوبين بالسلطة فيتحولون الى قيادات بيروقراطية فتكون المساهمة بيروقراطية وليست ديمقراطية .

هـ - لايعالج أسلوب المشاركة فى الادارة ، القهر الاجتماعى الذى يمارسه جهاز الدولة . فتحت ستار الهدف الذى تفصح عنه الادارة وتدعيه وهو تحقيق الديمقراطية يسعى

الجهاز الادارى الى تدعيم سلطاته وتقوية مركزه .
فالمشاركة ليس هدفها تصحيح الاخطاء أو معالجة المشكلات الادارية وانما ضمان استمرار التسلط الاجتماعى وتحاشى خطر وقوع انفجار اجتماعى .
ففى كل مرة يواجه فيها النظام البيروقراطى أو السياسى أزمة خطيرة يلجأ الى الاعلان عن تشكيل لجان أو مجالس ادارية يشارك فيها العاملون أو المواطنون .
ومن هنا فالمساهمة لايراد بها ازالة العلاقات القائمة على التسلط وانما ضمان رقابة أكبر وسيطرة النظام القائم من خلال التستر وراء الديمقراطية .

و- لاتمس الحلول المطروحة المشكلة الحقيقية للبيروقراطية ، فما زال التنظيم البيروقراطى رغم محاولات الاصلاح تنظيما طبقيا ، فالتنظيم البيروقراطى يكون من الموظفين طبقة خاصة معزولة عن المجتمع ، لها كيانها ولها مصالحها ، ولها تقاليدها ، يربطها تجانس داخلى . فالصلطة السياسية تضع ضوابط معينة تحكم سلوك ومظهر كل من يدخل الى الطبقة البيروقراطية ، فيلزمون بواجبات خاصة وبسلوك اجتماهى معين ويخضعون فى ذلك للرقابة داخل العمل وخارجه .
كما أنه من ناحية أخرى مازالت الوظيفة التى يشغلها الموظف البيروقراطى تحدد مركزه الاجتمايع وموقعه الطبقى فى المجتمع ، فكبار الموظفين ينتمون الى الطبقة البورجوازية ، والمستويات العمالية والخدمية تنتمى الى الطبقات الفقيرة .
ونتيجة ذلك كان تقسيم العاملن الى فئات لكل منها ضوابطها وقواعده ، فهناك الكادر الفنى العالى ، والكادر الادارى العالى ، والكادر المتوسط ، والكادر الكتابى ، والعمال والمستخدمون خارج الهيئة وداخل الهيئة ، وكلها تقسيمات أساسها المؤهلات الدراسية وهذه ترتبط بالغنى والفقر أو المقدرة المالية التى ترتبط بالانتماء الى الطبقات الاجتماعية .
والبيروقراطية رغم الاصلاحات مازالت طبقة مسيطرة ومازال الموظفون البيروقراط يعملون على زيادة سلطتهم تدريجيا ، فهم يركزون بيدهم المعلومات والوثائق وهم أصحاب الخبرات وبيدهم سلطة القرار .

3 ـ العوامل الرئيسية التى تؤهل الادارة الشعبية لتكون ثورة على الادارة البيروقراطية :

الادارة الشعبية بما لها من دعائم وخصائص ذاتية نموذجا اداريا رائدا وثورة على الادارة البيروقراطية ، وفى تقديرنا أنه الى جانب هذه الخصائص هناك مجموعة من العوامل التى تؤهل الادارة الشعبية لهذا الدور أهمها :

- الادارة الشعبية تعتمد على التغيير السياسى والاقتصادى والاجتماعى باعتبار أنها جزء من المجتمع تؤثر فيه وتتأثر به .
- تعتمد الادارة الشعبية على الكفاءة ، ويتبين هذا من خصائصها السابق بيانها وهى ادارة هادفة وانسانية ، وشعبية وديمقراطية وشرعية ومخططة وشاملة .
- الادارة الشعبية وهى الامتداد الطبيعى للديمقراطية المباشرة تؤدى الى هدم مركزية السلطة وتركيزها فى القمة ، وجعل السلطة للقاعدة .
- ترفض الادارة الشعبية التدرج الرئاسى الهرمى بما يحمله من ثقل السلطة الرئاسية وهيمنتها ، وتعتمد أسلوب التوزيع الافقى للسلطة بين المؤتمرات واللجان ، كما تهدم العلاقات الرئاسية التقليدية وتقيم مقامها علاقات وظيفية أساسها المشاركة فى السلطة والتنسيق على المستوى الاعلى وليس الهيمنة .
- تمثل الرقابة الشعبية الدور الاساسى فى الرقابة بدلا من الرقابة الرئاسية أو الوصاية الادارية .
- تعمل الادارة الشعبية باستمرار فى اطار الاهداف والخطط والسياسات التى تضعها المؤتمرات الشعبية .
- الادارة الشعبية هدفها الواضح والمؤكد خدمة الجماهير .
- تعتمد الادارة الشعبية أسلوب توقيت شغل الوظائف القيادية بمعنى شغلها لمدة محددة وهذا دعم للتجديد والكفاءة .
- تتمتع الادارة الشعبية بقدر كبير من الحرية فى تطوير اجراءات العمل وأساليبه والتخلص من الروتين .
- تتكامل الادارة الشعبية مع الادارة الذاتية فتعمل على ترسيخ سلطة الشعب وعلى تقليص الجهاز الادارى وتخليصه من البيروقراطية وعلى تغيير القيم الاجتماعية البالية وخلق علاقات جديدة وعادلة وتنظر الى الوظيفة العامة نظرة تقدمية وليست رجعية أساسها الوظيفة تكليف ولا تشريف .
- تعتمد الادارة الشعبية على الاشتراكية الجديدة التى من شأنها تحرير الفرد من الحاجة ، وبالتالى يكون حرا فى المناقشة وابداء الرأى وفى اتخاذ القرار .
- القرآن الكريم كشريعة للمجتمع يعطى الادارة الشعبية المقومات المعنوية والقيم السامية الكريمة .

هذه فى نظرنا أهم العوامل التى تجعل من الادارة الشعبية ، النظرية الادارية البديلة للادارة البيروقراطية ، ونموذجا رائدا لحل المشكلة الادارية فى بلدان العالم الثالث .

ثالثا : الادارة الشعبية ثورة على المفاهيم الادارية التقليدية

ان النظريات والمفاهيم والافكار التى تضمها مؤلفات القانون الادارى هى حقيقة تراث علمى وفكرى واسع وغزير ولايمكن تجاهله أو الاستغناء عنه ، وانما ينبغى النظر اليه ودراسته دراسة علمية انتقادية فى ظل الفكر الجماهيرى .

وبصفة عامة تنطلق المفاهيم الاساسية لقواعد القانون الادارى من مبادىء أساسية أهمها :

- مبدأ الفصل بين السلطات حيث الوظيفة التشريعية تمارسها السلطة التشريعية ، والوظيفة التنفيذية تقوم بها الحكومة ، والوظيفة القضائية تطلع بها المحاكم .
- تتركز السلطة التنفيذية فى يد الحكومة المركزية أى فى قمة الهرم الادارى ، وتوزع جانبا منها الى المستويات الادنى فى ظل عدم التركيز الادارى أو اللامركزية الادارية .
- تحكم العلاقة بين السلطات الثلاث وتحدد السلطات والاختصاصات دساتير وضعية تتناول القواعد والاحكام التفصيلية فى هذا المجال .
- يعتمد النظام الادارى على الرقابة الادارية كأسلوب للسيطرة على الهيئات الفرعية واللامركزية .
- وضعت هذه الافكار والمبادىء فى ظل نظم سياسية واقتصادية متباينة ومختلفة عن النظام الجماهيرى .

أما فى ظل النظام الجماهيرى فالاسس مختلفة :

- فالنظرية العالمية الثالثة تمثل الاطار الفكرى للنظام الجماهيرى الذى يعتمد على الديمقراطية الشعبية والاشتراكية الجديدة ، والقرآن الكريم شريعة المجتمع ، وعلى نظام اجتماعى له خصائصه وفقا لما أوضحه الكتاب الاخضر فى الركن السياسى والركن الاقتصادى والركن الاجتماعى .
- ليس هناك دستور وضعى تقليدى وانما اعلان سلطة الشعب الذى يؤكد أن السلطة للشعب لا لسواه وأن القرآن الكريم شريعة المجتمع .
- مبدأ وحدة السلطة هو الاساس وليس الفصل بين السلطات ، فالسلطة كلها للشعب يمارسها من خلال مؤتمراته الشعبية وملتقاها مؤتمر الشعب العام .
- السلطة فى القاعدة وليس فى القمة - وتنطلق من القاعدة فتوزع أفقيا ورأسيا بهدف التنسيق لا الهيمنة .
- السلطة شعبية والادارة شعبية والرقابة شعبية .

هذه المبادىء الاساسية من شأنها أن تحدث تغييرا جذريا فى الافكار والنظريات الادارية

التقليـدية والتى ينبغى كـما سبق القول دراستهـا دراسة انتقـاديـة للوصـول الى النـظريـات والمفـاهيم والافكار التى تنسجم مـع النظام الجـماهـيرى ، ويكفى هنـا القـاء الضـوء عـلى المجالات التى ينبغى أن يتناولها التغيير فى القانون الادارى :

● فى مجال التنظيم الادارى فان الامر يدعو الى تغيير جذرى . فالدراسات التقليدية فى هذا الشأن يدور محورها حول المركزية واللامركزية ، والتركيز أو عدم التركيز الادارى ومايترتب عليه من الرقابة أو الوصاية الادارية ومن العلاقات الرئاسية والتدرج الرئاسى . بينما فى ظل النـظام الجماهـيرى أحدثت السلطة الشعبيـة والاشتراكيـة الجـديـدة تغـيرات فى الهيـاكـل التنظيمية .

فحيث لا مجالس نيابية تمارس السلطة التشريعية أو حكومـة تمارس السلطة التنفيـذية ، وحيث وحـدة السلطة تتجمع وظـائف التشريع والتنفيـذ وحتى وظائف قضـائية أحيـانا فى المؤتمرات الشعبية واللجان الشعبية .

كـما أنه ازاء وحـدة السلطة تختفى الرقـابة التشريعيـة التقليديـة التى تمارسهـا المجالس التشريعية وتصبح الرقابة الشعبية هى الرقابة الاساسية والتى تمارسها المؤتمرات الشعبية .

وازاء اختفـاء الحكومـة بمفهومهـا التقليدى لم تعـد وظيفة اللجـان الشعبية قـاصرة عـلى الوظيفة التنفيذية ، كـما هو الشـأن فى ظل الادارة الحكـومية ، حيث هنـاك جهات لـرسم السياسة وهى الحكومة ، وجهات لتنفيذها وهى الادارة ، وانما اختصت المؤتمرات الشعبية واللجان الشعبية بوظائف رسم السياسات والتخطيط والتنفيذ والرقابة . ومن هنا فـالادارة الشعبية لايقتصر دورها عـلى اداء الخدمـات التقليديـة ، وانما يمتـد اختصاصهـا الى تحقيق التنمية الشاملة ، وليس معنى ذلك أن يقتصر دورها على تنفيذ خـطط التنمية وانمـا فى اطار مبدأ ديمقراطية التخطيط يشمل اعداد خطط التنمية وتنفيذها ومتابعة التنفيذ .

والامر الذى لاشك فيه أن الاشتراكية الجـديدة أحـدثت تغييرا فى الهيـاكل التنـظيمية ، فهناك القطاع الخدمى ذو الطابع الاقتصادى ، وهنـاك القطاع الانتـاجى ، وفى اطار هـذا القطاع برزت أهمية المؤسسات والمنشآت الاقتصادية كالمؤسسـات العامـة والمنشآت الـ والشركـات العامـة والهيئات العـامة ، ويستتبـع ذلك ضرورة تنـظيم العلاقـات الرأسيـة والافقية بين القـطاع الخدمى والانتـاجى وداخل القـطاع الانتاجى ، وكـذلك العـلاقات الافقية بين المنشآت المختلفة فى اطار التكامـل الافقى بين المشروعـات واعتماد بعضهـا على البعض الاخر واعادة النظر بصورة أساسية فى نظرية المرفق العام .

وفى اطار الاختصاص الادارى ، وفى ظـل النظام الجـماهيرى لم تعـد السلطة مركـزة فى القمة ، ولم يعد نظام المركـزية والـلامركـزية هـو الاسلوب الادارى الملائم وانمـا أصبحت السلطة للقاعدة وتوزع أفقيا عـلى اللجان الاخـرى وتفوض هيئـات على المستـوى القومى ببعض الاختصاصات من أجل التنسيق .

ومن هنا فان كل الافكار التقليدية فى توزيع الاختصاص وفى التنظيم الادارى التقليدى ، وكل مبادىء القانون الادارى التى تقوم على المركزية واللامركزية ، وعلى السلطة الرئاسية التقليدية تحتاج الى نظرة انتقادية والى صياغة افكار ونظريات ادارية جديدة وأسلوب ادارى جديد .

● وفى مجال الوظيفة العامة أو الخدمة ، فالامر يتطلب نظرة جديدة فى كل الاسس والاساليب التقليدية التى تقوم عليها ، فأصبحت الخدمة العامة تقوم على مفهوم جديد للخدمة العامة وأهداف جديدة لها طابعها ، وهو أن اداء الخدمة العامة تكليف لاتشريف ، كما أن وسائل شغل الوظيفة عن طريق التعيين لم تعد صالحة فى كل المستويات وانما أدخلت الادارة الشعبية اسلوب التصعيد .

فهناك اذا مجالات كثيرة فى الخدمة العامة تتطلب النظرة الانتقادية ووضع أسس جديدة لها كاشتراطات شغل الوظائف ، وأسس الرواتب والحوافز ، وواجبات الموظفين التقليدية ، وأسلوب الجزاء المادى ، وأسس الترقى وقواعده ، والعلاقات الرئاسية ، ومبدأ التخصص والعمومية ، واقتصاديات الوظيفة العامة ، وتنمية الموارد البشرية والتدريب .

● والاختصاص اللائحى فالاختصاص فى مجال القرار الادارى كأهم وسائل الادارة يحتاج الى نظرة تحليلية انتقادية . فينبغى اعادة النظر فى الاختصاص باصدار اللوائح التنفيذية والمستقلة ، واللوائح التفويضية ولوائح الضرورة وفى جوانبها القانونية فى اطار النظام الجماهيرى الذى يختلف تماما عن الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية التى نشأت فيها النظريات التقليدية فى شأن اللوائح ، وكذلك الشأن بالنسبة للقرار الادارى من حيث أركانه ومجالات التقييد والتقدير والرقابة عليها وخصوصا الرقابة القضائية والتى فى تقديرى تحتاج أيضا الى اعادة نظر فى تشكيل الهيئات الرقابية القضائية فى اطار فكرة القضاء الشعبى .

● وفى مجال النظم فان اعادة النظر فى الاجراءات والاساليب الادارية المتبعة فى الادارة أمر ضرورى حتى تنسجم مع الادارة الشعبية ومع السلطة الشعبية . . . .

كما أن العقود الادارية والاموال العامة وأسلوب الفصل بين المنازعات والتحكيم أمور تحتاج الى اعادة النظر أيضا .

وفى ختام عرضنا لهذا الموضوع أود أن أشير الى أن احداث التغيير الادارى يتطلب برنامجا عمليا تنفيذيا يعتمد على تثوير المناهج الدراسية بكلية القانون ، وتثوير القواعد القانونية الادارية واجراءاتها والدراسات النظرية المعمقة فى مجالات القانون الادارى التقليدية ونظرياته . . . . .

الهوامش

1 ـ د . أحمد صقر عاشور ، الادارة العامة ، مدخل بيئى ـ طبعة أولى سنة 1979م ـ دار النهضة العربية ـ بيروت ـ ص35 .
2 ـ الكتاب الاخضر ـ الفصل الاول ص19
3 ـ الكتاب الاخضر ـ الفصل الثانى ص 20 ـ 21
4 ـ الكتاب الاخضر ـ الفصل الثانى ص 16
5 ـ الكتاب الاخضر ـ الفصل الثانى
6 ـ احمد محمد احمد . نقد علاقة التبعية فى ضوء مقولة شركاء لا اجراء ـ جامعة قاريونس ـ كلية القانون ، يوليو سنة1981م ص 140
7 ـ خالد الشاوى ، دور القانون فى التنمية الاقتصادية ، مجلة دراسات قانونية تصدرها كلية القانون ، جامعة قاريونس ، السنة الثالثة ص 106
8 ـ الكتاب الاخضر ، الفصل الأول ص 53
9 ـ الكتاب الاخضر ، الفصل الاول ص58
10 ـ حديث قائد الثورة مع اعضاء اللجان الثورية وأعضاء المؤتمرات فى 4 يناير سنة 4979 ، السجل القومى ، المجلد العاشر ص 350 ـ 351
11 ـ د . محمد مختار ، الجريمة التأديبية ، دار الفكر العربى القاهرة ـ سنة 1973 ـ ص87
12 ـ د . سليمان الطماوى ، قضاء التأديب ـ دار الفكر العربى ـ سنة 1973 ص 28
13 ـ تايلور ، الادارة العلمية سنة 1911م
14 ـ فايول ، الادارة العامة والصناعية سنة 1916م
15 ـ سيد الهوارى ، الادارة ، الطبعة الخامسة ـ سنة1973م ص 23
ابراهيم درويش ، الادارة العامة بين النظرية والتطبيق ، القاهرة سنة 1973م ص59
16 ـ فيفنر وشرود ، التنظيم الادارى سنة 1960م ص 96
17 ـ هناك نظرة للشرعية لدى علماء الادارة العامة فيرى د . ابراهيم درويش ، المرجع السابق ص 98 أنه « لايعنى بالشرعية الجانب القانونى فى العمل الادارى وقيامه على أساس القانون وانما يعنى بع بالاضافة الى ماتضمنه الجانب القانونى أنه ينصرف الى مجموعة العوامل الخلقية ومجموعة القيم الاجتماعية . . . . . »
18 ـ محمد عصفور ، سيادة القانون ، الصراع بين القانون والسلطة فى الشرق والغرب ـ القاهرة سنة 1967م ص 21
19 ـ سليمان الطماوى ، النظرية العامة للقرارات الادارية ، دار الفكر العربى ، القاهرة سنة 1966م ص 15
20 ـ صبيح مسكونى ، الاتجاهات الحديثة لقواعد القانون الادارى بالجماهيرية سنة 1981م ص 183
21 ـ سيد الهوارى ، الادارة بالاهداف والنتائج ـ القاهرة سنة 1976م
22 ـ 23 ـ خطاب قائد الثورة فى زوارة فى 15 / 4 / 1973م والمؤتمر الصحفى فى

18 إبـريـل سنـة 1973م انـظر فى ذلـك ، السجـل القـوى ، المجلد السنـوى الـرابـع ، 72 / 1973م ص 647 ، ص 1023

We BeR.M The Theory of cocial

Economic of organizations 1909, Translatedly talcoit pessons and A.M. Hendersion, New york, - 24 uminrsity pres 1941.

4

العقود النموذجية

اعداد الدكتور/ مسعود محمد مادى

مقدمة

ظهر فى الاونة الاخيرة اسلوب جديد فى تنظيم العلاقات التعاقدية فى المجتمع فقد اصدر امين اللجنة الشعبية للصناعات الخفيفة اخيرا قرارا يقضى بالموافقة على نموذج عقد تاسيس شركة تضامنية لمزاولة نشاط صنعى انتاجى سبقته فى ذلك الشركة الوطنية لادارة المبانى العامة المساهمة فى اصدار نماذج عقود الايجار ، وعقود ادارة العقارات تنفيذا للقانون رقم 4 لسنة 1978م . وفى هذا الاتجاه وهبت اللجنة الشعبية العامة للاسكان فيما يتعلق بعقود بيع المساكن العامة للمواطنين . ويظهر هذا الاتجاه ايضا فى عقود تمليك المزارع للمواطنين .

اسلوب يستدعى الانتباه ويثير التساؤل حول جدوى هذا الاتجاه ، وفى مدى احقية الادارة فى التمتع بهذه السلطة . اسلوب مميز ومغاير فى تكوني العقود غير معهود ، على الاقل فى النظرية العامة التقليدية للعقد كما هى منظمة فى القانون المدنى الحالى .

فهل يعد هذا مؤشرا ينبىء عن عجز القانون المدنه الحالى ، عن تنظيم العلاقات التعاقدية فى المجتمع بعد التغيرات الاقتصادية والاجتماعية التى حدثت فى المجتمع ؟ سؤال يطرح نفسه ، ويفتح المجال فسيحا للبحث فى كنه هذه العقود ، وطبيعتها ، وخصائصها ، واهميتها ، وكيفية اعدادها ، وما الذى يميزها عن غيرها من العقود المعروفة ، وما هو المركز القانونى للمواطن المدعو لتوقيع هذه العقود الجاهزة . هذا البحث يقتضى الالتفات الى الانظمة المقارنة والى تجارب الاخرين فى محاولة لاناطة اللثام عنها واستجلاء حقيقتها .

فصل تمهيدى

العقد هو أداة ووسيلة لتبادل السلع والمنافع والخدمات فى المجتمع ، أداة اقتضتها طبيعة الحياة الاقتصادية والاجتماعية فى المجتمع ، وهى نتائج تطور المجتمعات البشرية بتد ان تخلصت من وسائل التبادل البدائية[1] . والعقد وان كان قد ظهر فى مرحلة لاحقة من تطور المجتمع البشرى نتيجة الحاجة الى تبادل السلع والخدمات بين الافراد ، الا أنه يعد افرازا للنظام الاقتصادى والاجتماعى فى مجتمع ما ونتاجا له يعكس طبيعة العلاقات الاقتصادية والا جتماعية القائمة داخل هذا المجتمع .

فتبادل السلع والخدمات امرا لا غنى عنه فى اى مجتمع من المجتمعات فهو « حقيقة الامس واليوم وغدا » [2] . فقد كان العقد ولا يزال الاداة والوسيلة التى يتم بموجبها هذا التبادل . وفى قيامه بهذا الدور قد خضع لتغيرات متلاحقة استجابة للتطورات الاقتصادية والاجتماعية عبر الزمن .

أولا : العقد فى تصور قانون نابليون :

ففى بداية القرن التاسع عشر اعتبرته الانظمة الرأسمالية حجز الزاوية للنظام بأكمله والاداة القانونية لتنفيذ سياستها الاقتصادية والاجتماعية ومرآة عاكسة للفلسفة الاقتصادية للمذهب الليبرالى القائمة على مبدأ « دعه يعمل ، دعه يمر » تعبيرا عن حرية التجارة والصناعة والعمل . المبدأ المعبر عنه قانونيا « بدعه يتعاقد »[3] كما يشاء . فمبدأ حرية التعاقد وان العقد شريعة المتعاقدين جاء تكريسا للافكار الفلسفية والاقتصادية السائدة فى المجتمع الرأسمالى فى مرحلة المنافسة . فالعقد عند واضعى قانون نابليون هو نتاج توافق ارادتين كل منهما حرة وعلى قدم المساواة مع الاخرى .

فالادارة هى اساس الالزام فى العقد ، فلا يجوز نقضه او تعديله الا باتفاق هاتين الارادتين ، ولا يحق لاى جهة اخرى ان تتدخل فيه ، لامن جانب القضاء ولا من جانب الدولة . العقد قائم على اساس الحرية والمساواة بين الافراد ، فان كل ما ينتج عن هذا العقد لابد ان يكون عادلا ، حتى غدى مثلا القول عندهم بان من « قال عقدا قال عدلا »[4]وان « من الارادة الحرة كل شيء يجرى ، واليها كل شيء يفضى »[5] .

فالعقد اصبح هو الاداة الفعالة لتنفيذ سياسة المنافسة الكاملة دون قيد يحدها . فالافراد أحرار فى ان يبرموا ما شاؤا من العقود ، وان يضمنوها ما شاؤا من الشروط استجابة لمتطلبات حرية التجارة والصناعة والعمل .

انيط بالعقد القيام بهذا الدور فى ظل وضعية اقتصادية واجتماعية للمجتمع الليبرالى فى مرحلة المنافسة الحرة والتى لم تكن قد تغيرت عن الشكل التقليدى للمجتمع فى تلك الفترة ، حيث لم تكن قد تغيرت عن الشكل التقليدى للمجتمع فى تلك الفترة ، حيث لم تكن قد ظهرت رؤوس الاموال الكبيرة ، وان التجارة والصناعة كانت تمارس فى اطار عائلى وحرفى ويتم استقطاب الزبائن والعملاء فى نطاق محدود ، والدولة لم تكن لتتدخل تاركة المجال فسيحا للافراد لممارسة التجارة والصناعة عن طريق المنافسة الحرة[6] .

هكذا اريد للعقد ان يعكس هذه الصورة للمجتمع الليبرالى المثالى غم ما فى هذه الصورة من « طوباويه »[7] .

غير ان هذه الصورة ما لبث أن اعتراها التشويه بظهور متغيرات جديدة لم يكن قانون نابليون قد وضعها فى الحسبان .

ثانيا : العقد فى مرحلة الرأسمالية الاحتكارية :

فمنذ النصف الثانى من القرن التاسع عشر ظهرت الثورة الصناعية على مسرح الاحداث ، وما استتبع ذلك من تغيرات فى البنية الاقتصادية والاجتماعية للمجتمع الرأسمالى .

فقد استدعى التقدم الصناعى تجميع رؤوس الاموال الكبيرة وظهور شركات كبرى ذات مركز اقتصادى قوى تحتكر قطاعات كبرى من النشاط الاقتصادى احتكارا قانونيا او فعليا ، اختفت على اثره الصناعات التقليدية والحرفية وظهرت المصانع الكبيرة التى تستخدم اعدادا هائلة من العمال . فالانتاج يتم بوسيلة التصنيع الحديثة بكميات كبيرة ، موجهة الى قطاعات متنوعة من المستهلكين وفى اغلب الاحيان مجهولة . واتسعت الفوارق الاجتماعية بين الافراد . فالتعاقد لم يعد يتم بحرية وعلى قدم المساواة بين المتعاقدين ، سواء كان ذلك فى علاقات العمل بين العمال وارباب العمل او بين المصنعين والمستهلكين[8] فلم يعد رب العمل ليتحاور ويناقش كل عامل على انفراد فى شروط عقد العمل وانما يضع العقد بارادته وبالشروط التى يرغبها ويعد صيغة هذا العقد لتسرى على جميع العمال ، فما على العامل الا ان يقبل بهذه الشروط ويحصل على العمل ، ويرفض فيبقى بدون عمل .

وكذلك فى قطاع توزيع السلع وتقديم الخدمات فلم تعد الشركات التجارية التى تحتكر هذه القطاعات لتدخل فى مناقشات وتفاوض مع الزبائن كل على انفراد ، وانما تفرض شروط العقد والثمن فى صيغة جاهزة لهذا الغرض فما على المستهلك الا ان يقبل هذه الشروط دون مناقشة لكى يستفيد من السلعة او الخدمة او يرفض فلا يحصل على شىء .

ظهرت عقود الاذعان كأداة افرزتها المرحلة يتمتع فيها الطرف القوى اقتصاديا بفرض شروطه على الطرف الضعيف ولايقبل مناقشة فيها . فاصبح الطرق الضعيف من مستهلكين وعمال تحت رحمة الطرف القوى ، فاختفت بذلك فرضية الحرية والمساواة بين المتعاقدين ، وخضعت اداة التعاقد الى نمط الانتاج والتوزيع فكما ان الانتاج يتم على نسق موحد بكميات كبيرة ، ويتم التوزيع الى اعداد كبيرة من المستهلكين غير معينة او محددة ، يتم اعداد العقود مسبقا وبصيغ جاهزة لايقبل مناقشة فى شروطها او تعديل فيها من واضعيها[9] .

فعقد الاذعان اذا هو نتاج الرأسمالية الاحتكارية يعكس التغيرات الاقتصادية والاجتماعية فى المجتمع الرأسمالى فى هذه المرحلة . فالصورة المثالية التى كانت فى مخيلة واضعى قانون نابلوين لم تعد تنطبق على ارض الواقع ، فالعقود لم تعد تبرم بحرية ومساواة وانما هى نتج ارادة واحدة هى ارادة الطرف القوى .

ثالثا : العقد فى مرحلة الاقتصاد الموجه :

ان تركز راس المال فى ايدى حفنة من الاشخاص الخاصة المعنوية او الطبيعية [10]جعل قطاعات كبيرة من الاقتصاد تحت هيمنة القلة التى تحتكر السوق وتفرض سلطتها عليه .

هذا التركيز الرأسمالى ادى الى ابطال فعالية لعبة حرية السوق فى الدول الرأسمالية التى توصف اقتصادها بانه حر ، فالسوق اصبح فى قبضة القلة التى تفرض شروطها كما تشاء على الغالبية العظمى من مستهلكين ، وعمال ، ومستأجرين . وأمام هذا الوضع رات الدولة إن دورها كحارس او شرطى يراقب قواعد اللعبة دون ان يتدخل لم يعد يتفق وما يجرى على الساحة من تغيرات .

فالشركات الصغيرة لم تعد تقوى على منافسة الشركات الكبرى فى السوق مما حدا بها الى ان تبحث عن مقيلاتها وتتوحد فى شكل شركات كبرى كتى تستطيع مجابهة الموقف فى السوق وتجرى فيما بينها اتفاقات لحماية مصالحها فى شكل نقابات واتحادات ومنظمات مهنية ، بين ارباب الصناعة والتجارة والعمل .

وعلى الصعيد الاجتماعى بدأ انين الطبقات الضعيفة يعلو وصوتهم يرتفع يطالب الدولة بان تعدل عن موقفها السلبى وتتدخل لحمايتهم من جور الاقوياء . وتجمعوا للدقاع عن مصالحهم فى شكل نقابات واتحادات وجمعيات ايضا[11] . فكان لابد للدولة من ان تتدخل كحكم بين الفريقين لاعادة بعض التوازن الذى اختل على الساحة الاقتصادية والاجتماعية . فعلى الصعيد الاقتصادى بدات الدولة تتدخل بعدة وسائل واجراءات « والتدخل الاقتصادى للدولة هو نتيجة لهيمنة القوة الاقتصادية ، فى بعض القطاعات ، اغلبها مهم من قبل الشركات الخاصة او من قبل الاتفاقات الاقتصادية »[12] . فكان تدخلها لمنع او مراقبة هذه الاتفاقات الاقتصادية بين الاقوياء ولتقسيم السوق واحتكاره فيما بينهم « فيمنع على الاشخاص الخاصة ما تمنعه الدولة على نفسها : (تنظيم السوق) فيدان او يراقب التوجيه الخاص »[13] .

وتدخل الدولة يمضى فى اتجاهين : اتجاه له طابع الحماية ، واتجاه اخر له طابع التوجيه[14] . فالاتجاه الاول يهدف الى حماية الطبقات الضعيفة والمستضعفة وذلك بالتدخل بجملة قواعد امرة لتنظيم بعض العقود التى يطغى فيها الاقوياء على الضعفاء . مثل عقود امرة لتنظيم بعض العقود التى يطغى فيها الاقوياء على الضعفاء . مثل عقود العمل والايجار والتأمين ، والعقود المصرفية ، وبعض عقود البيع والنقل . . الخ . اما الاتجاه الثانه فيهدف الى توجيه الاقتصاد نحو اهداف تحقيق الصالح العام كتنظيم المنافسة والائتمان ، والاسعار ، وجملة من الوسائل والاجراءات الاخرى التى تسعى لتحقيق هذا الهدف . ولما كان الاقتصاد الرأسمالى هو « اقتصاد تعاقدى »[15] فان جملة هذه الاجراءات والوسائل يكون العقد احد ادواتها ، فظهر ما يسمى « بالعقد

الموجه »[16] تتدخل الدولةبموجبه فى توجيه الاقتصاد نحو الاهداف المبتغاة بفرض بعض الشروط والالتزامات والتنفيذ بالقواعد التى تضعها السلطات العامة لهذا الخصوص وتخضع هذه العقود لرقابتها فاقرزت المرحلة اداتها القانونية التى تعكس العلاقات الاقتصادية والاجتماعية وتعبر عن مضمون هذه العلاقة .

الفصل الأول

العقود النموذجية فى فرنسا

المبحث الاول : التعريف بالعقد النموذجى ومجاله

أولا : التعريف بالعقد النموذجى :

يقول لويتيه[17] ان « العقد النموذجى ليس عقدا بالمعنى الوارد فى المادة 1101 من القانون المدنى ، فهو ليس بالاتفاق الذى يلتزم بمقتضاه شخص او اشخاص فى مواجهة شخص او اشخاص اخرين باعطاء شيء أو القيام بعمل او الامتناع ع عمل . هو عبارة عن صيغة او نموذج معد من قبل منظمة مهنية او من قبل السلطات مخصص لان يستخدم كنموذج لعقود المستقبل التى من المحتمل ان يبرمها ذو الشان لاحقا » .

ويعرفه جاك جستان[18] بأنه « مطبوعة يقتصر فيه الاطراف على ملء الفراغات المعدة لتفريد الاتفاق » .

فالعقد النموذجى اذن ليس ع قدا بالمعنى المعروف فى النظرية العامة للعقد لا من حيث تكوينه ولا من حيث تحديد محتوى الشروط التى بتضمنها العقد فهو صيغة عقدية مطبوعة يتم اعدادها مسبقا من قبل السلطات العامة او المنظمات المهنية وتحدد به نص الصيغة النموذجية المراد التقيد بها والشروط والقواعد الواجبة الاتباع للعملية القانونية المطروحه من قبل هذه الجهات ، وما على ذوى الشان الا ابداء رغبتهم فى اجراء التصرف بالتوقيع على النموذج المطبوع وملء الفراغات المتروكة لتحديد اطراف العقد وتاريخ التوقيع ، فيلتزم الاطراف فى تنفيذهم للعقد الفردى بالشروط الواردة بالعقد النموذجى ، هذا اذا كان العقد النموذجى الزاميا ، اما اذا كان اختياريا فيمكنهم العدول عن بعض الشروط الواردة بالعقد بابداء ارادة مخالفة[19] .

ويعزو الفقه الفرنسى [20] تطور العقود النموذجية فى العصر الحديث الى عدة اسباب : فالعقود النموذجية تستجيب لمتطلبات التجارة والصناعة المعاصرة فهى توفر الجهد والوقت للمفاوضات التى تسبق التعاقد ، وتتفق وطبيعة سرعة الاعمال اتساقا مع الاتجاه الحديث فى التصنيع فى توحيد النمط فى الانتاج فكما ان التصنيع الحديث يقتضى توحيد وضبط تماثل المنتجات المصنعة فان سرعة الاعمال تقتضى « تصنيع العقود فى مجموعات »[21] وذلك بهدف ايجاد تماثل فى العلاقات التعاقدية التى تنظم التعامل فى نشاط اقتصادى معين او خدمة او سلعة معينة .

ويرجع استخدام العقود النموذجية الى ان القوانين القائمة ـ القانون المدنى والقانون التجارى ـ لم تعد تستجيب للتطورات المستحدثة فى مهن المتعاقدين ، والتى تحكمها هذه

القوانين ، اما لعدم ورود تفصيل كاف بها يلبى احتياجاتهم ، او لقدم نصوص هذه القوانين بحيث انها لم تعد تتلاءم وواقع احتياجات التطور الحديث ، مما يحدو بالمتعاقدين الى العدول عنها وتبنى العقود النموذجية[22] .

ومما ساعد ايضا فى استخدام العقود النموذجية فى التجارة الدولية انها تقلل من مخاطر تنازع القوانين من حيث المكان[23] .

الا ان السبب الاساسى والاهم فى تطور العقود النموذجية يكمن فى انها ـ شأنها فى ذلك شأن عقود الاذعان ـ تعتبر نتاج التحولات الاقتصادية فى العصر الحديث وظهور ما يسمى بالقانون الاقتصادى والذى افرز اداته فى التبادل ، فالعقد النموذجى يعبر عن « الفن الجديد فى التبادل »[24] .

فالعقد النموذجى اصبح شكلا من « العقد الموجه »[25] تتدخل بواسطته الدولة فى العلاقات التعاقدية الواقعية فى نطاق القانون الخاص ، وأداة تلجأ اليها النقابات والمنظمات المهنية والاتحادات بقصد تنظيم وتوحيد وتماثل العقود التى يبرمها اعضاء مهنهم ، او التى يبرمها هؤلاء مع الزبائن والعملاء .

ثانيا : العقود النموذجية الادارية :

لاتلجأ الادارة فى فرنسا الى العقود النموذجية فقط فى نطاق علاقات القانون الادارى وانما بدأت تتدخل مؤخرا فى نطاق علاقات القانون الخاص (القانون المدنى والقانون التجارى) . المجال المتروك تقليديا لارادة الافراد القائم على مبدأ سلطان الارادة . فاستعمال الادارة للعقود النموذجية فى هذا المجال يؤدى ، كما لاحظ لويتيه الى « انزلاق السلطة التشريعية للسلطة التنفيذية ، عن طريق التفويض التشريعى »[26] .

فكما هو معروف تقليديا فى فرنسا ان الادارة لاتملك الحق ـ كسلطة تنفيذية ـ ان تتدخل فى نطاق علاقات القانون الخاص ، فالمشروع وحده ـ بموجب السلطة التشريعية ـ يملك هذا الحق[27] .

اما اذا خولت الادارة بموجب قانون « بان عقدا نموذجيا سيحرر ، تكون الادارة مخولة بتوجيه العقود الفردية ، وتحل محل السلطة التشريعية فهى التى تحدد نص الصيغ النموذجية وتحدد القواعد الواجبة الاتباع فى تحرير العقود الفردية »[28] . والعقود النموذجية التى تحررها الادارة قد تكون الزامية وقد تكون اختيارية .

أ ـ العقود النموذجية الاختيارية :

فى هذا النوع من العقود تتولى الادارة صيغة العقد النموذجى على المتعاقدين دون ان تكسبه صفة الالزام . والامثلة على هذه العقود عن طريق لجان استشارية مكونة من ممثلين عن المؤجرين والمستأجرين ومجموعة من الفنيين من بينهم احد رجال القضاء وعدد من الموظفين الذين يمثلون جهة الادارة لرعاية المصلحة العامة فى مجال الزراعة . ويلعب ممثلى المهنةدورا مهما فى اعداد هذه العقود ولايتم اعتمادها الا باتفاقهم . والاتفاق الذى يبرم بينهم ينشأ بموجبه العقد النموذجى الذى يتم اعتماده من قبل الادارة ويتم نشره بموجب قرار[29] .

ويبقى الخيار لاعضاء المهنة من مؤجرين ومستأجرين فى استبعاد بعض الشروط الاختيارية فى عقودهم الفردية ، ويطبق هذا العقد فى العلاقة بينهم ما لم يوجد اتفاق مخالف .

وبذلك توفر الادارة للافراد الجهد والوقت بتقديم عقد نموذجى جاهز يمكن الوصول اليه بسهولة ويستخدم كدليل عند، ابرام عقود الايجار الفردية .

ويمكن ان يضاف الى هذا النوع من العقود عقد التدريب المهنى النموذجى[30] غير ان العقود النموذجية الادارية قد تكتسب صفة الالزام فلا يملك المتعاقدين مخالفتها .

ب ـ العقود النموذجية الالزامية :

وفى هذا النوع من العقود لا دخل لارادة الاطراف فى تكوينها فهى تستمد قوتها مباشرة من القانون او اللائحة التى تفرض الالتزام بشرط العقد النموذجى بموجب قواعد امرة . والامثلة كثيره على هذا النوع من العقود : بعض عقود ايجار الاراضى الزراعية وعقود استخدام اليد العاملة الاجنبية ، وعقود استخدام المساجين[31] . فيجب ان تتفق العقود الفردية التى يبرمها ذوو الشان مع العقد النموذجى وفق قواعده الآمره ، والعقود الفردية التى لاتتفق والعقد النموذجى تكون باطلة لتعلقها بالنظام العام[32] . الا انه فى فرنسا يبدو ان مجال العقود النموذجية الزامي كانت او اختيارية يظهر فى نطاق علاقات القانون الخاص .

ثالثا : العقود النموذجية الخاصة :

الاصل ان السلطة التنظيمية فى اصدار اللوائح بقواعد ملزمة عامة ومجردة هى من عمل السلطات العامة ، كقاعدة عامة ، ولايحق لاشخاص القانون الخاص التمتع بهذه السلطات فى فرنسا بعد ان الغى نظام الطوائف المهنية (CORPORATIVE) بعد قيام الثورة الفرنسية واعلان حرية التجارة والصناعة والعمل . حيث كانت تتمتع هذه التنظيمات المهنية بسلطة وضع قواعد ملزمة لاعضاء المهنة . كان القانون القديم يعترف لها بمثل هذه السلطات[33] . الا انه « فى الاقتصاد الفرنسى الحالى هذه المجموعات ليس لها من حقوق اكثر من اتمام التصرفات القانونية المتعلقة بالقانون الخاص شانها فى ذلك شان الاشخاص الخاضعة لهذا القانون »[34] .

غير ان دور اشخاص القانون الخاص ، بدا يزداد اكثر فاكثر بامتلاكهم للقوة الاقتصادية فى العصر الحديث وظهور الشركات الاحتكارية وتجمع رؤوس الاموال وتركزها لدى اشخاص القانون الخاص من شركات وتجمعات اقتصادية ادى الى تحولات هائلة على الصعيد الاقتصادى والقانونى فقد اصبحت التنظيمات المهنية وجمعيات تتمتع فى الواقع بسلطة توجيه نشاط اعضائها الذين ينتمون اليها والقواعد التى تنظم المهنة تقدم من قبل المنظمات المهنية والنقابات فى عدة صور تاخذ شكل مدونات صغيرة مقننة لعادات المهنة[35] . أو فى شكل قائمة الشروط العامة كما هو الحال بالنسبة لقائمة الشروط العامة لعقد البيع[36] او فى شكل العقود النموذجي ، وفى هذه الصورة الاخيرة تتولى التنظيمات المهنية تحرير العقود النموذجية الخاصة باعضائها وتحديد الشروط والقواعد التى ترغب فى أن يسيروا عليها عند ابرامهم لعقودهم الفردية الضرورية لمهنهم .

والامثلة على هذه العقود لا حصر لها فهى كثيرة ومتنوعة[37] منها بوليصة التامين النموذجية المعدة من اللجنة المركزية لمجهزى السفن بالنسبة لنقل البضائع بطريق البحر والعقود النموذجية لبيع القمح ، والعقد النموذجى الناشىء بموجب بروتوكول بين العديد من اتحادات الصناعة والتجارة من جانب والوكلاء التجاريون من جانب اخر ، والعقد النموذجى للطباعة المعد من الاتحاد الفرنسى لنقابات ارباب العمل للطباعة ، والعقد النموذجى لبيع السيارات المبرم بين الغرفة الوطنية لنقابة بيع واصلاح السيارات والمعهد الوطنى للمستهلكين ، والعقد النموذجى الذى ينظم العلاقة بين اصحاب الاعلانات ووكالات الدعاية والاعلان ، والعقود النموذجية للتامين ، والعقد النموذجى الذى ينظم علاقة المنتجين والموزعين للافلام السينمائية . فالعقد النموذجى المعد من قبل الاتحاد الوطنى للنقل البحرى مثلا الذى يحدد شروط نقل البضائع عن طريق البحر بالاتفاق مع

السلطات العامة يحدد تعريفه النقل التى تكون ملزمة لكل الهيئات التى تتولى القيام بعملية النقل البحرى ويتم التصديق على هذا العقد من قبل السلطات العامة ، حيث تكون الشروط العامة الواردة فى العقد ملزمة فى مواجهة الزبائن والعملاء .

ومن امثلتها ايضاً العقد النموذجى المبرم بين جمعية رجال الادب ونقابات الجرائد المحلية تحت اسم (عقد حق النقل والاقتباس) فالكاتب الذى يبرم عقداً مع احدى هذه الجرائد المنظمة للنقابات الموقعة على العقد النموذجى للنقل والاقتباس والتى تنص بدقة على شروط الاقتباس والتعريفة ، والمراجعة عند تغير الطبعة او البيع والجزاء عند عدم تنفيذ العقد الكاتب بانضمامه الى جمعية رجال الادب يعتبر منضماً الى النظام الداخلى للجمعية ومفوضاً لها بقبض مستحقاته الواجبة وفى ابرام العقود مع الغير بالشروط النموذجية الواردة بالعقد [38] ومن امثلة هذه ا لعقود ايضاً تلك العقود التى تنشأ نتيجة اتفاق جماعى بين عدة منظمات مهنية ونقابات تمثل فى الغالب مصالح متعارضة منها الاتفاقات الجماعية للعمل بين منظمات ارباب العمل او العمال عند ابرامهم للعقود الفردية الالتزام بالشروط النموذجية الواردة بهذا الاتفاق والعقود التى تبرم مخالفة لهذه الشروط تعتبر عديمة الاثر ويجب ان تتفق مع ما ورد فى الشروط النموذجية .

ومن امثلتها ايضاً على الصعيد الزراعى الاتفاقات التى تبرم بين المنتجين والباعة المتهنين عن طريق منظماتهم المهنية فى نطاق محاصيل معينة ومناطق معينة ، ويتم التصديق على مثل هذه العقود من قبل السلطات العامة .

وقد تكون هذه العقود - اى النموذجية - معدة من قبل منظمات تمثل مصالح مهنة واحدة فتفرض شروطها بموجب العقد النموذجى على عملائها تمثل مصالح مهنة واحدة فتفرض شروطها بموجب العقد النموذجى على عملائها من زبائن وموردين او على اعضاء المهنة انفسهم ، وذلك مثل اسعار المنتجات البترولية التى تعدها اللجنة المهنية للبترول ، وكذلك بالنسبة للشروط الواردرة بالعقود المصرفية ، وايضاً فيما يتعلق بالشروط العامة التى تفرض على نطاق المهنة كما هو الحال فى الشروط العامة المنظمة لعقود المقاولة من الباطون التى اجازها المركز الوطنى للمقاولة من الباطن والذى ينظم العديد من النقابات واتحادات المقاولين والمقاولين من الباطن .

المبحث الثانى : طبيعة العقود النموذجية ورقابة القضاء .

اولاً : طبيعة العقود النموذجية :

فبخصوص العقود النموذجية الادارية فأن الفقه متفق على تكييفها وتحليلها على انها تعتبر تصرفات تنظيمية ذات طبيعة لائحية شأنها فى ذلك شأن اللوائح الادارية لخضوعها للاجراءات الشكلية من حيث التصديق عليها ونشرها من قبل السلطات الادارية [39] .

اما فيما يتعلق بطبيعة العقود النموذجية الخاصة ، فأنه بالرغم من عدم احقية اشخاص القانون الخاص فى انشاء قواعد تنظيمية عامة ومجردة فأن الفقه فى فرنسا [40] بدأ يعترف بأن المنظمات المهنية والنقابات والاتحادات باعدادها للعقود النموذجية فى صيغ عامة ومجردة بدأت تتمتع بسلطات تنظيمية من حيث الواقع لاالقانون الذى لايعترف لها بهذا الحق « فالعقد النموذجى يقدم كما لو انه صادر عن سلطات تنظيمية فى الواقع ومن الصعب النظر اليه على انه تصرف ذا طبيعة تعاقدية » [41] فالصيغة النموذجية المعدة لاتكتسب صفة العقد بالمعنى الوارد فى القانون المدنى وانما تبقى نموذجاً لعقود المستقبل ، فهى عبارة عن صيغ نموذجية لااكثر ولاتكتسب الصفة العقدية الا باتفاق الاطراف بتبنى هذه الصيغة فى عقودهم الفردية (فاتفاق المتعاقدين عندها لايكون الا شرطاً لتطبيق نظام ملزم لهذين العقدين) [42] .

وصيرورة الصيغ النموذجية عقوداً على هذا النحو اثارت جدلاً آخر من حيث تكييفها فأغلب الفقه [43] يصنف العقود النموذجية على انها عقود اذعان خصوصاً عندما يتعلق الامر بتحرير هذه العقود من طرف واحد ولايملك الطرف الاخر الا الاذعان له دون امكانية تعديلها « فاستعمال العقود النموذجية ، وغياب التفاوض ، هى بدون شك نتائج حتمية لتركيز سلطات اتخاذ القرار ، والسرعة المطلوبة لابرامها ، وتدخل التابعين الذين ليس لهم سلطة القرار ، يمنع فى الواقع ، فى التوزيع الحديث للسلع والخدمات ، اية امكانية لتعديل النماذج المحررة سلفاً . . . » [44] .

ومن هنا فأن العقود النموذجية تتوافر لها كل خصائص عقد الاذعان فى أن « كلا المفهومين يجمعهم عامل مشترك : انحسار مبدأ سلطان الارادة واكثر تحديداً حرية التعاقد » [45] . فتطور العقود النموذجية اصبح رمزاً لعقود الاذعان لعقد نموذجى المحرر من جانب واحد من قبل احد الاطراف والذى يذعن له الطرف الاخر دون امكانية حقيقية لتعديله » [46] فأغلب عقود الاذعان فى العصر الحديث تتم وفق صيغ نموذجية مطبوعة ومحررة من قبل احد الاطراف - الطرف القوى - يحدد بها محتوى العقد وشروطه ولايقبل

مناقشة فيها [47] وليس للطرف الاخر - الطرف الضعيف « الا اختيار بين الامتناع والخضوع لشروط المحددة من جانب واحد من قبل محررى العقد النموذجى » [48] فشيوع استعمال العقود النموذجية بما تتضمنه من شروط تعسفية ادى الى تدخل المشرع الفرنسى لحماية الطرف الضعيف ، ففى مشروع القانون حول حماية واعلام المستهلكين المسمى بمشروع (scrivener) يعرف العقود التى يمكن ان يحكم ببطلان شروطها التعسفية بأنها « عقد . . مبرم . . على نموذج مقترح عادة من هذا الاخير والذى لايستطيع المستهلك تعديله » وهو يقصد بالتحديد العقود النموذجية التى تتضمن شروطاً تعسفية [49] ويظهر هذا الاتجاه ايضاً فى مشروع قرار لجنة الخبراء لدى المجلس الاوروبى هل الشروط التعسفية فى العقود الذى يشير فى مادته الاولى الى « الشروط التعسفية المبرمة على اساس وثائق تعاقدية موحدة النمط . . »[50] وتكييف العقود النموذجية على ا نها عقود (STANDA-RISES) اذعان يطرح مشكلة رقابة القضاء على هذه العقود ومدى حماية الطرف الضعيف فيها .

ثانياً : العقود النموذجية ورقابة القضاء :

ان رقابة القضاء فى فرنسا على العقود النموذجية تختلف بحسب الجهة التى اعدت هذه العقود اى وفق ما اذا كانت صادرة عن الادارة او عن التنظيمات المهنية الخاصة .

1 - العقود النموذجية الادارية :

تخضع العقود النموذجية الادارية الى ثلاثة انواع من الرقابة : فهى تخضع لرقابة مجلس الدولة من جانب ولرقابة محكمة النقض والمحاكم الجنائية من جانب آخر .

العقود النموذجية تخضع لرقابة مجلس الدولة : واساس هذه الرقابة يرتكز على الطبيعة الادارية للعقود النموذجية ، ذلك ان العقود النموذجية يشترط لاصدارها اتمام الاجراءات الشكلية كتلك الاجراءات المطلوبة فى اللوائح الادارية من حيث اعتمادها ونشرها من جهة الادارة ومن ثم فأن العقد النموذجى المعد من قبل اللجان الاستشارية لايعد نافذاً الا بعد نشره من جهة الادارة « وبهذا تتداخل العقود النموذجية الادارية مع اللائحة الادارية التى تنشرها » [51] . وعليه فأن مجلس الدولة يراقب شرعية هذه لعقود عن طريق الطعن بتجاوز

السلطة سواء فيما يتعلق بالتجاوزات التى تحدث من الادارة اثناء نشر العقد النموذجى بقرار [52] . وهذه العقود تخضع لرقابة مجلس الدولة من حيث مراقبة اللجان الاستشارية ومنعها من فرض الشروط النموذجية الواردة بالعقد فى مجموعها ويفرض رقابتها فى التمييز بين الشروط الزامية والشروط الاختيارية [53] فلاتملك الادارة الحلول محل اللجان الاستشارية عند عدم اتفاق المهنيين فى العقود النموذجية الاختيارية .

ومحكمة النقض تفرض رقابتها على العقود النموذجية الادارية بتداخلها فى ضمان وحدة التفسير وقبول الطعن بمخالفة القانون استناداً الى ان « اللوائح الادارية العامة المنفذة للقانون اعتبرت كالقانون نفسه من وجهة نظر الطعن بالنقض » [54] وتستخدم محكمة النقض رقابتها سواء فيما يتعلق بالطريقة التى تطبق بها المحاكم العقود النموذجية او من حيث استبعادها للعقود النموذجية [55] .

وتخضع هذه العقود من جانب آخر لرقابة المحاكم الجنائية (المادة 471 / 15) من القانون الجنائى الفرنسى فى حدود معينة استناداً الى عدم المشروعية [56] .

هذه الرقابة المتعددة الجوانب يرى فيها البعض انها توفر الحماية للمتعاقدين ضد التحكم [57] ، غير ان هذه الرقابة محل شك فيما يتعلق بالعقود النموذجية الخاصة .

2 - العقود النموذجية الخاصة :

الرقابة على العقود النموذجية الخاصة - اختيارية كانت ام الزامية - لازالت مثار جدل فى القانون الفرنسى ، ومنشأ هذا الخلاف يرجع الى الاختلاف حول طبيعة العقو ، لما لها من مميزات خاصة تختلف عن القواعد العامة الواردة فى النظرية التقليدية للعقد .

فقد رأينا ان العقود النموذجية الخاصة هى نتاج اشخاص القانون الخاص - نقابات واتحادات ومنظمات مهنية - والتى لاتمتلك سلطة وضع قواعد عامة ومجردة من الناحية القانونية كتلك التى تتمتع بها السلطات العامة ، لذلك « فالعقود النموذجية المهنية ليست لوائح ادارية . فسلطة التجمعات المهنية التى تعدها ليست سلطة تنظيمية بمعنى الكلمة ، ولكن مجرد سلطة واقع ، والتى لاتدخل فى نطاق المجموعة القانونية . حيث لاتوجد محاكم مختصة للنظر فى الطعون المحتملة لتجاوز السلطة . فالعقد النموذجى يبقى مجرد نموذج فلا يدخل فى الوظيفة التقليدية لمحكمة النقض فى السهر على وحدة تفسيرها من قبل محاكم النظام القضائى » [58] . وبالرغم من أن « العقود النموذجية المعدة من قبل التنظيمات المهنية تنشىء قواعد مفسرة او مكملة لأنها تطبق ليس فقط اذا ماتبناها الاطراف صراحة فى عقد خاص ولكن ضمنياً ايضاً الا اذا وجد نص مخالف وتنتهى ايضاً الى ميلاد عادة او عرف

يتسع تدريجياً ليشمل المهنة بأكملها [59] . الا ا ن امر تفسير هذه العقود ترك لقضاة الموضوع . باعتبارها من مسائل الواقع وتم تبرير ذلك بالقول بأنه « يبقى العقد النموذجى مجرد صيغة او نموذج دون أية قيمة قانونية » [60] ومن ناحية اخرى فأن « العادة ، ايا كانت ، لايمكن ان تعتبر قانون ، والذى يؤدى خرقها الى واجب النقض » [61] .

فمحكمة النقض لازالت تنظر الى العقود النموذجية على انها مجرد عقود رغم ماتنشئه من قواعد عامة ومجردة - ومن ثم تلجأ الى ادواتها التقليدية فى ممارسة رقابتها وتطبق قواعد الطعن بالنقض . فتلجأ تارة الى نظرية المسح او التحريف(DENATURARION) اى تحريف الشروط الواضحة والمحددة فى العقد النموذجى ، وتارة الى انتقاء الاساس القانونى لتبرير رقابتها [62] . ةالا ان المحاكم الدنيا حاولت من جانبها ايجاد حماية للطرف الضعيف عن طريق التفسير - عندما يتعلق الامر بالعقود النموذجية التى لها صفة الاذعان - وذلك باللجوء الى تفسير الشك فى العبارات الغامضة لمصلحة الطرف المذعن ، واشتراط العلم ببعض الشروط المدرجة بالعقد ، والى فرض بعض الالتزامات على الطرف القوى بطريق التفسير التكميلى او الاضافة[63] .

هذا بالنسبة للعقود النموذجية الخاصة الاختيارية والامر ليس احسن حالاً - فيما يتعلق برقابة القضاء - بالنسبة للعقود النموذجية الخاصة الالزامية . فبالرغم من قوة الشبه بين هذه العقود والعقود النموذجية الادارية لما لها من قوة الزامية ، الا انها لاتخضع لرقابة الشرعية كتلك التى تخضع لها العقود الاخيرة . فتفسر العقود النموذجية الخاصة الزامية يعتبر من مسائل الواقع التى يختص بها قضاة الموضوع شأنها فى ذلك شأن العقود النموذجية الاختيارية .

اما بالنسبة لرقابة شرعية هذه العقود فأن اختصاص لاينعقد لمجلس الدولة لان هذه العقود ليست لها الصبغة الادارية ، ولايمكن الطعن فيها بتجاوز السلطة وكذلك اللجوء الى نظرية التعسف فى استعمال الحق لايسعف فى هذا المجال لان الامر يتعلق بتجاوز السلطة وليس التعسف فى استعمال الحق ، اما الرقابة الجنائية فهى ايضاً غير مكتملة فهى تقتصر على رقابة التسعيرة الجبرية ومعاقبة بعض التعسفات كابطال الاتفاقات السيئة المخالفة للإتفاقات الحسنة[64] .

فالرقابة على العقود النموذجية الخاصة لازالت قاصرة لان محكمة ا لنقض والمحاكم الاقل درجة تنظر اليها على انها عقود شأنها فى ذلك شأن بقية العقود رافضة الاعتراف بالقواعد العامة والمجردة التى تنشئها هذه العقود . وللسلطة التنظيمية او اللائحية التى تتمتع بها المنظمات المهنية والنقابية (ناسية من ا لمحتمل بأن المتهم هو محتوى العقود النموذجية وعقود الاذعان)[65] . فالفقه الفرنسى بدأ يطالب بالاعتراف بالطبيعة التنظيمية

لهذه العقود وباعتبارها منشئة « لقواعد قانونية فى الواقع »[66] . ويطالب بانقاظ ماتبقى من حرية التعاقد فى النظرية التقليدية للعقد ، مع الاعتراف صراحة بأن هذه العقود ليست عقوداً بالمعنى التقليدى وذلك بالقول بأنه « يجب ان يعاد الى الاذهان بأن هذه التصرفات تعد . . . مظهراً للسلطة سالتنظيمية . ففى الواقع فقدت الدولة احتكار السلطة . فأصبح من العاجل استنتاج النتائج الضرورية لحماية ماتبقى من حرية ا لتعاقد »[67] .

الفصل الثانى

العقود النموذجية فى القانون الليبى

المبحث الاول : مجال العقود النموذجية

تناول القانون المدنى الليبى الحالى الصادر سنة 1953م . الاشارة الى العقود النموذجية فى المواد 150 ، 151 . كما تناولت لائحة العقود الادارية الصادرة فى 6 مايو 1980م . (68) فى المادة 25 منها الاشارة الى العقود النموذجية بالقول بأنه « تتولى الادارة العامة للقانون بأمانة العدل اعداد نماذج لمختلف العقود الادارية التى تسرى بشأنها احكام هذه اللائحة » ونلاحظ منذ البداية ان العقود التى تقصدها اللائحة ليست مجال بحثنا هذا ، وانما المقصود بالعقود النموذجية الادارية - مجال هذا البحث - تلك التى تتولى الادارة اعدادها والتى يكون مجالها تنظيم علاقات القانون الخاص ، اى تلك العقود التى تمت بين اشخاص القانون الخاص - المجال المتروك تقليدياً للقانون المدنى والتجارى - حيث تتولى توجيه هذه العقود واعداد صيغتها ، وطرحها كأداة للتعامل بين اشخاص القانون الخاص . فتنظيم هذه العقود فى القانون المدنى من جانب ومن الادارة اخيراً من جانب اخر يقتضى البحث فى مجال هذه العقود وطبيعتها ورقابة القضاء عليها ، ثم التساؤل عن جدوى هذا الاسلوب فى ظل النظام الجماهيرى ، وهل يتفق والطرح السياسى والاقتصادى والاجتماعى القائم فى مجتمعنا ؟ . .

أولاً : العقود النموذجية الخاصة فى ظل نصوص القانون المدنى :

تنص المادة 150 من القانون على انه تسرى على الطرف الاخر شروط العقد العامة التى يضعها احد المتعاقدين اذا كان على علم بها وقت ابرام العقد او كان من المفروض ان يعلمها حتماً لو اعارها انتباه الشخص العادى » .

وعلى كل حال لااثر لشروط تحد من المسئولية او تحلل من العقد او توقف تنفيذه اذا كانت لصالح من وضعها ، ولااثر لشروط تفرض على المتعاقد الاخر سقوط المدد وتحديد صلاحية الاعتراض بالدفوع او قيود تمس حرية التعاقد فى العلاقات مع الغير وتمديد العقد او تجديده ، ولااثر كذلك لشروط التملك او الحد من صلاحية القضاء اذا لم يتم الاتفاق على تجديدها خطياً . وتنص المادة 151 من نفس القانون على انه « فى العقود المبرمة بالتوقيع على نماذج جاهزة لتوحيد تنظيم علاقات تعاقدية فأن الشروط المضافة الى تلك النماذج تتغلب على الشروط الاصلية اذا تافت معها حتى ولو لم تشطب تلك الشروط المنافية » .

واول مايلاحظ على هذه النصوص ان القانون المدنى الليبى قد انفرد بها دون القانون المدنى المصرى السابق له والصادر سنة 1949م . والذى استوحى منه معظم احكامه عدى هذه النصوص ونصوص قليلة اخرى حيث لم ترد اية اشارة فى القانون المدنى المصرى لهذه النصوص وان كانت الاعمال التحضيرية قد تعرضت للعقود النموذجية فى المشروع التمهيدى لهذا القانون فقد نصت المادة 147 من هذا المشروع بأنه « اذا وضعت السلطة العامة او اية هيئة نظامية اخرى نموذجاً لاحد العقود فان من يبرم هذا العقد ويحيل على النموذج يتقيد بالشروط الواردة فيه »[69]

ويلاحظ على هذه النصوص انها لاتعرض الى كيفية اعداد العقود النموذجية التى تتحدث عنها ولا الى الجهة التى تقوم باعداد هذه العقود وانما تقتصر فقط على بيان دور القاضى فى تفسير هذه العقود وتحديد مضمونها ونطاقها .

فالمادة 150 وان كانت تتحدث عن شروط العقد العامة التى يضعها احد المتعاقدين ، ولاتذكر العقود النموذجية صراحة ، الا انه من الناحية العملية ، كما لاحظ الدكتور ثروت حبيب[70] « تكون الصيغة العقدية مطبوعة ، بل وقد يجرى انشاؤها وفقاً لما اعدته من قبل هيئات فنية ومهنية من عقود نموذجية ، بقصد ايجاد تماثل فى العلاقات العقدية التى تحكم التعامل فى سلعة او خدمة اقتصادية معينة » .

فالعقود التى ينطبق عليها حكم هذه النصوص تشمل كل العقود التى يتولى فيها احد اطراف العقد اعداد صيغة العقد بشكل مفصل ومطبوع ومعد سلفاً على نماذج معدة لهذا الغرض تطرح على المتعاقدين الآخرين ويدعى للتعاقد على اساسها فى حالة قبوله [71] .

فالقانون المدنى الليبى يعترف اذن لاشخاص القانون الخاص بهذه المكنة دون حصرها بجهة معينة او بيان لطريقة اعدادها ومجال هذه العقود من الاتساع على هذه العقود كما عددها الدكتور ثروت حبيب [72] تشمل « صوراً وفيرة من التعامل فى خصوص سلع او خدمات كثيرة اضحت تتم وفق صيغ او نماذج معينة ، مطبوعة فى غالبيتها العظمى . فيدخل فى هذه العقود المطبوعة : اعمال المصارف ، مثل القروض المصرفية ، وعقود فتح الاعتماد وفتح الحساب الجارى ، وتأجير الخزائن الحديدية ، خدمات النقل للركاب او البضاعة بكافة وسائلها ، اى تذاكر السفر الجوية وسندات البحرية وتذاكر النقل البرية بالسكك الحديدية او السيارات ، عقود سالتأمين فى كل صورها ، عقود المقاولات مع الشركات الكبرى ، عقود بيع السيارات والآلات والادوات الكهربائية والميكانيكية ، والاجهزة العلمية عقود النشر مع دور النشر الهامة ، عقود ايداع البضائع فى مخازن الايداع عقود شراء البضائع من الخارج وفقاً للمناذج التى تعدها هيئات التجارة الدولية (متى كان القانون الليبى وهو الواجب التطبيق) ، عقود تمثيل الشركات الاجنبية فى ليبيا ، عقود النزول فى الفنادق الكبرى عقود الايجار التى تعدها بعض الجهات الحكومية للارض

الزراعية او العقارات المبنية وغير ذلك » . فمعظم هذه العقود هى التى يجرى العمل بها فى بلادنا حتى الآن - رغم التحولات السياسية والاقتصادية والاجتماعية - التى حدثت بعد قيام الثورة - فلازالت اغلب هذه العقود تعد من جانب واحد ، سواء فى مجال تبادل السلع او فى اطار تقديم الخدمات وهى فى معظمها موجهة الى عدد كبير من المستهلكين او المستفيدين من الخدمات . غير ان الجديد فى الموضوع والذى ظهر مؤخراً هو الدور الذى بدأت تضطلع به الادارة فى اعداد وتوجيه العقود التى تدخل تقليدياً فى اطار مايسمى بالقانون الخاص (القانون المدنى والقانون التجارى)

ثانياً : العقود النموذجية الادارية :

ظهرت العقود النموذجية اغلبها ، مؤخراً بعد صدور الكتاب الاخضر بفصوله الثلاث واعلان قيام سلطة الشعب واختيار الاشتراكية كطريق لحل القضايا الاقتصادية والاجتماعية فى المجتمع ، وتطبيقاً لمقولات الكتاب الاخضر فقد صدر القانون رقم 4 لسنة 1978م . ليضع مقولة (البيت لساكنه) موضع التطبيق ويلغى ظاهرة الايجار باعتبارها ظاهرة استغلالية لما فيها من تحكم فى حاجة الانسان .

فقد نصت المادة الاولى من هذا القانون على ان « لكل مواطن الحق فى سكن يصلح لسكنه او قطعة ارض لبناء مسكن عليها اذا لم يكن له سكن ملكية مقدسة لايجوز المساس بها » .

كما نصت المادة الثالثة منه على انه « تؤول ملكية المبانى المعدة للسكن ولو كان استعمالها فى غير هذا الغرض ، وكذلك المبانى غير المعدة للسكن ويستثنى مما تقدم مايستعمله الملاك المواطنون لاغراض مهنهم او حرفهم او صناعتهم ، كما تؤول للدولة ملكية الاراضى الفضاء المعدة او الصالحة للبناء وذلك بقصد اعادة تمليكها الى المواطنين المستحقين وفى جميع الاحوال تتم الايلولة ايا كان المالك لهذه العقارات عدا المملوك منها للاشخاص الاعتبارية العامة ، والجهات الوطنية ذات النفع العام وماتملكه السفارات » . كما نصت المادة 7 من هذا القانون على انه :

« ك - تملك المساكن وكذلك المبانى غير المعدة للسكن والاراضى للبناء الى المواطنين المستحقين ويجوز ان يخصص لاغراض المنفعة العامة للشعب ومايحتاج اليه من الاراضى المذكورة .

ب - تدار لمصلحة الشعب - المساكن والمبانى غير المعدة للسكن المملوكة او المؤجرة لغلير المواطنين .

وتحدد اللائحة التنفيذية قواعد وشروط التملك والادارة المنصوص عليها فى الفقرة السابقة وتبين الجهة التى تتولى ذلك كا تحقق اولويات التمليك بين المستحقين . كما نصت المادة 9 منه على انه « يحظر على اى شخص ان يؤجر عقاراً من العقارات التى يملكها على انه يجوز للاشخاص الاعتبارية العامة والاشخاص الاعتبارية ذات النفع العام ان تؤجر ايا من العقارات التى تملكها وفقاً لما يرد فى اللائحة التنفيذية » .

وقد صدرت اللائحة التنفيذية لهذا القانون (73) ونصت فى مادتها الثالثة على أنه « تشكل فى دائرة كل بلدية لجنة او اكثر تسمى (لجنة التمليك) تضم ممثلين عن امانتى الشئون الاجتماعية والضمان الاجتماعى والاسكان وامانة المؤتمر الشعبى بالبلدية وتختص بما يلى :

1 - تقدير قيمة العقارات التى ألت ملكيتها للدولة .

2 - القيام بجميع اجراءات تمليك المستحقين من المواطنين طبقاً لاولويات التمليك » .

وفى هذا الاطار اصدرت امانة الاسكان نموذجاً لعقد بيع مسكن عام والذى يتم بموجبه بيع المساكن العامة للمواطنين . وتطبيقاً لنص المادة 7 / أ من القانون رقم 4 لسنة 1978م . والمادة 6 من لائحته التنفيذية ، فقد اصدرت اللجنة الشعبية العامة قراراً (74) يقضى بالترخيص للمؤسسة العامةللاسكان والهيئة العامة للضمان الاجتاعى بتأسيس شركة مساهمة يعهد اليها بادارة المبانى التى آلت للدولة . وتنفيذاً لهذا القرار تم تكوين شركة تحت اسم الشركة الوطنية لادارة المبانى العامة المساهمة وانيط بها ادارة واستثمار وحفظ وصيانة جميع العقارات المبنية المعدة للسكن ولغير السكن المملوكة والمؤجرة لغير المواطنين الليبيين التى آلت للدولة بموجب القانون رقم 4 لسنة 1978م .

كما وافقت اللجنة المركزيةي العليا للاشراف على تنفيذ احكام القانون رقم 4 لسنة 1978م . على ان تتولى هذه الشركة ادارة العقارات التى يرغب اصحابها فى ادارتها نيابة عنهم اثناء تواجدهم خارج الجماهيرية فى مهمات رسمية او للدراسة او العمل لمدة تزيد عن السنة .

وفى سبيل ادائها لمهمتها اصدرت الشركة الوطنية لادارة المبانى العامة المساهمة نموذجاً لعقد ايجار العقارات التى تتولى ادارتها ونموذجاً اخر لادارة العقارات التى يعهد بها المواطنون اليها والذين تقتضى ظروف عملهم او مهامهم التواجد خارج الجماهيرية لمدة تزيد على السنة الا انه يجب ان يلاحظ هنا ان اطلاق لفظ العقود الادارية على العقود التى تبرمها الشركة غير دقيق لانها - اى الشركة - لاتعتبر من اشخاص القانون العام ولاتتمتع بامتيازات السلطة العامة ، وفق التقسيم التقليدى للقانون الى عام وخاص ، بل تعتبر شخصاً معنوياً خاصاً وتخضع عقودها لما تخضع له عقود اشخاص القانون الخاص وتطبق

بشأنها قواعد القانون المدنى والتجارى . الا انه رأينا دراستها فى سياق دراسة العقود الجديدة التى ظهرت فى الآونة الاخيرة بعد التطبيقات الاشتراكية واختفاء عقد الايجار بشكله التقليدى الوارد فى القانون المدنى وللحظر الوارد فى المادة 9 من القانون رقم 4 لسنة 1978م . ، وحيث لم يعد الايجار مباحاً الا للجهات التى عينها القانون ساسلف الذكر ولائحته التنفيذية التى نصت فى المادة 26 منها على انه « يجوز للاشخاص الاعتبارية العامة والاشخاص الاعتبارية ذات النفع العام ان تؤجر ايا من العقارات التى تملكها . ويكون تأجيرها وللمواطنين بصفة مؤقتة » .

وعليه فأن مجال عقود الايجار المعدة من قبل الشركة الوطنية لادارة المبانى العامة المساهمة ينحصر نطاقه فى العقود المبرمة بين هذه الشركة وغيرا لمواطنين كما يجوز للاشخاص الاعتبارية العامة وذات النفع العام ان تؤجر العقارات التى تملكها ، غير ان تأجيرها للمواطنين اذا مااقتضت ظروف عملهم - يكون بصفة مؤقتة لان الاصل ان يكون البيت لساكنه .

وسيراً فى نفس الاتجاه فى سبيل تطبيق مقولات الكتاب الاخضر والغاء الاجرة وتطبيق مقولة (شركاء لااجراء) فقد اصدر امين اللجنة الشعبية العامة للصناعات الخفيفة قراراً يقضى بالموافقة عى نموذج عقد تأسيس شركة تضامنيةلمزاولة نشاط صناعى انتاجى حيث يجوز بموجب هذا العقد ان يقوم مجموعة من الشركاء بتأسيس شركة تضامنية لمزاولة نشاط صناعى انتاجى ويكيون جميع اعضاء هذه الشركة شركاء فيها بحيث لايجوز لاى منهم ان ينفرد بصفة او سلطة رب العمل او الى استغلال جهد اى من شركائه فى الانتاج[75] .

ويلاحظ ان هذا العقد ليس الزاميا بل اختيارياً للشركاء حيث تبيح المادة 33 منه للشركاء « تعديل هذا العقد كتابة برضائهم جميعاً وبما لا يتعارض مع قرار اللجنة الشعبية العامة ولائحته التنفيذية » .

ومن ضمن العقود النموذجية التى تم اعدادها من قبل الادارة ماجاء تنفيذاً للقانون رقم 123 لسنة 1970م . بشأن التصرف فى الاراضى الزراعية والمستصلحة المملوكة للدولة . فقد اصدرت جهة الادارة نموذجاً لعقد التمليك الذى يتم بموجبه نقل ملكية المزارع للمواطنين . ويلاحظ ان هذا القانون الذى يتم بموجبه نقل ملكية المزارع للمواطنين . ويلاحظ ان هذا القانون قد صدر فى مرحلة سابقة لصدور الكتاب الاخضر ، حيث لم يعد يتفق والمقولات التى جاءت به من ان « الارض ليست ملكاً لاحد » .

هذه بعض الامثلة للعقود النموذجية التى تولت جهة الادارة اصدارها وسقناها هنا على سبيل المثال الا الحصر كأسلوب جديد فى تنظيم العلاقات التعاقدية كأدوات للتعامل القانونى بدأت تظهر فى الحياة العملية ، الا ان طبيعتها القانونية والرقابة عليها يحتاج الى شيء من التفصيل .

المبحث الثانى : طبيعة العقود النموذجية ورقاب الفضاء .

اولاً : طبيعة العقود النموذجية :

- العقود النموذجية الخاصة :

لقد رأينا ان النصوص التى تتعرض للعقود النموذجية فى القانون المدنى لاتشير الى الجهة التى تتولى اعداد هذه العقود ولا الى الكيفية التى تتم بها ، وانما تصدر مباشرة من الجهات التى تتولى القيام بتقديم السلع او الخدمات يعدها فنيون متخصصون بهذه الجهات فى الغالب فتذكرة النقل الجوى داخلياً وخارجياً - مثلاً نجدها صادرة عن الخطوط الجوية العربية الليبية ، وتذاكر النقل بالبحر نجدها صادرة عن شركةليبيا للتأمين وشركة المختار للتأمين حالياً ، كذلك الحال بالنسبة للعقود التى تصدرها الشركات او الجهات التى تتولى تقديم السلع والخدمات فأغلب هذه العقود تعد من جانب واحد .

فقد رأينا ان تكييف هذه العقود قد اثار جدلاً فى الفقه الفرنسى وان اغلب الفقه يرى انها عقود اذعان [76] ، حيث يتوافر فى اغلبها جميع خصائص ومميزات عقد الاذعان .

فالعقود النموذجية الخاصة هى فى اغلبها عقود اذعان ، وهذا ما شعر به واضعوا القانون المدنى الليبى عند تنظيم هذه العقود ، واعطاء القضاء سلطة الرقابة عليها كما سنرى لاحقاً .

ب - العقود النموذجية الادارية :

اما بالنسبة للعقود النموذجية الادارية فقد رأينا ان الفقه فى فرنسا مجمع على اعتبارها تصرفات تنظيمية ذات طبيعة لائحية لاتختلف عن بقية اللوائح الادارية [77] . وهو نفس التكييف الذى يمكن ان يعطى للعقود النموذجية الادارية فى ليبيا ، تصدر عن الجهات التى تملك اصدار اللوائح والقرارات التنفيذية .

فنموذج عقد بيع سكن عام الصادر عن اللجنة الشعبية العامة للاسكان جاء تطبيقاً للقانون رقم 4 لسنة 1978م . ولائحته التنفيذية . وكذلك بالنسبة للعقد النموذجى الصادر من امين اللجنة الشعبية العامة للصناعات الخفيفة ، فقد جاء تنفيذاً لقرار الامانة العامة لمؤتمر الشعب العام رقم 2 لسنة 1979م . بشأن اعادة تنظيم الامانات وقرار اللجنة

الشعبية العامة الصادر فى 10 سبتمبر سنة 1980م . بشأن اقرار بعض الضوابط لاقامة المشروعات الصناعية .

وكذلك بالنسبة لنماذج عقود تمليك المزارع للمواطنين ، فقد تم اعدادها تنفيذاً للقانون رقم 123 لسنة 1970م . بشأن التصرف فى الاراضى الزراعية المستصلحة المملوكة للدولة .

ثانياً : الرقابة على العقود النموذجية :

أ - العقود النموذجية الخاصة

لاتثير الرقابة على العقود النموذجية الخاصة خلافاً من ناحية تكييفها القانونى فى اعتبارها تصرفات ذات طبيعة تعاقدية ، فنصوص القانون المدنى واضحة فى ذلك [78] . فهذه العقود تخضع لما تخضع له بقية العقود فى النظرية العامة للعقد . فمن حيث تفسيرها فانها تخضع لسلطة قاضى الموضوع باعتبارها من مسائل الواقع التى يختص بها قاضى الموضوع حيث يتعين عليه البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين . وفى سبيل ادائه لهذه المهمة فقد اورد القانون عدة موجهات فى ذلك تضمنتها المادة 152 / 2 والمادة 151 المتعلقة بالعقود النموذجية ماهى الا اعمالاً لهذه القواعد التى تعين القاضى فى مهمته فى تفسير العقد ، فنص المادة 151 يقضى بأنه « فى العقود المبرمة على نماذج جاهزة لتوحيد تنظيم علاقات تعاقدية فان الشروط المضافة الى تلك النماذج تتغلب على الشروط الاصلية اذا تنافت معها ولو لم تشطب الشروط المنافية » ذلك ان « المشرع يرى فى الشرط المضاف تعبيراً واضحاً عن القصد المشترك للمتعاقدين ، مما يهدر حكم الشرط المطبوع الذى يعتبر حينئذ كاشفاً عن ارادة صاحبه الذى اعده وحدها . ومن ثم فلا يلتفت اليه » [79] . وفى هذا اعتراف ضمنى من المشرع بأن هذه العقود يمكن ان تكون تعبيراً عن ارادة احد الاطراف فى العقد فقط مما يقتضى تغليب الشروط المضافة على الشروط الاصلية التى وضعها هذا المتعاقد باعتبارها تمثل الارادة المشتركة للمتعاقدين .

الا انه يجب ان يلاحظ انه رغم نص هذه المادة فان بعض العقود التى تخضع لاحكامه تضمن شرطاً يتناقض صراحة مع احكام هذا النص ، ومن ذلك عقد النقل البحرى للركاب الذى اصدرته الشركة الوطنية العامة للنقل البحرى حيث ينص فى المادة 135 من شروط واحكام التعاقد بأنه « ليس للشخص الذى يوقع هذا العقد بصفته وكيلاً للشركة اية صلاحية لتضمينه اى بند من شأنه ان يزيد من مسئوليات الشركة او الباخرة عن هذه

الشروط المطبوعة وذلك بأية صورة كانت او ان ينقص من الضمانات الموضحة منها بأى شكل كان ، واذا اضيفت مثل هذه البنود الى هذه التذكرة كامل العقد بين الشركة والراكب ولايؤثر على هذا العقد او يدله اى بيان او ضمان يقدمه وكيل الشركة او احد عمالها » [80] .

ومعنى ذلك ان الشركة لاتعترف بالشروط التى قد تضاف الى التذكرة بالاتفاق بين الراكب ووكيل الشركة حيث يكون الوكيل متجاوزاً لحدود وكالته ولاتسرى هذه الشروط المضافة فى حق الشركة ولاتكون هذه الشروط تعبيراً عن النية المشتركة للمتعاقدين ، وانما تعبيراً عن نية الراكب فقط التى لاتعترف بها الشركة . وماعلى الراكب الا ان يقبل بالشروط التى وضعتها الشركة دون زيادة او نقصان .

ونص المادة 150 يقضى بأن الشروط العامة للعقد التى ينفرد احد المتعاقدين بوضعها تعتبر داخلة ضمن نطاق العقد ومضمونه وتلزم المتعاقد الآخر « اذا كان على علم بها وقت ابرام العقد او كان من المفروض حتماً ان يعلمها لو اعارها انتباه الشخص العادى » وفى هذا اعتراف صريح من المشرع بأن العقد الذى ينفرد احد المتعاقدين بوضعه يكون ملزماً للمتعاقدين شأنه فى ذلك شأن بقية العقود العادية الناشئة عن تراضى المتعاقدين ، الا انه يشترط رضا المتعاقد الآخر لكى تسرى فى حقه هذه الشروط وذلك باشتراط العلم بهذه الشروط وقت التعاقد . وهذا مايسير عليه القضاء الفرنسى بالنسبة لعقود الاذعان [81] . فقد حكم بأن « المسافر الذى وضع سيارته فى محطة الفندق ، والذى اصبح بعد لحظات ضحية سرقة لامتعته الموضوعة على سقف السيارة ، محق فى الرجوع على الفندق دون ان يكون لهذا الاخير الحق بالاحتجاج فى مواجهته بالشرط المحدد للمسئولية ولو كان هذا الشرط ملصقاً بالفندق مالم يثبت ان المسافر كان على علم به قبل حدوث السرقة ، او أن حارس المحطة كان قد اثار انتباهه اليه ، او كان ظاهراً على قسيمة الايداع التى كان يجب تسليمها له »[82] .

ولكن مفهوم (العلم) كما يقول الفريد رييج [83] « غامض جداً ، فالمحاكم لاتتطلب العلم الحقيقى وتكتفى بواقعة ان المتعاقد كان يمكنه العلم بالشروط محل النزاع » . ويشير هذا الكاتب الى أنه « فى مجال النقل البحرى فأن العديد من الاحكام تقرر بأن قبول قسيمة الصعود والمكتوب عليها شرط الاختصاص القضائى او تحديد المسئولية ، يفيد عدى حالة الغش او الخطأ الجسيم ، القبول من المسافر الذى يستلمها بالشرط الذى تحتويه ، وأخذ بهذا الحل رغم ان الشروط لايظهر على التذكرة ولكن على كتيب المرور الذى تحيل عليه تذكرة السفر ، والموضوع تحت تصرف الجمهور . ونفس الامر فى مسألة النقل الجوى ، فقد حكم بأن واقعة صعود الطائرة تفيد حتماً القبول الضمنى من قبل المسافر بشرط الاعفاء من المسئولية المطبوع على تذكرة السفر . . . والذى يعتمد على المسافر اخذ العلم به » [84] .

ومسلك القضاء الفرنسي هو ماتضمنته نصوص المادة 150 من القانون المدنى ويؤيدها الفقه التقليدى فى هذا الاتجاه بالقول بأن « الشخص العادى » ، المتوسط الحرص عليه ان يكون على بينة مما يطرح امامه من شروط عقدية . فالعامل عندما يوقع على عقد عمل فردى يتضمن احالة الى صيغة عادة لعقد مشترك ثم بين نقابة او نقابات للعمال ومجموعة ارباب الاعمال فى صناعة معينة ، عليه ان يطلب من رب العمل ملخصاً وافياً لما يخصه منها ، وكذلك اذا تضمن عقدة اشارة الى لائحة العمل المعلنة بوضوح فى اماكن هامة فى مكان عمله ، عليه ان يطلع عليها ، فهذا مايجب على الشخص المعتاد ان يقوم به .

وكذلك النزيل فى الفندق الذى وضعت فى غرفته وفى مكان مناسب بيانات عن كيفية العمل والخدمة فى الفندق ، عليه ان يتفهمها ويراعيها ، بل ولو احلت هذه البيانات على شروط اخرى او موضوعة فى اماكن الاستقبال مثلاً .

ومشترى السيارة او الالة الميكانيكية ، يراجع كل بنود عقدة واحكامه ، وهو ملتزم بكل ماتضمنته ، حتى ولو وجدت بعض المصطلحات الفنية التى ربما كان يجهلها فعليه ان يستوضح كنهها ومدلول اشارة العقد اليها فالانتباه الذى يصدر من الشخص العادى يقتضى ذلك ، حتى ولو كان مشترى الالة اميا يجهل القراءة فعليه ان يطلب معونة فى ذلك ، لأن هذا سلوك الشخص العادى ايضاً [85] .

وهذا الاتجاه فى مسلك القضاء والفقه « مفتقد ليس فقط لانه يقيم قرينة غير قابلة لاثبات العكس بالعلم ولكن لانه غير منطقى ايضاً . ففى الفروض السابقة المسافر ليس بوسعه معرفة شروط عقد الاذعان الا بعد استسلامه لتذكرة السفر ، يعنى بعد تكوين العقد ، بشكل يجعل الشروط المتنازع عليها لم تدخل فى دائرة التراضى » [86] .

فرقابة القضاء على العقود النموذجية رقابة محدودة ، وهذا ماحدا بالفقيه الفريد رييج [87] الى القول بأن « المحاكم لم تقم الا بعمل تلفيقى (oeuvre de vricolage) ناسية من المحتمل بأن المحتمل بأن المتهم هو محتوى العقود فاصابع الاتهام تتجه الى طريقة تكوين هذه العقود واعدادها ومحتواها والى النظام الاقتصادى والاجتماعى والسياسى الذى يسمح للطرف القوى وان يفرض شروطه على الطرف الضعيف دون امكانية مناقشتها والزامه بها بافتراض علمه بها على غير الحقيقة « فان مشكلة عقد الاذعان لاتطرح فقط فى مجال المفاهيم القانونية ، ولكن على الصعيد الاخلاقى والاجتماعى فيجب منع الطرف القوى اقتصادياً من الا يتعسف فى موقفه على حساب (المذعن) ويجب الحيلولة دون محررى العقود النموذجية من جعل عقود المستقبل الفردية تحت رحمتهم » [88] .

وفعالية الرقابة على هذه العقود لاتطرح فقط فى مجال العقود النموذجية الخاصة ، بل وهى تبدو ملحة ايضاً فى مجال العقود النموذجية الادارية .

ب - العقود النموذجية الادارية .

لقد رأينا ان هذه العقود تخضع فى فرنسا [89] الى نوعين من الرقابة : رقابة مجلس الدولة من جانب ورقابة محكمة النقض من جانب اخر . واساس رقابة مجلس الدولة يقوم على الطبيعة الادارية لهذه العقود لخضوعها لنفس الشروط والاجراءات الشكلية للوائح الادارية من حيث اعتمادها ونشرها من جهة الادارة ، ورقابة محكمة النقض تؤسس على اعتبار ان العقود النموذجية الادارية هى بمثابة لوائح ادارية تضع قواعد عامة ومجردة على هذا النحو كما يفسر القانون ، وتقبل الطعن بالنقض لهذه العقود لمخالفة القانون .

والعقود النموذجية الادارية فى ليبيا تخضع لنفس الشروط والاجراءات الشكلية من حيث اعتمادها ونشرها من جهة الادارة شأنها فى ذلك شأن اللوائح الادارية ، والمثال على ذلك العقد النموذجى الصادر من امين اللجنة الشعبية ا لعامة للصناعات الخفيفة ، حيث اعتمد العقد النموذجى ونشر فى الجريدة الرسمية .

غير ان العقود النموذجية الادارية ا لصادرة مؤخراً فى بلادنا لاتشير الى الطريقة التى تم بها اعداد هذه العقود النموذجية ولا الى الجهات الاخرى التى ساهمت فى اعدادها ، ولا الى دور المواطن المدعو للتوقيع على هذه العقود فى تكوينها . فمثلاً عقد تمليك المساكن العامة الصادر عن امانة اللجنة الشعبية العامة للاسكان المشار اليه لايذكر شيء من ذلك فكان هذا احد الاسباب التى تقف وراء قلة عدد المساكن التى تم تمليكها بالمقارنة لمساكن التى آلت للدولة كما لاحظ زميلنا الدكتور محمد مصطفى سليمان فى بحثه [90] . من حيث « المبالغة فى تقدير اثمان المساكن الارضية والشقق فقد وصلت التقديرات لبعض الشقق الى 25 الف دينار وهذا مبلغ يعطى كقرض ويكفى لبناء سكن ارضى فى غالب الاحيان ، كما ان الاقساط المدفوعة مقابل التمليك تعد مرتفعة بالنسبة للكثير من ذوى الدخول المنخفضة والمتوسطة اذ قد يتساوى قسط تمليك شقة مع قسط تمليك سكن ارضى فهناك خلل فى نظام التقديرات يجب تداركه سواء من حيث المبلغ الاجمالى او من حيث القسط الشهرى اذ يجب ان يتناسب الاول مع سعر التكلفة المعقولة ويتناسب الثانى مع دخل المملك كما لايجب ان يترك الامر لتقدير الجهة التى يتبعها السكن وحدها اذ يجب ان يكون للمستفيدين ولجهة اخرى (محايدة) دور فى ذلك ويجب ان يعطى المجال للطعن فى التقديرات المبالغ فيها واعادة النظر فيها . . . »

فالعقود النموذجية الادارية المعدة من جانب واحد يمكن ان تكيف ايضاً بأنها عقود اذعان شأنها فى ذلك شأن العقود النموذجية الخاصة ، اذا مااستقل هذا الجانب وحده ، بوضع كافة الشروط دون قبول مناقشتها وهذا مايلاحظ على عقد بيع الاراضى بين المستفيد وأمانة الاسكان ، حيث يتضمن هذا العقد ايضاً . « شروطاً قد تبدو مجحفة فى كثير من الأحيان . . . كإلزام المشترى بالشروع فى البناء خلال سنة من توقيع العقد واتمامه فى خلال ثلاث سنوات ، فمن المعروف ان البدء فى اعمال البناء واتمامها يتوقف على الحصول على قرض وتوالى الدفعات اللازمة لإتمام البناء وبعض الظروف الاخرى . ولايمكن اعمال نص العقد بإعتباره مفسوخاً تلقاء نفسه اذا خالف المشترى هذه الالتزامات »[91] .

وهو ايضاً نفس مايلاحظ على عقد تمليك المساكن العامة الذى صدر تطبيقاً للقانون رقم 4 لسنة 1978م . ولائحته التنفيذية ، الذى جعل ملكية المسكن ملكية خاصة مقدسة الامر الذى « يجعل بعض القيود والتحفظات التى وردت فى عقد بيع المساكن « الحكومية» محل نظر من حيث امكانية تطبيقها . فلايمكن تطبيق الفسخ والاخلاء الادارى وغيرها لانها تتناقض تماماً مع مقولة « البيت لساكنه . . . »[92] .

فالمشكلة التى تطرحها العقود النموذجية الادارية فى بلادنا هى طريقة تكوين هذه العقود واعدادها ، ودور المواطن فى كل ذلك ، حتى يمكن تصور الرقابة عليها والبحث فى فاعليتها من بعد .

والسؤال الذى يطرح نفسه الآن هو مدى ملاءمة هذه العقود لاطروحات النظرية العالمية الثالثة واتساقها مع التنظيم السياسى والاقتصادى والاجتماعى فى المجتمع الجماهيرى الجديد .

تطرح النظرية العالمية الثالثة المتمثلة فى الكتاب الاخضر بفصوله الثلاث نظاماً سياسياً واقتصادياً واجتماعياً متكاملاً يهدف الى الفضاء على الاستغلال وكافة انواع السيطرة والتحكم « ان غاية المجتمع الاشتراكى الجديد هى تكوين مجتمع سعيد لأنه حر ، وهذا لايتحقق الا بإشباع الحاجات المادية والمعنوية للإنسان . وذلك بتحرير هذه الحاجات من سيطرة الغير وتحكمه فيها ، ان اشباع الحاجات ينبغى ان يتم دون استغلال او استعباد الغير والا تناقض مع غاية المجتمع الاشتراكى الجديد »[93] .

والقواعد الطبيعية هى التى ترسى مبادىء العدل والمساواة بين الناس لكى ينشأ الانسان فى ظلها حراً سعيداً . . الا ان حرية هذا الانسان تعد ناقصة « اذا ماتحكم آخر فى حاجته فالحاجة قد تؤدى الى استعباد انسان لإنسان والاستغلال سببه الحاجة »[95] . ومن هنا يكون مبدأ تحرير الحاجات هدفاً لتحرير الانسان من القواعد الظالمة التى تكرس الاستغلال والسيطرة والتحكم « فلايجوز فى المجتمع الاشتراكى ان تتحكم اى جهة فى حاجات الانسان بما فيها المجتمع نفسه »[96] .

ومن هذا المنطلق فإنه يجب القضاء على كل ادوات السيطرة والتحكم ايا كانت الاداة والعقد من هذا الجانب يمكن ان يستخدم « لأستغلال الانسان للإنسان »[97] ، ويكون بذلك « مصدراً للظلم . . . بين القوى والضعيف »[89] ويكون اداة للتحكم والسيطرة ، كعقد العمل ، وعقد الايجار ، وعقد البيع بقصد تحقيق ربح وبقية العقود الاخرى التى يطغى فيها احد اطرافها فيملى شروطه على الطرف الآخر . . . . وهذا لايكون الا فى ظل نظام اقتصادى واجتماعى يسمح بالاستغلال ويتيح الفرصة للقوى لكى يفتك بالضعيف ، الا انه « من جهة نظر اشتراكية ، لايمكن ان يكون هناك ادانة عامة للعقد كأداة »[99] .

فقد رأينا ان العقد و اداة ووسيلة لتبادل السلع والخدمات فى المجتمع اقتضتها طبيعة الحياة الاقتصادية والاجتماعية فإنه لم يعد من المتصور الرجوع الى المجتمع البدائى حيث يسود نظام الاقتصاد المغلق الخالى من التبادل ، فتشابك العلاقات الاقتصادية والاجتماعية للمجتمعات المعاصرة تجعل من غير الممكن بل من غير المتصور ان ينعزل الفرد ويكتفى ذاتياً . فى اشباع حاجاته المادية والمعنوية ، اللهم الا اذا كان وحيداً بمفرده على جزيرة معزولة فى مجاهل احد المحيطات إن وجدت . وهنا ستكون حاجاته محدودة بحدود مايتوفر فيها من اسباب الحياة قلة ووفرة . الا انها بالتأكيد لن تكون متجددة او متطورة .

فالحاجة الى تبادل السلع والخدمات امراً مفروغاً منه فى هذا العصر نتيجة تخصص الافراد فى قطاعات مختلفة من الانتاج والخدمات ، الامر الذى يجعل تنظيم تبادل السلع والمنافع والخدمات امراً لامفر منه .

فقد رأينا ان العقد - اداة التبادل ووسيلته - قد خضع لجملة متغيرات تبعاً للسياسة الاقتصادية والاجتماعية التى افرزته - فهو شريعة المتعاقدين واداة تحقيق المنافسة الكاملة فى الاقتصاد الرأسمالى فى مراحله الاولى وهو اداة التحكم (ادعان) فى مرحلة الرأسمالية الاحتكارية - وهو اداة فى يد الادارة الحكومية لتوجيه الاقتصاد .

فالعقد النموذجى لم يكن فى نشأته الا نتاج علاقات الانتاج والتوزيع فى المجتمع الصناعى الرأسمالى وتعاظم دور النقابات والمنظمات المهنية لارباب الصناعة والمهن الحرة ، هذا الدور الذى وصل الى حد التمتع بسلطة وضع قواعد عامة ومجردة - سسلطة لايملكها قانوناً الا من له حق التشريع - سواء تنظيم العلاقة بين اعضاء المهنة الواحدة او فى العلاقة مع ا لعملاء والزبائن فيذعن اعضاء المهنة او الزبائن للعقود المعدة من قبل المنظمات المهنية فى تعاملهم بشأن سلعة او خدمة معينة .

وهو اداة بيد الادارة الرأسمالية عندما قررت التدخل فى النشاط الاقتصادى لتوجيه عقود الافراد لتحقيق اهدافها ، فتمتلك الادارة بواسطته سلطة التشريع فى هذا المجال . وانتقل العقد بذلك من سلطان الارادة الى سلطان الادارة .

فالعقد النموذجى بشكله التقليدى لايمكن قبوله فى المجتمع الجماهيرى مالم يخضع

●وسنحاول فى هذه الدراسة ان نقدم اجابة فى الواقع عن سؤال وهو " ماهو القانون الدولى للتنمية " بالبحث عن الاشخاص المخاطبين به ثم المبادىء التى يقوم عليها ، ولنحاول بعد ذلك معرفه من اين يأتى هذا القانون ، وماهى مصادر صناعته ، واخيرا يحق لنا ان نتسأل عن مكانه فى حياتنا الدولية اليوم اين يطبق وماهى المجالات التى يسرى فى نطاقها او خلالها ، سنعرف كل ذلك من خلال الفصول الاربع التالية والتى تكون فى مجموعها محاوله للتعريف بهذا القانون للقارىء المتخصص وغير المتخصص .

امكانية التنظيم ليست مستحيلة .

فيمكن مشاركة ا لمواطن على جميع الاصعدة وذلك بالقول بأن تغييراً فى طريقة اختيار ادارة المؤسسات التى تتولى تأمين تبادل السلع والاموال يفرض نفسه باعتبارها مؤسسات خدمات تتهم المجتمع بأسره لذلك فأن تسلطاً شعبياً عليها تصعيداً (اختيار الادارة من قبل المؤتمرات الشعبية لامن قبل العاملين فقط) ورقابة يبدو هو الحل الاقرب للصواب »[104] .

وعلى صعيد تكوين العقود النموذجية فإنه من المتصور ان يكون للمواطن دوراً فى اعدادها واقرارها ومناقشة شروطها .

فقد رأينا ان تبادل السلع والخدمات فى المجتمعات الحديثة قد جاء نتيجة تخصص افراد المجتمع فى قطاعات مختلفة من الانتاج والخدمات الامر الذى اقتضى ضرورة قيام التبادل فيما بينهم ونظراً لدقة الكثير من التخصصات الامر الذى جعل من العسير على المواطن العادى ان يلم بكل ماافرزته التقنية الحديثة من الالات واجهزة وادوات ميكانيكية والكترونية وغيرها . . . وان يلم بكل خفايا التخصصات الاخرى . مما يقتضى الرجوع الى اهل الخبرة والتخصص فى مثل هذه الامور ، ويكون للاتحادات والنقابات والروابط المهنية دوراً فى اعداد هذه العقود لإلمام هذه النقابات والروابط بتخصصات المهنة او الحرفة ، فتعد صيغة العقد النموذجية للعملية القانونية المراد طرحها قبل الجهة التى تتولى تقديم السلع والخدمات ، بالمشاركة مع مع اهل ا لخبرة والمؤتمر النقابى او المهنى بهذه الجهة وتعرض على المؤتمرات الشعبية لمناقشتها واقرارها ، فينشأ بذلك عقداً بين المواطن وهذه الجهة اقره الشعب ، عقد بمثابة قانون يحكم العلاقة بينهما فينتهى بذلك عقد الاذعان الى الأبد ، ويقوم مكانه العقد النموذجى المقر من الجماهير واعداد العقد النموذجى واقراره على هذا النحو « هو تكريس لمفهوم السلطة الشعبية ، وقضاء نهائى على البيروقراطية الملازمة للقطاع العام ، وعلى الاستغلال الرأسمالى المتمثل فى عقود الاذعان الاحتكارية » .

والله ولى التوفيق . . .

هوامش

1 ـ أنظر نعمان جمعة ، نظرية مصادر الالتزام ، المكتبة العامة للقانون والقضاء باريس ، 1968م . ص35 وما بعدها (بالفرنسية) .

2 ـ نعمان جمعة ، نظرية مصادر الالتزام ، المرجع السابق ص37 رقم 20 .

3 ـ جيرار فارجا ، قانون خاص للاقتصاد ، جـ2 نظرية الالتزامات ، باريس 1975م . ، ص52 .

4 ـ هذا المثل ينسب الى فوبيى ، مشار اليه فى مقالة الفريد رييج ، العقد النموذجى وعقد الاذعان ، فى دراسات القانون المعاصر ، جـ33 ، باريس 1970م . ص105 .

5 ـ ايمانويل جونو ، مبدأ سلطان الارادة فى القانون الخاص ، رسالة من ديجون 12ه1 ، ص27 .

6 ـ انظر الفريد رييج ، العقد النموجى وعقد الاذعان . المرجع السابق ، ص105 .

7 ـ المرجع السابق .

8 ـ انظر جورج برليوز ، عقد الاذعان ، باريس 1976م . المكتبة العامة للقانون والقضاء ، ص150 وما بعدها . الفريد رييج ، العقد النموذجى وعقد الاذعان ، المرجع السابق ، ص106 .

9 ـ انظر لويتيه ، العقود النموذجية ، المجلة الفصلية للقانون المدنى ، 1953م . ص433 ، رقم 9 .

10 ـ يقول الاستاذ فارجا : « ان اول احصاء للصناعة الفرنسية قد تم فى سنة 1963 وينشر فى سنة 1967 يشير بأن 1400 منشأة من بين 570.000 تتولى نصف الانتاج الصناعى الفرنسى » . انظر مؤلفه ، قانون خاص للاقتصاد جـ2 ، نظرية الالتزامات ، المرجع ص60 .

11 ـ انظر نعمان جمعة ، نظرية مصادر الالتزام ، المرجع السابق ص64 .

12 ـ فارجا ، قانون خاص للاقتصاد ، جـ2 نظرية الالتزامات ، المرجع السابق ص61 .

13 ـ المرجع السابق ، ص62 .

14 ـ انظر بهذا الخصوص ، فارجا ، النظام العام الاقتصادى ، رسالة دكتوراه ، باريس 1963 ، المكتبة العامة للقانون والقضاء . مالورى ، النظام العام والعقد (دراسة فى القانون المدنى المقارن) ، باريس 1951 . فارجا ، قانون خاص للاقتصاد ، المرجع السابق ، ص305 وما بعدها .

15 ـ فارجا ، قانون خاص للاقتصاد ، جـ2 ، نظرية الالتزام ، ص90 .

16 ـ انظر جوسران ، العقد الموجه ، دالوز 1933 ، ص89 . مجدى صبحى خليل ، التوجيه والاقتصاد والعقود ، رسالة دبكتوراه ، باريس 1967 .
المكتبة العامة للقانون والقضاء . جاك جستان ، مطول القانون المدنى الالتزامات والعقد ، المكتبة العامة للقانون والقضاء ، باريس 1980 ، ص80 ، رقم 113 وما بعدها .

17 ـ لويتيه ، العقود النموذجية ، المرجع السابق ، ص430 رقم 1 .

18 ـ جاك جستان ، المرجع السابق ص410 رقم 62 .

19 ـ انظر جاك جستان ، المرجع السابق . الكس فيل وفرانسوا اتيرى ، الالتزامات ، الطبعة الثانية ، دالوز 1975 ، ص103 . بيار مالينفرنى ، الشروط العامة للبيع والعقود النموذجية للغرف النقابية ، المكتبة العامة للقانون والقضاء ، باريس 1978م . ص71 .

20 ـ انظر لويتيه ، العقود النموذجية ، المرجع السابق ص4330 رقم 9 . وانظر الكس فيل وفرانسوا اتيرى ، الالتزامات ، المرجع السابق ، ص104 ، ايضا جورج برليوز ، عبد الاذعان ، المرجع السابق ، ص35 .

21 ـ لويتيه ، العقود النموذجية ، المرجع السابق ص434 رقم 9 .
22 ـ المرجع السابق ، نفس الصفحة ، وانظر الكس فيل وفرانسوا اتيرى ، الالتزامات ، المرجع السابق ، ص114 .
23 ـ لويتيه ، العقود النموذجية ، المرجع السابق ص435 .
24 ـ نعمان جمعة ، نظرية مصادر الالتزام ، المرجع السابق ص66 رقم 48 .
25 ـ لويتيه ، العقود النموذجية ، المراجع السابقة ص432 رقم 5 . وانظر في اعتبار العقد النموذجي يدخل في دائرة العقود الموجهة ، الفريد رييج ، العقد النموذجي وعقد الاذعان ، المرجع السابق ، ص107 .
26 ـ لويتيه ، العقو، النموذحية ، المرجع السابق ، ص432 رقم 4 .
27 ـ المرجع السابق ، نفس الصفحة والرقم .
28 ـ المرجع السابق ، نفس الصفحة والرقم .
29 ـ انظر لويتيه ، العقود النموذجية ، المرجع السابق رقم 27 . جاك جستان ، المرجع السابق ، ص46 رقم 70 . الكس فيل وفرانسوا اتيرى الالتزامات ، المرجع السابق ، ص105 .
30 ـ العقد الملحق بالقرارا رقم 77 ـ 99 الصادر في 2 فبراير 1977م . والمنشور بالجريدة الرسمية في 5 فبراير 1977م . مشار اليه في مؤلف جاك جستان السابق الاشارة اليه ص46 .
31 ـ انظر لويتيه ، المرجع السابق ص456 رقم 50 . الكس فيل وفرانسوا اتيرى ، الالتزامات ، المرجع السابق ص5ب1 . جاك جستان المرجع السابق ص46 .
32 ـ لويتيه ، المرجع السابق ص456 رقم 50 .
33 ـ المرجع السابق ص433 رقم 6 .
34 ـ المرجع السابق ص433 رقم 6 .
35 ـ انظر لويتيه ، المرجع السابق ص438 رقم 15 .
36 ـ انظر في الفرقة بين الشروط العامة والعقد النموذجي بيار مالينفيرني ، الشروط العامة للبيع والعقود النموذجية للغرف النقابية ، المرجع السابق ص52 ، رقم 50 .
37 ـ انظر في طوائف هذه العقود ، لويتيه المرجع السابق ، ص439 رقم 16 وما بعدها . جاك جستان ، المرجع السابق رقم 63 وما بعده . بيار مالينفيرني المرجع السابق 238 وما بعده . الكس فيل وفرانسوا اتيرى ، المرجع السابق ص104 ـ 105 . جان كاربونيه ، القانون المدني جـ4 الطبعة السابعة 1972م . رقم 16 . فارجا قانون خاص للاقتصاد المرجع السابق ص 172 .
38 – انظر في هذا التفصيل لوييتيه ، المرجع السابق رقم 39 .
39 – جاك جستان وجيل قوبو مطول القانون المدني مدخل عام ، المكتبة العامة للقانون والقضاء باريس 1977م . رقم 230 . جاك جستان الالتزامات العقد المرجع السابق ص46 رقم 70 جاك كاريونيه ، القانون المدني جـ4ص 65 رقم 8 . الكس فيل وفرانسوا اتيرى ، الالتزامات المرجع السابق ، ص105 .
40 – انظر الفريد رييج ، العقد النموذجي وعقد الاذعان المرجع السابق ص16 رقم19 . جورج برليوز ، عقد الاذعان المرجع السابق ص34 رقم 54 . جاك جستان ، مطول القانون المدني جـ 4 رقم 8ب .
41 – انظر الفريد رييج ، العقد النموذجي وعقد الاذعان ، المرجع السابق ص100 رقم 12 .

42 - ميشيل لوقالشير بارون ، القانون المدنى الالتزامات باريس 1980 ، ص30 ، رقم 79 .
43 - انظر جورج برليوز عقد الاذعان ، المرجع السابق ص34 رقم 55 . جاك جستان ، مطول القانون المدنى ، العقد المرجع السابق ص50 رقم 74 . الفريد رييج ، العقد النموذجى وعقد الاذعان المرجع السابق ص107 رقم 5 فارجا قانون خاص للاقتصاد المرجع السابق ص111 . ميشيل لوقالشير - بارون ، الالتزامات ص30 . جان كاربونيه ، القانون المدنى رقم 17 .
44 - جاك جستان - مطول القانون المدنى العقد 51 رقم 75 .
45 - الفريد رييج ، العقد النموذجى وعقد الاذعان ص107 .
46 - جاك جستان مطول القانون العقد ص51 رقم 74 .
47 - جورج برليوز ، عقد الاذعان ، المرجع السابق ص25 .
48 - الفريد رييج ، العقد النموذجى وعقد الاذعان ، المرجع السابق رقم 10 .
49 - انظر جاك جستان ، مطول القانون المدنى جـ2 المرجع السابق ، العقد ، ص50 رقم 74 .
50 - المرجع السابق نفس الصفحة والرقم .
51 - لويتيه ، العقود النموذجية ، المرجع السابق ص488 رقم 32 .
52 - المرجع السابق رقم 32 .
53 - المرجع السابق رقم 27 .
54 - المرجع السابق رقم 35 .
55 - المرجع السابق رقم 35 .
56 - المرجع السابق رقم 34 .
57 - الفريد رييج ، العقد النموذجى وعقد الاذعان ، المرجع السابق ، ص144 رقم 16 .
58 - لويتيه ، العقود النموذجية ، المرجع السابق ص436 رقم 11 .
59 - المرجع السابق ص437 رقم 14 .
60 - المرجع السابق ص422 رقم 19 .
61 - محكمة النقض 3 يوليو 1844 سيرى 1844 - ص667 ، محكمة النقض 20 يناير 1917 سيرى 1918 ص199 .
62 - الفريد رييج ، المرجع السابق ص144 رقم 16 . لويتيه ، المرجع السابق ص443 .
63 - الفريد رييج ، المرجع السابق ص155 رقم 18 .
64 - لويتيه ، المرجع السابق ص456 رقم 49 .
65 - الفريد رييج ، المرجع السابق 115 رقم 19 .
66 - الفريد رييج ، المرجع السابق ص166 رقم 19 . جورج برليوز ، عقد الاذعان ، المرجع السابق ص34 رقم 54 . جاك جستان ، مطول القانون المدنى جـ2 ص41 رقم 63 . جيل قوبو ، مطول القانو المدنى جـ1 ، مدخل عام ص371 رقم 497 .
67 - لويتيه ، العقود النموذجية ، المرجع السابق رقم 55 .
68 - انظر لائحة العقود الادارية ، الجريدة الرسمية ، العدد 14 ، السنة 18 ص652 .
69 - انظر الاعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى جـ2 ص68 .
70 - ثروت حبيب ، المصادر الارادية للالتزام فى القانون المدنى الليبى منشورات جامعة قاريونس 1978ص 352 .
71 - المرجع السابق نفس الصفحة .
72 - المرجع السابق ، ص353 .
73 - انظر الجريدة الرسمية العدد 17 السنة 1978 ص295 .
74 - انظر الجريدة الرسمية العدد 17 السنة 1978 ص291 .

75 - انظر الجريدة الرسمية العدد 16 ص556 .
76 - انظر سابقاً رقم 16 .
77 - انظر سابقاً رقم 14 .
78 - ترى مذكرة المشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى ان العقود النموذجية تتوفر لها حقيقة التعاقد ، انظر الاعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى ، جـ2 ص68 .
79 - ثروت حبيب ، المرجع السابق ص 345 ، والمراجع التى يشير اليها .
80 - انظر تذكرة الراكب والمركبة الصادرة عن الشركة الوطنية العامة للنقل البحرى .
81 - انظر جورج برليوز ، عقد الاذعان ، المرجع السابق ص58 ومابعدها ، الفريد رييج المرجع السابق .
82 - حكم محكمة ليون 12 يونيه 1950م . دالوز ، مختصرة .
83 - العقد النموذجى وعقد الاذعان ، المرجع السابق ص114 رقم 17 .
84 - انظر الاحكام التى يشير اليها ص114 .
85 - ثروت حبيب ، المرجع السابق ص354 .
86 - الفريد رييج ، العقد النموذجى وعقد الاذعان ، المرجع السابق ص114 .
87 - المرجع السابق ص115 .
88 - المرجع السابق ص111 .
89 - انظر سابقاً رقم 18 ، 19 ، 20 .
90 - البيت لساكنه (دراسة نظرية وتطبيقية للمقولة فى اطار بلدية بنغازى ، بحث مقدم للملتقى العالمى الاول) ، الكتاب الاخضر ، ابريل 83 ، ص7 .
91 - المرجع السابق ص9 .
92 - المرجع السابق ص9 .
93 - معمر القذافى ، الكتاب الاخضر ، الفصل الثانى ، حل المشكل الاقتصادى ، ص93 .
94 - المرجع السابق ص81 .
95 - المرجع السابق ص90 .
96 - المرجع السابق ص91 .
97 - اكولاس ، 2 ص717 مشار اليه فى كاربونييه ، القانون المدني ، جـ2 ، ص39 رقم 11 .
98 - جان كاربونييه ، القانون المدنى ، جـ4 ، ص41 .
99 - المرجع السابق ص41 .
100 - هذا التعبير اطلقه على هذه العقود جيرار فارجا ، جـ2 ، المرجع السابق ص318 والفريد رييج ، العقد النموذجى وعقد الاذعان المرجع السابق ص109 .
101 - راجع اعلان قيام سلطة الشعب الصادر فى 2 مارس 1977م . الجريدة الرسمية ، العدد 1 السنة 25 ، ص65 .
102 - يعزى هذا الاقتراح الى كل من لويتيه ، المرجع السابق رقم 42 ، ديموغ جـ 2 رقم 631 ، بلانيول وريبير ، واسمان المطول العملى للقانون المدنى جـ 6 رقم 125 . انظر مناقشة هذا الاقتراح ، الفريد رييج المرجع السابق 112 .
103 - الفريد رييج ، المرجع السابق ص112 رقم 14 .
104 - د . محمد محمد مصطفى سليمان ، نحو مفهوم جديد لعقد البيع يحقق حماية المستهلك ويقضى على الاستغلال صياغة قانونية لفكر المستهلك ، مفاهيم قانونية جديدة ، منشورات جامعة قاريونس - كلية القانون رقم 3 ، ص61 .
105 - معمر القذافى ، الكتاب الاخضر ، الفصل الاول ، حل مشكلة الديمقراطية (سلطة الشعب) ص84 .

5

محاولة للتعريف بالقانون الدولى للتنمية

اعداد دكتور عبدالقادر قدوره
استاذ القانون العام المساعد بالكلية

المقدمـــــة

●لقد اصبحت مشكلة التنمية فى العالم الشغل الشاغل منـذ انتهاء الحـرب العالميـة الثانيـة للكثـيرين من المفكرين والعلماء ورجـال السياسـة ، وذلك لعـده اسبـاب منهـا عـلى وجـه الخصوص ذلك التغير الهيكلى فى اشكـال الاستعمار القـديمة وخـروج الكثير من الـدول الى الحياه الدولية مع موجة الاستقلالات التى اجتاحت العالم .

●كذلك انتهاء الحرب العالمية الثانية وانقسام العالم ايدلوجيا الى معسكرين وظهور فيما بعد مايسمى بالحـرب البارده والصراع من اجـل مناطق النفـوذ وبالتـالى جعلت العالم المستقـل حديثا موضع اهتمام من طرف هذه الدول المتصـارعة . ومنـذ انتهاء الحـرب والكتابـات لم تنقطع فى معالجة مشاكل التنمية ، ورغم اختلاف المشارب والاراء فى تلك الكتـابات فـان الجميع متفق على ضروره القيام بعمل مـامن أجل المسـاعده فى تحقيق معـدلات للتنمية فى الدول التى حرمت منها ، وبدأ العالم المستقل حديثا والذى اتفق على تسميته بالدول النامية يفكر لنفسه بطريقة فردية على مستوى كل دولة او بطريقة جماعية عـلى المستوى العـالمى ففى الدول النامية ظهرت الزعامات[1] ووضعت برامـج طموحـه للتنمية فى الـداخل ولمـا كانت هذه الزعامات تدرك بأن المشكلة لها جذور خارج الحدود الـوطنية بـدأت تتجمع من اجـل وضع برنامج اولى لتنمية ، مذهب دولى تحاول ان تسير عليه الدول النـامية وتـطمع ان يتم مساعدتها فى ذلك من الدول الصناعية الاخرى ـ وبدأ هذا البرنامج بالشعـور الذى أنتـاب الدول النامية ، ووعيها بحقيقـه الاستقلال الـذى تحصلت عليه ـ فكـان تجمعها الاول فى مؤتمـر بانـدونج بـاندونيسيـا 18 ـ 24 ابريـل 1955م الذى اقـر المبادىء العشر للتعـايش السلمى كما يراها زعماء الدول الناميـة والقائمـة على الاستقـلال والتعاون الاقتصـادى من اجـل التنمية . ورغم ان بـاندونـج كان مؤتمـر لتضامن الافـروا سيوى الا ان التـطور أخذ مساره وتحول الى الحياد ثم عدم الانحيـاز وحول هـذا المفهوم الاخـير ظهرت حـركة عـدم الانحيـاز والتى تقوت وتنـظمت من خـلال مؤتمـراتهـا بلغـراد سبتمـبر 1961م والقـاهـره 1964م ، لوزكا سبتمبر1970م ، الجزائر سبتمبر 1973م ، كولمبوا اغسطس 1976م ، هـافانـا سبتمبر 1979م نيـودلهى 1982م وكل هـذه اللقاءات جسـدت فى الحقيقـة وعى الدول النامية بواقعها والسعى من اجل تحسينه ، بالاضـافة انها سـاعدت عـلى تنسيق هذه الدول لجهودها .

●فى المنظمات الدولية وهو مايعرف اليوم بتضامن الدول النامية والذى كان له الاهمية الكبرى فى خلق الكثير من القواعد القانونية التى تتعلق بمشكلة التنمية ، بالتأكيد هذا التضامن يحمل فى طياته الكثير من التناقضات ولكنه على الاقل موجود وأعتقد العامل الرئيسى فى تماسكه هو ذلك الشعور بالانتماء الواحد لعالم متخلف فى مواجهة عالم آخر متقدم فللتخلف حقيقه ثابقه خلف كل الاختلافات النظرية او الايدلوجية ، فأياكان الاختيار السياسى والاجتماعى والاقتصادى للدول النامية ، فان واقع التخلف فرض عليها فى مستوى علاقاتها الدولية ان تضع جانبا كل هذه الاختيارات وان تحاول جاهده الحصول على مستوى من العلاقات يكون مفيد لها لدعم خطط التنمية الداخلية ، سواء كانت هذه لعلاقات مع دول رأسمالية(اقتصاد السوق) او دولة شيوعية (اقتصاد المخطط) او فى علاقات فيما بينها رغم ان كل واحده تتبع شكل اقتصادى مختلف الامر الذى يعطى الانطباع بأنه هناك ايدلوجيه واحده للتنمية لكل الدول النامية وهى السعى من اجل تعديل العلاقات الدولية القائمة او مايسمى احيانا بأعاده بناء النظام الاقتصادى العالمى .

●وبدأ الحديث عن هذه الجهود والتضامن من داخل المنظمات الدولية وبدأت عملية اصدار الكثير من القرارات من الامم المتحدة ومنظماتها المتخصصه وحتى من الدول النامية ذاتها والتى كان لها آثار مهمه على القواعد التى سبق وضعها وبدأ ما يعرف بدور الدول النامية فى اعاده تشكيل قواعد القانون الدولى العام وعقدت الندوات لمناقشة هذا الموضوع[2] وبداء واضحا ان القانون الدولى الكلاسيكى والذى تشكل فى غياب الدول النامية غير قادر على استيعاب كل الموضوعات الجديدة المطروحة على المسرح الدولى وخاصة فى جوانبها الاقتصادية وبدأ الحديث عن القانون الاقتصادى الدولى الذى يهتم بالعلاقات الاقتصادية ولكنه ظل قانون مجرد يقوم على فرض المساواه المطلقة امامه وبالتالى ظهرت عدم كفايته ايضا[3] ومع تطور دعوه الدول النامية لمساعدتها فى التنمية والسعى لتتحول هذه الدعوه الى الحق فى التنمية مما يرتب التزامات على اطراف اخرى ، تأخذ فى الاعتبار عدم المساواه الفعلية بمعى وجود طرف يجب مساعدته وبالتالى الحاجة الى قواعد قانونية مزدوجه ، ان ازدواجية هذه القواعد فى مستوى العلاقات الدولية هى التى تميز اليوم فرع من فروع القانون الدولى ، وهو القانون الدولى للتنمية وهو الذى إذا اردنا ان نضع له تعريف مؤقت سوف لن يخرج عن كون القانون الدولى للتنمية مجموعة القواعد القانونية التى يضعها المجتمع الدولى لمساعده طائفه من الدول على الخروج من التخلف[4] بالتأكيد ان هذا التعريف لايخلو من المشاكل سواءكانت بالجهة التى تضع هذه القواعد او المقصود بالمساعده بل ان معيار تميز الدول وهو التخلف والتنمية يثير عدم الدقة احيانا ، ومع كل ذلك طهر الان تيار فى الفقه القانونى[5] يحاول ان يصنع من هذا القانون قانونا مستقلا له قواعده الخاصة واهدافه المعينة وغاياته الثابته .

للطرح الاشتراكى القائم فى هذا المجتمع ووفق الاطروحات التى تقدمها النظرية العالمية الثالثة ، فالمشاركة هى سمة المجتمع الجماهيرى ، المشاركة فى الانتاج والمشاركة فى صنع القرار .

فالعقد الجماهيرى لكى يصبح « عقداً جماهيرياً »[100] لابد ان يكون للمواطن دور فى اقراره والمشاركة فى صنعه لا ا ن يفرض عليه من اى جهة كانت .

فلاتملك الشركات او المنشآت الحق فى الانفراد بوضع شروطه واحكامه وفرضها على المواطن ليذعن لها ، اذا ماعلمنا ان هذه الشركات والمنشآت قد اقامها المجتمع وأوكل اليها امر توفير السلع والخدمات بعد ا لقضاء على مظاهر الاستغلال الذى تمثله التجارة الخاصة .

ولاتملك جهة الادارة . وان كانت شعبية - ان تستقل بوضع صيغ العقود النموذجية وتفرضها على المواطن دون قبول مناقشتها فيها . فبعد اعلان قيام سلطة الشعب[101] لم يعد هناك مكان للحديث عن التفويض التشريعى للسلطة التنفيذية وفق المبدأ التقليدى الذى يقر الفصل بين السلطات ، فاعلان قيام سلطة الشعب اقر مبدأ وحدة السلطة « فالسلطة للشعب ولاسلطة لسواه » .

اما كيف يتم اعداد هذه العقود والمشاركة فى صنعها هذا مايحتاج الى شيء من التفصيل .

من ضمن الاتجاهات التى ظهرت فى فرنسا لحماية الطرف الضعيف فى عقود الاذعان وحل المشاكل القانونية ا لتى تثيرها هذه العقود ، اقترح بعض الكتاب ايجاد صيغة لحل هذا الاشكال وذلك « بدعوة جميع المذعنين لإقامة تجمع مصالح ، وتكوين جمعية او نقابة يمكنها المناقشة على قدم المساواة مع هؤلاء الذين يفرضون فى العادة نموذجاً ملزماً للطرفين . حقيقة ان المتعاقد الفردى الذى يريد مثلاً ان يؤمن ستفرض عليه شروط البوليصة المعدة سلفاً . ولكن قانوناً لايعد « مذعن » للعقد . لأنه قد مثل فى مناقشات البوليصة النموذجية . وحتى ان اعتبر هذا التمثيل مجازاً . فيحتمل فى الواقع ان مصالحه قد دافع عنها . ولن نبقى بعدها امام (عقد الاذعان) والذى بتعريفه ، يفترض عدم تعادل فى القوة الاقتصادية لكلا المتعاقدين »[102] .

الا ان هذا الاقتراح انتقد من جانب آخر من الفقه وذلك بالقول انه « مهما كانت صحة الاقتراح من الناحية النظرية ، فإنه تعوزه الفعالية العملية ، فأولاً انه من المشكوك فيه ان (المذعنين) لهم امكانية التنظيم تلقائياً ، او على الاقل الاستفادة من هذه الامكانية ثم ان هذه الطريقة لايمكن تصورها فيما يخص العقود النموذجية الادارية »[103] .

الا انه يبدو انه لم يخطر ببال هؤلاء الكتاب انه من المتصور ومن الممكن عملياً ان يكون للمواطن دوراً فى هذه العقود دون ان يلجأ الى اسلوب التمثيل للدفاع عن مصالحه . وان

الفصل الاول

اشخاص القانون الدولى للتنمية

●من الطبيعى ان نتعرف فى البداية عن الاشخاص الذين يخاطبهم هذا القانون والذين يكونون معنيين به ملتزمين بتطبيقه ، بالطبع القانون الدولى الكلاسيكى لا يخاطب الا الدول والمنظمات الدولية ولايعترف الا بها وحدها كأشخاص له ، ورغم التطور الاخير والجدل القائم[6] حول وجود اشخاص اخرى فأن الفقه التقليدى مازال متمسك بالدوله مؤسسا ذلك على قاعدة المساواه القانونية فكل الدول ايا كان حجمها او مستوى قوتها الاقتصادية او العسكرية فهى جميعا متساويةامامه ، ولهذا كانت هناك الحاجة لتحديد اكثر للاشخاص اللذين يخاطبهم القانون الدولى للتنمية باعتباره قانون ذو اهداف وغايات خاصة ، وهذا ماسنحاول ان نبحث فيه من خلال المباحث الثلاث التالية ـ

المبحث الاول : مخصصا للدوله كما نفهمها فى القانون الدولى للتنمية

المبحث الثانى : مخصصا للمنظمات الدولية

المبحث الثالث : مخصصا لاشخاص مازال الجدل يدور حولها وايا كان فأن لها دور حاسم فى الحياه الدولية

المبحث الاول : الدولة

●تعالج كتب القانون الدستورى والانظمة السياسية ، الدوله كظاهرة قانونية سياسية صعبة التعريف[7] خرجت تمثل تنظيم السلطة فى مجتمع من المجتمعات وباستثناء محاولات تفسير ظاهرة السلطة وهل هى غريزة فى طبيعة البشر ام نتيجة للنظام الثقافى الموجود لاى مجتمع من المجتمعات ، فإن الدوله ظلت هى الاطار القانونى الذى تمارس فيه قدرات التسلط المنظمة ، وبغض النظر عن اى جوانب اخرى .

●ولقد انعكست هذه الرؤية على المجتمع الدولى ، فالقانون بدأ يعالج الدولة كظاهرة مجرده ومفهوم واحد بعيده عن اى اعتبارات اخرى ، فالقاعده ان جميع الدول واحده بل ان فى مستوى العمليات الفكرية لاتوجد فى الذهن الا دوله واحدة واذا كانت هذه النظره المتساوية لكل الدول قد ادت غرضها فى فتره بين الدول القوية ، او الدول الغنية بدأت اليوم غير عادله وغير صحيحة فخلف المساواه الشكلية ، هناك عدم مساواه فاجعه بين الدول .

●ان الاخذ فى الاعتبار الحقائق الواقعية هو من ميزات القانون الدولى للتنمية فهذا القانون لاينظر للدوله من الناحية الشكلية القانونية ، وانما يأخذ فى اعتباره اوضاعها الاقتصادية والاجتماعية والثقافية بمعنى انه يقسم العالم الى مجموعات من الدول ، فهناك الدول الراسمالية (اقتصاد السوق) وهناك الدول الشيوعية (الاقتصاد المخطط) وهناك الدول النامية وهذه الاخيرة هى التى تمثل هدفه النهائى . وهذه الفئة الاخيرة من الدول يثير تحديدها بعض المشاكل الحقيقية او حتى الوهمية[8] وحتى قبل تحديد هذه الدول فأن التسمية ذاتها ليست محل اتفاق فتسمية هذه الفئة بالدول النامية او الدول المتخلفة غير كافية لانها فى الحقيقة لاتعبر عن الواقع الا بصورة مجرده فهى لاتثير الهيمنة والاستغلال الذى تعرضت او مازالت تتعرض له هذه الدول ، بل ان طائفة الدول النامية هذه تم تقسيمها من الداخل الى مجموعات او طوائف اصغر فهناك مصطلح الدول الاقل نموا ، والدول الاكثر تأثيرا بالازمة الاقتصادية والدول الاشد فقرا . .[9] ومازالت الكتابات كل يوم تظهر لنا تقسيم جديد . .[10] وان كان الواقع يكذب باستمرار كل تلك المحاولات لتصوير ان عدم التساوى فى الدخول بين بعض الدول داخل كتله الدول النامية يمثل اختلافا فى الطبيعة بل ان التجربة تشير كل يوم ان المشاكل واحده وان هناك اختلافات فقط فى درجتها بين دوله واخرى .

ونظرا لأن القانون الدولى للتنمية ، يخاطب الدوله بصفتها نامية او صناعية فأنه من المهم تحديد الحد الفاصل بين هذين النوعين من الدول ، ولهذا فهناك عده طرق لهذا التحديد استخدمت من قبل الفقه او المنظمات الدوليه ، وان كان من الممكن اجمالها فى طريقتين رئيستين وهما :

الطريقة الاولى :

وهى التى تتبع وضع معايير عامة يمكن تطبيقها على جميع الدول ونراها فى كل الكتابات المتعلقة بمشاكل التخلف والتنمية[11] ويمكن تقسيمها الى نوعين من المعايير فهى اما ان تكون معايير احصائية نستخدم بواسطتها الارقام للمقارنه بين الدول فنحاول معرفه الوضع الصحى فى كل دوله عن طريق عدد الاطباء والاسره ، المستشفيات . . . . والوضع التعليمى عن طريقه نسبه الامية ، المدارس ، المدرسين ، عدد الطلاب كذلك الوضع الاقتصادى عن طريق الدخل القومى الانتاج . . وهكذا جميع المؤشرات التى يمكن تحويلها الى ارقام ، وقد تكون هذه المعايير هيكليه بمعنى وضع المؤسسات داخل المجتمع او الدوله وطريقه عملها وعلاقاتها فيما بينها . . . . الخ وبالتالى باستخدام هذه الطريقة نستطيع ان نحدد الدول التى يمكن اعتبارها نامية وتلك الصناعية وتلك التى بدأيطلق عليها اخير الدول الصناعية الجديده[12] .

الطريقة الثانية :

وهى تقوم على اساس تحديد قوائم بالدول التى تعتبر نامية او متخلفة سميها كما شئت ولها الاولوية فى المساعدة الدولية للتنمية وهذه محاولة بقوم بها الدول الصناعية وقد استخدمتها الامم المتحده ومنظماتها المتخصصة ايضا ، فلقد تم فى مؤتمر الامم المتحده للتجارة والتنميةCNUCED تحديد قائمة بالدول التى تستفيد من نظام .S.G.P كذلك استخدمت هذه الطريقة من قبل الغات.G.A.T.T حين حددت على اساس قائمة الدول التى تستفيد من المعامله المفضله للدول الصناعية .

وقد قامت الجمعية العامه للامم المتحده فى سنه 1971م بتحديد قائمة بالدول الاقل نموا بناء على **ثلاث معايير وهى :**

﴿1﴾ دخل قومى للفرد لايزيد عن 125 دولار فى السنه .
﴿2﴾ حصه الصناعة فى الدخل القومى 10٪ .
﴿3﴾ نسبه الاميه للاشخاص مافوق سن 15 سنه اكثر من 20٪ .

وقد اعيد استخدام هذه المعـايير فى مؤتمـر الامم المتحدة الخـاص بالـدول الاقل نمـوا فى بـاريس[13] فى سبتمبر 1981م والـذى حضرته 142 دولـه ، وفى ذلـك الاجتـماع وفى تلك السنه اعتبرت 31 دوله من الدول الاقل نموا منها 21 من افريقيـا ، 8 من آسيا وواحـده فى الباسفيك والاخرى فى الكاريبى وتمثل هذه الدول حوالى 280 مليون نسمه .

ولكن ربما يبدوا للقارىء بأن هاتين الطريقتين فى تحديد الحد الفاصل بين الدول الناميـة والدول الصناعية صعبة بـل وغير دقيقـة الامر الـذى يؤدى بدوره الى عـدم وضوح تـطبيق القانون الدولى للتنمية ، بدون شك ان لكل ذلك نصيب من الصحة ولكن المسأله ستكون اكثر وضوحا عندما نتحدث عن مجالات هذا القانون ، فعندما يتعلق الامر بالتجاره الدوليه سنجد ان كتله الدول النامية يكبر حجمها ويتسع نطاقها بينما ربما الامر غير ذلك فيـما يتعلق بحجم المساعدات والدول النامية المحتاجة اليها كذلك الامر بالنسبـة للمواضيـع الاخرى مثل نقل التقنية واستغلال اعماق البحار .

وهكذا فان الدوله فى القـانون الـدولى للتنمية ليست تلك المقصـوده فى القانـون الدولى الكلاسيكى انها الدوله التى تنتمى أما الى العالم المتخلف لظروفه الخاصة والعامـة المعروفـة واما للدول الصناعيـة التى حققت الوثبـه نتيجة ايضـا لظروف سـاعدتهـا فى ذلك[14] وهمـا يدخلان فى علاقات تعاون بها الثانية الاولى لتحقيق معدلات للتنمية ومع ذلك فان الدولـه ليست هى الشخص الوحيد المخاطب بالقانون الدولى للتنمية .

المبحث الثانى / المنظمات الدولية

ننبه فى البداية اننا سوف لن نتحدث عن تاريخ المنظمات او العلاقات الاقتصادية الدولية ، فقط ان عصبه الامم وهى اول منظمة دولية بقيت بعيده نسبيا وغير مهتمه بمشاكل الاقتصاد والتنمية بصورة عامة ، وكانت ظاهرة الاستعمار فى ذلك الوقت قد كممت افواه شعوب الدول النامية عن المطالبة بالعداله الاقتصادية بالاضافة الى ان عصر عصبه الامم هذه كان الليبراليه تخدم مصالح الدول الاستعمارية وهى التبادل الحر / القضاء على الحواجز الجمركية / حرية المرور للاشخاص والاموال وكانت تلك الفتره العصر الذهبى للاستعمارمن حيث توسعه وقوته والتى سادت حتى قيام الحرب العالمية الثانية بعد هذه الحرب ، ظهرت الامم المتحدة وسلسله من المنظمات المتخصصه التابعه لها دورا فى التنمية وليس كل المنظمات الدوليه الاخرى وهنا ايضا تحديد هذه المنظمات قد يختلف فيه وان كان المقصود بالمنظمات الدوليه فى القانون الدولى للتنمية هى تلك التى يساهم من خلالها المجتمع الدول (دول نامية / دول صناعية) فى خلق القواعد القانونية التى تساعد على الخروج من التخلف ، وهذه المنظمات قد تكون منظمات دوليه مفتوحه لكل الدول وقد تكون منظمات اقليمية مقصوره على دول منطقة جغرافيه معينة وقد تكون منظمات خاصة بالدول النامية ذاتهانستغرض كل ذلك باختصار :

(أ) المجموعة الاولى

وهى المنظمات الدوليه المفتوحة لكل الدول

وهى تعنى بالخصوص الامم المتحده ومنظماتها المتخصصة[15] و ما يطلق عليه احيانا بنظام الامم المتحده ، وقد كانت نقطة الانطلاق لدور الامم المتحدة فى التنمية الدولية ميثاق انشائها نفسه والذى اشار فى ديباجته والمادة الاولى فى الفصل بشأن التعاون الاقتصادى والاجتماعى الدولى (رغبة فى تهيئة دواعى الاستقرار والرفاهية الضروريين لقيام علاقات سليمه بين الامم مؤسسه على الاحترام المبدأ الذى يقضى بالتسوية فى الحقوق بين الشعوب وبأن يكون لكل منها حق تقرير مصيرها) والامم المتحده تعمل على :

(أ) تحقيق مستوى اعلى للمعيشة وتوفير اسباب الاستخدام المتصل لكل فرد والنهوض بعوامل التطور والتقدم الاقتصادى والاجتماعى .

(ب) تيسير الحلول للمشاكل الدولية الاقتصاديةوالاجتماعية والصحية وما يتصل بها وتعزيز التعاون الدولى فى امور الثقافة والتعليم .

ولكن وبقراءه سريعه نكتشف ان التنمية تأتى فى الدرحة الثانية ، فقد كان الهاجس لمحررى الميثاق هو السلام والحماية من ويلات الحرب وبالتالى فالوظيفة الرئيسية كانت للامم المتحدة هى المحافظة على السلام والتنمية لم تكن هدفا فى ذاتها بقدر ماكانت وسيله للمحافظة على السلام ولايوجد ذكر لاى مشروع اقتصادى او تنموى على المستوى الدولى فقد سويت المسأله الاقتصادية من قبل الدول المنتصره باتفاقية بريشون وودز والغات وهى قائمة على المبادىء الليبراليه .

فى فترة لاحقة وبضغط من الدول النامية ، اصبحت فكره التنمية تأخذ مكانها اكثر واكثر من اهتمامات الامم المتحده وبدأت تكرس لها الكثير من الامكانيات ويمكن القول الآن ان الامم المتحده تستخدم حاله السلام للوصول الى التنمية ويتضح كل ذلك من خلال :

اولاً : توسيع النشاطات الاقتصادية للامم المتحدة : ويمكن اعتبار انشاء اللجنة الاقتصادية لامريكا اللاتينية فى فبراير 1948م والتى اصبحت اول وسيله متخصصة للامم المتحده فى مجال التنمية بداية لتطوير كبير دعمه فى ذلك الوقت قرارين من الجمعية العامة للامم المتحدة فى 4/12/1948م بتوسيع مجال النشاط الاقتصادى للامم المتحدة وذلك بالسماح للامانه العامة بتقديم المساعدات الفنية من ميزانية عمل المنظمة الدولية ثم تطور الامر بظهر المنظمات المتخصصة .

ثانيا : ظهـور الكثير من المنـظمات المتخصصـة مثـل مؤتمـر الامم المتحـده للتجـارة والتنميةCNUCED[16]

وبرنامج الامم المتحدة لتنمية .P.N.U.D[17] وهى تحت تصرف المجلس الاقتصادى والاجتماعى واخير المجلس الاقتصادى والاجتماعى[18] وهو تحت سلطة الجمعية العامة وهو يعد البحوث والاستشارات والاتفاقيات والتقارير وتقوم لجان خاصة بمساعدته مثل لجنه التخطيط والتنمية ، ولجنة الشركـات المتعددة الجنسية وهناك خمس لجان فرعية تابعة له والتى تسمح للدول بمناقشة المشاكل الاقتصادية والاجتماعية ذلت الطابع الاقليمى وتنسيق سياستهم الاقتصادية وللمساعدة فى ابرام اتفاقيات فنية .

بالاضافة لهذا الـدور التى تقوم بـه الامم المتحدة ومنـظماتها المتخصصـة لابد إن تشـير الى مؤسستين تم انشاؤها من مؤتمر بريتون وودز فى عام 1944م وهما (الصندوق النقد الدولى)، المصرف الدولى للانشـاء والتعمير ، والمؤسسات التابعة) (الشركـة الماليـة الدوليـة 1956 ، الجمعية الـدولية للتنميـة 1960م) والجدير بالذكر ان هذه المنظمات الدولية مستقلة عن نظام الامم المتحدة .

المجموعة الثانية

وهى المنظمات الدولية الاقليمية

نستطيع ان نستعرض الكثير من هذه المنظمات التى تم انشائها بين الدول النامية والدول الصناعية التى نستعرض منها بالخصوص .

اولا : اتفاقيات LOME

اول التفاقية تم ابرامها فى 28 فبراير 1975م ودخلت التنفيذ فى اول ابريل 1976م ولقد ابرمت هذه الاتفاقية بين السوق الاوربية المشتركة و49 دولة فى افريقيا والمحيط الهادى لمده خمس سنوات . وتم تحديدها فى اكتوبر 1979م LOME II التنفيذ فى الاول من مارس 1980م وهى تضم اليوم من جهة دول السوق الاوربية المشتركة وجهة اخرى 60 دولة من الدول النامية وهى تقوم على مؤسسات تتكون من مجلس وزارى / جمعية استشارية / لجنة سفراء ومهمتها متابعة تنفيذ الاتفاقية .

ثانيا : حوار الشمال والجنوب

من اجل تأسيس نظام اقتصادى عالمى جديد وبالحاح من الدول النامية اصدرت الجمعية العام للامم المتحدة قرار فى الاول من مايو 1974م باعلان وبرنامج عمل ، وطالبت بمؤتمر عالمى حول التعاون الاقتصادى الدولى ، انعقد لاول مره فى باريس فى ديسمبر 1975م ، ويتكون من 8 ممثلين عن الدول الصناعية الكبرى و 19 دوله نامية وعاد الاجتماع فى مايو 1977م ولكن لم يصل الى نتائج ملموسة فيما يتعلق بالتعاون الدولى[19] .

ثالثا : الكوميون

وهى مثل السوق الاوربية المشتركة ، فالكوميون هى السوق المشتركة لدول اوربا الشرقية ، ومنذ 1977م عقدت عده اتفاقيات بين السوق والكثير من الدول النامية .

رابعا : منظمة الدول الامريكية

وهى منظمة تجمع الولايات الامريكية وبعض دول امريكا اللاتينية ولكن اى برامج توضع فى نطاقها هى مسلوكة بهياكل هذه المنظمة التى لاتجعل اى شيء ممكن دون موافقة الولايات المتحدة .

المجموعة الثالثة

المنظمات الدولى الخاصة بالدول النامية

وهنا نستطيع ان نميز بين صنفين من هذه المنظمات وهما منظمات التكامل ومنظمات الحماية والحوار . . . .

اولا : منظمات التكامل

ونستطيع ان ندخل فى اطار هذا الصنف الكثير من المنظمات التى أنشأت او تنشأ كل يوم بين الدول النامية ، فعلى المستوى العربى الجامعة العزبية ومنظماتها المتخصصة بالتكامل الاقتصادى والتعاون من اجل التنمية والسوق العربية المشتركة[20] وصندوق النقد العربى . . كذلك فى افريقيا منظمة الوحدة الافريقية ومنظمة التعاون الاقتصادى لافريقيا الشرقية .

وفى امريكا اللاتينية السوق المشتركة لامريكا الوسطى ، اما فيما يتعلق بالقارة الاسيوية فالتناحر الايدلوجى منع ظهور الكثير منها ، وهناك الكثير من هذه المنظمات التابعة لها وان كانت قليلة الفائدة بسبب الخلافات الداخلية التى تعصف بها .

ثانيا : منظمات الحماية والحوار

وهى منظمات انشئتها الدول النامية المصدره لمادة او اكثر من المواد الاولية وذلك لحماية اسعارها وللدخول فى حوار جماعى من المشترين منها ، ومن هذه المنظمات الدول المصدره للنفط (1961) والمجلس الحكومى للدول المصدرة للنحاس (196) ، وغيرها من المنظمات التى تختلف فى قوتها بحسب موضوعها وتماسكها الداخلى وعلاقات القوة التى تربطها بالمستهلكين .

واذا كانت كل هذه المنظمات والتى تمثل الفئة الثانية لاتثير الكثير من المشاكل فى انتمائها الى الاسره الدولية باعتبارها اشخاص يخاطبها القانون الدولى عموما ونظرا لصفتها الخاصة ودورها المحدد يخاطبها القانون الدولى للتنمية ، فأن الفئة الثالثة من الاشخاص تثير على العكس بعض الاختلافات فى تحديد انتمائها وان كنا نرى بأن اهميتها ترجع الى دورها وقوتها الفعلية وحاجة الدول النامية مجتمعة للسيطرة او على الاقل توجيهها بحيث لاتكون فى حالة تناقض او تنافر مع خطط التنمية الوطنية ، من هى هذه الفئة الثالثة .

المبحث الثالث / الشركات المتعددة الجنسيات

القانون الدولى لايخاطب الاشخاص الخاصة ، هذه قاعدة مازالت الدول النامية على الاقل تصر عليها باستمرار . ولكن الحياة الاقتصادية الدولية اليوم بصورة عامة ومشاكل التنمية بصورة خاصة فرضت عليها بأنه من المستحيل ان تتجاهل الدور الذى تقوم به الشركات المتعددة الجنسيات هذا الدور الذى يندفع الآن المجتمع الدولى بما فيه الدول النامية بل وبالحاحها الى محاولة تنظيم نشاطات هذه الشركات ، وكما قلنا فان الواقع هو الذى يفرض هذا التنظيم فمن المائة وحده من الوحدات الاقتصادية الاكثر اهمية فى العالم هنلك 51 منها شركات متعددة الجنسيات و49 دولة . واول شركة متعددة الجنسيات (وحسب معيار رقم المبيعات) هى شركة جنرال موتورز التى يمكن ان توضع فى المرتبة الثالثة عشر من القوى الاقتصادية العالمية واستخدام الايدى العاملة[21] بالنسبة لنا مره اخرى ، من جهة القانون الدولى الكلاسيكى لايخاطب الاشخاص الخاصة ومن جهة ثانية الواقع الاقتصادى الدولى يدعو وبطريقة مستعجلة لعمل ما من جانب المجتع الدولى لتنظيم هذه الشركات . . . . وبالتالى فحتى اختيارنا لها فى الحقيقة لايمكن ان يصل بها فى القانون الدولى للتنمية بمعالجة هذه المشكلة من منظور واقع تنموى يوفر الحماية لمصالح الدول النامية ، وفى جميع الاحوال فاليوم الشركات المتعددة الجنسية تثير لدينا ثلاث مشاكل رئيسية هى[22]

تعريفها ـ علاقاتها ـ تنظيم نشاطاتها

التعريف . .

من الناحية القانونية من المستبعد ان تعطى تعريف لانه ببساطة غير موجوده فالقانون لايعرف الا شركة تتبع دوله وبالتالى تتبع بجنسيتها ولكن الظاهرة الامبريالية بمعنى الحاجة للبحث فى الخارج عن اسواق لمنتجاتها او عن المواد الاولية والايدى العاملة الرخيصة دفعت الكثير من الشركات باعمال فى الخارج مثل البيع والشراء والانتاج والتجميع والتسليف وتستخدم هذه الشركات اما الفروع Saccursales وهى ليست لها الشخصية القانونية او الفروع المستقلة Filiales وهى تتمتع بالشخصية القانونية وتحمل جنسية البلد الذى انشئت فيه ولكن المجموع بمعنى الشركة الام وهذم الفروع يكون فئة قانونية خاصة وتطلق عليها اسم الشركات المتعددة الجنسيات ولما كان هناك عجز من الناحية القانونية للتعريف فان اغلب من يكتب عن هذا النوع من الشركات يلجأ الى معايير اغلبها

اقتصادى فهى تعتبر شركة متعدد الجنسيات حسب العمليات التى تقوم بها او حسب اتساع نشاطها او حسب تركيبها الهيكلى ، وبصورة عامة يمكن الاعتماد على التعريف الذى ورد فى تقرير السكرتيرية العامة للامم المتحدة عام 1973م ، ففى هذا لاتقرير تم تأسيس تعريف الشركات المتعددة الجنسيات على اربع معايير هى :

- القياس بنشاطات فى اكثر مندوله .
- المساهمة فى تكوين الدخل القومى الاجمالى للدولة الموجودة فيها .
- ادراه متعددة الجنسية .
- ملكية راسمال متعدده الجنسيات .

العلاقات . . . .

طبعا هذه الشركات هى اشخاص خاصة ، تهدف الى تحقيق اكبر قدر ممكن من الارباح بأقل تكاليف ممكنه وبالتالى فهى تسعى بكل الوسائل لتحقيق هذا الهدف .

وإذا نظرنا الى حجم هبذه الشركات وقدرتها المالية والفنية والبشرية فاننا ندرك وببساطة ان اى علاقة لها مع الدول النامية ستكون بالضرورة غير متكافئة ، ولكن من الناحية الواقعية قد تجد ، وكثيرا فعلا ما وجدت هذه الدول نفسها مضطره للتعامل مع هذه الشركات باعتبارها وسائل ربما تساهم فى التنمية عن طريق عمليات الاستثمار والتى ستكون لها النتائج مهما كانت قليقة ومحدوده ، تنعكس على ميزان المدفوعات وعلى حجم التصدير وزياده اليد العاملة الوطنية ومساهمة ولو ضئيلة فى عملية نقل التقنية ، ولكن من جهة اخرى فان الدول النامية تدرك تماما الخطر الذى تمثله هذه الشركات فى تهديدها للسياده الوطنية خاصة الدول الاكثر ضعفا اقتصاديا وسياسيا[23] .

خيث سلطة هذه الدول فيه المناقشة ضعيفة ومحدوده ، وفى حالات الخلاف فان الطريق الطبيعى يقضى اللجؤ الى القانون والقضاء الوطنيين وفى حالات اخرى الى التحكيم الدولى ، والدول فقط لها الحق فى التدخل عن طريق الحماية الدبلوماسية ، ولكن من الواقع فان الشركات المتعددة الجنسيات تربط نفسها بمراكز القوى فى اى بلد تمارس فيه نشاطها بل انها اصبحت اليوم تساهم وبشكل واضح فى تشكيل الزعامات والتأثير فيها فى الدول النامية ، وكثير ماظهرت المشاكل بل والفضائح فى اجهزة الحكم والادارة وكانت خلفها هذه الشركات لممارستها الغير مشروعة فى ظروف الدول النامية .

تنظيم نشاطات الشركات المتعددة الجنسيات :

ادراكا من الدول النامية لواقع العلاقات الاقتصادية الدولية وسيطره القوى الاقتصادية الكبرى عليها (دول والشركات) بدأت هذه الدول النامية السعى من اجل تنظيم دولى لنشاطات الشركات المتعددة الجنسيات وذلك لتحقيق هدفين اثنين .

الاول : حماية سيادة الدول النامية واستقلالها ، وذلك بضمان عدم التدخل من قبل هذه الشركات فى شئونها الداخلية والتأثير على قرارتها الوطنية .

الثانى : توجيه نشاطات هذه الشركات فى اتجاه يخدم عملية التنمية فى الدول النامية ، بمعنى السعى لتحقيق توازن ايا كانت قيمته بين اهداف الشركة ، فى تحقيق الارباح وبين حاجات الدول النامية لدعم خطط التنمية لديها .

ولتحقيق هذه الاهداف فقد بدأت المواثيق الدولية فى وضع توصيات تعطى للدول الحق فى متابعة ومراقبة نشاطات الشركات المتعددة الجنسيات على اراضيها[24] كذلك قام المجلس الاقتصادى والاجتماعى التابع للامم المتحدة بانشاء لجنة للشركات المتعددة الجنسيات فى ديسمبر 1974م والتى قامت بوضع تقنين السلوكCoaae de Conduiteالذى يحدد الالتزامات وحقوق الاطراف فى الصفقات الخاصة بنقل التقنية ، كذلك القواعد المطبقة والجهات المتخصصة بالتسوية فى حالة الخلاف على المستوى الاقليمى او المحلى .

وتحاول الدول النامية وبقدر المستطاع ان تنظم بدورها العلاقة بينها وبين الشركات المتعددة الجنسيات عن طريق نها قوانين للاستثمار وتأسيس الشركات[25]بما يحفظ مصالحها الوطنية ولكن علاقات القوه الموجوده بينها وبين هذه الشركات كثير مااجبرتها على التراجع .

هذه هى الاشخاص الثلاث التى يهتم بها القانون الدولى للتنمية ، الدولة ولكن بمفهوم يأخذ فى الاعتبار الابعاد الاقتصادية والاجتماعية والثقافية للسكان .

والمنظمات الدولية ولكن ليست التى تحافظ على الامر الواقع بمعنى العلاقات الغير متكافئة وانما المقصود هى تلك التى تساهم بطريقة او بأخرى فى وضع قواعد إن لم تكن تهدف مباشرة الى تحقيق القضاء على التخلف فانها على الاقل تزيل عوائق فى طريق تحقيق ذلك واخيرا فان الشركات المتعددة الجنسيات نظرا لدورها الفعلى فى الحياة الاقتصادية والدولية .

ولكن هؤلاء الاشخاص الثلاثة ليسوا فى نفس المرتبه وانه بالتأكيد لايملكون نفس القوة ، ففى النهاية الدولة ستظل هى الموضوع الرئيسى الاول للقانون الدولى للتنمية فهى التى تمارس باسم الشعب مسؤولياتها فى التنمية اعمالا لسيادتها الكاملة ، المعترف بها فهى الشخص الرئيسى والكامل والاصلى فى القانون الدولى للتنمية ، اما المنظمات التى تليها فى المرتبة فهى الملتقى الذى تعبر من خلاله الدول النامية عن ارائها وتتخذ بواسطتها الخطوات الجماعية ، اما الشركات المتعددة الجنسيات فان هم القانون الدولى للتنمية هو تنظيم نشاطاتها بهدف تحويلها الى عوامل تنمية حقيقية تخدم مصالح الدول النامية بالدرجة الاولى ، لتحقيق ذلك لابد للقانون الدولى للتنمية ان يؤسس على مبادىء تكون من جهه مقنعة للجميع فيسلمون بها او بأغلبها على الاقل وان تكون من جهه اخرى واضحة ومحدده فهى بداية القانون الدولى للتنمية وهى فى ذات الوقت نهايته فلاى سبب ، وعلى اى اساس نطالب بأن يكون هناك قانون دولى للتنمية سؤال نحاول الاجابة الفضل التالى .

الفصل الثانى

مبادىء القانون الدولى للتنمية

فكره التنمية التى روح هذا القانون ليست خالية من المشاكل والصعوبات وبالتالى فان تحديد ماهيتها او عدمه يساهم بطريقة جدرية فى تحديد الوسائل الممكنه لتطبيقة .

فقد ظهرت فى البداية المشكلة على اساس اخلاقى بمعنى ان هناك شعوب متخلفة يجب العمل على مساعدتها فى هذا المفهوم كما نرى تجاهل تام بالظروف التاريخية للتخلف ذاته ، والذى اعتبر حسب نظرية روستو[26] تأخر زمنى للنمو الاقتصادى وقد تأثر المجتمع الدولى ومنظماته فى البداية بوجه النظر هذه ، فى فتره لاحقه بدأت هذه الفكره تتعرض للنقد واكتشف الجميع ان المسأله ليست زمنية وانما يقع عبئها على الهياكل التى تنظم العلاقات الاقتصادية الوطنية والدولية وعلى تفكك اقتصاديات ومجتمعات الدول النامية ومنها بدأت التنمية بأخذ بالاضافة الى البعد الاقتصادى ، ابعاد اخرى مرتبطة بالعوامل الاجتماعية والثقافية بل بكيان الانسان ذاته ، وهذا ماشار اليه قرار الجمعية العامة للامم المتحدة رقم 365 / 35 الصادر فى 15 سبتمبر 1980م بشأن العقد الثالث للتنمية حيث اشار الى ان الطرق التنموية يجب ان تتضمن احترام الكرامة الانسانية وان الهدف النهائى للتنمية هو الارتفاع المستمر لرفاهيه السكان جميعا على اساس المشاركة الكاملة فى طرق التنمية والتوزيع العادل للفوائد التى يتم جنيها . .

وبدأت المسيرة فى تحول التنمية من عمل اخلاقى الى حق ثابت للشعوب المتخلفة ففى مستوى النصوص الداخلية ، فكل دول العالم تشير الى التنمية باعتبارها حق بل ان دساتير الدول النامية والذى اغلبها دساتير برامج تضع عقيده التنمية اساس لها ، وبدا فى الفقه الغربى ظهور فكره القانون الدولى للتنمية والذى يمكن اعتباره التطبيق العملى للحق فى التنمية .

وكثيرا مايثور التساؤل اليوم عن اما من الاثنين قاد الى الآخر قانون التنمية ام حق التنمية ، وان كان اغلب الفقهاء يميلون الى الاعتراف بأنه التطور الذى حصل فى قواعد القانون الدولى للتنمية هو الذى ساعد على زياده الواعى وظهور فكره الحق فى التنمية[27] ويبقى امام الجميع اجتياز المرحلة الاخيرة وهى الاعتراف الكامل بالحق فى التنمية لتكون بعد ذلك لقواعد القانون الدولى للتنمية القوة الملزمة .

فعلى مستوى النصوص الدولية ، فان الحق فى التنمية اقرته الكثير من قرارات المنظمات الدولية[28] وان كان مرتبط فى الغالب بحقوق الانسان وهو مايثير بالتالى الكثير من المشاكل ورغم ان هذا الحق معترف به الان الا ان التعليف الدقيق له ولمحتواه من الالتزامات مازال بعيد عن التحديد فلا توجد وسيله دولية لتحديد بطريقة مباشره هذا الحق كذلك لايوجد نظام قانون وضعى له ، وبالتالى ففى الظروف الحالية فان كل محاولات التعريف ستكون نظرية بحته وربما يرجع سبب صعوبه التحديد الى اختلاف الوثائق الدولية فى حديثها عن

هـذا الحق فأحيـانا تستخـدم هذا الحق وتعـطيه لـلافراد والاشخـاص أو الامم والشعوب واحيانا للاثنين فى نفس الوقت ، وبالتالى اذا اعتبر الحق فى التنمية حق للانسـان فان ذلـك يؤدى الى اخراج بل وربما جعل الانسـان ضد الـدوله التى ينتمى اليهـا وينظر اليـه على انـه تدخل فى شئون داخلية ، واذا اعتبرنا ان الحق فى التنمية لايمكن ان يمر الا من خلال الدولة فإن الحق فى التنمية يصبح حق للدوله مع مايثير ذلك من مشاكل فى مستـوى الحياة الـدولية والتنازع الايدلوجى بين معسكرتها المختلفة[29] لفقه يميل الى الاخذ بالجانبـين[30] وهناك من يـرى الحق فى التنمية يـأتى فى قمه حقـوق الانسان[31] ولكن السؤال مـازال واردا وهـو هـل تعطى الاولوية لحمايـة الشخص واعطائـه حريـاته الاسـاسية ام دعم الـدولة ومسـاعدتهـا لتحقيق التنمية بغض النظر عن اختيارتها الداخلية ؟ كما هو واضح الفقة الغربى يميل كثـيرا الى الـربط بين الاثنـين وهذا الـربط هو نفسـه الذى يحـول حتى الآن بـين الحق فى التنميـة ووضوحه واعتراف الجميع به .

والغـريب ف الامر ان الـدول الناميـة وقعت فى فخ الجمـع بين الجـانبين[32] من خـلال العبارات التـه استخدمت فى قرارات المنظمات الدولية وبالتالى ساهمت بطريقة ما فى تعطيـل تحديد مفهوم واضح للحق فى التنمية .

وخروجا من كل الاراء الفقهية ، فانه اذا بحثنا عن مبادىء للقانون الدولى للتنمية وهى فى ذاتها تمثل الالتزامات المتولده من الحق فى التنميـة[33] ، نجد الامـر يثير فى اذهـاننا ثـلاثة افكار هى :

● فكره السيادة التى تمارسها الدول النامية على مصادر ثروتهـا وفكره التعـاون الذى تقـدمه الدول الصناعية ، واخيرا المشاركة فى الثروات الطبيعة للانسـان هذه الافكـار الثلاث التى يقوم عليها القانون الدولى للتنمية وتشكـل ماتستـطيع ان نـطلق عليه بـالمبادىء التى يقـوم عليها هذا القانون :

المبحث الاول
السيادة

السيادة تعنى تقليديا ان للغدول الحق الكامل فى القيام بماتراه فى حدودها الاقليميه وهذا يضمن لها ولو من من الناحية النظرية تنظيم مصادر ثروتها الطبيعية والنشاطات الاقتصادية الموجده على اقليمها ، وبالتالى فاذا كانت السيادة ظهرت فى اوربا لحماية الشعب من تدخل البابا والامبراطور فانها بالنسبه للدول الناميه تعنى حماية الدول الناميه الفقيره ضد اى محاولة للتدخل فى شؤونها المحلية من الدول الغنية وهذا مايمكن بالجانب السلبى فى السيادة الجانب الايجابى فهو يعنى الحق المعترف ، به لكل شعب فى تقرير مصيره بحرية وفى اختيار نظامه الاجتماعى والسياسى والاقتصادى الذى يريده ، هذا الحق من حيث المبدأ يتفق الجميع عليه ولكن لاننسى انه من الناحية الواقعية محل غموض لان الدول النامية حريتها فى الاختيار محدوده ، وذلك لحاجتها للحد الادنى فى بقائها للدول الغنية (مشكله الغذاء) كذلك الضغوط التى تتعرض لها الدول الناميه من المعسكر الغربى او الشرقى لفرض نظامه الخاص عليها ، ومع ذلك يبقى حق تقرير المصير وممارسه السيادة حجر الزاوية فى القانون الدولى للتنمية ، انه بعباره اوضح حق الشعوب فى انشاء دولتها وحصولها على الاستقلال وهو مايمكن تسميته حق تقرير المصير السياسى والذى تأكد مرتين فى ميثاق الامم المتحده فى المواد 1 ـ 55 كذلك حق هذه الشعوب فى سيطرتها على ثروتها الطبيعية وهو مايمكن ان تسميه بحق تقرير المصير الاقتصادى والذى اقرته الجمعيه العامة للامم المتحده بقرار رقم 626 الصادر فى الثانى عشر من يناير 1952م والذى يعترف بحق الدول النامية فى السيادة على مصادر ثروتها الطبيعية ، ومنذ ذلك الوقت بدأت الدول النامية العمل على دعم هذا الحق حيث توالت الجمعية العامة على ترديد هذا المبدأ وفى سنة 1958م انشئت لجنة خاصة من 9 أعضاء ، حيث اعمالها كانت هى الاساس الذى بنى عليه قرار الجمعية العامة رقم 1803 والذى اكد مبدأ السياده على المصادر الطبيعية وان كان قرار تسويه فقد أكد حق الدوله فى السيطره وحق الآخر فى التعويض فى حاله التأميمات . . وحدث منذ قرار الجمعيه العامة رقم 2158 الصادر فى 25 نوفمبر 1966م تصور هام انتهى بميثاق حقوق وواجبات الدول الاقتصادية[34] والذى ادخل اضافه حيث تطور الامر من السيادة بمعنى السيطره على مصادر الثروه الى السيطره على النشاطات الاقتصادية وهى فكره اكثر عموميه[35] وهكذا فالسيادة ليست الثروات الطبيعية فقط وانما لكل النشاطات الاقتصادية وبالتالى فهى تخضع للقضاء الوطنى ايا كانت هذه النشاطات موجوده سواء فى الاقليم نفسه او المياه الاقليمية او فى الجرف القارى وعندما نقول ان الدوله لها السيادة على النشاطات نعنى بانها تملك سلطة

تنظيمها بالكامل طبعا كل ذلك اصبح مصدر لبعض المشاكل القانونية للدوله النامية منها :
* الكثير من الدول النامية تحصلت على الاستقلال ووجدت اجانب (اشخاص وشركات) استلموا حقوق وامتيازات سابقة عن هذا الاستقلال يظلون محتفظين بها وفق نظرية تقليدية (الحقوق المكتسبة) ولكن ذلك وكما هو واضح لا يتفق مع مفهوم السيادة الدائمه على النشاطات الاقتصادية .
* فاعليه السيادة للدول النامية لا تطرح وقت الاستقلال فقط ولكن في الكثير من الاحيان .

بعده ايضا حيث ضعفها الاقتصادى يدفعها للتنازل عن بعض حقوقها بموجب معاهده او عقد ، هذا التنازل كثير مايصبح بعد فتره غير متفق مع الاختيارات السياسية والاقتصادية والاجتماعية للدول النامية ، . . . السيادة تعنى ان الدول النامية احرار فى انهاء او تعديل او الغاء هذه الوسائل وذلك اعمالا لمفهومين تقليدين فى القانون الدولى وهما :

1 ـ المعاهده الغير متساوية .

2 ـ الشرط الذى بمقتضاه المعاهدات لا يمكن احترامها فى حالة حصول تغيير رديكالى فى الظروف .

* الدول النامية تبقى حره وفق مبدأ السيادة فى استخدام كل الوسائل القانونية التى تراها مناسبه للسيطره على النشاطات الاقتصادية فى نطاقها الاقليمى (شروط تعاقديه خاصة او تنظيم عام وشامل) ولهذا فهناك الكثير من هذه الدول اصدرت قوانينها للاستثمار تحدد فيها حقوق والتزامات المستثمرين (تحديد التقنيه التى يمكن استخدامها ، استخدام عماله وطنيه ، مراقبه المبيعات والاسعار ، الالتزام باعادة الاستثمار)

وان كان هذا التحديد يتأثر بطبيعة الحال برغبه كل دوله فى تشجيع الاستثمارات الوطنية او الاجنبية ، كذلك مراقبة هذه الاستثمارات يثير قلق الدول النامية خاصة عندما يكون الطرف الآخر اجنبى وقد اشارت المادة الثانية من ميثاق وواجبات الدول الاقتصادية الى ثلاث مسائل متعلقة بمراقبة العمليات التى تتم بواسطة الاجنبى .

حق تنظيم الاستثمارات الاجنبية .

مراقبة وتنظيم نشاطات الشركات المتعددة الجنسية .

حق التأميم ونزع الملكية او نقل ملكية الاموال الاجنبية .

* كثيرا مااستخدمت الدول النامية الملكية الجماعية لوسائل الانتاج كوسيلة لحقيق التراكم الراسمالى وكحل اخيرا فى مواجهة الاستثمارات الاجنبية ،[36] وهذا النقل يكون بقرار اتفق على تسميته بالتأميم بمعنى نقل الملكية الى الامه وهو قد يكون جزئى او كلى فى الفكر الغربى السيادة لاعلاقة لها بالملكية فالاولى تعنى سلطة عليا والتى فى داخل النظام القانونى تعترف

بـالملكية الخـاصة ، ولكن بـالنسبه للدول النـامية الامـر مختلف . حيث تصفيـه الامـلاك الاجنبية يعتبر تصرف مكمـل للسيادة الـوطنية ، اليـوم شرعية التـأميم فى القانـون الدولى ليست محـل نقاش . وان كـانت المشكلة الآن انحصرت فى مستوى التعـويض[37] حيث ، القـانون الـدولى الكلاسيكى يقـر الحق فى التأميم مقـابل الحق فى التعـويض ولكن الدول النامية وان كانت تقر مبدأ التعويض الا انها تطالب ان يكون وفق قدرات وامكانيات الدول النامية[38] وبصورة عامة الخلاف الآن قائم على ثلاث مواضيع خاصـة كما قلنـا بالتعـويض وهـو وجود قـواعد للقـانون الـدولى فى الموضـوع وشروط دفع التعـويض وطرق دفـع هذا التعويض[39] وكل المشاكل الناجمه عن التأميم متعلقة فى اغلبها بهذه المواضيع الثلاث .

المبحث الثانى

التعاون

التعاون بين الدول الناميه والدول الصناعية يستدعى نوع من التضامن الذى يقوم على قيامالثانية بمساعدة الألى من اجل التنمية مساعدة تأخذ اشكالاً مختلفة ، ومبدأ التعاون والمساعدة هذا تقره كل المواثيق الدولية ابتداء من ميثاق الامم المتحدة فى مادة 55 وكذلك الكثير من قرارات الجميعة العامة منها بالخصوص القرار رقم 1515 لسنة 1960م وكذلك الميثاق الدولى بشأن الحقوق الاقتصادية الثقافية والاجتماعية لسنة 1966م والقرار 2626 االصادر فى 24 ديسمبر 1970م بشأن الاستراتيجية الدولية للتنمية واخيرا ميثاق حقوق وواجبات الدول الاقتصادية ، ولكن بجانب قرار مبدأ التعاون والمساعدة فان هناك التزام يقع على الدولة النامية ذاتها لأن التنمية فى النهاية مسئولية وطنية وهذه المسئولية الوطنية تم التأكيد عليها بنفس القدر والقوة فى الكثير من القرارات والمواثيق الدولية[40] . ولكن هل تقديم العون والمساعدة هذا هو عمل من اعمال البر والاحسان ام انه واجب يقره القانون ؟

الاجابة تقودنا الى مايعرف اليوم فى القانون الدولى بأزدواجية القواعد القانونية وهذا ما جعل الكثير تعترض على القانون الدولى للتنمية بحجة ان هذه الازدواجية فى القواعد ستؤدى الى تفجير القانون الدولى العام المتماسك والذى يخاطب الدول على قدر المساواة ولكن بادى ذى بدء ماذا تعنى ازدواجية القواعد القانونية ؟

انها القواعد القانونية التى وضعت لمصلحة الدول النامية لتستفيد منها دون مقابل بمعنى ان عدم المساواة الاقتصادية الواقعية يجب محاربتها عن طريق عدم المساواة القانونية بمعنى آخر على الدول الصناعية ان تقدم اكثر للدول النامية ، مما تأخذ منها وبالتالى فالالتزامات لا يمكن ان تكون متماثلة ، ان ازدواجية القواعد بهذا المعنى تعبر عن ارادة الدول لتغير القواعد التى تحكم العلاقات الدولية فتكون اكثر تكيفا مع الحالة الاقتصادية للدول النامية . . ولكن هل عرف القانون الدولى هذه الازداوجية من قبل ؟

الاجابة على الفور بنعم وخير دليل على ذلك نظام الامم المتحدة ذاته خاصة مجلس الامن الدولى حيث الدول ذات العضوية الدائمة تسرى عليها قواعد لا تسرى على بقية الاعضاء ، بل ان ازدواجية القواعد تجد مبرر لها فى كل القوانين الداخلية لكل الدول ، فالتشريعات التى تسنها كل دولة لحماية فئة اجتماعية معينة نتيجة لظروف خاصة (اصحاب الدخل المحدود / العجزه . .) لا تؤدى الى انفجار القانون الداخلى وبالتالى فلا يوجد مانع بأن تنقل هذه الدول هذه الازدواجية للقانون الدولى لخدمة الطرف الاضعف والافقر فى المجتمع الدولى وهى الدول النامية . على كل حال فهذه الازدواجية بدأت فى الدخول فى العلاقات الدولية وقد ظهرت فى :

* نظام الامم المتحدة وخاصةفى مؤتمر الامم المتحدة للتجارة والتنمية CNUCED والتى لعبت دورا مهما فى ادخال هذه الازدواجية ، كذلك فى بعض المؤسسات المتخصصة الاخرى ومنها الصندوق الدولى للتنمية الزراعية الذى تأسس فى ديسمبر 1976م[41] واخذ بازدواجية القواعد فى العلاقات الدولية عندما قصر الاستفاده منه على الدول النامية فقط .
* نظام الغاتC.A.T.T والسوق الاوربية المشتركة ICEE اخذ ايضا ببعض ازدواجية القواعد القانونية فى تعاملها مع الدول النامية .

المبحث الثالث المشاركة فى الثروات الطبيعية المملوكة للانسانية كلها

رأينا كيف سعت الدول النامية من اجل ان يكون لها حق فى تنظيم ومراقبة النشاطات الاقتصادية التى تجرى على اقليمها ، ولايوجد مايمنع هذه الدول ان تسعى من اجل ان تجعل من الانسانية كلها هى المالك للثروات والحقوق التى لاتنتمى لاى دوله[42] .

ان السعى لتحقيق ذلك كخطوه اولى ثم الاستغلال المشترك لصالح الانسانية كلها كخطوه ثانية من المبادىء الرئيسية التى نراها للقانون الدولى للتنمية ، منذ مده طويلة اعتبرت المجالات الجوية والبحرية والفضائيه من الاشياء التى ليست ملكا لاحد . ولكن البحث عن مصادر الطاقة والمواد الاوليه والغذائية بواسطة الامكانيات والوسائل التكنولوجية الحديثة والمتقدمة ادى الى الحاجة الى اعادة النظر فى هذا الامر ، خاصة ان الدول القادرة ماليا وتقنيا وحدها التى تملك القدره على الاستغلال وبالتالى فالدول النامية مخافه ان تستبعد من اقتسام حقها فى هذه الثروات فانها تطالب بالاعتراف بمبدأ انه كل ماليس ملكا لدوله فهو ملك للانسانية جمعاء . . . وبالتالى فهناك حاجة ملحه لاعادة النظر فى الاتفاقيات التى تم وضعها لتنظيم اعالى البحار واستخداماته[43] وكذلك الفضاء الخارجى[44] وقد حاولت الدول النامية ان تحقق بعض المطالب فى استغلال اعماق البحار من خلال قانون البحار الذى تم اقراره اخيرا[45] رغم المشاكل الكثيره التى اثيرت .

اذن السيادة والتعاون والملكية للانسانية جمعاء تمثل مبادىء يرتكز عليها القانون الدولى للتنمية ، وهى ربما تكون محل للالتقاء او حتى التناقض بين القانون والايدلوجيا وبين صياغه مواد والفاعليات الاقتصادية والقدرات التقنية إنه التفاوت الذى يجعل منها مبادىء يشدها القانون نحو الواقع بقدرته الخاصة التى يجب البحث عنها فى مصادره ذاتها . . السؤال المطروح من اين يأتى القانون الدولى للتنمية ؟ ماهى الادوات التى تصنعه : بل ماهى وسائل انتاجه ؟

الفصل الثالث

مصادر القانون الدولى للتنمية

اذا كان من اهم مصادر القانون الدولى التقليدى هى المعاهدات فانه مـايتعلق بالقـانون الدولى للتنمية فالاهمية تنتقل الى قرارات المنظمات الدولية ، فهى التى تحتل مكان الصداره بهذا الخصوص لتأتى بعدهـا المصادر الاخـرى وتليها فى الـترتيب وهى العرف ثم القـواعد الاتفاقية ثم التعاقديه ، نستعرض كل ذلك :

المبحث الاول قرارات المنظمات الدولية

رأينـا كيف ان المجتمـع الـدولى وبضغط من الـدول النـاميـة بـدأ فى انشـاء الكثـير من المنظمات ذات العلاقة بالتنمية ومشاكلها المختلفة ، ولهذا فان قـرارات هذه المنـظمات تعتبر المصدر الرئيسى للقانون الدولى للتنمية[46] طبعا تثور بعـدد هذا المصـدر مشكلتين رئيستـين الاولى بكيفية اصدارها والثانية بمدى قوتها الملزمه :

*** كيفية اصدار القرارات فى المنظمات الدولية :**

يثير بصفه عامة اصدار القرارات مشكلة فى الامم المتحده ، ففى الجمعية العـامة حيث الدول النامية تملك الاغلبية ، فانه القرارات تؤخذ بثلاث طرق نحددها هى :

* الرضاconsersus ، وقد تم تعريفة فى مؤتمر بوخارست اغسطس 1974م فى المؤتمر العـالمى للسكان ، على انـه الاتفاق العـام دون تصويت ودون ان يكـون هناك بـالضرورة اجماع ، وبالتالى فهو صعب التحقيق ويتطلب جهود ضخمه للمناقشة ، وتتميز قرارات الرضا بانها جاءت نتيجة لمباحثات طويلة ومعمقة وانها وثيقه بدون تصويت .

* الاجماع فهى القرارات التى تؤخذ باجماع الحاضرين ، وبالتالى من الممكن ان يعلن اتخاذ قرار بالاجماع رغم نسبه كبيره من الغياب .

* الاغلبيـة وهى الاغلبية العـددية والتى تملكهـا الدول النـامية بكـل سهولـه فى المنـظمات الدولية وتستطيع ان تقربها اى قرارات تراها .

ولكن رغم هذه الوسائل الثلاث ، فالـدول الناميـة تدرك انـه ليس من المفيدان تصـدر قرارات دون ان تؤيدها الدول الصناعية ولو جزئيا وهذه الطريقة سمحت بتفادى المواجهـه ودعم التعـاون والاتفاق ، رغم انها ممكن ان تكـونً قـد تمت فى مفـاوضـات تحت ضغـوط مختلفة . والكثير من القرارات والمواثيق والتى لها علاقة بالقانون الدولى للتنمية تم اقـرارها بـطريقة الـرضا منهـا مثلا قـرار الجمعيـة العـامـة الصـادر فى 24 اكتـوبـر 1970م بشـأن الاستراتيجية

الدولية للتنمية[47] يعاب على اتخاذ القرارات بطريقة الرضا هو محو التميز بين الاصوات التى تؤيد فعلا وتلك الغائبة والتى لاتؤيد المشروع المعروض ولهذا السبب فاحيانا عندما تظهر بعض المشاكل او المواقف الغير واضحة فان كل دولة تحتفظ بحقها فى المطالبة باللجوء الى الطرق المعتادة للتصويت فى الامم المتحدة ، وهذا ماتم بخصوص ميثاق حقوق وواجبات الدول الاقتصادية حيث تم التصويت عليه وايده 117 صوت و 6 اصوات ضده من بينها الولايات المتحدة وغياب 10 عن التصويت من بينها الدول الغربية الا انه حتى اليوم مازالت طريقة اتخاذ القرارات بصورة عامة فى الامم المتحدة ومنظماتها المتخصصة محل اختلاف بين الدول النامية والدول الصناعية فمن جهة الاولى تطالب بمبدأ صوت لكل دولة خاصة فى المؤسسات المالية الدولية[48] وقد حققت بعض النجاح فى هذا الاتجاه فى الصندوق الدولى للمواد الاولية[49] والصندوق الدولى للتنمية والزراعة ، وفى المقابل تطالب الدول الصناعية بربط التصويت بحجم المساهمة المالية فى ميزانية الامم المتحدة ومنظماتها وقد عبرت الولايات المتحدة الامريكية كثير عن هذا الموقف كان آخرها فى مؤتمر قانون البحار الثالث .

وهناك من يطالب من جانب الفقه الغربى ايضا ، بطريقة للتصويت فى الامم المتحدة اطلق عليها[50] triade contraignante وهى تطالب بأن تؤخذ القرارات وخاصة الهامة منها بمعنى المادة 18 من الميثاق وفق المعايير الثلاث التالية .

كل دولة صوت ، المعيار السكنى ، المعيار المالى ، بمعنى ان القاعدة لكل دولة صوت ثم توزع بعد ذلك الاصوات حسب عدد السكان او المساهمة المالية ، وحتى يؤخذ قرار يجب توفر الثلث فى المعايير الثلاث ومقابل ذلك تكون لهذه القرارات الصفة الملزمة ، طبعا كما هو واضح الهدف هو ربط الاصوات بالمساهمة المالية وهو امر لاتقبله الدول النامية نتيجة لظروفها الاقتصادية . . . ويبقى الامر هو محاولات من الطرفين لتحقيق تقدم فى طريقة اتخاذ القرارات يتفق ومصالحه ونتيجة لاختلاف بل وتناقض احيانا هذه المصالح فإن الوضع يبقى كما هو عليه الامر الذى يثير مشكلة ثانية خاصة بالقوة الملزمة للقرارات التى تتخذ .

القوة القانونية الملزمة لقرارات المنظمات الدولية

يبدو ان الاتجاه السائد فى فقه القانون الدولى ان قرارات المنظمات الدولية ليست لها اى قوة قانونية ملزمة ، فقرارات الامم المتحدة ليست ملزمه دائما على الدول ان تنفذها . بحسن نية[51] ولكن مع ظهور المنظمات ذات العلاقة بالتنمية طرحت المشكلة الآن على بساط البحث من جديد ، فرغم ان قرارات هذه المنظمات لاتخلق قانون دولى جديد الا انها على الاقل ترفض القواعد القديمة وتحدث فيها تطور ملحوظ مثل ماحصل فيما يخص موضوع التأميم ، وتتعارض المواقف هنا ايضا بين من يتمسك بالقول بأن كل القرارات التى تصدر عن الامم المتحدة ومنظماتها المتخصصة ماهى الا نوع من التعبير عن الامانى والتمنيات وتتمسك بحرفية الميثاق التى لايعطيها الا صفة توصيات فقط والدول النامية التى تحاول ان تجعل لهذه القرارات قيمة قانونية ملزمة .

من الناحية الواقعية ، يبدو ان من الصعب تحديد القيمة القانونية لكل قرارات الامم المتحدة ومنظماتها المختلفة بصفة اجمالية ، بمعنى ان نقول ان كل هذه القرارات ليست لها الصفة الالزامية او لها تلك الصفة ، وانما يجب ان نتفحص كل قرار على حدة بل داخل القرار الواحد ، فبالتأكيد سنجد ان هناك الكثير من المبادىء التى سبق للعرف والمبادىء العامة للقانون ان اخذ بها ومنذ فترة طويلة وبالتالى منذ تلك الفترة اكتسبت قوتها الملزمة ، كذلك هناك مواد تم اتخاذ القرار بخصوصها بطرق مختلفة ، كما راينا فبالتأكيد تلك التى اتخذت بالاجماع لايمكن ان تكون لها نفس القيمة القانونية لتلك التى اتخذت بطريقة اخرى ، وعلى هذا لايمكن اصدار حكم مثلا على ميثاق حقوق وواجبات الدول الاقتصادية بالكامل لتقدير قيمته القانونية[52] .

ويبقى لنا لتحديد القيمة الحقيقية لهذه القرارات ان نبحث فى كل مرة وعلى حدة فى طريقة اتخاذ القرار فى المنظمة الصادر عنها كذلك موضوع القرار ذاته والوسائل التى وضعت للسهر على تنفيذه واخيرا اذا تكررت نصوص القرار فى قرارات لاحقة فأن ذلك يؤثر على اعتبار ان له قوة ملزمة .

المبحث الثانى : العرف

فى نطاق القانون الدولى للتنمية يساهم العرف فى القرارات الصادرة عن المنظمات

الدولية دون ان يكون كافيا لتشكيلها ، فهناك الكثير من القرارات التى كانت تقنين لاعراف سابقة موجودة[53] ومع هذا ولحداثة القانون الدولى للتنمية فأن العرف يبدو لنا من الوهلة الاولى انه مصدر ثان بل وحتى ثانوى فى تكوين قواعد هذا القانون ، وهناك الكثير من التصرفات التى تقوم بها الدول النامية ، وتنتهى الدول الصناعية الكبرى بقبولها مثل مسائل التأميم ، ويمكن ان يكون للعرف دور اكبر من ذلك ، حيث لاتخلو المجتمعات الانسانية من وجود اعراف تخدم الطرف الاضعف والافقر والذى فى اشد الحاجة الى المساعدة ، ولما كانت هذه هى مشاغل القانون الدولى للتنمية فلا يوجد مايمنع ان تستعين الدول النامية بهذه الاعراف الموجودة لتكوين قواعد قانونية تخدم قضية التنمية للشعوب الفقيرة ، فالعرف الذى يجب ان يتحول كمصدر للقانون الدولى للتنمية هو عرف الشعوب والامم ايا كان مستوى تقدمها وليس العرف المحدد بالمعاملات الدولية والذى شكل من قبل دول وهو فى الواقع بعيد عن المجتمعات الانسانية لانه جاء نتيجة صراع مصالح فى عصر الهيمنة الاستعمارية .

المبحث الثالث : القواعد الاتفاقية

القانون الدولى للتنمية يلجأ الى الوسائل الاتفاقية المعروفة فى القانون الدولى بصورة عامة خاصة الاتفاقيات وان كان يعطيها بعض العلامات المميزة نتيجة لتعلقها بموضوع التنمية فالمعاهدات فن قانونى بمقتضاه تدخل الدول فيما بينها فى نظام يرتب لها او عليها حقوق والتزامات ، لابرام المعاهدة . القانون الدولى يتمسك بالمساواة القانونية ، الامر يختلف فيما يتعلق بالقانون الدولى للتنمية ، ان المعاهدات التى تخدم التنمية لاتهتم بتلك المساواة القانونية الشكلية بين الدول لانها تخفى عدم المساواة الواقعية بين الاطراف المتعاقدة ، وكثير مادخلت الدول النامية فى معاهدات مع دول اخرى اقوى منها وبالتأكيد فأن المفاوضات بين الاضعف والاقوى ليست متعادلة ولايمكن ان تكون كذلك ، ومع ذلك فأن هذه الدول عندما توقع هذه الاتفاقية فأنها ستكون ملزمة بالنسبة لها وفق اتفاقية ڤينا .

بشأن قانون المعاهدات[54] وكثير ماوجدت دولة نامية نفسها فى مواجهة دولة صناعية كبرى ، تتمتع بالاضافة الى القدرة الاقتصادية بالسيطرة على الفقه القانونى لصياغة المعاهدات عن طريق مثلا استخدام لغة اجنبية عن لغة البلد النامى وبالتالى فان الاتفاق الذى تم التوصل اليه يعكس بطريقة او بأخرى ميزات علاقات القوة الموجودة فى الواقع .

وكثيرا مااكتشفت الدول النامية بعد فترة ظلم المعاهدات التى ابرمتها بعد الاستقلال مع الدول الاستعمارية القديمة وما تحمل من شروط مضادة للسيادة الوطنية ولحاجات التنمية ، وبالتالى تسعى الى تعديلها مثل ماحصل بين اغلب الدول الافريقية وفرنسا او الى الغائها مثل ما حصل بين الجزائر وفرنسا 1971م .

وفى الوقت الحاضر المعاهدات الخاصة بالتنمية عديدة ، وتميل الدول النامية لاستخدام المعاهدات الدولية المتعددة الاطراف لان ذلك يترك لها فرصة للتجمع وتنسيق مواقفها ، ولكن يعاب على هذا النوع من المعاهدات انها صعبة التحقيق وتأخذ الكثير من الجهد والوقت وبالتالى فاالمعاهدات بين طرفين تظل ضرورية للقيام بأى نشاط تنموى مركز وهى تتنوع من معاهدات تجارية الى معاهدات تعاون تقنى عام او متخصص بين دولتين ، او بين دولة ومنظمة دولية وهناك ايضا الاتفاقيات المكملة بين عدد من المنظمات الدولية للتعاون من اجل انجاز مشروع معين .

وتتميز المعاهدات التى تبرم بخصوص التنمية بالدور الذى تلعبه المنظمات الدولية ففى الغالب اما ان تكون هذه المنظمات طرفا فيها او انها تمت تحت اشرافها او ان المعاهدات تبرم تطبيقا لقواعد سبق لمنظمة دولية ان وضعتها او ان تقوم المنظمة الدولية بالاشراف على تطبيقها ، وبصورة عامة فأن المعاهدات الدولية للتنمية محدودة المدة فقبل نهايتها تبدأ المباحثات لتجديدها مرة اخرى مثل اتفاقيات المواد الاولية ، اتفاقية السوق الاوربية المشتركة مع الدول النامية ، اتفاقيات الاستثمار . . . وغيرها مما يعطى فرصة للدول النامية لاعادة تقييم اوضاعها ، واهمية هذه المعاهدات بالنسبة لعملية التنمية فيها واتخاذ المواقف اللازمة بخصوصها الامر الذى يجعل منها مصدر دائم ومتجدد لقواعد القانون الدولى للتنمية وان لم تكن الاخيرة .

المبحث الرابع : القواعد التعاقدية

نظرا لتطور الحياة الاقتصادية الدولية وحاجة الدول النامية لكل الاشخاص للمساهمة فى عملية التنمية ظهر بذلك دور الشركات المتعددة الجنسية ، وهو مادفع بدوره لظهور مايسمى بالعقود الدولية وهى جزء من القانون المتعدد الجنسيةdroit transnetional ويسرى هذا القانون على مجموع القواعد التى تنظم التصرفات والاعمال التى تتجاوز transcedant الحدود الوطنية وهو قانون من اصول مختلفة ، فمن جهة كل دولة لها الحق فى تنظيم كما راينا من طرفها نشاطات الشركات المتعددة الجنسية على اقليمها والقانون الدولى للتنمية يسعى لضمان هذا الحق لكل دولة والذى تمارسه بكل سلطاتها التشريعية واللائحية ومن

جهة اخرى فأن هذا القانون يضم قواعد غير وطنية وهى ام ان تكون قسرية بمعنى فرضت على الشركات المتعددة الجنسية من المنظمات الدولية[55] او قواعد تعاقدية بين الشركات والدول النامية وهى تساهم فى تحديد القانون الواجب التطبيق والذى لايمكن ان يكون القانو الوطنى[56] وهذه الاخيرة مايطلق عليها احيانا ، عقود التنمية ، وهذه العقود تستخدمها الدول النامية فى كل مرة تريد ان تدخل مع جهة اقتصادية (شركات) للقيام بأى نشاطات فى سبيل الدفع بالتنمية على اراضيها وهذه العقود الخاصة بالتنمية يمكن تقسيمها الى مجموعتين من العقود :

عقود الاستثمار ـ عقود الخدمات

* عقود الاستثمار

بالنسبة لهذا النوع من العقود تلتزم الشركة الاجنبية بادخال على التراب الوطنى راسمال خاص لمساعدتها فى القيام بالعملية الاقتصادية المركبة مثل استخراج انتاج تمويل ، تسويق ، ، . . . . الخ خاصة فى قطاع النفط كذلك ادخال واحد او مجموعة من المنتجات ومن عقود الاستثمار المشهورة والتى عانت منها الدول النامية وادخل فى كل قوانينها هو عقد الامتياز والذى كان السبب فى استقرار المستثمر الاجنبى والذى حصل بمقتضاه ولمدة طويلة على حق الاستغلال مما مكن له من جنى الكثير من الارباح (عقود امتياز قناة السويس / عقود امتياز النفط) ولكن هناك ايضا عقود استثمار غير عقود الامتياز وهى التى تسمح للاجنبى بانتاج سلعة معينة فى الدول النامية وهذه العقود رغم بساطتها الا انها تثير الكثير من المشاكل اذا كان هذا الاجنبى شركة متعددة الجنسية .

ولكن الآن اغلب الدول النامية بدأت فى تنظيم الاستثمارات الاجنبية وتستخدم فى ذلك عقود مثل عقود المشاركةcontrat de participa وعقود المشروع المشترك les entreprises conjointes [57] والتى بواسطتها الشركة الاجنبية تشارك المصالح الوطنية للقيام بالعملية الاقتصادية وهذا يسمح للدول النامية بالرقابة الفعلية عن طريق المشاركة فى الادارة والارباح .

* عقود الخدمات

وهى التى تنص فقط على تزويد الدول النامية بسلعة او شهادة prestation بدون ادخال

راسمال من طرف المستثمر الاجنبى ، وبالتالى فهذه العقود مختلفة عن الاولى ومن امثلتها عقد القرض ، وعقود تكوين الاطارات والتى يلتزم بمقتضاه المتعاقد الاجنبى بتأهيل العناصر الوطنية للمشروعات والادارة ، عقود المساعدة الفنية والتى تتعهد الشركة الاجنبية بمقتضاها بالقيام بعدد من البحوث والتنظيم واخيرا عقود البيع والتى تذهب من بيع سلعة او نقل ملكيتها الى بيع آلة او الالات والتى قد تكون اكثر تعقيدا احيانا مثل بيع المصانع وهى العقود المعروفة بمفتاح فى اليد او انتاج فى اليد .

وقد كانت حتى وقت قريب لاتثير هذه العقود اى مشكلة فى تحديد القانون الواجب التطبيق عليها فمحكمة العدل الدولية سبق وان حددت فى قرار لها عام 1929م[58] ، ان كل العقد الذى ليس بين دولتين من اشخاص القانون الدولى فهو مؤسس على القانون الوطنى للدولة . ولكن فى الفترة اللاحقة ظهرت عدة محاولات لاخراج هذه العقود من سلطة القانون الوطنى واخضاعها لقانون آخر واستخدام المستثمر الاجنبى الكثير من الحجج لتبرير ذلك وايا كان رد الدول النامية عليه فمن حيث الواقع فان علاقات القوة ايضا تفرض نفسها هنا لتحديد ذلك فالدول المحتاجة ستقبل باى شروط يضعها الاجنبى والاخرى تستطيع ان تفاوض وتقبل وربما ترفض :

واما من حيث القانون فلا يوجد تشريع او قاعدة قانونية دولية تجبر الدول على عدم اخضاع العقود لتشريعاتها الوطنية بل العكس الكثير من المواثيق الدولية يكفل لها هذا الحق[59] ولكن فى المقابل ايضا واخذا فى الاعتبار الظروف العملية ، فان لايوجد مايمنع المتعاقدين من الاتفاق على اخضاع عقدهم لاى قانون غير قانون الدولة المتعاقدة ووضع القواعد الخاصة بالتسوية فى حالة حصول منازعة خاصة بالعقد بواسطة جهة تحكيم دولية وفى جميع الاحوال فان اختيار هذا النظام يتوقف على ارادة اطراف العقد . خاصة ان العقد كمؤسسة قانونية لاتجد البلدان النامية بديل عنها فى الكثير من الاحيان للدخول فى علاقات مع الغير ، وان تحديد مجالات هذه العلاقة هى فى ذات الوقت وبصورة عامة تحديد لنطاق تطبيق القانون الدولى للتنمية من حيث الموضوع بمعنى فى اى مجالات وعلى اى مواضيع تجد قواعد القانون الدولى للتنمية فرصة عملها المناسبة لانتاج اثارها .

الفصل الرابع

مجالات تطبيق القانون الدولى للتنمية

العلاقات بين الدول النامية وغيرها والتى تهتم بالتنمية بالدرجة الاولى تنحصر فى ثلاث : الاولى هى المساعدة ، فلا يمكن ان تقوم اليوم تنمية فى الدول النامية دون الحصول على مساعدة بمختلف اشكالها والثانية ان الدول النامية تربطها علاقات تجارية فهى فى حاجة لاموال خاصة بها للتجهيز ولدفع فوائد القروض وتقوم هذه الدول لتحقيق ذلك بتصدير ماتملكه من المواد الاولية والتى تمثل تجارتها الرئيسية وبالتالى فمن الاهمية للدول النامية ان يتم تسويقها بطريقة مقبولة واخيرا الاستثمارات ، لانه المساعدة العامة غير كافية لتلبية كل متطلبات مشاريع التنمية ، وبالتالى فالدول النامية تسعى للحصول على استثمارات وتقوم بتوجيهها فيما بعد بالطريقة التى تخدم بها المصالح الوطنية ، نستعرض عمل القانون الدولى للتنمية فى هذه المجالات الثلاث .

المبحث الاول : المساعدة

من الصعب تحديد تعريف واضح ومعين لها خاصة ان الحدود بين التجارة وتجارة المساعدات صعب للغاية وان كان من الممكن ان نقول وبدون دخول فى مشاكل تفصيلية ان المساعدة تعنى تقديم خدمة للدولة النامية لاتستطيع الحصول عليها بطريقة التبادل .

وهناك نوعين من المساعدات تعلق الدول النامية عليها اهمية كبرى وهما :

المساعدة المالية :

وهى التى تقدمها الدول الصناعية للدول النامية ، وهى غير كافية وفى تناقص مستمر فى سنة 1977م البلدان الاسكندنافية[60] فقط التى قامت بتقديم مساعدات تقترب من نسبة 1٪ من الدخل القومى الاجمالى التى تم التوصية بها من الجمعية العامة للامم المتحدة عندما اقرت استراتيجية التنمية للعقد الثانى .

والمساعدات المالية هذه والتى تقدم من الدول الصناعية الغنية او المنظمات الدولية والمصرف الدولى للانشاء والتعمير تثير الكثير من المشاكل فهى قد زادت من مديونية الدول النامية[61] وبطريقة مفجعة وبدأت خدمة الدين تمثل عبئا على هذه الدول كذلك عدم انتظامها فهى مرهونة بارادة الدول الصناعية فلها ان تعطيها او تمنعها فى اى وقت تشاء واخيرا وهذا ماتمثله كارثة المساعدات على الدول النامية ، انه الثمن السياسى الذى يجب ان تدفعه هذه الدول مقابل تلقى المساعدة والتى قد تصل الى حد المساس بالسيادة الوطنية

والاستغلال (مثل اشتراط التسهيلات العسكرية . . .) واشتراط سياسات اقتصادية معينة (المصرف الدولى) كل هذا يجعل من المساعدة عامل هيمنة او اعاقة للتنمية الوطنية[62]

المساعدات الفنية :

التنمية لاتقوم فقط بتوفير الامكانيات المالية وانما تستدعى ايضا امكانيات فنية وتقنية الامر الذى يستدعى القيام بعملية نقل تقنية من الدول الصناعية للدول النامية ، وبالتالى فالمساعدة الفنية تهدف الى تحقيق ولو جزء من هذا النقل لبعض القدرات التقنية وذلك بتأهيل الاطارات الوطنية ، وتمتد ايضا الى تنظيم الملكية الصناعية وبراءات الاختراع واستغلالها ، بمعنى آخر فان المساعدة الفنية التى يعالجها القانون الدولى للتنمية هى كل اجراءات التعاون الصناعى الذى يشمل من انشاء فرع لشركة متعددة الجنسية فى البلد النامى الى المشروع المشترك الى عقود المفتاح فى اليد او الانتاج فى اليد . . وبالتالى فاننا نستطيع ان نميز بين نوعين من المساعدات الفنية ، الاولى تتصل بتأهيل العناصر الوطنية والثانية تتصل بنقل التقنية .

تأهيل العناصر الوطنية :

كل الدول النامية تسعى لتكوين اطارات وطنية مؤهلة فنيا للقيام بادارة المشروعات المختلفة التى يتم إنشاؤها وفق خطة التنمية ، ولكن نظرا للنقص الذى تعانيه ولو مرحليا فانها تلجأ الى طلب المساعدة من الدول الصناعية بارسال الخبراء والفنيين الاجانب وذلك ليحلو مؤقتا محل الوطنيين حتى يتم اعدادهم ، وبالنسبة للوضع القانونى لهؤلاء الخبراء ، فانهم يخضعون لقانون دولتهم ، والتى يحملون جنسيتها ولكن بحكم وجودهم فى تراب الدول النامية فانه بالضرورة يخضعون لقانونها ايضا .

ولتلافى حدوث مثل هذه المشاكل تدخل الدولتين (دولة الخبراء والدول النامية) فى اتفاقية فى الغالب تكون نصوصها لمصلحة الطرف الاجنبى مثل تسهيلات التحويل بالعملة الاجنبية ودفع الضريبة والضمان الاجتماعى والسلع للاستخدامات الشخصية وغيرها . مما يرفع من تكاليف هذه الخبرة الاجنبية بالنسبة للدول النامية .

نقل التقنية :

وهى مشكلة تثير اهتمامات الكثير من المهتمين بموضوعات التنمية فى الدول النامية[63] هذه الدول التى فى حاجة الى تقنية مناسبة ومنخفضة السعر وسهلة الاستيعاب ، تستخدم عدة طرق لانجاز عملية النقل هذه منها :

1 ـ يمكن ان يكون النقل عن طريق شراء براءه الاختراع brevet او عقد Contrat de licence وهو الذى يبرم بين شخصين احدهما يريد التقنية والاخر يريد استخدامها

2 ـ يمكن ان تتم عن طريق الاستثمار المباشر مثل فرع الشركة حيث يمكن ولو بصورة جزئية او حتى ضئيلة للدول النامية ان تستفيد من نقل التقنية .

3 ـ يمكن ان يتم هذا النقل عن طريق المشروعات المشتركة والتى تتم بين البلدان الصناعية والدول النامية بواسطة مشروع مملوك لهذه الدول الاخيرة يمكن ان يسمح بدخول التقنية ونقلها .

وفى نظام الامم المتحدةPNUD تبقى باستمرار هى الجهة الرئيسية لتقديم المساعدات الفنية وهى لاتتحمل بالكامل الثمن المالى للعمليات التى تقوم بها وانما يقع على الدول المستفيدة ان تتحمل جزء منها واهمية دور هذه المنظمة هى فى تنسيق مجموع عمليات المساعدة الفنية التى يقدمها نظام الامم المتحدة .

المبحث الثانى : المبادلات التجارية

تأمل الدول النامية ان تأخذ نصيبها من التجارة الدولية ، وذلك لأن المردود لتجارتها التصديرية يمكن ان يسمح لها بالحصول من الدول الصناعية على التجهيزات التقنية الضرورية للتنمية وتطوير تجارتها يتم عن طريق تنويع زبائنها التجاريين ، وان كانت الدول الغربية تتدخل بما يعادل 75٪ فى العلاقات التجارية للدول النامية فان التنويع فى الاسواق والصادرات لاى دولة يعطينا فكرة ولو عامة عن مستوى التنمية فى هذه الدولة ، وقدرتها على حماية استقلالها وممارسة افضل لظروف سيادتها ـ وما نظام الحماية الا للتعبير العملى على قدرة نظام الانتاج الوطنى لمواجهة انظمة الدول الاخرى ، ولهذا فإن المبادرات التجارية للدول النامية تمثل مجالا هاما للقانون الدولى للتنمية ، يعالجها من خلال العلاقة التى يجب ان تقوم بين الدول النامية والصناعية وكذلك عن طريق تجارة المواد الاولية من جهة وتجارة المواد المصنعة من جهة اخرى . نستعرضها موضحين فى البداية الاطار القانونى العام للتجارة الدولية .

الاطار القانونى العام للتجارة الدولية

بعد انتهاء الحرب تم تنظيم التجارة الدولية على اساس الليبرالية الجديدة وحرية التجارة وذلك كرد فعل للسياسة الحمائية السابقة[64] وقد جسد هذا التنظيم اتفاقية الغاتG.A.T.T [65] وهذه الاتفاقية تقوم على اساسين اثنين هما :

1 ـ عدم التمييز.Non—discrimination وهو يعنى عدم التمييز بين البضائع الاجنبية والوطنية .

2 ـ شرط الامة الاكثر رعايةLa clause de la nation le plus favorisee

اما هذا الشرط فيعنى ضمان عدم التمييز بين البضائع الاجنبية التى تدخل السوق الوطنية وقد ادت هذه الاتفاقية الى التوسع الاقتصادى الراسمالى المعروف وان كان على حساب الدول النامية ، حيث الميزان التجارى لم يتوقف عن الزيادة لمصلحة الدول الصناعية بينما مداخل الدول النامية (عن طريق اسعار المواد الاولية) لم تتوقف عن الانخفاض ، ولذلك كانت هناك ضرورة لاقرار نظام افضلية خاصة للدول النامية والذى تم ولو جزئيا والذى يستمد اصوله من الجزءGATT IV الذى تم اقراره فى سنة 1964م والاتفاق الذى تم فى طوكيو سنة 1979م[66] ومن النظام العام للافضلية الذى اقره مؤتمر الامم المتحدة للتجارة والتنمية ، اتفاقياتLome والسوق الاوربية المشتركة ، وهذا النظام بأصوله المختلفة هذه يقوم على :

* عدم المعاملة بالمثلNon—Reciprocite وهى تعنى ان البلدان الصناعية لاتنتظر ان تعامل بالمثل من الدول النامية فى تخفيضها او الغائها للحواجز الجمركية او اى عوائق اخرى ترى ازالتها فى التجارة الدولية .

* نظام الافضلياتSysteme des prfernces وهو يعنى ان الدول الصناعية تقدم معاملة compen-satoir للبلدان النامية او لبعضها .

المواد الاولية

Les Produts de base

المواد الاولية تمثل الجزء الاهم فى تجارة الدول النامية 80٪ من التصدير وعلى مردود هذا التصدير يتوقف التمويل الخارجى للتنمية ، ومنذ مدة طويلة والدول النامية تحتج على تدهور اسعار المواد الاولية Terme de l'echange وهى تعنى :

العلاقة المحاسبية على اساس سنة معينة كمرجع بين تغيرات اسعار التصدير والاستيراد وبالتالى فمجهود الدول النامية منصبه على اعادة تنظيم اسعار المواد الاولية وعلى اسواق

هذه المواد الاولية ، يمعنى زيادة اسعار البيع وكمية البيع والاستقرار فى الاثنين ولتحقيق ذلك استخدمت الدول النامية الاتفاقيات الخاصة بالمواد الاولية وبرنامج دعم المواد الاولية .

الاتفاقيات الخاصة بالمواد الاولية

هى اتفاقيات جماعية لاطراف تم ابرامها بين الدول المصدرة والدول المستوردة وهناك اليوم ست اتفاقيات تتعلق بالمواد التالية : زيت الزيتون ، القمح ، etain القهوة ، الكاكاو ، السكر ، وبالنسبة للاتفاقيات الخاصة بالقمح 1971م والخاصة بالسكر 1977م فهى لم تقم الا بتنظيم التشاور بين الدول الاعضاء ولاتحتوى على اى نظام حقيقى يطبق على الاسعار والسوق الخاصة بهذه المواد أما بقية الاتفاقيات فهى عامة جداً[67] ، وذلك نتيجة العلاقات القوة الغير متوازنة فى المفاوضات بين الدول النامية المنتجة والمصدرة للمواد الاولية والدول الصناعية المستوردة لها .

اما بقية المواد الاولية فان الدول المنتجة ـ انشئت تجمعات فيما بينها من اجل الدفاع عن مصالحها وخير مثال منظمة الاوبك فيما يخص قطاع النفط ، وقد استطاعت هذه المنظمات تحقيق انتصارات باهرة خاصة بالاسعار فى بعض الوقت الا ان الخلافات الداخلية والاجراءات التى تتخذ من الدول الصناعية والتى تهدف الى تخفيض الاسعار عن طريق زيادة العرض وانخفاض الطلب كل ذلك ادى الى الحد من فاعليتها بل وتهديدها فى وجودها ذاته . وهكذا فان كل هذه الاتفاقيات والمنظمات لم تمنع الاسعار من التدهور وحتى فى حالات الارتفاع فان ذلك لم يكن بالقدر الكافى الذى يوازى ارتفاع اسعار المواد المصنعة ويحفظ القوة الشرائية للدول النامية ، ان بناء علاقات عادلة فيما يخص المواد الاولية لن يكون إلا على اساس ربط اسعار المواد الاولية التى تبيعها الدول النامية باسعار السلع التى تشتريها من الدول الصناعية ولكن هذا مازال مرفوضا من هذه الدول الصناعية .

البرنامج المتكامل للمواد الاولية

Programe integire pour les produitsdes base

تم انشاء هذا البرنامج عن طريق مؤتمر الامم المتحدة للتجارة والتنمية الرابع الذى عقد فى نيروبى والذى اقره فى الثلاثين من مايو 1976م وقد تم اقراره بدون معارضه وهو يهتم

بمجموعة من المواد الاولية التى تمثل اهمية فى التصدير بالنسبة للبلدان النامية ، وهو يهدف الى تحقيق ثلاث مطالب هى :

1 ـ ضمان استمرار تجارة المواد الاولية بالاخذ فى الاعتبار التضخم العالمى ونتائجه .

2 ـ مساندة الدخول الحقيقة للبلدان النامية بحمايتها ضد تقلبات الاسعار التى تؤثر على دخولها ومشاريع التنمية فيها .

3 ـ تحسين وضمان الامدادات من المواد الاولية للدول المختلفة .

واهم انجازات هذا البرنامج القرار الخاص بانشاء صندوق عام للمواد الاولية يهدف الى مساندة الاسعار والمحافظة على مردودات ثابتة للدول النامية، ومنذ 1976م بدأت الجهود لاخراج هذا الصندوق لحيز الوجود ، وحتى يونيو 1977م ، حيث اقر المؤتمر الدولى للتعاون الاقتصادى اتفاق مبادىء لانشاء هذا الصندوق بينما اجل النظر فى طريقة التمويل والتشغيل لاجتماعات لاحقة واهم نقطة خلاف فى الواقع كانت بين الدول النامية والدول الصناعية فيما يخص نطاق المواد الاولية التى يشملها نظام الصندوق بالتعويض فى حالة هبوط الاسعار فمن الطبيعى ان تشمل اكبر عدد ممكن من المواد بالنسبة للدول النامية بينما محددة للدول الصناعية .

واخيراً فى 27/6/1982م[68] تم التوقيع على اتفاقية انشاء الصندوق الذى له وفق هذه الاتفاقية ثلاث وظائف :

1 ـ المساهمة فى تمويل احتياطى منظم دولى ووطنى للمواد الاولية .

2 ـ تمويل اى مشروعات اخرى غير التخزين خاصة بالمواد الاولية .

3 ـ المساعدة فى دعم التنسيق والتشاور .

والصندوق له شخصية قانونية ويجوز لجميع دول الامم المتحدة ان تكون اعضاء فيه وكذلك المنظمات ذات الاهتمام بالتكامل الاقتصادى الاقليمى . ونظام التعويض هذا الذى اخذ به الصندوق ليس جديد فقد استخدم فى بعض المعاهدات ومنها اتفاقية Lcme لسنة 1976م وهو مايسمى بنظام stebex[69] والذى يقر بمساعدة مالية من الجماعة الاوربية فى حالة هبوط حاد للاسعار فى حدود 5 , 7٪ او هبوط حاد فى الكميات 5 , 2٪ ، وهو يشمل تصدير 29 سلعة اولية محددة على سبيل الحصر بهدف ضمان الاستقرار والمردود والنمو المستمر للاقتصاديات ورغم ان الصندوق يفترض فيه العمل وممارسة نشاطه الا اننا لانستطيع ان نحدد على سبيل الدقة الدور الذى تقوم به لحماية المواد الاولية وتجارتها .

*** المواد المصنعة**

les produits manufectures

كثير ماتطالب الدول النامية والمنظمات الدولية المهتمة بعملية التصنع ، حيث اصبح اليوم توسع وتنوع تصدير المواد المصنعة ونصف المصنعة من البلدان النامية ضرورة شددت عليها الامم المتحدة ومنظماتها المتخصصة[70] وبالتالى فان الحاجة الى التصنيع والمساعدة فى التصنع تفرض على الدول الصناعية ان تقوم بتسهيل الحصول على التقنيات اللازمة لتحقيق ذلك .

تطوير وتصدير الانتاج الصناعى للدول النامية يثيرا الكثير من المشاكل اكثر حتى من تلك الخاصة بالمواد الاولية او الطاقة ، حيث فى الواقع اذا كانت اقتصاديات المركز والهامش تكمل بعضها البعض فى المواد الاولية فانه فيما يخص المواد المصنعة فانها فى حالة منافسة الدول الصناعية تبذل كل مافى وسعها للمحافظة على التقسيم المالى الدولى للعمل الذى يساعدهم كثيرا .

وهكذا فان الدول النامية والمنظمات الدولية تكافح ضد العقبات التى توضع من الدول الصناعية فى تجارتها مع الدول النامية وخاصة محاولة الحصول على معاملة افضل لمنتجات الدول النامية، والعوائق امام تجارة المواد المصنعة للدول النامية تأتى من الدول او الشركات المتعددة الجنسية ، وهذه الاخيرة تقوم بعدد من العمليات التى تؤدى الى الاخلال بالمنافسة وقد ساعدت الازمة الاقتصادية الدولية لسنة 1970م الدول الصناعية على زيادة العراقيل ضد مستوردات الدول النامية والتى تباع فى الغالب باسعار رخيصة نتيجة لرخص اليد العاملة وقلة التكلفة خاصة الاجتماعية منها .

ورغم كل ذلك وبالمثابرة وتكاثف الجهود بين الدول النامية والصناعية تم تحقيق بعض التقدم والذى تعتقد الدول النامية انه مازال غير كافى فيما يتعلق بالقواعد الخاصة بالمواد المصنعة فى الدول النامية واليوم هناك ثلاث مجموعات من هذه القواعد التى تنظم هذا النوع من النشاطات الاقتصادية :-

الاول : التطور الذى حصل فى القسم IV من اتفاقية GATT والذى يهدف الى ازالة كل العوائق فى وجه الاستيراد والتصدير للمواد الاولية التى تمثل فائدة خاصة للدول النامية ، كما ان هذا القسم اقر شرعية تطبيق مبدأ عدم المعاملة بالمثل بين البلدان الصناعية والبلدان النامية[71] .

الثانى : نظام عام للافضليات Systeme generalise de prference

[72]وهى لايعنى فقط رفع الحواجز امام منتجات الدول النامية وانما باعطائها الافضلية وهذا النظام اعتمد فى المؤتمر الثانى لمؤتمر الامم المتحدة للتجارة والتنمية فى سنة 1968م وتم

تحديده بدقة فى اللجنة الخاصة بالافضليات لنفس المؤتمر سنة 1970م ، وفى السنة التالية اعطت الغات GATT موافقتها على هذه القواعد ، وبالتدريج بدأت الدول الصناعية تضع قيد التنفيذ هذا النظام وان كان ببطىء شديد[73] .

الثالث : نظام الافضليات الخاصة باتفاقية Lome وهو يقوم على اساس مبدأ عدم المعاملة بالمثل وتسهيل القواعد الخاصة بالبلد الاصلى .

المبحث الثالث : الاستثمارات

موضوع آخر من الموضوعات الشائكة التى يعالجها القانون الدولى للتنمية حيث كما سبق وذكرناه ، هناك حاجة مادية وفعلية ملحة للاستثمارات فى الدول النامية والمعادلة الصعبة وهى استثمار يهدف الى تحقيق التنمية دون مساس بالسيادة الوطنية .

والاستثمار فى معناه الاقتصادى العام هو اضافة الى الراسمال الموجود لدى الطرف الآخر وتختلف الاستثمارات حسب اصولها فهناك العامة وهى التى تأتى من الحكومة او منظمات حكومية والاستثمارات الخاصة والتى تأتى من الشركات الخاصة الوطنية او المتعددة الجنسيات كذلك يمكن تقسيم الاستثمارات حسب ما اذا كان المستثمر دائن للمستفيد وعندما نتحدث عن استثمار غير مباشر وما اذا كان مالك كليا او جزئيا لوسائل الانتاج وعندها نكون امام استثمار مباشر وان كان يمكن الجمع بين الاثنين .

وما يهم القانون الدولى للتنمية هى الاستثمارات الخاصة المباشرة والتى تبرمها الدولة عن طريق عقد استثمار مع الشخص الخاص . ويحصل ان يكون هذا العقد جاء نتيجة لاتفاقية دولية للاستثمار تحتوى فى العادة على ضمانات تقدمها الدول النامية لهذه الاستثمارات لحمايتها من تدخل السلطة العامة او من التأميم[74] .

بصورة عامة ، فان تنظيم الاستثمارات الدولية فى الدول النامية هو من صميم اختصاص قواعد القانون الداخلى لكل دولة ، وان كان الاتصال بين سيادة الدولة المستقبلة للاستثمار ومصالح الشركة الخاصة يمكن ان يكون فى الكثير من الاحيان مصدر للمنازعات والخلافات ، مما يؤدى الى الاصطدام بالاختصاص الشخصى للدولة التى ينتمى اليها المستثمر ، والاختصاص الاقليمى للدولة التى يوجد بها الاستثمار ، ولاتستطيع الدولة الاولى ان تطبق قواعد خاصة بالاستثمار الذى قام به مواطنيها فى الخارج لأن الاختصاص الاقليمى يستبعد الاختصاص الشخصى للدولة التى ينتمى اليها المستثمر . وعند هذا العجز القانونى ، لاتجد احيانا الدولة التى ينتمى اليها المستثمر من وسيلة غير اللجؤ الى الحل السياسى او حتى العسكرى لمحاولة المحافظة على استثمارات

مواطنيها فى الخارج[75] وحتى عندما حاولت الدول النامية تنظيم موضوع الاستثمارات عن طريق المنظمات الدولية حصل الكثير من التناقض بين مصالحها ومصالح الدول الصناعية والدول المستثمرة ، ولا يغيب عن البال مدى قدرة الدول النامية والدول المستثمرة ، ولايغيب عن البال مدى قدرة الدول النامية فى مثل هذه المجالات على التفاوض للحصول على شروط افضل ، ولهذا فاغلب هذه الاتفاقيات هى فى الحقيقة تملى ارادة الطرف الاقوى فى العلاقة وهى الدول الصناعية .

واخيراً . . . ان كل ماقرأناه فى الصفحات السابقة يثير لدينا الحاجة الملحة للتفكير فى موضوع تنظيم المجتمع الدولى ، دول ومنظمات وقوى سياسية فرضت نفسها مثل منظمات التحرير الوطنية ، وقوى اقتصادية تفرض نفسها هى الاخرى مثل الشركات الضخمة ، ونحن سكان الدول النامية ، ونتيجة للمعاناة التى تعانيها هذه الدول ننطلق فى اصدار احكامنا من امرين :

الاول : ينبع من انتمائنا الى الدول النامية حيث العاطفة تختلط بالواقع ، فتغطى عليه تارة ويكبحها تارة اخرى ، ونشعر فى اعماقنا باننا نعيش فى عالم غير عادل ونفسر عدم العدالة هذه بعاطفة الدين او بواقع الاستغلال والتعسف الموجود . وبالتالى نظل نتردد بينما شعوب الدول النامية متخلفة لانها ببساطة محكومة بعلاقات اقتصادية غير عادلة داخليا ، ودوليا ، وان كا بالامكان فى بعض الحالات تغيير العلاقات الداخلية فان الواجب يحث على القيام بمحاولة تغيير العلاقات الدولية التى نظمها قانون خلقه الاقوياء ، بل بتعبير اخر خلفه من كان موجود فى ذلك الوقت ، لان الشعوب النامية فى الحقيقة كانت غائبة ومغيبة ، ان حق التغيير يتطلب قناعة فى العقليات لابناء الدول النامية وخاصة منهم القانونين بضرورة وامكانية هذا التغيير ، وهنا يمكن لنا ان نستخدم مخزون هائل من التراث الانسانى العظيم الذى يدافع عن الضعيف ويساعد الفقير ويحمى الطرف الاضعف فى العلاقات ، هذا المخزون الهائل هو الذى يمكن اعتباره مصدر القانون الدولى الجديد .

الثانى : ولكن فى الواقع الدولى اليوم لايمثل الكلام السابق الا تطلعات وتمنيات يرددها ابناء الدول النامية ويعبرون بها عن امالهم فى بناء عالم افضل ، فالواقع اليوم تحكمه علاقات القوة الموجودة بين الدول الكبرى وبين القوى الاقتصادية الكبرى (دول الشركات) وتبقى الدول النامية وشعوبها فى حالة تساؤل مستمر ماذا تعمل بل ماذا تستطيع ان تعمل فى مواجهة كل ذلك ، فحتى المنظمات الدولية التى هى عضو فيها يسيطر عليها من يدفع اكبر مساهمة فيها . .

بين هاتين المعادليتن بين الامل والطموح والواقع الموجود ، بين ضعف ووهن الضعفاء وغطرسة وعربدة الاقوياء . . بين دول حدودها غير معروفة الا على الخرائط وشعوبها غير

موجودة الا فى لغة الارقام . . ودول تحتكر ثروات الارض ومتطلعة لاستغلال اعماق البحار وافاق الفضاء . . فى هذا العالم يبقى القانون هو وسيلة التنظيم والا من وهذا مايجب ان تدركه شعوب العالم الصناعى بالدرجة الاولى فالشعور بالضغط يولد الانفجار واحيانا الانفجار اليائس التى قد يدفع الابرياء ثمنه فأعمال العنف الذى نراها من حين الى حين اختطاف طائرات واخذ رهائن . . وحرق سفارات . . هى ناقوس الخطر الذى ينذر بوصول الطوفان يوما والذى سيكون وبالا على من يملك الطائرات ومسافريها فى العالم (اغلبهم من الدول الصناعية) ان استخدام القانون كوسيلة لتنظيم المُجتمع الدولى امر الكلّ متفق عليه ويطالب به ويبقى فقط تحديد محتوى هذا القانون الدولى الجديد والذى لايكون الا بالوصول الى حالة عقلية يقتنع الجميع بمقتضاها بان كل واحد منهم فى حاجة الى الآخر من اجل وجوده هو ذاته هذا القانون . . . وهذه الحالة . . . لاندرى متى نصل اليها .

ووسط كل ذلك ماذا يعنى القانون الدولى للتنمية كما رايناه بمفهومه ومبادئه ومصادره ومجالات تطبيقه ؟ هل يمكن ان يكون بداية لقانون دولى جديد ام قراءة جديدة للقانون الدولى الموجود ؟ ام ماذا ؟

كل منا قد يجد اجابة وقد تكون مختلفة كل واحدة عن الاخرى ، وفى كل الاحوال اعتقد كل ذلك قد يكون البداية لقانون جديد وقد يكون قراءة جديدة لقانون قديم فالحد الفاصل بين الاثنين مازال رفيعا جدا بل مازلنا نملك فقط الادواتّ التى يمكن بها رسم الحدود ولكن لم نبدأ فى رسمها بعد ، هذه الادوات تتمثل فى مفاهيم اغلبها نظرية مثل السيادة وتطورها والتعاون والزاميته والملكية المشتركة للانسانية وامكانية تحقيقها . . وكما راينا فبرغم من مضى اكثر من 20 سنة على تكاثف الدول النامية وعملها فما زالت هذه المفاهيم يكتنفها الكثير من الغموض وعدم الوضوح الذى قد يرجع الى مكر الدول الصناعية ولكنه ايضا الى ضعف الدول النامية ، وعلى كل المستويات والتى يهمنا منها الان الضعف فى تحديد خطة او ايدلوجية واضحة فى علاقاتها الدولية . ومع كل هذا فان هذه المفاهيم تظل فى راينا تمثل الادوات التى يجب دعمها وتقويتها حتى تصبح فى يوم من الايام عملية وفاعلية ويمكن بها قطع الصلة بين القديم الموروث والجديد المأمول .

نعود ونقول بانه لخلق قانون جديد قانون للتنمية او اى اسم آخر ، لابد من دعم دور الدول فى الدول النامية وقيامها بجدية بعملية التنمية الوطنية مع مايتطلب كل ذلك من حشد لكل الامكانيات المادية والبشرية لتحقيق هذا المشروع الوطنى ـ ان مشروعية انظمة الحكم فى الدول النامية يجب ان تقاس بتحقيق معدلات التنمية السنوية ، فهذه الدول النامية هى التى تمثل شخص القانون الجديد وهى التى تصنعه من جديد .

كذلك المنظمات الدولية والتى تأتى لحماية الطرف الاضعف ، او بمعنى اكثر وضوحا التى تأتى وتعمل على المسرح الدولى من اجل القضاء على علاقات الاستغلال المفجعة بين الشعوب ، هذه وحدها التى يقع على الدول النامية مجتمعة ان تدعمها وان تحترم شرعية وجودها وقراراتها ويأتى ذلك بالاعتراف بأى كيان آخر خارجها . ان الاداة القوية تكمن فى وحدة الدول النامية ووحدة المنظمات التى تكون عضوا فيها فكلما قل عدد هذه المنظمات كلما زاد تركز الدول النامية فيها ، وبالتالى زادت فاعليتها ازدواجية القواعد القانونية هى ليست القانون الجديد ولكن ربما تشكل بداية تكوينه وهذه الازدواجية كما راينا ليست غريبة عن اى قانون او نظام قانونى فاذا كانت القاعدة فى يوم من الايام ان الناس كلهم متساوون امام القانون منذ الحضارة الرومانية والى يومنا هذا الا انها فى الفترة التاريخية الطويلة تأثرت مثل غيرها بالتطور الفلسفى والفكرى للمجتمعات الانسانية حيث بدأ البحث عن مساواة حقيقية للافراد بمعنى ان ينظر القانون للافراد امامه اخذاً فى الاعتبار الظروف الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وبناءاً عليها يصدر احكامه ويعيد تنظيم العلاقات . . هذا الامر بداء الآن فى كل المجتمعات ، ولا نعتقد بان هناك عوائق تمنع ان نطالب بان ينظر القانون الدولى بنفس المنظار لدول ولشعوب الكرة الارضية . . فى البداية يمكن تسميتها بالازدواجية فى القواعد القانونية او حتى بالاستثناء فى القواعد القانونية الدولية ولكن دعمها وتقويتها واقناع الغير بها سوف يجعل منها فى يوم ما القواعد الثابتة والاصلية التى تحكم علاقات الامم والشعوب فيما بينها .

ان الدول النامية ، وهى تعانى مشاكل التخلف بجميع اشكالها وبمختلف ابعادها ربما تعطى الانطباع الآن انها لم تحقق شيء ولم تصل الى نتيجة وان كنا لانريد ان نكون متفألين مفرطين فى التفاءل ولا متشائمين مفرطين فى التشاؤم الا ان مراجعة الواقع الدولى الآن يكشف لنا على ان هناك تقدم حدث وان هناك عمل ينتظر .

فلا نستطيع ان نتجاهل التقدم والذى سبق واشارنا اليه فى هذه الدراسة فى مختلف الميادين الخاصة بالتنمية وحتى وان كان قليلا جداً بالنسبة لطموحات وآمال الدول النامية ، كذلك لانستطيع ان نغمض الطرف عن ان هناك اعمالاً اخرى فى حاجة للتحقيق . بل ان ماتم تحقيقه فى حاجة مستمرة لدعمه وتقويته ولتحقيق ذلك لايبقى امام الدول النامية الا الوحدة الاقليمية او القارية ، ان توحيد الجهود وتنسيقها على المستوى القارى والاقليمى ضمانة اساسية للدول النامية لتحقيق مطالبها ، كما نتمنى ان يقتنع الجميع فى الدول النامية (حكام ومثقفين وشعوب) انه لاوجود لهم الا من خلال توحيد جهودهم واعمالهم وقراءة التاريخ القريب تمدنا بكل مايدعم ذلك (فيما يخص التطور الذى حصل فى القانون البترولى والقانون الدولى فى موضوع التأميم بالذات ماكان ليتم لولا وحدة الدول المصدرة للنفط فى منظمة الاوبك وغيرها كثير) فبالوحدة بين الدول النامية (الدول العربية ،

الاسلامية الافريقية ، عدم الانحياز) سوف تهب رياح التغيير على قواعد القانون وسوف يعاد الخلق من جديد لعالم جديد يقوم على المساواة الحقيقية امام القانون ، ويكون القانون وحده هو الضامن لها .

الهوامش

1) ظهرت زعامات فى الدول النامية عكست رغبتها فى بناء وطنى مستقل عن طريق الاختيارات الايدولوجية ذات الطابع الوطنى (اشتراكية عبد الناصر فى مصر ، تيتو فى يوغسلافيا ، نكروما فى غانا ، سوكارنو فى اندونيسيا) .

2) تبقى اعمال الندوه التى اقيمت فى مدينة اكسى بوثنى فى 1973م حول الدول النامية وتحول القانون الدولى من اهم الاسس الرئيسية فى هذا الموضوع وقد نشرت فى كتاب بالفرنسية بعنوان .

Les pays er voie de developpement et transformation du droit inter--natioral ˜ ed. pedore paris 1974.

-3)oir Eomond Jouve le tiers monde dans la vie internationale ed. Berger — levrault paris 1983.

4) Jean Tousooz — le regime juridigue internationnal des petroles le driot internatioral du developpemert J. dr. inter 1973 P. 300.

5) تعبير القانون الدولى لتنمية ظهر مره سنة 1965 من طرف البروفسيور Andre philip فى ملتقى حول تكيف الامم المتحدة مع عالم اليوم فى مدينة نيس ثم بعد ذلك البروفسيور Michel Virally بكتابة عدة مقالات فى الحولية الفرنسية للقانون الدولى فى هذا الموضوع كان بدايتها مقالته فى سنة 1965م بعنوان " نحو قانون دولى للتنمية المنشور فى مجلد 1965م الصفحة 3 من الحولية الفرنسية للقانون الدولى ومنذ ذلك الوقت ظهرت الكثير من الكتابات التى تعالج هذا الموضوع نشير منها بالخصوص ،

Flory Droit international du developpement paris P. U. F 1977.

A. Pellet — le Droit international du developpement Paris P. U. F 1978.

M. Bennoua droit international du developpement paris ed. Berger — Levrautt 1983.

6) التطور الذى حدث : الاعتراف بمنظمات التحرير الوطنية اعضاء فى الاسرة الدولية يمكن ان تخاطب بقواعد القانون الدولى العام .

7) التعريف الدقيق للدولة امر صعب وذلك لان الدولة مفهوم قانونى سياسى يتأثر بعقيده صاحبه السياسية وهذا ما ينقص من قيمة التعريف . وقد عرض الدكتور احسان هندى اكثر من 22 تعريف للدولة من كتاب القانون الدولى والدستور انظر كتابه " مبادىء القانون الدولى العام فى السلم والحرب " دار الجليل دمشق 1984م ص 159 .

انظر للمزيد * محمد فايز عبد اسعيد " الاسس النظرية لعلم الاجتماع السياسى دار الطليعة بيروت 1983م

* بيار كلاستر مجتمع اللادولة " المؤسسة الجامعية بيروت وقد قدم د . اسماعيل مقلد لهذا الكتاب الاخير نشرت فى المجلة العربية للعلوم الانسانية التى تصدر عن جامعة الكويت العدد السابع عشر شتاء 1985م ص 192 .

8) المحاولات التى تبذل لتميز دول منظمة الاويك عن الدول النامية قد وقعت للاسف هذه الدول فى الفخ وظهر هذا التمايز فى بعض المنظمات والمحافل الدولية وخاصة فى حوار الشمال والجنوب .

9) الاعلان الخاص من الامم المتحده بشأن النظام الاقتصادى العالمى الجديد فى اول مايو 1974م حيث اشارت الفقره من المقدمة الى الحاجه لدعم الدول النامية نموا . . . والدول النامية الاكثر تأثرا بالازمه الاقتصادية والكوارث الطبيعية والبلدان النامية الجزيريه لمساعدتها فى بناء محطات المياه

والكهرباء . . . والبلدان النامية بدون سواحل لمساعدتها فى بناء شبكه طرق ومواصلات . . . . الخ

10) G Feuer, les differentes Categories de pays er. developpemert — genese evolution statut in J. dr. inter 1982 — 1982 — 1 P.5.

11) هناك الكثير من الكتابات العربية فى مواضيع التخلف والتنمية منها فى مكتبه كلية القانون : د . عمرو محى الدين التخلف والتنمية دار النهضة بيروت 1975م د . مدحت محمد العقاد مقدمه فى التنمية والتخطيط دار النهضة 1980م شارل بتلهيم التخطيط والتنمية ترجمه د . اسماعيل صبر عبد الله دار المعارف بمصر 1966م .

12) وهى من الدول النامية مثل كوريا الجنوبية تايوان سنغافوره بالاضافة الى هونج كونج ويمكن اضافة تايلاند ايضا لهذه المجموعة انظر :

Voir actuel developpement Nc: 65 Avril 1985 p. l3.

13) Voir, Alain, BROUILLET, la conference des nations Uries sur les pays les moins avances. in, Ann. fr. dr. inter. 1981 P. 587

هذا وقد قام الاستاذ / Edmond Jouve بوضع قائمة للدول الاقل نموا فى كتابه بالفرنسية le tiers — Mcnde dans la vie inter سبق الاشاره اليه .

14) لانريد ان نتحدث عن تاريخ التخلف والتنمية وانما نشير الى ان التخلف يفسر على انه نتيجة لتقدم الاخر نتيجة لقيام علاقات ظالمه فى فتره تاريخية انظر فى هذا المعنى الى كتاب .

* د . / فؤاد مرسى التخلف والتنمية دار الوحدة بيروت 1982م .

15) لمزيد من التفاصيل انظر الى د . / محمد السعيد الدقاق الامم المتحده والمنظمات المتخصصة والاقليمية ، الاسكندرية طبعه 1983م .

16) فى قرار رقم 1707 صادر فى 19 / 12 / 1961م ، بعنوان التجاره الدولية وسيلة للتنمية الاقتصادية ، الجمعية العامه للامم المتحدة عبرت عن رغبتها فى انعقاد مؤتمر بين الحكومات بهدف مناقشة هذا الموضوع وطلبت من الامين العام ان يتشاور مع الحكومات المعنية ، وقد عبرت بعض الدول النامية والتى اجتمعت فى القاهره 1962م فى مؤتمر بشأن التنمية CNUCED عن ترحيبها بالفكرة وعادت الجمعية العامة للامم المتحدة واكدت هذه الفكرة فى القرار رقم 1985م الصادر 8/12/1962 وقد تم اعداده بلجنة خاصة فان مؤتمر الامم المتحده للتجارة والتنمية عقد اول جلساته فى جنيف 23 مارس الى 16 يونيو 1964م بحضور ممثلين عن 120 دوله بينهم 77 من الدول النامية (ومازالت تسمية 77 تلاحق الدول النامية رغم زيادة عددها) وكان من اهم نتائجه انشاء مؤتمر الامم المتحده للتجارة والتنمية CNUCED ، وقد تقوت هذه المنظمة ودعمت خاصه بالدوره الثانية لها التى عقدت فى نيودلهى .

17) Voir P. DAILLER la reforme du P. .N. u. D continuite et rationalisation in. Ann lr. dr. inter. 1971 p. 483

18) انشاء هذا المجلس بالميثاق نفسه حيث خصص له الفصل العاشر من الميثاق والذى تحدث عن هذا المجلس من الماده 615 حتى الماده 73 فيصف عدد اعضائه ووظائفه وسلطاته وطريقة عمله .

19) لمزيد من المعلومات عن هذا الحوار من حيث اصل الفكرة وتطويرها ، يمكن الرجوع الى كتاب

الدكتور عبدالقادر سيد احمد " النظام الاقتصادى العالمى الجديد وحوار الشمال والجنوب " من منشورات معهد الانماء العربى 981 م .

20) يستعرض الدكتور سمير التنير فى بحث عام عن تطور السوق العربية المشتركة التجارب العالمية لمحاولات التكامل الاقتصادى ثم المحاولات العربية ثم اتفاقية انشاء السوق العربية المشتركة .
د . سمير التنير " تطور السوق العربية المشتركة " منشورات معهد الانماء العربى بيروت 1981م .

21) وفق مصادر اخرى فان اول شركة متعددة الجنسيات بالنسبة لرقم مبيعاتها هى اكسون الامريكية للنفط فقد بلغت مبيعاتها عام 1976م 631 , 48 مليار دولار ، ثم تأتى فى الترتيب شركة جنرال موتورز 181 , 47 مليار دولار ثم شل 087 , 36 مليار دولار ويوجد من بين الخمسين شركة الاولى المتعددة الجنسيات فى العالم يوجد بينها 7 شركات من العشر الاولى منها امريكية و 21 شركة من الخمسين امريكية وهناك قائمة باسماء هذه الشركات منشور فى
Cahers Lrancais No 190 Mai — Auril 1979

22) اصبحت الشركات المتعددة الجنسيات محل دراسة وبحث ، ولها مراكز متخصصة لذلك ، وهناك الكثير من الكتابات حولها ومنها بالعربية بحث عام عن الشركات المتعددة الجنسية قام الاستاذ / سمير مكرم باعداده وتم نشره من مركز الانماء العربى بيروت 1981م .
كذلك انظر الى محمد السيد سعيد الشركات متعددة الجنسية ، واثارها الاقتصادية والاجتماعية والسياسية الهيئة المصرية للكتاب القاهرة 1978م .

23) مبيعات شركة I.T.T الامريكية فى تشيلى فى سنة 1973م وصلت 0 , 8 مليار دولار ، بينما كان الدخل القومى الاجمالى للتشيلى فى نفس السنة 4 , 7 مليار دولار .

24) المادة الثانية من ميثاق حقوق وواجبات الدول الاقتصادي تنص« . . . . . »
2 ـ كل الدولة لها الحق فى
* تنظيم الاستثمارات الاجنبية فى حدود قضائها الوطنى وتمارس سلطاتها وفق قوانينها ولوائحها .
* تنظيم ومراقبة نشاطات الشركات المتعددة الجنسية فى حدود قضائها الوطنى واخذ الاحتياطات حتى تكون هذه النشاطات مطابقة للقوانين الوطنية ومطابقة لسياستها الاقتصادية والاجتماعية . . .
* تأميم ونزع ملكية او نقل ملكية للاموال الاجنبية وفى جميع الأحوال يجب دفع تعويض عادل وفق قوانينها ولوائحها . . الإعلان الخاص بالنظام الاقتصادى العالمى الجديد فى الأول من مايو 1974م الصادر بقرار من الجمعية العامة رقم 3221 .

25) فى الفترة الأخيرة ظهرت الكثير من القوانين فى الدول النامية التى تنظم الاستثمارات من حيث دخولها وعملها ووضعها القانونى وكذلك الكادر القانونى الذى تمارس كل ذلك من خلاله وهى الشركات التى فى الغالب ملوكة ملكية مشتركة بين الدول والطرف الأجنبى .

26) W.W. Rostow, Les etapes de la croissance eccrcmique ed. Seuil Pres 1963.
وقد جاءت وجهة نظره تشرح التطور التاريخى الاقتصادى حيث يمر المجتمع المتخلف الى المجتمع الاستهلاكى بنفس المراحل وقد أراد أن يجعل منها الرد على التفسير الماركسى لهذا التطور الاقتصادى .

27) Jean Jacque, Le droit au developpement Revue. gr. dr. interpublic 1983–1

28) لم يظهر هذا التعبير إلا أخيراً سنة 1972م بواسطة الأستاذ Virally واصبح الحق فى التنمية يدرس

عن طريق دروس اعطيت فى معهد حقوق الإنسان بستراسبورج بفرنسا ولكن بصورة عامة لم يهتم الفقه الفرنسى كثير بهذا الموضوع . وقد كان الحق فى التنمية موضوع ندوة اقيمت فى لاهاى فى اكتوبر 1979م من قبل اكاديمية القانون الدولى وجامعة الأمم المتحدة ـ ورغم سكوت الفقه إلا أن الحق فى التنمية اقرته الكثير من قرارات المنظمات الدولية فى البداية بصورة ضمنية مثل المواد 122 ، 25 حتى 29 من الاعلان العاليم لحقوق الانسان والمواد 9 ، 17 ، 28 ، 31 من ميثاق حقوق وواجبات الدول الاقتصادية وبصورة صريحة اعتبارا من سنة 1976م وبالقرار رقم 46134 الصادر فى 23 نوفمبر 1979م عن الجمعية العامة .

29) حتى داخل الدول الغربية يثير الاعتراف بالحق فى التنمية وربطه الانسان الانقسام ، فالولايات المتحدة الامريكية تصوت دائما ضد القرارات التى تعترف بالحق فى التنمية بينما بريطانيا والمانيا الغربية تتغيب وبقيه الدول الغربية ومنذ 1979م فقط بدأت تصوت مع الحق .

30) jean jacgue droit au developpemt ... cite

31) هناك الكثير من الفقهاء الذين يرون ان الحق فى التنمية من حقوق الانسان ولكن بتردد ويطلق عليها الجيل الثالث من حقوق الانسان . وقد عبر ذلك الاستاذ M. pelloux فى مقالته بالفرنسية vrais et faux droit de il homme in revue. dr. puclic 1981 p.52 . الاول بينما الجيل الثانى تمثله الحقوق الاقتصادية والاجتماعية أما حقوق الجيل الثالث فهى الحق فى التنمية الحق فى البيئه / الحق فى تقرير المصير (الحق فى السلام) والحق فى ملكية الثروات المشتركة للانسانية المشتركة كلها . بينما اعتبر الاستاذ FLCRY الحق فى التنمية قمة حقوق الانسان انظر مقالته بالفرنسية le droit au developpement in ann. fr dr. inter 1981 p.170 le droit au au developement comme un droit de l hcmme in revue de droit de l,hcmme, 1827. كذلك انظر فى هذا الاتجاه مقاله الاستاذ / keba M,BAYE .

32) القرار الذى تعرض بصفه مباشرة للحق فى التنمية الصادر عن الجمعية العامة للامم المتحدة 34 / 46 فى 26 / 11 / 1979م والذى نص فى المادة الثامنه منه ان الحق فى التنمية هو من حقوق الانسان وان تكافؤ الفرص فى التنمية يكون ميزه للامم والشعوب . .

ثم توالت القرارات بعد ذلك والتى اهتمت بحق الافراد والشعوب والدول النامية قرار 35 / 173 ، صادر فى 15 / 12 / 1980م والقرار 36 / 133 صادر 24 / 12 / 1981م . .

33) يرى الاستاذ / JEAN JACQUE انه من الصعب تحديد على سبيل الحصر الالتزامات التى يمكن ان تتولد عن الحق فى التنمية لأن الوثائق بيها الكثير من عدم الدقه بل وحتى التناقض بالاضافة الى الطبيعة المتغيره والسريعة لفكره التنمية ذاتها ولذلك فأن تحديد هذه الالتزامات لايكون الا بمبادىء اساسيه والتى يأتى على رأسها مبدأ السيادة انظر مقالته المشار اليها اعلاه . .

34) الميثاق حقوق وواجبات الدول مواد 1 ، 24 ، 26

المادة الاولى : كل دوله ذات السيادة لها الحق فى اختيار نظامها الاقتصادى والسياسى والاجتماعى والثقافى وفق اراده شعوبها دون التدخل او ضغط او تهديد خارجى من اى نوع . .

المادة (24) : كل الدول يقع عليها واجب قيادة علاقاتها الاقتصادية المتبادلة بشكل يأخذ فى الاعتبار مصالح الدول الاخرى ، خاصة كل الدول يجب عليها ان تتفادى المساس بمصالح البلدان النامية . .

المادة (26) : كل الدول يقع عليها التعايش فى ظل التسامح والعيش فى سلام مع بعضها أيا كان الاختلاف فى انظمتها السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية وتسهيل التجارة بين الدول ذات الانظمه المختلفة ، التجارة الدولية يجب ان تقوم دون مساس بالافضليات العامة ودون معاملة بالمثل حيث الدول النامية تكون مستفيده على اساس الارباح المتبادله والمصالح العادله الامتياز للمعاملة للامة الاكثر رعاية . .

35) المادة الثانية من ميثاق حقوق وواجبات الدول الاقتصادية سبق الاشارة اليها . .

36) قامت الدول النامية بالكثير من عمليات التأميم وكانت فى الواقع مواجهات اقتصادية عنيفه مع القوى الاستعمارى السابقة منها على سبيل المثال لا الحصر :

1 ـ تأميمات مصدق فى ايران سنة 1951م لشركات النفط الاجنبية . .

2 ـ تأميم مصر لقناه السويس 1956م . .

3 ـ التأميمات النفطية الليبية 73 ـ 1974 م . .

4 ـ التأميمات النفطية الجزائرية 1971م . .

37) هناك الكثير من المراجع فى هذا الموضوع ، وان كان نود ان نشير الى مقاله بالفرنسية :

Abel Kader Boye Problemes actuels poses par l indemrite de natioralisa tion. Ann. du tiers Mcnde 1975 P.30 ..

38) اثارت بعض الدول النامية عند تقدير التعويض عن الشركات التى قامت باعادة ملكيتها للشعب ، علاقة الاستغلال التى كانت موجودة بين هذه الشركات والدول النامية وذلك على اساس نظرية الارباح الغير مشروعة أو الارباح الفاحشه ، وان كان الفقه الغربى بطبيعة الحال يرفض بسلامتها انظر :

Claude IMPERII Ies benefices excessifs, une partique linte et controversee. Ann. fr dr. inter 1978 P 678..

39) ميثاق حقوق وواجبات الدول الاقتصادية الفقره الثالثة من المادة الثانية سبق الاشارة اليها . .

40) المادة من ميثاق حقوق وواجبات الدول الاقتصادية ، ميثاق الجزائر الاستراتيجية الدولية للتنمية . .

41) E. SAUVIGNON. Le fonds international du developpement agricole in Ann. fr. dr. inrer 1978 p. 660..

42) وقد نصت المادة التاسعة والعشرون من ميثاق حقوق وواجبات الدول الاقتصادية على اعتبار اعماق البحار والمحيطات وثرواتها والتى تقع خارج المياه الاقليمية للدول من الاموال العامة للانسانية كلها . .

43) شهد قانون البحار تطورا مهما بعد الحرب العالمية الثانية حيث طلبت الجمعية العامة للامم المتحدة من لجنه القانون الدولى اعداد وتطوير هذا القانون وقد قامت هذه اللجنه بدعوة مؤتمر الامم المتحدة الاول الخاص بقانون البحار وهى :

1 ـ اتفاقية جنيف 1958م (البحر الاقليمى والمنطقة الملاصقه) وقد دخلت جيز التطبيق فقى سبتمبر 1964م . .

2 ـ اتفاقية جنيف لعام 1958م بخصوص الجرف القارى وقد دخلت جيز التنفيذ فى 10 يونيو

1964م . .

3 ـ اتفاقية جنيف لعام 1958م بخصوص اعالى البحار وقد دخلت حيز التطبيق 30 سبتمبر 1962م . . . / بعده . .

4 ـ اتفاقية جنيف 1958م بخصوص الصيد والمحافظة على الثروة البحرية وقد دخلت حيز التطبيق فى يوم 20 مارس 1966م ، ومنذ ذلك الحين ، وبضغط من الدول النامية وبظهور الوسائل التقنية الحديثه . .

تجددت المطالب باعادة النظر فى قانون البحار التفاصيل انظر كتاب جيرهاردفان غلاف " القانون بين الامم مدخل الى القانون الدولى العام " مترجم دار الافاق بيروت الجزء الثانى ص61 . .

44) اتفاقية بشأن الفضاء فى سنة 1966م للتفاصيل انظر جيرهاردفان غلاف المرجع السابق صفحه 103 ومابعدها . .

45) المؤتمر الثالث للامم المتحدة بشأن قانون البحار وصل الى إقرار اتفاقية يوم 30 ابريل 1982م فتحت للتوقيع فى العاشر من ديسمبر من نفس العام ، وملحق بها تسع ملاحق لها نفس القيمة التى للاتفاقية . طبعا هذه الاتفاقية التصويت عليها على النحو التالى : 4 دول ضد بمافيها الولايات المتحدة الامريكية . 17 غياب الاتحاد السوفيتى والدول الاشتراكية واغلب دول السوق الاوربية المشتركة 130 مع بقية الدول واغلبها من الدول النامية . .

بالاضافة الى ان الاتفاقية لاتدخل فى حيز التنفيذ الا بعد ايداع 60 دوله وثائق التصديق وهناك الكثير من الدول التى وقعت الاتفاقية ليست متحمسه للدخول فيها بطريقة سريعة ومنها فرنسا ، لذلك فان القواعد الانتقالية تظل ذات اهمية قصوى فى مثل هذه الحالة . للتفاصيل الكثير من المقالات فى Ann. Fa dr. inter 1982 ومابعدها كذلك.. Reuve gr. inter. publie ... 1980

46) هناك من يرى التفرقه بين القرارات التى تصدرها هذه المنظمات الدولية فى مسائل تلك التى يتم الاتفاق عليها بالاجماع او بدون معارضة وتلك التى تصدر رغم معارضة الدول الغنية ويعطى للاولى دون الثانية اهمية فى تشكيل القانون الدولى للتنمية .

47) Herve CASSAN le consensus dans la partique des natior – unies in Ann. lr. dr. Inter 1974, P . 457 —

48) كثيرا ماطلبت الدول النامية بتحقيق ذلك فى صندوق النقد الدولى والمصرف الدولى الذى يقوم على اساس ان لكل دولة عدد من الاصوات بحسب الاسهم المالية التى تملكها .

49) تم التوقيع على اتفاقية انشاء هذا الصندوق فى جنيف يونيو 1981م والذى يهمنا هو كيف يتخذ هذا الصندوق قراراته ، وقد كان واضحا منذ بداية المفاوضات 1979م هو محاولة عدم ربط قيمة المشاركة المالية وعدد الاصوات ، وقد حددت اتفاقية 1980م قواعد توزيع الاصوات على اساس ان لكل عضو له 150 صوت بالاضافة الى عدد الاصوات حسب المساهمة ، وتعطى لوحة للتوزيع على اساس مشاركة 163 دولة التوزيع للاصوات كالآتى :ـ

42٪ من الاصوات مجموعه 77 (119 دولة نامية)

2 , 20٪ من الاصوات مجموعه 24 دولة للسوق الاوربية المشتركة .

7 , 7٪ من الاصوات مجموعه الدول الاشتراكية .

9 , 2٪ من الاصوات مجموعه . . للصين .

2 , 4٪ من الاصوات مجموعه للاعضاء الغير موجودين فى المجموعات السابقة ، ورغم ان هذا النظام وكما نرى يضمن للاغلبية للدول النامية ، الا ان الدول الاوربية تأمل ان تكون القرارات التى يأخذها مجلس المحافظين (وهو يتكون من 28 شخص يتم انتخابهم حسب نظام معقد يضمن فى النهاية التمثيل الاوتوماتيكى للدول التى تساهم اكثر فى الصندوق بالاجماع وبدون تصويت ، ولمزيد من التفاصيل انظر بالفرنسية الى مقاله P.M ELSEMANN, u fonds commun pour des produits de base. in Ann. fr. dr. inter 1981 P. 568

50) للمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع يمكن الرجوع الى المقالة بالفرنسية :

Andre LEWIN. le traide cetraigrante une nouvelle proposition de penderation des votes aux nations unies Revue gr dr inter public 1984 2 p.349

51) — jorge CASTAEDA

ıa chart de Droits et Deveirs eccromique Ftats nete sun sen processus de delaberation in Ann fr. dr inter 1974 p. 39

52) الماده الثانية من ميثاق الامم المتحده فى الفقرة الثانية تنص لكى يكفل اعضاء الهيئه لانفسهم جميعا الحقوق والمزايا المترتبه على صفه العضوية يقومون فى حسن نيه بالالتزامات التى اخذوها على انفسهم بهذا الميثاق كذلك تنص الماده 56 من الميثاق على يتعهد جميع الاعضاء منفردين او مشتركين بما يجب عليهم من عمل بالتعاون مع الهيئة لادراك المقاصد المنصوص عليها فى الماده (55)

53)مثل مفهوم النطاق الاقتصادى البحرى عدم المعاملة بالمثل كانت اعراف ثم تحولت الى قواعد قانونيه

54)اتفاقية ڤينا لقانون المعاهدات الذى تم التوقيع عليها سنة 1969م يوجد النص العربى لها منشور فى كتاب د . احسان هنرى مبادىء القانون الدولى العام فى السلم والحرب) دار الجليل دمشق 1984م ص 387

55)سبقت الاشاره الى التقنين السلوك الخاص بنقل التقنيه

code de conduite

كذلك تسعى منظة العمل الدولية من طرفها لوضع مبادىء دولية للسياسه الاجتماعية للشركات المتعدده الجنسية

56)بالنسبة للوضع التشريعى فى الجماهيرية فقد اخذت اللائحة العقود الادارية والصادره بقرار من اللجنة الشعبية العامة فى 6 مايو 1980 (جريده رسمية عدد 14 صادر 24/9/1980م) وهى التى تحكم العقود التى تكون الدولة طرفا فيها هذه اللائحة اعترفت بقانون العقد فقد نصت فى الماده 7 على ان يجرى التفسير تفسير العقد فى ضوء احكام التشريعات واللوائح والقرارات السارية فى الجماهيرية مالم ينص فى العقد على خلاف ذلك صراحة ثم عادت اللائحة وفصلت هذا الامر بعض الشيء فى الماده 99 حيث نصت على المبادى التالية :

اولا : تراعى فى العقود التى تبرمها الدولة اسناد الاختصاص للقضاء الليبى ويبدو ان هذا هو الاصل .

ثانيا : يجوز اذ اتقضت الضروره وفى حالات محدوده وهى التعاقد مع الشركات الاجنبية يجوز النص على الالتجاء الى التحكيم على ان يوضع العقد تفاصيل ذلك مع حظر الاتفاق على التحكيم بمعرفة محكم منفرد .

57)استخدمت هذه العقود فى قطاع النفط بالجماهيرية الليبية للمزيد من التفاصيل انظر د . عبدالرازق المرتضى العلاقات النفطية فى دول الدومن الاوجه القانونية والمالية فى التجربة الليبية منشأة النشر والتوزيع طرابلس 1983م

58) Serie A. No : 20–21 p.41

59) الماده الثانية من ميثاق حقوق وواجبات الدول الاقتصاديه سبق الاشاره اليها .

60) بخصوص نظره نقديه لهذه المساعدات انظر الى كتاب تيريزا هاينز ترجمة مجدى نصيف امبريالية المساعدات دارابن رشيد بيروت 1979م

61) ان قيمة الدين الخارجى الطويل المدى فقط للدول النامية غير النفطيّة ارتفعت من 97 مليار دولار فى سنة 1973م الى 505 مليار دولار فى سنة 1982م اى اكثر من خمسة اضعاف
انظر الى التقرير السنوى للصرف الدولى والتنمية فى العالم 1982م

62) تيريزا هاينزا امبريالية المساعده سبق الاشاره اليها .

63) فيما يتعلق بالتفاصيل للجهود التى تبذل من مؤتمر الامم المتحده للتجاره والتنمية تنظم عملية نقل التقنية بين الدول الصناعية والنامية انظر الى مقاله :

Abdulgawi YUSUF LELaboration d un ccde international de conduite pour le transfert de tecnnologie bilan et prespectives. in prevuegr inter public 1984 4 p 781

فى موضوع نقل التقنية تعرض له كل الكتاب المهتمين بشؤون الدول النامية وهناك الكثير من المؤلفات والمقالات التى تعالج هذا الموضوع من جميع جوانبه وان كان تظل كتب الملكية الصناعية

. . . . هى الاساس من الناحية القانونية الصرفه وفى هذا الخصوص يمكن الرجوع بالعربية الى د . محمد حسنى عباس (الملكية الصناعية دار النهضة القاهرة 1971م محمد يوسف علوان نحو تقنين القواعد الدولية لينقل التقنيه .
المجلة العربية للعلوم الانسانية العدد الرابع عشر ربيع 1984م ص ـ 45 وبالفرنسية

A.chavanne j burst driot de la proerite industrille Delloz paris 1980

64) – Floty droit international eccnomique in ann lndr inter 1978 p. 107 et 108

حيث اشار الاستاذ فى هذه المقالة الى ان رغم اتفاقية الغات جعلت الحماية باستثناء اصبح شيئا فشيئا اهم من مبادى الاتفاقية ذاتها اما عن طرق الحمايه فهى متعدده فقد تكون من المنع التام لدخول البضاعة او السلعة الى التراب الوطنى والى فرض رسوم جمركية او قواعد للحد من الكمية المسموح بدخولها ومن هذه الطرق ما تقرره الدوله منفرده باعتبارها صاحبه سياده ومنها ما يتم عن طريق الاتفاقيات الدولية .

65) التفاصيل اكثر عن اتفاقية الغات وتطورها انظر

D.CARREAU. p JOILLARDet Flory droit ecconmique international l.s.d.j paris 1980 p.255

– Voir auirs OLIVER long, la plece du droit et see limitos dans le systeme commerial unn etiateral

du catt recuil des cours

66)- Th. Flory Tas accords du Tokye round et la reforme du systeme commercial multilateral du Catt ann fr dr inter 1978 p. 580

وعالج نفس الكاتب بالموضع فى فترة لاحقة

Revue gr. inter public 1982 2 – p.235

67)- G. Fischer les associations des pays experteurs des produits de base ann fr inter 1976 p. 529

Alain ceret la accrd internatioraux de produits securite et insecurite journal de dr inter 1982 p. 346.

carreu juillard folry – كذلك انظر التفاصيل اتفاقيات المواد الاولية بالفرنسية

carreu juillard flory droit eccromique inter – cite p.318

68) مقالة بالفرنسية تتحدث عن هذا الصندوق بالتفاصيل سبق الاشاره اليها

69) نظام stsbex منظم فى التفصل الثانى من اتقافية lomeالاولى المواد 16 حتى 24 منها وقد وضع هذا النظام موضع التطبيق الاول مره فى يوليو 1976م

70) انشئت الامم المتحده لجنة التنمية الصناعية 1960م ثم onudiاليونيد والتى تقوم منذ سنة 1966م بدور رئيسى فى عقد الموضوع للمزيد انظر بالفرنسية :

pp pretton la transfomation de lo onudi on institution specil see in ann fr drdr inter 1979 p 567

71) فيما يخص المفاوضات التى جرت بخصوص التجارة فى نطاق الغات وابرام اتفاقية طوكيو حول هذه المواضيع يمكن الرجوع الى مقالات القانون الدولى الاقتصادى بالفرنسية فى ann fr dr inter 1979 p 580

72) A. merloz sgp revue algerienne se juridque poli. 1976 p. 801

73) Voir. carreau dvrit international eccnomique cite. p 356

74) اعتداء سنة 1956م نتيجة لتأميم قناة السويس

75) انظر للتفاصيل د . هشام صادق النظام العربى لضمان الاستثمار منشأة دار المعارف .

6

القضاء وعلاقته بالعلوم القانونية وغيرها

للاستاذ/ مصطفى المهدوى
المستشار بمحكمة استئناف بنغازى

« بسم الله الرحمن الرحيم »

القضاء كما جاء فى الوصية التى تنسب الى امير المؤمنين عمر بن الخطاب (فريضة محكمة وسنة متبعة) وتستطرد الوصية المنسوبة اليه فتقول (آسى بين الناس فى مجلسك حتى لايطمع شريف فى حيفك ولاييأس ضعيف من عدلك ولايمنعك قضاء قضيته بالامس فراجعت نفسك فيه فتبين لك وجه الخطأ فيه ان ترجع عنه فالحق احق ان يتبع) .

والقضاء من هذا الوجه يتصل بالحكمة اتصالا وثيقا . . وخليق بالقاضى ان يتبين اوجه الحكمة فى القضاء فيتخذ لنفسه مسلكا اقرب الى الحكمة وادنى الى قواعد الحق المتعارف عليها فى مجتمعه ، ولاريب ان الحكمة البالغة لله تبارك وتعالى نزل كتابا احكمت آياته ثم فصلت من لدن حكيم خبير ، واذا كان على مؤمن ان يتلو كتاب ربه آناء الليل واطراف النهار ، فأجدر بالقاضى ان يجعله قيما عليه ومهيمنا على سلوكه وتصرفاته سواء فى مجلس القضاء او فى علاقاته مع غيره من الناس كافة ، ولعل من نافلة القول ان نصف احد القضاة بأنه عادل او مستقيم او محيط بأحكام القانون فهذه امور يجب ان تكون مفترضة فى كل من يشغل وظائف القضاء وانما يجب ان يكون القاضى عالما ، من اولى العزم فصيح اللسان .

العلم

على القاضى ان يكون عالما بأحوال الناس وطبائعهم ، محيطا بما ينفعهم وبما يردع المفسد منهم ، ملما بالمبادىء الاولية لتخصصاتهم فى السياسة والاقتصاد والطب والهندسة والزراعة وغير ذلك ، ان وظيفة القاضى هى وظيفة تطبيق القانون وتطبيق القانون ليس عملا مجردا عن الوقائع قد يتصل بالحياة السياسية او بالاوضاع الاقتصادية او بالعلوم الطبية او الهندسية او الزراعية او غيرها ، ولايمكن ان يكون انزال حكم القانون صحيحا الا اذا كان القاضى محيطا بالمعرفة الاساسية لهذه العلوم قادرا على فهمها .

1 ـ ان قضايا الدولة تتصل اتصالا وثيقا بالحياة السياسية العامة والاحاطة الواعية بالنسيج السياسى وركائزه الاساسية واهدافه العامة وعلاقاته الداخلية والخارجية تمكن القاضى من الوصول الى انسب الاحكام فى المحافظة على اعتبارات الامن والعدالة بأسلوب حكيم يكفل المحافظة على هيبة الدولة واحترام قوانينها .

2 ـ ان قضايا القتل والايذاء تتصل اتصالا وثيقا بعلوم الطب ، قد يعثر على جثة طفل مدفونة بطريقة غير شرعية ، فيبدأ الشك يساور مأمور الضبط القضائى فيخرج الجثة من

مدفنها ويدفع بها الى الفحص الطبى فيتبين ان جمجمة الطفل قد وجدت مهشمة تهشيما ان القاضى الذى لم يحط بعلوم الطب سيتجه الى القتل العمد سواء عرف الفاعل بالقرائن المتاحة فى الدعوى او لم يعرفه ، ولكن القاضى الذى يعلم الطب سيسأل عن عمر الطفل وقت دفنه ، فاذا كان قد هلك فى الاسابيع الاولى من بعد مولده فانه سيدرك ان الجمجمة تتركب من قطع متجاورة من العظام لاتلتحم وتتماسك الا فى مرحلة متأخرة من الطفولة ، فاذا دفن فى هذه السن المبكرة فمن طبائع الامور ان تتهاوى هذه القطع المتجاورة عندما يتحلل المخ فتبدو كالمهشمة سواء بسواء فلا يعرف على وجه اليقين ان كانت قد تهشمت قبل موت الطفل بفعل جنائى ام بعد موته بتحلل المخ وتداعى عظام الجمجمة قبل التحامها فيفسر هذا الشك لصالح المتهم قولا واحدا .

3 ـ الجرائم المالية من الاختلاس او الرشوة او السرقة او النصب تقتضى معرفة واعية بالعلوم الاقتصادية والاحوال المالية للافراد والجماعات ، وينسب الى عمر بن الخطاب رضى الله عنه انه اوقف حد السرقة فى عام المجاعة ، وماأظنه قد فعل ذلك لعدة اسباب منها :ـ

أولا : ـ ان العقوبة فى الاسلام انما توقع على الجانى قصاصا (ولكم فى القصاص حياة ياأولى الالباب لعلكم تتقون) ومعنى القصاص ان تقتص من الجانى فتصيبه فى نفسه وفى ماله بقدر ماأصاب من المجنى عليه .

لاتوقع العقوبة ردعا ولاتهذيبا ولا اصلاحا بل قصاصا وفى القصاص حياة للناس وقاية بعضهم من بعض ، ذلك لانه اذا علم الجانى انه سيؤخذ منه بقدر مايأخذ وسوف يصاب بقدر مايصيب بحيث يخرج من جريمته خاوى الوفاض دون ان يفلت بشىء من ثمار جريمته فانه سيرعوى وربما هذب نفسه واصلح اموره واصبح عضوا نافعا فى المجتمع ، ومتى كان الامر كذلك فان القصاص فى المجاعة ينبغى ان يكون اشد منه فى الرخاء ، لان الجانى يأخذ من مال المجنى عليه فى المجاعة بأكثر مما يأخذ منه فى الرخاء .

ثانيا : ـ ان قطع اليد تقرر عقابا للسارق ولم يتقرر عقابا لكل من سرق ، وفارق كبير فى اللسان العربى ان تقول اقطعوا يد السارق او تقول اقطعوا يد كل من سرق (السارق والسارقة فاقطعوا ايديهما) فهى فى القرآن الكريم بأل التعريف التى لاتفيد مجرد العود ، بل تتجاوز احكام العود والعود المتكرر الى الاحتراف المتصل الذى يبلغ حد الاشتهار .

فقولك السارق كقولك الفارس لايصبح فارسا كل من امتطى صهوة الفرس مرة او مرتين او قولك الطبيب لايصبح طبيبا لمجرد انه عالج جروحا او افاق مغشيا عليه فاذا احترف لص جريمة السرقة واتصل احترافه وصلا مزمنا ولم يجد معه قصاصا او تعزيزاً فلا مناص من قطع يديه الاثنتين .

(فاقطعوا ايديهما) ولليد ثلاث مفاصل ، فى الوضوء (فاغسلوا وجوهكم وايديكم الى

المرافق) فاذا جاء قطع اليدين مجردا فذلك يعنى قطعهما الى الرسغين ، لان ذلك هو المستفاد من قوله تعالى (الامن اغتراف غرفة بيده) فوردت اليد مجردة لمن لايغترف الماء الا بالجزء المتقدم من يده الى الرسغ ، وبديهة ان الحد فى هذه الحالة لاعلاقة له بالحالة الاقتصادية من المجاعة او الرخاء .

ثالثا : ـ واهم من هذا وذاك انه ماكان لاصحاب رسول الله ﷺ ان يعطلوا حدا من حدود الله وقد علموا انه من يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون والقول بقيام حالة الضرورة التى تبيح المحظور لاتعمم بما ينتهى الى تعطيل حدود الله بغير اذن من الله (ام لهم شركاء شرعوا لهم من الدين مالم يأذن به الله) وانما تحقق الضرورة بالنسبة لكل متهم فى كل قضية على حده ومايقال عن السارق والسارقة يقال عن الزانية والزانى لايجلد احدهما او كلاهما مائة جلدة الا اذا اعدا للامر عدة واقترفا الفاحشة اقترافا متواصلا مزمنا ولم يجد معهما قصاص او تعزيز حتى بلغا بالامر حد الاشتهار .

العزم

خليق بالقاضى ان يكون من اولى العزم فلا يستهين بشىء ولايحمل شيئا على غير محمل الجد سواء فيما يعرض عليه من القضايا او فيما يصدره من الاحكام او فيما يكتبه من الاسباب .

جاء داود عليه السلام اخوان يقول احدهما (ان هذا اخى له تسع وتسعون نعجة ولى نعجة واحدة فقال اكلفنيها وعزنى فى الخطاب) ليس هنالك اهون من ذلك فى القضاء انها قضية نعجة واحدة يتنازعها اخوان والقاضى هو داود عليه السلام بكل مااوتى من العلم والحكمة والتقوى وكان امتحانا عسيرا ومثلا بالغا ، اسرع داود عليه السلام بالحكم قبل ان يسمع دفاع الاخر (قال لقد ظلمك بسؤال نعجتك الى نعاجه) ولكنه كان اسرع الى ادراك مااخطأ فيه (فاستغفر ربه وخر راكعا واناب)

وجاءه قول ربه ليكون موعظة للقاضى من بعده حتى لا يستهين بشىء يعرض عليه وان يتبع الحق فى قضائه والايجعل للهوى سلطانا على حكمة (ياداود انا جعلناك خليفة فى الارض فاحكم بين الناس بالحق ولاتتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله ان الذين يضلون عن سبيل الله لهم عذاب شديد بما نسوا يوم الحساب)

ومن العزم ان ينزل القاضى الحكم الذى يتفق مع مبادىء العدالة واحكام القانون لايخاف فيه احدا الا الله ولايسترضى به احدا الا الله وضميره فذلك خير له عند ربه يوم لايجد له من دونه وليا ولانصيرا واذا كان القاضى قادرا على الاقناع بالكلمة الطيبة التى يدونها فى اسباب حكمه بليغا فى التأثير بها على الذين يقرؤنها بارعا فى اختيار الطف مافى اللسان من الالفاظ الكريمة اللينة فانه سينال رضاء الناس بعد رضاء الله ويكون له فى قومه قضاء مشهورا

ومن مقتضيات العزم الحيدة المطلقة واذا استطاع القاضى ان ينتزع نفسه ممن حوله فلا يكون له حزب ولا صاحب ولاخليل الا كتاب الله ومراجع القانون وملفات الدعوى ، فذلك خير له واقرب الى العدل فى قضائه وتصرفاته واجدر له بالثقة والاحترام وادعى الى الاطمئنان الى الدولة التى يعمل فيها وادنى ان تقوم امة تأمر بالمعروف وتنهى عن المنكر .

ان التحزب لشىء بغيض ، وهو ابغض مايكون اذا فعله القاضى لانه سيجد نفسه مضطرا لمنارة فئة على حساب الفئة الاخرى كما انه سيجد نفسه مضطرا لاختيار صبغة من الحياة السياسية والاجتماعية من دون الاخرى وليس للقاضى ان يختار لنفسه الا العدل بين الناس كافة لايتميز احدهم عن الاخر فى ميزانه بلون او عرق او مذهب او دين او غير ذلك مما يختلف الناس فيه ليس اظلم من حكم فرعون فى تاريخ الانسانسة كافة فهو الذى قال (انا ربكم الاعلى) وهو الذى قال (مااريكم الا ماارى وماأهديكم الا سبيل الرشاد) وقال (ياهامان ابن لى صرحا لعلى ابلغ الاسباب اسباب السماوات فأطلع الى اله موسى) وقد احس موسى عليه السلام بخطره على الامة فاتخذ لنفسه شيعة عسى ان يقوض بها اركان ظلمه (ودخل المدينة على حين غفلة من اهلها فوجد فيها رجلين يقتتلان هذا من شيعته وهذا من عدوه فاستغاثة الذى من شيعته على الذى من عدوه فوكزه موسى فقضى عليه قال هذا من عمل الشيطان انه عدو مبين) وانفرطت الشيعة ولجأ موسى الى مدين ورضى بالمأوى الذى كفله له صهره بعيدا عن مصر وبقى فرعون بظلمه وطغيانه .

ولو كان فى الاحزاب السرية او المعلنة خير لكان لله سبحانه وتعالى قد اسقط بها حكم فرعون ولما كانت تنفرط شيعة على راسها رجل كموسى عليه السلام ولكن يشاء لله الا يقذف الباطل الا بالحق المبين والمواجهة الصادقة والكلمة الطيبة والموعظة الحسنة ، واجدر بالقاضى ان يعى الحكمة من قصص موسى وفرعون فلا يتحزب ابدا ولايرضى فى امته احزابا وشيعا وقتالا فى سبيل عرض زائل لايبقى منه الا الحسرة والحزن وربما ادى الى سفك الدماء والى فساد كبير .

ومن العزم الا يكون القاضى مختالا فخورا او متعاليا مغرورا والا يتكبر الا بالحق ، فتراه فى مجلس القضاء قمة شامخة بأدبه واستحيائه ، وتراه يوقر الكبير ويحترم الصغير دون ان ينقص من قدره شيئا ، وتراه فى بيته سهلا لينا كريما عطوفا يستحى من الناس ويستحى الناس منه ، وليس من الشموخ ان يكون القاضى فظا غليظ القلب ، فربما يتعالى القاضى بابتسامة رقيقة او ملاحظة كريمة يبديها فى مجلسه بمرح خفيف ، عندما قال الكافرون والمشركون ان لهم الذكر وله الانثى قال تبارك وتعالى (تلك اذن قسمة ضيزى) فكانت كلمة كريمة طيبة ولكنها كالصاعقة تعصف بالباطل فلا تبقى من حجته شيئا ظاهرا .

اللسان

القضاء هو انزال حكم القانون على وقائع الدعوى وعناصرها ، والقانون سواء كان تشريعا او قضاء او فقها هو كلمة مكتوبة للافصاح عن قصد المشرع او القاضى او الفقيه ، والدعوى هى اوراق ومحاضر ومرافعات مكتوبة ويجب على القاضى ان يكون محيطا بعلوم اللسان حتى يفصح عن قصده بلسان مبين ، ولكى يستبين القصد من وراء الكلمة التى يقرؤها سواء فى دعوى او فى قانون او فى فقه او فى قضاء ، لاينبغى للقاضى ان يخلط بين الحيازة والملكية ، فالحائز قد لايكون مالكا والمالك قد لايكون حائزا ، ولاينبغى له ان يخلط بين المواد المخدرة والنباتات المخدرة فالمواد المخدرة هى كل مايصنع او يستحضر من المخدرات وهذه المواد يعاقب عليها بأشد العقاب ، بينما لايعاقب على النباتات المخدرة اذا كانت بذورا محمسة او سيقانا جافة ، ولاينبغى له ان يخلط بين شرب الخمر وبين تعاطيها ، فالشرب هو تناول الخمر سائلا عن طريق الفم ، اما التعاطى فهو تناول المواد المسكرة سائلة عن غير طريق الفم او غير سائلة ولو عن طريق الفم .

ولاينبغى للقاضى ان يخلط بين حروف الجر او لايتبين موضعها فى الكلام فحروف اللسان العربى لايغنى بعضها عن بعض ، بل ان لكل حرف دلالاته وموضعه . ويضرب الله المثل على ذلك فى احسن الحديث (افرايتم ماتحرثون أنتم تزرعونه ام نحن الزارعون ، لو نشاء لجعلناه حطاما فظللتم تفكهون ، انا لمغرمون بل نحن محرومون ، افرأيتم الماء الذى تشربون ، أنتم أنزلتموه من المزن أم نحن المنزلون لو نشاء جعلناه اجاجا فلولا تشكرون) فى الزرع يضع الانسان البذور ويسقيها ويرعاها حتى تصبح زرعا له ثمر فيظن انه هو الذى فعل ذلك فيرد التأكيد فى موضعه على انه برغم كل ذلك فان الله قادر على ان يجعله حطاما (لو نشاء لجعلناه حطاما) اما فى الماء فلا يتدخل الانسان الا فى جمعه بعد ان ينزل عليه من المزن ، فلم يعد الامر فى حاجة الى التأكيد على ان الله قادر على ان ينزله ملحا اجاجا كما ينزله عذبا فراتا (لو نشاء جعلناه اجاجا) .

مثال اخر حتى لايبدو الامر وكأنه صدفة فى كتاب الله ، مساق الناس يوم القيامة (وسيق الذين كفروا الى جهنم زمرا حتى اذا جاؤها فتحت أبوابها) هذا مساق صاحب النار يعجل له بفتح ابوابها كما كان يتعجل من امره فى الحياة الدنيا وكما كان يوشك ان يخرق الارض اذا مشى فيها ، (وسيق الذين اتقوا ربهم الى الجنة زمرا حتى اذا جاؤها وفتحت ابوابها) فى هذا المساق تظهر واو العطف لتفيد المهل والروية فهؤلاء القوم كانوا صابرين يمشون على الارض هونا فكانوا احق بأن يكون مساقهم هينا ، لينا ، كريما .

هذا بعض مايقال فى حرفين يظهر احدهما او لايظهر فى الحديث ، فماذا يمكن ان يقال فى الافعال والاسماء والحروف الاخرى للقاضى الذى يجب عليه ان يفهم فهما جيدا وان يعبر عن مقاصده تعبيرا صحيحا واضحا مبينا ، ومامن وسيلة عنده فى ذلك الا بالكلمة مقروءة او مكتوبة ، لقد وجد المهندس الة ترسم له خرائطه وتحسب له حساباته ، ووجد الطبيب آلة ترشده الى مكامن الداء ومواطن الدواء ، اما القاضى فلن يجد غير الكلمة المقروءة جيدا او المكتوبة جيدا ليصل الى العدالة التى ينشدها بلسان مبين .

بالعلم والعزم والبيان ، يصنع القاضى قضاء فى امته ، وهو فى سبيله هذا ليس فى حاجة الى نصوص تكفل حصانته ، او قوانين تغدق عليه ، فالقاضى الذى لايصنع حصانته لايستطيع ان يصنع قضاء ، والقاضى الذى لاتكفيه قناعته لاتغنيه كنوز الارض جميعا .

واذا قام قضاء فى امة فقد قامت الموازين القسط بين الافراد بعضهم بعض وبين الافراد من ناحية وبين اجهزة الدولة من ناحية اخرى واصبح الاستعلاء فيها لقواعد الحكمة ومبادىء العدالة واحكام القانون ، ووجدت افكار الحكماء واجتهاد الفقهاء بل وقوانين المشرع جهازا دائما مستقرا يضعها موضع التنفيذ ويفرض على الناس احترامها والالتزام بها ، وبغير القضاء الذى يعى مسئولياته ويحترم امانته ويدرك واجباته فان افكار الحكماء واجتهاد الفقهاء وقوانين المشرع ستظل اوراقا مهجورة لايدركها الا المهجورون .

بعد هزيمة فرنسا فى معركة واترلو وانهيار الامبراطورية الفرنسية سأل نابليون بونابرت عن الاحوال السياسية والاقتصادية والاجتماعية فى فرنسا فقيل له انها فى انهيار ساحق ، فسأل عن القضاء فى فرنسا فقيل له انه الجهاز الوحيد الذى سلم من الكارثة ، فقال على الفور كلمته المأثورة . . (اذن فرنسا بخير) ذلك لان القضاء بما يضعه من الموازين القسط ومايكفله من الامن والاطمئنان كفيل بأن يعيد الامجاد الفرنسية الى اعظم مما كانت عليه ، وقد فعل ذلك وعادت فرنسا لتتبوأ مكانتها فى الصدارة من السيادة القانونية فى العالم واقترنت كثير من القوانين باسم بونابرت .

وقال الرئيس الراحل جمال عبدالناصر ، ان القضاء هو وجه الامة وضميرها النابض ، ولاكرامة لامة ولاوجه لها ولا وازع لها من ضمير نابض ، واشرف لى ان يخالف القضاء عن امرى والا يكون فى مصر قوة تخالف عن امر القضاء .

وقال القائد معمر القذافى غداة تفجير الثورة ، ان مجلس قيادة الثورة باعتباره السلطة العليا فى البلاد وباعتباره ممثل الشعب له حق التوجيه والرقابة على جميع اجهزة الحكم فى الدولة الا جهة واحدة هى السلطة القضائية عامة والمحكمة العليا خاصة .

الدستور

لعل اول مايشغل به القاضي فى مباحث، ان يجد له سندا من المبادىء الدستورية الثابتة التى تنظم علاقته بالدولة ، وتحدد له القواعد الاساسية التى لاينبغى له ولا للمشرع ولا لاجهزة الدولة ان يحيدوا عنها او يخالفوا امرها .

الدستور كلمة فارسية معناها الاساس او القاعدة . وفى فرنسا معناها الاساسى ، ولاينبغى لنا ان نستنبط علما من العلوم من مجرد المفاهيم التعلقة بتسميته فى اى لسان من الالسن سواء كانت تسمية فارسية او عربية او فرنسية ، فالاسماء قد يختلط بعضها بالبعض وقد يفهمها قوم على نحو يخالف مفاهيم قوم اخرين وكذلك لايمكن استنباط علوم الدستور من دستور قائم او اعلان دستورى بصفة دائمة او بصفة مؤقت ، لان نصوص الدستور فى دولة من الدول لاتعبر دائما عن الواقع السياسى فى هذه الدولة ولقد قرانا فى كثير من الدساتير ملوكا لايحكمون بينما كان الواقع انه لم يكن يحكم فى ظل هذه الدساتير من احد سواهم ، وحتى اذا سلمنا بأن دستورا من الدساتير يحترم فى دولة من الدول فانه لايعطى مدلولا ضافيا عن الاوضاع الاساسية فى هذه الدولة يعمه الاوضاع الاساسية فى دولة من الدول قد تتجاوز نصوص الدستور لتشمل الاعراف الدستورية واحكام القوانين ذات الصبغة الدستورية كقوانين الانتخاب وقوانين الجنسية مثلا ، وكذلك فان دستور دولة من الدول قد لايخلو من نصوص لاعلاقة لها بالنظام الاساسى لهذه الدولة وانما يتعلق بعضها بقانون العقوبات كدستور سنة 1848 فى فرنسا الذى ينص على الغاء عقوبة الاعدام فى الجرائم السياسية ، وفى التشريع الدستورى الصادر سنة 1920م . فى الولايات المتحدة بتحريم الخمور ومعاقبة الذين يتعاطونها او يتاجرون فيها وظاهر ان ورود مثل هذه النصوص فى وثائق الدساتير قد قصد به ان يكون لها منزلة النصوص الدستورية فى ثباتها واستقرارها ، ولم يقل احد من الفقهاء انه قصد بها ان تكون نظاما من النظم الاساسية فى الدولة ، وينوه الفقيه الفرنسى فيديل VIDEL

عن ذلك بقوله : ان القانون الدستورى ليس هو بالضرورة قانون الدستور .

ويقول الفقيه جورج رينار GEORGE RENARD

حيث يكون علينا ان نعرف القانون الدستورى فان جميع الفقهاء يتفقون على تجاوز النصوص الدستورية ويقول الفقيه بريلو BRILOT

لاينبغى ان يكون القانون الدستورى قاصرا على مجرد تفسير نصوص الدستور وشرحها .

لذلك فان البحث عن دستور امة ينبغى ان يبدأ وينتهى بالبحث عن القواعد الاساسية

فى نظام دولة من الدول ، سواء كانت هذه القواعد نصوصا تشريعية او اعرافا متبعة او اوضاعا فعلية .

ان اول كرسى لمادة القانون الدستورى انشأه جيزو وزير المعارف فى عهد الملك لويس فيليب سنة 1834م . فى كلية الحقوق بباريس ، ووضع لدراسة هذه المادة نظاما يشمل وثيقة الدستور ومايلحق بهذه الوثيقة من ضمانات الافراد او حرياتهم ولقد ظل الفقه الدستورى محصورا فى هذا النظام لايكاد يخرج عليه من وصف الدولة ونظام السلطة فيها وعلاقة هذه السلطات بعضها بالبعض بل ان كثيرا من الفقهاء قد استبعدوا حريات الافراد بمجرد ان صدر دستور 1875م . فى فرنسا خاليا من هذه الحريات ، وفى مقدمة هؤلاء الفقهاء بارثلمى وبريلو ودوفيرجيه .

وطبيعى ان يتأثر فقهاء القانون الدستورى فى مصر بهذا النهج الفرنسى على اختلاف طفيف فيما بينهم يمكن ان نتبينه مما جاء به هؤلاء الفقهاء من تعريف بهذا القانون .

1 ـ الدكتور وايت ابراهيم والدكتور/ وحيد رأفت فى كتابهما القانون الدستورى طبعة سنة 1937م . (الدستور هو مجموعة القواعد الاساسية التى تبين شكل الدولة ونظام الحكم فيها ومدة سلطتها ازاء الافراد ، وبعبارة اوضح القانون الدستورى هو ذلك الفرع من فروع القانون العام الداخلى الذى يبحث فى كيفية تنظيم السلطات العامة فى الدولة من حيث التكوين والاختصاص وعلاقة هذه السلطات ببعضها ويضع الحدود التى يجب على الدولة الا تتعداها فى علاقاتها مع الجماعات والافراد حفظا لحقوق هؤلاء وحرياتهم) .

2 ـ الدكتور/ عثمان خليل فى كتابه المبادىء الدستورية العامة طبعة سنة 1943م . (القانون الدستورى هو المنظم لقواعد الحكم وسلطات الدولة المختلفة ، او هو مجموعة القواعد الاساسية التى تحدد شكل الدولة وترسم قواعد الحكم فيها وتضع الضمانات الاساسية لحقوق الافراد وتعين مدى سلطان الدولة عليهم وتنظيم سلطاتها العامة مع بيان اختصاصات كل واحدة من هذه السلطات) .

3 ـ الدكتور/ سيد صبرى فى كتابه مبادىء القانون الدستورية طبعة سنة 1949م . (القانون الدستورى هو القانون الاساسى للدولة الذى ينظم قواعد الحكم ويوزع السلطات ويبين اختصاص كل منها ويضع الضمانات الاساسية لحقوق الافراد ويبين مدى سلطان الدولة عليهم) .

4 ـ استاذنا الدكتور/ فؤاد مهنا فى كتابه دروس القانون الادارى المصرى طبعة سنة 1945م . (القانون الدستورى يبين كيفية تكوين السلطات بعضها بعض وحقوق الافراد الاساسية ازاء الدولة والسلطات العامة فيها) .

5 ـ استاذنا الدكتور/ عبدالحميد متولى فى كتابه المفصل فى القانون الدستورى طبعة سنة 1952م . (القانون الدستورى هو ذلك الفرع من فروع القانون العام الداخلى الذى يبين

نظام الحكم اى النظام الاساسى الداخل للدولة وعلى وجه الخصوص يبين كيفية تكوين السلطة التشريعية واختصاصاتها وعلاقاتها بغيرها من السلطات ولو اننا نتدبر اى دستور من الدساتير لوجدناه قاصرا على السلطتين التشريعية والتنفيذية بينما تركت السلطة القضائية لقوانين نظام القضاء والمرافعات المدنية والتجارية والاجراءات الجنائية ، هذا من ناحية ومن ناحية اخرى فاننا نجد نظام السلطة التنفيذية من المواضيع المشتركة بين القانون الدستورى والقانون الادارى ، ويقول الفقيه بريلوBRILOT

فى ذلك (ان تدريس مادة القانون الدستورى فى مرحلة متأخرة من النظم الجامعية كان من شأنه استبعاد علوم كثيرة من نطاق الفقه الدستورى كالنظام القضائى والنظام الادارى وكل مايتعلق بجنسية الدولة) .

من اجل ذلك فاننا نرى ان العناية بمصادر القانون الدستورى اولى بالرعاية من مباحث الدستور فى ذاته كوثيقة معلنة ، لاننا قد نجد بهذه الغاية دستورا ثابتا لقبيلة معزولة فى جوف الصحراء من واقع اعرافها وعلاقة افرادها بعضهم ببعض وعلاقة كل قبيلة بشيخها وبالقبائل الاخر المجاورة لها او النائية عنها ، فاذا امكن تحديد هذه المصادر ووضعها موضع التنفيذ باحترامها طوعا او كرها ، فانه يمكن بذلك ان يكون لهذا المجتمع دستورا قائما ، ولو لم يكن مكتوبا فى وثائق او منصوصا عليه فى القوانين .

يقول الفقيه فيدل VEDIL

ان لكل دولة دستورا من الناحية الموضوعية de point de vue opjectif

حتى ولو لم يكن لها دستور من الناحية الشكليةde point de vue formel

ويضرب على ذلك مثلا ببريطانيا فيقول انه وان لم يكن لها دستور من الناحية الشكلية الا ان لها دستورا من الناحية الموضوعية مادام القانون العام فيها يبين شكل الدولة والحكومة واختصاصات الهيئات الحاكمة .

ورغم ان كثيرا من الفقهاء يقرون الفقيه فيديل على ماذهب اليه الا انهم لايخرجون فى مباحثهم عن النهج التقليدى باستنباط القواعد الدستورية من وثائقها المعلنة فى نصوص مكتوبة ، وتراهم يتحدثون عن اساليب نشأة الدساتيرفى اربع مناهج دستور ينشأ منحة ، ودستور ينشأعقدا ، ودستور يصدر بواسطة جهة نيابية تأسيسية ، ودستور يصدر مباشرة بواسطة الشعب عن طريق الاستفتاء الدستورى ، ثم يتبعون مباحثهم بدراسة اساليب نهاية الدساتير من منطلق الفكر الدستورى المدون ويتخلون بذلك عن فلسفة دستور قائم بالفعل ولو بغير الوثائق المدونة دستور تمتد جذوره فى عقائد الامة واساليب التعامل بين افرادها من ناحية وبين الافراد وبين الاجهزة العامة التى تنظم شئونهم من ناحية اخرى ، جذور عميقة لاتسبر اغوارها ومالها من زوال .

وربما كان هذا هو مايعبر عنه فى الفقه بالعرف الدستورى الذى يعرف بـأنه اقـرار ضمير الجماعة باعتناق قاعدة قانونية متبعة ووضعها موضع التنفيذ . ولكننا نراه هـو الدستـور ذاته مادام يستمد جذوره من عقائد الامة ويجد له فقهاء يستنبطونه من وجدانها واجهزة قضائيـة وادارية تضعه موضع التنفيذ .

ولقد اغنانا اعلان قيام سلطة الشعب عن استنباط الدستور الليبى من واقع عقائد الامة واساليب التعامل بين افرادها من ناحية وبين الافراد وبين الاجهزة العامة التى تنـظم شئونها من نـاحية اخـرى ومدى مـالهذه الاجهـزة من حقوق الـطاعة ومـاللافـراد من الضـمانـات والحريات فى مواجهتها .

نص هذا الاعلان فى مادته الاولى على قيام الدولة الليبية ونص فى مادتـه الثانيـة على ان القرآن الكريم شريعة المجتمع فى هذه الدولة ، واى دستور يحيط بـالاحكام وبـالتفاصيـل العامة والخاصة كما احاط بها الله تبارك وتعـالى فى كتابـه الكريم ، واى شريعـة يبغون غـير شريعـة الله التى احكمت آياتهـا ثم فصلت من لـدن حكيم خبـير ، ان شريعـة يجـد فيهـا الانسان اجابة لسؤاله عن البيوت التى يحل له ان يأكـل فيها ستمـده بلا ريب اذا شـاء بكل مايحتاج اليه من الاحكام فى تعامله مع الدولة او مع غيره من الافراد .

لقد فتح اعلان قيام سلطة الشعب للفقهاء آفاقا لم تكن متاحـة لهم فى الفقه الفـرنسى او فى اى فقه غيره لاستنباط قواعد النظام العام واحكام القانون من كتاب الله مباشرة « ولقـد يسرنا القرآن للذكر فهل من مذكر » كما اتاح لرجال القضاء ان يضعوا احكام ربهم موضـع التنفيذ فذلك خير للامة واقوم عند الله واهـدى سبيلا ، « ومن احسن من الله حكـما لقوم يوقنون » .

القسم الثاني

القضاء

1

عرض لقضاء المحكمة العليا في خمس سنوات (1980 ـ 1985)

اعداد : د. محمد مختار عثمان

المقدمة

لاحكام القضاء اهمية خاصة فى مجال الدراسات القانونية فهى تمثل القانون الحى لانها تعكس المشاكل القانونية المعيشة فعلا وبالتالى فهى تعبر عن القانون المطبق فعلا بالمقابلة للقانون النظرى المتمثل فى النصوص التشريعية .

وللقضاء اهمية خاصة لدى انصار المدرسة الاجتماعية اذ يعتبرون « الحكم » او امكانية الحصول على حكم من القضاء حول مسألة معينة،من الخصائص التى تميز القاعدة القانونية عن غيرها من قواعد السلوك فى المجتمع . ولذلك فما يصدق عليه مصطلح « قانون » لديهم اضيق مما هو عند انصار المدرسة الوضعية .

ويلعب القضاء فى النظام القانونى فى الجماهيرية دورا هاما فى تفسير وتطبيق القواعد القانونية . وهو يقوم بهذه المهمة دونما عون من فقه ينير له الطريق او اعمال تحضيرية تساعده على ازالة مايكتنف بعض النصوص من غموض ولذلك من الواجب ان نلتمس له العذر اذا ماشاب اجتهاده قصور . وتزداد مهمة القضاء لدينا صعوبة فى غياب دورية متخصصة لنشر الاحكام القضائية كى يتمكن القاضى بسببها من الاطلاع على اجتهادات زميله ببنغازى او قاضى درنه مع العلم بما يسير عليه قضاة طرابلس وهكذا ، ولايغنى عن ذلك نشر احكام المحكمة العليا ، فليست كل الاحكام تصل الى المحكمة العليا ، كما انه قد لاتتاح لهذه المحكمة ـ لاسباب تتعلق بالشكل ـ الفرصة للتعرض لما قضت به المحكمه المطعون فى حكمها فى الموضوع .

اما عن احكام المحكمة العليا فيتولى المكتب الفنى بالمحكمة القيام بمهمة نشرها . وكما هو معروف وقبيل صدور مجلة المحكمة فى 1964م ، كانت تجمع احكام عدة سنوات وتنشر فى مجلد واحد مفهرس ابجديا وبذلك كان من السهل الرجوع اليه عندما تطرح مسألة يراد معرفة قضاء المحكمة بشأنها . وبصدور مجلة المحكمة اصبحت هذه الاحكام تنشر فى هذه المجلة بصفة دورية ومع توالى السنوات يصبح من العسير معرفة قضائها فى شأن مسألة معينة اذ سيتطلب الامر من الباحث تصفح كل اعداد المجلة وقد حاول المكتب الفنى سد هذا النقص بإصدارة « مجموعة المبادىء » ولكن للاسف وحسب علمنا توقفت هذه المبادرة ولحسن الحظ فقد جاءت المجموعة المفهرسة لعمر عمرو وغطت جانبا من ذلك فقد اشتملت على فهرسة لقضاء المحكمة العليا فى عشر سنوات « 1964 ـ 1974 » ولكن منذ ذلك التاريخ ظهر الفراغ من جديد وفى محاولة متواضعة من هذه المجلة فإنها ستخصص هذا القسم لتقديم عرض سريع لقضاء المحكمة العليا بداية من 1980 ـ 1985 وسنبدأ بالقضاء الادارى .

لجنة التحرير

اولا

الوظيفة العامة

١ ـ شروط الاستقالة الضمنيه

تناولت المحكمة العليا فى حكمها الصادر فى 30/6/1982 فى الطعن الادارى رقم 11/28ق شروط اعتبار الموظف مستقيلا وفقا للمادة 109 فقرة أ/ب من قانون الخدمة المدنية رقم 55 لسنة 1976 نصت على اعتبار الموظف مستقيلا اذا انقطع عن عمله بغير اذن خمسة عشر يوما متتالية ولو كان الانقطاع عقب اجازة مرخص له فيها ، ونصت الفقرة الثانية والثالثة من نفس المادة على حالات تقديم العذر وحالات رفض الجهة المختصة له وانهاء خدمات الموظف نتيجة لذلك . وان مناط العمل بهذه النصوص هو حالة الانقطاع الاختيارى للموظف عن مباشرة عمله مدة تزيد على خمسة عشر يوما بدون اذن ولاتسرى على الحالات التى تتخذ فيها جهة العمل التابع لها الموظف اجراء من جانبها بوقفه عن العمل او بوقف مرتبه لانه فى هذه الحالة ينعدم الغياب الاختيارى ويصبح انقطاع الموظف عن عمله سببه الاجراء الصادر من الجهة التى يعمل بها ، وانه كان يجب على الادارة لكى تسرى فى حق الطاعن المواعيد المنصوص عليها بالمادة 109 فقرة 1 ـ ب اخطار الموظف بالعدول عن قرارها بوقف راتبه حتى يتسنى له مباشرة عمله وان تغيب بعد ذلك جاز لها انهاء خدماته .

٢ ـ التفرقه بين اصابة العمل والمرض المهنى

فى حكمها الصادر فى 5 يناير لسنة 1983م فى الطعن الادارى رقم 22/26ق فرقت المحكمة العليا بين اصابة العمل والمرض المهنى ، فقررت ان المقصود بإصابة العمل الموجبة للتعويض طبقا لعقد الاستخدام هى الاصابة الناشئة عن مباشرة العمل ولايدخل فى ذلك المرض الجسمى المزمن الذى تنعدم معه رابطة السببية بين الوفاة ومباشرة العمل ولايتوافر فيه عنصر المفاجأة الذى يجب ان تتصف به اصابة العمل وهو مايميز الاصابة عن المرض المهنى . واذا كان الثابت من ملف خدمة الموظف ان حالة المتوفى الصحية كانت محل علاج وعلى مدى زمنى طويل نتيجة لاصابته بأمراض القلب والسكر والتجلط قبل وبعد التحاقه بالعمل لدى جهة العمل مما ينفى رابطة السببية بين الوفاة ومباشرته لمهام وظيفته الاخيرة وانه من المتفق عليه ان كافة التشريعات بما فى ذلك عقد الاستخدام قد كفلت حق الموظف فى العلاج والراحة فى حالة المرض ، واذا كان الثابت من ملف الموظف انه لم يعترض على العمل الاضافى او طلب اعفاءه منه استجابة لدواعيه الصحيه فإن اصابة المتوفى ليست اصابة عمل .

٣ ـ اعادة التعيين بسبب الحصول على مؤهل اعلى اثناء الخدمة

تعرضت المحكمة العليا فى حكمها الصادر فى 1982/11/24 فى الطعن الادارى رقم 27/20ق للحالة التى يتم فيها اعادة تعيين الموظف الذى يحصل على مؤهل اعلى اثناء الخدمة . فقررت ان قرار مجلس الوزراء بقواعد تعيين حملة المؤهلات العلمية فى الوحدات الادارية الصادر بتاريخ 1976/10/31 والذى نص على العمل به اعتبارا من اول سبتمبر 1976 قد حدد فى مادته الاولى الدرجات المالية التى يمكن ان يعين فيها حملة المؤهلات العلمية ونص فى مادته الثانية على ان فى « الحالات التى يحصل فيها الموظف اثناء خدمته على مؤهل من المؤهلات المشار اليها يعاد تعيينه وفقا للقواعد المقررة فى المادة السابقة ، فإذا كان شاغلا لنفس الدرجة المخصصة للمؤهل الذى حصل عليه ، فتحدد اقدميته فى هذه الدرجة بتاريخ شغله لها او حصوله على المؤهل ايهما اسبق » .

ويفهم من هذا النص ان الموظف الذى يحصل اثناء خدمته على مؤهل علمى يؤهله لشغل درجة عالية من الدرجات التى حددها القرار لايعاد تعيينه او تحدد اقدميته فى الدرجة المخصصه لمؤهله الا اذا كان شاغلا لنفس تلك الدرجة او لدرجة اقل منها اما اذا كان قد تجاوز الدرجة المخصصة لمؤهله الى درجة اعلى فلا مجال لاعمال هذه القاعدة لانتفاء الحكمة التى قصدها المشرع من وضعها الا وهى انصاف اصحاب المؤهلات ولافرق فى ذلك بين ان يكون الموظف قد التحق بالخدمة العامة قبل او بعد العمل بهذا القرار اذ من المقرر ان القانون لايسرى بأثر رجعى وانما يسرى بأثر فورى على جميع الوقائع التى تحدث بعد نفاذه حتى ولو كانت ناتجه عن تصرفات او مراكز قانونية سابقة لذلك .

انتهاء ترخيص ؟

٤ ـ انتهاء الترخيص بمزاولة المهنة وعلاقته بانتهاء العلاقة الوظيفية

تعرضت المحكمة العليا لهذا الموضوع فى حكمها الصادر فى 14 يونيو 1979 فى الطعن الادارى رقم 24/1 ، 24/32ق ، وكانت وقائع الدعوى تتلخص فى ان طبيبة اسنان مصرية عينت فى وزارة الصحة بموجب عقد استخدام واثناء عملها تقدمت بطلب للحصول على ترخيص بمزاولة مهنة طب الاسنان فى عيادة خاصة فى غير اوقات العمل الرسمية واستجابة لهذا الطلب ووفقا لقرار مجلس الوزراء فى شأن تنظيم عمل الاطباء بعقود فى غير اوقات العمل الرسمية قررت وزارة الصحة بقرارها رقم 72/163

بالترخيص لها بمزاولة المهنة واستمرت تعمل فى وظيفتها وفى عيادتها الخاصة الى ان تقدمت باستقالتها من عملها بوزارة الصحة فى 1/8/1975 وقبلت استقالتها فى 11/8/1975 وتفرغت للعمل بعيادتها وبتاريخ 17/2/1976 قررت وزارة الصحة الغاء الترخيص الممنوح لها بمزاولة المهنة فى غير اوقات العمل الرسمية من تاريخ تركها الخدمة فى الدولة واغلاق العيادة اداريا .

رفعت الطبيبة المذكورة دعوى امام محكمة استئناف طرابلس وصدر فيها حكم فى 31/5/1977 بالغاء قرار وزير الصحة سالف الذكر ولما طعن فى هذا الحكم امام المحكمة العليا نقضت هذا الحكم وكان مثار الخلاف بين محكمة الاستئناف والمحكمة العليا حول العلاقة بين مزاولة المهنة والعلاقة الوظيفية .

فذهبت محكمة الاستئناف الى ان الترخيص وان كان قد قام على اساس ان الطاعنه وقت صدوره تعمل فى الحكومة الا ان اثر ذلك لايعدو الاذن للطاعنة بالعمل فى غير اوقات العمل الرسمية فإذا ماانتهت هذه العلاقة سقطت الحاجة الى الاذن لانقطاع العلاقة اما باقى الاحكام من حيث شروط مزاولة المهنة واجراءات الترخيص وفتح العيادة وغيرها فلا اختلاف فيها بين الذى يزاول المهنة حرا وبين من يزاولها وهو متعاقد مع الحكومة او القطاع العام اما المحكمة العليا فقد ذهبت الى ان حكم محكمة الاستئناف قد خالف القانون بما يوجب نقضه وان قرار وزير الصحة بالغاء الترخيص وغلق العيادة اداريا متفق مع القانون واستندت فى ذلك الى ان منح الترخيص للطبيب الذى يعمل مع احدى الجهات الحكومية لمزاولة مهنته فى عيادة خاصة امر جوازى للجهة الادارية تمنحه بما لها من سلطة تقديرية وفقا للشروط القانونية والشروط الاخرى التى تراها محققة للمصلحة العامة لان الترخيص فى هذه الحالة ليس حقا للطبيب الذى يعمل مع الحكومة وانما هو استثناء من حظر عام يمنع على الطبيب الذى يعمل مع جهة حكومية مزاولة مهنته فى عيادة خاصة وكان المشرع قد اشترط فى منح هذا الترخيص الخاص للطبيب الاجنبى ان يكون متعاقدا مع احدى الجهات الحكومية وان يكون الترخيص مؤقتا بمدة عمله مع هذه الجهات فاذا انتهى التعاقد انتهى الترخيص لزوال سببه .

أ انهاء الخدمة ؟

٥ ـ اثر الحكم الجنائى على سلطة الادارة فى انهاء خدمات الموظفين بعقود

تعرضت المحكمة العلياء لهذا الموضوع فى حكمها الصادر فى 23 ابريل 1980 فى الطعن الادارى رقم 45/25ق وذلك بمناسبة ظهور عضو لهيئة التدريس بالجامعة بمظهر لايليق بشرف الوظيفة او يتعارض مع مقتضياتها او سقوطه فى مواطن الزلل والشبهات اثناء سريان عقد استخدامه . وقيام الجامعة بانهاء خدماته لهذا السبب وقررت فى هذا الخصوص ، ان لجهة الادارة انهاء هذا العقد بمجرد ثبوت وقوع الموظف فى المحظور بصرف النظر عما اذا كانت هذه المحظورات تعد جرائم معاقباً عليها جنائيا وعما اذا كانت الدعوى العمومية لم ترفع اصلا او رفعت وصدر فيها حكم بالعقوبة وذلك اعمالا للمادة 12 من عقد الاستخدام والتى تلزم الموظف بألايستغل مركزه الوظيفى فى مصالحه الخاصة وان يبتعد بسلوكه عن مواطن الزلل والشبهات او الظهور بمظهر لايليق بشرف الوظيفة ويتعارض مع مقتضياتها ولا وجه للتحدى بأن تاريخ الحكم الجنائى النهائى الصادر بإدانة الموظف كان تاليا لصدور قرار الفصل وانه كان يتعين اعتبار تاريخ صدور حكم الادانه اساسا لمحاسبته طالما كان ذلك هو الاساس الذى بنى عليه قرار الفصل ، لان الحكم الجنائى لايعدو ان يكون كاشفا ومؤيدا لصحة السبب الذى بنى عليه الانهاء وليس منشئا له .

كما انه لاوجه للقول بأن القرار المطعون فيه بنص على انهاء الخدمة قبل اجراء التحقيقات بأربعة ايام طالما ان الثابت من هذه التحقيقات ان الواقعة ترجع الى عامين سابقين على تاريخ التحقيقات .

٦ ـ رقابة المحكمة على انهاء عقد الاستخدام

تعرضت المحكمة العليا فى حكمها الصادر فى 5 مايو 1982 فى الطعن الادارى رقم 19/25ق ، 41/25ق لسلطة محكمة الموضوع فى الرقابة على قرارات الادارة بإنهاء خدمات المستخدمين بعقود وفقا للمادة 16 من العقد والتى تقضى بحق الادارة فى انهاء العقد وفصل الموظف من الخدمة فى اى وقت وبدون انذار اذا اخل بواجباته الرسمية وكان هذا الاخلال ماسا بكيان الدولة او اذا ساء سلوكه لدرجة شائنة سواء داخل دائرة او خارجها وقررت فى هذا الخصوص ، ان الادارة اذا انهت عقد الاستخدام دون محاكمة تأديبية وانما تأسيسا على قيام الموظف بأفعال ادت الى اتهامه وادانته جنائيا عن اهمال

ومخالفات مالية وادارية ارتكبها اثناء عمله فإن لمحكمة الموضوع ان تتعرض للوقائع التى جاء بها الحكم الجنائى ولايعتبر ذلك من قبيل الخلط بين المسؤولية الجنائية والتأديبية وانما يعتبر ذلك من قبيل مراقبة صحة الافعال التى بنى عليها القرار الادارى وسلامة التكييف القانونى بما يتفق ونصوص العقد .

كما ان ارتكاب الموظف لمخالفات مالية وادارية ترتب عليها صرف مبالغ مالية لمقاول دون وجه حق وقد ادين فيها الموظف جنائيا فإن هذه الافعال لاتعتبر من قبيل الافعال الماسة بكيان الدولة او التى تسيء الى سلوك الموظف بدرجة شائنة .

٧ ـ انهاء الخدمة بغير الطريق التأديبى

تعرضت المحكمة العليا فى حكمها الصادر فى 16 فبراير 1983 فى الطعن الادارى رقم 3 / 27ق لسلطة الادارة فى انهاء خدمة المستخدم بعقد بغير الطريق التأديبى ، وقررت فى هذا الخصوص انه اذا كان عقد الاستخدام الذى ابرم بين المواطن والادارة قد تضمن شرطا مفاده ان لكل من طرفى العقد نسخه ولم يرد بالشرط او بالعقد مايفيد استعمال هذا الحق سوى وجوب انذار الطرف الاخر بكتاب مسجل مصحوبا بعلم الوصول قبل تاريخ الفسخ بثلاثين يوما ، واذا كانت الادارة قد انذرت المتعاقد معها بالاستغناء عن خدماته بعد شهر من تاريخ الانذار ثم انهت العلاقة الوظيفية فالادارة تكون قد استعملت حقها فى انهاء خدمة الموظف المتعاقد معها بغير الطريق التأديبى وان هذا الحق هو حق اصيل ثابت لها بمقتضى عقد الاستخدام وتنفرد هى بتقديره لانها هى التى عينت الموظف بتقدير صلاحيته للنهوض بالوظيفة العامة والاستمرار فى تولى اعبائها فإن لها ان تقرر انهاء خدمته لاعتبارات المصلحة العامة ولاسباب جديه قائمة بالموظف وهذا من الملاءمات المتروكة لتقديرها بلا معقب عليها مادام قرارها قد خلا من عيب اساءة استعمال السلطة .

★ **النصوص الكاملة للاحكام المعروضة هنا منشورة بمجلة المحكمة العليا إبتداء من عدد اى النار 1980م وحتى التمور 1985 .**

تأديب محررى العقود

تعرضت المحكمة العليا فى حكمها الصادر فى 13/11/91م فى الطعن الادارى رقم 27/9 ، 28/8 لتحديد الجرائم التأديبية التى يسأل عنها تأديبياً محررى العقود والجهة المختصة لتحقيق معهم وقررت فى هذا الخصوص الاتى :-

1 - أن الماده 36 من القانون رقم 22/68 بشأن محررى العقود تنص على ان [كل من يخل من محررى العقود بواجباته او بشرف طائفته او سلك فى الحياة العامة والخاصه سلوكا يحط من كرامته او كرامة مهنته يعاقب تأديبياً بأحدى العقوبات المنصوص عليها فى هذا القانون ولايخل ذلك بمسائلته مدنيا او جنائياً عند الاقتضاء]

ومفاد هذا النص ان المشرع لم يحدد الجرائم التأديبية التى يمكن ان تنسب الى محررى العقود على سبيل الحصر وانما ترك كما فى كثير من القوانين المماثلة لسلطة التأديب حرية واسعة فى تقديرها فاكتفى باعتبار كل إخلال بواجبات المهنة او بشرف الطائفة ، وكل سلوك يحط من كرامة محرر العقود او بكرامة مهنته جريمة تأديبيه يسوغ إحالة مرتكبها على مجلس التأديب لمجازاته على ذلك ولتوقيع العقوبه المقررة عليه .

وعلى هذا الاساس فأن عدم التزام محرر العقود بأحكام القانون فى تقدير اتعابه عن تحرير عقد تأسيس احدى الشركات يشكل بدون شك اخلالاً بواجبات المهنه وخروجاً على مقتضياتها ونيلا من شرفها وكرامتها ومن هنا يكون صحيحاً قرار احالة محرر العقود الى مجلس التأديب وايقافه عن العمل احتياطيا لمدة ثلاثة اشهر

2 - وانه وفقا للمادة 35 من القانون 22/68 التى تنص على ان « تنشأ بقرار من وزير العدل ادارة عامة لشئون التوثيق تخص بالرقابة والاشراف على اعمال محررى العقود » فان الادارة العامة للتوثيق لها اختصاص عام فى مجال الرقابة والاشراف على اعمال محررى العقود وهى المختصة بالتحقيق معهم باعتبار التحقيق جزءاً من المهمة الرقابيه والاشرافية الموكلة لهذه الادارة .

الاختصاص بتأديب رجال الحرس البلدي

تعرضت المحكمة العليا فى حكمها الصادر بجلسة 25/5/1983 فى الطعن الادارى رقم 24/27ق بالجهة المختصه بتأديب رجال الحرس البلدى وهل يتم ذلك وفقا للقانون رقم 30/77 بشأن الحرس البلدى ولقانون رقم 39/75 بشأن البلديات ام يتم وفقا لقانون الشرطة

وقد أوضحت المحكمة فى هذا الخصوص ان المادة 18 من القانون رقم 30/77 بشأن

الحرس البلدى قد نصت على ان يتولى مجلس التأديب العام بالبلدية محاكمة رجال الحرس البلدى من رتبة مفتش اول فما دون ، اما اذا كان المحال للمحاكمة من رتبه مساعد كبير المفتشين فأعلى فتكون محاكمته امام مجلس تأديب اعلى بشكل بقرار من وزير البلديات برئاسه وكيسل الوزارة وعضويه احد المديرين العامين والمستشار القانونى للوزارة

كما نصت المادة 55 من القانون رقم 39/75 بشأن البلديات والذى صدر قانون الحرس البلدى بالاستناد اليه ويعتبر على ان تكون المحاكمة التأديبيه لموظفى البلديات امام مجلس تأديب بشكل بقرار من رئيس اللجنة الشعبية للبلديات برئاسة الامين العام وعضوية احد اعضاء اللجنة تختاره اللجنة ومستشار قانونى وذلك عدا الفئة الاولى الذين تكون محاكمتهم امام مجلس التأديب الاعلى واضافت المحكمة العليا ان عبارة هذين النصيين المكملين والمتممين لبعضهما صريحة فى الدلالة على ان المختص بمحاكمة رجال الحرس البلدى من رتبه مفتش اول فيما دونهم من مواظفى البلدية الذين يشغلون حسب درجة معادلة درجاتهم بدرجات الخدمة المدنية رقم 2 الملحق بالقانون رقم 30/77 درجات اقل من درجات الفئة الاولى انما هو مجلس التأديب العام بالبلدية وان هذا المجلس يشكل بقرار من رئيس اللجنة الشعبية للبلدية يجب ان يكون الامين العام ومن احد اعضاء اللجنة الشعبية ومن مستشار قانونى ، ومن ثم فلا صحة للقول بأن المجلس المذكور يجب ان يشكل وفق ما نصت عليه المادتان 79 ، 80 من قانون الشرطة ، وليس فيما تضمنته الماده 4 من القانون رقم 30/77 ما ينال من ذلك ، لان ماورد بها أنه فى حالة عدم وجود نص فى القانون المذكور تطبق فى شأن تأديب رجال الحرس البلدى الاحكام الخاصة بنظام تأديب الشرط ، لاينصرف الى تشكيل المجلس فى حد ذاته وانما الى الطريقة والاجراءات التى يتعين اتباعها فى المحاكمة امام هذا المجلس .

تحديد المخالفات الماليه :-

تناولت المحكمة العليا فى حكمها الصادر فى 23 مارس 1983 فى الطعن الادارى رقم 1/27ق تحديد المخالفات المالية وقررت فى هذا الخصوص ان كون المخالفة مالية او ادارية هو تكيف يقوم على اساس من طبيعة الذنب الذى يقترفه الموظف طبقا للتحديد الوراد فى الماده 31 م قانون ديوان المحاسبة رقم 79/1975 ويستفاد من هذا النص ان المشرع اراد بالاضافة الى تحديده لبعض المخالفات المالية الخاصة فى بقية فقرات المادة 30 من القانون المذكور وضع تعريف عام للمخالفات المالية يقوم على معيار نتيجة الفعل المرتكب بحيث يعتبر من المخالفات المالية ككل تصرف يؤدى الى صرف مبلغ من الاموال العامة او ضياع

حق من الحقوق المالية للدولة او المؤسسات او الهيئات العامة او اى جهة اخرى تخضع لرقابة ديوان المحاسبة وذلك بغض النظر عما اذا كان الذنب المقترف عمد او كان نتيجة اهمال او تقصير وبغض النظر ايضا عما اذا كانت القوانين والوائح التى وقع الفعل بالمخالفة لها ذات طبيعة مالية بحتة ام لا ، وليس من شك انه وقد ترتب على تصرف الموظف صرف مبلغ من الاموال العامة بغير وجه حق الامر الذى يتعين معه القول بأن المخالفات الانفة الذكر هى من قبيل المخالفات المالية التى تنعقد سلطة التأديب بشأنها لمجلس التأديب للمخالفات المالية المنصوص عليها فى المادة 88 من قانون الخدمة رقم 55/1976

تسبيب قرار التأديب :.

تعرضت المحكمة العليا فى حكمها الصادر فى 22/4/1984 فى الطعن الادارى رقم 10/29ق لمدى اعتبار قرار التأديب مسببا اذا ما استند الى كتاب الجهاز المركزى للرقابة الادارية بشأن ارتكاب الموظف لمخالفات ادارية واوضحت فى هذا الخصوص انه يكفى لصحة القرار الادارى قيامه على سبب يبرره من الواقع والقانون ذلك ان السبب هو قيام الحالة الواقعية او القانونية التى تحمل مصدره على التدخل بقصد احداث اثر قانونى هو محل القرار واذا كان القرار الصادر بتوقيع عقوبة الخصم من المرتب قد استند الى كتاب الجهاز المركزى للرقابه الادارية بشأن ارتكاب الطاعن لمخالفه ادارية كانت السبب فى تصدار القرار المطعون فيه ، وقد ورد ذلك فى صلب القرار مما يجعله قد جاء مسببا من حيث الشكل وقائما على سبب موضوعى يبرره

مدى احتساب المزايا الاضافية ضمن الراتب الاساسى للمواظف المغترب

فى هذا الخصوص قررت المحكمة العليا الصادر فى 22/12/1982 فى الطعن الادارى رقم 31/26 بأن بدل طبيعة العمل المقرر للعاملين بالوحدات الثقافية الجماهيرية المتنقلة بالمحافظات ليس جزءاً من المرتب الاساسى للموظف وانما هو من المزايا الاضافية ككل ما يصرف له علاوة على مرتبة الاساسى وشأنه شأن العلاوات والمكافأت والبدلات التى لا يشملها المرتب الاساسى واعتبرت فى نظر المادة الثانية من نموذج عقد استخدام الموظف المغترب من المزايا

وطبقا لما نصت عليه لائحة الموظفين بعقود ونص عليه نموذج عقد الاستخدام اللذان تكفلا بتنظيم الاوضاع الماليه والوظيفية لهذه الفئة من الموظفين فان احكام جميع القوانين

واللوائح التى يخضع لها سائر المواظفين تسرى على الموظف المغترب بما يتعارض مع نصوص عقده ، مالم يتقرر بنص خاص فيها او فى العقد ما يخالف ذلك ، وانه لا يستفيد من المزتيا الورادة فى تلك القوانين واللوائح الا فى الحدود المنصوص عليها فى عقده ومعنى ذلك انه لايحق للموظف المغترب ان ينتفع بما يقرره القانون للمواظفين من مزايا عامة او خاصة الا اذا وردت فى عقد استخدامه ، او نص القانون صراحه على استفادته منها

استحقاق المتعاقد المفصول لمرتب المدة المتبقية من عقد الاستخدام

عرض هذا الموضوع على المحكمة العليا فى الطعن الادارى رقم 23/27ق وفى حكمها الصادر فى هذا الطعن بتاريخ 22/6/1983 حددت طبيعة المرتب عن المدة المتبقية من عقد الاستخدام ومدى التزام الادارة به

وكان موضوع هذا الطعن ان جامعة الفاتح تعاقدت مع شخص بموجب عقد مغترب للتدريس بها لمدة سنتين ثم جدد عقدة لمدة اخرى تنتهى فى 31/8/1977م . وفى 29/2/1977 ضبط متلبسا ببيع الخمر وضبط بمنزله مصنع كامل لصنع الخمور وقدم للمحاكمة حيث حكمت المحكمة بادانته وبالحبس مع الشغل لمدة وبغرامه ، وتأيد هذا الحكم من محكمة الجنح المستأنفة ولكنها أمرت بوقف تنفيذ عقوبه الحبس

ولذلك انهت الجامعة خدماته اعتباراً من 15/2/1977م . لمخالفته لنصوص العقد .

وإعتبر المذكور ان ذلك القرار فصلاً تعسفياً ورفع دعواة امام دائرة القضاء الادارى بمحكمة استئناف طرابلس مطالبا بالتعويض عن الفصل التعسفى ولكن المحكمة لم تحكم للمذكور بالحق فى مقابل مدة الانذار ومقابل نسبة 15٪ من مرتبه عن المدة المتبقية من العقد ، وقد ايدت المكمة العليا هذا الحكم واستندت فى ذلك الى ان طلب استحاق نسبة 15٪ من المرتب عن المدة المتبقية من عقد الاستخدام هو فى حقيقته طلب بالتعويض لايقوم على اساس من القانون لان تصرف الادارة كان سليما ويتوافر فيه عنصر الخطأ

مدى استحاق علاوة السكن

1 ـ حكمت المحكمة العليا فى 26/3/1980 فى الطعن الادارى رقم 3/24/5 ق بأن مناط الحرمان من علاوة السكن بالنسبة للمتقاعدين او المستحقين عنهم هو تحقق احد الشروط المانعة من الاستمرار فى الانتفاع بها والتى اقتضاها المشرع وفقالنص الفقرة 2/85

من قانون التقاعد الصادر سنة 1967 وقرر ان تملك المتقاعد والمقرر له بدل سكن ، لمسكن غير لائق للسكن وغير صحى لايمنع من استحقاقه لعلاوة السكن وان سكنى المتقاعد الفعلى لهذا المسكن منذ احالته الى التقاعد لايغير من الامر شيئا لان وصف محكمة الموضوع لهذا المسكن بانه غير صحى وغير لائق للسكن هو وصف قانونى مجرد لايتعلق بذأت الموظف على الرغم من تعبير المادة المذكورة بقولها يصلح لسكناه فالقابلية لسكناه لاتعنى شخص الموظف وانما تعنى مفهوما مطلقا

2 ـ وفى حكم لها فى 10 مارس 1982 فى الطعنى الادارى رقم 22/25 ق قررت ان دعوى تقرير مبدأ استحقاق علاوة السكن يكفى ان يرفعها احد المستحقين لها ليستفيد من تقرير مبدأ استحقاق جميعهم بغض النظر عمن رفع الدعوى ومن لم يرفعها اصلا وان الفهم الصصيح لحكم المادة 85 ـ 2 من قانون التقاعد سنة 1967 ينصب على الانتفاع بمسكن مملوك للدولة او استأجرته للموظف وحالات الحرمان من الاستمرار من هذا الانتفاع عندما تقاعد الموظف او وفاته . وقد قصد المشرع من وراء هذا النص حماية اسرة المتقاعد او المتوفى لضمان الاستمرار فى الانتفاع بالمسكن المخصص له عندما كان عاملا .

وان الا حالة الوراده بالمادة 10 من لائحة اسكان الموظفين لسنة 1967 على الماده 85 ـ 2 من قانون التقاعد الصادر قبل اللائحة تتعلق بتقرير مبدأ الانتفاع بالمسكن المملوك للدولة او المسأجر المخصص للموظف حيث يصبح استمرار الانتفاع ان تحققت شروطة مانعا من استحقاق علاوة السكن ومؤكداً لمبدأ حماية اسرة المتقاعد او المتوفى فى الانتفاع بالسكن وان علاوة السكن للمتقاعدين تصرف لهم دون قيد او شرط طالما كان غير منتفع بمسكن حكومى او استأجرته له الدولة ولا يحرم منها المنتفع او ورثته فى حالة وجود مسكن خاص به اذ ان وجود هذا المسكن ليس من بين حالات الحرمان التى نصت عليها المادة 2 من لائحة .

مدى استحقاق الموظف لعلاوة العائلة فى حالة رعاية شخص غيره للابناء

فى هذا الخصوص قررت المحكمة فى حكمها الصادر 22/12/1982 فى الطعن الادارى رقم 15/26 ق ان المشرع حينما اشترط لاستحقاق الموظف او العامل لعلاوة العائلة الا يكون اى من الابناء تحت رعاية شخص او جهة غير الموظف تنفق على اعاشته او دراسته انما قصد من ذلك حرمان الموظف من العلاوة المقررة عن الابن اذا كان هذا الابن يعيش بعيداً عنه ويوجد تحت رعاية غيره بحيث يتولى هذا الغير الانفاق عليه ، اما اذا كان الابن يعيش مع الموظف ويوجد تحت رعايته فان العلاوة عنه تصبح مستحقه لان الاصل فى هذه الحالة

انه الذى يتولى الانفاق عليه وذلك بغض النظر عما اذا كان المستحق للعلاوة هو الاب او الام اذ ان اى منهما من الغير بالنسبة للآخر فى مفهوم المادة الرابعةمن لائحة علاوة العائلة للموظفين رقم 9 لسنة 1957م ، اضافة الى ان احكام هذه اللائحة تطبق على الموظف المتزوج او الموظفة المتزوجة على حد سواء ولم ترد بها ايه قيود خاصة على منح الموظفة المتزوجة علاوة العائلة سوى الشرط القائل بالا يكون الزوج موظفا فى جهة من الجهات العامة التى تطبق نظام علاوة العائلة وذلك منعا من المشرع لازدواجية العلاوة فى اطار الاسرة الاوحدة .

المركز القانونى للموظف الملحق باتخاذ الجمهوريات العربية

حددت المحكمة العليا فى حكمها الصادر فى 10 مارس 1982 فى الطعن الادارى رقم 25/26 المركز القانونى للعاملين فى الجمهوريات الاعضاء فى اتحاد الجمهوريات العربية الذين يكلفون بالعمل فى الاتحاد ، وذلك كما يلى :-

■ انه وفقا لاحكام قرار مجلس رئاسة دولة اتحاد الجمهوريات العربية بالقانون رقم 2-72 فان تكليف العاملين فى الجمهوزيات الاعضاء فى الاتحاد بالعمل فى الاتحاد لايتم بطريق الندب او الاعارة وانما بطريق الوضع تحت تصرف الاتحاد وهذا الوضع لايتوقف على موافقة العامل وهو غير مؤقت بمدة معينه ولا ينتهى الا ببلوغ السن القانونية لانتهاء الخدمة او بناء على طلب العامل الخطى او بناء على مقتضيات الصالح العام وبموافقة رئيس المجلس الوزارى الاتحادى او بناء على اقتراح الهيئات التأديبية فى الاتحاد

المركز القانونى للموظفين المصعدين للجان الشعبية

حددت المحكمة العليا فى حكمها الصادر فى 26 مايو 1982 فى الطعن الادارى رقم 25/44 ق المركز القانونى للموظفين المصعدين للجان الشعبية بقولها ان الاصل العام هو ان اختيار امناء واعضاء اللجتن الشعبية كحق متجدد مع الزمن لا ينتج الا وجوداً وقتياً للمختارين فى كل مرة ، ولهذا فوضعهم الناتج عن هذا الاختيار لايمكن بحكم الاصل الا ان يكون وقتيا اى انه انتداب واذا لم يأت القانون رقم 73/38 بشأن ممارسة اللجان الشعبية لمسئولياتها الادارية والذى شغل الموظف فى ظلة مهمته الشعبية بحكم خاص وصريح وواضح وقاطع فى اتجاهه الى غير ذلك يكون قد ترك هذا الحكم قائما لنتجة طبيعية للسير العادى للامور ولتطبيق القواعد القانونية العامة ، وان ادارة المشرع حتى قبل صدور

القانون رقم 15 / 1981 لم تنصرف الى اعتبار شغل الموظفين العمومين لمهام فى اللجان الشعبية عن طريق التصيد الشعبى بمثابة قطع للصلة التى تربط بين هؤلاء الموظفين ووظائفهم الاصلية وانما الى اعتباره شغلا لامانة وعضوية هذه اللجان عن طريق الندب لا عن طريق التعيين

تحديد المقصود بالمعينين بعقود وفقا للائحة استخدام اعضاء هيئه التدريس غير الليبين رقم ٧٤/١٠٧

تناولت المحكمة العليا فى حكمها الصادر فى 3 / 6 / 1982 فى الطعن الادارى رقم 40 / 25 هذا الموضوع وقررت الاتى :-

■ من المبادىء العامة فى حكمها فى 30 / 6 / 1982 فى نص القانون لفظ عام ولم يقيم دليل على تخصيصة وجب حمله على عمومه واثبات الحكم لجميع افراده

■ ولما كانت الماده 20 من لائحة استخدام اعضاء هيئة التدريس غير الليبين رقم 107 / 74 قد نصت على ان تسوى مستحقات اعضاء هيئه التدريس بعقود الحاليين فى المكافاة عند انتهاء علاقتهم الوظفية عن مدة خدمتهم السابقة على تاريخ نفاذ التسوية المشار اليها فى المادة السابقة طبقا للقواعد المقررة قبل العمل بهذه اللائحة وتعتبر المدة التالية لهذا التاريخ مدة خدمة جديده فى تطبيق حكم المادة 18 وكانت عبارة اعضاء هيئة التدريس بعقود قد وردت فى هذا النص بلفظ عام يصدق على جميع اعضاء هيئة التدريس المغتربين والمحليين والمعارين الذين تقوم الجامعة باستخدامهم على اساس تعاقدى ، فأنه يجب حمل هذه العبارة على عمومها وشمولها لجميع من تصدق عليهم ولايجوز تخصيصها بفئه المغتربين والمحليين اذ لم يقم اى دليل من نص او غيره على هذا التخصيص ولا جدوى من المحاجة بأن عبارة النص قاصرة على فئة المغتربين والمحليين

دون المعارين بحجه ان افراد هذه الفئة هم الذين كانت اللائحة السابقة تعطيهم الحق دون غيرهم من المدرسين فى مكافاة نهاية الخدمة وان هذه اللائحة قد وضعت قواعد تنظم حصولهم على هذا الحق وان المشرع اراد استمرار سريان هذه القواعد فيما يتعلق بحساب مكافاتهم عن المدة السابقة من صدور اللائحة الجديدة وان ماتضمنته المادة 20 من تجزئة مدة الخدمه يعتبر خروخا عن الاصل وهو عدم التجزئة اذ ليس فى ذلك كله ما يدل بأى وجه من الوجوه على ان المشرع قد اراد اخراج فئة النعرين من عموم النص واستثناهم من الخضوع الى احكامه ومن شأنها لوصحت ان تؤدى الى تمييز المعارين عن بقية زملائهم بمعاملتهم معاملة مختلفة تختلف عن معاملة الاخرين من حيث تجزية وعدم تجزئة مدة

الخدمة وهذا يتنافى مع الحكمة من اصدار اللائحة الجديدة والتى يتوخى فيها المشرع ازالة الفوارق القديمة بين اعضاء هئية التدريس المغتربين والمحليين والمعارين وتحقيق المساواة بينهم .

مدى الالتزام بمهله الاخطار فى حالة فسخ عقد العمل

فى هذا الخصوص قررت المحكمة العليا فى حكمها الصادر فى 22/12/1982 فى الطعن الادارى رقم 15/26 ق ان قاعدة مهلة الاخطار فى حالة فسخ عقد العمل غير محددة المدة من قبل احد طرفيه ، والمقررة بحكم المادة 46 من قانون العمل شأنها شأن كافة القواعد المقررة فى هذا القانون تعتبر قاعدة آمرة متعلقة بالنظام النظام العام لايجوز الاتفاق على خلافها ، الا اذا كان ذلك فى مصلحة العمل فان قبلت جهة العمل استقالة العامل قبل انقضاء مدة الاخطار المقررة فى القانون فان ذلك يعتبر من جانبها قبولا بتخفيض مدة الاخطار المقررة بمقدار المدة المتبقية منها لانه يحقق مصلحة العمل ولايجوز لجهة الادارة بعد ذلك ان تقوم بخصم مقابل اجر المدة المتبقية من مستحقات العامل فى المستقبل . لان جهة العمل تكون قد قررت الموقف ورأت انه من مصلحتها انهاء عمل العامل بدلا من انتظار نهاية المدة المقررة قانوياً ، اذا ان مراعاة كامل مدة الاخطار من جانب العامل فى حالة استقالته هى قاعدة مقررة لصالح صاحب رب العمل ويجوز له التنازل عنها او تعديلها بما فيه منفعه اكثر للعمل ، وانه من غير المقصود عقلا او منطقا ان تسوى حالة العامل الذى لم يترك العمل الا بعد قبول الاستقالة بحالة العامل الذى يترك العمل بمجرد افصاحه عن رغبته فى ترك العمل .

(أ)التظلم الادارى

اجراءات وشكل التظلم الادارى

تعرضت المحكمة العليا فى حكمها الصادر بتاريخ 26/2/1982 فى الطعن الادارى رقم 42/25ق الى الجهة التى يقدم اليها التظلم الادارى حتى ينتج اثارة فى قطع سريان مواعيد رفع دعوى الالغاء ، والى الشكل الخاص بالتظلم الادارى .

ففى الموضوع الاول ذهبت المحكمة الى ان التظلم الادارى ينتج اثره فى قطع سريان معياد رفع دعوى الالغاء اذا قدم الى الجهة الادارية مصدرة القرار او الى الهيئات والجهات الرئاسية لها ، وايضا اذا قدم التظلم الى جهة غير مختصه اذا ثبت ان الجهه الادارية المختصة

قد اتصل علمها به ، اذ العبرة فى تقديم التظلم الى الجهة الادارية مصدره القرار او الى الجهات الرئاسية لها هو اتصال علمها به حتى يتسنى لها فحصه للبث فيه

وموضوع هذا الطعن انه اثر صدور القانون رقم 123 لسنة 1970 بشأن التصرف فى الاراضى الزراعية المستصلحة المملوكة للدولة خصصت قطعة ارلاض مساحتها 25 هكتاراً لمواطن ، ولكن لجنة التظلمات قامت بقسمة هذه المساحة بين المواطن المذكور واخر تظلم المواطن الاول من هذا القرار الى لجنة الفصل فى الاعتراضات التى قضت بتعديل نصيبه الى 25 هكتاراً واعتمد امين الزراعة هذا القرار رقم 817/1973 مع تعديل المساحة الى 16 هكتاراً واعتراض المواطن المذكور من جديد امام لجنة الفصل واعتمد قرارها امين الزراعة بالقرار رقم 366/1977

ولما طعن المواطن المذكور فى هذا القرار امام محكمة استئناف طرابلس فى 17/7/1977 حكمت هذه المحكمة بعدم قبول الطعن شكلا لرفعة بعد الميعاد

ولكن المحكمة العليا نقضت هذه الحكم لان الدعوى التى رفعت امام الاستئناف رفعت فى الميعاد القانونى واستندت فى ذلك الى ان الطاعن كان قد تظلم من القرار موضوع طلب الالغاء امام لجنة الفصل فى الاعتراضات بتاريخ 11/9/1976 ونظرت اللجنة هذا الاعتراض وفقا للإجراءات المعمول بها امامها والتى تتسم بطابع الإجراءات القضائية باعتبارها لجنة ادارية ذات اختصاص قضائى واصدرت قرارها فيه بعد القبول لسبق الفصل فيه ، واصبح قرارها هذا نهائياً باعتماد امين الزراعة ، واستطردت المحكمة الى القول بأن اعتراض الطاعن امام لجنة الفصل فى الاعتراضات يعتبر تظلماً اداريا منتجا لكافة اثاره فى قطع سريان ميعاد دعوى الالغاء لانه وقع فى الميعاد ولا يغير من الامر فى شىء ان التظلم قدم الى جهة غير الجهة مصدرة القرار وهى لجنة الفصل فى الاعتراضات بدلا من امين الزراعة ، لان وقائع الدعوى اثبتت ان الجهة المختصة وهو امين الزراعة قد اتصل عملها بالتظلم واسبابه وقامت باعتماد قرار لجنه الفصل فى الاعتراضات

اما عن الموضوع الثانى فقد اكدت المحكمة ان التظلم وان اخذ شكل الشكوى الموجهة ضد الغير الا انه ينصب اساسا على توزيع المزرعة وتعديل المساحة المخصصة وفى ذلك دلالة واضحة على تمسك المدعى بما يدعيه من حق ومطالبته باقتضائه خاصة وانه لا يشترط فى التظلم الادارى شكل خاص اوصيغه خاصة

ضوابط الفصل فى التظلمات

تناولت المحكمة العليا ضوابط الفصل فى التظلمات الادارية فى حكمها الصادر فى 1980/4/30 فى الطعن الادارى رقم 24/28ق ، 24/33ق .

فاوضحت انه مهما كان القانون قد اجاز لكل ذى شأن ان يتظلم من قرار توزيع الاراضى المستصلحة والمملوكة للدولة امام لجان الفصل فى الاعتراضات ، فأنه حتى يكون الفصل فى التظلم او الاعتراض على اساس سليم ان تستحضر اللجنة امامها الاوراق الخاصة بالموضوع منذ بدء الاعلان عن الاراضى التى سيجرى توزيعها الى اعلان نتيجة البحث وبيان اسماء المقبولين والمرفوضين واسباب الرفرض حتى يكون فى وسعها وزن الاسباب التى قام عليها القرار بقبول طلب ورفض آخر ويثير هذا الحكم موضوعا غاية فى الاهمية وهو ضوابط السلطة التقديرية والقيود التى ترد على ممارستها وقد بذل الفقه والقضاء الادارى جهوداً كبيرة فى هذا الخصوص نوضحها فى التعليق التالى :-

التعليق

لقد كان ومازال موضوع السلطة التقديرية من اكثر الموضوعات الادارية جدلا واكثرها حيوية بين الفقه والقضاء الادارى للدرجة التى ذهبت معها الفقيه الفرنسى ڤالين الى االقول بأن موضوع القانون الادارى الاساسى هو داراسة السلطة التقديرية ورسم حدوها بما يكفل حماية حقوق المواطنين فموضوع السلطة التقديرية وضوابط ممارستها مستمر بين الفقه والقضاء الادارى من جانب والادارة من جانب اخر فالادارة تعمل على توسيع نطاق سلطتها التقديرية بينما يذهب الفقه والقضاء الادارى الى ضرورة وجود السلطة التقديرية للادارة وضرورة وضع ضوابط لها ، لأن هناك خيطاً دقيقاً بين السلطة التقديرية والسلطة التحكمية او الاستبدادية لانه اذا لم توضع حدود وضوابط لممارسة السلطة التقديرية فإنه يخش من تحولها الى سلطة تحكميه او استبدادية .

وفى هذا الشأن يقول رنييه كاسان Rene Cassen رئيس مجلس الدولة الفرنسى من 1947-1962 انه لمن الضرورى تماما ان نذكر بحقيقه اساسية وهى ان السلطة التقديرية للادارة يجب ان تخضع لبعض القيود بهدف حماية حقوق المواطنين ضد تحكم الادارة او انحرافها لان السلطة التقديرية ليست مرادفا للسلطة المطلقة بل ان الادارة فى ممارستها للسلطة التقديرية تخضع لبعض الضوابط فما هى اذا القيود او الضوابط التى ترد على ممارسة

الادارة لسلطتها التقديرية من اهم هذه الضوابط هى :-

● ضرورة ان تضع الادارة نفسها فى افضل الظروف التى تكفل صحة التقرير واصداراكثر القرارت ملاءمه فالسلطة التقديرية ليست سلطة تحكمية ولذا يجب على الادارة ان تضع نفسها فى افضل الظروف وان تجرى تقديرها بروح موضوعية بعيداً عن البواعث الشخصية وان يكون لديها العناصر اللازمة للتقدير الصحيح

والملاءمة لاتعنى سوى التطابق بين سبب القرار ومحل القرار وهو ما يطلق عليه قاعدة التناسب وصولا الى الحل العادل ، والملاءمة ليست امراً خارج نطاق القانون بل هى فكرة متكاملة مع القانون ولذلك نجد كثيراً من الفقهاء مثل فالين وفيدل يرون ان الملاءمه شرط للشرعية فالمشروعيه فكرة النظام القانونى التى تنبثق دائما من قواعد القانون ، والملاءمة فكره ماديه وعملية ولا يتصور التعارض بينهما وفى خصوص التزام الادارة باتخاذ افضل القرارت واكثرها ملاءمة ظهرت عدة نظريات نوجزها فيما يلى :-

1- نظرية الالتزام باتخاذ افضل القرارت ملاءمة مع خضوعها لرقابه القضاء ، وقد ايد هذه النظرية بعض الفقهاء مثل تزنر Tezner وكورنبل Carnelle وشارونت Charlenet حيث دعوا الى ان يكون دور القاضى الادارى اقرب مايكون الى دور الرئيس الادارى الذى له دائما سلطة رقابة المشروعية والملاءمة على قرارات مرؤوسة وله سلطة التوجية والامر والتعديل ، ويبدو ان هذا الاتجاه يتفق مع فكرة الوزير القاضى او الادارة القاضية التى اخذت بها فرنسا فى القرن التاسع عشر وقد تناول هذه النظرية بالتفصيل De Lachariere فى رسالته سنة 1938 فى جامعة باريس بعنوان الرقابة الرئاسية على الادارة فى الشكل القضائى

Le Controle hierchique de I.admimntalicnalen La forme jurdicionelle. le coontrole hieraechique de l,administration en La Farme Juridionnelle .

ب نظرية التزام ببذل اقصى الجهود لأتخاذ أفضل القرار ملاءمة

مضمون هذه النظرية ان هناك التزام قانونى على الادارة ببذل اقصى جهودها للوصول الى افضل القرارت ملاءمة ، لان المشرع حينما لايفرض على الادارة حلا معينا ويترك سلطة التقدير فى اصدار قرارتها فإنه يقدر ان الموقف يتطلب منح الادارة فرصة دراسة الظروف المحيطة باصدار القرار حتى تختار من بين الحلول الممكنة افظلها وانسبها وعلى ذلك فإن هذا الالتزام يتطلب ان تدرس الادارة بعناية ظروف كل حالة على حدة بهدف اتخاذ افضل القرارات ملاءمة فاذا وضعت مبدأ عاما تطبقه دون ان تكلف نفسها جهد بحث ظروف كل حالة على حدة فإن ذلك يعتبر إخلالا من الادارة بالتزامها القانونى مما يجعل قرارها جديراً باللالغاء كما ذهب قضاء مجلس الدولة الفرنسى فى هذا الخصوص الى انه لايجوز للادارة ان تضع مبدأ عاما او تعليمات لتطبيقها فى جميع الحالات ودون بحث ظروف كل حالة على حدة

وفى هذا الخصوص فكان يتدخل مجلس الدولة الفرنسى فى رقابته على السلطة التقديرية للادارة ويراقب العناصر والقواعد التى تستهدى بها الادارة عند اجراء هذا التقدير فقد

ثانيا

القرارات الادارية

حدد مجلس الدولة العناصر التى تضعها الادارة موضع الاعتبار عند تقدير المستوى الفنى للموظف او تقييم الشهادات او تقدير الوقائع التى تهدد مصالح الدولة المالية للضياع وقد تعرضت المحكمة العليا الليبية فى حكمها الصادر بجلسة 3/2/1982 لموضوع مشابه له هذا حيث اكدت على المبدأ الذى اخذ به مجلس الدولة الفرنسى بقولها انه اذا وضعت الادارة قواعد ومعايير لإجراء مفاصلة بين المتقدمين للحصول على مزارع فإنه يتعين عليها الالتزام بها لحين اتمام عملية التوزيع الواحدة ولايسوغ لها ان تعدل فيها فى كل مرحلة من مراحل التوزيع بحيث تطبق على بعض الطلبات اسس ومعايير تغاير تلك التى تطبقها على البعض الاخر كما ان للقاضى الادارى ان يراقب الظروف الخارجية لتقدير الادارة وفى هذا الخصوص اكد مجلس الدولة الفرنسى فى عدد من احكامه على ضرورة ممارسة الادراة سلطتها التقديرية بصورة فعلية وحقيقية فإذا كان امامها عدد كبير من المرشحين فلا يجوز لها ان تضع مبدأ عاما تستبعد بمقتضاه عدداً من المرشحين دون بحث حالاتهم ومؤهلاتهم ومستواهم الفنى وقد جاء حكم المحكمة العليا المشار اليه متفقا ومؤكدا لهذه الاسس والمبادىء التى استقر عليها القضاء الادارى الفرنسى والمصرى حيث اكدت على ان الفصل فى التظلم والاعتراض حتى يكون على اساس سليم ان تستحضر اللجنة المختصة امامها الاوراق الخاصة بالموضوع منذ بدايته وحتى اتخاذ القرار وبيان أسباب الرفض حتى يمكن وزن الأسباب التى قام عليها القرار بقبول طلب ورفض آخر

خصائص القرار الادارى واركانه

١. طبيعة اختصاص اللجنة الشعبية للعدل بشئون القضاه

تعرضت المحكمة العليا فى حكمها الصادر فى 1/1/1984 فى الطعن الادراى رقم 18/27ق لطبيعة اختصاص اللجنة الشعبية للعدل بشئون القضاء وكان ذلك بمناسبة صدور قرار من اللجنة الشعبية العامة للعدل بنقل احد معاونى النيابة الى وظيفة غير قضائية والطعن فيه امام القضاءاالادارى وقررت فى ذلك ما يلى :-

1- ان اللجنة الشعبية العامة للعدل بحكم تشكليها فى ظل سلطة الشعب هى لجنة ادارية تنفذ القوانين واللوائح وما تمليه عليها المؤتمرات الشعبية الاساسية من قرارات فى مجال العدل ، وقرارات مى هذا الشأن ذات طبيعة ادارية تنفيذية مثل غيرها من قرارات اللجان الشعبية النوعية الاخرى

2- وان اللجنة الشعبية العامة للعدل وهى تمارس الاختصاصات المنصوص عليها فى قانون نظام القضاء رقم 51لسنة 1976 والتى آلت اليها بعد الغاء المجلس الاعلى للهيئات القضائية ، انما تمارسها كلجنة ادارية وتكون قرارتها بشأنها صادرة من جهة ادارية ذات اختصاص قضائى قابلة للطعن امام دائرة القضاء الادارى عملا بالمادة الخامسة من القانون رقم 88 لسنة 1971

3- ولم يعد هناك محل لتطبيق احكام الفقرة الاخيرة من المادة 134 من قانون نظام القضاء بشأن حصانة قرارت المجلس الاعلى للهيئات القضائية من الطعن لان الالحكمة من هذا النص قد انتقت بالغاء هذا المجلس وانتقال اختصاصاته الى لجنة ادارية تختلف من حيث طبيعتها وتشكلها عن المجلس المذكور بالمفهوم الذى عناه القانون وحصن قراراته من الطعن

٢. خصائص القرار الادارى محل الطعن بالالغاء

اكدت المحكمة العليا فى حكمها الصادر فى 19/11/1980 فى الطعن الادارى رقم 24/24ق ، ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة وما استقر عليه الفقه الادارى من ان تصرفات الادارة ليست جميعها قابلة للطعن بالإلغاء بل يجب ان يكون التصرف المطعون فيه قراراً إدارايا تنفيذيا من شأنه ان يحدث تغيراً فى المركز القانونى لاحد الافراد ولا يعتبر قراراً اداريا الافادة التى توجهها الادارة الى صاحب الشأن بحكم قاعدة قانونيه ارساها القانون ولا يمكن ان تكون محلاً لدعوى الالغاء وتجرى بشأنها مواعيد الطعن . وايضاح ذلك :-

انه تقدم شخص فى 24/3/1974 الى وكيل وزارة الخزانة بصفته رئيساً للجنة المؤقتة لتنظيم اشتراك المحاسبين والمراجعين يطلب لقيده فى الجدول وذلك لتمتعه بالشروط الورادة فى القانون عدا شرط الجنسية حيث انه مصرى ولكن ذلك لايحول دون قيده لوجود معاملة بالمثل بالنسبة للمحاسبين والمراجعين الليبين فى مصر

ولم يرد رئيس اللجنة المؤقتة على طلبه خلال التسعين يوما المنصوص عليها فى المادة 29/من القانون 116/73 والتى قررت ان تقدم طلبات القيد الى مجلس النقابة وعليه ان يصدر قرار خلال تسعين يوما من تاريخ تقديم الطلب والا اعتبر الطالب مقيداً بالجدول بقوة القانون متى توفرات فيه شروط القيد وفى جميع الحالات يجب ان يكون قرار لجنة القيد رفض الطلب مسببا ولذلك اعتبر هذا الشخص نفسه مقيداً بقوة القانون

وبتاريخ 27/11/1974 طلب المذكور تجديد رخصته المهنية عن عام 1975 ولكن رئيس اللجنة المؤقته أفادة فى 1987/12/1974 بأن الرخصة المهنية الصادرة له قد انتهت بنفاذ القانون رقم 116/73 وانه يصرح له بمزوالة المهنة لمدة سنة واحدة اعتباراً من تاريخ نفاذ القانون فى 21/5/1974 ولايحق له مزوالة المهنة بعد هذا التاريخ

تقدم المذكور بدعوى الى محكمة استئناف طرابلس فى 27/11/1975 طالبا اعتباره مقيدا بقوة القانون بجدول نقابة المحاسبين وبالغاء امتناع مجلس نقابة المحاسبين عن قيده بالجدول ومستندا الى ان القانون الذى نظم القيد بجدوال المحاسبين رقم 116/73 مخالفا لدستور اتحاد الجمهوريات العربية التى تكفل الانتقال والعمل لمواطنى اتحاد الجمهوريات .

وبتاريخ 27/4/1977 قضت محمكة الاستئناف برفض الدعوى لرفعها بعد المعياد لان قرار وكيل وزارة الخزانة ورئيس اللجنة المؤقته باعتبار رخصة الطاعن منتهية علم بها الطاعن فى 7/12/1974 ويكون بذلك قد فوت على نفسه مواعيد الطعن واستندت المحكمة إلا انه وان كان هذا القرار لم ينشر ولم يبلغ الى الطاعن من وكيل الوزارة الى انه يبين من صورة الكتاب الموجه من الطاعن الى وكيل وزارة الخزانة بصفته رئيسا اللجنة المؤقته والمؤرخ 18/21/1974 انه كان عالما بقرار وكيل الوزارة ومراميه علما يقينيا يقوم مقام ابلاغه بالقرار وعليه فان حساب مدة الطعن تبدا من هذا التاريخ واذ لم يتلق الطاعن ردا على تظلمه خلال ستين يوما فان هذا السلوك يعتبر فى حكم قرار رفض التنظلم ويكون رفع الدعوى فى هذه الحالة خلال ستين يوما من تاريخ انقضاء الستين يوما المذكورة وهو ما لم يتحقق وبتارخ 25/6/1977 طعن صاحب الشأن فى هذا الحكم امام المحكمة العليا والتى اصدرت حكمها بنقض الحكم الصادر من محكمة الاستئناف استناد الى ان الرد الذى تلقاه الطاعن فى 7/12/1974 قد خلا من اية اشارة الى طلب قيد الطاعن فى سجل المحاسبين وانصب فقط على تجديد الرخصة المهنية وليس فيه مايقطع بانه تضمن الرد على طلب الطاعن القيد فى جدول المحاسبين وانما هو افادة بحكم القاعدة التنظيمية التى ارستها المادة 71 من القانون رقم 116/73 والتى تجيز الترخيص بالعمل فى مهنة المحاسبة لغير الليبين بعد مضى سنة من نفاذ القانون ولا ينطوى بذاته على خصائص القرار الادارى ولا يرتفع الى مرتبه القرارات الادارية التى يمكن ان تكون محلا لدعوى الالغاء وتجرى بشؤنها

مواعيد الطعن وتطبيقا لذات المبدأ قررت فى حكمها بتاريخ 22/4/84 طعن ادارى رقم 62/30ق

بأنه اذا موضوع الدعوى الغاء رسالة موجهة من امين استصلاح الزراعى الى مدير مشروع لجبل الاخضر لبحث طلب مقدم من مواطن بشأن المزرعة الموزعة على الطاعن فان هذه الرسالة لم تكن تستهدف المساس بالمركز القانونى للطاعن كمنتفع بالمزرعة الموزعة عليه اذ لم يرد فيها لاصراحة ولاضمنا ما يفيد الغاء او تعديل او سحب القرار الذى استمد منه هذا المركز وانما استهدفت بحث موضوع الطلب سالف الذكر والتحقق من صحة ما جاء به وهو اجراء ادارى عادى ليس من شأنه ان يؤثر بذاته او مباشرة فى مركز الطاعن القانونى ومن ثم فانه من الخطا اعتبار الاجراء المذكور قراراً اداريا نهائيا قابلا للطعن فيه بالالغاء

مخالفة ركن الشكل فى القرار الادارى

(أ) تعرضت المحكمة العاليا فى حكمها الصادر فى 23/3/1983 فى الطعن الادارى رقم 11/27ق للاثار المترتبه على تصحيح عيب فى الشكل وقررت :-

ان اصدار الادارة قراراً اداريا مخالفا للقانون من حيث الشكل ثم اصدراها قراراً صحيح آخر فاذا كان هذا القرار الاخير محلا لدعوى الالغاء فان الحاجة فى صحة السابق عديمة الجدوى

(ب)تشكيل مجلس تأديب الطلاب

تعرضت المحكمة العليا فى حكمها الصادر فى 3/6/1984 فى الطعن الادارى رقم 28/30ق للاثار المترتبة على عدم الالتزام بقواعد تشكيل مجالس تأديب الطلاب فأوضحت ان القواعد الخاصة بتشكيل المجالس التأديبية والاجراءات التى تتبع امامها تعتبر من القواعد الجوهرية المتعلقة بالنظام العام ويترتب على اغفالها كليا او جزئيا بطلان تشكيل هذه المجالس وبطلان القرارات التى تصدرها ولو لم يرد بذلك نص فى القانون

وكانت المادة 40 من لائحة النظام الدارسى والتأديبى والاجتماعى الصادره فى 5/6/1970 قد بينت كيفيه تشكيل مجلس التأديب الخاص بالطلبه وحددت عدد اعضائه بثلاثة اعضاء معينين ، وكان مجلس التأديب المطعون فى قرار قد شكل من اربعة اعضاء خلافا لما تقضى به المادة المذكورة ، فأن تشكيله على هذا النحو يكون باطلا لمخالفته لاجراء من الاجراءات الجوهرية الواجبة الاتباع ويترتب على ذلك ان القرار المطعون فيه يكون هو ايضا باطلا لصدوره من مجلس لم يشكل تشكيلا صحيحا

والقول بان المقصود بالزيادة فى اعضاء اللمجلس انما هو تحقيق الضمانات المقررة فى اللائحة وان القرار المطعون فيه قد اعتمد من اللجنة الشعبية للكلية لايغير من الامر شئيا لان الضمانات المقررة فى اللائحة لاتحقق الابأتباع الاجراء الذى حدده المشرع وليس بمخالفته كما ان اعتماد اللجنة الشعبية للقرار ليس من شأنه ان يزيل عيب الشكل الذى لحق بهذا القرار فضلا عن انه كان فى حد ذاته معيبا لاشتراك المجنى عليه وهو خصم للطاعن فى عضوية اللجنة المذكورة

لجان الفصل فى الاعتراضات وفقا للقانون ٧٠/١٢٣

تعرضت المحكمة العاليا فى حكمها الصادر فى 29/6/1983 فى الطعن الادارى رقم 5/28ق وحكمها الصادر فى 10/6/1984 فى الطعن الادارى رقم 18/28 لاختصاصات لجنة الفصل فى الاعترضات طبقا لاحكام القانون رقم 123/70 وقواعد تشكيلها وقررت فى هذا الخصوص :-

1 - ان لجنة الفصل فى الاعتراضات طبقا لأحكام القانون رقم 123/70 هى لجنة ادارية ذات اختصاص قضائى ولايقتصر اختصاصها على بحث توافر شروط الانتفاع واولويات التوزيع وانما يشمل اختصاصها طبقا للمادة 20 من القانون المذكور الفصل فى كافة الاعتراضات التى تقدم طعنا فى القرارات الصادرة بمقتضى هذا القانون سواء فيما يتعلق بالتوزيع او مسخ عقود الايجار او الاسترداد او تقدير التعويض او غيرها .

2 - وان هذه اللجنة اذا قررت الغاء قرار توزيع سابق بالنسبة لجزء من الأرض واعادة توزيعه تكون اللجنة قد راقبت صحة قرار التوزيع المعترض عليه امامها ووضعت الأمور فى نصابها الصحيح وهو مايدخل فى اختصاصها المنصوص عليه فى القانون وان تشكيل هذه اللجنة اجراء جوهرى روعى فيه الصالح العام حيث نصت المادة 20 من القانون رقم 123/70 على ان تشكل هذه اللجنة برئاسة احد قضاة المحكمة الابتدائية المدنية وعضوية ممثلين عن الجهات ذات العلاقة ، وان اى اخلال اوتجهيل بتشكيل هذه اللجنة على النحو المنصوص عليه قانونا ينطوى على عيب فى الشكل يترتب عليه بطلان ماتصدره من قرارات وان كان لايبين من قرار اللجنة اسماء اعضاء اللجنة التى اصدرت القرار وكذلك خلا من ذكر اسماء الخصوم فهذا تجهيل باللجنة التى اصدرته وبالخصوم فى المنازعة التى فصل فيها بما لايتيح للقضاء الادارى اعمال رقابته من حيث سلامة تشكيل هذه اللجان وانعقاد الخصومة امامها وهى اجراءات جوهرية ، فان تخلف تحقيقها كان القرار المطعون فيه والصادر بهذا الشكل المعيب باطلا .

ويترتب على بطلان القرار الادارى الصادر من اللجنة المشار اليها بطلان كافة الاجراءات اللاحقة له .

4 - عيب عدم الاختصاص

تعرضت المحكمة العليا فى حكمها الصادر بتاريخ 25/6/1980م فى الطعن الادارى رقم 15/24 ق لمدى اختصاص مدير الادارة او رئيس مكتب التسجيل العقارى بازالة التناقض بين تسجيلين على عقار واحد .

وقررت المحكمة فى هذا الخصوص انه وفقا للمادتين 35 ، 68 من قانون التسجيل العقارى يختص مدير الادارة او رئيس المكتب من تلقاء نفسه او بناء على طلب صاحب الشأن تصحيح اى خطأ مادى او تدارك اى سهو وقع فى السجلات او فى الدفاتر العقارية من الموظفين المختصين وذلك بموجب قرار مسبب ويخطر بذلك اصحاب الشأن .

وليس من اختصاص مدير الادارة او رئيس المكتب الغاء التسجيلات المتناقضة وانما يجب ان يطلب ذلك من محكمة الاستئناف ، واللجوء الى هذه المحكمة هو السبيل الوحيد لرفع التناقض فاذا اصدر قرارا بازالة هذا التناقض دون ان يطلب ذلك من محكمة الاستئناف كان ذلك قرارا اداريا مشوبا بعيب عدم الاختصاص .

ويعتبر هذا العيب فى الاختصاص عيبا جسيما وفق المبدأ الذى قررته المحكمة العليا فى حكم لها صادر فى 26/5/1982م ، كما يعتبر قرار رئيس المكتب قرارا منعدما وفقا للحكم ذاته .

5 - حالات اغتصاب السلطة

تناولت المحكمة العليا فى حكمها الصادر بتاريخ 26/5/1982م فى الطعن الادارى رقم 42/25 ق خصائص القرار الادارى المنعدم .

واوضحت ان العمل الادارى لايفقد صفته الادارية ولايكون بالتالى معدوما الا اذا كان مشوبا بمخالفة جسيمة تودى بركن او اكثر من اركانه ، وفى مجال عيب عدم الاختصاص ان يصدر القرار من فرد عادى لاصلة له بالادارة اطلاقا او تكون قد انتفت عنه هذه الصفة لسبب من الأسباب او اذا صدر القرار من جهة ادارية لاتربطها بالجهة المختصة باصداره اية صلة . اما اذا كان القانون رقم 123/70 فى شأن التصرف فى الاراضى الزراعية قد قرر بعض الاختصاصات لأمين الزراعة ومنها ان قرارات لجنة الفصل فى الاعتراضات خاضعة لاعتماده ولاتصبح هذه القرارات نهائية الا بعد هذا الاعتماد ، فاذا مارس الأمين

هذا الاختصاص وتجاوز القواعد المنظمة لما يدخل ضمن هذا الاختصاص فلا يعتبر حالة من حالات اغتصاب السلطة او انعدام القرار الادارى .

6 - اثبات عيب الانحراف بالسلطة

تعرضت المحكمة العليا فى حكمها الصادر فى 6/4/1983 فى الدعوى الادارية رقم 27/6 ق لعبء اثبات عيب الانحراف بالسلطة فاوضحت ان عيب الانحراف فى استعمال السلطة هو من العيوب القصدية التى يقع عبء اثباتها على من يدعيها بحيث يقام الدليل على ان جهة الادارة قصدت باصدار قرارها مجرد الانتقام الشخصى او تحقيق غرض لايتعلق بالصالح العام او تحقيق مصلحة عامة مغايرة لتلك التى تخياها القانون ، وبالنظر لما لهذا العيب من طبيعة خاصة تكمن فى كونه عيبا خفيا يستره مظهر من المشروعية الشكلية ولما له من خطوره بالغة اذ ان مؤداه ان يستعمل رجل الادارة ماشرع لتحقيق الصالح العام لخدمة أغراض خاصة ومآرب شخصية لذلك يتعين اثبات هذا العيب بادلة ايجابية وقرائن مقنعة لاتدع مجالا للشك فى وقوعه .

7 - السبب الصحيح والسبب الوهمى للقرار الادارى

فى حكمها الصادر فى 16 فبراير 1983 فى الطعن الادارى رقم 27/3 ق قررت المحكمة العليا انه اذا امكن حمل القرار الادارى على وقائع واسباب كشفت عنها اوراق الدعوى غير تلك لتى على اساسها صدر القرار ، كفى ذلك لصحته ، اذ للقضاء ان يحل السبب الصحيح للقرار محل سببه الوهمى ولاتثريب على محكمة الموضوع ان هى التفتت عن الأسباب التى ساقتها الادارة لتبرير تصرفها مكتفية بما لهذا التصرف من سبب صحيح بمقتضى العقد .

و وقد اكدت نفس المبدأ فى الحكم الصادر فى 6/4/1983م طعن ادارى رقم 27/6 ق

(جـ) دعوى الالغاء

1 - مضمون دعوى الالغاء

تعرضت المحكمة العليا فى حكمها الصادر فى 22/6/1983 فى الطعن الادارى رقم 27/21 ق لمضمون دعوى الالغاء واوضحت

ان العبرة فى تكييف طلبات المدعى فى الدعـوى ليست بالألفـاظ والعبارات التى تصـاغ فيها وانما بمدلولها وحقيقة المقصود منها ولما كان مـا يستفاد ممـا اورده الحكم المطعـون فيه من وقائع ومـلابسات الـدعوى ان الـطاعن لم يكن يرمى من وراء التجـائه الى القضـاء بطلب اعادة تصحيح اوراق اجـابته فى المـادتين اللتـين رسب فيهما الى احـلال القضاء محـل الجهة الاداريـة المطعـون ضدهـا فى اصدار قـرار بذلـك والـزامهـا بشىء منـه ممـا هـو من صميم اختصاصها ولايجوز للقضاء التـدخل فيـه ، وانما قصـد بدعـوة الغاء القـرار الذى امتنعت بموجبه الجهة الطاعنة ضدها عن تلبية طلبه وعلى هذا يجب ان تحمل عبـارة الطاعن بـاعتبار ان طلبه اعادة تصحيح اوراق اجابتـه هو النتيجـة الطبيعيـة لالغاء القـرار المذكـور واثر من الآثار المترتبة عليه ومن ثم تكون فى حقيقتها دعوى الغاء لقرار ادارى سلبى .

وتتلخص وقائع هذه الدعوى فيما يلى . .

تقـدم طالب من طـلاب المنازل فى نهايـة العـام الـدارسى 77/78 لامتحـان الشهـادة الثانويـة القسم الأدبى ورسب فى مادتى الفلسفـة والاجتماع وقـد نظلم من هـذه النتيجة الى مدير عام الامتحانات فى 13/11/78 وطلب اعادة تصحيح اوراق اجابتـه . . ولما لم يتلق ردا على تظلمه رفع الدعوى الاداريـة رقم 18 - 16 امام دائـرة القضاء الادارى بمحكمـة استئنـاف بنغازى . بتـاريخ 10 - 4 -1979 طـالبا الـزام الادارة باعـادة النظر فى ورقـة اجابته وبتمكينه من الاطلاع عليها واعادة تصحيحها على نفقته بمعرفة احد المتخصصين . وقضت المحكمة بعدم اختصاصها ولائياً بنظر الدعوى فى 31/5/1980 مستنـدة فى ذلك الى ان طلب المـدعى لم ينصب على الغـاء قرار الادارى وانمـا على طلب تـوجيـه امـر لجهـة الادارة بتمكينه من لاطلاع على ورقة اجابته وتصحيحهـا وهو مـالاتملكه المحكمـة لأنه من الأعمال التى تدخل فى صميم اختصاص الادارة ولايجوز للقضاء ان يتدخل فيـه باى شكـل من الأشكال .

طعن الطالب المذكور امام المحكمة العليا فى هـذا الحكم بتاريـخ 29/7/1980 والتى قضت بنقض الحكم وباختصاص دائرة القضاء الادارى بمحكمة الاستئناف بنغـازى بنظر الدعوى استنادا الى المبدأ المذكور .

2 - شرط المصلحة فى دعوى الالغاء

فى حكم المحكمة العليا الصادر بجلسة 27/2/1980 فى الطعن الادارى رقم 8/24 تعـرضت المحكمة للتفـرقة بـين طلبات الالغـاء التى تقدم من اشخـاص لهم مجرد حقـوق اعتـدت عليهم القرارات المـطعون فيهـا والطلبـات التى تقدم من اشخـاص لهم مصلحـة مستها هذه القرارات دون ان تعتدى على حق من حقوقهم .

ففى الحالة الأولى لايقتصر الأمر على مخاصمة القرار الادارى فى ذاته بل يتجاوز ذلك الى الحكم فى موضوع الحق ، اما فى الحالة الثانية فيكون الالغاء مطلوبا لذاته ويكون هو الغاية من الطعن ومن ثم فان هذه المصلحة لاترقى الى درجة الحق وتنتهى اذا قامت الادارة بتصحيح الوضع المعيب فاذا سحبت قرارها المطعون فيه قبل صدور حكم بالألغاء انتفت المصلحة من الطعن الذى يهدف الى ازالة القرار المعيب وقد كان ماذهبت اليه هذه المحكمة خلافا لما ذهبت اليه محكمة الاستئناف فى شأن هذا النزاع . فكان موضوع النزاع ان بلدية اجدابيا منحت احد المواطنين فى 1972/7/5 رخصة بناء سارية لمدة ثلاث سنوات وصرح له ببناء متاجر فى الواجهة الأمامية بالشكل المناسب وفى 1975/8/11 اصدرت البلدية قرارا بوقف تشييد البناء . وفى 1976/2/14 اقام المواطن المذكور دعوى امام محكمة استئناف بنغازى طالبا بصفة مستعجلة الأمر بوقف تنفيذ القرار وفى الموضوع بالغائه بازالة كل ماترتب عليه من آثار واثناء الدعوى سحبت البلدية قرارها المطعون فيه بتاريخ 1976/9/22 الا ان الطاعن لم يترك الخصومة ولم يتنازل عن دعواه المدنية بطلب التعويض ورأت المحكمة انه يكفى فى دعوى الالغاء توافر المصلحة عند رفع الدعوى ولايشترط استمراها حتى صدور حكم فيها لأنها تتعلق بمصلحة شخصية للمدعى ومصلحة عامة للجماعة فاذا زالت المصلحة الشخصية بقيت المصلحة العامة ومن ثم فان سحب القرار المطعون فيه وماترتب عليه من آثار .

وعند نظر الطعن فى هذا الحكم امام المحكمة العليا قضت هذه المحكمة بنقض الحكم المطعون فيه وبانتهاء الخصومة فى طلب الالغاء واستندت فى ذلك الى ان البلدية سحبت القرار المطعون فيه اثناء نظر دعوى الالغاء ويترتب على هذا السحب اعدام القرار بأثر رجعى فتزول محل الآثار المترتبة عليه وتعود الحال الى ماكانت عليه قبل اصدار القرار المسحوب ، كما ان دعوى التعويض عن الأضرار التى لحقت بصاحب الشأن من القرار المسحوب ليست معروضة تبعا لدعوى الإلغاء مما لايصح معه التصدي لبحث الخطأ المترتب على سحب القرار ، ومجال ذلك دعوى التضمين المرفوعة من صاحب الشأن امام القضاء العادى ، وان قيام الادارة بسحب القرار المطعون فيه قبل صدور حكم فى الدعوى يترتب عليه انتفاء المصلحة من الطعن .

تأديب محررى العقود

تعرضت المحكمة العليا فى حكمها الصادر فى 13 / 11 / 91م فى الطعن الادارى رقم 9 / 27 ، 8 / 28 لتحديد الجرائم التأديبية التى يسأل عنها تأديبياً محررى العقود والجهة المختصة لتحقيق معهم وقررت فى هذا الخصوص الاتى :-

1 - أن الماده 36 من القانون رقم 22 / 68 بشأن محررى العقود تنص على ان [كل من يخل من محررى العقود بواجباته او بشرف طائفته او سلك فى الحياة العامة والخاصه سلوكا يحط من كرامته او كرامة مهنته يعاقب تأديبياً بأحدى العقوبات المنصوص عليها فى هذا القانون ولا يحل ذلك بمسائلته مدنيا او جنائياً عند الاقتضاء]

ومفاد هذا النص ان المشرع لم يحدد الجرائم التأديبية التى يمكن ان تنسب الى محررى العقود على سبيل الحصر وانما ترك كما فى كثير من القوانين المماثلة لسلطة التأديب حرية واسعة فى تقديرها فاكتفى باعتبار كل إخلال بواجبات المهنة او بشرف الطائفة ، وكل سلوك يحط من كرامة محرر العقود او بكرامة مهنته جريمة تأديبيه يسوغ إحالة مرتكبها على مجلس التأديب لمجازاته على ذلك ولتوقيع العقوبه المقررة عليه .

وعلى هذا الاساس فأن عدم التزام محرر العقود بأحكام القانون فى تقدير اتعابه عن تحرير عقد تأسيس احدى الشركات يُشكل بدون شك اخلال بواجبات المهنه وخروجاً على مقتضياتها ونيلا من شرفها وكرامتها ومن هنا يكون صحيحاً قرار احالة محرر العقود الى مجلس التأديب وايقافه عن العمل احتياطيا لمدة ثلاثة اشهر

2 - وانه وفقا للمادة 35 من القانون 22 / 68 التى تنص على ان « تنشأ بقرار من وزير العدل ادارة عامة لشئون التوثيق تخص بالرقابة والاشراف على اعمال محررى العقود » فان الادارة العامة للتوثيق لها اختصاص عام فى مجال الرقابة والاشراف على اعمال محررى العقود وهى المختصة بالتحقيق معهم باعتبار التحقيق جزءاً من المهمة الرقابيه والاشرافية الموكلة لهذه الادارة .

الاختصاص بتأديب رجال الحرس البلدي

تعرضت المحكمة العليا فى حكمها الصادر بجلسة 25 / 5 / 1983 فى الطعن الادارى رقم 24 / 27ق بالجهة المختصه بتأديب رجال الحرس البلدى وهل يتم ذلك وفقا للقانون رقم 30 / 77 بشأن الحرس البلدى ولقانون رقم 39 / 75 بشأن البلديات ام يتم وفقا لقانون الشرطة

وقد أوضحت المحكمة فى هذا الخصوص ان المادة 18 من القانـون رقم 30 / 77 بشأن الحرس البلدى قد نصت على ان يتولى مجلس التأديب العام بالبلدية محـاكمة رجـال الحرس البلدى من رتبة مفتش اول فما دون ، اما اذا كان المحال للمحاكمـة من رتبه مسـاعد كبـير المفتشين فأعلى فتكون محـاكمته امـام مجلس تأديب اعـلى يشكل بقـرار من وزير البلديـات برئاسه وكيسل الوزارة وعضويه احد المديرين العامين والمستشار القانونى للوزارة

كـما نصت المادة 55 من القـانون رقم 39 / 75 بشـأن البلديات والـذى صـدر قـانـون الحرس البلدى بالاستناد اليه ويعتبر على ان تكون المحاكمة التأديبيه لموظفى البلديـات امام مجلس تأديب بشكل بقرار من رئيس اللجنة الشعبية للبلديات برئاسة الامين العام وعضوية احد اعضاء اللجنـة تختاره اللجنـة ومستشار قـانونى وذلـك عدا الفئـة الاولى الذين تكـون محـاكمتهم امام مجلس التـأديب الاعلى واضـافت المحكمة العليـا ان عبارة هـذين النصيين المكملين والمتممـين لبعضهما صريحـة فى الدلالـة على ان المختص بمحـاكمة رجـال الحرس البلدى من رتبـه مفتش اول فيما دونهم من مـواظفى البلديـة الـذين يشغلون حسب درجـة معادلة درجاتهم بدرجات الخدمة المدنية رقم 2 الملحق بالقانون رقم 30 / 77 درجـات اقل من درجات الفئة الاولى انما هو مجلس التأديب العام بالبلدية وان هذا المجلس يشكل بقرار من رئيس اللجنـة الشعبية للبلديـة يجب ان يكون الامـين العام ومن احـد اعضاء اللجنـة الشعبيـة ومن مستشار قـانونى ، ومن ثم فـلا صحة للقـول بأن المجلس المـذكـور يجب ان يشكل وفق ما نصت عليه المادتان 79 ، 80 من قانون الشرطة ، وليس فيما تضمنته المـاده 4 من القانون رقم 30 / 77 ما ينال من ذلك ، لان ماورد بها أنه فى حـالة عـدم وجود نص فى القانون المذكور تطبق فى شأن تأديب رجال الحرس البلدى الاحكام الخـاصة بنـظام تأديب الشرط ، لاينصرف الى تشكيـل المجلس فى حد ذاتـه وانما الى الـطريقـة والاجـراءات التى يتعين اتباعها فى المحاكمة امام هذا المجلس .

أ ـ العلم اليقين بالقرار الادارى

تعرضت المحكمة العليا فى حكمها الصادر فى 16 فبراير 1983م فى الطعن الادارى رقم 3 / 27ق لدور محكمة الموضوع فى استخلاص العلم اليقين ، فقررت ان لمحكمة الموضوع استخلاص العلم اليقين بالقرار الادارى من اية واقعة او قرينه تفيد حصوله ومن المتفق عليه ان تقدير هذه الوقائع والقرائن هى مسألة موضوعية لايصح الجدل فيها امام المحكمة العليا متى كان استخلاص محكمة الموضوع سائغا له اصله الثابت فى الاوراق وينتهى بمنطق سليم الى النتيجة التى رتبها عليه .

وتعرضت فى حكمها الصادر فى 13 / 11 / 1983م فى الطعن الادارى رقم 12 / 27 للقرائن التى تفيد العلم اليقين فقررت ان علم صاحب الشأن علما يقينا بالقرار يقوم مقام النشر او الاعلان ويمكن استخلاص هذا العلم اليقين من اية واقعة او قرينه تفيد حصوله كما ان تظلم من أضر به القرار الادارى من هذا القرار يفيد العلم اليقين بالقرار .

ب ـ فتح مواعيد جديدة للطعن بالالغاء

تعرضت المحكمة العليا فى حكمها الصادر فى 2/4/1980م فى الطعن الادارى رقم 14 / 24ق لمواعيد الطعن بالالغاء وفتح مواعيد طعن جديدة واوضحت فى حكمها مايلى :

إن قرار مجلس قياة الثورة الصادر فى 21 / 7 /1970م باسترداد الشعب لاملاكه المغصوبة المعدل بالقرار الصادر فى 14/11/1971م والذى كان يقضى بعدم الاعتداء بتصرفات الملاك الخاضعين لاحكامه الا اذا كانت صادرة لاحد الليبين ومثبته فى محرر رسمى قبل 20/11/1969م مالم تكن قد تمت بعد ذلك بناء على اذن السلطات المختصة قد عدل بالقرار الصادر فى 8/8/1972م وبمقتضى هذا التعديل اصبح للجنة متابعة تصفية الاموال المستردة وان تقرر الاعتداد بالتصرفات المتعلقة بالعقارات والمنقولات على السواءاذا كانت صادرة لاحد الليبين واقتنعت بجدية التصرف وكان ثابت التاريخ قبل يوم 21/7/1970م وقد نصت المادة الثانية منه على ان يعمل به اعتباراً من تاريخ العمل بقرار مجلس قيادة الثورة الصادر فى 14/11/1971م المشار اليه . .

ومفاد ذلك ان التاريخ الذى يجب ان يتخذ اساسا للاعتداد او عدم الاعتداء بالتصرفات هو يوم 21/7/1970م وليس يوم م20/11/1969م وانه يلزم للاعتداد بها ان تكون ثابتة التاريخ قبل ذلك اليوم .

ومؤدى هذا التعديل ان يصبح كل قرار ادارى صادر بعدم الاعتداد بالتصرف استناداً الى انه لم يثبت فى محرر رسمى قبل 20/11/1969م مخالفا للقانون اعمالا للأثر الرجعى للتشريع الجديد ولو كان القرار الادارى بعدم الاعتداد صادراً قبل العمل بالتشريع الجديد وينفتح للمستفيد من احكامه ميعاد جديد للتظلم من القرار السابق .

واذا كان قد صدر حكم نهائى برفض دعوى استناداً الى ان التصرف الصادر لم يكن مثبتا فى محرر رسمى قبل 20/11/1969م فإن حجية هذا الحكم لاتمنع من تجديد الدعوى استناداً الى التشريع الجديد المعدل للتشريع السابق والذى انشأ سببا جديداً للدعوى لم يكن مقرراً من قبل ، وللقضاء الادارى ان يسلط رقابته على هذا القرار المطعون فيه متى اصبح مخالفا للقانون بمقتضى التشريع الجديد كما يجب على الجهة الادارية ان تبادر الى سحبه ذلك انه من شأن التشريع الجديد الذى يقوم على اساس مغاير للتشريع القديم ان ينشىء مركزاً قانونيا جديداً للمتصرف له لم يكن مقرراً من قبل مما يجعل للدعوى سببا جديداً مصدره قرار مجلس قيادة الثورة الصادر فى 8/8/1972م الذى سرى بأثر رجعى .

ج ـ مواعيد الطعن بالالغاء فى قرارات لجان الاعتراض على توزيع المزارع

تناولت المحمكة العليا فى حكمها الصادر فى 5/1/1983م فى الطعن الادارى رقم 26/6ق مواعيد الطعن بالالغاء فى الحالة التى ينشىء فيها القانون لجان للاعتراض من قرارات ادارية معينة دون ان يحدد ميعاد هذا الاعتراض .

وقد كان النزاع يتعلق بتطبيق القانون رقم 123 لسنة1970م فبين هذا القانون ولائحته التنفيذية ان طلب الانتفاع بأرض من الاراضى المستصلحة يمر بعدة اجراءات تبدأ بتقديم الطلب وبالتوزيع وتسليم شهادات التمللك وهو قرار ادارى يستقل بكيانه عن الاجراءات اللاحقة عليه والمتمثلة فى حق اصحاب الشأن فى الاعتراض عليه .

ويتحصن هذا القرار من الالغاء بعد ستين يوما من تاريخ نشره او اعلانه او علم ذوى الشأن علما يقينا ، وان الاعتراض على قرارات التوزيع امام لجان نص القانون على انشائها لايعدو ان يكون نوعا من انواع النظم خلال ميعاد رفع دعوى الالغاء والا كان غير مقبول ولا حجة للقول بان الاعتراضات الموجهه ضد قرارات لجنة التوزيع غير مقيدة بميعاد معين لعدم ورود نص فى القانون 123/1970م يحدد ميعاد لرفعها ، لأن مواعيد الطعن مواعيد حتمية يجب حصول الطعن خلالها ولا يجوز تعطيل هذه القاعدة او استبعادها الا اذا نص القانون صراحة على ذلك او حدد موعداً مغايراً .

د ـ الدعوى الادارية

1 ـ اجراءات الدعوى الادارية

(أ) رفع الدعوى

قضت المحمكة العليا فى حكمها الصادر فى 9/2/1983م فى الطعن الادارى رقم 26/26ق بأن القانون رقم 88 /1971م قد حدد إجراءات رفع الدعوى الادارية امام القضاء الادارى بما يتلاءم وطبيعة هذه الدعاوى فنص فى مادته التاسعة على ان يقدم الطعن بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة موقع عليها من محام من المقيدين بجدول المحامين المقبولي امامها ، وحدد فى مادته العاشرة البيانات التى يجب ان تتضمنها صحيفة الدعوى ومرفقاتها كما يبين فى نصوصه الاخرى الاجراءات التالية لإيداع صحيفة الدعوى ، وبذلك فإن ولاية القضاء الادارى لاتقوم الا باتصالها بالدعوى الادارية اتصالا مطابقا للأوضاع المقررة قانونا .

فإذا كانت الدعوى لم تقدم لمحكمة الموضوع طبقا لهذه الاوضاع وإنما احيلت اليها من القضاء المدنى الذى قضى بعدم اختصاصه ولائيا بنظرها فإن الدعوى تكون غير مقبولة ، ولايغير من هذا النظر مااستقر عليه قضاء المحكمة العليا فى قضائها المدنى من جواز الإحالة بالرغم من عدم وجود نص صريح فى قانون المرافعات ، ذلك ان المقصود بهذا المبدأ هو جواز الاحالة من حالات عدم الاختصاص النوعى دون حالات عدم الاختصاص الولائى .

وتطبيقاً لذات المبدأ قررت المحكمة فى حكمها الصادر فى 1/1/1984م فى الطعن الادارى رقم 14/28ق بأنه :

وإذا كان صاحب الشأن قام بإتباع اجراءات الدعوى المدنية بإعلان خصمه وتكليفه بالحضور امام دائرة القضاء الادارى لسماع الحكم عليه بسقوط الخصومه من الدعوى الادارية ، فإن اتصال دائرة القضاء الإدارى بهذا الطلب والفصل فيه يكون قد تم بغير الطريق القانونى الواجب اتباعه فى الدعوى الادارية .

ب ـ الخصومة والدفاع

تعرضت المحكمة العليا فى حكمها الصادر فى 18/5/1983م فى الطعن الادارى رقم 10/27/ق ، وحكمها الصادر فى 1/6/1983م فى الطعن الادارى رقم 15/27/ق لاختصام القرار الادارى ولحق الخصوم فى تقديم اوجه دفاع جديدة امام المحكمة العليا وقررت :

1 ـ ان من سلطة المحكمة العليا السماح بتقديم مذكرات ومستندات فى الجلسة وابداء

اسباب واوجه دفاع جديدة غير تلك التى ابديت امام المحكمة الادارية أو فى عريضة الطعن

2 ـ ان محكمة الموضوع غير ملزمه بأن تجيب الخصم الى طلبه بإحالة الدعوى الى الخبرة اذا رأت فى اوراق ملف الدعوى مايكفى للفصل فى موضوعها وحسبها فى هذا الشأن ان تورد فى اسباب حكمها مايبرر رفضها .

3 ـ ان القرار الادارى لايخاصم الا فى مواجهة الجهة الادارية التى اصدرت القرار او تلك التى صدر القرار لصالحها يوصفها مسئولة عنه .

كما أكدت فى احكامها بتاريخ 3/6/1984م فى الطعن الادارى رقم 10/25ق ، وبتاريخ 10/6/1984م فى الطعن الادارى رقم 16/28ق ، وبتاريخ 22/6/1984م فى الطعن الادارى رقم 17/27ق ، على ان تقدير ادلة الاثبات فى الدعوى من اطلاقات محكمة الموضوع دون معقب عليها طالما ان مااستندت اليه ، له اصل ثابت بالاوراق ويؤدى الى النتيجة التى انتهت اليها ، وانها ليست ملزمة بتتبع كافة اوجه الدفاع التى يثيرها الخصوم وان القصور فى التسبيب الذى يعيب الحكم هو عدم تعرضه بالرد على دفاع جوهرى من شأن ان يغير من وجه الرأى بالدعوى .

وتعرضت فى حكمها الصادر فى 30/6/1984م فى الطعن الادارى رقم 16/25ق لما اذا كان إغفال ذكر احد التاريخين الهجرى او الميلادى . يؤدى الى البطلات ام لا ؟

واوضحت ان الحكمة من ذكر التاريخ فى محاضر الجلسات هو اثبات تاريخ تحريرها ، واذا كان المحاضر تحمل التاريخ الميلادى فان ذلك يكفى لتحقق الغرض الذى قصده المشرع فضلا عن ان القانون لم يرتب البطلان على اعقال اى من التاريخين الهجرى او الميلادى .

٢ ـ تنازع الاختصاص

تعرضت المحكمة العليا فى حكمها الصادر فى 27/10/1983م لأختصاص محكمة تنازع الاختصاص .

فأوضحت ان مفاد المادة 23 من القانون رقم 6/1982م باعادة تنظيم المحكمة العليا ان مناط اختصاص محكمة تنازع الاختصاص ان تكون دعوى الموضوع الواحد مطروحة اما المحاكم وامام جهة قضاء استثنائى وان تكون كلتا الجهتين قضت باختصاصها بنظرها او ان تكون كل منهما تخلت عنها وقضت بعدم اختصاصها ، وعندئذ يقوم سبب طلب تعيين الجهة المختصة بنظر الدعوى ، اما اذا كان التنازع على الاختصاص بين محكمتين او اكثر كان مرد الامر الى محكمة الطبقة التى تعلوها ثم الى محكمة النقض التى تستطيع بما لها من ولاية ان تضع حداً لهذا التنازع .

٣ ـ سلطة حدود القاضى الادارى

أ ـ دعوى الالغاء والتعويض

اكـدت المحكمة العليـا فى حكمها الصـادر فى 23/6/1981م فى الطعن الادارى رقم 26/24ق ، 27/26ق مااستقرت عليـه هذه المحكمـة فى تحديـد اختصاص القـاضى فى دعوى الالغاء .

فـأوضحت ان دعوى الالغـاء هى الدعـوى التى يرفعهـا احد الافـراد الى القضاء الادارى بطلب اعدام قرار ادارى تخول للقاضى وحصل مشروعية القرار فإذا ماتبين مخالفته للقانون حكم بإلغائه ولكن دون ان يمتد حكمه الى اكير من ذلك ، فليس له تعديل القرار المطعـون او استبدال غيره به وقضاء الالغاء على عكس القضاء الكامل الذى يخـول القاضى سلطات كاملة لحسم النزاع ، فالقاضى لايقتصر على مجرد الغاء قرار غير مشروع ، وانما يـترتب على الوضع غير المشروع جميع نتائجه القانونية لأنه يتعلق بـالحقوق الشخصيـة لرافـع الدعـوى مثل المنازعات المتعلقة بالعقود وقضاء التعويض عن اعمال الادارة الضارة .

ب ـ رقابة المشروعية

تعرضت المحكمة العليا فى حكمها الصـادر بجلسة 3/2/1982م فى الـطعن الادارى رقم 7/28ق لولاية القاضى الادارى من رقابـة المشروعية عـلى القرار الادارى وانتهت الى انه اذا كانت الدعوى الماثلة امام المحكمة هى دعوى الفاء قرار ادارى ، فإن ولاية القاضى الادارى مقصور فى مثل هذه الدعوى على رقابة مشروعية القرار بحيث لايسوغ له ان يحـل نفسه محل الجهة الادارية فى عمل او اجراء هو من صميم اختصاصها .

فسلطة قاضى الموضوع تقتصر على الغاء ، القرار او رفض طلب الالغاء ، واذا ماانتهى الى الغاء القرار الادارى فليس له ان يرتب بنفسه الاثار الحتمية لحكمه بان يقوم باصدار القرار السليم محل القرار المعيب ومن ثم فلا يجوز للمحكمة ان تحكم بالغـاء القرار المـطعون فيـه وان تقضى باحقية المدعى فى تملك المزرعة محل النزاع .

وايضاح ذلك يتبين من وقائع هذه الـدعوى والتى تتلخص فى أن سيـدة تقدمت بـطلب الى لجية البحث الاجتماعى والاقتصادى بمشروع وادى كعام الزراعى للحصول على مزرعة من مزارع المشروع ، ولكن رفض طلبها رغم تحصلها على الترتيب العاشر فـطعنت امام لجنـة الفصل فى الاعتراضات الت يقررت رفض الاعتراض ثم صادق عليه امين اللجنة الشعبية

للأستصلاح الزراعى فلجات الى القضاء الادارى حيث حكمت محكمة استئناف طرابلس (دائرة القضاء الادارى) بإلغاء القرار المطعون فيه وباحقية المدعية فى تملك مزرعة بمشروع وادى كعام الزراعى حسب الترتيب النهائى الصادر من لجنة البحث الاجتماعى والاقتصادى .

وعند نظر الطعن فى هذا الحكم امام المحكمة العليا حكمت هذه بنقض الحكم نقضا جزئيا فيما قضى به من احقية المطعون ضدها فى تملك مزرعة وبإلغائه فى هذا الشق .

ج ـ نزع الملكية للمنفعة العامة

تعرضت المحكمة العليا فى حكمها بتاريخ 27/2 1980م فى الطعن الادارى رقم 29 / 24ق للأثار المترتبة على عدم التزام الادارة بالاجراءات المقررة قانونا .

وتتلخص وقائع هذه الدعوى فى ان مؤسسة الموانى قامت بتسوية ارض مملوكة لاحد الافراد ووضع بعض البضائع عليها ورفع المالك دعوى طرد امام محكمة طرابلس الابتدائية وقبل صدور حكم فى هذه الدعوى صدر قرار من مجلس الوزراء فى 28/4/1976م بنزع ملكية العقار للمنفعة العامة .

طعن المالك فى هذا القرار امام محكمة استئناف طرابلس (دائرة القضاء الادارى) مطالبا بإلغاء القرار المذكور فحكمت المحكمة برفض الدعوى وقد طعن المالك فى هذا الحكم امام المحكمة العليا مستنداً الى ان جهة الادارة اعتدت اعتداء ماديا على العقار الذى يملكه وانه اقام دعوى بطردها وان قرار نزع الملكية لم يصدر لمصلحة عامة وانما صدر لمنع القضاء من الفصل فى الدعوى واخراج العقار من ملكية الطاعن وتحديد التعويض طبقا لقانون التطوير العمرانى بدلا من تعويضه عن الغصب طبقا لما لحقه من خسارة وما فاته من كسب وانه كان يتعين على جهة الادار ان تنتظر صدور حكم فى دعوى الطرد قبل صدور قرار نزع الملكية .

وقررت المحكمة العليا رفض هذا الطعن مستندة الى المبدأ التالى :

ان استيلاء الادارة على العقار دون اتخاذ الاجراءات المقررة قانونا لنزع الملكية يعتبر بمثابة غصب يخول لصاحب العقار استرداد العقار وطلب التعويض عن الضرر .

الا ان لجهة الادارة الحق فى ان تصدر القرار بنزع الملكية للمنفعة العامة وفقا للاجراءات المنصوص عليها فى القانون فى اى وقت .

ولايكون للمالك من بعد صدور القرار الحق فى طلب استرداد العقار ولا ان يطالب باكثر من التعويض المقرر قانونا ، ولايقبل منه الطعن على صدور القرار لمجرد انه صدر اثناء رفع دعوى الطرد ، وكل ماله ان يطالب بتعويض الضرر الذى لحقه وقت الغصب وماتفاقم من ضرر بعد ذلك الى حين صدور القرار بنزع الملكية . كما لايقبل منه الجدل فى تقرير المنفعة العامة لأن تقديرها متروك لجهة الادارة دون معقب عليها طالما لم يثبت ان هناك انحرافاً بالسلطة .

وفى مجال تقدير التعويض فى حالة استيلاء الادارة على عقار دون اتباع الاجراءات التى يوجبها القانون ذهبت المحكمة العليا فى حكم لها بجلسة 2/12/1981م فى الطعن المدنى رقم 28/26ق الى ان استيلاء جهه الادارة على عقار مملوك لاحد الافراد دون اتباع الاجراءات التى يوجبها قانون نزع الملكية للمنفعة العامة يلزمها بتعويض المالك تعويضا عادلا .

وان المنازعة فى تقدير التعويض المستحق عن العقار يعتبر من المنازعات التى تخضع لقواعد المسئولية التقصيرية التى يختص بها القضاء العادى .

د ـ تقدير التعويض فى حالة تأميم المبانى طبقاً لقانون رقم 88/1975م

تعرضت المحكمة العليا فى حكمها الصادر بتاريخ 30/6/1982م فى الطعن الادارى رقم 10/26ق لأسس تقدير التعويض عن المبانى المؤممه وفقا لأحكام القانون رقم 88 ـ 75 وقررت هذه المحكمة بأنه طبقا للمادة الخامسة من القانون رقم 88 ـ 75 يجب على اللجنة التى اناط بها المشروع تقدير قيمة المبنى المؤمم وفقا لأحكام هذا القانون ان تقدر قيمته بتكلفة إنشائه ومقتضى ذلك فإنه يتعين على هذه اللجنة ان تتحرى فى تقديرها لقيمة المبنى جميع مقوماته ومستلزمات بنائه كما وكيفا وسعراً وان تأخذ فى اعتبارها جميع النفقات الفعلية التى استغرقتها عملية بنائه . واى تقدير لقيمة المبنى المؤمم لاتراعى فيه اللجنة لأى سبب من الاسباب هذا الاساس وتجريه بطريقة جرافية او نمطية او بحسب اسعار تقريبية لاتمثل الاسعار السائدة فى السوق وقت الانشاء يكون التقدير مجافيا للقانون . وهذا المبدأ كان اساس إلغاء القرار المطعون فيه والصادر من امين الاسكان فى 25/2/1979م بتقدير قيمة المبنى على اساس الاسعار النمطية التى وضعتها امانة الاسكان لتقدير تكلفة تنفيذ مشروعاتها .

وقد اكدت المحكمة العليا هذا المبدأ فى حكمها الصادر فى 30/6/1982م فى الطعن رقم 11/26ق ، والحكم الصادر فى 1/6/1983م (طعن إدارى) رقم 14/27ق .

هـ ـ احكام التضاد الادارى والطغى عليها

(1) طبيعة الحكم بوقف تنفيذ القرار الادارى :

تعرضت المحكمة العليا فى حكمها الصادر بتاريخ 16/1/1980م فى الطعن الادارى رقم 9/24ق الى طبيعة الحكم الصادر من محكمة الاستئناف (دائرة القضاء الادارى) بوقف تنفيذ قرار ادارى ، وهل يظل للطاعن فى هذا الحكم امام المحكمة العليا مصلحة فى الطعن بعد ان قضت محكمة الاستئناف بإلغاء القرار الادارى الصادر بشأنه حكم بوقف التنفيذ .

وقضت بأن الحكم الصادر بوقف تنفيذ القرار الادارى وان كان حكما مؤقتا فإن له مقومات الاحكام وخصائصها ويجوز قوة الشيء المحكوم فيه فى الخصوص الذى صدر فيه ، طالما لم تتغير الظروف ، ويجوز الطعن فيه على استقلال امام المحكمة العليا الا انه يظل معلقا على نتيجة الحكم فى دعوى الإلغاء . فإذا رفضت الدعوى او الغى القرار زال كل اثر لحكم وقف التنفيذ واصبح الطعن فى هذا الحكم امام المحكمة العليا غير ذى موضوع ولا مصلحة فيه للطاعن .

2 ـ شروط الطعن بطريق النقض

تعرضت المحكمة العليا فى حكمها الصادر فى 5 مايو 1982م فى الطعن الادارى رقم 19/25ق ، 41/25ق لشرط قبول الطعن فى احكام محكمة الاستئناف ، وقررت انه يشترط لجواز الطعن فى اى حكم بطريق النقض او بغيره من طرف الطعن الاخرى إن يكون الحكم صادراً فى موضوع الد عوى ومنهيا للخصومة ، وان الحكمة المتوخاه من عدم جواز الطعن فى مثل هذه الاحكام الا مع الحكم الصادر فى موضوع الدعوى هو عدم تجزئة القضية الواحدة وتقطيع اوصالها وتوزيعها بين مختلف المحاكم وإطالة امد التقاضى وقد يغنى الحكم الصادر فى الموضوع عن كل ذلك واذا كان الطعن محله حكم محكمة الاستئناف تقضى قبل الفصل فى الموضوع بندب خبير حسابى الاحتساب مستحقات الموظف فإن هذا الطعن يكون منصبا على حكم ليس صادراً فى موضوع الدعوى كله وغير منه للخصومة ولا يجوز الطعن فيه الامع الحكم الصادر فى موضوع الدعوى .

عدم جواز طريق اعتراض الخارج عن الخصومة .

تناولت المحكمة العليا فى حكمها الصادر فى 28/6/1979م فى الطعن الادارى رقم 2/25ق مدى جواز اللجوء الى طرق الطعن المقررة فى قانون المرافعات كطرق اعتراض الخارج عن الخصومة .

وفى هذا الخصوص قررت هذه المحكمة ان نصوص المواد 19 ، 20 ، 21 من القانون رقم 88 لسنة 1971م قاطعة فى دلالتها على ان دعوى الالغاء ومايصدر فيها من احكام لايطعن فيها الا بطريقين هما :

طريق الطعن امام المحكمة العليا وطريق التماس اعادة النظر ، وان المادة 21 من القانون المذكور اسبغت على احكام الالغاء النهائية صفة لايتمتع بها اى حكم اخر ، وهى انها حجة على الكافة وهذا يعنى ان الخصومة التى تنتهى بهذا الحكم هى خصومة عينيه ترتبط بعين القرار الادارى فى مجال الالغاء ، وذلك بغض النظر عن الاشخاص الحاضرين فى تلك الخصومة بأشخاصهم ، وهى مايفيد بدلالة قاطعة معنى تحريم الطعن عليها بطريق اعتراض الخارج على الخصومة .

ثالثا

العقود الادارية

(1) الاذن بالتعاقد

تعرضت المحكمة العليا فى حكمها الصادر بجلسة 24/11/1982م فى الطعن الادارى رقم 1/26ق للاذن بالتعاقد كشرط ضرورى لقيام الرابطة التعاقدية وقررت :

1 ـ انه من المتفق عليه فى الفقه الادارى انه حينما يشترط القانون استئذان جهة معينة لإبرام تعاقد ما فإن الحصول على هذا الاذن المسبق يصبح شرطا ضروريا لقيام الرابطة التعاقدية اصلا ، والا كان العقد باطلا ، ومما لاجدال فيه ان مثل هذا الشرط لم يوضع عبثا وانما يقوم على اسباب جوهرية تتصل بالصالح العام اتصالا وثيقا .

وان المادة الثالثة من لائحة المناقصات والمزيدات تقضى بان يصدر اذن بالتعاقد من مجلس الوزراء فى حالات التكليف المباشر التى تحددها البنود السنة الاولى كلما تجاوزت قيمة التعاقد 500 الف دينار ومتى كان الطاعن (المقاول) قد ابرم مع الادارة عقداً تجاوزت قيمته 500 الف دينار ثم عرض العقد على مجلس الوزراء لاستصدار الاذن بإبرامه واصدر المجلس قراراً يقضى باعتماده على ان تخفض قيمته الاجمالية بنسبة 20٪ ومؤدى ذلك ان مجلس الوزراء قد علق إذنه بالتعاقد على شرط وهو تخفيض قيمة العقد بالنسبة التى ذكرها فى قراره فان رفض المتعاقد هذا التخفيض فلا مناص من القول بان مجلس الوزراء قد رفض الاذن بالتعاقد فى صيغته الاصلية ولايستقيم بعدئذ ما ذهب اليه الطاعن من ان ماقرره المجلس بشأن تخفيض قيمة العقد لايعدو ان يكون تعديلا للعقد بعد اعتماده لان اعمال الادارة لحقها فى تعديل العقود الادارية يستوجب بداية ان تكون الرابطة التعاقدية قد نشأت فعلاً حتى يمكن للتعديل ان يصادف محلا .

2 ـ ان ماأثاره الطاعن من ان التعاقد موضوع النزاع لايقتصر على عقد واحد تتجاوز قيمته 500 الف دينار حتى يخضع لشرط الاذن المسبق وانما يتكون فى حقيقته من عقدين قيمة كل منهما لاتتجاوز المبلغ المذكور ، هذه المسألة لاتخرج عن كونها تفسيرا للعقد ، وان تفسير العقود واستخلاص مايمكن استخلاصه منها هو من حق محكمة الموضوع التى تستقل به . وان محكمة الموضوع اذ قررت بوجود عقد واحد مستهدية فى ذلك بوقائع الدعوى وظروفها مستشهدة عليه بجملة من الاعتبارات كموافقة جهة الادارة على التعاقد بكتاب واحد وفى تاريخ واحد وخلال سنة مالية واحدة وكقولها بان موضوع العقد يتعلق بمشروع واحد ويرتبط بوحدة واحدة ، محلها اعتبارات مقبولة لوجود عقد واحد .

3 ـ من المسلم به انه وان كان المتعاقد مع الادارة الذى بطل عقده لغياب الاذن المسبق بإبرامه لايستطيع ان يرجع على الادارة على اساس الرابطة التعاقدية لان هذه الرابطة لم

توجد كلية الا انه يستطيع ان يرجع عليها لجبر مالحقه من ضرر من جراء تعاقدها معه على خلاف المقرر قانونا على اساس المسئولية التقصيرية للادارة وبشرط توافر اركانها .

2 ـ اثر عدم اداء التأمين النهائى

تعرضت فى حكمها الصادر فى 26/19803 فى الطعن الادارى رقم 10/24 تعرضت المحكمة العليا للأثر المترتب على عدم دفع من رسى عليه العطاء للتأمين النهائى وقررت انه اذا لم يقم صاحب العطاء المقبول بأداء التأمين النهائى فى المدة المحددة له فيجوز للجهة المتعاقدة بموجب خطاب مسجل ودون حاجة الى اتخاذ اجراءات اخرى او الالتجاء الى القضاء ان تلغى العقد وتصادر التأمين المؤقت طبقا للمادة 46 من لائحة المناقصات رقم 79 لسنة 1973 واما التمسك بالعقد وتنفيذه على حساب من رسى عليه العطاء مع الاحقية فى المطالبة بالتعويض عن جميع الاضرار المباشرة التى تترتب على عدم التنفيذ ، ولايجوز لها الجمع بين الامرين فى وقت واحد لأن إلغاء العقد يعنى انحلاله وزوال الاثار المترتبة عليه باعتباره واقعة قانونية فى حين ان قيام الجهة الادارية المتعاقدة بإحلال شخص اخر محل المتعاقد الذى قصر فى تنفيذ إلتزاماته لاينهى العقد بالنسبة للمتعاقد المقصر بل يظل قائما ومنتجا لأثاره .

3 ـ تجديد الضمان وإلغاء العقد

تعرضت المحكمة العليا فى حكمها الصادر فى 20/5/1981م فى الطعن الادارى رقم 11/24ق لأثر عدم تجديد الضمان على إلغاء العقد الادارى والتعويض فى حالة القوة القاهرة .

فقررت انه اذا اودع المتعاقد (الشركة) مع الادارة ضمانا ماليا وانتهت مدته ولم يجدده ، كما ان الادارة ظلت ساكتة ولم تطالب الشركة بتجديده الضمان لمدة اخرى ، ولم يثبت ان الشركة مانعت فى ذلك عندما طلبت الادارة فضلا عن وجود ممتلكات للشركة تحت يد الادارة ، فلا يعتبر المقاول مقصراً فى التزامه بتجديد الضمان مما لايبرر الغاء العقد .

وإيضاح ذلك يتبين من ظروف هذه الدعوى وخلاصتها انه بتاريخ 18/5/1969م بين شركة ووزارة التعليم على بناء مسرحين متنقلين يسلمان خلال خمسة عشر يوما تنتهى فى 31/8/1969م ووصلت اخر المعدات الى ميناء طرابلس فى 28/8/1969م ، ونظرا لقيام الثورة اضطرت الباخرة للابحار الى اليونان دون تفريغ حمولتها وتراخى بذلك تسليم المسرحين عن الموعد فى العقد .

وفى 1970618م ألغت الوزارة العقد لان الشركة لم تف بإلتزاماتها فى الموعد المحدد بالعقد وبعدم تجديد التأمين بعد انتهاء مدته .

ورفعت الشركة الدعوى رقم 42/75 امام محكمة استئناف طرابلس مطالبة بتعويض الشركة عما لحقها من خسارة ومافاتها من كسب وحكمت هذه المحكمة فى 27/2/1977م بتعويض الشركة عن الغاء العقد استناداً الى ان تأخير تسليم المعدات المتعاقد عليها لم يكن بسبب من جانب المورد وانما كان بسبب خارج عن ارادته وهو قيام ثورة الفاتح من سبتمبر وتعذر افراغ السفينة لحمولتها للأجزاء المتأخرة من المسرحين عند وصولها الى ميناء طرابلس وانه من المسلم به فقها وقضاء ان ذلك يعتبر قوة قاهرة تبرىء ذمة المورد من مسئولية التأخير فى التسليم طبقا لنصوص العقد فضلا عن ان جهة الادارة لم تجحد قيام القوة القاهرة ، كما انها وافقت ضمنا على مد مدة التسليم بدليل قيامها بتسديد الرسوم الجمركية على اجزاء المسرح والافراج عنها وقبول ايداعها فى مخازن وبذلك تكون قد ابرئت ذمة المقاول من التأخير فى التسليم ، وان عدم تجديد الضمان لايصلح سببا لإلغاء العقد .

وفى 26/4/1977م طعنت الادارة فى حكم محكمة الاستئناف امام المحكمة العليا وقد ابدت هذه المحكمة حكم محكمة الاسئناف ورفضت الطعن وذلك لأسباب الحكم المشار اليها .

حق المتعاقد فى مد اجل التسليم

تعرضت فى حكمها الصادر فى 20/5/1981م فى الطعن الادارى رقم 20/24ق لحق المتعاقد مع الادارة فى طلب مد اجل التسليم وحقه فى استرداد مبلغ التأمين المودع لدى جهة الادارة .

وقررت انه يجوز للمتعاقد اذا واجه عوائق فى موقع العمل ان يطلب مد اجل التسليم ، فإذا نفذ المقاول ماتعهد به على الوجه الاكمل وقبل انتهاء هذا الموعد وتم استلام الجهة المختصة للمشروع ، فإن المقاول يستحق مبلغ التأمين المودع لدى جهة الادارة .

وايضاح ذلك انه فى 24/3/1972م تعاقد مواطن مع نائب مدير مشروع تنمية الابقار فى بنغازى على انشاء سياج حول محطة ابقار على ان تسلم الاعمال فى مدة اقصاها خمسة اشهر من تاريخ تسلم موقع العمل ، الا ان المقاول عند بدء العمل وجد امور عائقة وهى مجموعة من الاشجار والاعشاب كما ان بعض المواد والأدوات المطلوبة للعمل لاتنتجها المصانع العالمية فى الوقت الحاضر ولاتوجد فى الاسواق المحلية ، ولذلك قامت جهة الادارة بوضع خريطة للسور محل التعاقد راعت فيه تفادى الاشجار المعوقة . ووضع مواصفات فنية جديدة للمواد والادوات غير المتوفرة كما طلبت الادارة واثناء التنفيذ ادخال بعض التعديلات مع البناء والمداخل الرئيسية وبناء على طلب المتعاقد وافق مدير المشروع على مد مدة التسليم وقام المتعاقد بتسليم الاعمال قبل الموعد الجديد .

ورفضت الادار رد مبلغ التأمين اليه فرفع دعوى امام محكمة استئناف بنغازى رقم 18 / 5ق مطالبا بالمبلغ المذكور وحكمت المحكمة لصالحه فى 2 / 4 / 77م ولكن الادارة طعنت فى هذا الحكم امام المحكمة العليا فى 1 / 6 / 1977م وحكمت هذه المحكمة برفض الطعن استنادا الى ان اجراءات تمديد العقد قد تمت سليمة وعلى فرض عكسى ذلك اى لو كان معيبا فهو ليس من شأن المقاول وانما هو من شأن الادارة ولايسأل المقاول عن خطئها كما انه لايضار به ، وان المتعاقد قد اوفى بإلتزاماته قبل الموعد المحدد .

5 ـ حدود اختصاص القضاء الادارى بمنازعات العقود الادارية

تناولت المحكمة العليا فى حكمها الصادر فى 26 / 1 / 1982م فى الطعن الادارى رقم 24 ، 29 ، 26ق لسلطة القضاء الادارى فى تصفية النزاع المتعلق بالعقود الادارية ، وقررت ان قضاء العقود الادارية ينتمى اساسا الى القضاء الكامل وتتسع فيه سلطة القضاء الى تصفية النزاع برمته ويمتد اختصاصه بشأنه لكل مايتعلق لعملية التعاقد ابتداء من اول اجراء فى تكوينها الى آخر نتيجة ، وتصفية كافة العلاقات والحقوق والالتزامات التى نشأت عنها فى اى مرحلة من مراحلها سواء تعلقت المنازعة بانعقاد العقد ام بصحته ام بتنفيذه او بانتهائه او بانقضائه ومؤدى ذلك ان اختصاص القضاء الادارى يمتد الى تصفية النزاع الذى قد ينشأ بين الاطراف المتعاقدة حول إلتزامات وحقوق كل منها فى حالة اعتبار العقد متعقدا او غير صحيح بسبب خطأ احد الاطراف .

فقررت فى نفس الحكم ان تقدير التعويض يعتبر من المسائل الواقعية التى يستقل بها قاضى الموضوع ، الا ان تعيين العناصر المكونة قانونا للضرر والتى يجب ان تدخل فى حساب التعويض هى من المسائل القانونية التى تخضع لرقابة محكمة النقض لأن هذا التعيين هو من قبيل التكييف القانونى للواقع فإذا قضى الحكم بتعويض ولم يبين عناصر الضرر يكون قاصراً ويستوجب نقضه .

6 ـ تحديد شروط عقود التوريد الادارية والاختصاص بالفصل فى منازعاتها

تناولت المحكمة العليا فى حكمها الصادر فى 13 / 11 / 1983م فى الطعن الادارى رقم 16 / 27ق الشروط التى يجب ان تتوافر فى عقد التوريد ليكون عقداً اداريا تختص بمنازعاته دوائر القضاء الادارى فأوضحت .

إن اختصاص القضاء ولائيا بالفصل فى المنازعات المتعلقة بعقد التوريد مناطه ان يكون هذا العقد وفقا لمقصود المشرع منه فى نص المادة الرابعة من القانون رقم 88/71 بشأن القضاء الادارى اداريا ، بمعنى ان يكون احد طرفيه شخصا معنويا عاما ومتعلقا بمرفق عام ومحقويا على شروط استثنائية وغير مألوفة فى العقود الخاصة او متضمنا مايفيد ان فيه الادارة قد اتجهت فى ابرامه الى الاخذ بأسلوب القانون العام وان فقد احدى هذه الخصائص الثلاثة التى تتميز بها العقود الادارية فإنه لايكون عقد توريد ادارى ويخرج النزاع بشأنه من نطاق اختصاص الفضاء الادارى .

تتلخص وقائع الدعوى فى انه :

تعاقدت بلدية مصراتة مع شخص لتوريد عدداً من اشارات المرور المعدنية المطلية عن طريق الفرن الكهربائى بطلاء جيد مانع للصدأ ، وقد تم استلام اللوحات فعلا وسدد ثمنها ، وبعد وضعها فى شوارع المدينة باسبوعين اخذ طلاؤها يتقشر مما جعلها غير صالحة لأداء الغرض ، فقامت البلدية بنزع هذه اللوحات وطلبت من المورد الحضور وتركيب بديل لها ، ولما لم يستجب لهذا الاخطار ، قامت الادارة برفع دعوى امام دائرة القضاء الادارى بمحكمة استئناف طرابلس طالبة إلزام المورد بالتعويض ، وبتاريخ 1980/4/27م حكمت هذه المحكمة بتعويض جزئى لأن هذه اللوحات يمكن إعادة طلائها بطلاء غير قابل للتلف .

طعن فى هذا الحكم امام المحكمة العليا استناداً الى عدم اختصاص دائرة القضاء الادارى بالنزاع لان العقد لايعتبر من العقود الادارية لأنه لم يشتمل على شروط استثنائية غير مألوفة فى عقود القانون الخاص ، وقد حكمت المحكمة العليا فى هذا النزاع بنقض الحكم المطعون فيه وبعدم اختصاص القضاء الادارى بنظر النزاع لأن بلدية مصراتة قد تعاقدت مع المورد بموجب رسائل تبودلت بين الطرفين وإنه كان واضحا من مراجعة الرسائل المذكورة انها لمن تشتمل على اى شرط استثنائى غير مألوف فى العقود الخاصة ولم تتضمن مايفيد ان نية الادارة كانت متجهة الى الاخذ بأحكام لائحة المناقصات والمزايدات او ان شروط تلك اللائحة كانت ملحوظة لديها عند التعاقد مما يكون العقد موضوع النزاع ليس عقداً اداريا .

7 ـ الاختصاص بمنازعات عقود الإلتزام

تعرضت المحكمة العليا فى حكمها الصادر فى 23/3/1983م فى الطعن الادارى رقم 14/26ق للإختصاص بمنازعات عقود الالتزام ووضعت مبادىء لتحديد الاختصاص وكان ذلك يتعلق بالطعن الآتى وتتلخص وقائعه فى :

إن شركة ليبية مساهمة كانت تقوم باعمال النقل الجوى للأشخاص والبضائع والحيوانات الحية داتخل الجماهيرية لصالح شركات النفط وذلك بمتقضى الاذن الوزارى رقم 339 الصادر لها فى 22/4/1962م لمدة عشر سنوات جدد لمدة اخرى تنتهى فى 23/4/82م والاذن الصادر لها من أمانة المواصلات حتى 22/6/1974م .

وظلت هذه الشركة تزاول نشاطها وتعاقدت مع المؤسسات والشركات النفطية وفى اوائل عام 1973م قامت مؤسسة الخطوط الجوية بالاتصال بالشركات التى تعاقدت معها الشركة الطاعنة وأمرتها بأن تدفع للمؤسة لا للشركة الطاعنة جميع المبالغ المستحقة لديها ، واحظرت الشركة الطاعنة بتحديد سعر ساعة الطيران بمبلغ 170 دينار بدلا من 190 دينار المنفق عليها سلفا بين الشركة الطاعنة والجهات المتعاقدة معها . وأخذت المؤسسة تستولى على الفرق بين السعرين .

رفعت الشركة المذكورة دعوى امام محكمة بنغازى الابتدائية طالبت فيها إلزام المؤسسة بدفع المبالغ التى اقتطعتها منها ، فقضت هذه المحكمة بعدم اختصاصها بنظر النزاع لتعلقه بتسيير مرفق عام ، فرفعت الشركة دعواها امام محكمة استئناف بنغازى (دائرة القضاء الادارى) وبتاريخ 27/2/1979م قضت هذه المحكمة باختصاصها بنظر الدعوى وبرفضها موضوعا .

طعنت الشركة المذكورة فى هذا الحكم امام المحكمة العليا . ودفعت النيابة بعدم اختصاص دائرة القضاء الادارى بمحكمة استئناف بنغازى ولائيا بنظر الدعوى لان القضاء الادارى لايختص الا بنظر المنازعات المتعلقة بالعقود المحددة على سبيل الحصر فى المادة 4 من القانون رقم 88/71 وان المنازعة محل الدعوى ليست من تلك المنازعات لانها لاتتعلق بعقد التزام مرفق عام ذلك ان نشاط الشركة الطاعنة فى مجال النقل الجوى الداخلى قاصر على شركات النفط ولايخدم مصلحة عامة ولاعلاقة لجهة الادارة به إذ هى ليست طرفا فيه وليس لها اى دور فى إدارته او تسييره او تنظيمه فهو نشاط خاص تقوم به الشركة الطاعنة سواء من الناخية التجارية او من ناحية تشغيل طائراتها بموجب تراخيص صادرة اليها من الجهات الادارية المختصة دون ان تكون هذه الجهات طرفا فيها ، وان ماقامت به مؤسسة الخطوط الجوية من اخطار الشركة الطاعنة بأن محاسبتها مستقبلاً سيتم بمعرفتها وعن

طريقها وعلى اساس 170 دينار لكل ساعة طيران واحدة بدلا من 190 دينار لايعدو ان يكون تعديلاً فى فئة الاسعار بقصد الاستحواذ على نسبة معينة تتمثل فى الفرق بين السعرين وهذا التعديل فى السعر لم يغير من طبيعة إلتزام الشركة الطاعنة ولم يتضمن اى تغيير فى ادارة او تنظيم او تسيير مرفق النقل الجوى الداخلى حتى يمكن القول باتجاه المؤسسة فى الاخذ بأسلوب القانون العام سواء فى علاقتها بالشركة الطاعنة او فى طبيعة إلتزامها أو العمل على تحقيق اغراضها التى أنشئت من اجلها ولكن المحكمة العليا ذهبت الى القول بأن هذا الدفع غير سديد ، لأن الشركة الطاعنة رغم تحفظها على إجراءات المؤسسة بتعديل السعر والامر بأن يكون الدفع لها ، والمتمثل فى اشتراط الا يتجاوز العمل بهذه الاجراءات نهاية شهر يوليو 1973م وان يضمن لها عدد من ساعات الطيران لايقل عن 300 ساعة شهريا رغم هذه التحفظات فقد قامت الشركة بتنفيذ اجراءات المؤسسة والعمل بموجبها وتجديد رخص تسيير طائراتها .

وأن تصرف المؤسسة وان بدا فى شكل تدابير ادارية فهو فى حقيقته لايخرج عن كونه عرضا من المؤسسة على الشركة بأن يستمر فى ادارة واستغلال خط النقل الجوى الداخلى الذى كانت تسييره فى السابق لحسابها خدمة لشركات النفط تحت اشراف مؤسسة الخطوط الجوية وفى مقابل عمولة تقتضيها هذه المؤسسة من عملاء الشركة الطاعنة فى صورة الفرق بين الاجر الذى سيحصل من العملاء وبين الاجر الذى سيدفع للشركة الطاعنة وفق السعر المحدد لها ، (190 ـ 170) وان قيام الشركة الطاعنة بتنفيذ الشروط التى حددتها المؤسسة وتجديد رخص تسيير طائراتها دون التمسك بالتحفظات التى أبدتها يدل على موافقتها الضمنية على هذا العرض وتنازلها عن التحفظات . وعلى هذا النحو يكون الاتفاق بين الطرفين قد تمت بإيجاب وقبول صحيحين واصبح ملزماً لكل منهما .
وان الشركة ارتضت ان تكون وضع الملتزم بالنسبة للمؤسسة صاحبة الحق فى استغلال مرفق النقل الجوى بجميع فروعه الداخلية والخارجية على سبيل الاحتكار وتملك ان تعهد من تشاء بادارة واستغلال اى جزء من المرفق المذكور وهذا الاتفاق لايخرج عن كونه عقداً من عقود الالتزام التى يختص بها القضاء الادارى طبقاً للقانون 88 / 78 وانتهت الى تأييد حكم محكمة القضاء الادارى . . .

8 ـ الظروف الطارئة
واثرها فى تقديرها التعويض

تعرضت المحكمة العليا فى حكمها الصادر فى 9/1/1980م فى الطعن الادارى رقم 31/24ق لتطبيق نظرية الظروف الطارئة واثرها فى تحديد التعويض وقررت مايلى :

1 ـ إذا حدث اثناء تنفيذ العقد الادارى ان طرأت ظروف او احداث لم تكن متوقعة عند ابرام العقد ، وكان من شأن هذه الظروف او الاحداث انها لم تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا بل اثقل عبئا واكثر كلفة مما قدره المتعاقد ان التقدير المعقول ، وكانت الخسارة الناشئة عن ذلك تجاوز الخسارة المألوفة العادية التى يتحملها اى متعاقد الى خسارة استثنائية وغير عادية جاز للقاضى تبعا للظروف بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ولايجوز للطرفين الاتفاق على مايخالف ذلك باعتبار ان نظرية الظروف الطارئة من الامور المتعلقة بالنظام العام لافرق فى ذلك بين العقود الادارية وعقود القانون الخاص ويتعين على المحكمة إلتزام حكمها من تلقاء نفسها ودون حاجة الى التمسك بها من جانب المدين .

وقيام الحرب يعتبر من قبيل الظروف الطارئة التى يترتب عليها انه اذا اصبح تنفيذ الالتزام مرهقا كان على الادارة ان تساهم مع المتعاقد فى تحمل النتائج المترتبة على ازدياد الاعباء الناشئة عن تلك الظروف .

2 ـ الاعتماد على توافر الظرف الطارىء لتعديل التعويض المستحق للإدارة المتعاقدة نتيجة سحب العملية والتنفيذ على الحساب على اساس نصف الزيادة التى طرأت على الاسعار بين سحب العملية والبدء فى التنفيذ صحيح قانونا .

وتتلخص وقائع الدعوى فى الآتى :

ابرمت امانة الزراعة فى 23/3/1971م عقداً مع الشركة العالمية للتموين والمقاولات لتنفيذ مشروع حفر بئرين بمنطقة يفرن مبلغ 30,876 وذلك فى مدة اقصاها 120 يوما من تاريخ تسلم الموقع ، الا ان الشركة المتعاقدة لم تحفر الا بئراً واحداً نظير مبلغ 12,232,005 ديناراً وماطلت فى حفر البئر الثانى فقامت امانة الزراعة بسحب العمل منها والتنفيذ على حسابها بالنسبة للبئر الثانية وتعاقدت فى 28/12/1974م مع شركة اخرى لحفر البئر الثانية تكلف فعلياً 40,330,000 ورفعت امانة الزراعة دعوى امام محكمة استئناف طرابلس (دائر القضاء الادارى)

ضد الشركة العالمية للمقاولات تطالبها بدفع مبلغ 21,686,000د قيمة الفرق الذى تكبدته الامانة نتيجة تنفيذ المشروع على الحساب .

وفى 29/5/1977م اصدرت محكمة الاستئناف بان تتحمل الشركة نصف مبلغ والامانة النصف الثانى وذلك استناداً الى ان امانة الزراعة تراخت كثيراً فى البدء فى التنفيذ على الحساب لمدة 22 شهراً وهذا شكل خطأ من جانب الادارة ادى الى الزيادة فى تكاليف التنفيذ عليى الحساب فالادارة بذلك قد اسهمت فى زيادة حجم الاثار المترتبة على اخلال الشركة بتنفيذ العقد ، كما ان الحكم استند ايضا الى توافر الظرف الطارىء وهو قيام الحرب بين العرب واسرائيل 1973م والذى ادى الى ارتفاع الاسعار الى حد كبير يترتب عليه ان تساهم الادارة مع المتعاقد فى تحمل النتائج المترتبة على ازدياد الاعباء الناشئة عن تلك الظروف وقد ابدت المحكمة العليا هذا الحكم مستندة الى ان توافر الظرف الطارىء وهو قيام الحرب بين العرب واسرائيل اساس صالح وبذاته لانقاص الزيادة فى تكاليف التنفيذ المباشر الذى تم على حساب الشركة لو لم تتمسك بذلك امام محكمة الموضوع ، ويصرف النظر عن حصول تأخير الادارة فى القيام بالتنفيذ المباشر على حساب الشركة .

9 ـ إعادة التوازن المالى للعقد
وشروط تطبيق نظرية عمل الامر والظروف الطارئة

تعرضت المحكمة العليا فى حكمها الصادر فى 3/6/1984م فى الطعن الادارى رقم 29/5ق لمفهوم التوازن المالى للعقد ومدى امكان تطبيق نظرية عمل الامير او الظروف الطارئة فى حالة النص بشروط العقد على التوازن المالى للعقد وقررت فى هذا الخصوص :

أنه متى كان العقد الادارى قد نص على اعادة التوازن المالى للعقد فى حالة تحقيق شروط معينة فإنه لامجال لإعمال نظرية الظروف الطارئة او نظرية فعل الامير وإنما يجب اعمال نصوص العقد فى ضوء وقائع الدعوى والنية المشتركة للمتعاقدين .

وان فكرة التوازن المالى للعقد لاتعنى التوازن الحسابى المطلق وانما تعنى تصحيح الخلل الواقع فى اقتصاديات العقد والذى ينشأ عنه زيادة فى الاعباء المالية للمتعاقد تؤدى به الى خسارة محققة .

وتتلخص وقائع هذه الدعوى فى انه :

تعاقدت شركة فى 9/12/72م مع الادارة على انشاء مشروع ميناء طرابلس البحرى وذلك فى ظل التشريعات السارية ومن بينها قانون الضرائب رقم 21 ـ 68 وفى تاريخ لاحق صدر قانون الضرائب الجديد رقم 64/73 والذى زاد من الاعباء الضريبية على الممولين ورفع من نسبة الضرائب المستحقة عليها . رفعت الشركة دعوى امام محكمة استئناف طرابلس طالبت فيها الشركة بالفرق فى نسبة الضرائب تأسيسا على المادة 70 من العقد التى نص على احقيتها عند وقوع تغيير للقوانين واللوائح من شأنه الاخلال بالتوازن

المالى المعقد ان تلجأ الى المحاكم الليبية لتصحيح الوضع واعادة التوازن المالى للعقد .
رفضت محكمة استئناف طرابلس (دائرة القضاء الادارى) هذه الدعوى واستبعدت فى حكمها توافر نظرية عمل الابد ونظرية الطارئة .
ولما طعن فى هذا الحكم امام المحكمة العليا رفضت هذه المحكمة الطعن مستندة الى ان العقد بين الشركة والادارة نص فى المادة 70 من الشروط العامة على انه « اذا وقع اى تغيير فى القوانين واللوائح والقرارات التى من شأنها وقوع اعباء تخل بالميزان المالى للعقد يحق للمقاول اللجوء الى المحاكم الليبية لتصحيح الوضع .
وإنه لايدخل فى مفهوم التوازن المالى للعقد طبقا لهذا النص مجرد وقوع فروق مالية نتيجة تغيير التشريعات الضريبيه كما هو الحال فى واقعة الدعوى الماثلة وانما يجب ان تؤدى هذه الفروق الى الاخلال باقتصاديات العقد .
وانه فى هذا النزاع يستبعد تطبيق نظرية فعل الامير والظروف الطارئة ويطبق نص المادة 70 من العقد ، وان المبلغ الذى تطالب به الشركة كفروق ناتجة عن تعديل قانون الضرائب يمثل فقط 2٪ من قيمة الصفقه المتعاقد عليها ومن ثم لايتحقق به الاخلال بالميزان المال للعقد وان كان يقلل من نسبة ربح الشركة بمقداره .

10 ـ سحب المشروع والتنفيذ على الحساب

تعرضت المحكمة العليا فى حكمها الصادر فى 17/12/1980م فى الطعن الادارى رقم 21/24ق لسلطة الادارة فى سحب المشروع والتنفيذ على الحساب ورقابة المحكمة فى هذا الخصوص .
وكان ذلك يتعلق بعقد اشغال عامة ابرم بين محافظ بنك ليبيا المركزى ومقاول فى 21/3/1962م على انشاء مبنى لفرع مصرف ليبيا بمدينة البيضاء .
ويتلخص موضوع النزاع فى ان المقاول قام بتنفيذ بعض الاعمال وارتكبت بعض الاخطاء ، ولذلك تم الاتفاق بين الطرفين بتاريخ 20/21/1964م على انهاء الاعمال المتبقية فى مدة اقصاها 31/12/1964م ، وان ماتم من اعمال وارتكب من اخطأ قبل هذا التاريخ لم يعد محل نقاش او مؤخذه من اى من الطرفين المتعاقدين ، الا ان المتعاقد (المقاول) اخل بعد هذا الاتفاق بإلتزاماته بعد ان استكمل 95٪ من المشروع فقامت الادارة بسحب المشروع وتوقيع غرامات التأخير على المقاول طعن المقاول فى قرار الادارة بسحب المشروع والتنفيذ على الحسات امام محكمة استئناف طرابلس (دائرة القضاء الادارى) مطالبا بقيمة باقى مستحقاته باعتبار ان الاعمال الاصلية التى انجزها تمثل 95٪

من جميع الاعمال المتعاقد عليها وقيمة الاعمال الاضافية والتأمين وتعويض مافاته من كسب ومالحق به من خسارة مادية ومعنوية وفى 17/4/1977م حكمت هذه المحكمة بدفع مبلغ للمتعاقد بمقدار التكاليف الفعلية ورفضت باقى الطلبات .

وعندما طعن المقاول فى هذا الحكم امام المحكمة العليا حكمت برفض الطعن مستندة الى المبادىء الآتية :

1 ـ إذا كانت الادارة المتعاقدة والمقاول قد اتفقا على ان ماتم من اخطاء قبل هذا الاتفاق لم تعد محل مناقشة او مؤخذة من الطرفين ، وبموجب هذا الاتفاق حدد موعد جديد لاتمام التنفيذ وارتضى المتعاقدان ذلك . فإذا وقع إخلال من جانب المقاول فى أداء إلتزاماته بعد هذا الاتفاق فمن حق الادارة سحب المشروع وتوقيع غرامات التأخير ولايسوغ للمقاول المحاجة بالظروف والعقبات السابقة التى اكتنفت سير المشروع قبل الاتفاق الجديد .

2 ـ ولجهة الادارة ان تسحب عملية المقاول للصالح العام وللمحكمة سلطة الرقابة لتقدير مدى ملاءمة قرار السحب للمخالفات المنسوبة للمقاول .

3 ـ ولجهة الادارة عند قيامها بالتنفيذ على حساب المقاول المتعاقد اقتضاء النفقات الفعلية التى تكبدتها فى تنفيذ ماتبقى من اعمال ولمحكمة الموضوع ان تأخذ فى حدود سلطتها التقديرية بتقرير الخبير كله او بعضه .

11 ـ طبيعة قرار سحب العمل من المقاول

تعرضت المحكمة العليا فى حكمها الصادر فى 4/12/1983م فى الطعن الادارى رقم 28/4ق لطبيعة القرار الصادر بسحب العمل من المقاول وقررت ان قرار سحب العمل من المقاول فى عقد الاشغال العامة وهو اجراء عقدى ، وللقضاء الادارى بوصفه قضاء كاملا ان يراقب مشروعيته ودرى ملاءمته للأخطاء المنسوبة للمقاول ويقضى بالتعويض عنه ان كان لذلك م حل ، ولكنه لايملك ان يقضى بإلغائه او بما فى حكم إلغائه كإبطاله او بطلانه لما فى ذلك من مصادر لحق الادارة صاحبة العمل فى تقدير دوعى المصلحة العامة والاستمرار او عدم الاستمرار فى تنفيذ المشروع مع المتعاقد معها .

12 ـ حق المتعاقد فى طلب فسخ العقد والتعويض

تعرضت المحكمة العليا فى حكمها الصادر فى [illegible]/4/[illegible]م فى الطعن الادارى رقم 25/23ق لحق المتعاقد فى طلب الفسخ والتعويض عن الظروف الاستثنائية والصعوبات غير المتوقعة وقررت ما يلى :

1 ـ يجب اعذار المتعاقد قبل المطالبة بتنفيذ العقد او فسخه ويعتبر اعذار صحيفة الدعوى المرفوعة بالفسخ . وللمتعاقد مع الادار حق طلب فسخ العقد على اساس اخلال الادارة بإلتزاماتها التعاقدية حيث اوقفت المتعاقد عن العمل قرابة عام وغيرت موقع المشروع ، ولكن اذا تمسك المتعاقد بالعقد وتجاوز عن التمسك بالاخلال التعاقدى وطالب فقط بتعديل اسعار التنفيذ ومشاركة الادارة فى تحمل الخسائر الناجمة عن ارتفاع الاسعار بصورة كبيرة لم تكن فى الحسبان فإنه يسقط حقه فى العودة الى المطالبة بفسخ العقد .

2 ـ واذا قامت جهة الادارة بتعديل إلتزامات المتعاقد معها او جدت ظروف استثنائية او صعوبات غير متوقعة او تعرض المقاول لمخاطر اقتصادية ونشأ عن ذلك زيادة فى اعبائه المالية يختل معها التوازن المالى للعقد ، كان من حقه على الادارة ان تساهم بقدر معين حتى لايتحمل وحدة كل الغرم فتعوضه عما يصيبه من اضرار حتى ولو لم هناك خطأ من جانبها مع اختلاف فى مقدار التعويض فى كل حالة طبقا للاسانيد والمبررات التى تقوم عليها . واذا الزمت الادارة نفسها بقيمة تتناسب مع الضرر او مع ما ك ان يقدر لنفسه من ربح او فائدة فلا يجوز له الامتناع عن تنفيذ العقد بحجة ان الادارة لم تجبه الى طلباته بالكامل ، لان المتعاقد مع الادارة لاينظر اليه باعتباره متعاقداً فحسب بل يتعين ان يضع فى الاعتبار صفقة كمعاون فى تسيير المرفق العام . وقاعدة سير المرفق العام بانتظام واطراد تأبى ان يعطل المتعاقد اداء الخدمة ، ويتعين عليه لهذه الاعتبارات ان يستمر فى التنفيذ مادام ذلك فى استطاعته ثم يطالب جهة الادارة ان تقوم بالتنفيذ على حسابه ولايكون له الحق فى التعويض عن الضرر الذى لحق به لأن الخطأ قد وقع بفعله .

ولايضاح هذه المبادىء تعرضت بإيجاز لوقائع الدعوى :

الوقائع :

تعاقدت وزارة التربية والتعليم فى 15/10/1972م مع المقاول لبناء مدرسة على ان يتم الانجاز خلال 370 يوما من تاريخ مباشرة التنفيذ . وقد تم تسلم الموقع فى 28/1/1973م ، ولكن فى 8/2/1973م اوقفته الادارة عن العمل لوقوع المشروع فى ارض زراعية وبعد عام تقريبا دعى المقاول لاستلام موقع جديد ، ولكنه وجد فيه كثبانا رملية مفككة تجعل البناء فيه اكثر تكلفة من الموقع الاصلى ولم يمانع المقاول من تسلم الموقع وحاول رفع الاسعار المحددة بالعقد الاول نظرا لوقوع حرب اكتوبر 1973م وماترتب عليها من زيادة اسعار مواد البناء اجور العمال .

وعلى ذلك عرضت الادار زيادة فى الاسعار 23٪ تقريبا ولكن المقاول لم يقبل هذه الزياة وامتنع عن مباشرة التنفيذ ورغم اعذاره فقد ظل ممتنعا واسندت العمل الى مقاول جديد .

واقام المقاول دعوى فى 17/6/1975 امام محكمة استئناف طرابلس طالبا فسخ العقد

ولكن المحكمة قضت بجلسة 23/4/1978م برفض الدعوى بالفسخ وبالتعويض واستندت فى ذلك الى ان الادارة ادركت انها غيرت موقع المشروع ، وانها لم تقم بتسليمه للمقاول فى موعد مناسب مما ترتب على ذلك زيادات فى الاسعار العالمية فى المواد والاجور وتقديرا منها لهذه الظروف الاستثنائية والامور غير المتوقعة وحتى لايتعرض المقاول لخسارة محققة ألزمت نفسها بزيادة قدرها 23,07٪ من قيمة العقد ودعت المقاول الى البدء فى التنفيذ واعلمته ان من حقه متابعة المطالبة بزيادة ودية او قضائية وفق مايسفر عنه رافع التنفيذ الفعلى الا انه لم يستجب لهذا الطلب ولم يشرع فى اعمال التنفيذ متذرعا بأن التعويض غير مناسب وهذا امر تأباه العلاقة فى العقود الادارية التى تقوم على اساس حسن سير العمل بالمرافق العامة وعدم السماح للمتعاقد بتعطيلها ، وان الضرر بذلك قد نشأ عن خطأ من جانب المقاول وليس عن خطأ من جانب الادارة ولايكون ثمة وجه للتعويضات التى يطالب بها .

وقد طعن المقاول فى هذا الحكم فى 25/5/1978م امام المحكمة العليا والتى قضت برفض هذا الطعن وارست المبادىء المذكورة .

13 ـ تحديد المقايسه الملحقه بالعقد الادارى

تعرضت المحكمة العليا فى حكمها الصادر بجلسه 19/1/1980م فى الطعن الادارى رقم 22/23 لتفسير العقد الادارى وتحديد المقايسه المنصوص عليها فى ملحقات العقد الادرى فقررت فى حكمها :

1 ـ انه اذا قام المقاول بتنفيذ العمل المطلوب طبقا للشروط والمواصفات التى اشتمل عليها العقد فانه لايكون مسئولا عما يظهر من عيب نتيجة لما يوجد فى تلك الشروط والمواصفات من اخطأ تتعلق باختبار وتحديد الموقع .

2 ـ ومتى كانت عبارة العقد صريحة فى الانباء عن المقصود فلا يصح تفسيرها او تأويلها خلاف ماتنبىء عنه .

3 ـ والقصد من المقايسة (التى تلحق بالعقد) والخاصة بإقامة مبنى هو الاعمال اللازمة لإقامته وتحديد كيانها واثمانها التى يتم على اساسها تحديد اجرة العمل . فإذا جعل فيها بند مستقل لتسوية الموقع لايجعل من تسوية الموقع عملا منفصلا عن اقامة المبنى . فإذا تهدم المبنى نتيجة خطأ المقاول فلا يستحق مقابل تكاليف المبنى او تسوية الموقع .

وتفصيل ذلك يتضح من وقائع هذه الدعوى والتى تتلخص فى انه :

تعاقدت امانة « الاستصلاح الزراعى مع مقاول على بناء اصطبل للابقار وذلك فى 19/4/1972م استلم المقاول الموقع وشرع فى العمل وعندما بلغ التنفيذ فيه 50٪ انهاء المبنى فأعاد بناءه فى موقع اخر .

وقد رفع المقاول دعوى امام محكمة استئناف طرابلس مطالب بتكايلف المبنى المنهار وتسوية الموقع ، وقد حكمت هذه المحكمة باحقية المقاول فى مقابل اعما تسوية الموقع وعدم أحقيته فى تكاليف المبنى المنهار ، وقد طعن فى هذا الحكم امام المحكمة العليا على اساس ان تسويةب الموقع لازمه وضرورية لاقامة المبنى وهى مرتبطه ارتباطا وثيقا ، وان الحكم المطعون فيه قد ذهب الى انها منفصله عنه وان مقابل تكاليفها حق للمقاول وقد حكمت المحكمة العليا بنقض هذا الحكم استناداً الى انه متى كانت عبارة العقد صريحة فى الانباء عن المقصود فلا يصح تفسيرها او تأويلها على خلاف ماتنبىء به ، ولما كان العقد المبرم بين الطرفين الذى بموجبه تعهد المطعون ضده بتنفيذ جميع الاعمال المطلوبة طبقا للشروط والمواصفات المتفق عليها وعلى اساس المقايسة الملحقة له ليس فيه مايدل على ان المتعاقدين قد قصد الى تنفيذ مااشتغل عليه القصد بطريقة مجزأة ولما كان الغرض من المقايسة الخاصة بالمبنى هو بيان الاعمال الازمة لاقامته وتحديد كمياتها واثمانه التى يتم على اساسها تحديد اجرة العمل فإن جعل بند مستقل فيها لتسوية الموقع لايعن ان هذه التسوية منفصلة عن المبنى اذا ان الاعمال الاخرى التى لايتصور ان تكون منفصلة عنه قد جعل لكل منها فى المقايسة المذكورة بند مستقل ، فإن المطالبة بتكاليف تسوية الموقع على غير اساس من القانون .

14 ـ الاستلام الفعلى والنهائى فى العقود الادارية

تعرضت المحكمة العليا فى حكمها الصادر فى 2/1/1980م فى الطعن الادارى رقم 34/23ق لحكم الاستلام الفعلى او المؤقت للاصناف موضوع عقد التوريد وهل يعتبر ذلك دليلا على الاستلام النهائى ولسلطة الادارة فى الفسخ او التنفيذ على الحساب .

وقررت انه :

اذا ارتكب المتعاقد مع الادارةفى عقد توريد ايا من الاخطاء المنصوص عليها فى العقد كان لايقوم بتوريد الكميات المتعاقد عليها فى الموعد المحدد او خلال مهلة اضافية او تسليم بضاعة ردئية او غير مطابقة للمواصفات كان للادارة ان تسلك احد طريقيين اما ان تشترى الاصناف التى لم يقم بتوريدها على حسابه ويشمل ذلك الاصناف التى لم تورد اصلا او التى وردت على خلاف المواصفات واما ان تنهى التعاقد اى تقوم بفسخ العقد ، وهذا الفسخ المقرر من المشرع كجزاء لخطاء معين هو حق للادارة توقعه اذا اخل المتعاقد بإلتزاماته التعاقدية اخلاء لايستلزم هذه العقوبة ، دون معقب عليها فهى لاتخضع فى هذه الحالة لرقابة القاضى الادارى الا من حيث المشروعية فقط ولكن ليس له ان يتدخل فى مدى ملاءمة الفسخ كعقوبة لخطأ المتعاقد .

2 ـ وان الاستلام الفعلى للاصناف الموردة لايعتبر دليلا على الاستلام النهائى الا اذا كانت الاشياء الموردة مطابقة للمواصفات وخالية من العيوب ، اما الاستلام المؤقت للاصناف الموردة واعطاء مهلة للمتعهد لاستكمال النواقص وإصلاح العيوب التى كشف عنها هذا الاستلام المؤقت لايعتبر دليلا على الاستلام النهائى من جانب الادارة حتى ولو استعملت الادارة هذه الاصناف فيما اعدت لها .

ولتوضيح هذه المبادىء نذكر بايجاز لوقائع هذه الدعوى ولاوجه الخلاف فى الرأى بين محكمة الاستئناف والمحكمة العليا فتتلخص الوقائع فى :

ان مصلحة الجمارك تعاقدت مع متعهد فى 30/9/1974م بتوريد اربع مقطورات متنقلة لاستعمالها مكاتب ، وبعد ان قام المتعهد بتسليم المقطورات اخطرته مصلحة الجمارك بان المقطورات الاربعة تنقصها بعض الخدمات وتحتاج لبعض الاصلاحات وكان ذلك تنفيذا للمادة الثانية من العقد والتى تنص على ان يتم تسلم المقطورات مطابقة لجميع المواصفات والشروط وفى المواعيد المحددة مقابل ايصال مؤقت تبين فيه حالات الاصناف وقت التسليم المؤقت وذلك لحين اخطار المتعهد لحضور اجتماع لجنة الفحص لاتمام اجراءات والاستلام النهائى . كما اعطت الادارة المتعاقد 45 يوما مهلة اضافية لاستكمال النواقص التى تضمنها التقرير الفنى ، ولما لم يقم المتعهد باستكمال النواقص خلال المهلة الاضافية ،

اخطرته مصلحة الجمارك بإلغاء العقد ومصادرة التأمين والرجوع عليه بالتعويضات .
وقد اقام المتعهد دعوى ادارية رقم 33 / 75 امام دائـرة القضاء الادارى بمحكمـة استئناف طرابلس طالبا وقف تنفيذ القرار المطعون فيه وإلغاء القرار المـطعون ، وقضت المحكمـة فى هذه الدعوى بإلـتزام الادارة بدفـع المستحق علها الى المتعهـد من قيمة المقـطورات الاربعة واستندت المحكمة فى ذلك الى ان اعطاء المتعهد مهلة لاستكمل النواقص واصلاح العيوب التى كشف عنها التسليم المؤقت وقيام الادارة باستعمال المقطورات فيما اعـدت له دليـلا على الاستلام النهائى من جانب الادارة .

وقد طعنت ادارة القضايا فى هذا الحكم بـطريق النقص ،،وقضت فيه المحكمـة بنقض الحكم المطعون فيه واحالة القضية لمحكمة استئناف طرابلس لنظرها مجدداً من هيئـة ادارية اخرى مستندة فى ذلك الى ان استخلاص محكمة استئناف طرابلس غير مانع طـالما ان المهلة منحت لاستكـمال النقص واصـلاح العيـوب التى كشف عنهـا التسليم المؤقـت ، وان الاستعمال الفعلى لايعتبر دليلا على ان الاستلام النهائى قد تم ضمنـا الا اذا كانت الاشيـاء الموردة مطابقة للمواصفات وخالية من العيوب . . .

وان الادارة فى حالة خطأ المتعاقد بتوريده اصناف غير مطابقة للمواصفات لها ان تسلك احد طريقيين اذ ان تشترى الاصناف التى لم يقم بتوريدها على حسابه واما ان تنهى التعـاقد اى تقوم بفسخ العقد وهذا الفسخ المقرر من الشرع والمنصوص عليه فى العقد كجزاء لخطأ معين هو حق للادارة توقعه اذا اخل المتعاقد بإلتزاماته التعاقدية اخلالا يستلزم هذه العقوبة دون معقب عليهـا فهى لاتخضـع فى هـذه الحـالـة لـرقـابـة القـاضى الادارى الا من حيث المشروعية فقط ولكن ليس له ان يتدخل فى مدى ملاءمة الفسخ كعقوبة لخطأ المتعاقد .

القسم الثالث

عرض الكتب والمجلات

اولا : قائمة برسائل التخصص العالى فى القانون (الماجستير) التى نوقست بالكلية حتى نهاية عام 1987م .

ثانياً : عرض لرسالتى :

1 ـ الجوانب القانونية للمشروعات الدولية الليبية المشتركة .

2 ـ النظام العام الاقتصادى والعقود .

اولاً : قائمة برسائل التخصص العالى (الماجستير) التى جرت مناقشتها بالكلية منذ تأسيس الدراسات العليا .

1 ـ ابراهيم مصباح ابوخزام

« النظم النيابية على ضوء الكتاب الاخضر »

تاريخ المناقشة : 25/6/1981م 177ص

لجنة المناقشة :

1 ـ د . اديب نصور مشرفاً

2 ـ د . محمد فاضل شكرى عضواً

3 ـ د . مدنى على الصديق عضواً

2 ـ احمد محمد احمد

« نقد علاقة التبعية فى ضوء مقولة شركاء لااجراء »

تاريخ المناقشة : 23/9/1987م 271ص

لجنة المناقشة :

1 ـ د . ثروت الاسيوطى مشرفاً

2 ـ د . احمد عمر ابوزقية عضواً

3 ـ د . عبدالسلام التونجى عضواً

3 ـ على عباس حبيب

« الفيدرالية الانفصالية فى افريقيا »

تاريخ المناقشة : 1982/6/26م 163ص

لجنة المناقشة :

1 ـ د . المدنى على الصديق مشرفاً

2 ـ د . اديب نصور عضواً

3 ـ د . على شمبش عضواً

4 ـ عبداللطيف محمد ابوهدسة

« مبدأ الشرعية فى القانون الجنائى دراسة تحليلية فى النظم المختلفة والنظام الجماهيرى »

تاريخ المناقشة : 1983/1/22م 209ص

لجنة المناقشة :

1 ـ د . محمد هاشم فاقورا مشرفاً

2 ـ د . حميد السعدى عضواً

3 ـ د . ظافر المريض عضواً

5 ـ احمد محمد الغناى الحسناوى

« العلم بالقانون الجنائى دراسة مقارنة بالنظام الجماهيري »

تاريخ المناقشة : 1983/5/26م 187ص

لجنة المناقشة :

1 ـ د . محمد هاشم ماقورا مشرفاً
2 ـ د . عبدالرحمن ابوتونة عضواً
3 ـ د . محمد رمضان بارة عضواً

6 ـ سليمان صالح الغويل

« الدولة القومية دراسة تحليلية فى ضوء النظرية العالمية الثالثة »

تاريخ المناقشة : 2/6/1983م 247ص
لجنة المناقشة :

1 ـ د . اديب نصور مشرفاً
2 ـ د . ميلود المهدى عضواً
3 ـ د . عبدالله الهمالى عضواً

7 ـ على عبدالرحمن ضوى

« المسئولية الدولية عن الاضرار الناشئة عن مخلفات الحرب العالمية الثانية فى الاقليم الليبى »

تاريخ المناقشة : 19/7/1983م 267ص
لجنة المناقشة :

1 ـ د . عبدالرازق المرتضى مشرفاً
2 ـ د . ناجى النبال عضواً
3 ـ د . ميلود المؤذبى عضواً

8 ـ ابوبكر احمد الانصارى

« الحماية الجنائية للانتاج الصناعى »

تاريخ المناقشة : 1983/11/8م 236ص
لجنة المناقشة :
1 ـ د . محمد هاشم ماقورا مشرفاً
2 ـ د . محمد حسن الجازوى عضواً
3 ـ د . احمد الجهانى عضواً

9 ـ ابوبكر مصباح على

« النظام القانونى لملكية المسكن فى النظام الجماهيرى »

تاريخ المناقشة : 1983/12/29م 211ص
لجنة المناقشة :
1 ـ د . عبدالقادر شهاب مشرفاً
2 ـ د . عبدالسلام التونجى عضواً
3 ـ د . مسعود مادى عضواً

10 ـ محمود سليمان المرتجع

« المسئولية الجنائية للشخص المعنوى دراسة تفصيلية »

تاريخ المناقشة : 1984/3/17 287ص

لجنة المناقشة :

1 ـ د . عبدالرحمن ابوتونة مشرفاً
2 ـ د . حميد السعدى عضواً
3 ـ د . محمد هاشم ماقورا عضواً

11 ـ حسين سعد السنى

« الدبلوماسية الشعبية فى النظام الجماهيرى »

تاريخ المناقشة : 1984/5/19م 149ص
لجنة المناقشة :

1 ـ د . المدنى على الصديق مشرفاً
2 ـ د . عطا محمد صالح عضواً
3 ـ د . ميلود المهذبى عضواً

12 ـ مفتاح ابوبكر المطردى

« تفسير النصوص فى القانون الجنائى والشريعة الاسلامية »

تاريخ المناقشة : 1984/5/28م 263ص
لجنة المناقشة :

1 ـ د . محمد رمضان باره مشرفاً
2 ـ د . حميد السعدى عضواً
3 ـ د . سعيد الجليدى عضواً

13 ـ فرج صالح الهريش

« الحماية الجنائية للانشطة الزراعية »

تاريخ المناقشة : 1984/6/4م 244ص
لجنة المناقشة :
1 ـ د . حميد السعدى مشرفاً
2 ـ د . محمد حسن الجازوى عضواً
3 ـ د . محمد رمضان بارة عضواً

14 ـ مصطفى مصباح ادبارة

« الارهاب مفهومه واهم جرائمه فى القانون الدولى الجنائى »

تاريخ المناقشة : 1984/6/12م 332ص
لجنة المناقشة :
1 ـ د . حميد السعدى مشرفاً
2 ـ د . زهير الحسنى عضواً
3 ـ د . محمد هاشم ماقورا عضواً

15 ـ الصديق محمد الشيبانى

« ازمة الديمقراطية المباشرة »

تاريخ المناقشة : 1984/6/16م 196ص

لجنة المناقشة :

1 ـ د . اديب نصور مشرفاً

2 ـ د . رجب ابودبوس عضواً

3 ـ د . على شمبش عضواً

16 ـ عادل محمد حسون

« العالم الثالث والنظام الاقتصادى الدولى »

تاريخ المناقشة : 19/7/1984م 520ص

لجنة المناقشة :

1 ـ د . عبدالرازق المرتضى مشرفاً

2 ـ د . ميلود المهذبى عضواً

3 ـ د . محمد عزيز عضواً

17 ـ فرج سعيد جبريل

« ضمانات المتهم فى مرحلة التحقيق الابتدائى »

تاريخ المناقشة : 24/9/1984م 303ص

لجنة المناقشة :

1 ـ د . محمد حسن الجازوى مشرفاً

2 ـ د . عبدالرحمن ابوتوتة. عضواً

3 ـ د . احمد الجهانى عضواً

18 ـ سالم عبدالرحمن غميض

« الجوانب القانونية للمشروعات الدولية الليبية المشتركة »

تاريخ المناقشة : 28/10/1984م 303ص
لجنة المناقشة :
1 ـ د . احمد ابوزقية مشرفاً
2 ـ د . محمد محمد مصطفى عضواً
3 ـ د . عبدالرازق بالو عضواً

19 ـ موسى مسعود ارحومة

« حرية القاضى الجنائى فى تكوين عقيدته »

تاريخ المناقشة : 7/1/1985م 221ص
لجنة المناقشة :
1 ـ د . احمد الجهانى مشرفاً
2 ـ د . محمد حسن الجازوى عضواً
3 ـ د . ظافر المريض عضواً

20 ـ الحبيب خليفة اجبوده

« النظام العام الاقتصادى والعقود فى القانون الليبى »

تاريخ المناقشة : 13/7/1985م 255ص

لجنة المناقشة :

1 ـ د . مسعود مادى مشرفاً

2 ـ د . محمد محمد مصطفى عضواً

3 ـ د . الكونى اعبوده عضواً

21 ـ شعبان ابوعجيلة عصاره

« القضاء الجنائى بين التخصص والشعبية »

تاريخ المناقشة : 1985/9/24م 296ص

لجنة المناقشة :

1 ـ د . عبدالرحمن ابوتوتة مشرفاً

2 ـ د . محمد رمضان باره عضواً

3 ـ د . احمد الجهانى عضواً

22 ـ عبدالواحد عبدالرازق الخانى

« الخطورة الاجرامية كأساس للجزاء الجنائى »

تاريخ المناقشة : 1986/4/3م 203ص

لجنة المناقشة :

1 ـ د . محمد رمضان باره مشرفاً

2 ـ د . محمد حسن الجازوى عضواً

3 ـ د . محمد هاشم ماقورا عضواً

23 ـ محمد عبدالله الفلاح

« الادارة الذاتية بين النظرية والتطبيق »

تاريخ المناقشة : 1/5/1986م 270ص
لجنة المناقشة :
1 ـ د . محمد مختار مشرفاً
2 ـ د . عمر السيوى عضواً
3 ـ د . عبدالله الكاديكى عضواً

24 ـ رمضان ميلاد نصر الفراوى

« الوجود العسكرى الاجنبى فى الوطن العربى »

تاريخ المناقشة : 3/7/1986م 178ص
لجنة المناقشة :
1 ـ د . زهير الحسنى مشرفاً
2 ـ د . عبدالرازق المرتضى عضواً
3 ـ د . ابراهيم الغالى عضواً

25 ـ رفيعة محمد سالم العبيدى

« الخلع كطريق للفرقة بين الزوجين دراسة مقارنة »

تاريخ المناقشة : 26/11/1986م 244ص

لجنة المناقشة :

1 ـ د . سليمان الجروشي مشرفاً
2 ـ د . احمد الحصرى مشرفاً
3 ـ د . عبدالمجيد الديبانى عضواً
4 ـ د . عبدالسلام الشريف عضواً

26 ـ جمعة سعيد سرير الزوى

« تأثير التكتلات الدولية الكبرى على حركة عدم الانحياز »

تاريخ المناقشة : 1987/2/23 257ص
لجنة المناقشة :

1 ـ د . ميلود المهذبى مشرفاً
2 ـ د . زهير الحسنى عضواً
3 ـ د . ابراهيم الغالى عضواً

27 ـ محمد محمود الشركسى

« ضمانات المتهم فى مرحلة المحاكمة »

تاريخ المناقشة : 1987/7/4م 353ص
لجنة المناقشة :

1 ـ د . محمد حسن الجازوى مشرفاً
2 ـ د . احمد الجهانى عضواً
3 ـ د. محمد رمضان باره عضواً

ثانيا : عرض الرسائل

١ ـ الجوانب القانونية للمشروعات الدولية المشتركة
« دراسة مقارنة »

هـذا عنوان رسـالة تقـدم بها . سـالم عبـدالـرحمن غميض الى كليـة القـانـون جـامعـة قاريونس ، للحصول على درجة التخصص العالى (المـاجستير) فى المعـاملات والقـوانين الاقتصادية اكتوبر 1984م .

تقع الرسالة فى 288 صفحة .
عالج فى القدمة 30 صفحة .

اولا : انتشار ظاهـرة المشروعات المشـتركة ودوافعهـا التى تتمثل فى الحـاجات الاقتصـادية ومتـطلبات تمـويل التنميـة ودوافـع اخـرى متعلقـة بـطبيعـة المشروع والاعتبـارات السياسية والاجتماعية .
ثانياً : سياسة ليبيا الاستثمارية واثرها على المشروعات المشتركة ، واشار فى هـذا الصدد الى مبـدأ المشاركـة الذى تبنتـه الجماهـيرية ، حيث سـاهمت فى العديـد من المشروعات المشتركة ، وعرض للهدف من المشاركة ، وصور مساهمة الجماهيرية فى المشروعـات المشتركة .
ثالثاً : تعريف المشروعات المشتركة ، ابرز التعريف الواسع والتعريف الضيق لها .

ثم حدد نطاق البحث فى الجـوانب القانـونية للمشروعـات المشتركـة بين الـدول (التطبيق الليبى) ولكى يبرز هذه الجوانب القانونية قسم الرسالة الى قسمين :
القسم الاول :ـ الاطار التنظيمى للمشروعات الدولية المشتركة .
القسم الثانى :ـ المركز القانونى للمشروعات الدولية المشتركة .

القسم الاول : الاطار التنظيمى للمشروعات الدولية المشتركة
32 ـ 137

قسم صاحب الرسالة هذا القسم الى فصلين :

الفصل الاول :ـ خصصه لدراسة اشكال المشروعات الدولية المشتركة ص (34 ـ 80)

بحث ، شكل الشركة الوطنية ، المبحث الاول 35 ـ 47 .

سواء الشركة الوطنية العادية مثل / الشركة الليبية التونسية للصيد البحرى او شكل الشركة الوطنية ذات النظام الخاص ، ثم عرض للسوابق الدولية ، مثل الشركة الاوربية لتمويل معدات السكك الحديدية ، ثم اشار الى الشركة العربية الليبية الرومانية للدواجن كمثال على ذلك فى ليبيا .

اما المبحث الثانى ، فخصصه لدراسة شكل الشركة الدولية من 47 ـ 65 ، تعرض لتطبيقات الشركة الدولية ، ثم قدم اقتراحا لشكل الشركة العربية العامة ، مبينا فى هذا الاقتراح احكام هذه الشركة .

وفى المبحث الثالث : تعرض لشكل ثالث من اشكال المشروعات المشتركة وهو شكل المؤسسة الدولية فى 67 ـ 80 درس شكلين للمؤسسة الدولية ، المصرف الدولى للانشاء والتعمير ومصرف التنمية الاسلامى .

الفصل الثانى من هذا القسم خصصه لدراسة التنظيم الادارى والمالى للمشروعات المشتركة 80 ـ 134 .

ابرز التنظيم الادارى فى المبحث الاول 81 ـ 109 ، الذى يتمثل فى الجمعية العمومية ومجلس الادارة .

ثم تعرض للتنظيم المالى فى المبحث الثانى من 110 ـ 134 ، سواء من حيث تكوين راس المال او من حيث الميزانيات .

اما القسم الثانى فخصصه صاحب الرسالة كما قلنا لدراسة المركز القانونى للمشروعات المشتركة فى 137 ـ 253 .

قسم هذا القسم ايضا الى ثلاثة فصول :

الفصل الاول : خصصه لدراسة الشخصية القانونية للمشروعات الدولية المشتركة من 141 ـ 162 .

عـرض لطبيعـة الشخصية القـانونيـة لهذه المشروعـات الدوليـة (المبحث الاول 142 ـ 152 ، اشـار الى الاتجاه المؤيـد لاكتساب المشروعـات المشتركـة للشخصية الـدولية ، ولـلاتجاه المعـارض لاكتساب المشروعـات الدوليـة المشتركـة للشخصية الدولية ، ثم عرض للاتجاه التوفيقى .

فى المبحث الثانى من هذا الفصـل ، تعرض للشخصيـة القانـونية للمشروعـات الليبيـة الدوليـة المشـتركـة 158 ـ 166 ، سـواء تلك التى اتخـذت شكـل الشركـة والمؤسسة الدوليتين او شكل الشركة الوطنية .

اما الفصل الثانى ، فخصصه لدراسة القـانون الـواجب التطبيق وكيفيـة تسويـة المنازعات من 166 ـ 227 ، حدد القانون الواجب التطبيق على المنازعات النـاشئة عن انشـطة المشروعات الـدولية المشـتركـة فى المبحث الاول 166 ـ 184 وفى هـذا الصدد اما ان يطبق قانون وطنى معين عن طريق مبدا الاحالة او يتم استبعـاد تطبيق القوانين الوطنية وذلـك للمحافـظة على الـطابع الـدولى للنظام القـانونى للمشروع المشـترك ، ولتفادى التعـارض الذى قـد ينجم عن الخضـوع لنـظامـين قـانـونيـين مختلفين ، ويستقل المشروع استقلالا كاملا باحكامه .

وفى المبحث الثـانى 185 ـ 227 تعـرض لـطرق تسـويـة المنـازعـات القضـائيـة وغـير القضائية ، اشار للطرق غير القضائية وهى المفـاوضات والتحقيق والتـوفيق ، ثم اشار الى الطرق القضائية المتبعة فى تسوية منازعات المشروعات الدولية المشتركة ، تكلم عن القضاء الوطنى والقضاء الدولى والتحكيم .

ثم تحدث عن وسيلة خاصة بمنازعات الاستثمار وهى مجلس تسوية منازعات الاستثمار .

واختتم الحديث فى هذا القسم بفصل ثالث متعلق بالحصانات والاعفاءات التى تكفلها الاتفـاقيات المنشئـة للمشروعات المشـتركة من 229 ـ 248 ، وهى تنقسم الى حصـانات واعفاءات .

تعـرض فى المبحث الاول للحصـانـات التى تتمتـع بهـا المشروعـات المشـتركـة 232 ـ 242 .

هذه الحصانات بعضها ، ضد مايسميه بالاجراءات الجبريـة مثل التـاميم ونزع الملكيـة والمصادرة والتفتيش ، وبعضها الاخر يتعلق بالاماكن التى يشغلها المشروع ، وبوثائقه .

ثم تعرض لنوع اخر من هذه الحصـانات وهى المتعلقـة بالمـراسلات وبعـد الانتهاء من الحـديث عن الحصانـات انتقـل الى الاعفـاءات المـاليـة والجمـركيـة ، المبحث الثـانى من 242 ـ 246 ابرز الاعفاءات المالية التى يتمتع بها المشروع الـدولى المشترك ، ثم تكلم عن الاعفاءات الجمركية .

وفى خاتمة الرسالة لخص الرسالة فى خمس صفحات .

وبعد

لاشك ان هذه الدراسة تعالج موضوعا مهما ، فهى دراسة جادة تساهم مع غيرها فى ايجاد فقه عربى ليبى مجدد ، نأمل من صاحبها ان يقدمها للنشر حتى يمكن الاستفادة منها على نطاق واسع ، خاصة وانها تحتوى على ملاحق خاصة بالمشروعات المشتركية التى تاسست بمساهمة الجماهيرية واهم الاتفاقيات وعقود التاسيس والقرارات التى لها علاقة بموضوع الرسالة .

عمر حسين

٢ : النظام العام الاقتصادى والعقود

هذا عنوان رسالة الماجستير التى قدمها الزميل حبيب خليفة اجبودة الى كلية القانون جامعة قاريونس ، 1985م استكمالا لمتطلبات درجة التخصص العالى فى المعاملات والقوانين الاقتصادية . تقع الرسالة فى 255 صفحة .

هذا الموضوع لم يلق الاهتمام المطلوب فى الفقه العربى ، بعكس الفقه الاجنبى ، وبالذات الفرنسى ، ولذلك تعتبر هذه الرسالة الاولى فى موضوعها فى الفقه العربى على حد علمنا .

يقول صاحب الرسالة " ان الظروف الموضوعية التى تغيرت فى ليبيا والتى اوجدت مناخا جديدا يختلف عن ذلك الذى وضع ابانه القانون المدنى الليبى ، فبات من الضرورى ان نلقى نظرة على مفهوم العقد إلذى يلاحظ انه بدا ياخذ مسارا مختلفا على ضوء الغزو الذى يتعرض له من قواعد القانون . . . واذا كان لنا ان نذكر دورا هاما تلعبه قواعد القانون او مجالا واسعا وجدت فيه متنفسا ، فهو مجال الحياة الاقتصادية . . وقد نتج عن تزاوج علمى الاقتصاد والقانون اغتناء كمى وكيفى كان له اثره الواضح على الكثير من المؤسسات القانونية ومن اهمها نظرية العقد .

• ولما كانت نظرية العقد نقطة التقاء هامة بين القانون والاقتصاد ، فقد شهدت ثمار التقارب بينها ، وكانت مسرحا تألقت فيه قواعد جديدة للقانون تصطبغ بصبغة اقتصادية هى ما اصبح يعرف بقواعد النظام العام الاقتصادى "

ص7 من المقدمة .

لغرض بحث الموضوع قسمت الرسالة الى قسمين رئيسيين مسبوقين بالمقدمة .

القسم الاول : النظام العام الاقتصادى .

عالجت الرسالة فى هذا القسم ، بداية ظهور فكرة النظام العام الاقتصادى (الفصل الاول) وعند صاحب الرسالة ، ان هذه الفكرة ظهرت مع اضمحلال مبدأ سلطان الارادة وعدم كفايته كأساس لنظرية العقد (المبحث الاول) .

وبعد ان تدخلت الدولة فى الحياة الاقتصادية (المبحث الثانى) وبطبيعة الحال كان لهذا التدخل اسبابه منها ما يرجع للازمات او للعوامل الاجتماعية وبعضها يرجع للعوامل الاقتصادية والايدلوجية والسياسية ولقد اتبعت الدولة عدة اساليب فى تدخلها منها

التشريعى واسلوب التدخل المباشر (مشروع الدولة) او اسلوب الاقتصاد المختلط ، بالاضافة الى ما يسمى باسلوب الاقتصاد التعاقدى ، ولقد لاحظ الباحث ان كل هذه الاساليب متبعة فى ليبيا .

اما الفصل الثانى من القسم الاول فتركز البحث فيه على مفهوم النظام العام الاقتصادى ، درس فى المبحث الاول : معنى النظام العام الاقتصادى ، وهل يختلف عن النظام العام التقليدى ؟ وماهى حدود ومصادر وخصائص النظام العام الاقتصادى ؟

ثم عالجت الرسالة فى المبحث الثانى من هذا الفصل محتوى النظام العام الاقتصادى التوجيهى التى تبرزها القواعد القانونية فى السياسات المتعلقة بالتسعير والاستيراد والتصدير والتجارة والتخطيط والنقد ، والنظام العام الاقتصادى الحمائى اى القواعد القانونية التى تهدف الى حماية الطرف الضعيف فى العقد من الناحية الاقتصادية .

اما القسم الثانى من الرسالة فخصص لدراسة اثر النظام العام الاقتصادى على تكوين العقد ، فهو له اثر على اطراف العقد وعلى كيفية انعقاده (المبحث الاول) .

كما ان للنظام العام الاقتصادى اثره على محتوى العقد ، خاصة على المحل والسبب (المبحث الثانى) .

الفصل الثانى من هذا القسم عالج اثر النظام العام الاقتصادى على البطلان ، فالبطلان المطلق جزاء المساس بقواعد النظام العام الاقتصادى التوجيهى ، والبطلان النسبى جزاء المساس بقواعد النظام الاقتصادى الحمائى (المبحث الاول) .

ولكن ماهو البطلان ؟ هذا ماأجاب عنه المبحث الثانى من هذا الفصل ، " وتظل قواعد المصلحة والملاءمة الاقتصادية وراء كل ذلك لتهذب من نطاق البطلان ، وتبقى ما امكن على التصرف القانونى ، كل هذا فى ظل احترام قواعد القانون . . . وللقاضى دور كبير فى التوفيق بين هذه الاعتبارات فى ضوء تطبيقه لصحيح القانون ورعايته للمصلحة العامة . . . ولاشك ان قواعد النظام العام الاقتصادى تقتضى من القاضى القيام بمهمة اخرى ، وهى تطويع العقود ، اى تصحيحها وفقا للمصلحة العامة التى تجسدها قواعد النظام العام الاقتصادى . . "

وبعد

هذه هى الافكار الرئيسية لهذه الرسالة ، والتى ربما تعطى فكرة بسيطة عنها للقارىء ، ولكن فهم موضوعها يقتضى من القارىء الرجوع لها ، واتمنى من الزميل ان يقوم بنشرها حتى تعم الفائدة ، فهى تعتبر مرجعا اساسيا لكل من يريد البحث فى نظرية العقد خاصة فى ظل الاوضاع الاقتصادية المتجددة .

عمر حسين

القسم الرابع

التشريعات والوثائق

قانون رقم (١٠) لسنة ١٩٨٥م (١)
بتقرير بعض الاحكام الخاصة بجرائم الاداب العامة

مؤتمر الشعب العام ، ،

تنفيذا لقرارات المؤتمرات الشعبية الاساسية فى دور انعقادها العدى الثالث لعام 94/93 و . ر الموافق 84م التى صاغها الملتقى العام للمؤتمرات الشعبية الاساسية واللجان الشعبية والنقابات والاتحادات والروابط المهنية (مؤتمر الشعب العام) فى دور انعقاده العادى العاشر فى الفترة من 5 الى 9 جماد الاخر 1394 من وفاة الرسول الموافق 26 فبراير الى 2 مارس 1985م .

وبعد الاطلاع على قانون العقوبات ،

وعلى القانون رقم 70 لسنة 1973م فى شان اقامة حد الزنا وتعديل بعض احكام قانون العقوبات .

وعلى القانون رقم 56 لسنة 1970م بشان حماية الاداب فى المحال العامة .

صيغ القانون الاتى
المادة الاولى

تعتبر من الجرائم المخلة بالشرف كل من :

1 ـ الجرائم ضد الحرية والعرض والاخلاق المنصوص عليها فى الباب الثالث من الكتاب الثالث من قانون العقوبات .

2 ـ الجرائم الماسة بالشرف او المتعلقة بالاداب العامة او النظام العام المنصوص عليها فى المواد 439 ، 472 ، 492 ، 493 ، 496 ، 500 ، 501 من قانون العقوبات .

3 ـ جريمة الزنا المنصوص عليها فى القانون رقم 70 لسنة 1973م المشار اليه .

---

(1) منشور بعدد الجريدة الرسمية رقم 19 لسنة 1985م

المادة الثانية

تـزاد عقوبـة الجرائم المشـار اليها فى المـادة السابقـة الى الثلثـين اذا كـان الجـانى من العـاملين بـاجهـزة الشرطـة او الامن الشعبى المحـلى او ممن لهم صفـة مـأمـور الضبط القضائى .

وتزاد العقوبة الى الضعف اذا كان الجانى من المكلفين بحماية الاداب العامة او رعاية الاحداث او كان رئيسـا للمجنى عليه فى العمـل او ممن عهد اليـه برعـايته او تـربيته او تثقيفه او تدريبه او علاجه او الاشراف عليه او القيام بشان من شئونه .

المادة الثالثة

يـترتب على الادانـة فى احدى الجـرائم المخلة بالشرف المشـار اليها فى المـادة الاولى مايلى :

1 ـ الحـرمان من التصعيـد لامانـات المؤتمرات الشعبيـة واللجان الشعبيـة والاتحادات والنقابات والروابط المهنية .

2 ـ عدم الصلاحية لتولى شئون الوصاية والقوامة .

3 ـ عـدم قبول الشهـادة امام الجهـات ذات الاختصـاص القضـائى فى غـير المسـائـل الجنائية .

4 ـ الحرمان من الحصول على شهادة حسن السيرة والسلوك .

5 ـ عدم الصلاحية لتولى وظيفـة مأمـور الضبط القضائى ولـو كان قـد رد الى المحكوم عليه اعتباره ، وعلى المحكمة ان تأمر بنشر منطوق الحكم على نفقة المحكوم عليه .

المادة الرابعة

ينشر هذا القانون فى الجريدة الرسمية ، ويعمل به بعد ستين يوما من تاريخ نشره .

مؤتمر الشعب العام

صدر فى : 13 رمضان 1394 من وفاة الرسول

الموافق : 1 يونيو 1985م