

محتويات العدد الأول ٢٠١٨

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية

"المجلد الثاني"

• أبحاث في قسم الاقتصاد:

- ١- مكافحة الاتجار في الأشخاص وتهريب المهاجرين "دراسة تحليلية لضماناتها القانونية والتحديات التي تواجهها"
د/ مجدي محمود شهاب
- ٢- العدالة الضريبية في قانون الضريبة علي القيمة المضافة (رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٦).
د/ سوزي عدلي ناشد

• أبحاث في القانون الجنائي:

- ٣- لمواجهة فوضى الإفتاء الديني القضاء الإداري يناشد المشرع تجريم الإفتاء من غير أهله .
د / فتوح الشاذلي
- ٤- الحماية الجنائية الموضوعية لجريمة تهريب المهاجرين في القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠١٦ في شأن مكافحة الهجرة غير الشرعية وتهريب المهاجرين (دراسة مقارنة) .
د/ سعيد أحمد قاسم
- ٥- سقوط استئناف المحكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية واجبة النفاذ (دراسة تحليلية).
د/ ساهر ابراهيم الوليد

• أبحاث في الشريعة الإسلامية:

- ٦- ممارسة الحقوق السياسية من منظور السياسة الشرعية والنظم الدستورية والقانونية .
د/ عبد الفتاح أحمد أبو كيلة
- ٧- اختلاف الأصوليين مع المحدثين في المسائل الحديثية وأثره من خلال ألفية الحديث وشرحها للحافظ أبي الفضل عبد الرحيم العراقي .
د/ ياسر عجيل جاسم النشمي
- ٨- التعاقد من الباطن وأحكامه في الفقه الإسلامي .
د/ هشام يسري محمد العربي

• أبحاث في القانون المدني:

- ٩- الرجوع في الهبة بين استقرار ملكية الموهوب له وحق الواهب في استرداد أملاكه (دراسة في التشريع الجزائري والمصري والفرنسي) .

د/ أزوا عبد القادر

١٠- الأحكام القانونية الناظمة لرهن العقار رهناً تأمينياً في إطار مشروع قانون الملكية العقارية لعام ٢٠١٧ (دراسة تحليلية ناقدة). د/ نعيم علي العتوم ، د/ عبد السلام علي الفضل

• أبحاث في القانون التجاري :

١١- إجراءات تأسيس الشركة المساهمة وفقاً لأحكام قانون الشركات البحريني (دراسة مقارنة).

د/ غيث مصطفى الخصاونه

١٢- النظام القانوني لعقد شراء الديون التجارية . د/ أحمد مصطفى الدبوسي السيد

• أبحاث في قسم المرافعات :

١٣- مبدأ المساواة بين الخصوم أمام القضاء وتطبيقاته في قانون المرافعات المدنية والتجارية (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي).

د/ رمضان إبراهيم عبد الكريم علام

١٤- الاستئناف الوصفي في القانون المصري كضمانة في التنفيذ المعجل (دراسة مقارنة).

د/ رجائي عبدالرحمن عبدالقادر عوض

• أبحاث في القانون العام :

١٥- حق ذوي الإعاقة في تولي الوظائف العامة بين المساواة والتمييز الموضوعي (دراسة مقارنة).

د/ إسلام شيحا

١٦- مبدأ الوقاية مساهمة في دراسة الإشكاليات المرتبطة بحماية البيئة

د/ أيمن فتحي محمد محمد عفيفي

١٧- إجراءات وطرق الطعن في القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية في ضوء القرار بقانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤ بتنظيم بعض إجراءات الطعن على عقود الدولة (دراسة تحليلية نقدية بين النظامين الفرنسي والمصري).

د/ منى رمضان محمد بطيخ

١٨- العلاقة ما بين مجلس النواب وديوان المحاسبة الأردني في الرقابة على المال العام .

د/ منير يوسف المناصير

• أبحاث في القانون الدولي :

١٩- مدى تطور الحماية القانونية الدولية للاجئين مع الواقع العملي .

د. علي سيف النامي ، د/ ثقل سعد العجمي

**مكافحة الاتجار في الأشخاص وتهريب المهاجرين
دراسة تحليلية ل ضماناتها القانونية والتحديات التي
تواجهها**

الأستاذ الدكتور / مجدي محمود شهاب
أستاذ الاقتصاد والمالية العامة - كلية الحقوق جامعة الاسكندرية
و كلية القانون الكويتية العالمية

المقدمة:

يُعد الاتجار بالبشر ظاهرة قديمة عرفتھا المجتمعات البشرية، بدرجات وصور مختلفة منذ أقدم العصور.

عاود هذا المسلك في الظهور وفرض نفسه كقضية محورية في العقدين الأخيرين، بدى ذلك واضحاً بصدور بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص وخاصة النساء والأطفال المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة في عام ٢٠٠٠، وبعد أن صدق عليه حتى الآن ١٧٢ دولة (في ديسمبر ٢٠١٧).

أكدت تقارير منظمة الأمم المتحدة والمنظمات المتخصصة والعديد من الدراسات في أغلب دول العالم، أن السنوات الأخيرة، قد شهدت توسعاً ملحوظاً في نطاق جرائم الاتجار في البشر وتهريب المهاجرين. لقد أخذ هذا النشاط يُعداً، إلى الحد الذي أصبح يعتبره البعض إحدى أهم القضايا التي تهدد الأمن القومي والدولي.

فقد أصبح هذا النشاط يشغل المرتبة الثالثة، يسبقه الاتجار بالسلاح والمخدرات. من حيث تحقيق قدر كبير من الأرباح لعصابات الجريمة المنظمة الدولية، وهو الأمر الذي يدفع بالكثيرين الدخول إلى دائرة هذا النشاط، كما يؤدي لمزيد من ضحايا هذا الاتجار بصوره المتعددة من جهة أخرى.

كان لزاماً أن يقابل هذا التوسع بجهود دولية ووطنية لمواجهة ومحاصرته. وهو ما حدث بالفعل بصدور بروتوكول الأمم المتحدة عام ٢٠٠٠ سالف الذكر، والذي صدقت عليه غالبية دول العالم، كما أسلفنا.

في ذات الاتجاه عقدت الجمعية العامة للأمم المتحدة في عام ٢٠١٠ خطة عمل عالمية لمكافحة الاتجار بالبشر، وقررت في عام ٢٠١٣ اعتبار يوم ٣٠ يوليو في كل عام يوماً عالمياً لمكافحة الاتجار بالبشر^١.

توالى دول العالم في إصدار تشريعات خاصة لمكافحة الاتجار في البشر، خاصة بعدما أصدرت الولايات المتحدة قانونها المتعلق بهذا الشأن، وبعد قيام وزارة الداخلية الأمريكية بإصدار تقرير سنوي (يصدر في شهر يونيو من كل عام) عن تطور الجهود الدولية لمكافحة الاتجار بالبشر. كما أن هذا التقرير قد صنف دول العالم وقسمها إلى ثلاث مجموعات وفقاً لمدى جدية كل دولة في اتخاذ الجهود اللازمة للمكافحة.

هذا وبذات الأهمية لجريمة الاتجار بالبشر ظهرت جريمة أخرى تدخل في نطاق الجرائم الدولية المنظمة، ألا وهي تهريب المهاجرين. تشغل العديد من دول العالم المتقدم والنامي، حيث تنامت بصورة كبيرة وأصبحت تركز إلى العديد من أشكال الدخول غير الشرعي للمهاجر للدول التي يرغب في الانتقال إليها، مستخدماً وسائل انتقال غير آمنة تسمح له الوصول إلى الدول التي لا تربطه بها صفة المواطن أو المقيم. طامعاً في مستوى حياة أفضل^٢.

إن تلك الممارسات المتقدمة، قد دفعت إلى تكوين فعاليات قانونية عديدة من الإجراءات العلاجية والاحترازية والتحفيزية في سبيل دعم جهود الدول في

^١ - Commission Nationale consultative des droits de l'homme, Plan d'actions mondial pour la lutte contre la traite des personnes, resolution 641293, adoptée par l'assemblée generale des Nations Unies 2010 – Paris. P 30

^٢ - إتفاصيل عن الجريمة المنظمة أنظر:

د. محمد سامي الشوا الجريمة المنظمة وصددها على الأنظمة العقابية، دار النهضة العربية، القاهرة 1998 ، ص٢٢٢ ، ٢٢٣.

د. شريف سيد كامل : الجريمة المنظمة في القانون المقارن، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة 2001، ص٢٧٦.

د. هدى حامد قشقوش: الجريمة المنظمة، منشأة المعارف، الطبعة الثانية، الإسكندرية، 2006 ، ص85.

د. نسرین عبد الحمید نبیه: الجريمة المنظمة عبر الوطنية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2006 ، ص١١١.

مكافحة ومحاصرة ظاهرة الاتجار بالبشر وتهريب المهاجرين، والتي تمثلان انتهاكاً لحقوق الإنسان من نواحي متعددة.

من جماع ما تقدم يمكن القول أن الإشكالية الرئيسية والتي يتمحور حولها موضوع البحث تتمثل في :

إلى أي مدى استطاعت الضمانات التي تضمنتها الآليات القانونية المختلفة في مكافحة جريمتي الاتجار في البشر وتهريب المهاجرين، تحقيق هذا الهدف، وكيف تواجه المنظومة القانونية هذا الزخم الكبير من التحديات الاقتصادية والسياسية والاجتماعية التي تقف وراء هاتان الجريمتان. الدراسة على النحو التالي :

المبحث الأول : الضمانات الدولية لمكافحة جريمة الاتجار بالأشخاص.
المبحث الثاني : الأطر التشريعية لمكافحة تهريب المهاجرين وحماية حقوقهم.

المبحث الثالث : تحديات مواجهة الاتجار بالأشخاص وتهريب المهاجرين.

المبحث الأول

الضمانات الدولية لمكافحة جريمة الاتجار بالأشخاص

تصدى المجتمع الدولي لجريمة الاتجار بالأشخاص، إدراكاً بأنها لم تعد حالة فردية تهم دولة واحدة فحسب بل تمس الاستقرار الدولي، تمارسها منظمات إجرامية عابرة للحدود الوطنية.

وقد سارع المجتمع الدولي إلى اتخاذ الإجراءات الكفيلة التي تهدف إلى مكافحة هذه الجريمة. لم يقتصر نشاط المجتمع على التعاون الدولي من خلال الاتفاقيات الدولية، بل أخذ هذا التوجه صوراً أخرى بين التشريعات الوطنية المتعلقة، التعاون الشرطي والقضائي باعتبار أن جريمة الاتجار بالأشخاص تعد إحدى الأنشطة الرئيسية للجريمة المنظمة وفق مفهوم القانون الدولي.

أن تلك الجريمة التي تمس بكرامة الإنسان، وتتنافى مع القواعد الإنسانية وقيم أخلاق الشعوب. قد مرت بمراحل متعددة وصولاً إلى صورها المستحدثة، وكان تهريب المهاجرين هو الوسيلة الفعالة وراء هذه الجريمة. نتناول بالدراسة على التوالي النقاط التالية :

- مواجهة الاتجار بالأشخاص في الاتفاقيات الدولية العامة والخاصة.
- مواجهة الاتجار بالأشخاص في المنظمات الدولية.

المطلب الأول

مواجهة الاتجار بالأشخاص في الاتفاقيات الدولية

تمكن المجتمع الدولي في إطار التعاون القائم إلى إصدار اتفاقيات دولية عامة وخاصة، كما تضافرت جهود منظمة الأمم المتحدة لمكافحة جرائم الاتجار بالأشخاص باعتبارها أهم التحديات التي تواجه القرن الواحد والعشرين. ومن أهم الاتفاقيات الدولية في هذا الصدد، المتعلقة بحقوق الإنسان، والأخرى تواجه جريمة الاتجار بالأشخاص.

أولاً: الاتفاقيات الدولية العامة:

نتعرض لأهم الاتفاقيات العامة، التي واجهت جريمة الاتجار بالأشخاص.

- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان¹:

أكدت الجمعية العامة للأمم المتحدة ضمن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على إيمانها بحقوق الإنسان الأساسية وبكرامة الفرد، وهذا يتضح من خلال ديباجتها "لما كان الاعتراف بالكرامة المتأصلة في جميع أعضاء الأسرة البشرية وبحقوقهم المتساوية الثابتة هو أساس الحرية والعدل والسلام في

¹ - <http://www.gicj.org/ar/36-others/hr-issues-rtl/118-lln-llmy-lhqwq-lhnsn>

- لمزيد من التفاصيل حول المواجهة الدولية للاتجار بالأشخاص: انظر - راميا شاعر محمد: "الاتجار بالبشر قراءة قانونية اجتماعية" منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان ٢٠١٢.

- د. سوزي عنلي ناشد: "الاتجار في البشر بين الاقتصاد الخفي والاقتصاد الرسمي" دار المطبوعات الجامعية / الإسكندرية / مصر ٢٠١٠.

العام". كما يتأكد من خلال الديباجة عزم الأمم المتحدة من خلال تجمع الدول على حفظ كرامة الإنسان وحقوقه والاعتراف بها، ومما يدل كذلك من خلال مادته الأولى التي أكدت على أن الأفراد كلهم أحرار ومتساوون في الكرامة الإنسانية¹، كما نصت المادة الرابعة من الإعلان على تحريم الاسترقاق بكل صورته وكذلك الاتجار، وعدم تعريض أي إنسان للتعذيب ولا لعقوبات أو المعاملات القاسية أو الوحشية أو الماسية بكرامة الإنسان، يتضح من خلال المواد السابقة حرص الإعلان على حماية الإنسان وصون كرامته وحمايته وتعتبر ضمانته دولية يمكن الاستناد إليها.

- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية ١٩٦٦:

تضمنت ديباجته ضرورة احترام كرامة الإنسان واحترام حقوقه واعتبارها أساساً للحرية والعدالة "إن الدول الأطراف في هذا العهد، إذ ترى أن الإقرار بما لجميع أعضاء الأسرة البشرية من كرامة أصيلة فيهم، ومن حقوق متساوية وثابتة، يشكل، وفقاً للمبادئ المعلنة في ميثاق الأمم المتحدة، أساس الحرية والعدل والسلام في العالم، وإذ تقر بأن هذه الحقوق تنبثق من كرامة الإنسان الأصيلة فيه، وإذ تدرك أن السبيل الوحيد لتحقيق المثل الأعلى المتمثل وفقاً للإعلان العالمي لحقوق الإنسان في أن يكون البشر أحراراً ومتمتعين بالحرية المدنية والسياسية ومحررين من الخوف والفاقة، هو سبيل تهيئة الظروف لتمكين كل إنسان من التمتع بحقوقه المدنية والسياسية وكذلك بحقوقه الاقتصادية والاجتماعية والثقافية كما دعت من خلال المادة الثامنة إلى تحريم صور الاسترقاق"².

• لا يجوز استرقاق أحد، ويحظر الرق والاتجار بالرقيق بجميع صورهما.

¹ - المادة (١) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان "يولد جميع الناس أحراراً ومتساوين في الكرامة والحقوق. وهم قد وهبوا العقل والوجدان وعليهم أن يعاملوا بعضهم بعضاً بروح الإخاء".
² - المادة (٨) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية ١٩٦٦.

• لا يجوز إخضاع أحد للعبودية.

• لا يجوز إكراه أحد على السخرة أو العمل الإلزامي.

وبذلك يكون العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية قد أكد على ضرورة تجريم صور الاسترقاق والاستغلال والعمالة وغيرها من صوراً تعد أشكال رئيسية لجريمة الاتجار بالأشخاص.

- العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية ١٩٦٦:

تعهد المجتمع الدولي من خلال العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية على حماية الحقوق وتكفل بها وجعلها ضمانات دستورية، وهذا من خلال المادة الأولى من هذا العهد والمواد المكملة، بالإضافة إلى ذلك تتضمن بعض الضمانات في بنود الاتفاقية السابعة والثامنة وصولاً إلى المادة العاشرة على النحو التالي^١:

ضرورة إقرار الدول الأطراف بما يلي:

وجوب توفير حماية خاصة للأمهات خلال فترة معقولة قبل الوضع وبعده .
وينبغي منح الأمهات العاملات، أثناء الفترة المذكورة، إجازة مأجورة أو إجازة مصحوبة باستحقاقات ضمان اجتماعي كافية.

وجوب اتخاذ تدابير حماية ومساعدة خاصة لصالح جميع الأطفال والمراهقين، دون أي تمييز بسبب النسب أو غيره من الظروف. ومن الواجب حماية الأطفال المراهقين من الاستغلال الاقتصادي والاجتماعي. كما يجب جعل القانون يعاقب على استخدامهم في أي عمل من شأنه إفساد أخلاقهم أو الأضرار بصحتهم أو تهديد حياتهم بالخطر أو إلحاق الأذى بنموهم الطبيعي. وعلى الدول أيضاً أن تفرض حدوداً دنياً للسن يحظر القانون استخدام الصغار الذين لم يبلغوها في عمل مأجور ويعاقب عليه.

^١ - المادة (١) من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية سنة ١٩٦٦.

ثانياً: الاتفاقيات الخاصة قبل اتفاقية باليرمو:

أبدت تلك الاتفاقيات اهتماماً خاصة بالاتجار بالنساء والأطفال لأغراض الدعارة، وذلك من خلال عدة اتفاقيات، مع اتساع نشاط المجتمع تم تضمين ابعاد أخرى مثل منع التمييز ضد المرأة، ومنع بيع الأطفال أو استغلالهم في البغاء وفي المواد الإباحية وذلك على النحو التالي :

- الاتفاق الدولي المعقود في مايو 1904 حول تحريم الاتجار بالرقائق الأبيض (المعدل بالبروتوكول الذي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في ديسمبر 1948).
- الاتفاقية الدولية المعقودة في مايو 1910 حول تحريم الاتجار بالرقائق الأبيض (المعدلة بالبروتوكول ديسمبر 1948).
- اتفاقية "سان جرمان - آن - ليه" لعام 1919 (لضمان القضاء الكامل على الرق بجميع صورته وعلى الاتجار بالرقائق في البر وفي البحر).
- الاتفاقية الدولية المعقودة في سبتمبر 1931 حول تحريم الاتجار بالنساء والأطفال (المعدلة بالبروتوكول الموقع في نيك سيكس، نوفمبر 1947).
- اتفاقية سنة 1926 الخاصة بالرق (المعدلة بالبروتوكول الذي أقرته الجمعية العامة أكتوبر 1953).
- الاتفاقية الدولية المعقودة في أكتوبر 1933 حول تحريم الاتجار بالنساء البالغات (المعدلة بالبروتوكول المؤرخ أكتوبر 1947).
- اتفاقية منع التمييز ضد المرأة عام 1979:
- اتفاقية الأمم المتحدة بشأن إلغاء كل أشكال التمييز ضد النساء، وألزمت هذه الاتفاقية في مادتها السادسة "اتخاذ التدابير الرامية إلى مكافحة جميع أشكال الاتجار بالمرأة واستغلال دعارة المرأة"، تعتبر

هذه الاتفاقية منذ اعتمادها في ١٩٧٩ بمثابة دستور عالمي لجميع حقوق النساء.

- اتفاقية حقوق الطفل لعام ١٩٨٩ والبروتوكولين الاختياريين للاتفاقية^١.

ثالثاً: اتفاقية حقوق الطفل لعام ١٩٨٩ والبروتوكولين:

- اعتمدت الاتفاقية ١٩٨٩، واعتمد البروتوكولين الاختياريين للاتفاقية بشأن بيع الأطفال واستغلال الأطفال في البغاء وفي المواد الإباحية، وبشأن اشتراك الأطفال في المنازعات المسلحة في سنة ٢٠٠٠.

- عالجت الاتفاقية عدة مسائل من أجل مكافحة الاتجار بالأطفال، وتعرضت لمكافحة بغاء الأطفال واستغلالهم جنسياً، حيث نصت المادة (٣٤) منها على أن تتعهد الدول الأطراف بحماية الطفل من كل أشكال الاستغلال الجنسي والانتهاك الجنسي من خلال تشريعاتها الداخلية أو من خلال التعاون الثنائي والجماعي مع باقي الدول، وذلك من أجل حماية الطفل في أي مكان في العالم، وكذلك من كافة الممارسات الجنسية الأخرى غير المشروعة وحمايته في العروض والمواد الإباحية الداعرة من خلال شرائط الفيديو والصور أو عن طريق الانترنت.

- أما البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية حقوق الطفل بشأن بيع الأطفال واستغلال الأطفال في البغاء وفي المواد الإباحية سنة ٢٠٠٠، ينص على حظر بيع الأطفال واستغلال الأطفال في البغاء والمواد الإباحية ويعرف الأفعال التي يجب تجريمها، وهو يلزم الدول بحماية حقوق ومصالح الأطفال الضحايا وتطوير الوقاية، وإعادة

¹ - اتفاقية حقوق الطفل لسنة ١٩٨٩،

التأهيل، والتعاون الدولي بهدف تأمين حماية الأطفال من الاستغلال الجنسي.

- كما أوردت الاتفاقية في المادة الثانية منها أشكال استغلال الأطفال بأي طريقة كانت لغرض من الأغراض التالية:

الاستغلال الجنسي للطفل، نقل أعضاء الطفل توكياً للربح، تسخير الطفل لعمل قسري، القيام كوسيط بالحفز غير اللائق على إقرار تبني طفل وذلك على النحو الذي يشكل خرقاً للصوصك القانونية الواجبة التطبيق بشأن التبني، عرض أو تأمين أو تدبير أو تقديم طفل لغرض استغلاله في البغاء، وإنتاج أو توزيع أو نشر أو استيراد أو تصدير أو عرض أو بيع أو حيازة مواد إباحية متعلقة بالطفل على النحو المعرف في المادة (٢).

وبالرغم من الاتفاقيات والبروتوكولات - السابق ذكرها - إلا أن عدم الاستقرار الدولي وعدم قدرة المجتمع الدولي على مواجهة ظاهرة الاتجار بالأشخاص، والتي صارت في تصاعد مستمر مع ظهور صور أخرى لها، الاتجار بالأعضاء البشرية يكون ضحاياها من الأطفال، الاتجار بالأطفال لأغراض التبني، وفي ظل هذا التطور تبنت الجمعية العامة للأمم المتحدة الاتفاقية المناهضة للجريمة المنظمة ٢٠٠٠.

رابعاً: بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص وخاصة النساء والأطفال المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية لسنة 2000 (بروتوكول باليرمو):¹

- تعتبر هذه الاتفاقية الإطار التشريعي الذي احتوى قضية الاتجار بالأشخاص ونقلها من منظومة حقوق الإنسان الدولية إلى مجال الجرائم، ظهر ذلك من خلال اعتماد اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة

¹ - بروتوكول منع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص وبخاصة النساء والأطفال، قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة، رقم ٢٥ جنيف - الأمم المتحدة ٥٥ بتاريخ ١٥/١١/٢٠٠٠.

الجريمة المنظمة عبر الوطنية¹، والبروتوكول الملحق بها لمنع الاتجار بالأشخاص ومعاقبته، فقد تضمنت الاتفاقية عناصر أساسية لتحديد ماهية جريمة الاتجار بالبشر في حد ذاتها، فيما يخص الفعل والوسيلة والغرض من الفعل من خلال الصور التي جاء بها استغلال الدعارة وأشكال الاستغلال الجنسي أو الخدمة القسرية والاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق أو الاستبعاد أو نزع الأعضاء البشرية، كما أن هذا البروتوكول لم يفرق بين صفة المجني عليه ذكراً أو أنثى أو كبره أو صغره، هذا وقد تضمنت الاتفاقية ثلاث عناصر²:

نطاق التجريم: حدد البروتوكول نطاق التجريم وإلزام الدول الأطراف إذا لم تكن قد فعلت أن تسلك ذات المسلك:

الاتجار بالأشخاص خاصة النساء والأطفال، الشروع في الاتجار بالأشخاص خاصة النساء والأطفال، الاشتراك في الاتجار بالأشخاص وبخاصة النساء والأطفال، تنظيم أو توجيه الأشخاص لارتكاب الجرائم الموضحة في المواد (٣ - ٥) فهي عاقبت المتاجرين أو المجرمين الأصليين.

▪ ضمانات ضحايا الاتجار بالأشخاص:

نصت المادة السادسة والسابعة والثامنة من الاتفاقية، على إلزام الدول الأطراف بحفظ أسرار وهوية الأشخاص المتاجر بهم، والقيام بتدابير تعرفهم بوضعيتهم القانونية وتساعدهم عن الخروج من الأزمة، وأن تسمح لضحايا

¹ - لمزيد من التفاصيل حول العلاقة بين البروتوكول واتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة عبر الوطنية انظر:

U.N.O.D.C: Combattre la traite des personnes, Guide à l'usage des parlementaire p5

² - المواد من (٣ - ٥) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، بالقرار ٥٥/٢٥ من الجمعية العامة للأمم المتحدة في نوفمبر ٢٠٠٠، لمزيد من التفاصيل انظر:

U.N.O.D.C: Combattre la traite des personnes, Guide à l'usage des parlementaire p6

الاتجار بالبقاء داخل إقليمها مؤقتاً أو دائماً وتتولى الاهتمام بالعوامل الإنسانية والوجدانية، ويجب أن يوفر لهم كل الوثائق التي تسمح لهم بالدخول إليها قانوناً.

■ منع الاتجار بالأشخاص:

وقد نصت عليها المواد التاسعة والعاشرة والحادي عشر والثانية عشر، على ضرورة أن تضع الدول الأطراف سياسات وبرامج وتدابير أخرى لمنع ومكافحة الاتجار بالأشخاص، وكذلك الاهتمام بالبحوث والدارسات لمنعها وتخفيف الأسباب ومحاولة إيجاد حلول لهذه العوامل المتسببة، وأن تسعى الدول في ظل سياساتها مع المنظمات غير الحكومية ذات صلة وكذلك تبادل المعلومات واتخاذ تدابير لمنع المتاجرين من استعمال وسائل النقل لعبور حدود الدول، ومراقبة الحدود وتأمين الوثائق وتشديد الرقابة وتطوير التشريعات.

هذا وقد دخل البروتوكول حيز التنفيذ ديسمبر ٢٠٠٣، وصادقت عليه دول عديدة منذ ذلك الحين، وقد بلغ عدد المصدقين على البروتوكول (١٦٥) دولة حتى يناير ٢٠١٥.

ويمكن حصر أهداف البروتوكول في منع ومكافحة الاتجار بالأشخاص مع إبداء اهتمام خاص للنساء والأطفال، وحماية ضحايا الاتجار ومساعدتهم وتعزيز التعاون بين الدول الأطراف على تحقيق تلك الأهداف.

خامساً: دور الجمعية العامة والمجلس الاقتصادي والاجتماعي ومجلس حقوق الإنسان في مكافحة جرائم الاتجار بالأشخاص:

■ الجمعية العامة: أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة عدة قرارات فيما يخص مكافحة جريمة الاتجار بالأشخاص أهمها:

○ القرار (٥٨ - ١٣٧) ديسمبر ٢٠٠٣ بـ "تعزيز التعاون

الدولي في منع الاتجار بالأشخاص ومكافحته وحماية

ضحاياه"، ثم فيه مطالبة الدول الأعضاء بخلق التعاون الدولي لمكافحة الجريمة.

○ القرار (٦١ - ١٤٤) ديسمبر ٢٠٠٦ بشأن الاتجار بالنساء والفتيات.

○ القرار (٦٣ - ١٩٤) يناير ٢٠٠٩ بتحسين تنسيق الجهود المبذولة لمكافحة الاتجار بالبشر حيث أورد ضرورة السعي من أجل دعم مسيرة ومنظومة الأمم المتحدة فيما يتعلق بمكافحة الاتجار بالأشخاص.

- المجلس الاقتصادي والاجتماعي ومجلس حقوق الإنسان:

● يقوم المجلس الاقتصادي والاجتماعي بدور هام في مكافحة الاتجار بالأشخاص ويحاول تنسيق الجهود الاقتصادية والاجتماعية والتنمية التجارة الدولية لمواجهة الجريمة، ومن بين إسهاماته في مكافحة جريمة الاتجار بالأشخاص من خلال إصدار قرارات مثل قرار (٢٧ - ٢٠٠٦) المعنون "بتعزيز التعاون الدولي على منع الاتجار بالأشخاص ومكافحته وحماية ضحاياه"، وكما سعى المجلس إلى دعوة الحكومات والمنظمات الدولية والإقليمية إلى معالجة العوامل التي تنمي الاتجار وإلى التكفل بضحايا الاتجار نفسياً وطبياً وقانونياً، وكذا تشكيل فريق عمل معني بالاتجار بالأطفال وبغائهم، ويقوم أيضاً بدراسة مسألة الاستغلال الجنسي للأطفال وتقديم توصيات من أجل القضاء على هذه الظاهرة.

● أما مجلس حقوق الإنسان فهو يلعب دور هاماً في حماية حقوق الإنسان، مكافحة كل مساس بكرامة الإنسان سواء كان مساس جسدياً أو معنوياً، ويسعى إلى تشجيع الدول على تنفيذ تعهداتها تجاه مسألة حقوق الإنسان، وقد قدم مجلس الفريق العامل المعني بالاستعراض الدوري الشامل خلال دوراته من الثالثة إلى الثامنة التي عقدت بين ديسمبر ٢٠٠٨ ومايو ٢٠١٠ توصيات

بشأن الاتجار بالأشخاص، ولاسيما النساء والأطفال وكما دعا إلى تكثيف الجهود من قبل الدول بغية منع الاتجار بالبشر وحماية ضحاياه¹.

المطلب الثاني

مواجهة الاتجار بالأشخاص في المنظمات الدولية والإقليمية

ساهمت المنظمات الدولية والإقليمية في مواجهة جريمة الاتجار بالأشخاص. نتناول أهم هذه المنظمات، التي قامت بدوراً وذلك على النحو التالي :

أولاً: المنظمات الدولية:

منظمة الشرطة الدولية (الأنتربول) ومكافحة جريمة الاتجار بالأشخاص: ساهم الأنتربول في مكافحة الإجرام المنظم وتزويد الدول الأعضاء فيها بمعلومات مهمة عن المجرمين المطلوبين للعدالة، وقد تركز اهتمام منظمة الشرطة الدولية بالجريمة المنظمة ذات الصلة بغسل الأموال، وفي اجتماع الأنتربول لسنة 1995 تم اتفاق الدول الأعضاء على اتخاذ قرار يتعلق بمكافحة الجرائم عبر الدول وتعزيز التعاون الدولي. هذا وقد سعت المنظمة إلى عقد اتفاقيات للبحث عن آليات ووسائل مكافحة جريمة الاتجار بالبشر باعتبارها إحدى الأنشطة الرئيسية للجريمة المنظمة. كما تقوم المنظمة بتعزيز التعاون الدولي في مجال تبادل المعلومات ووضع استراتيجيات للمكافحة وكذلك آليات لحماية الضحايا.

- منظمة العمل الدولية ٢:

▪ سعت منظمة العمل الدولية لمكافحة جريمة الاتجار بالأشخاص من خلال القضاء على بعض صور هذه الجريمة مثل : استغلالهم في

¹ - Commission Nationale consultative, op.cit, l'amélioration de la coordination des efforts pour lutter contre la traite des personnes, p30

² - بدأت أنشطة منظمة العمل الدولي في هذا المجال منذ سنة ١٩٣٠، وهي مستمرة حتى الآن، Commission Nationale consultative des droits de l'homme, la lutte contre la traite des êtres humains, année 2015 p27

الأعمال الشاقة والقاسية واستغلال الأطفال دون السن القانوني، وتشير إحصائيات قامت بها المنظمة على وجود ما يقارب 250 مليون طفل في العالم تتراوح أعمارهم بين (٥ و ١٤) عاماً يعملون في ظل ظروف خطيرة وفي أعمال شاقة حيث يعمل في ماليزيا 17 ساعة يومياً، وكذلك في تنزانيا في مجال البناء وفي صيد الأسماك، ولهذا تحاول المنظمة جاهدة القضاء على إلغاء عمالة الأطفال كهدف من أهداف هذه المنظمة¹.

■ وتعددت اسهامات المنظمة سواء عن طريق الاتفاقيات أو البرامج التعاونية، بهدف القضاء على أشكال عمل الأطفال، كما دعت الدول إلى التشاور مع المنظمات المهنية للنص في قوانينها الداخلية على عقوبات المخالفين للشروط التي تقرها المنظمة.

- منظمة الأمم المتحدة للطفولة (اليونيسف) ٢:

- تقدم اسهامات في مجال الدعوة لقضايا الأطفال، وتباشر أعمال ميدانية للتحقق من تقديم خدماتها.
- في عام ١٩٩٠ أعدت اتفاقية حقوق الطفل، وقد واكبت هذه الاتفاقية مؤتمر قمة عالمي من أجل الطفل، ادان النزاعات وأعمال الإبادة الجماعية للأطفال نتيجة الإسهام والاتجار بهم - وتدعم اليونسف الحكومات لوضع معايير للتعامل مع الاتجار بالأطفال.
- في سنة ٢٠٠٥ كُلفت اليونسف بتقديم بيانات موثقة عن الانتهاكات في مجال حقوق الأطفال بالصور

¹ - لمزيد من التفاصيل:

<http://www.aljazeera.net/encyclopedia/organizationsandstructures>

² - اليونسف ويكيبيديا:

<https://ar-wikipedia.org/wiki>

قتل الأطفال أو تشويههم، تجنيد الأطفال أو استخدامهم من قبل القوات المسلحة أو الجماعات المسلحة، الهجوم على المدارس أو المستشفيات، الاغتصاب أو أي شكل من أشكال العنف الجنسي الأخرى ضد الأطفال، اختطاف الأطفال، منع وصول المساعدات الإنسانية إلى الأطفال. وقد تضمنت هذه المعلومات التقارير السنوية للأمم المتحدة، وأحدثت انعكاسات إيجابية في هذا السياق، هذا ولا تزال المنظمة تباشر نشاطها في مجال حماية حقوق الطفل.

ثانياً: مكافحة الإقليمية لجريمة الاتجار بالأشخاص¹:

كان لانتشار وتعدد صور جريمة الاتجار بالأشخاص، أثر في تسارع المجتمع الدولي بمباشرة آليات دولية لمكافحة تلك الظاهرة، كما ظهرت منظمة دولية ذات طبيعة خاصة وعقدت العديد من الاتفاقيات الإقليمية لحماية حقوق الإنسان بصورة عامة ومكافحة الجرائم الماسة به. وفي هذا الإطار نجد جريمة الاتجار بالأشخاص وحماية الأطفال بصورة خاصة.

نتناول الجهود الإقليمية لمكافحة جريمة الاتجار بالأشخاص في إطار الاتحاد الأوروبي، والمنظومة العربية.

- الجهود الأوروبية:

بذلت الدول الأوروبية جهوداً لمكافحة جريمة الاتجار بالأشخاص حيث قام بدوره المجلس الأوروبي والاتحاد الأوروبي، وكذلك التعاون الأمني بين مختلف الدول الأوروبية.

¹ - O.I.M, organization internationale des migrations, agir contre la traite des personnes, 2010, p 14

- المجلس الأوروبي ومكافحة الاتجار بالأشخاص ١:

يمارس المجلس الأوروبي نشاطه في مكافحة الجريمة المنظمة من خلال "اللجنة الأوروبية الخاصة بمشاكل الجريمة Comité Européenne et Les Problèmes de crime" وللمجلس الأوروبي نشاطات كثيرة تتمثل في مجال الجريمة المنظمة وسعيها إلى مكافحة كل الصور التي تدخل ضمن مفهوم الجريمة المنظمة.

- في سنة ١٩٩٦ وضع المجلس الأوروبي مشروع يهدف إلى مكافحة الفساد والجريمة المنظمة في دول أوروبا.
- وفي سنة ١٩٩٧ تم إنشاء لجنة مختصة من خبراء في القانون الجنائي، هدفها توضيح الإجرام المنظم واقتراح وسائل التعاون الدولي، وقد توصل المجلس إلى تبني توصيات لحماية الشهود من قضايا الإجرام المنظم، وقد اجتمعت دول المجلس الأوروبي في مؤتمرها الثاني الذي تناول موضوع الأمن ومكافحة الاتجار بالمخدرات والنساء والأطفال، كما دعا إلى حماية الأطفال.
- كذلك ساهم المجلس الأوروبي من خلال حملة تحت شعار "البشر ليسوا للبيع"، وكان يهدف من خلال هذه الحملة التوعية بهذه الظاهرة والبحث عن حلول لها.
- هذا وسارت اتفاقية مجلس أوروبا الخاصة بالعمل ضد الاتجار بالبشر لعام ٢٠٠٥، على نفس نهج برتوكول باليرمو في تعريف الاتجار بالبشر، وهذا من خلال المادة الرابعة الفقرة (أ)، وعلى الرغم من تأثيرها بها إلا أن الاتفاقية إضافة عناصر لم تكن في اتفاقية باليرمو، حيث دعت إلى تطبيق هذه الاتفاقية على كافة أشكال الاتجار بالبشر، سواء الوطني أو العابر للحدود الوطنية، وبصرف

¹ - Ibid

النظر عن ارتباطها بالجريمة المنظمة، وهذا الذي لا يبدو في برتوكول باليرمو الذي تطبق أحكامه عندما تكون جريمة الاتجار بالبشر جرائم عابرة للحدود الوطنية أو مرتبطة بجماعة إجرامية منظمة¹.

■ ساهم المجلس الأوروبي بالتنسيق مع الأمم المتحدة في دراسة بعنوان "الاتجار بالأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية لأغراض انتزاع أعضائهم"، وكما أعد المجلس الأوروبي دراسة عملاً بقرار الجمعية العامة (١٤/٦٣)، والمعنون بـ "التعاون بين الأمم ومجلس أوروبا" الذي اعتمد في ٢٠٠٨².

- الاتحاد الأوروبي ومكافحة جريمة الاتجار بالأشخاص :

تعتبر معاهدة الوحدة الأوروبية ماستريخت سنة ١٩٩٢، الإطار التنظيمي للتعاون الأمني بين الدول الأوروبية.

ساهمت هذه الاتفاقية في إمكانية انتقال رأس المال والأشخاص والسلع بين حدود هذه الدول، الأمر الذي يسر للمنظمات الإجرامية توسيع نطاق نشاطها ليشمل الدول الأعضاء في المعاهدة.

في بدايته أهتم الاتحاد الأوروبي بمكافحة الاتجار بالمخدرات، وشبكات الهجرة غير الشرعية. ثم أضيف إليها سنة ١٩٦٦ جرائم الاتجار بالأشخاص.

كما أبرمت الدول الأعضاء في الاتحاد، في إطار التعاون الدولي لمكافحة الجريمة، العديد من الاتفاقيات لعل أهمها³:

¹ - Ibid

² - Ibid

³ - Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, la traite et le trafic des êtres humains, rapport annuel 2010 p13

- اتفاقية تسهيل إجراءات تسليم المجرمين بين الدول الأعضاء، والتي تبناها المجلس الأوروبي في مارس ١٩٩٥.
- اتفاقية تسليم المجرمين بين الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي، والتي تبناها المجلس الأوروبي في "دبلن" في سبتمبر ١٩٩٦.
- معاهدة الاتحاد الأوروبي حول المساعدة المتبادلة في المسائل الجنائية سنة ١٩٩٧، والتي تهدف إلى تذييل الصعوبات الناجمة عن البحث في الدليل خارج حدود الدول الأعضاء، وتبسيط الإجراءات من خلال تيسير الحصول على الدليل من البلدان الأخرى، وتطوير التحقيقات عبر الحدود.

- التعاون الشرطي الأوروبي:

اتجهت دول أوروبا إلى تعزيز التعاون فيما بين أجهزتها الشرطة في مكافحة الجرائم ذات الخطورة الكبيرة، كالإرهاب والاتجار غير المشروع بالأشخاص والأعضاء البشرية وتهريب المهاجرين وغسيل الأموال، ويدخل معظمها ضمن الجريمة المنظمة، ولهذا حرصت هذه الدول على التعاون فيما بينها عن طريق إنشاء بعض الأجهزة، وإبرام الاتفاقيات الدولية لمكافحة تلك الجرائم، ففي سنة ١٩٧١ أنشئت مجموعة "يوميدو" كأساس للتعاون. وكان لاتساع عضوية الاتحاد الأوروبي وانضمام العديد من الدول الأوروبية، أثراً حيث وقعت معاهدة سنة ١٩٨٥ ودخلت حيز التنفيذ سنة ١٩٩٥ اتفاقية تدابير التحديات الأمنية، بصورة خاصة مكافحة كل أشكال الجريمة المنظمة باختلاف طابعها وتتلخص هذه التدابير فيما يلي^١:

- حق المراقبة عبر الحدود التي نصت عليها المادة (٤٠) من الاتفاقية الخاصة بتطبيق معاهدة شينغان.

¹ - Ibid

▪ حق ملاحقة المجرمين خارج الحدود الوطنية نصت عليها المادة (٤١) من الاتفاقية المذكورة.

وقد سمحت هذه الاتفاقية من خلال أهم بنودها إلى توقيع اتفاقيات ثنائية بين الدول الأوروبية في العديد من المجالات لمكافحة كل صور الجريمة المنظمة وباختلاف أساليبها.

- مكافحة جريمة الاتجار بالأشخاص: الجهود العربية ١:

سعت الدول العربية بكافة أجهزتها المختلفة إلى مكافحة جريمة الاتجار بالأشخاص من خلال وضع آليات إبرام الاتفاقيات في هذا المجال. الأمر الذي يؤكد إدراك الدول العربية أن مكافحة تتضمن التعاون على المستوى الإقليمي والدولي.

في هذا الصدد نتناول تباعاً دور الميثاق العربي للإنسان، جهود مجلس وزراء الداخلية العرب، دور المكتب العربي للشرطة الجنائية.

- الميثاق العربي لحقوق الإنسان ٢:

▪ نصت المادة التاسعة من الميثاق في سياق الاتجار بالأشخاص والاتجار في الأعضاء البشرية^٢ على:

○ لا يجوز إجراء تجارب طبية أو علمية على أي شخص أو استغلال أعضائهم من دون رضائهم الحر وإدراكهم الكامل للمضاعفات التي قد تنجم عنها، مع مراعاة الضوابط والقواعد الأخلاقية والإنسانية والمهنية، والتقيد بالإجراءات الطبية الكفيلة بضمان سلامتهم الشخصية، وفقاً للتشريعات

١ - د. محمد سيد حامد: "الاتجار في البشر كجريمة منظمة عابرة للحدود بين الأسباب والتداعيات" الروى الاستراتيجية، المركز القومي للإصدارات القانونية - القاهرة ٢٠١٣

٢ - الميثاق العربي لحقوق الإنسان، جامعة الدول العربية، 22 مايو 2004 ، (دخل حيز التنفيذ في 15 مارس 2008)، <http://hrlibrary.umn.edu/arab>

٣ - المادة (٩) من الميثاق العربي لحقوق الإنسان.

النافذة في كل دولة طرف، ولا يجوز بأي حال من الأحوال
الاتجار بالأعضاء البشرية.

■ وتتص المادة العاشرة من الميثاق العربي على :

○ يحظر الرق والاتجار بالأفراد في جميع صورهما، ويعاقب
على ذلك فلا يجوز بأي حال من الأحوال الاسترقاق
والاستعباد، كما تحظر السخرة والاتجار بالأفراد من أجل
الدعارة أو الاستغلال الجنسي أو استغلال دعارة الغير أو أي
شكل آخر أو استغلال الأطفال في النزاعات المسلحة.

أن الميثاق العربي يفرّق بين "العبودية" و"الاتجار في الأفراد" ولكن يحظر
الاثنتين بينما تتطلب العبودية ممارسة حق الامتلاك على شخص آخر،
الاتجار هو السيطرة أو التأثير الغير مُستحقّ على آخرين وليس البيع
والشراء. على الرغم من أن الرأي السائد حالياً هو أن الاتجار بالأشخاص
هو العبودية الحديثة، ولكن الاختلاف بين الاثنتين واضحاً من الناحية
القانونية.

كما يفرق الميثاق العربي بين الدعارة واستغلال دعارة الغير، ويحظرهما
كشكليين من أشكال الاتجار في الأشخاص. حيث تمنع القوانين المحلية للبلاد
العربية ممارسة الدعارة، ويحظر بروتوكول الأمم المتحدة استغلال دعارة
الغير فقط، بخلاف الميثاق العربي.

هذا ولا تذكر الفقرة الثانية من المادة العاشرة في الميثاق العربي الاتجار في
اليد العاملة، ولكنها تحظر "الاتجار بالأفراد في جميع صورته"، بما فيها
"السخرة"، وأخيراً يركز الميثاق العربي على أشكال معينة من الاتجار
بالبشر، منها "استغلال الأطفال في النزاعات المسلحة"، "الاتجار بالأعضاء
البشرية"، وتعرض أي فرد "لتجارب طبية أو علمية". ومن خلال ذلك يعترف

الميثاق العربي بأهمية جميع هذه الأشكال المختلفة للاتجار بالبشر ويرسخ أهمية القضاء عليها.

ومن الجدير بالذكر أن تفسير المادتين (٩ - ١٠) من الميثاق العربي يجب أن يتفق مع سياق المادتين (٦ - ٧) من بروتوكول الأمم المتحدة^١، كما تقتضي المادة (٤٣) من الميثاق العربي، التي تنص على:

لا يجوز تفسير هذا الميثاق أو تأويله على نحو ينتقص من الحقوق والحريات التي تحميها القوانين الداخلية للدول الأطراف أو القوانين المنصوص عليها في المواثيق الدولية والإقليمية لحقوق الإنسان التي صدقت عليها أو أقرتها بما فيها حقوق المرأة والطفل والأشخاص المنتمين إلى الأقليات.

وبالتالي يشير تفسير المادتين التاسعة والعاشر في ضوء المادة (٤٣) إلى أنه لا يكفي أن تحظر الدول العربية أو تجرم الاتجار في البشر؛ ولكن يطلب القانون الدولي من كل دولة أن تساعد وتحمي ضحايا الاتجار. وبالتالي، على الرغم من أن الميثاق العربي لا يذكر حماية ومساعدة الضحايا لفظاً، إلا أن المادة (٤٣)^٢ تشير إلى هاذين الالتزامين من خلال الجزء الثاني من بروتوكول الأمم المتحدة.

- مجلس وزراء الداخلية العرب ومكافحة جريمة الاتجار بالأشخاص :

أكد البيان الختامي لمجلس وزراء الداخلية العرب في ختام دورته الـ ٣٥ في ٢٠١٨/٠٣/٠٧ على أهمية التعاون بين البلدان العربية لمنع أنشطة الإرهاب وتمدده وتجفيف منابعه الفكرية والمالية.

كما أكد البيان على ما يلي^٣:

▪ "جرائم العنف والإرهاب والمخدرات وغسل الأموال وتهريب الأسلحة وتجارة البشر والهجرة غير الشرعية وغيرها من الجرائم

^١ - بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص .. سابق الإشارة إليه.

^٢ - الميثاق العربي لحقوق الإنسان - المادة (٤٣).

^٣ - <https://newspaper.annahar.com/>

المنظمة العابرة للحدود الوطنية، التي تعتمد في الكثير من الأحيان على التقنية الحديثة، تستلزم توحيد التطورات الأمنية وتنسيق العمل المشترك لمواجهتها والوقاية منها.

■ التأكيد بشأن خطورة الإرهاب باعتباره تهديدا مستمرا للسلام والأمن، وأنه لا يوجد مسئول لأفعال الإرهابيين وعملياتهم الإجرامية¹.

هذا ولقد سبق للمجلس في المؤتمرات السابقة أن ناقش أكثر من مرة ظاهرتي الإرهاب وتهريب المهاجرين، ولعل أهمها المؤتمر ٢٥ لسنة ٢٠١٠، حيث تم مناقشة موضوع جرائم الاتجار بالأشخاص وضرورة مكافحة هذه الظاهرة.

ويمكن طرح جهود المجلس بصدد مكافحة الاتجار بالأشخاص على النحو التالي¹:

- مقترح قانون نموذجي لمواجهة جرائم الاتجار بالأشخاص:

طرح في المؤتمر ٢٥ لسنة ٢٠١٠ في تونس موضوع الاتجار بالأشخاص وقدمت التوصيات التالية:

■ دعوة الدول الأعضاء إلى التوقيع على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، والبروتوكول المكمل لها والمتعلق بمنع وقمع ومعاينة الاتجار بالأشخاص، وخاصة النساء.

■ دعوة الدول الأعضاء إلى إعطاء مكافحة جريمة الاتجار بالبشر ما تستحقه من اهتمام، ونشر التوعية باستخدام مختلف الوسائل الإعلامية والثقافية والتربوية والاجتماعية وغيرها.

■ دعوة الدول الأعضاء إلى تضمين نصوصاً لقوانينها في سبيل مواجهة الاتجار بالأشخاص، والطلب إلى الأمانة العامة إعداد

¹ - المؤسسة القطرية لمكافحة الاتجار بالبشر، كتاب الملتقى التشاوري الاقليمي حول مكافحة الاتجار في البشر ٢٠١١.

مشروع قانون نموذجي بهذا الخصوص للاسترشاد به من قبل الدول الأعضاء.

هذا وقد اعتمدت التوصيات السابقة في المؤتمر الذي عقد لمجلس الوزراء في دورته الـ ٢٩ ببيروت.

كما قدم مشروع القانون العربي النموذجي لمواجهة جرائم الاتجار بالأشخاص والذي أعدته الأمانة العامة لمجلس وزراء الداخلية العرب.

■ السعي بإعداد بروتوكول دولي لمكافحة الاتجار بالأعضاء البشرية. لما كانت تعتبر جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية إحدى الصور المستجدة لهذا النشاط الإجرامي، فلقد توصل مجلس وزراء الداخلية العرب من خلال اللجنة المتخصصة للجرائم المستجدة والمنبثقة من المجلس، وذلك في الاجتماع الـ ١٠ بتونس سنة ٢٠٠٢ إلى التوصيات، نسرد أهمها:

■ التأكيد بضرورة تنفيذ التوصيات الصادرة عن المؤتمر الـ 25 لقادة

الشرطة والأمن العرب بشأن جرائم الاتجار بالبشر وسبل التصدي لها.

■ دعوة الدول الأعضاء لتضمين تشريعاتها الداخلية قوانين تنظيم عمليات

نقل وزراعة الأعضاء البشرية، وفرض عقوبات رادعة على مرتكبي

هذه الجرائم مع توفير الحماية اللازمة للضحايا والشهود.

■ توثيق علاقات التعاون مع المنظمات والهيئات الدولية والإقليمية ذات

الصلة في مجال مواجهة صور الجريمة المنظمة خاصة جريمة

الاتجار بالأشخاص والأعضاء البشرية بما يساهم في الوقاية من هذه

الجريمة.

■ السعي لدى لجنة منع الجريمة والعدالة الجنائية التابعة للأمم المتحدة

إلى النظر في إعداد بروتوكول دولي لمنع وقمع ومعاقبة الاتجار

بالأعضاء البشرية على غرار البروتوكولات الثلاثة الملحقة باتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة.

وقد اعتمد مجلس وزراء الداخلية العرب هذه التوصيات في دورته الـ 20 بتونس سنة 2003.

- التنسيق مع الهيئات الدولية المعنية¹:

يسعى مجلس وزراء الداخلية العرب إلى توثيق علاقات التعاون مع مختلف الهيئات العربية والدولية ذات الاهتمام المشترك، وفي هذا الصدد وقع مع عدد من المنظمات والهيئات الدولية مذكرات تفاهم غايتها تعزيز التعاون وتبادل المعلومات والخبرات.

فعلى الصعيد الدولي تربط المجلس مذكرات تفاهم بكل من مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة، والمنظمة الدولية للشرطة الجنائية والمنظمة الدولية للحماية المدنية، كما شاركت الأمانة العامة في عدد من الأنشطة الدولية المخصصة لقضايا الاتجار بالبشر، منها فرق العمل التي عقدت في نطاق مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة، والتي بدورها تناولت الموضوع والبروتوكول الخاص به الملحق باتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية.

كما شاركت الأمانة العامة في سنة 2003 في الندوة العربية حول اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية التي انعقدت في سيراكوزا بالتعاون بين المعهد الدولي للدراسات العليا في العلوم الجنائية ووزارة العدل الإيطالية لدفع الدول العربية على التصديق على الاتفاقية لبروتوكولات المكملة لها. بالإضافة إلى مشاركتها في مؤتمر الأنتربول

¹ - لمزيد من التفاصيل حول جهود مجلس الوزراء العرب: انظر:

- المؤسسة القطرية لمكافحة الاتجار بالبشر، كتاب الملتقى الأقليمي، مرجع سابق.

- مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة: "مكافحة الاتجار بالأشخاص: كتاب إرشادي للبرلمانيين" مركز فينا العالمي - فينا 2009.

العالمي الأول لمكافحة الاتجار بالبشر المنعقد بدمشق سنة ٢٠١٠، ومن أهم نتائجه اعتبار التعاون الدولي وتبادل المعلومات مع الدول والهيئات والمنظمات الدولية والإقليمية المهمة بالموضوع من أهم الأسس لمحاربة الاتجار بالبشر، كما أوصى المؤتمر باعتبار السابع من شهر يونيو من كل عام يوماً عالمياً لمكافحة الاتجار بالبشر.

كما أن الأمانة العامة قد شاركت في منتدى الدوحة التأسيسي لإطلاق المبادرة العربية لبناء القدرات الوطنية لمكافحة الاتجار بالبشر الذي انعقد سنة ٢٠١٠ بالتعاون بين مؤسسة القطرية لمكافحة الاتجار بالبشر وجامعة الدول العربية ومكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة.

على الصعيد العربي نجد أن هناك تعاون مع مجلس وزراء العدل العرب في مجال مكافحة الاتجار بالبشر.

وقد شاركت الأمانة العامة أيضاً في منتدى الدوحة الثالث لمكافحة الاتجار بالبشر تحت شعار "الاتجاهات المعاصرة لمكافحة الاتجار بالبشر سنة ٢٠١٣".

المبحث الثاني

الأطر التشريعية لمكافحة تهريب المهاجرين وحماية حقوقهم

تزايد قلق المجتمع الدولي إزاء التصاعد المطرد في جرائم الاتجار بالبشر، والتي اتسع نطاقها بشكل ملحوظ خلال الحقبة الأخيرة والتي بمقتضاها سنوياً ينقل ملايين من البشر عبر الحدود الدولية أو داخل حدود الدول بغرض الاتجار بهم. يعتمد هذا النشاط بشكل أساسي على استغلال أو ضعف فئات معينة من الأفراد للاتجار بهم، مع استمرار الاستغلال لما بعد النقل من مكان إلى آخر، ولعل عنصر الاستمرار في الاستغلال هو الذي يميز الاتجار في الأشخاص عن نشاط تهريب المهاجرين، والذي ينتهي فيه الدور الإجرامي بانتهاء عملية التهريب غير الشرعية من دولة إلى أخرى.

يساهم المجتمع الدولي في مواجهة هذه الظاهرة الإجرامية بأطر متعددة، حيث بادر بجهوداً دولية وإقليمية، كما استجابت الدول بصياغة تشريعات وطنية، نتناول تلك النقاط تباعاً، ثم نوضح مدى الترابط بين جريمتي الاتجار بالأشخاص وتهريب المهاجرين¹.

المطلب الأول

المعاهدات الدولية والإقليمية

لقد أخذت الهجرة غير الشرعية أبعاداً خطيرة بعد ظهور شبكات تنظيمية للجريمة تُيسر نقل المهاجرين غير الشرعيين، الأمر الذي يتطلب تكثيف الجهود بين الدول المرسلّة والعبارة، وبين المعاهدات والمواثيق الدولية والإقليمية من أجل إيجاد الحلول الملائمة والفعالة لهذه الظاهرة دون إغفال لحقوق المهاجرين.

أولاً: تتمثل أبرز المعاهدات والمواثيق الدولية والإقليمية التي تناولت هذه الظاهرة:

- بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر والجو والبحر (المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة):

اعتمد هذا البروتوكول وعرض للتوقيع والتصديق عليه بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة في الدورة الخامسة والعشرون نوفمبر ٢٠٠٠، وتشير أحكام البروتوكول المادة (٢) لأغراض هذا البروتوكول وهي منع ومكافحة تهريب المهاجرين، وكذلك تعزيز التعاون بين دول الأطراف تحقيقاً لتلك الغاية، مع حماية حقوق المهاجرين المهربين، وقد أوضحت المادة (٣) من البروتوكول ما يقصد بتعبير "تهريب المهاجرين"².

¹ - Commission Nationale. Op.cit, "protocole contre le trafic illicite de migrants par terre air et mer." P26

² - تهريب المهاجرين: تدبير الدخول غير المشروع لشخص ما إلى دولة ليس ذلك الشخص من رعاياها أو المقيمين الوافدين، وذلك من أجل الحصول بصورة مباشرة أو غير مباشرة على منفعة مالية أو منفعة مادية أخرى.

ويطبق هذا البروتوكول "باستثناء ما نص عليه خلافاً لذلك على منع الأفعال المحرمة وفقاً للمادة (٤) من هذا البروتوكول والتحري عنها وملاحقة مرتكبيها، حيث عموماً ما تكون تلك الجرائم ذات الطابع غير وطني وتكون مكونة فيها "جماعة إجرامية منظمة"، وكذلك على حماية حقوق الأشخاص الذين يكونون هدفاً لتلك الجرائم.

وقد أشارت المادة (٧) من البروتوكول إلى أنه "يجب أن تعتمد كل دولة طرف ما قد يلزم من تدابير تشريعية وتدابير أخرى لتجريم الأفعال التالية في حال ارتكابها عمداً، ومن أجل الحصول بصورة مباشرة أو غير مباشرة على منفعة مالية أو منفعة مادية أخرى".

- تهريب المهاجرين
- القيام بفرض تسهيل تهريب المهاجرين عن طريق إعداد وثيقة سفر أو هوية مزورة، وتدبير الحصول على وثيقة من هذا القبيل أو توفيرها أو حيازتها.
- تمكين شخص ليس مواطناً أو مقيماً دائماً في الدولة المعنية من البقاء فيها دون تقييد بالشروط اللازمة للبقاء المشروع في تلك الدولة، وذلك باستخدام الوسائل المذكورة في الفقرة (ب) وفي المادة (١٧) أكد البروتوكول ضرورة إعادة المهاجرين المهربين والتي تنص على:
توافق كل دولة طرف على أن تيسر وتقبل دون إبطاء لا مبرر له أو غير معقول، إعادة الشخص الذي يكون هدفاً للسلوك المبين في المادة (7) من هذا البروتوكول والتي هي من رعاياها أو يتمتع بحق الإقامة الدائمة في إقليمها وقت إعادته.

تدبير الدخول غير المشروع: عبور الحدود دون تقييد بالشروط اللازمة للدخول المشروع إلى الدولة المستقبلة، لمزيد من التفاصيل حول الهجرة غير الشرعية انظر: د. يوسف أمير فرج: "مكافحة الاتجار بالبشر والهجرة غير الشرعية طبقاً للوقائع والمواثيق والبروتوكولات الدولية" المكتب العربي الحديث، الاسكندرية، مصر ٢٠١١.

يتضح من بنود البروتوكول ما حرص على إقراره في ديباجته هو دراسة جريمة تهريب المهاجرين بطبيعتها، إذ لا تتم داخل الوطن الواحد، وإنما تتم من دولة إلى أخرى، ومن ثم لا يمكن لدولة بمفردها أن تكافحها، مما يتطلب نهجاً دولياً شاملاً لمواجهة هذه الجريمة¹.

وتأكيداً على ذلك، يشترط التعاون بين ثلاث دول لها، مراكز قانونية مختلفة نص عليها البروتوكول : مركز دولة المنشأ ومركز دولة العبور ومركز دولة القصد.

فدولة المنشأ هي الدولة التي يتم منها خروج المهاجرين تمهيداً لنقلهم إلى دولة أخرى، ودولة العبور هي الدولة التي يعبر المهرب أراضيها بالضحايا وصولاً إلى دولة ثالثة، أما دولة المقصد أو المهجر، فهي الحلقة الأخيرة في رحلة التهريب التي يتم فيها تسلسل هؤلاء المهاجرين داخل حدود دولة المهجر، وهو ما يتطلب التعاون بين هذه الدولة لمكافحة تهريب المهاجرين والقبض على مرتكبيها ومعاقبتهم وفقاً للقوانين الوطنية، واتخاذ كافة التدابير اللازمة لمواجهة من تبادل المعلومات وغيرها من التدابير الأمنية والاقتصادية والاجتماعية، وعلى ذلك تكون أغراض البروتوكول للسعي لتحقيق أهداف محددة²:

- منع ومكافحة تهريب المهاجرين.
- حماية حقوق المهاجرين المهربين ومساعدتهم مع احترام كامل حقوقهم الإنسانية.
- تعزيز التعاون بين الدول الأطراف على تحقيق تلك الأهداف، وتكون أحكام هذا البروتوكول تدور حول ثلاثة محاور رئيسية: تعريف

¹ - George Albériné: pourquoi le chômage, ped, organisation, Paris 2008. P40

² - O.I.M, organization internationale pour les migrations, la traite des personnes et le trafic de migrants, 2015, p21

جريمة تهريب المهاجرين، حماية الضحايا، التعاون الدولي في مجال مكافحة هذه الجريمة.

كما يتضح من البروتوكول أن جريمة تهريب المهاجرين دائماً جريمة ذات طابع وطني ترتكبها دائماً جماعة إجرامية منظمة ومحترفة ودولية عابرة للحدود. وهذا أمر طبيعي كون هذا البروتوكول من أحد البروتوكولات المكملة لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، فلا يجوز تفسير أحكامه بعيداً عن تلك الاتفاقية.

- منظمة الأمم المتحدة:

يتمثل موقف منظمة الأمم المتحدة لمكافحة ظاهرة الهجرة غير المشروعة فيما يلي¹:

- إن الهجرة غير الشرعية مشكلة حقيقية يجب أن تتعاون الدول فيما تبذله من جهود لوقفها وبخاصة في اتخاذ تدابير صارمة ضد مهربي البشر والاتجار بهم.
- تكون ممارسة الهجرة غير الشرعية جزءاً من إستراتيجية أوسع نطاقاً. وأقر بأن البلدان يجب أن توفر قنوات للهجرة الشرعية، تسعى للاستفادة منها مع تأمين حقوق الإنسان للمهاجرين.
- تستطيع البلدان الفقيرة أن تستفيد من الهجرة من خلال تحويلات المهاجرين التي تساعد في عمليات التنمية بها.
- كل البلدان لها مصلحة في الهجرة، وهو ما يتطلب المزيد من التعاون الدولي.
- كما طلبت المنظمة اللجنة العالمية للهجرة الدولية أن تساعد في وضع قواعد دولية ورسم سياسات أفضل للمهاجرين بالشكل الذي يكفل

¹ - Commission Nationale. Opcit p30.

مصالح الجميع، البلدان التي ترسل المهاجرين والبلدان التي تستقبلهم على حد سواء.

■ تبادل الخبرات من خلال الأمم المتحدة في كل ما يتعلق بالهجرة غير الشرعية، لكونها على استعداد لتزويد الدول الأعضاء بأية مساعدات قد تلتزم، وتقديم الخدمات إليه لكي تدفع بالرقى الاجتماعي قدما ولرفع مستوى المعيشة، وفي إطار جهود الأمم المتحدة في هذا المضمون فقد أنشأت صندوق الطفولة التابع للأمم المتحدة (اليونيسيف) لمكافحة الاتجار بالأطفال.

- اتفاقية شنغن Schengen 1:

تم التوقيع على اتفاقية شنغن في لكسمبورغ سنة 1975 من طرف (٣٠) دولة معظمها دول في الإتحاد الأوروبي، ودول أخرى غير أعضاء (أيسلندا، النرويج وسويسرا)، وتشارك المملكة المتحدة وأيرلندا فقط في إجراءات التعاون الأمني وليس في إجراءات التحكم المشترك في الحدود وإجراءات تأشيرات الدخول.

يرجع الهدف من توقيع هذه الاتفاقية إلى الحرص على تأكيد الوحدة الأوروبية وإزالة الحدود وتنظيم حركة مرور السيارات والمواطنين بين الدول المجاورة، وتوجب هذه الاتفاقية أن تتبادل الدول الأعضاء في الاتفاقية المعلومات الشخصية والأمنية مع بعضها عبر ما يسمى بنظام شينغن المعلوماتي، وهو ما يعني سهولة القبض على أي شخص غير مرغوب فيه في أي دولة، ما دامت المعلومات المتوفرة تقول ذلك.

وقد أفاد هذا النظام الدول الأعضاء به في الحد من دخول المهاجرين غير الشرعيين الذين كانوا يتحايلون بالدخول من دول أخرى غير دولة المقصد التي

¹ - Comission Nationale. Opcit p32.

رفضت طلبهم بالسفر إليها وذلك بالحصول على تأشيرة بالسفر إلى دولة أخرى للسياحة ثم السفر منها إلى دولة المقصد.

- بيان الرباط بالمملكة المغربية ١:

في يوليو ٢٠٠٧ بالرباط اجتمعت نحو (٧٠) دولة إفريقية وأوروبية، بالمفوضية العليا لشئون اللاجئين. طُرحت مشكلة الهجرة غير الشرعية من إفريقيا إلى أوروبا، وهذه القضية تهم المفوضية حيث غالباً ما يتواجد اللاجئين مع المهاجرين في رحلتهم المختلفة.

صدر بيان الرباط وصدق عليه (٥٨) وزيراً (٣٠) من الدول الأوروبية و 28 من الدول الإفريقية) في الرباط، اتفق فيه على التعاون والمسؤولية في معالجة المشكلة وتناولها بطريقة شاملة ومتوازنة وعملية مع احترام حقوق وكرامة المهاجرين واللاجئين، كما أقر بيان الرباط بحاجة إلى توفير الحماية الدولية تماشياً مع الالتزامات الدولية للدول المشاركة، ودعا البيان المنظمات الدولية -بما فيها المفوضية - للمساعدة في تطبيق التوصيات المنفق.

وتهدف الخطة إلى مواجهة مشكلة الهجرة المختلطة وغير الشرعية، وفي نفس الوقت حماية حقوق اللاجئين والمهاجرين، وتطالب بتعاون الشرطة والسلطات القضائية ضد الاتجار بالأشخاص وشبكات الجريمة التي تعمل في مجالات الهجرة غير الشرعية.

- اللجنة العالمية للهجرة الدولية:

أنشأت هذه اللجنة في إطار الأمم المتحدة سنة 2003 من أجل جمع المناقشات الدولية حول الهجرة وتقديم إرشادات بشأن سياسات الهجرة وتضم

١ - هشام بشير: "الهجرة العربية غير الشرعية إلى أوروبا" مجلة السياسة الدولية - مركز الأهرام - القاهرة ٢٠٠١، ص ٢٠، انظر أيضاً دكتور/ حمدي شعبان: "الهجرة غير المشروعة (الضرورة والحاجة)" مركز الإعلام الأمني، ص ١٤.

هذه اللجنة (١٩) خبيراً في شؤون الهجرة من كافة مناطق العالم، وقد بدأت أعمالها سنة 2004 وكلفت بعدة مهام منها¹:

- السعي من أجل تنظيم حوار حول الهجرة بين الحكومات والمنظمات الدولية والمجتمع الدولي والقطاع الخاص والأطراف الأخرى المهمة بشؤون الهجرة.
- تحليل أوجه النقص في مناهج معالجة الهجرة العالمية والروابط بين الهجرة والسياسات المتعلقة بالقضايا العالمية الأخرى.
- تقديم التوصيات للمجتمع الدولي حول كيفية تقرير الإدارة الوطنية والإقليمية والعالمية للهجرة الدولية، وتعظيم فوائد الهجرة والتقليل من سلباتها المحتملة.
- قامت اللجنة خلال فترة عملها بتنظيم عدة اجتماعات إقليمية لمناقشة ظاهرة الهجرة، كما قامت بعمل تحليلات وبرامج بحثية، وقدمت تقرير في أكتوبر 2005 إلى سكرتير عام الأمم المتحدة أهم ما ورد فيه²:
- أن المجتمع الدولي عجز عن إدراك الإمكانيات الكاملة للهجرة الدولية، ولم يرتفع إلى مستوى الفرص والتحديات العديدة التي تمثلها، وهو ما يلزم مزيد من التنسيق والتعاون ودعم القدرات من أجل إدارة أكثر فعالية للهجرة على المستويات الوطنية والإقليمية والعالمية.
- الاعتراف بدور المهاجرين في تحقيق النمو الاقتصادي والتنمية وخفض مستوى الفقر وتقدير هذا الدور.

¹ - O.I.M, la traite des personnes et le trafic de migrants, opcit

² - Ibid

- يجب أن تصبح الهجرة جزءاً من إستراتيجيات التنمية الدولية، ويحق للدول بأخذ القرار بالسماح أو عدمه بدخول أراضيها، فإنه يجب عليها التعاون فيما بينها في محاولة للحد من الهجرة غير الشرعية.
- احترام حقوق المهاجرين واللاجئين احتراماً كاملاً والسماح بدخول المهاجرين الذين يعودون إلى وطنهم.
- دمج المهاجرين القانونيين الذين أمضوا فترة طويلة دمجاً فعالاً في المجتمعات التي استوطنوا فيها.
- تمكين المهاجرين من معرفة حقوقهم واحترام التزاماتهم القانونية.
- تنفيذ إطار حقوق الإنسان الذي يغطي المهاجرين الدوليين بصورة أكثر فاعلية لتحسين مستوى الحماية والمعايير العمالية المتاحة للمهاجرين.
- تعزيز سياسات الهجرة مما يجعلها أكثر اتساعاً.
- تعزيز الإمكانات على المستوى الوطني من خلال توثيق التعاون على المستوى الإقليمي.
- تنظيم حوار ومشاورات أكثر فاعلية بين الحكومات والمنظمات الدولية.

- منظمة العمل الدولية 1:

ساهمت منظمة العمل الدولية في مجال مكافحة ظاهرة الهجرة، حيث عقدت اتفاقيات عدة، نذكر أهمها:

- الاتفاقية رقم (٧٩) لسنة 1949 والمعروفة بـ"الهجرة من أجل العمل"، فقد سعت المنظمة من خلال هذه الاتفاقية لحماية حق العمال المهاجرين، وضمان المساواة بينهم وبين مواطني الدولة المضيفة سواء في الأجور بما فيها الإعانة ومساعدات العمل والبطالة ومراعاة الحد الأدنى لسن العمل، كما سعت المنظمة أيضاً خلال الاتفاقية رقم

¹ - Commission Nationale. Op.cit, p24

(١٤٣) لسنة 1975، مكافحة دخول العمالة المهاجرة بصورة غير شرعية، وتجريم الشبكات أو الأشخاص الذين يتورطون في إدخال العمالة بصورة غير شرعية، مع العمل على إلزام الدول المصدقة على الاتفاقية بتوخي المساواة بين الحقوق بين العمالة الوطنية والعمالة الوافدة بصورة شرعية.

▪ الاتفاقية رقم (١١٥) لسنة 1975 والخاصة بالقضاء على العمل الجبري، حيث تنص على التزام الدول التي قامت بالتصديق على الاتفاقية بالعمل على القضاء الفوري على جميع أشكال العمل بالسخرة سواء كان ذلك في شكل عقوبة للتعبير عن آراء سياسية أو كنوع من العقوبة للمشاركة في الإضراب عن العمل أو كنوع من التمييز بناء على العرق أو الدين أو الطبقة الاجتماعية.

- منظمة العمل العربية:

أصدرت جامعة الدول العربية ومنظمة العمل العربية في هذا الصدد العديد من اتفاقيات العمل العربية التي يذكر منها، خاصة الاتفاقية الصادرة في شأن حرية تنقل وتناقل الأيدي العاملة بين الأقطار العربية وتطبيق ما تم الاتفاق عليه خلال مؤتمرات العمل العربي من أن تكون الأولوية للعمالة الوطنية تليها العمالة العربية، ثم العمالة الأجنبية أضيق الحدود، وفي المهن والتخصصات التي لا يمكن توافرها من العمالة العربية¹.

ثانياً : الهجرة غير الشرعية وحماية حقوق المهاجرين في الاتفاقيات الدولية والإقليمية :

أصبحت الهجرة الدولية أمراً واضحاً في المجتمعات المعاصرة كما جاء في المبدأ الأول من المبادئ العشر التي تضمنها تقرير اللجنة العالمية للهجرة الدولية، حيث يشمل هذا المبدأ الهدف الأساسي الذي يجب تحقيقه، وهذا

¹ - منظمة العمل العربية، الاتفاقية العربية رقم (٤) لسنة ١٩٧٥ بشأن تنقل الأيدي العاملة "معدلة".

يقتضي تنفيذ سلسلة من التحولات التي تتمثل في شكل جديد من الحكومة العالمية وإصلاحات سياسية واقتصادية عميقة وتنمية على المستوى المطلوب، ومسار أممي دقيق للمهاجرين واستقبال منظم يحمل روح التضامن واحترام حقوق الإنسان من قبل الدول المستقبلية، ومن أجل ذلك سعى المجتمع الدولي إلى عقد الاتفاقيات لوضع ضمانات لحقوق المهاجرين، كما قامت الدول بإصدار القوانين لتنظيم هذه الظاهرة الاجتماعية.

- تعريف الاتفاقية الدولية للهجرة غير الشرعية:

عرفت الاتفاقية الدولية لحماية حقوق العمال المهاجرين وأفراد عائلاتهم (المنبثقة عن الجمعية العامة ديسمبر 1990 في المادة (٢/٢٥))، الهجرة غير الشرعية بشكل عام على أنهم: "الأشخاص الذين يعملون أو سيعملون أو قد عملوا في نشاط مأجور في دولة غير دولتهم"، وتتص المادة (٥/٠٢) على أنه "يعتبر في وضعية قانونية المهاجرون وأفراد عائلاتهم إذا رخص لهم الدخول والإقامة والعمل في الدولة التي يمارس فيها العمل وفقاً للنظام المعمول به في تلك الدولة، وبما لا يتعارض مع الاتفاقيات الدولية التي تلتزم بها"¹.

أما التعريف الخاص بالمهاجرين غير الشرعيين، فقد نصت الفقرة (ب) على أنه: "يعتبر بدون وثائق في وضعية غير قانونية كل من لا تشملته الشروط المنصوص عليها في الفقرة (أ) من هذه المادة، وعليه يمكن أن نستخلص تعريفاً للمهاجر السري على أنه يعتبر مهاجراً غير قانوني كل شخص دخل أو يقيم أو يقوم بنشاط مأجوراً في إقليم غير دولته ولا تكون بحوزته الوثائق اللازمة للدخول إلى تلك الدولة والإقامة فيها ولا الوثائق اللازمة للعمل".

¹ - LABO Guardiola, « la traite des êtres humains et l'immigrations clandestine en Espagne réfléchissent et les prévisions des nations unies et de l'union ». revue internationale, vol 16, n° : 01, www.persee.fr/web/revues.

الأشخاص الذين رخص لهم العمل بموجب عقد، ويخالفون هذا العقد، سواء بتخطي المدة المحددة له أو بالقيام بعمل غير مرخص له بموجب العقد¹. يمكن الملاحظة من خلال هذه التعاريف أن الصفة الأساسية التي يتميز بها المهاجر السري هي مخالفته للقانون، إما أثناء دخوله أو إقامته أو بسبب النشاط الذي يمارسه، وهذا ما جعل العديد من الدول تفكر في تجريم فعل الهجرة السرية.

- حماية حقوق المهاجرين:

هناك أحكام هامة تتعلق بحقوق المهاجرين تظهر في ميثاق منظمة الأمم المتحدة والإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وفي العديد من المعاهدات لمنظمة الأمم المتحدة، واتفاقية منظمة العدل الدولية.

- الاتفاقيات الدولية:

هناك بعض العوامل الاقتصادية والاجتماعية التي تحدد الهجرة بشكل عام وهجرة النساء بشكل خاص، ولكن إلى جانب هذه العوامل تلعب المؤسسات الدولية دوراً هاماً في دفع وتشكيل تدفقات الهجرة، فقد وضعت منظمة الأمم المتحدة سبعة صكوك معترف بها كمعاهدات أساسية لحقوق الإنسان تتألف من عهدين وخمسة اتفاقيات، أهدافها حماية حقوق الإنسان على جميع المستويات وفي جميع المجالات، والتي تهتمنا في موضوع بحثنا هي الاتفاقية الدولية لحماية حقوق جميع العاملين المهاجرين، وأفراد أسرهم لسنة ١٩٩٠. إن هذه الاتفاقية دخلت حيز التنفيذ في 2003 وهي تحدد المعايير الدولية بشأن معاملة وظروف معيشة المهاجرين أيأ كان وضعهم شرعي أم غير شرعي، كما تضع التزامات ومسؤوليات دول الاستقبال¹.

1 _ عثمان الحسن محمد نور، وإس عوض الكريم المبارك، الهجرة غير المشروعة والجريمة المنظمة، مركز الدراسات والأبحاث، جامعة نايف للعلوم الأمنية،

- الاتفاقيات الإقليمية:

ظل لفترة إعداد تشريع حول الهجرة في إطار الاتفاقيات المبرمة بين الدول، ثم أخذ طابعاً إقليمياً. أبرمت دول البحر المتوسط اتفاقيات ثنائية للأيدي العاملة، سواء كان ذلك مع الدول العربية الأخرى أو مع الدول الأوروبية. وقد لعبت المنظمة العربية للعمل دوراً هاماً في تعزيز حقوق العاملين المهاجرين بين دول المنطقة.

- سياسة الهجرة للاتحاد الأوروبي:

كان موضوع الهجرة محور اهتمام أعمال سياسة الاتحاد الأوروبي بدءاً من معاهدة روما إلى اعتماد الوثيقة الأوروبية الموحدة التي تحدد سياسة أوروبية مشتركة بلا حدود وهذا من سنة ١٩٨٢، جاءت معاهدة ماستريخت جعلت من حرية الحركة والإقامة والعمل أحد السمات الأساسية للمواطنة الأوروبية، وفي سنة 1997 أدرجت معاهدة أمستردام في معاهدة الإتحاد الأوروبي ونصت على الهجرة من الركن الثالث الحكومي الدولي إلى الركن الأول المشترك.

وقد قام قادة الإتحاد الأوروبي أثناء انعقاد المجلس الأوروبي في أكتوبر 1999 بتحديد المبادئ الأساسية لسياسة مشتركة لهذا الإتحاد بشأن الهجرة، ومنذ ذلك الوقت تم تكريس ثلاث مبادئ متكررة تثبت عزم المجلس الأوروبي على ضمان عمل إدارة أفضل لتدفقات الهجرة وتكون بذلك سياسة شاملة تأخذ بعين الاعتبار كل من دول المقصد ودول العبور، وتركز تلك المبادئ أكثر فأكثر على إيجاد تعاون بين الشركاء من أجل تطوير الهجرة

¹ - DUFOIX Stéphane, « fausses évidences, statut de refuge et polisation. » Revue européenne de migration internationale. Vol 16.n° : 03. www.persee.fr/web/revues.

² - O.I.M op cit p30.

من خلال إدماج رعايا الدول المصدرة في دول الاستقبال، وكذا مكافحة الهجرة غير الشرعية والربط بين الهجرة والتنمية.

- سياسة الهجرة لدول البحر الأبيض المتوسط¹:

تسعى الاتفاقيات التي تمت الموافقة عليها من قبل الجامعة العربية لتنظيم الهجرة من خلال اتفاقيات ثنائية حول هجرة العمل وقد اعتمدت منظمة العمل العربية (OAT)، الميثاق العربي للعمل سنة 1988 الذي يحتوي على بنود تضمن الحقوق الأساسية للعاملين المهاجرين، ويعد هذا الميثاق بداية التعاون العربي من أجل تجانس القوانين المتعلقة بالعمل والضمان الاجتماعي.

المطلب الثاني

المواجهة التشريعية الوطنية لجريمتي الاتجار بالأشخاص وتهريب المهاجرين

ساهمت الدول في وضع النظم القانونية لمواجهة جريمتي الاتجار بالأشخاص وتهريب المهاجرين، ويمكن القول أن أغلبها تأثر بالتعريفات الواردة في الاتفاقيات الدولية والمعاهدات وخاصة بروتوكول باليرمو لسنة ٢٠٠٠، والعديد ضمن الجريمتين في قانون واحد.

أولاً: نماذج التشريعات الوطنية:

وقد تصدت سائر الدول العربية ومجلس التعاون لدول الخليج هذا المجال، ونذكر من بين التشريعات:

- القانون الكويتي²:

¹ - تعتبر هذه السياسة نوع من الشراكة الأورومتوسطية بين الدول العربية والأوروبية، شكلت جمعية برلمانية أقرت ميثاق موناكو ٢٠٠٧، والذي حدد فيه أن من ضمن المهام التعامل واتخاذ التدابير اللازمة لمواجهة الهجرة غير الشرعية وحماية حقوق المهاجرين، قرار الجمعية العامة، الهجرة غير الشرعية، منظمة الهجرة الدولية - نيويورك - الأمم المتحدة ٢٠٠٩.

² - دولة الكويت - قانون رقم ٩١ لسنة ٢٠١٣ في شأن مكافحة الاتجار بالأشخاص وتهريب المهاجرين.

عرفت المادة الأولى من قانون رقم ٩١ لسنة ٢٠١٣ في شأن مكافحة الاتجار بالأشخاص وتهريب المهاجرين: "..... الاتجار بالأشخاص: تجنيد أشخاص أو استخدامهم أو نقلهم أو إيواؤهم أو استقبالهم بالإكراه، سواء باستعمال القوة أو بالتهديد أو باستعمالها أو بغير ذلك من أشكال الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو القسر أو استغلال السلطة أو النفوذ أو استغلال حالة الضعف أو إعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا عينية، وذلك بغرض الاستغلال الذي يشمل استغلال دعارة الغير أو أي شكل من أشكال الاستغلال الجنسي، أو السخرة أو الخدمة قسراً أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق أو نزع أعضاء من الجسد".

- قانون دولة الإمارات العربية ١:

المادة الأولى من القانون الاتحادي رقم ٥١ لسنة ٢٠٠٦ في شأن قانون مكافحة جرائم الاتجار بالبشر، الاتجار بالبشر هو: "تجنيد أشخاص، أو نقلهم، أو ترحيلهم، أو استقبالهم بواسطة التهديد بالقوة و استعمالها أو غير ذلك من أشكال القسر أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو استغلال السلطة، أو إساءة استغلال حالة الضعف، أو بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سيطرة على شخص آخر لغرض الاستغلال، ويشمل الاستغلال جميع أشكال الاستغلال الجنسي أو استغلال دعارة الغير، أو السخرة، أو الخدمة قسراً، أو الاسترقاق، أو الممارسات الشبيهة بالرق، أو الاستعباد، أو نزع الأعضاء"^٢.

١ - دولة الإمارات العربية المتحدة - القانون الاتحادي رقم ٥١ لسنة ٢٠٠٦ في شأن مكافحة الاتجار بالبشر.

٢ - مصطفى طاهر: "إطلالة على القانون الاتحادي لمكافحة الاتجار بالبشر"، الطبعة الأولى، القيادة العامة للشرطة في دبي ٢٠٠٨، ص ١٦.

- قانون مملكة البحرين ١:

في عام ٢٠٠٤ انضمت مملكة البحرين إلى اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة والبروتوكولين المكملين لها، وتنفيذاً للقانون رقم ٠١ لسنة ٢٠٠٨ بشأن مكافحة الاتجار بالأشخاص أنشئت اللجنة الوطنية لمكافحة هذه الجريمة بقرار من وزارة الخارجية وفقاً لذلك عرفت جريمة الاتجار بالأشخاص: "تجنيد شخص أو نقله، أو تثقيله، أو إيوائه، أو استقباله بغرض إساءة الاستغلال، وذلك عن طريق الإكراه، أو التهديد، أو الحيلة، أو باستغلال الوظيفة، أو النفوذ، أو بإساءة استعمال سلطة ما على ذلك الشخص، أو بأية وسيلة أخرى غير مشروعة، سواء كانت مباشرة أو غير مباشرة. وتشمل إساءة الاستغلال، استغلال ذلك الشخص في الدعارة، أو في أي شكل من أشكال الاستغلال، أو الاعتداء الجنسي، أو العمل أو الخدمة قسراً، أو الاسترقاق، أو الممارسات الشبيهة بالرق، أو الاستعباد أو نزع الأعضاء".^٢

- قانون جمهورية مصر العربية:

في عام ٢٠٠٣ انضمت جمهورية مصر العربية إلى اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية، وصدر قانون مكافحة الاتجار بالبشر المصري رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٠، الذي عرف في مادته الثانية الاتجار بالبشر على أنه: "يعد مرتكباً لجريمة الاتجار بالبشر كل من يتعامل بأية صورة في شخص طبيعي بما في ذلك البيع، أو العرض للبيع، أو الشراء، أو الوعد بهما، أو الاستخدام، أو النقل، أو التسليم، أو الإيواء، أو الاستقبال، أو التسلم سواء في داخل البلاد أو عبر حدودها الوطنية".

وفي هذا السياق نتناول أيضاً نماذج لدول غير عربية:

١ - مملكة البحرين - قانون رقم ٠١ لسنة ٢٠٠٨ بشأن مكافحة الاتجار بالأشخاص.
٢ - لمزيد من التفاصيل حول القوانين العربية في هذا السياق انظر: د. محمد يحيى مطر "تشريعات مكافحة الاتجار بالبشر في العالم، المؤسسة القطرية للحماية والتأهيل الاجتماعي وجامعة الدول العربية ٢٠١٠".

- القانون الأمريكي:

إن قانون حماية ضحايا الاتجار لعام ٢٠٠٠، هو أول قانون اتحادي شامل يتناول الاتجار بالأشخاص، وينص القانون على نهج ثلاثي الجوانب يشمل الوقاية والحماية والملاحقة القضائية، وقد أعيد تفويض هذا القانون من خلال قانون إعادة تفويض حماية ضحايا الاتجار في الأعوام 2003 و2005 و2008 و2013 .

وبموجب القانون الفيدرالي الأمريكي، فإن " الأشكال الشديدة للاتجار بالأشخاص " تشمل : الاتجار بالجنس والاتجار بالعمل.

الاتجار بالجنس : هو تجنيد الأشخاص أو إيواؤهم، أو نقلهم، أو توفيرهم، أو الحصول عليه، أو رعايتهم، أو التماسهم لأغراض ممارسة الجنس التجاري، حيث يكون الفعل الجنسي التجاري مستحثاً بالقوة، أو الاحتيال، أو الإكراه، أو لم يكن الشخص الذي يتسبب في القيام بهذا الفعل قد بلغ الثامنة عشرة.

الاتجار بالأشخاص : هو تجنيد، أو إيواء، أو نقل، أو توفير، أو الحصول على شخص مقابل العمل، أو الخدمات، من خلال استخدام القوة، أو الاحتيال، أو الإكراه، لأغراض الرق، أو الاسترقاق أو الاستعباد¹.

1 - نص المادة (22 USC \$ 7102) من قانون العقوبات الأمريكي:

<https://humantraffickinghotline.org/what-human-trafficking/federal-law>
[https://www.state.gov/j/tip/laws/Federal Anti-Trafficking Laws:](https://www.state.gov/j/tip/laws/Federal%20Anti-Trafficking%20Laws)

The Trafficking Victims Protection Act (TVPA) of 2000 is the first comprehensive federal law to address trafficking in persons. The law provides a three-pronged approach that includes prevention, protection, and prosecution. The TVPA was reauthorized through the Trafficking Victims Protection Reauthorization Act (TVPRA) of 2003, 2005, 2008, and 2013.

Under U.S. federal law, "severe forms of trafficking in persons" includes both sex trafficking and labor trafficking:

Sex trafficking is the recruitment, harboring, transportation, provision, obtaining, patronizing, or soliciting of a person for the purposes of a commercial sex act, in which the commercial sex act is induced by force, fraud, or coercion, or in which

- قانون الجمهورية الفرنسية:

سلك المشرع الفرنسي نهجاً مغايراً عندما عرف الاتجار بالبشر، حيث وضع نموذج قانوني في المادة (٢٢٥-٤-١) من قانون العقوبات الفرنسي، تقدم أن الاتجار بالبشر ينصب على شخص واحد.

"الاتجار بالبشر هو الفعل الذي يتم مقابل أجر أو أية منفعة أخرى، أو وعد بأجر، أو منفعة على تجنيد شخص "Une Personne"، أو نقله، أو ترحيله، أو إيوائه، أو استضافته بهدف وضعه تحت تصرف الغير ولو بدون تحديد هوية هذا الغير إما بهدف ارتكاب جرائم واعتداءات جنسية ضد هذا الشخص، أو استغلاله في أعمال التسول، أو فرض شروط عمل أو سكن مهينة لكرامته، أو لإجباره على ارتكاب جنایات أو جنح الاتجار بالبشر، يعاقب بالسجن سبع سنوات وغرامة 150000 مائة وخمسون ألف يورو.

ثانياً : مدى الارتباط بين جريمتي تهريب المهاجرين والاتجار بالأشخاص :
تعد ظاهرتي الاتجار بالأشخاص وتهريب المهاجرين، شكلاً من أشكال الجريمة الدولية عبر الوطنية، تعاني منها جميع الدول سواء كانت متقدمة أو نامية، وهما تمثلان استغلال للفئات الأكثر ضعفاً.

وقد أدركت الجهود الوطنية والدولية، وهي بصدد مكافحة تلك الظاهرتين وجود ارتباط بينهما، حيث جاءت معظمها وخاصة الوطنية عند سن التشريع وجمعت بينهما

the person induced to perform such an act has not attained 18 years of age (22 USC § 7102).

.../... Labor trafficking is the recruitment, harboring, transportation, provision, or obtaining of a person for labor or services, through the use of force, fraud, or coercion for the purposes of subjection to involuntary servitude, peonage, debt bondage, or slavery, (22 USC § 7102).

في المواجهة، كما سبق أن ذكرنا، نوضح هذا الارتباط بعد تناول السمات الأساسية لجريمة الاتجار بالأشخاص كالآتي:

- سمات جريمة الاتجار في الأشخاص:

■ تمارس هذه الجريمة منظمات إجرامية تسعى إلى الاستفادة من الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية والسياسية في المجتمع، من أجل تحقيق الربح، وتعد هذه الجريمة أحد أكبر عوائد الجماعات الإجرامية المنظمة والتي يتسع نطاق نشاطها، وأطر ارتباطها بجريمة تهريب المهاجرين أكثر بكثير من مجالات الاختلاف بينهما¹.

■ جريمة مركبة تتشكل من سلسلة من الأفعال: بحيث أن كل فعل منها يشكل جريمة في حد ذاتها، وبالإضافة إلى ذلك قد يلحقها بعض الأفعال الأخرى وهي الغرض النهائي من الاتجار وهي أفعال الاستغلال، ويجب عدم الخلط بين جرائم الاتجار وبين الجريمة التي قد يكون لها وصفاً مخالفاً لكنها تتشكل من نفس الأفعال التي تتشكل منها جريمة الاتجار بالبشر.

■ جريمة قائمة على استغلال ظروف الضحايا: تقوم تلك الجريمة على وجود دوافع اقتصادية واجتماعية في العديد من دول العالم، تكون وراء انتشار هذا النشاط الإجرامي.

■ جريمة تتسم بالسرية: أسلوب تجارة الأشخاص يغلفه السرية لإطار عمل تلك العصابات المنظمة التي تأخذ الحذر البالغ من الملاحظة القضائية.

¹ - علاقة وثيقة بين ما هو مذكور في المادة 37 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة والمادة الأولى من بروتوكول باليرمو لمنع الاتجار بالأشخاص، حول المبادئ الأساسية التي اعتبرت أنه لا يمكن لأي دولة أن تكون طرفاً في أي من البروتوكولات، ما لم تكن طرفاً في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة، واعتبرت كذلك إذ لا بد أن تكون بروتوكولات تكمّل الاتفاقية، ويكون تفسيره مرتبطاً بأحكام اتفاقية الأمم المتحدة.

▪ جريمة الاتجار بالأشخاص تختلف عن جريمة تهريب المهاجرين في مجالات ولكن ارتباطها بها أكثر، والاختلاف بين الجريمتين يتمثل في نطاق كل جريمة وكذلك الطبيعة الخاصة بكل واحدة منها، في حين أن الترابط في عناصر كل جريمة، وأن التهريب وسيلة للاتجار.

من حيث النطاق: إن جريمة تهريب المهاجرين دائماً ذات طابع عابر للحدود الوطنية يحدث ضمن الحدود الدولية، وهي تتطلب تدبير دخول الأشخاص باجتيازهم الحدود دون التقييد بالطرق الشرعية، ويرجع السبب أن الهجرة الدولية تتطلب استيفاء شروط قانونية معينة، توصف بأنها مشروعة، أو غير مشروعة، بينما الاتجار بالأشخاص جريمة قد تقع إما داخل حدود الدولة الواحدة أو على نطاق دولي، أي أفعال التجنيد ونقل وترحيل واستقبال الأشخاص المتجر بهم، أما أن يتم بين المدن والأماكن الموجودة في بلدان واحدة أو تتم أفعال الاتجار بين عدة دول، فيتم مثلاً نقل الضحايا من دولهم الأصلية والعبور بهم لدول أخرى للوصول إلى دول المقصد، وبذلك فإن مجال الاتجار بالأشخاص واسعاً نطاقاً من حيث المجال المكاني.

من حيث طبيعة الجريمة: إن جريمة الاتجار بالأشخاص تلحق الضرر بهم وبإنسانيتهم من خلال استغلالهم، بينما جريمة تهريب المهاجرين ذات طبيعة تلحق الضرر باستقرار الدول وسلامة الأمن الوطني لها.

تهريب المهاجرين تأخذ صور عناصر جريمة الاتجار بالأشخاص أما الارتباط بين الجريمتين فيتضح على النحو التالي:

¹ - McClean David, Transnational Organized Crime: A Commentary on the United Nations Convention and its Protocols (Oxford University Press; 2007), p169.

² - U.N.O.D.C: Combattre la traite des personnes, Op.cit, p21
لمزيد من التفاصيل حول العلاقة بين الجريمتين انظر: جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية "العلاقة بين الهجرة غير المشروعة وجريمة تهريب البشر والاتجار بهم"، الرياض ٢٠١٠.

تمثل جريمة تهريب المهاجرين صورة عن كل عنصر من عناصر جريمة الاتجار بالأشخاص.

تنص المادة ٣ من بروتوكول الأمم المتحدة بمنع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص وخاصة النساء والأطفال المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة عبر الوطنية، على أن يتكون الاتجار بالأشخاص في عناصر ثلاثة: الفعل، الوسيلة، الغرض - تشكل هذه العناصر صورة من العناصر المكونة لمفهوم جريمة الاتجار بالأشخاص، وهو الأمر الذي سيتضح من خلال تحليل نص المادة سألفة الذكر.

العنصر الأول: الفعل: يتمثل هذا العنصر في تجنيد أشخاص أو نقلهم أو تنقلهم أو إيوائهم أو استقبالهم، وهذا الفعل أو التنقل هو نفس الفعل الذي يتم في جريمة تهريب المهاجرين، حيث يتم نقل أو تنقل أشخاص (مهاجرين) من بلد إلى آخر والقيام بمساعدتهم على التسلل.

نلاحظ أن المادة (٨) من القانون ٢٠١٣/٩١ بدولة الكويت بشأن الاتجار بالأشخاص وتهريب المهاجرين تنص على نفس الفعل أي الدخول غير المشروع عبر الحدود أو الدخول عبر الموانئ البرية أو البحرية أو الجوية دون التقييد بالشروط.....

وهذا ما يسمح بالقول أن عنصر الفعل المنصوص عليه في المادة (٣) من بروتوكول الأمم المتحدة المتعلق بمنع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص يتفق مع ذات الفعل المنصوص عليه في المادة (١) من القانون رقم ٢٠١٣/٩١.

العنصر الثاني: الوسيلة: تساعد على تحقيق الفعل (التهديد بالقوة أو استعمالها أو غير ذلك من أشكال القسر أو استغلال حالة الضعف، أو بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة أي شخص له سيطرة على شخص آخر).

هذا العنصر الثاني من العناصر المكونة لمفهوم الاتجار بالأشخاص المنصوص عليه في البروتوكول، يشار إليه في حالات تهريب المهاجرين، وذلك من خلال استغلاله حالة الضعف التي يمر بها الضحايا الذين يرغبون في الهجرة، مهما كلفهم ذلك، وبالرغم مما يمثله هذا الأمر من انتهاك لكرامتهم الإنسانية وحريتهم وسلامتهم البدنية.

تعتبر حالة الضعف العامل الأساسي في كلا الجريمتين، هي التي يمكن تعريفها بوصفها، تلك الحالة الناتجة عن الظروف السلبية التي يتعرض لها الأشخاص. هذا الأمر هو محصلة لتفاعل بين عوامل اجتماعية وثقافية واقتصادية وسياسية وبيئية، حيث تشكل تلك العوامل واقع بالغ التشابك يمثل بيئة خصبة لتفشي وانتشار صور جرمي الاتجار بالأشخاص وتهريب المهاجرين.

كما لا يمكن اغفال البعد المادي المتمثل في تلقي مبالغ نقدية وذلك للقيام بعمليات تهريب المهاجرين.

العنصر الثالث : الغرض : هو الاستغلال. لم يعرف في بروتوكول الاتجار بالأشخاص، واكتفى بتقديم نماذج ليست على سبيل الحصر بالأغراض الاستغلالية، تتضمن استغلال دعارة الغير وسائر أشكال الاستغلال الجنسي والسخرة والخدمة قسراً والاسترقاق والممارسات الشبيهة بالرق والاستعباد ونزع الأعضاء.

هذا الاستغلال يمكن أن يؤدي بنا أيضاً إلى جريمة تهريب المهاجرين، وذلك عندما يستغل شخص أو مجموعة من الأشخاص الفرد الذي يريد الهجرة عبر الوسائل غير المشروعة.

مما تقدم يمكن القول أن تحليل العناصر الثلاثة لجريمة الاتجار بالأشخاص، يسمح بالقول أن كل عنصر من عناصرها يشكل صورة من جريمة تهريب المهاجرين، وهو الأمر الذي يقطع بمدى الترابط بينهما.

تهريب المهاجرين وسيلة إلى جريمة الاتجار بالأشخاص:

سبق وأن أوضحنا عن وجود اختلاف ظاهري بين جريمتي تهريب المهاجرين والاتجار بالأشخاص، ولكن قد تشكل الأولى وسيلة لارتكاب الثانية.

فقد يستغل المتاجرون بالأشخاص المهاجرين لتسهيل ارتكابهم لجريمة الاتجار بالأشخاص، ومن ثم تتحول جريمة تهريب المهاجرين إلى الاتجار بالأشخاص.

أوضح الواقع بما لا مجال للشك فيه، أن العديد من المهاجرين غير الشرعيين يتوجهون لرحلة الهجرة بموافقتهم على تهريبهم أو تنقلهم في الخفاء، ثم بعد ذلك يتعرضون لصور من الاستغلال لأغراض مختلفة بعد تعرضهم للخداع أو الإكراه أو الابتزاز. وقد يباشر قدر كبير من الاستغلال للوضع الذين يمرون به من حاجة وضعف، الأمر الذي يؤدي بهم إلى الدخول من مهاجرين غير شرعيين ثم تهريبهم إلى ضحايا لجريمة أخرى هي الاتجار بالأشخاص.

وإن كانت تلك الجريمتين متشابهتان في كونهما جريمتين منظميتين عبر الوطنية، فإنهما تتماثلان أيضاً في أن جريمة الاتجار بالأشخاص تنطوي على شكل غير مشروع من أشكال التطوع أو الاستغلال لسلطة ما، كما أن جريمة الاتجار بالأشخاص أيضاً تتم حتماً من أجل تحقيق غرض استغلالي، على الرغم من أنه لا يلزم أن يتحقق هذا الغرض حتى تقوم جريمة الاتجار بالأشخاص، لكن هذا التماثل ليس كاملاً حيث تتميز جريمة الاتجار بالأشخاص عن جريمة تهريب المهاجرين من حيث انعكاسات الجريمة والدافع الاقتصادي الذي يدفع المجرمين إلى ارتكاب الجريمة.

¹ - U.N.O.D.C: Combattre la traite des personnes, Op.cit, p22

إن الآثار التي تتحقق من خلال استغلال الضحايا في البغاء أو العمل القسري هي مصدر الربح، وهي الدافع الأساسي في جريمة الاتجار بالأشخاص. أما جريمة تهريب المهاجرين فإن انعكاساتها تتمثل في المقابل المادي التي يحصل عليه المهربين، أي أجره التهريب التي يدفعها المهاجر إزاء نقله إلى جهة الهجرة، هذا بخلاف وضع كل من طرفي جريمة الاتجار بالأشخاص (الفاعل والمجني علي).

ومن الجدير بالذكر أن هذا الترابط بين الجريمة وبين الذي يشكل تيسيراً لارتكاب جريمة الاتجار بالأشخاص، إلا أنه يشكل أيضاً صعوبة بالغة أمام أجهزة العدالة ومقدمي خدمات الرعاية الاجتماعية لضحايا الاتجار بالأشخاص، كما أن هذا الأمر يشكل صعوبة في تكيف السلوك عما إذا كانت الحالة التي تمت تدخل في نطاق؛ تهريب المهاجرين، أم الاتجار بالأشخاص.

كما نشير إلى أنه بالرغم من الاختلافات التي سبقت آنفاً، بخصوص الجريمتين فإن التفرقة بينهما تبقى في غاية التعقيد، وتسبب قدر كبير من الإرباك وذلك على مستويين؛ الأول التنوع الذي تشاهده صور الاتجار بالأشخاص، من امتدادها لتتضمن "الاتجار بالأجنة البشرية والتبرع بالأعضاء البشرية وإشراك الأطفال والشباب في النزاعات المسلحة التي تعمل تحت مظلة العمليات الإرهابية"، الثاني يتمثل في أن الاتجار بالأشخاص يتضمن غالباً تهريب الضحايا والتي تقبل نقلها عبر حدود الدولة، وهو الأمر الذي يتطلب التمييز بين النشاطين وضرورة وجود معلومات دقيقة عن ظروف الضحايا النهائية.

هذا وقد أوضح الواقع أن الأجهزة المناط لها الملاحقة وتحقيق العدالة تبدأ باتخاذ الاجراءات والتدابير المتعلقة بتهريب المهاجرين، وإذا تبين لها وجود

¹ - U.N.O.D.C: Combattre la traite des personnes, Op.cit, p23

أدلة تفيد وقوع جريمة الاتجار بالأشخاص، فإن إجراءات التحري تتجه إلى فحص حالة ثبوت جريمة الاتجار بالأشخاص من عدمه، وذلك في ضوء الإجراءات والتدابير التي ينص عليها البروتوكول الخاص بالاتجار بالأشخاص بما يحقق الحماية وتقديم خدمات المساعدة لضحايا جريمة الاتجار بالأشخاص حيث ثبت أنهم يقعون تحت طائلة هذه الجريمة ويتحول الممارسون لتلك الأفعال من مرتكبي جريمة الهجرة غير الشرعية إلى ضحايا جريمة الاتجار بالأشخاص¹.

المبحث الثالث

تحديات مواجهة الاتجار بالأشخاص وتهريب المهاجرين

يتضح لنا مما سبق من تحليل، أن الاتجار بالأشخاص وتهريب المهاجرين ظاهرتين خطيرتين في إطار الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية وغيرها من أشكال هذه الجريمة. وأدرك المجتمع الدولي هذا الأمر ومن هنا تصدى لمواجهتهما بالاتفاقيات بين الدول، باستعراض تنفيذ بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص، وبخاصة النساء والأطفال وبروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجو المكملين كليهما لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية، تبين من المعلومات التي جمعت أن غالبية الدول الأطراف قد اعتمدت أطراً تشريعية ومؤسسية لضمان تنفيذ البروتوكولين، لكن اختلاف مستويات قدرة الدول الأطراف على تنفيذ التدابير اللازمة، وعجزها عن ملاحقة التطورات والتصاعد المطرد في مجالات تلك الجرائم، كل ذلك لم يؤدي إلى الحد من تلك الجرائم وتحقيق النتائج المستهدفة باقتلاع جذور تلك الظاهرتان، الأمر الذي يلزم معه التنسيق نحو صياغة استراتيجيات فعالة ومتعددة الجوانب على

1 - د/ شريف سيد كامل: "الجريمة المنظمة في القانون المقارن"، مرجع سابق ص ٢٧٦.

الصعيدين الوطني والدولي، مع حشد الموارد اللازمة لتنفيذ تلك السياسات لمواجهة تلك الظاهرتان الاجراميتان.

نستعرض تباعاً التدعيات التي احدثتها تلك الظاهرتان من جانب، ومن آخر أحدث التقارير التي رصدت أثر المواجهة الدولية والوطنية لهما.

المطلب الأول

الآثار السلبية لتهريب المهاجرين

أحدثت الزيادة في حجم الهجرة غير الشرعية في الآونة الأخيرة، انعكاسات سلبية في المجتمع الوطني والدولي¹.

إن المنظمات الإجرامية التي تمارس تلك الجريمة قد اتخذت منها وسيلة للربح والثراء، حيث تصل أرباحها إلى ٥ مليارات دولار سنوياً، فهي نوع من التجارة الرباحة تأتي في المرتبة الثالثة عقب تجارة المخدرات والسلاح، كما سبق الذكر.

نتاول الآثار الاقتصادية، ثم الاجتماعية، وأخيراً تأثيرات الهجرة غير الشرعية على حقوق الإنسان².

أولاً: الآثار الاقتصادية:

إن ما تمارسه تلك المنظمات الإجرامية من تهريب للمهاجرين، ثم استغلالهم والاتجار بهم، يلحق بالغ الأثر بالاقتصاد الوطني والدولي. إن الأرباح الهائلة المحصلة لا تدخل في الدورات الاقتصادية، بل يتم القيام بغسل الأموال ولا يدفع عنها الضرائب ولا تساهم في أي نشاط إنتاجي، الأمر الذي يؤدي إلى حرمان الدولة من موارد إضافية كان من الممكن توظيفها في مشروعات

¹ - Merlince Massince et PARKIN Joana, la migration clandestine en Europe. Les politiques de l'UE et l'écart en termes de droit, fondamentaux, Rapport de centre d'étude des politiques Européennes.

² - لمزيد من التفاصيل حول الآثار السلبية للهجرة غير الشرعية انظر: د. يوسف أمير فرج: "مكافحة الاتجار بالبشر والهجرة غير الشرعية" مرجع سابق.

عامة استثمارية، إضافة إلى تأثير تلك الأموال بطريقة سلبية على الأنظمة المالية والمصرفية واستقرار أسعار الصرف.

كما يجب الإشارة أن الهجرة في حد ذاتها لها تأثير بزيادة الأعباء على ميزان المدفوعات في كل من دولة المهاجر الأصلية والدولة المستقبلة. ولا شك أيضاً أن تلك الانعكاسات تمثل إبعاداً سلبية على الاقتصاد الدولي في حجم ومضمون النشاط الاقتصادي السائد، فقد ارتبط بتلك المنظمات الإجرامية وساهم في إزديادها، كل أشكال التجارة غير المشروعة للمخدرات والسلاح وتجارة الأعضاء البشرية والبيعاء.

ثانياً: الآثار الاجتماعية:

تؤدي الهجرة إلى تغيير في التركيبة الاجتماعية لكل من دول المهاجر والمنشأ، حيث يترتب على الهجرة انتقال عناصر من المجتمع وبصفة خاصة الذكور إلى دول المهاجر، مما يؤثر بالسلب على التركيبة الاجتماعية للمجتمع (المهاجرين منه وإليه)، كما تؤثر الهجرة على النسيج الاجتماعي للمجتمع ومن ثم تكوينه حيث ينتج عن ذلك تفشي ثقافة اللامسؤولية وعدم الالتزام بأحكام القانون والممارسات القائمة على المساواة من خلال عرض للرشوة في سبيل إذابة وإزالة أية عقبات، بما في ذلك من تأثير على منظومة القيم الأخلاقية في المجتمع وما يترتب على ذلك من انخفاض للطاقة الانتاجية والكفاءة الاقتصادية وما يتبعه من تفكك اجتماعي.

كما تتأثر الناحية الاجتماعية بالجريمة المنظمة لما تمارسه تلك الجماعات من تحكم في المؤسسات المجتمعية الرسمية وغير الحكومية عن طريق التدخل بأساليب غير شرعية (رشوة، تقديم مساعدات، تسهيلات) بغرض تنفيذ أغراضها.

ثالثاً: تأثير الهجرة غير الشرعية على حقوق الإنسان:

تتعرض الهجرة غير الشرعية على حقوق الإنسان في أبسط حقوقه (حقوق الشخصية)، فتعتمد تلك الجماعات المنظمة إلى استخدام طبقات محدودية الدخل التي تدفعها ظروفها المجتمعية إلى المخاطرة وقبول شروط تحط من كرامتهم الإنسانية، وقبول مخاطر قد تعرضهم للموت.

هذا وتقوم تلك المنظمات بممارسة شتى صور الاستغلال عليهم لتحقيق أغراض الاتجار بهم بعد تهريبهم بالطرق غير المشروعة.

لاشك أن في ذلك مساساً بكرامة وحقوق الإنسان، فتقرير الكرامة الإنسانية للكافة والتعامل مع الكافة على هذا الأساس هو من القواعد الهامة، لضمان عالمية وشمولية مسألة حقوق الإنسان، وقد أكدت المواثيق الدولية المختلفة لحقوق الإنسان، بدءاً من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في ديباجته حيث اعتبرت أن الكرامة من السمات الأساسية للإنسان، وشددت عليها المادة الأولى منه: "يولد جميع الناس متساوين في الكرامة والحقوق وقد وهبوا عقلاً وضميراً وعليهم أن يعامل بعضهم بعضاً بروح الأخوة"، إضافة لتوضيح ميثاق هيئة الأمم المتحدة عام ١٩٤٥ للكرامة الإنسانية^١.

المطلب الثاني

أهم التقارير الصادرة حول الاتجار بالأشخاص وتهريب المهاجرين

نتناول في هذا المطلب أهم التقارير الصادرة حول الاتجار بالأشخاص وتهريب المهاجرين وهو: تقرير وزارة الخارجية الأمريكية عن الاتجار بالبشر سنة ٢٠١٧، وتقرير مكتب الهجرة الدولية ومنظمة العفو الدولية سنة ٢٠١٧.

أولاً: تقرير وزارة الخارجية الأمريكية عن الاتجار بالبشر سنة ٢٠١٧:

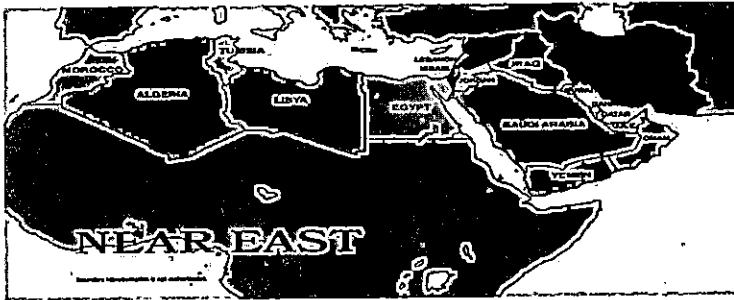
يسلط تقرير الاتجار بالبشر، على غرار كل سنة، بحسب بلاغ عن المنظمة الدولية للهجرة، الضوء على التطورات التي حققتها حكومات مختلفة دول

^١ - Merlince Massince et Parkin Joana, op.cit

العالم، في مجال مكافحة الاتجار بالبشر، والتحديات الراهنة من أجل القضاء على هذا الانتهاك الخطير لحقوق الإنسان.

ويرتب التقرير، كل بلد حسب سلم من ٤ مستويات، كما هو معتمد في قانون حماية ضحايا الاتجار بالبشر. وترتكز منهجية الترتيب أساساً على المجهودات المبذولة من قبل مختلف الحكومات عبر العالم للقضاء على الاتجار بالبشر ومدى التزامها بمقتضيات بروتوكول "باليرمو ٢٠٠٠".

في أول تقرير سنوي من نوعه عن الاتجار بالبشر تحت الإدارة الأمريكية الجديدة، صنفت الخارجية الأمريكية دولاً عربية عدة في المستويين الثاني والثالث لتمنح معظمها بذلك صفة تحت المراقبة، مما يضعها مجدداً تحت بصر المنظمات والهيئات الحقوقية الدولية، في وقت وصل فيه ضحايا الاتجار بالبشر حول العالم إلى ٢٠ مليون شخص^١.



(الشكل رقم ١ يوضح تصنيف الدول العربية في التقرير الأمريكي)

كما صنف تقرير الخارجية الأمريكي، سوريا في "المستوى الثالث"، والذي شمل هذا العام ١٨٧ دولة ومنطقة بما فيها الولايات المتحدة، مشيراً إلى أن سوريا لم تفعل شيئاً ملموساً تجاه الحد من هذه الظاهرة، وبلغ عدد الدول التي

^١ - نون بوست: "ارتفاع عدد ضحايا الاتجار بالبشر في الدول العربية"
<https://www.noonpost.org/content/18636>

أدرجت ضمن المرتبة الثالثة ٢٣ دولة، بما فيها الصين وكوريا الشمالية وروسيا وإيران والكونغو وغينيا (انظر الشكل رقم ١ أعلاه). وأكد التقرير أن النظام في سوريا ومليشيات كردية تقوم بتجنيد الأطفال قسرياً في عمليات القتال بصفوفهما في سوريا والعراق، وأن النظام مازال مستمراً في التجنيد الإجباري للأطفال واستغلالهم كمقاتلين، وأن الحرب الدائرة في سوريا أرضاً خصبة لتجار البشر.

■ وقال وزير الخارجية الأمريكي، خلال مراسم إطلاق الوزارة تقرير الاتجار بالبشر لعام ٢٠١٧، أن "الآلاف من النساء والأطفال في أنحاء مختلفة من العالم، يتم الاتجار بهم وهو ما يعتبر شكلاً من أشكال العبودية الحديثة"، على حد قوله.

■ من ضمن الدول العربية التي صنفت في هذا المستوى الثالث إلى جانب سوريا، نجد السودان، إذ كشف التقرير الأمريكي أن الخرطوم لا تقوم بأي جهود من أجل وقف ظاهرة الاتجار بالبشر.

- وقد تضمن التقرير توصيات للسودان في هذا الصدد أهمها ١:

منع تجنيد الأطفال من جانب كافة الجماعات المسلحة، وتسريح كافة الأطفال المجندين من صفوف الميليشيات الموالية للحكومة والجماعات المعارضة وتوفير خدمات وقائية لهؤلاء الأطفال، وتجريم الاتجار الجنسي بالأطفال، وتعديل قانون مكافحة الاتجار لوضع تعريف محدد للاستغلال، وتمييز فروع قانونية واضحة بين جرائم الاتجار بالبشر وجرائم التهريب، ويتضمن ذلك سن تشريع فيدرالي مكافح للتهريب ووضع صياغة متوائمة لتشريع وطني وعلى مستوى الدولة لمكافحة الاتجار، وتطبيق قانون مكافحة الاتجار لزيادة محاكمات وإدانات المتجرين على سبيل التفريق بينهم وبين المهربين، والتأكيد على زيادة العقوبات المفروضة على المدانين بالاتجار، وتدريب الجهات

¹ - <https://www.state.gov/moonpost/content/18636>

المعنية بتنفيذ القانون على تمييز جرائم الاتجار عن غيرها من الجرائم، ووضع تدابير للتعرف على ضحايا الاتجار من بين الفئات الضعيفة من السكان وتقديم خدمات وقائية لهم، ويغلب وجود هؤلاء بين من يقومون بالخدمة في المنازل ومن يعملون في البغاء من سيدات وأطفال ومن اللاجئين وطالبي اللجوء.

وفي اليمن تطرق التقرير إلى وضع المهاجرين الأفارقة، وعملية الهجرة من اليمن إلى المملكة العربية السعودية عبر الحدود، والاستعباد المنزلي للأطفال والنساء من النساء، وتجنييد واستخدام الجنود الأطفال، والعمل الجبري للعمال المهاجرين، مؤكداً أن الوضع تفاقم منذ سنة ٢٠١٥ عندما اضطرت حكومة الجمهورية اليمنية إلى المغادرة والتخلي عن السيطرة على أجزاء كبيرة من المنطقة.

وأوضح التقرير أن الحكومة اليمنية لم تبذل أي جهود ملموسة في مجال مكافحة الاتجار بالبشر، والتحقيق مع مرتكبي جرائم الاتجار ومقاضاة مرتكبيها، حيث أنها لم تتمكن من الوصول إلى المحاكم أو الإشراف عليها، كما أنها لم تشجع الضحايا على المساعدة في التحقيقات أو الملاحظات القضائية على المتاجرين بهم أو تقديم المساعدة إلى رعاياها الذين أعيدوا إلى الوطن بعد استمرار الاتجار في الخارج.

وفي ليبيا أورد التقرير، تنامي عمليات المتاجرة بالبشر حيث الانقسام المتواجد في البلد، مما يهدد الأمن القومي الليبي وينعش الإرهاب في كامل المنطقة، وترجع أسباب ذلك، إلى عدم وجود حكومة قادرة على وقف عمل تلك الميليشيات وإخضاعها لسلطة الدولة.

كانت المنظمة الدولية للهجرة أوردت في تقرير لها في إبريل ٢٠١٦، عن وجود "أسواق عبيد" في ليبيا، حيث يباع المهاجرون الأفارقة فيها بما بين

٢٠٠ و ٥٠٠ دولار قبل أن يُحتجَزوا مقابل فدية ويكرهوا على العمل من دون أجر أو يتم استغلالهم جنسياً^١.

واستغلت شبكات تهريب البشر الوضع الأمني المتردي الحالي في ليبيا للتوسيع من نطاق عملها، واحتجاز المهاجرين القادمين في الغالب من نيجيريا والسنغال والجابون في أثناء توجههم إلى الساحل الشرقي لليبيا بحثاً عن قوارب نقلهم إلى أوروبا، وتعتبر مدينة سبها في جنوب ليبيا، أحد المراكز الرئيسية لتهريب المهاجرين في البلاد.

كما جاء في التقرير أن كل من المملكة العربية السعودية والكويت وعمان والعراق والجزائر، قد قاموا بجهود مهمة من أجل القضاء على الاتجار بالبشر، لكن التقرير قد طالب بتطبيق أدنى المعايير بشكل كامل.

وجاء في التقرير أن المملكة العربية السعودية اعتمدت خطة عمل وطنية للقضاء على الاتجار بالبشر ما بين ٢٠١٧ و ٢٠٢٠، إلى جانب زيادة تمويل لجنة دائمة تعمل على مكافحة الظاهرة.

وفي الكويت أكد التقرير على ضرورة تطبيق أدنى المعايير بشكل كامل للقضاء على الاتجار بالبشر، وأضاف أن الدولة تقوم بجهود مهمة لتحقيق ذلك، وطلبت الحكومة إلى بذل المزيد من الجهود في هذا الصدد، هذا وقد رفع التقرير دولة الكويت من المرتبة الثالثة إلى الثانية تحت المراقبة.

وأكد التقرير أن الحكومة العراقية لا تلتزم بشكل كامل بأدنى المعايير من أجل القضاء على الاتجار بالبشر، حيث أن الحكومة لم توفر خدمات لحماية الأطفال الذين جندتهم جماعات مسلحة، مما جعل هؤلاء عرضة للانتهاك والاعتقال من قبل قوات الأمن، ودعا التقرير السلطات إلى مواصلة جهودها لوضع حد لتجنيد الأطفال وتوفير خدمات لمساعدة الضحايا منهم.

¹ - <https://www.noonpost.org/content/18636>

أما الجزائر، فقد أثبت التقرير أنها تشهد تزايدًا في عدد حالات الاتجار بالبشر، إضافة إلى فشلها في إثبات أنها تقوم بجهود حقيقية لوقف هذه الظاهرة، ودعت الخارجية الأمريكية السلطات الجزائرية إلى التحقيق وملاحقة وإدانة المتورطين في الاتجار الجنسي بالبشر والعمل القسري، إلى جانب اعتماد إجراءات رسمية لتحديد الضحايا وتوفير الرعاية لهم وتدريب السلطات بما فيها الأمنية والقضائية والجهات الصحية للتعامل مع تلك الحالات.

وسجلت تونس بعض التقدم في التصنيف السنوي، إذ بلغت المستوى الثاني في الترتيب العالمي للبدان في مجال مكافحة الاتجار بالبشر. وجاءت هذه المرتبة بعد الجهود الميدانية المحققة من قبل الحكومة.

وجاء هذا التقدم بعد إصدار القانون الأساسي رقم ٦١ لسنة ٢٠١٦ للوقاية من الاتجار بالأشخاص، وعبر تأسيس الهيئة الوطنية لمكافحة الاتجار بالبشر، تحت إشراف وزارة العدل في ٢٠١٧.

وفي موريتانيا، انتقد التقرير ما أسماه "تخاذه السلطات الموريتانية" في فرض الرقابة على نشاط المنظمات والأفراد المتاجرين بالأشخاص أو التضييق على الشبكات الناشطة في المجال.

وأوضحت الخارجية الأمريكية أن الحكومة لم تبذل مجهودات كبيرة لوقف الظواهر المتعلقة بالاتجار بالبشر، وطلبت مضاعفة الجهود للتحقيق مع المتهمين بالاتجار بالبشر وتقديمهم للقضاء بهدف معاقبتهم.

التقرير السنوي اعترف بوجود بعض التقدم وسعي السلطات لتحقيق بعض النتائج، واستشهد بإقرار قانون مناهضة العبودية في ٢٠١٥، وفتح ثلاث محاكم جهوية لبحث قضايا الاتجار بالبشر والعبودية^١.

^١ - <https://www.noonpost.org/content/18636>

ثانياً: تقرير المكتب الدولي للهجرة سنة ٢٠١٧ ومنظمة العفو الدولية^١:

أورد التقرير أنه فقدَ قرابة ٢٠٠٠ شخص حياتهم إلى حد الآن وهم يحاولون اجتياز البحر الأبيض المتوسط نحو أوروبا. وبحسب المكتب الدولي للهجرة، تمكن قرابة ١٠٠ ألف مهاجر من عبور البحر الأبيض المتوسط باتجاه أوروبا منذ يناير ٢٠١٧ وحتى نهاية العام هرباً من الحروب.

إن سنة ٢٠١٦، تراجعت نسبة أعداد المهاجرين المارين عبر حوض المتوسط باتجاه أوروبا، يمكن القول أن نسبة المهاجرين حافظت على استقرارها مقارنة بسنة ٢٠١٤، حيث سجلت أعداد الهاربين نحو أوروبا خلال تلك السنة رقماً مرتفعاً. في المقابل ومع حلول يناير ٢٠١٦ اجتاز عرض البحر الأبيض المتوسط قرابة ١٠ آلاف شخص ولا زالت أفواج المهاجرين في تدفق وارتفاع مستمر.

وفي هذا الصدد، أكدت العديد من الإحصائيات الصادرة في سنة ٢٠١٥، أنه خلال تلك السنة، ارتفعت أعداد رحلات الموت بشكل كبير عبر حوض البحر الأبيض المتوسط، وفي الآن ذاته، تزايد عدد القتلى والمفقودين، بلغ عدد القتلى والمفقودين في عرض المتوسط قرابة ٥٠٠ شخص. علاوة على ذلك، تعد نسبة المهاجرين العابرين للبحر الأبيض المتوسط خلال هذا الصيف الأعلى منذ عقود.

في سياق متصل، ارتفعت معدلات الهجرة سنة ٢٠١٥، لكنها تعد أقل ديموية مقارنة بسنة ٢٠١٦، نظراً لعمليات الإنقاذ المكثفة تحت إشراف الأمم المتحدة. ووفقاً للأرقام الصادرة، بلغ عدد القتلى والمفقودين في الفترة الممتدة بين شهر يناير حتى يونيو من سنة ٢٠١٥ وسنة ٢٠١٦، قرابة ٥٠٠٠ شخص.

^١ - <https://www.noonpost.org/content/18٧٨٠>

هذا وقد أبدت منظمة العفو الدولية مخاوفها من أن الأوضاع في البحر الأبيض المتوسط تتخذ منحى كارثي، فقد نشرت تلك المنظمة "أنه نظراً لانعدام عمليات الانقاذ، تقريباً، خلال النصف الأول من هذه السنة، ستكون سنة ٢٠١٧، دون شك، الأكثر دموية في تاريخ البحر الأبيض المتوسط¹".

وتجدر الإشارة، إلى إفادة المسئول عن برنامج حماية السكان التابع للأمم المتحدة، أن "الوضع في ليبيا لا يشجع إطلاقاً على بعث مراكز إيواء، حيث تعرض العديد من المهاجرين إلى الضرب والاحتجاز في مخيمات خاصة، في حين ضلّ بعضهم طريقه بين كثبان الصحراء الليبية".

من جهة أخرى، لا يمكن أن ننكر أهمية الاتفاقيات الموقعة مؤخراً في مجال الهجرة، التي ساهمت إلى حد ما في وقف نزيف الدماء في حوض البحر الأبيض المتوسط. وفي هذا الصدد، لا يفوتنا أن نعرض على الاتفاقية الموقعة بين تركيا وأوروبا، التي تهدف إلى الحد من تدفق المهاجرين عبر الطريق البحرية الشرقية الرابطة بين تركيا واليونان، مع العلم أن هذا الطريق قد شهد حركة كبيرة فيما يتعلق بأعداد المهاجرين سنة ٢٠١٦.

وفي هذا السياق، أشار ذات المسئول إلى أن "جنسيات المهاجرين أصبحت متنوعة، في الفترة الأخيرة، حيث كان من بينهم مهاجرين من بنغلاديش". من جانب آخر، أطلقت المنظمة الدولية للهجرة مشروعاً "للبحث عن المهاجرين المفقودين"، خاصة إبان تصاعد نسق حوادث الغرق المؤكدة والمحتملة على مشارف السواحل التركية مع حلول سنة ٢٠١٦. أما في الوقت الراهن، أصبحت هذه الحوادث على السواحل الليبية موضع اهتمام منذ حلول سنة ٢٠١٧.

أما بخصوص عمليات الإغاثة فهي غير منظمة فمن الضروري أن نربط بين حجم الكوارث المحتملة في صفوف المهاجرين والصعوبات التي تعيق مهمة

¹ - <https://www.noonpost.org/content/1870>

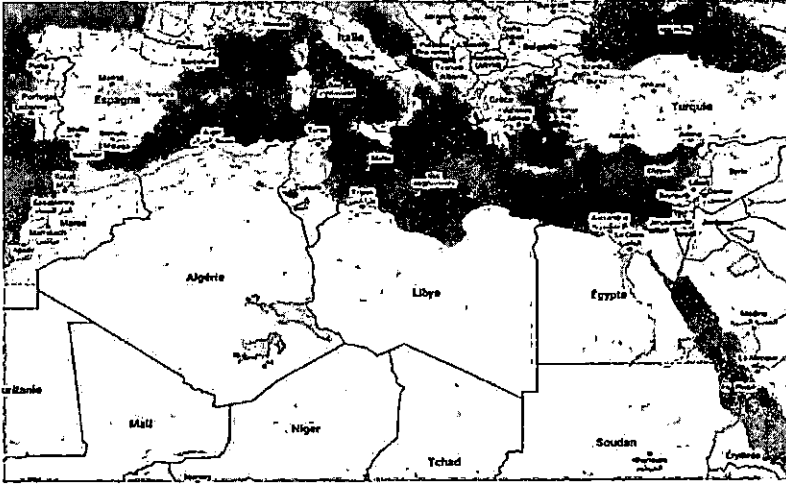
الإغاثة. وفي هذا السياق، أكدت منظمة العفو الدولية أن "عمليات الإنقاذ التي أنجزت في سنة ٢٠١٥ ساهمت في الحد من نسبة الوفيات في البحر الأبيض المتوسط، حيث تراجع من ٦ بالمائة إلى ٠.٨ بالمائة". في المقابل، تم إجراء البعض من هذه العمليات فقط تحت إشراف أوروبي، حيث ذكر المسؤول أنه "في الوقت الحاضر، تلت عمليات الإخلاء والإنقاذ تقودها منظمات إنسانية غير حكومية، كما أن خفر السواحل الإيطالي يساهم بنسبة قليلة في عمليات الإغاثة، أما بقية عمليات الإنقاذ، فيعود الفضل فيها إلى السفن التجارية والعمليات البحرية الخاصة الأوروبية^١."

وفي سياق متصل، لم تسجل أية عمليات إنقاذ تذكر باسم الاتحاد الأوروبي. علاوة على ذلك، لم يتم تنفيذ أغلب عمليات الإغاثة باستخدام قوارب نجاة بحرية سريعة، الأمر الذي يلقي بمسؤولية مهمة إغاثة المهاجرين على عاتق خفر السواحل الليبي الذي تنقصه الخبرة والتدريب الكافي في هذا المجال. إضافة إلى ذلك، نشرت العديد من التقارير التي تثبت أن خفر السواحل الليبي قد فتح النار في عدة مناسبات ضد مهاجرين منكوبين، كما أشارت تقارير أخرى إلى لجوء الأمن الليبي إلى العنف ضد مهاجرين حاولوا تخطي السواحل الليبية. من جهته، ألقى ذات المسؤول اللوم على الاتحاد الأوروبي، حيث أكد أنه "من الغريب أن يعتمد الأوروبيون على أجهزة أمنية ليبية تلجأ في الغالب إلى أساليب قمعية وعنيفة للتعامل مع المهاجرين". وفي هذا الإطار، أطلقت منظمة العفو الدولية حملة على المدى القصير لنشر سفن إجلاء وإغاثة إضافية في عرض البحر الأبيض المتوسط، مع فتح معابر بحرية مرخصة ومقننة نحو أوروبا^٢.

¹ - ipid.

² - <https://www.noonpost.org/content/18780>

وفي ذات السياق وتأكيداً على أن الخطر لازال قائم والموت جراء النقل غير الآمن لجرائم تهريب المهاجرين يخيم على حوض البحر الأبيض المتوسط، عبر الحدود الشمالية والجنوبية لليبيا حيث أنه في منتصف سنة ٢٠١٧ في روما توصل وزراء الشؤون الخارجية الأوروبيين إلى ضرورة تعزيز التعاون مع ليبيا للحد من موجات الهجرة نحو أوروبا. ومن بين الحلول المطروحة، تعزيز الرقابة على السواحل الليبية. كما شدد المشاركون في اللقاء على أهمية إغلاق المنافذ الجنوبية لليبيا لمنع المهاجرين من التغلغل داخل التراب الليبي. وفي هذا الصدد، صرح وزير الشؤون الخارجية الإيطالي أنه: "لا يمكن تخفيض نسبة المهاجرين الوافدين على إيطاليا دون الحد من عدد الوافدين على ليبيا. لذلك، وجب التحرك بحرا وبراً، أي جنوب ليبيا^١". (انظر الشكل رقم ٢)



(الشكل رقم ٢ أوروبا تتعاون مع ليبيا لوقف تدفق المهاجرين نحو أراضيها من خلال مساعدة طرابلس على مراقبة حدودها البرية الجنوبية)

¹ - ipid.

وأضاف الوزير أن إيطاليا مستعدة لتوظيف أموال طائلة في إطار مساعدتها لجارتها في الضفة المقابلة، ليبيا، على مراقبة حدودها الجنوبية البرية وإيقاف تدفق اللاجئين الأفارقة. وفي الأثناء، يمكن أن يتم توقيع هذه الاتفاقيات تحت إشراف عدة منظمات دولية، على غرار كل من المفوضية العليا لشؤون اللاجئين، والأمم المتحدة، والمنظمة الدولية للهجرة. من جهته، أفاد ذات المسؤول أنه "في حال أعرب الاتحاد الأوروبي عن استعداده للتعاون مع طرابلس، فينبغي في المقام الأول تحديد شروط هذا الاتفاق بما يتلاءم مع الاتفاقيات الدولية الموقعة لحماية اللاجئين، والمعاهدات التي تحظر ممارسة التعذيب ضد المهاجرين"¹.

ومن جماع ما تقدم يتضح أن المعلومات التي جمعت عن جهود المواجهة الوطنية التي قامت بها الدول الأطراف لمكافحة تلك الجرائم قد اعتمدت على أطر تشريعية ومؤسسية لضمان تنفيذ البروتوكولين، ولكن لتباين مستويات قدرة الدول الأطراف على تنفيذ التدابير اللازمة في المجالين، الاتجار بالأشخاص وتهريب المهاجرين، تنفيذاً تاماً لم يؤدي إلى إيقاف هذا التصاعد المتزايد لهما، وهذا الاختلاف هو الذي يفسر الوضع الحالي. الأمر الذي يستلزم لمواجهته بذل مزيد من الجهود التنسيقية لصياغة استراتيجيات متعددة الجوانب لمكافحة الاتجار بالأشخاص وتهريب المهاجرين وحشد الموارد المستدامة لتنفيذ تلك الاستراتيجيات الوطنية في إطار من التنسيق والتعاون على الصعيد الاقليمي والدولي.

¹ - ipid.

الخاتمة

هدفت الدراسة إلى تقديم الأطار التشريعي الوطني والدولي والتدابير الذي واجهه المجتمع الدولي بهم، ظاهرتين إجراميتين تنتميان إلى الجريمة المنظمة عبر الوطنية. هل ما تم استطاع أن يحقق انحسار لتلك الجرائم؟ لقد مكنتنا الدراسة إلى التوصل لعدد من النتائج والتوصيات على النحو التالي :

أولاً: النتائج:

- تعتبر جريمتي الاتجار بالأشخاص والهجرة غير الشرعية، نشاطاً أتماً من أنشطة الإجرام المنظم عبر الوطنية، يحط من كرامة الإنسان وسلامته، ويؤدي إلى الإيذاء البدني والنفسي يصل في بعض الأحيان إلى حد الموت، لاسيما في صور الاتجار بالنساء والأطفال، والأعضاء البشرية والأجنة في الأرحام والتتقل غير الآمن للمهاجرين.
- لقد أصبحت ظاهرتي الاتجار بالأشخاص وتهريب المهاجرين جزء من نسيج المجتمع الدولي في القرن الواحد والعشرين، كما أنهما الصناعة الإجرامية الأكثر تصاعداً في العالم.
- لا تقتصر انعكاسات تلك الظواهر على الفرد بل تمتد إلى الدول معاً، فهما جريمتان تهددان الأمن البشري وكذلك أمن الدول على حد سواء.
- اتسع نطاق ظاهرة الاتجار بالأشخاص واندمجت في سياق تفاقم الإرهاب والنزاعات المسلحة ونواتجها من تدفق اللاجئين والنازحين والهجرة غير النظامية، والتي تمثل بيئة خصبة لتفشي وانتشار صور وجرائم الاتجار بالأشخاص.
- مما لاشك فيه أن الاتفاقيات الدولية والبروتوكولات المكملة لها، بالإضافة إلى القوانين الوطنية، لمكافحة جريمتي الاتجار بالأشخاص

- وتهريب المهاجرين، تمثل خطوات ضرورية وهامة، وإن كانت غير كافية لمواجهة هاتين الظاهرتين اللتين تعتبران من عداد أخطر الجرائم عبر الوطنية المنظمة بسبب تعدد مظاهرها وآثارها، والتي تعتبر الإنسان سلعة تدخل في نطاق المبادلة مع سائر السلع المادية.
- وليس أدل على ذلك مما قرره المكتب الدولي للهجرة من أن ٢٠٠٠ شخص فقدوا حياتهم وهم يحاولون عبور البحر الأبيض المتوسط نحو أوروبا، حيث تمكن ١٠٠ ألف من العبور وذلك في الفترة من يناير حتى يونيو ٢٠١٧.
- كما أن هذا العدد يعتبر متنامي بالنسبة لأعداد المهاجرين منذ ٢٠١٤ حيث سجل في تلك السنة منذ يناير حتى يونيو ٢٠١٤ أنه اجتاز عرض البحر عشرة آلاف فقط.
 - وسجل إزدياد معدلات الهجرة ٢٠١٥ ، ٢٠١٦ ، أن عدد المفقودين في تلك السنتين من يونيو إلى يناير ٢٠١٦/٢٠١٥ قرابة ٥٠٠٠ شخص.

ثانياً: التوصيات:

- ضرورة تكثيف الجهود على المستوى الدولي والداخلي للدول في إطار المساعدة والتعاون المشترك لوضع استراتيجيات فعالة ومتعددة الجوانب لمكافحة تلك الظاهرين الاجراميتين.
- تستطيع الأمم المتحدة أن تلعب دوراً أكثر فعالية وتنسيقاً، بمواصلة جهودها بجدية وبمعالجة جذرية من خلال استراتيجية شاملة ومتعددة الجوانب لمكافحة تلك الأنشطة، يشارك فيها :
- المجتمع الدولي كله، وتتم على ثلاث مستويات، المستوى الدولي (الأمم المتحدة ومكاتبها المتخصصة في ذلك)، على مستوى التكتلات

¹ - نون بوست - بلاين لوكان

<https://www.noonpost.org/content/18780>

الإقليمية، الاتحاد الأوروبي، والاتحاد الإفريقي، والتكتلات الآسيوية الأخرى والجامعة العربية، وأخيراً المستوى الوطني.

■ يراعى أن تكون تلك الاستراتيجية شاملة لتحرك تقودة الدول الكبرى والأمم المتحدة والمنظمات الدولية الأخرى لمساندة الدول المعنية بجريمتي الاتجار بالأشخاص وتهريب المهاجرين، بعدما أصبحتا جريمتين من أهم الجرائم عبر الوطنية، نظراً لدقتهما وكثرة تنظيمهما من جهة، ونظراً لارتباطهما ببعضهما البعض من جهة أخرى

■ ضرورة تجريم تمويل جرائم الاتجار بالأشخاص على غرار تجريم تمويل جرائم الإرهاب، والنظر في تعديل التشريعات المتعلقة بالاتجار بالأشخاص والهجرة غير الشرعية، بحيث يتم تعزيز الحماية القانونية للضحايا المباشرين وغير المباشرين، إضافة إلى ضرورة النص على الالتزام بتعويض الضحايا بدلاً من قصرها على تقديم المساعدة المالية والقانونية فقط.

■ استصدار تشريعات من شأنها تجريم تجنيد الأطفال في النزاعات المسلحة كالجماعات الإرهابية، في القوانين الوطنية وحظر ترحيل اللاجئين وطالبي اللجوء، خاصة الأطفال، لبلادهم التي يعتريها نزاعات مسلحة، مع تبني منهج وقائي حيال ملابسات تجنيد الأطفال في النزاعات المسلحة ومختلف صور الجريمة المنظمة.

■ ضرورة قيام الدول المستقبلية للهجرة غير الشرعية بملاحقة ومعاقبة عصابات تهريب الأشخاص واستخدام السبل للتضييق عليهم، وضرورة تدخل المشرع الوطني بوضع نظام قانوني لعمليات التفتيح الصناعي، وإعادة النظر في النصوص الجنائية الخاصة بحماية جسم الإنسان، وإصدار تشريع خاص لحماية الأجنة البشرية في مراحل

نموها، وحمايتها من مخاطر الاعتداء عليها سواء عند تشكلها داخل الرحم أو خارجه، أو عند حالات الإجهاض الضرورية.

■ دعم وتطوير الآليات الوطنية لمكافحة ظاهرة الاتجار بالأشخاص وتهريب المهاجرين بمختلف صورها، وبما يسهم في التصدي لهذه الجرائم وضمان مسائلة الجناة وتوفير الرعاية والعناية بضحاياها، وتطوير آليات الحماية والوقاية المؤسساتية، وتطوير جهود التوعية المجتمعية، وتقوية التعاون الدولي الضروري لمكافحة تلك الظاهرتان وضمان أن يقوم على الندية، وبما يحمي المجتمع من تداعيات هذه الجرائم، ويعزز قدرات وأدوار الفاعلين الوطنيين والتكامل بين مختلف الجهود عبر التأسيس لمسار تشاركي يضمن تعزيز أثر الجهود.

■ ضرورة التأكيد إلا يقتصر التعاون بين الدول الأطراف في الاتفاقيات الدولية والبروتوكولات، بل امتداد هذا التعاون حتى مع الدول غير الأطراف في الاتفاقيات أو التي لا توجد بينها اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف، وذلك تأسيساً على مبدأ المعاملة بالمثل والمجاملة الدولية، لأن هذا التعاون من شأنه مكافحة هذا النوع من الجرائم مما يحقق العدالة ويعزز الاستقرار محلياً ودولياً.

■ تعاون المنظمات الدولية ومنظمات المجتمع الدولي مع الدول، وفيما بين هذه الدول من أجل ملاحقة القائمين على تجارة الأشخاص وتهريبهم، وتقديمهم للعدالة، وحماية الضحايا وإعادة تأهيلهم وإشراكهم في المجتمع.

■ ضرورة إفساح المجال للدور الأساسي لمؤسسات المجتمع المدني والجامعات ومختلف دوائر الفكر، لما لهم من أثر إيجابي في تعزيز البحوث والدراسات وتنمية الوعي وتحديد جذور المشكلات واقتراح

التدابير السياسية والاقتصادية والتشريعية لمكافحة ظاهرتي الاتجار بالأشخاص والهجرة غير الشرعية.

▪ تدعيم دور الإعلام الوطني في تغيير سلوكيات المجتمع وعدم الاكتفاء بحملات التوعية ذات الطبيعة الموسمية بمخاطر جريمتي الاتجار بالأشخاص وتهريب المهاجرين وتداعياتها على الضحايا وذويهم.

▪ تشجيع وتنمية منظمات المجتمع المدني المعنية في إنشاء مراكز إيواء ورعاية صحية واجتماعية لضحايا الاتجار بالأشخاص وتهريب المهاجرين، وتأهيل كوادر المجتمع المدني للنهوض بمهام الوقاية والمتابعة وتقديم الدعم الاجتماعي والنفسي للضحايا.

▪ ضرورة العمل على علاج الجذور والأسباب الاقتصادية وضعف الوعي العام والوعي الحقوقي وتوفير فرص العمل وضمان استدامة وتطوير وتكثيف الجهود التي انطلقت لدعم المشروعات الصغيرة لضمان توليد الأرزاق كسبيل للحماية من الاستغلال.

▪ وضع برامج تدريب وتثقيف وتوعية بصور وأنماط جرائم الاتجار بالأشخاص لفئات الأطفال والنساء في المدارس والمراكز المجتمعية في المدن، وخاصة في الريف والمناطق المهمشة.

▪ السعي للوصول إلى أفضل السبل لضبط وتقوية التعاون الدولي على أسس من الشراكة والندية، لاسيما بين الدول صاحبة المصلحة المباشرة، وتبني سياسات وتدابير تساهم في استقرار أسواق العمل والهجرة إلى الدول الأوروبية ورفع التضيق عن منح التأشيرات.

▪ إنشاء آليات قضائية متخصصة لمكافحة جرائم الاتجار بالأشخاص وتهريب المهاجرين من خلال النيابة المتخصصة، وعبر تأسيس دوائر متخصصة بالمحاكم الجنائية.

- إبرام الاتفاقيات بين الدول العربية ودول الاتحاد الأوروبي ومختلف دول حوض البحر المتوسط حول تنظيم الهجرة.
- دعوة الدول الأوروبية بصفة خاصة والمجتمع الدولي بصفة عامة للإسهام بجهد مخلص في تسوية النزاعات المسلحة بالسبل السلمية، ودعم جهود مكافحة التطرف والإرهاب، والإسهام في دعم جهود التنمية، لما لهذه الإسهامات حال تحققها من أثر مباشر في مكافحة الاتجار بالأشخاص والهجرة غير الشرعية.

في الختام يمكن القول أن المسببات هي التي تؤدي إلى النتائج، والاقتران الجذري للأطر التي تؤدي إلى قبول التفريط في الكرامة الإنسانية، احتمال الموت غرقاً أو برأ هو السبيل الصحيح للقضاء على الوضع المتردي الحالي، هنا يبرز أهمية القول بأن على الدول ذات الظروف الطارئة لأبنائها السعي لتحقيق تنمية مستدامة لإيجاد فرص عمل مناسبة للشباب ورفع مستوى معيشتهم نحو الرفاهية الاقتصادية والاجتماعية.

العدالة الضريبية
في قانون الضريبة علي القيمة المضافة
(رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٦)

الدكتور

سوزي عدلي ناشد

أستاذة الاقتصاد و المالية العامة المساعد

كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

المقدمة:

تهدف السياسة المالية للدولة، وفقاً للوظيفة التقليدية لها، إلى رفع معدلات النمو والزيادة في الإيرادات العامة للدولة، وذلك لمواجهة زيادة حجم النفقات العامة المستمرة، ولتخفيف حدة العجز في الموازنة العامة للدولة. .
وجدير بالذكر أن المالية العامة الحديثة أصبحت تهدف أيضاً لتحقيق مجموعة من الأهداف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية^(١).

لذا نجد أنه في الدولة الحديثة لم يعد الهدف المالي أو التمويلي كافٍ وحده لتحقيق معدلات النمو، بل لابد من مراعاة تحقيق التوازن المالي في الاقتصاد بصورة تؤدي إلى إعادة توزيع الدخل على نحو أفضل لصالح أصحاب الدخل المحدودة والفقيرة. بحيث يوجه جزء كبير من هذه الإيرادات لسد احتياجات الطبقة المتوسطة والفقيرة والفئات الأولى بالرعاية.

والضريبة هي إحدى أدوات السياسة المالية للدولة، تستخدمها لتحقيق العدالة الاجتماعية وتحقيق التوازن بين إيرادات الدولة وتحقيق مصلحة المواطن. ويتم ذلك بإتباع نظم ضريبية تتسم بالعدالة في توزيع العبء الضريبي، وتوسيع القاعدة الضريبية لتشمل مختلف الأنشطة والدخل التي لا تخاطب محدودي الدخل والطبقات الفقيرة.

وبمفهوم آخر، تحقيق مبدأ العدالة الاجتماعية في صورته الضريبية .
وتعتمد الدول النامية على الضريبة كإحدى وسائل تمويل التنمية، إلا أن ذلك يجب ألا يكون، بأي حال من الأحوال، على حساب تحقيق العدالة الاجتماعية.

(١) د. محمود طنطاوي الباز- محاضرات في أدوات واقتصاديات المالية العامة، سنة ١٩٨٦، ص ٤٥.

وأيضاً د سوزي عدلي ناشد -الوجيز في المالية العامة- دار الجامعة الجديدة للنشر-٢٠٠٠-
١٣٢:١٣٠.

ومن ثم أصبح لزاماً على الدولة إعادة ترتيب سلم أولويات الانفاق العام وتوجيه جزء كبير من الإيرادات العامة لخدمة أهداف التنمية في المناطق المحرومة، وأيضاً توسيع برامج الحماية الاجتماعية، وبذلك تحقق العدالة الاجتماعية.

ولما كان الاقتصاد المصري يسعى نحو تحقيق التنمية المستدامة بنهج استراتيجية كاملة وشاملة بحلول عام ٢٠٣٠، التي بدأت منذ عام ٢٠١٦، وهي رؤية موحدة طويلة المدى على كافة المستويات السياسية والاقتصادية والاجتماعية. بحيث تكون مصر بحلول عام ٢٠٣٠ ذات اقتصاد تنافسي متوازن ومتنوع، يعتمد على الابتكار والمعرفة، ويقوم على العدالة والاندماج الاجتماعي والمشاركة، ذات نظام إيكولوجي متزن ومتنوع، تستثمر فيه عبقرية المكان والإنسان لتحقيق التنمية المستدامة وترتقي بجودة حياة المصريين. وأن تكون مصر ضمن أفضل ٣٠ دولة على مستوى العالم من حيث مؤشرات التنمية الاقتصادية، ومكافحة الفساد، والتنمية البشرية، وتنافسية الأسواق، وجودة الحياة^(١).

وتهدف هذه الاستراتيجية على المستوى الضريبي إلى وضع سياسات ضريبية مستقلة على المستويين قصير وطويل الأجل، تحقق بها كافة الأهداف المالية والاقتصادية والاجتماعية للضريبة، وزيادة نسبة الإيرادات الضريبية إلى الناتج المحلي الإجمالي، وتوسيع القاعدة الضريبية، والعمل على ضم الاقتصاد غير الرسمي إلى الإقتصاد الرسمي، بوضع آليات تشجع

(١) استراتيجية التنمية المستدامة_ رؤية مصر ٢٠٣٠_ ص ٩.

على تقنين الاقتصاد غير الرسمي ودخول هذا القطاع إلى منظومة الاقتصاد الرسمي للدولة^(١).

وجدير بالذكر ان من أهم ما تضمنه مشروع موازنة العام المالي ٢٠١٦/٢٠١٧ من إجراءات إصلاحية جديدة على المستوى الضريبي، إصدار قانون ضريبة القيمة المضافة، كأحدى أذرع الإصلاح الاقتصادي، والذي صدر بقانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٦.

وقد أثار إصدار هذا القانون، الذي حل محل قانون الضريبة العامة على المبيعات رقم ١١ لسنة ١٩٩١، جدلاً واسعاً بشأن مدى تحقيقه للعدالة الضريبية، وإذا كان الغرض منه هو تحقيق البعد المالي فقط دون البعد الاجتماعي، ومما أثار فكرة مدى تحقيقه للعدالة الاجتماعية باعتبارها جزء لا يتجزأ من العدالة الاجتماعية.

وعليه سنقوم بتحليل أبعاد قانون الضريبة علي القيمة المضافة رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٦ من الناحيتين الاقتصادية و الاجتماعية.

وسنقوم بتقسيم هذه الدراسة الى فصلين، نتناول في الفصل الأول مبررات الانتقال من ضريبة المبيعات الى ضريبة القيمة المضافة، بينما يتعلق الفصل الثاني البعد الاجتماعي في قانون ضريبة القيمة المضافة. وذلك على النحو التالي:

الفصل الأول: الانتقال من ضريبة المبيعات إلى القيمة المضافة.

المبحث الأول: مبررات فرض الضريبة العامة على المبيعات.

(١) يمثل الاقتصاد غير الرسمي مصدراً أساسياً لضياح موارد الدولة وتشويه القرارات الاقتصادية للدولة. ولذلك اهتمت الدولة بوضع برنامج متكامل لتشجيع القطاع غير الرسمي على الاندماج في القطاع الرسمي.

في تفصيل ذلك انظر مشروع خطة التنمية المستدامة للعام المالي ٢٠١٦/٢٠١٧ -وزارة التخطيط والمتابعة والإصلاح الإداري، ص ٩٠، ٩١.

المبحث الثاني: الإنتقال إلى نظام ضريبة القيمة المضافة.

الفصل الثاني: البعد الاجتماعي في قانون ضريبة القيمة المضافة.

المبحث الأول: مفهوم البعد الاجتماعي من الناحية الضريبية.

المبحث الثاني: أسس العدالة في قانون الضريبة علي القيمة

المضافة.

الخاتمة

الفصل الأول

الانتقال من ضريبة المبيعات إلى القيمة المضافة

مقدمة:

يتعلق الهيكل الضريبي لأي نظام ضريبي بنوعين أساسيين من الضرائب؛ الضرائب المباشرة والضرائب غير المباشرة⁽¹⁾.

وغني عن البيان أن الضرائب المباشرة تفرض على الدخل عند الحصول عليه، سواء كان الدخل ناتج عن العمل أو رأس المال أو كليهما معاً، كما يكون فيها شخص المكلف معلوماً لدى الإدارة الضريبية، ومن ثم قد يقرر مشروع بعض الإعفاءات من الضريبة في حالات محددة على سبيل الحصر. وعليه يصعب نقل العبء الضريبي من شخص المكلف القانوني إلى أي شخص آخر تربطه به علاقة إقتصادية أو قانونية، ومثال للضرائب المباشرة ما نص عليه قانون الضريبة الموحدة على دخل الأشخاص الطبيعيين رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٥، والذي حددها على سبيل الحصر في؛ الضريبة على إيرادات المرتبات وما في حكمها، الضريبة على إيرادات النشاط التجاري والصناعي، الضريبة على إيرادات المهن غير التجارية والضريبة على العقارات المبنية التي حلت محل الضريبة على إيرادات الثروة العقارية بالقانون رقم ١٩٦ لسنة ٢٠٠٨.

أما الضرائب غير المباشرة فهي تفرض على الدخل عند إنفاقه أو إستهلاكه ولا ترتبط بالدخل الناتج عن العمل أو رأس المال، بل ترتبط باستغلال وإستخدام هذا الدخل في الإنفاق على شراء السلع والحصول علي

(1) انظر د. أحمد جامع ، علم المالية العامة، مكتبة سيد عبد الله وهبه، ١٩٦٥، ص ١٤٩. وكذلك د.سوزي عدلي ناشد، أساسيات المالية العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٩، ص ١٤٠ وما بعدها.

الخدمات، و بذلك فالضرائب غير المباشرة لا ترتبط بالأشخاص بل ترتبط بالسلعة أو الخدمة التي يستخدمها الأشخاص.

وجدير بالذكر ان الضرائب غير المباشرة، عادة ما يكون فيها شخص المكلف مجهول للإدارة الضريبية، فالواقعة المنشئة لدين الضريبة هي واقعة الشراء أو الأنفاق أو الحصول على الخدمة. ومن ثم يصبح من الصعوبة بمكان أن تعلم الإدارة الضريبية شخص المستهلك أو الحاصل على الخدمة ، ويترتب على ذلك عدم إمكانية تقرير إعفاءات خاصة بالمكلف القانوني، بل الإعفاءات عادة ما تتعلق بنوع السلعة أو الخدمة بعيدا عن ظروف وإمكانيات شخص المكلف. كما أنه من السهولة أن يتم نقل العبء الضريبي من المكلف القانوني إلى المكلف الفعلي حيث عادة ما يتحمل المستهلك النهائي أو طالب الخدمة عبئها الضريبي نقلاً عن المكلف القانوني.

ويندرج تحت الضرائب غير المباشرة العديد من الضرائب التي لا حصر لها، مثال ذلك: ضريبة المشتريات ، ضريبة المبيعات ، ضريبة القيمة المضافة ، الضريبة الجمركية ، ضريبة الإنتاج، ضريبة الدمغة ، ضريبة الملاهي، وغيرها من الضرائب الأخرى.

ولما كانت ضريبة المبيعات، ومن بعدها القيمة المضافة، من الضرائب غير المباشرة التي تعول عليها الدولة في زيادة حجم الإيرادات وتمويل التنمية الاقتصادية، وتعبئة الموارد المالية لقيام الدولة بوظائفها السيادية والاجتماعية لتحقيق التنمية المستدامة، والتوازن بين توزيع الدخل والثروة، وإستخدام الإنفاق العام لتوفير الخدمات للفئات المحدودة الدخل، فإن السؤال الذي يطرح نفسه ماهي مبررات الانتقال من ضريبة المبيعات إلى القيمة المضافة؟

وللإجابة على هذا التساؤل سنقوم بتقسيم هذا الفصل الي مبحثين،
نتناول فيهما مبررات فرض الضريبة العامة علي المبيعات ثم الإنتقال إلي
نظام الضريبة علي القيمة المضافة وذلك علي النحو التالي:
المبحث الأول: مبررات فرض الضريبة العامة على المبيعات في
مصر.

المبحث الثاني: ضرورة الانتقال الى نظام الضريبة على القيمة
المضافة.

المبحث الأول

مبررات فرض الضريبة العامة على المبيعات في مصر

مقدمة:

تعتبر الضريبة العامة على المبيعات من الضرائب على الأنفاق ، وهي إحدى
صور الضرائب غير المباشرة التي تفرض على إنفاق أو استهلاك الدخل.
وقد فرض المشرع الضريبي المصري الضريبة العامة على المبيعات لأول
مرة بموجب القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩١.
وكان فرض الضريبة العامة على المبيعات نتاج لإتفاق تم بين مصر
وصندوق النقد الدولي على ضرورة تمويل الموازنة العالمية للدولة من
إيرادات حقيقة في ضوء سياسات الإصلاح الاقتصادي في ذلك الوقت^(١).

(١) الواقع أن مصر ليست الدولة الأولى التي اتخذت إجراءات أو سياسات الإصلاح الاقتصادي
بالإتفاق مع المؤسسات الدولية بل أن كثير من دول العالم النامي اتبعت هذه الإجراءات
والسياسات الإصلاحية، خاصة مع بداية الثمانينات إزاء ارتفاع مديونياتها الخارجية
وتعثرها في أداء خدمة الديون ورغبتها في إعادة جدولة ديونها مع الدائنين، وإزاء ذلك كان
عليها إتباع برامج وسياسات لتحرير اقتصادها بالاتفاق مع المؤسسات الدولية، والربط بين
إعادة الجدولة وإتباع برامج الإصلاح الاقتصادي التي تقرررها تلك المؤسسات الدولية.

وتم الاتفاق على إجراء مجموعة من السياسات الإصلاحية في هذا الصدد تتمثل في؛ سياسات إصلاح القطاع العام، وسياسات سعرية بتحرير الأسعار في مجال الطاقة والكهرباء والمنتجات الزراعية، والمواصلات، ورفع الدعم تدريجياً، وسياسات التجارة الخارجية من إصلاح نظام سعر الصرف وتحرير التجارة من القيود الكمية، والإصلاح النقدي في مجال تحرير سعر الفائدة ووضع حد للقروض الائتمانية للقطاع العام، وفي مجال السياسة المالية العمل على زيادة الإيرادات العامة بتطبيق الضريبة العامة على المبيعات وتطبيق نظام الضريبة الموحدة، وأخيراً السياسة الاجتماعية بإقامة شبكة الأمان الإجتماعي وإنشاء الصندوق الاجتماعي.

وبناء على ذلك بات ضرورياً زيادة الإيرادات السيادية للدولة لتمويل الموازنة العامة للدولة. وبالفعل تم فرض الضريبة العامة على المبيعات بموجب القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩١ على كافة السلع الصناعية سواء كانت محلية أو مستوردة إلا ما استثني بنص خاص، كما فرضت على خدمات معينة تم تحديدها على سبيل الحصر.

وجدير بالذكر أن قانون الضريبة العامة للمبيعات الصادر عام ١٩٩١ ليس هو أول ما عرفه النظام الضريبي المصري، بشأن الضريبة على المبيعات، ولكن الامر مر بمراحل وتطورات كثيرة.

ولذلك يتعين علينا معرفة نشأة وتطور الضريبة العامة للمبيعات وهذا ما سيتم استعراضه في مطلبين اساسيين فيما يلي:

المطلب الأول: نشأة وتطور الضريبة العامة على المبيعات .

المطلب الثاني: أهم ملامح قانون الضريبة العامة على المبيعات.

انظر في تفصيل ذلك- د. صابر يونس بريك " دور الضريبة العامة على المبيعات في تمويل التنمية الاقتصادية في مصر ومدى إمكانية تطويرها إلى ضريبة على القيمة المضافة، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٦، ص ٢٢ وما بعدها".

المطلب الأول

نشأة وتطور الضريبة العامة على المبيعات

عرف النظام الضريبي المصري الضريبة على المبيعات تحت مسميات أخرى تقترب من محتوى الضريبة العامة على المبيعات. وكانت البداية التاريخية في رسوم الإنتاج، رسوم الاستهلاك وفروق الأسعار وستعرض بصورة مختصرة لكل منهم:

١. رسوم الإنتاج

كانت بداية معرفة مصر لها في عام ١٨٨١ حيث تم فرض رسم على السكر المكرر الذي تنتجه شركة السكر بسعر ٩%، ثم أصدر الخديوي عباس حلمي الأمر العالي في ١٩٠١ بتحصيل رسوم على المصنوعات القطنية المشغولة وصناعة البيرة. وفي عام ١٩٢١ صدر مرسوم بفرض رسم الإنتاج على الكحوليات.

وكان أول صدور لتنظيم تشريعي لرسوم الإنتاج في عام ١٩٣٠ بالقانون رقم ٢ لسنة ١٩٣٠، وقانون رقم ٤ لسنة ١٩٣٢، وقانون رقم ٥ لسنة ١٩٣٦ تم بها فرض رسوم إنتاج على بعض الحاصلات الزراعية ومنتجات الصناعات المحلية. وفي عام ١٩٥٦ فرضت ضريبة على الشحومات المعدنية وخيوط وألياف الحرير الصناعي، وفي عام ١٩٦٢ فرضت ضريبة على المازوت وغزل الصوف وإطارات السيارات الخارجية والبطاريات السائلة للسيارات^(١).

ويلاحظ من ذلك أنه لم يكن هناك قانون موحد يفرض على الإنتاج، بل عدة تشريعات متفرقة تحدد الضريبة على بعض السلع دون الأخرى بدون أي مبرر اقتصادي أو معيار واضح. وظلت مجموعة من التشريعات تحكم

(١) د زكريا بيومي، شرح قانون الضريبة العامة على المبيعات، مكتبة شادي، ١٩٩٣، ص ٥، ٦،

د صابر يونس بريك، مرجع سابق، ص ٣٢.

رسوم الإنتاج، إلى أن صدر قانون لرسوم الإنتاج رقم ١٣٣ لسنة ١٩٨١ الذي تم فيه تجميع هذه الضرائب في قانون واحد. واستمر العمل به حتى عام ١٩٩١ وشمل التطبيق ٥٤ سلعة تم زيادتها إلى حوالي ١٢٤ سلعة عام ١٩٩١.

٢. رسوم الاستهلاك

عرف النظام الضريبي المصري رسوم الاستهلاك في عام ١٩١٤، عندما أصدر الخديوي عباس حلمي الأمر العالي بفرض رسوم على بعض السلع المستوردة، التي يفرض على نظيرتها المحلية رسوم إنتاج. وقد تعددت السلع بصورة تدرجية التي تخضع لرسوم الاستهلاك، و تعد واقعة الاستيراد هي المنشئة لدين الضريبة على السلعة المستوردة. وظل الحال كذلك إلى أن صدر قانون رقم ١٣٣ لسنة ١٩٨١ الذي جمع كافة السلع التي كان يفرض عليها رسوم الإنتاج، وضم القانون بذلك كافة السلع التي كان يفرض عليها رسوم الاستهلاك والإنتاج بل و زاد عددها بصورة تدرجية، على نحو ما سلف بيانه.

٣. فروق الأسعار

يقصد بفروق الأسعار أن تتم زيادة أسعار بعض السلع، ويتم تحصيل هذه الزيادة لصالح الخزنة العامة للدولة. وبدأ الأخذ بهذا النظام في عام ١٩٦٥ بقرار من اللجنة العليا للاتحاد الاشتراكي.

ويكمن خطورة هذه الطريقة أن هذا الارتفاع في الأسعار يمثل نوعاً من الضريبة، ويتم فرضه بموجب قرارات وزارية، مما يخالف مبدأ قانونية الضريبة " لا ضريبة إلا بقانون" حيث لا تفرض الضريبة إلا من السلطة التشريعية.

وجدير بالذكر أن هذه الضريبة أدت إلى حالة من الفوضى في الأسعار في ذلك الوقت، وترتب على ذلك خلق حالة من عدم الاستقرار وعدم الثقة بين

المستهلكين، بالإضافة إلى هبوط معدلات المبيعات المحلية نتيجة منع البيع بالتقسيط، وانخفاض التصدير، وتكدس المخزون السلي (١).
وقد تم توجيه نقد شديد على فروق الأسعار نظراً للمخالفة الدستورية، بالإضافة إلى ما ترتب عليها من فوضى في السوق المصري.
أضف إلى هذه الأنواع من الرسوم، صدور صور أخرى من الضرائب السلعية على التلفزيون، ورسوم السيارات وغيرها.
وظل الحال كذلك من انتشار أشكال متعددة من الضرائب السلعية، مما أدى إلي أن تفرض على ذات السلعة ضرائب على الإنتاج والاستهلاك وفروق الأسعار، بالإضافة إلى تعدد التشريعات وتضاربها، وبذلك أصبح المناخ خصب للتهرب الضريبي. مما استلزم صدور تشريع تجميعي لهذه الضرائب في قانون واحد، وصدر بالفعل قانون الضريبة على الاستهلاك رقم ١٣٣ لسنة ١٩٨١.

٤. قانون الضريبة على الاستهلاك

صدر قانون الضريبة على الاستهلاك رقم ١٣٣ لسنة ١٩٨١ كمحاولة لجمع كافة الضرائب السلعية التي كانت مطبقة سابقاً في قانون واحد. وأخضع المشرع السلع الواردة بالجدول المرفق للقانون، سواء كانت سلعا منتجة محلياً أو مستوردة، بالفئات الموضحة قرين كل منها، وحدد القانون كافة القواعد المتعلقة بفرض الضريبة واستحقاقها وتقدير الضريبة وتحصيلها، وكافة الالتزامات الملقاة علي عاتق المكلف بها و الاعفاء منها وردها، وأحكام المخالفات والتهرب من الضريبة.

(١) انظر في تفصيل ذلك د. يحيى عبد الغني عبد الموجود، دور الضريبة على القيمة المضافة في إطار السياسة المالية في الدول النامية مع الإشارة إلى مصر، رسالة دكتوراه، كلية التجارة، جامعة الإسكندرية، ص ٥٣، و أيضاً د. زكريا بيومي، مرجع سابق، ص ٦.

وقد تم إدخال عدة تعديلات على هذا القانون لتلافي العيوب التي ظهرت في التطبيق، والتي كان من أهمها ازدواجية وتكرار الضريبة نظرا لعدم دقة تحديد الواقعة المنشئة لدين الضريبة^(١).

وأدت هذه المشكلات، وخاصة الرغبة في توسيع نطاق الضريبة من أجل زيادة الإيرادات السيادية وتمويل الموازنة العامة من موارد حقيقية، إلى الاتجاه نحو فرض ضريبة عامة على المبيعات تزامناً مع الاتجاه العام في جميع أنحاء العالم المتقدم نحو الأخذ بنظام الضريبة العامة على المبيعات.

٥. الضريبة العامة على المبيعات (٢): Sale Taxes

عرف النظام الضريبي المصري الضريبة العامة على المبيعات في نهاية السبعينيات من القرن الماضي على أن يتم تطبيقه بصورة متدرجة. وتبلور هذا النظام بعد عديد من المناقشات والرؤى، إلى أن صدر القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩١ بمسمى الضريبة العامة على المبيعات، على أن يتم تطبيقه على مراحل، رغبة من المشرع المصري في تسهيل تطبيق الضريبة، ومراعاة للظروف الاقتصادية والاجتماعية. وهذا وتم تطبيق الضريبة العامة على المبيعات على ثلاث مراحل^(٣):

(١) انظر د. يحيى عبد المغني، مرجع سابق، ص ٦٧.

Malcolm Gillis, Carl S. Shoupand, Gerardo P. Sicat: VALUE Added taxation in Developing Countries, A world Bank Symposium, 1990, p5

(٢) تعددت مسميات الضريبة على المبيعات: ضريبة المشتريات Purchase Tax - ضريبة الانفاق Expenditure Tax - ضريبة على التداول Turn over Taxes - ضريبة السلع Commodity Taxes

(٣) لمزيد من التفاصيل انظر د. زكريا بيومي، مرجع سابق، ص ١٤: ١٦، د. سعيد عبد المنعم محمد، الضريبة العالمية على المبيعات (تأصيل علمي وعملي) مكتبة عين شمس، ٢٠٠٣، ص ٣.

- المرحلة الأولى: ويكلف فيها بتحصيل الضريبة وتوريدها إلى مصلحة الضرائب على المبيعات كل من المنتج الصناعي والمستورد، ومؤدي الخدمة. ويتم تطبيقها من ٣ مايو ١٩٩١.
- المرحلة الثانية: يضاف إلى ما سبق، تكليف تجار الجملة بأداء الضريبة. ويتم تطبيقها من ٢٥ مايو ٢٠٠٢.
- المرحلة الثالثة: يكلف فيها، بالإضافة إلى ما سبق، تاجر التجزئة. وقد صدر قانون رقم ١٧ لسنة ٢٠٠١ والذي به تم تكليف تاجر الجملة (المرحلة الثانية) وتاجر التجزئة (المرحلة الثالثة) بأداء الضريبة وتوريدها إلى مصلحة الضرائب على المبيعات.

المطلب الثاني

أهم ملامح قانون الضريبة العامة على المبيعات

رقم ١١ لسنة ١٩٩١

صدر قانون الضريبة العامة على المبيعات رقم ١١ لسنة ١٩٩١ ليخضع للضريبة على المبيعات كافة السلع إلا ما استثنى بنص خاص، بينما لا يخضع للضريبة الخدمات إلا ما استثنى بنص خاص.

وبتعبير آخر فإن الضريبة العامة على المبيعات تفرض على كافة السلع دون الخدمات إلا ما يتم استثناءه من السلع بنص خاص، كما أنها لا تفرض ابتداءً على الخدمات إلا ما يتم النص عليه على سبيل الحصر ليخضع للضريبة، فهي في الأصل ضريبة على السلع دون الخدمات.

ويعتبر صدور قانون الضريبة العامة على المبيعات نقلة نوعية في النظام الضريبي المصري فيما يتعلق بالضرائب غير المباشرة. حاول المشرع أن يتلافى به كافة العيوب والانقادات التي وجهت للضريبة على الاستهلاك ويجد حلولاً لكافة المشكلات التي أثبتتها الواقع العملي بالضرائب السلعية السابقة.

وعليه سنعرض في هذا المطلب بصورة سريعة تقييم هذه الضريبة، ثم الأسباب التي استوجبت الانتقال إلى الضريبة على القيمة المضافة، التي هي الشكل السائد الآن في أغلب دول العالم على النحو التالي:

الفرع الأول: تقييم الضريبة العامة على المبيعات.

الفرع الثاني: الانتقال إلى ضريبة القيمة المضافة.

الفرع الأول

تقييم الضريبة العامة على المبيعات

ذكرنا من قبل الضرورة الملحة التي استوجبت الانتقال إلى نظام الضريبة العامة على المبيعات، وبالفعل صدر قانون الضريبة العامة على المبيعات رقم ١١ لسنة ١٩٩١.

كانت أهم الأهداف التي يجب أن تحققها هذه الضريبة؛ زيادة الموارد السيادية للدولة لتمويل العجز المستمر في الموازنة العامة للدولة، وترشيد أنماط الاستهلاك على المستويين القومي والخاص، وخاصة في مجال الانفاق على السلع الاستهلاكية، وتلافي الآثار السلبية ومشاكل تطبيق القانون رقم ١٣٣ لسنة ١٩٨١، ومراعاة البعد الاجتماعي بإعفاء بعض السلع والخدمات من الخضوع للضريبة أو تخفيض سعر الضريبة على بعض أنواع السلع والخدمات، وانضباط المجتمع الضريبي بتوفير قاعدة بيانات عن المكلفين المخاطبين بالقانون رقم ١١ لسنة ١٩٩١، وتشجيع الصادرات عن طريق إخضاعها للضريبة بسعر صفر، حتى تزيد القدرة التنافسية للصادرات السلعية والصناعية والخدمية المصرية في السوق الخارجي^(١).

وهذا وقد تم إدخال العديد من التعديلات المتتالية على هذا القانون، وكانت في أغلبها قرارات جمهورية يصدرها رئيس الجمهورية^(٢).

(١) د. يحيى عبدالغني، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، ص ٦٨.

(٢) أهم القرارات للجمهورية في هذا الصدد:

وجدير بالذكر ان أغلب هذه القرارات كانت تتعلق بإعفاء بعض السلع من الضريبة وتعديل سعرها على البعض الاخر من السلع. وقد تم إصدار قانون رقم ٢ لسنة ١٩٩٧ بتنظيم هذه التعديلات والإعفاءات التي أتت بها هذه القرارات بأثر رجعي من تاريخ صدور هذه القرارات.

ويمكن رصد أهم المشكلات التي نجمت عن تطبيق قانون الضريبة العامة على المبيعات، وبات التحول إلى نظم الضريبة على القيمة المضافة أمر حال، علي النحو التالي:

وعاء الضريبة:

أخذ المشرع الضريبي بمبدأ عمومية فرض الضريبة على السلع فقط، فكل السلع المنتجة تخضع للضريبة على المبيعات، أما في مجال الخدمات فقد أخذ بالمنهج الانتقائي بمعنى أنه أخضع بعض الخدمات للضريبة.

وبتعبير آخر، أن العمومية في مجال السلع تعني أن كافة السلع تخضع للضريبة إلا أما استثنى بنص خاص. والانتقائية في مجال الخدمات تعني أن الخدمات معفاة من الخضوع للضريبة، من حيث الاصل، إلا عدد من الخدمات هي التي نص المشرع على خضوعها للضريبة.

وواقع الأمر أن هذا يعني وجود ازدواجية في المعاملة بين السلع والخدمات لا تحقق العدالة الضريبية، وتجعل الضريبة على المبيعات غير محايدة، فهي

قرار رقم ١٨٠ لسنة ١٩٩١، ٢٠٦ لسنة ١٩٩١، ٧٧ لسنة ١٩٩٢، ٢٩٥ لسنة ١٩٩٣، ٣٠٤ لسنة ١٩٩٣، ٣٩ لسنة ١٩٩٤، ٦٥ لسنة ١٩٩٥، ٣٠٥ لسنة ١٩٩٦.

وبالرغم من هذه القرارات قد عرضت على مجلس الشعب في ذلك الوقت وتم إقرارها، إلا أنه وتقاديا للحكم بعدم دستورتها، والذي كان سيؤدي إلى تحميل خزانة الدولة مبالغ كبير نتيجة استرداد الضرائب المحصلة، فتم إصدار القانون رقم ٢ لسنة ١٩٩٧ الذي نظم هذه التعديلات بأثر رجعي، مما عرضه للطعن بعدم الدستورية.

انظر في تفصيل ذلك، د. صابر يونس بريك، مرجع سابق، ص ٤٠: ٤٤.

تتجاز لصالح الخدمات على حسب السلع^(١). كما أنها لا تتواكب مع الانتشار والتوسع في مجال الخدمات في الوقت الحالي، ولا يوجد أي مبرر قانوني أو اقتصادي للإعفاء منها أو تضيق نطاق التطبيق على الخدمات.

كما أن انتقاء خدمات بعينها تفرض عليها الضريبة، كالخدمات البترولية والسياحية والمهنية، يؤدي إلى عدم العدالة، خاصة أن هذه الخدمات قد تتعرض لأي فترات انكماش يتطلب خروجها من الخضوع للضريبة على المبيعات، وهذا يعني إعفاء ضريبي، ومن ثم تعديلات متتالية في القانون يجعل القانون غير محايد وغير مستقر^(٢).

وحدد المشرع وعاء الضريبة علي النحو التالي:

١. السلع الصناعية المحلية:

حددت المادة (٢) من القانون السلع الخاضعة للضريبة العامة علي المبيعات ووضعت شروطاً معينة لخضوع السلع للضريبة تتمثل في :

- أن تكون السلعة مصنعة محلياً.
- أن يكون المنتج لها قد بلغ أو تجاوز حد التسجيل المنصوص عليه في القانون أو يكون مسجلاً اختياريّاً.

٢. السلع المستوردة:

تخضع السلع المستوردة للضريبة سواء تم الاستيراد بواسطة شخص عادي أو منتج صناعي أو مستورد بقصد الاتجار.

٣. السلع والخدمات المصدرة:

(١) د. رمضان صديق، الضريبة على القيمة المضافة في التشريع المصري والمقارن، دار

النهضة العربية بالقاهرة، ٢٠١٧، ص ٣٥.

(٢) د. رمضان صديق، المرجع سابق، ص ٣٥.

ويتم فرض الضريبة عليها بسعر (صفر) أي لا يفرض عليها الضريبة، وهذا بهدف اقتصادي، هو إتاحة الفرصة للسلع والخدمات المصرية المنافسة الحقيقية في السوق العالمي.

٤. الخدمات:

كما ذكرنا من قبل حدد المشرع على سبيل الحصر هذه الخدمات في الجدول رقم (٢) المرافق للقانون.

وجدير بالذكر ان من اهم المشكلات التي واجهت الضريبة العامة على المبيعات في مجال وعاء الضريبة، أن المشرع لم يستثنى السلع والمعدات الرأسمالية المستوردة من الخارج بغرض الإنتاج من الخضوع للضريبة. وهذا امر يمثل عبئاً ثقيلاً على المنتج يعوق النشاط الإنتاجي، كان يستوجب الإعفاء من الضريبة خاصة في مجال إنتاج السلع الإنتاجية والضرورية، خاصة ومصر في أمس الحاجة للتصنيع.

وغني عن البيان ان مشكلة خضوع تجار التجزئة للضريبة والتي طبقت عليهم في المرحلة الثانية والثالثة بالقانون رقم ١٧ لسنة ٢٠٠١، يواجهون مشكلات عديدة تتمثل في كون عدد كبير منهم لا يقومون بإصدار فواتير، خاصة أن لديهم سلع تخضع للضريبة، وبعض آخر غير خاضع، مما يجعل هناك صعوبة في متابعة سداد الضريبة على كل نوع.

أضف إلى ذلك أن القانون لم يحدد المقصود بخدمات التشغيل للغير، حيث لم يحدد القانون هذا التعبير مما أدى الي حدوث خلط وتجاوز في المخاطبين بأحكام هذا القانون خاصة العاملين بأجر لدي الغير، مما حقق صعوبة في التطبيق طوال هذه المدة. وترتب على ذلك حدوث العديد من المشاكل بين مؤدي الخدمات والإدارة الضريبة. وحاول المشرع تفسير المقصود بخدمات التشغيل لدي الغير بالقانون رقم ١١ لسنة ٢٠٠٢ الخاص بالضريبة على المبيعات.

حيث نص علي تعريف هذه الفئات^(١). ووضع أمثلة لها، وذلك بعد مرور ما يتجاوز عشر سنين من إصدار القانون مما حقق صعوبة في التطبيق طوال هذه المدة.

سعر الضريبة:

وضع المشرع عدة أسعار للضريبة علي المبيعات وليس سعراً موحداً لكافة السلع والخدمات. فنجد أن المشرع حدد في المادة (٣) أن يكون سعر الضريبة علي السلع (%١٠)، ثم نجده حدد أسعار أخرى للضريبة علي بعض السلع الموضحة في الجدول رقم (١) المرفق للقانون، بحيث يكون سعر الضريبة علي النحو المحدد قرين كل منها، كما حدد الجدول رقم (٢) المرفق له سعر الضريبة علي الخدمات، وقد أثار تعدد الأسعار مشاكل متعددة علي عدة مستويات خاصة في حال جشع التجار ورغبتهم في تعظيم أرباحهم، وغياب الرقابة علي الأسواق، مما قد يدفع هؤلاء التجار إلي رفع الأسعار حتي علي السلع الأقل ضريبة مستغلين بذلك جهل المستهلكون بأسعار الضريبة علي كل سلعة علي حده.

وقد استحدث المشرع في قانون الضريبة العامة علي المبيعات نظام خصم ورد الضريبة، حيث نص في المادة (٢٣) من القانون علي أن للمسجل عند حساب الضريبة أن يخصم من الضريبة المستحقة علي قيمة مبيعاته من السلعة ما سبق سداده أو حسابه من ضريبة علي مدخلاته، وكذلك الضريبة السابق تحميلها علي السلعة المباعة بمعرفة المسجل في كل مرحلة من

(١) عرف القانون رقم ١١ لسنة ٢٠٠٢ خدمات التشغيل للغير والخدمات التي تؤدي للغير باستخدام أصول ومعدات مورد الخدمة المملوكة له أو للغير ويتم تشغيلها بمعرفة مورد الخدمة أو قوة العمل التابعة له أو تحت إشرافه مثال ذلك جميع أعمال التصنيع بما في ذلك تشغيل المعادن، وأعمال مقاولات البناء والتشييد، وخدمات نقل البضائع والمواد، وخدمات الإصلاح والصيانة وضمنان ما بعد البيع.

مراحلها توزيعها، طبقاً للحدود والشروط والأوضاع التي تحددها اللائحة التنفيذية^(١).

كما أعترف المشرع بأحقية المكلف باسترداد الضريبة علي مردودات المبيعات. ولم يكن هذا النظام واضحاً في قوانين ضرائب الاستهلاك السالف ذكرها. وبذلك يكون المشرع قد حاول علاج مشكلة التراكم الضريبي المحتمل في الضريبة علي الاستهلاك^(٢).

وقد حدد المشرع في المادة (٣١) من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩١ حالات رد الضريبة علي الصادرات^(٣). علي أن يكون المصدر لديه فاتورة ضريبة بذلك وكافة المستندات الدالة علي التصدير، وتكون السلعة مستعملة، ويكون التصدير قد تم بمعرفة مصلحة الجمارك، وفي حالة التصدير بصحبة الراكب لا تقل الصادرات عن (١٠٠٠ جنيه مصري).

كما شملت حالات الرد إذا كانت الضريبة قد تم تحصيلها بطريق الخطأ. ومع ذلك نجد أن عملية الرد قد أعطت لمأموري الضرائب سلطة واسعة في اتخاذ القرارات بشأنها مما قد يفتح باب الفساد والمجاملة، علاوة علي ذلك احتمال تأخر السلطات الضريبية في رد الضريبة، وهذا من شأنه أن يضعف الثقة في الإدارة الضريبية.

(١) انظر في تفصيل ذلك: د. سعيد عبدالمنعم محمد، الضريبة العامة علي المبيعات (تأصيل علمي وعملي) مكتبة عين شمس، ٢٠٠٢، ص ١٠٧ وما بعدها.

(٢) د. يحيى عبدالغني، مرجع سابق، ص ٧١.

(٣) انظر في تفصيل ذلك د. صابر يونس بريك، مرجع سابق، ص ١٩٥، د. سعيد عبدالمنعم محمد، المرجع السابق، ص ١٢٠ وما بعدها.

الإعفاءات الضريبية:

حدد المشرع في الضريبة العامة علي المبيعات مجموعة من الإعفاءات علي سبيل الحصر، وخاصة في مجال السلع. أما في مجال الخدمات حدد الخدمات الخاضعة للضريبة، وما عدا ذلك فهو معفي من الضريبة. ويمكن تقسيم هذه الإعفاءات إلي ثلاثة فئات (شخصية - نوعية - بموجب اتفاقيات دولية).

١. إعفاءات شخصية^(١):

وتشمل هذه الإعفاءات في المادة (٢٤) من القانون:

- الدبلوماسيين الأجانب.
- الموظفون الأجانب بالسفارات والقنصليات.
- ذو المكانة من الأجانب.
- الأشياء الشخصية المجردة من أي صفة تجارية.
- الأمتعة الشخصية للمسافرين القادمين من الخارج.

٢. إعفاءات نوعية:

وهي الإعفاءات التي تقرر لبعض الجهات أو السلع وتشمل:

إعفاءات متعلقة بجهات معينة وهي (٢):

- السفارات والمفوضيات والقنصليات.
- الجهاز الإداري للدولة ووحدات الإدارة المحلية.
- المعاهد العلمية والتعليمية.
- أجهزة الدفاع والأمن القومي.

(١) د. سعيد عبدالمنعم، مرجع سابق، ص ٢٩ : ٣٣.

(٢) المواد (٢٤) و (٢٨) و (٢٩) من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩١.

إعفاءات متعلّقة ببعض السلع وهي (١):

- العينات التي تستهلك في أغراض التحليل.
- المهمات التي ترد من الخارج دون قيمة.
- الأشياء المصدرة للخارج ثم يعاد استيرادها.
- سلع متنوعة^(٢).

٣. إعفاءات بموجب اتفاقيات دولية:

وقد نص علي ذلك في المادة (٣٠) من قانون الضريبة العامة علي المبيعات رقم (١١) لسنة ١٩٩١.

ومن نافله القول، ان تطبيق هذه الإعفاءات الواردة في الاتفاقيات الدولية أمر بدهي، حيث أن هذه الاتفاقيات، بعد موافقة السلطة التشريعية، تصبح جزء لا يتجزأ من القانون الداخلي، وتصبح قوتها قوة التشريع الوطني. ومن ثم لا يمكن إهدار أو مخالفة ما جاء بها من إعفاءات، بشرط النص الصريح عليها، علي أن يتضمن القانون الداخلي إجراءات وشروط هذه الإعفاءات.

وقد أثارت هذه الإعفاءات العديد من المشكلات في التطبيق العملي، حيث شملت بعض السلع بنص صريح، أما الخدمات فكان الأصل هو الإعفاء والاستثناء هو الخضوع للضريبة مما يعد تمييز انتقائي غير مبرر أدّي إلي وجود العديد من الصعوبات في التطبيق وأثر علي الحصيلة الضريبية بالسلب.

٤. التهرب الضريبي:

الجدير بالذكر ان من أكثر المشاكل التي تواجه الإدارة الضريبية واشدها خطورة مشكلة التهرب الضريبي. إذ يفقد الضريبة الهدف المالي منها، وهي الحصيلة الضريبية. ولذلك دائماً ما تحاول السلطة التشريعية سن قوانين

(١) المادة (٢٧) من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩١.

(٢) الجدول رقم (١) من القانون رقم ٢ لسنة ١٩٩٧.

ضريبية محكمة تفوت علي المكلف إمكانية التهرب من الضريبة، حتي لا يأتي القانون فارغاً من مضمونه. وقد حاول المشرع الضريبي في قانون الضريبة العامة علي المبيعات أن يحكم القانون في هذه المسألة، مع ذلك ظهرت مشكلة التهرب الضريبي من خلال عدة أمور:

- عدم تسجيل المكلفين بها بالرغم من وصولهم حد التسجيل واستغلال تعدد معدلات فئات الضريبة.
- تزوير واصطناع الفواتير بأقل من قيمتها.
- انخفاض الوعي الضريبي للمكلفين.
- ضعف الإدارة الضريبة.
- استخدام الطرق الاحتيالية والتدليسية للتخلص من الضريبة كلياً أو جزئياً.

وبالرغم من أن المشرع قد نص علي عقوبات في جرائم التهرب في المادة (٤٥) من القانون، وقام بإنشاء مصلحة للضرائب علي المبيعات ودمجها مع مصلحة الضرائب علي الدخل لتبادل المعلومات والتنسيق بينهما، و تبنت الإدارة الضريبة لمنهج عالي الجودة لتبسيط الإجراءات المتعلقة بتحصيل الضريبة، وإنشاء مواقع علي شبكة الإنترنت لمصلحة الضرائب كنوع من تسهيل الإسترشاد لكافة الإجراءات والرد علي كافة استفسارات المكلفين بالضريبة، وإعداد برامج لتدريب العاملين علي أعلى مستوى، إلا انه ظلت الحصلة الضريبية أقل من المتوقع، مما يعني حدوث العديد من حالات التهرب الضريبي.

المبحث الثاني

ضرورة الانتقال إلى نظام ضريبة القيمة المضافة

مقدمة

إزاء كافة المشكلات التي تعرضت لها الضريبة العامة علي المبيعات، وخاصة في التطبيق العملي، والتي أشرنا إليها من قبل. كان الأمر يستدعي البحث عن كيفية تطوير الضريبة العامة علي المبيعات بصورة تتناسب مع متغيرات الاقتصاد المصري. وخاصة في إطار برنامج الإصلاح الاقتصادي الذي يتضمن السياسات والآليات اللازمة لتحسين الموقف الاقتصادي. ويتضمن هذا البرنامج إصلاح المنظومة الضريبية كأحدى الآليات اللازمة لدعم الاقتصاد القومي. وبات قانون الضريبة علي القيمة المضافة ركناً أساسياً من اركان إصلاح المنظومة الضريبية.

وجدير بالذكر ان أول نظام ضريبي أخذ بالضريبة علي القيمة المضافة⁽¹⁾، هو القانون الضريبي الفرنسي⁽²⁾. رقم ٥٤ / ٤٠٤ وذلك في ١٠ ابريل عام ١٩٥٤، ثم تم تعميم هذه الضريبة في بعض دول أوروبا وأمريكا والدول النامية كطريق للإصلاح الضريبي. وإن كانت العديد من الدول قد تأخرت

(1) تسمى بالفرنسية (La taxe sur la valeur ajoutée) ويرمز له (TVA) وبالإنجليزية value added tax ويرمز لها (VAT).

(2) يرجع الفضل إلي رجل الضرائب الفرنسي LAURÉ Mourice في معرفة هذه الضريبة لأول مرة عام ١٩٥٤ وأصدر مؤلفة بهذا الاسم (La taxe sur la valeur ajoutée). انظر في تفصيل ذلك د. عبدالمولي محمد مرسي، قانون ضريبة القيمة المضافة ٦٧ لسنة ٢٠١٦، شرح واقي لأحكام القانون مقارنة بالدول المطبقة فيها، دار النهضة العربية، ٢٠١٧، ص ١٠ ومابعدها.

Alan A. Tait :Value Added Tax ,International practice and problems ,International Monetary fund Washington, D.C ,1988,p3

بشكل واضح في الأخذ بهذه الضريبة. حيث انتشرت في العالم الصناعي وأمريكا الجنوبية، في أواخر السبعينات من القرن الماضي.

وفي مصر اخذ النظام الضريبي المصري بقانون الضريبة علي القيمة المضافة، حيث صدر القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٦، وجاء القانون متضمناً علاجاً للتشوهات في قانون الضريبة العامة علي المبيعات في بعض نصوصه، وحل المشكلات التي أفرزها تطبيق قانون الضريبة العامة علي المبيعات.

وجدير بالذكر أن المنظمات العالمية الدولية، كالبنك الدولي وصندوق النقد الدولي، يوصيان بالضريبة علي القيمة المضافة كطريق للإصلاح الضريبي في مصر، كما أوصت من قبل تلك المنظمات الدولية في ثمانينات القرن الماضي بالضريبة العامة علي المبيعات، خاصة أنه يتضمن من بين احكامه القواعد الحاكمة للحد من التهرب الضريبي مع تبني سياسة العقوبات الرادعة^(١).

وتدور فلسفة هذا القانون^(٢)، علي الخضوع الكامل مع الخصم الكامل، بمعني خضوع كافة السلع والخدمات للضريبة مع خصم الضريبة السابق سدادها علي مدخلات تلك السلع والخدمات. ويتم حساب الضريبة علي سعر البيع بحيث تفرض علي كل مرحلة من مراحل انتاج السلع أو الخدمة، مع خصم ما سبق أدائه من ضريبة في المرحلة أو المراحل السابقة، مما يجعلها ضريبة غير تراكمية، لأنه تفرض في النهاية علي الاستهلاك النهائي، فيقل

(١) انظر في تقرير اللجنة المشتركة من لجنتي الخطة والموازنة والشئون الدستورية والتشريعية عن قرار رئيس جمهورية مصر العربية بمشروع قانون بإصدار قانون الضريبة علي القيمة المضافة في ٢٤/٨/٢٠١٦، ص٧.

(٢) انظر في فلسفة القانون تقرير اللجنة المشتركة من لجنتي الخطة والموازنة والشئون الدستورية والتشريعية بمجلس النواب، مرجع سابق، ص٨.

عبؤها النهائي. بخلاف الضريبة العامة علي المبيعات التي تفرض بصورة تراكمية ولا تسمح بخصم الضريبة إلا في حدود معينة.

وستعرض بصورة سريعة لأهم ما استحدثه قانون الضريبة علي القيمة المضافة رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٦ في عدة نقاط أساسية تتمثل في مطلبين:

- المطلب الأول: وعاء وسعر ضريبة القيمة المضافة.

- المطلب الثاني: الاعفاء والتهرب من ضريبة القيمة المضافة.

المطلب الأول

وعاء وسعر ضريبة القيمة المضافة

١. وعاء الضريبة:

القاعدة العامة وفقاً لمبدأ عمومية الضريبة، إخضاع كافة السلع والخدمات للضريبة إلا ما استثنى بنص خاص^(١). وهذا ما قرره المشرع في احكام المادة (٢) من القانون وبذلك ف نطاق تطبيقها أوسع من الضريبة علي المبيعات التي تفرض علي السلع فقط.

ويتمثل وعاء الضريبة علي القيمة المضافة في كل مرحلة تمر بها السلعة و الخدمة إلي أن تصل إلي المستهلك النهائي. ويؤكد القانون مبدأ عمومية الضريبة بشكل حقيقي، حيث أنها تفرض علي كافة السلع والخدمات في كافة مراحل التداول إلا ما استثنى بنص خاص، سواء كانت محلية أو مستوردة، ومن ثم فقد جنب ذلك نشوء المنازعات في أسس فرضها، كما أنه لا يوجد تفسيرات متضاربة بشأنها.

ولذلك وصفت الضريبة علي القيمة المضافة بأنها حيادية، وهذا من شأنه أن يقلل من حدة التشوهات الاقتصادية كما ذكرنا من قبل في الضريبة العامة

(١) تنص المادة (٢) من القانون تفرض الضريبة علي السلع والخدمات بم ذلك السلع والخدمات المنصوص عليها في الجدول المرافق لهذا القانون، سواء كانت محلية أو مستوردة، في كافة مراحل تداولها، إلا ما استثنى بنص خاص.

علي المبيعات، الناتجة عن التمييز بين السلع والخدمات بدون مبرر اقتصادي واضح.

ومع ذلك قد راعي المشرع المصري البعد الاجتماعي بتقرير إعفاءات للسلع والخدمات الأساسية التي تمس أصحاب الدخل المحدود والفقراء، وفي ذات الوقت تحقيق أهداف مالية واقتصادية. فقد تم الإبقاء علي ضريبة الجدول لبعض السلع والخدمات، علي نحو ما سوف يتم بيانه.

وجدير بالذكر أن بعض الدول مازالت تفرض ضريبة القيمة المضافة علي السلع المصنعة دون الخدمات، بل واستخدمت عدة طرق في فرض وتطبيق الضريبة^(١). ولكن المشرع المصري فقد أخذ بفكرة العمومية بصورة شاملة، ولا سيما أنها تطبق علي السلع والخدمات المحلية والمستوردة علي السواء. خلاصة القول أن ضريبة القيمة المضافة ذات نطاق اقتصادي واسع، حيث تفرض علي جميع المساهمات الاقتصادية economic contributions، فهي تصيب كل معاملة اقتصادية يقوم بها المشروع أو المنشأة بشرط خلق قيمة إضافية تمثل وعاء لهذه الضريبة^(٢).

ومن الأهمية بمكان أن نوضح أن ضريبة القيمة المضافة ضريبة غير تراكمية، بمعنى أن كافة السلع والخدمات تخضع للضريبة مع خصم الضريبة السابق سدائها علي مدخلات السلع والخدمات في كل مرحلة من مراحل إنتاج السلعة أو الخدمة، وبتعبير آخر تفرض علي الاستهلاك النهائي، فيقل عبؤها الضريبي.

(١) انظر في تفصيل ذلك د. رمضان صديق، الضريبة علي القيمة المضافة في التشريع المصري والمقارن مرجع سابق، ص ٥٠ ، ٥٤.

(٢) د. رمضان صديق، المرجع السابق، ص ٥٥.

ب. سعر الضريبة:

حدد المشرع في المادة (٣) من القانون، أن سعر الضريبة علي السلع والخدمات (١٣%) خلال العام المالي ٢٠١٦ - ٢٠١٧ ، و (١٤%) للعام المالي ٢٠١٧ - ٢٠١٨ وما بعده. واستثناء من ذلك يكون سعر الضريبة علي الآلات والمعدات المستخدمة في إنتاج سلعة أو تأدية خدمة (٥%) وذلك عدا الاتوبيسات وسيارات الركوب، ويكون سعر الضريبة (صفر) علي السلع والخدمات التي يتم تصديرها. وبناء علي ذلك يمكن القول ان المشرع الضريبي قد مزج بين عدة أسعار للضريبة علي القيمة المضافة. تتمثل في السعر العام ، السعر المنخفض ، والسعر صفر.

١. السعر العام أو الرئيسي :

هو السعر الذي يفرض علي كافة السلع والخدمات، ما لم يقرر القانون سعراً آخر لسلع وخدمات معينة علي وجه خاص. ونلاحظ أن المشرع قد تدرج بين سعرين؛

الأول: (١٣%) خلال العام المالي ٢٠١٦ / ٢٠١٧.

الثاني: (١٤%) اعتباراً من ٢٠١٧/٧/١.

وكان المبرر من ذلك هو ما طالب به أعضاء مجلس النواب عند مناقشة هذ القانون من ضرورة تهيئة المجتمع وأفراد الشعب للانتقال من الضريبة العامة علي المبيعات بسعر (١٠%) إلي الضريبة علي القيمة المضافة بسعر (١٤%). وترتب علي ذلك الدخول في جدل واسع بين أعضاء مجلس النواب والحكومة ،ممثلة في وزير المالية، إلي أن تم التوصل لهذا الاتفاق بين الجانبين أن يصبح السعر(١٣%) في العام المالي ٢٠١٦ / ٢٠١٧، ثم يرتفع إلي (١٤%) في ٢٠١٧/٧/١ ويسقر عند هذا السعر.

والجدير بالذكر أن المشروع المصري بتحديدته سعر الضريبة (١٤%) قد أخذ معدل متوسط بالنسبة لباقي الدول، حيث يصل أعلى سعر للضريبة إلي (٢٥%) في الدانمارك والنرويج، وأقل سعر إلى (٨%) في اليابان. ويوضح الجدول التالي معدلات أسعار الضريبة علي القيمة المضافة في بعض الدول في ٢٠١٨^(١):

Jurisdiction	السعر العام Standard rate	السعر المنخفض Reduced rate	السعر الأكثر انخفاضاً Super reduced rate	نظام الضريبة Tax system
الباثيا	20%	0% - 10%		Vat
الجزائر	19%	7%		Vat
الارجنتين	21%	0% - 10.5%		Vat
النمسا	20%	10% - 13%		Vat
بنجلادش	15%	0% - 1.5% 2.25% - 4.5% -5% - 5.5% 6% - 7.5% 9% - 10%		Vat
بلجيكا	21%	6% - 12%		Vat
بلغاريا	20%	9%		Vat
بروندي	18%	10%		Vat
كمبوديا	10%	0%		Vat
شيلي	19%			Vat
الصين	17%	0% - 3% - 4% -6% - 11% - 13%		Vat
كولومبيا	19%	0% - 5%		Vat
كوستاريكا	13%	0% - 5% - 10%		Vat
قبرص	19%	5%		Vat
الدانمارك	25%			Vat
مصر	14%			Vat
اثيوبيا	15%	5.5% - 10%	21%	Vat
الجاپون	18%			Vat

Deloitte: global indirect tax rates, Last updated: September 2018 ^(١)

الماتيا	19%	7%		Vat
ايطاليا	22%	10%	4%	Vat
اليابان	8%	0%		Vat
كينيا	16%	0%		Vat
لبنان	10%			Vat
المغرب	20%	0% - 7% 10% - 14%		Vat
هولندا	21%	6%		Vat
النرويج	25%	15%	12%	Vat
البرتغال	23%	6% - 13%		Vat
روسيا	18%	0% - 10%		Vat
جنوب أفريقيا	14%	0%		Vat
السودان	17%			Vat
المملكة المتحدة	20%	5%		Vat
زيمبابوي	15%	0%		Vat

Deloitte: Global indirect tax rates, last updated:

September 2018

ب. السعر المنخفض:

وعادة ما يلجأ المشرع الضريبي بتقرير أسعار منخفضة عن السعر الأساسي بشأن بعض السلع والخدمات لتحقيق أغراض اجتماعية واقتصادية، وهذا ما سلكه المشرع المصري في ضريبة القيمة المضافة حيث نص في المادة (٣) من القانون علي تقرير سعر (٥%) علي الآلات والمعدات المستوردة من الخارج أو محلية الصنع ، وفق قرار يصدر من الوزير المختص، وذلك ما عدا الاتوبيسات وسيارات الركوب التي تخضع للسعر العام للضريبة أو فئات ضريبة الجدول أو كلاهما معاً.

وقد صدرت اللائحة التنفيذية، لقانون الضريبة على القيمة المضافة رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٦ ، بقرار من وزير المالية رقم ٦٦ لسنة ٢٠١٧^(١)، الذي حدد المقصود بتلك الآلات والمعدات.

(١) صدرت اللائحة التنفيذية بقرار من وزير المالية ونشرت في الوقائع المصرية بالعدد ٥٥ تابع (١) في ٧ مارس ٢٠١٧.

وحددت وزارة المالية في المادة (٤) من اللائحة التنفيذية أنها تشمل الآلات والمعدات خطوط الإنتاج الكاملة بكافة مشتملاتها وإن وردت مجزأة، وفي حالة ما إذا كان استخدامها لا يقتصر علي الإنتاج السلعي أو الخدمي فتخضع للسعر العام الضريبية أو فئات ضريبية الجدول أو كليهما معاً، بحسب الأحوال، مع إجراء التسويات اللازمة أو الرد حال استخدامها في إنتاج سلعة أو أداء خدمة. كم تخضع للسعر العام للضريبة أجزاء الآلات والمعدات وقطع الغيار.

ويبدو جلياً العلة من فرض ضريبة بسعر منخفض علي الآلات والمعدات المستخدمة في الإنتاج السلعي او الخدمي. فالإقتصاد المصري في مرحلة هامة داعمة للاستثمار والإنتاج، ومن ثم فإن تخفيض سعر الضريبة علي الآلات والمعدات يقلل من تكلفة الإنتاج ويعد سبباً محفزاً للاستثمار والإنتاج باستخدام هذه الآلات والمعدات. وبذلك فالهدف هو تحقيق غرض اقتصادي بحت.

وجدير بالذكر ان السعر المنخفض للضريبة تأخذ به العديد من الدول لتحقيق أهداف متنوعة^(١).

ج. السعر صفر:

نص المشروع في المادة (٣) في الفقرة الثانية منها علي أن يكون سعر الضريبة (صفر) علي السلع والخدمات التي يتم تصديرها، طبقاً للشروط والأوضاع لتي تحددها اللائحة التنفيذية.

ويعني آخر، يقصد بالضريبة الصفرية عدم فرض ضريبة علي السلعة النهائية التي يتم تصديرها للخارج، بينما يحق لمنتج هذه السلعة استرداد الضرائب التي تم دفعها علي مدخلات الإنتاج التي أدى عنها الضريبة.

(١) انظر د. عبد المولي محمد مرسي، مرجع سابق، تجارب بعض الدول، ص ١١٠ : ١١٦.

والأمر لا يقتصر فقط علي السلع المصدرة، بل أيضاً يشمل الخضوع للضريبة الصفرية السلع والخدمات المشتراة للاستخدام خارج البلاد، كالمناطق والمدن والأسواق الحرة، عدا سيارات الركوب. كما يكون سعر الضريبة (صفر) علي خدمات الإصلاح والصيانة التي تتم علي السلع المستوردة بنظام الإفراج المؤقت.

وغني عن البيان أن المشرع قد قصر الضريبة بسعر (صفر) علي السلع والخدمات المصدرة وفقاً للشروط التي تحددها اللائحة التنفيذية.

ويلاحظ أن السعر (صفر) يختلف عن الإعفاء من الضريبة، لأن في السعر (صفر) يسمح للمصدر المطالبة باسترداد الضريبة التي تم دفعها بالفعل علي مدخلات الإنتاج من مصلحة الضرائب، إلا ما استثني بنص خاص. كما يخضع له السلع والخدمات المصدرة من المشروعات، في المدن الحرة، والمناطق الحرة، والأسواق الحرة.

أما في الإعفاء لضريبي فإن السلع والخدمات تكون معفية تماماً من الضريبة ابتداءً، وذلك بنص خاص يحدد السلع والخدمات علي سبيل الحصر، وفقاً لمبدأ قانونية الضريبة.

وبتعبير آخر فإن هذه السلع والخدمات يفرض عليها ضريبة في بلد المستهلك، أما الصادرات فتخضع للسعر (صفر)، أي أن الضريبة بسعر (صفر) يجعل التوريد خاضعاً للضريبة من الناحية الفنية، ومن ثم يحقق الغاية من استحقاق المعاملة للالتزام الضريبي المستحق علي المدخلات، بينما لا يتحقق هذا الغرض في الإعفاء الضريبي^(١).

هذا وقد حددت اللائحة التنفيذية في المادة (٥) كافة الإجراءات

المتطلبية لتكوين سعر الضريبة (صفر) علي السلع والخدمات المصدرة^(٢).

(١) انظر رمضان صديق، مرجع سابق، ص ٣٩٠

(٢) تنص المادة (٥) من اللائحة التنفيذية لقانون الضريبة علي القيمة المضافة علي أن:

المطلب الثاني

الإعفاء والتهرب من الضريبة على القيمة المضافة

١. الإعفاء من الضريبة

الإعفاء الضريبي هو استثناء من الأصل العام ، وهو الخضوع للضريبة. بمعنى آخر أن كافة الشروط اللازمة للخضوع للضريبة متوفرة، إلا أن المشرع قد آثر إعفاء بعض السلع والخدمات من الخضوع للضريبة، لتحقيق أغراض سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية، أو إدارية في بعض الأحيان^(١). وذلك بالنص عليها في القانون صراحة.

في تطبيق حكم الفقرة الثانية من المادة (٣) من القانون، يكون سعر الضريبة (صفر) على السلع والخدمات المصدرة من داخل البلاد إلى خارجه وفقاً للأوضاع والشروط الآتية:

أولاً: بالنسبة للسلع المصدرة: ان يتبع المصدر عن قيامه بتصدير سلعته الإجراءات الجمركية المقررة، وأن يحتفظ لمدة خمس سنوات بالمستندات المتعلقة بالعملية، والمستندات الدالة على تمام التصدير، بما في ذلك شهادة الصادر من الجمرک المختص أو أية شهادة رسمية من الجمارك تقوم مقامها.

ثانياً: بالنسبة للخدمات المصدرة: ان يتم اثبات التعامل بين مقدم الخدمة في مصر ومثيلها في الخارج بموجب عقد أداء الخدمة أو بأية وسيلة أخرى تتفق مع طبيعة الخدمة مع تقديم المستندات الآتية:

- صورة كربوية أو إلكترونية للفاتورة الضريبية أو المستخلص، متضمنة بيانات تفصيلية عن الخدمة، وعلى الأخص نوعه وقيمتها، وكذلك اسم ومحل إقامة كل من مؤدي الخدمة ومتلقيها.
- صورة من المستند الذي يفيد سداد قيمة الخدمة بواسطة تحويل بنكي من الخارج إلى أحد البنوك الخاضعة لإشراف البنك المركزي المصري وفقاً للضوابط التي يحددها، وفي حالة إثبات تعذر التحويل البنكي يعتد بأي من طرق السداد أو التسويات الواردة في المادة (٣٥) من هذه اللائحة.

(١) من أمثلة الإعفاء لتحقيق أغراض سياسية كإعفاء الجهات الدبلوماسية والجهات الأمنية، أما الأغراض الاقتصادية كإعفاء بعض الخدمات المالية، والأغراض الاجتماعية كإعفاء بعض السلع الغذائية وخدمات التعليم والصحة الأساسية، وأخيراً الأغراض الإدارية كإعفاء الأنشطة الحرفية والصناعات الصغيرة تشجيعاً لها من جهة، والتخفيف عن الجهاز الضريبي من جهة أخرى.

وبالرغم من أن الضريبة علي القيمة المضافة ضريبة غير مباشرة عينية لا تهتم بالإعتبار الشخصي للمكلف الخاضع لها، إلا أن الاعتبارات والاغراض السالف بيانها قد تكون مبرراً للنص صراحة علي إعفاء بعض السلع والخدمات من الخضوع للضريبة.

وجدير بالذكر أن جانب من الفقه يرى أن نظام الضريبة (صفر) أفضل للممول من نظام الإعفاء الضريبي. ومبررهم في ذلك ، أن الضريبة بسعر (صفر) تتساوي مع الإعفاء الضريبي، من حيث عدم فرضها علي السلعة، او الخدمة.

ويمكن الرد على ذلك ، أنه في حين ان الإعفاء الضريبي لا يسمح بخصم الضريبة السابق دفعها علي مدخلات السلعة، نجد أن نظام الضريبة بسعر (صفر)، يسمح بذلك .وبالتالي يكون صافي العبء الضريبي بسبب الإعفاء أكبر من العبء الناتج عن تطبيق سعر الصفر^(١).

وقد حدد المشرع الضريبي في القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٦ للقيمة المضافة هذه الإعفاءات علي سبيل الحصر، وذلك في المواد (٢٣) : (٢٩) من القانون. وقد حدد القانون الضوابط التي يتعين مراعاتها عند تقرير الإعفاء من الضريبة، لأنه الإعفاء هو خروج عن الأصل العام، لا يجب التوسع فيه او الخروج عليه أو القياس عليه وفقاً لمبدأ قانونية الضريبة. ويمكن تقسيم هذه الإعفاءات إلي ثلاثة أنواع أساسية:

أ- إعفاء الجهات.

ب - إعفاءات الأشخاص.

ج- إعفاءات السلع والخدمات.

انظر د. مبروك محمد نصير، الضريبة علي القيمة المضافة بالتطبيق علي قانون ٦٧ لسنة

٢٠١٦، الدار الجامعية، ٢٠١٧ ، ص ٩٣.

(١) د. رمضان صديق، مرجع سابق، ص ٤٤١.

وسنتعرض بصورة موجزة لكل منها علي النحو التالي:

أ. إعفاءات الجهات:

ويقصد بها الإعفاءات المقررة لبعض الجهات لتحقيق أغراض أمنية، مثل الإعفاءات المقررة للدفاع والأمن القومي. وجدير بالذكر ان الهدف منها هو تدعيم هذه الجهات في دورها الوطني، أو لتحقيق أغراض سياسية، مثل إعفاء السفارات أو القنصليات والعاملين بها، بشرط المعاملة بالمثل لتحقيق مزيد من العلاقات الخارجية مع الدول الأخرى، واحتراماً للاتفاقيات والأعراف الدولية في هذا الصدد.

وقد حدد المشرع لكل جهة من هذه الجهات الإعفاءات المقررة لها بالنص علي مجموعة من السلع المحددة والتي تستعمل لأغراض الدفاع والأمن القومي لكي تعفي من الضريبة (المادة ٢٨).

كذلك الخدمات العامة التي تؤديها الجهات الحكومية ويتم إعفاءها من الضريبة.

أضف إلي ذلك أن إعفاء الجهات يشمل أيضاً الجهاز الإداري للدولة والمعاهد العلمية والتعليمية ومعاهد البحث العلمي (المادة ٢٧) من القانون.

ب. إعفاءات الأشخاص:

ذكرنا من قبل أن ضريبة القيمة المضافة هي ضريبة غير مباشرة عينية، لا تهتم بالاعتبار الشخصي للمكلف الخاضع لها، ومع ذلك ارتأي المشروع إمكانية تقرير إعفاءات لبعض الأشخاص لتحقيق أغراض معينة، مثال ذلك ما قرره قي المواد الآتية:

■ يجوز بقرار من وزير المالية بالاتفاق مع وزير الخارجية، إعفاء ما

يستورد للاستعمال الشخصي لبعض ذوي المكانة من الأجانب

بقصد المجاملة الدولية (المادة ٢٥).

- الامتعة الشخصية الخاصة للقدامين من الخارج (المادة ٢٦ بند ٤).
- المتعلقات الشخصية المجردة من اية صفة تجاربه ،كالنياشين والميداليات والجوائز الرياضية والعملية (المادة ٢٦ بند ٢).

ج. إعفاءات السلع والخدمات:

ويقصد به السلع الغذائية الأساسية للمستهلكين، وقد وضعها المشرع في قائمة ملحقة بالقانون وتتضمن (٥٧) سلعه وخدمة أساسية. وبذلك راعي المشرع البعد الاجتماعي لهذه السلع والخدمات التي يتم استهلاكها من الفئات محدودة الدخل بصورة أكبر من الأغنياء. وأيضاً ذوي الإعاقة والخدمات الصحية والتعليمية والإعلامية والإعلانية وغيرها، علي نحو ما سوف يتم بيانه . كما تضمن ملحق القانون إعفاء بعض السلع والخدمات اللازمة لتحقيق أغراض اقتصادية.

٢. التهرب الضريبي:

أن اخطر ما يتعرض له أي نظام ضريبي، أن يبذل المشرع والإدارة الضريبية كافة السبل لتحصيل الضريبة وفقاً للقانون، من أجل تحقيق زيادة في الحصيلة الضريبية ، وتقليل العجز في موازنة الدولة، وبالرغم من ذلك يحدث التهرب الضريبي من جانب المكلفين بها. وقد يحدث التهرب الضريبي بسبب ثغرات في القانون، أو بسبب استخدام المكلف بالضريبة الحيل تدليسية أو مستندات مزورة تقلل من العبء الضريبي عليه أو التخلص منه تماماً. ويأتي بذلك القانون فارغاً من مضمونه وتحقيق الغرض منه.

ولذلك حاول المشرع الضريبي في قانون الضريبة علي القيمة المضافة أن يقلل من حالات التهرب الضريبي، بوضع نصوص محكمة ومنضبطة ، وكذلك وضع عقوبات رادعة للتهرب من الضريبي.

و نظم المشرع أحكام التهرب من الضريبة على القيمة المضافة، في المواد ٦٧ : ٧٢ من القانون، وشدد العقوبة علي هذه الجريمة، حتى يتوفر فيها

صفتي الردع للمتهرب والزجر للمجتمع في حالة التهرب من أداء الضريبة علي القيمة المضافة.

ف نجد أن المشرع ينص في المادة (٦٧) علي "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد منصوص عليها في أي قانون آخر، يعاقب علي التهرب من الضريبة وضريبة الجدول بالسجن مدة ما لا تقل عن ثلاثة سنوات ولا تجاوز خمس سنوات ، وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف حنية ولا تجاوز خمسين ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين. ويجوز الحكم بمصادرة وسائل النقل والأدوات والمواد التي استعملت في التهرب، وذلك فيما عدا السفن والطائرات، ما لم تكن أعدت أو أجرت فعلاً بمعرفة مالكيها لهذا الغرض .

ويحكم علي الفاعلين متضامنين بالضريبة أو ضريبة الجدول او كليهما، بحسب الأحوال، والضريبة الإضافية.

وتضاعف العقوبة المنصوص عليها بالفقرة الأولى من هذه المادة في حالة تكرار الجريمة خلال ثلاث سنوات.

وتتظر قضايا التهرب عند إحالتها إلي المحاكم علي وجه الاستعجال ، وفي جميع الأحوال تعد جريمة التهرب من الضريبة وضريبة الجدول من الجرائم المخلة بالشرف والأمانة."

وهذا وقد حدد المشرع حالات التهرب الضريبي في المادة (٦٨) في تسعة عشر بندا حتي يحكم عملية التهرب، فلا يتم التوسع او التضيق من حالات التهرب، لأنه منصوص عليها في القانون بشكل واضح.

كم أوجب الوقوف عن ممارسة المهنة لمدة عام وبغرامة لا تقلل عن عشرة آلاف جنيه ولا تتجاوز خمسين ألف جنيه، كل محاسب مقيد في جدول المحاسبين والمراجعين، خالف الالتزام المنصوص عليه في الفقرة الأخيرة من المادة (٣٠) من هذ القانون، وهي خاصة بضرورة وجود الشهادة موقعة من محاسب مقيد بجدول المحاسبين والمراجعين علي حق المكلف في خصم

الضريبة وردھا. وفي حالة العود تتضاعف العقوبة الأصلية (المادة ٧١ من القانون).

وقد أراد المشرع من نص المادة (٧٢) من قانون ٦٧ لسنة ٢٠١٦، أن يدفع المتهرب إلي التصالح وأداء دين الضريبة للإدارة العامة، لأن هذا ما يحقق المصلحة من أداء دين الضريبة. وذلك بأن قرر أنه لا يجوز رفع الدعوي الجنائية أو اتخاذ أية إجراءات في جرائم التهرب، إلا بناء علي طلب من وزير المالية أو من يفوضه.

ويجوز التصالح في أي مرحلة تكون عليها الدعوى قبل صدور حكم بات طالما أن المكلف دفع قيمة الضريبة بالإضافة إلي تعويض لا يجاوز نصف الحد الأقصى للغرامة، لا تقل عن ٥٠٠ جنية ولا تجاوز خمسة الاف جنية، في الجرائم المنصوص عليها في المادة (٦٦).

اما اذا كان التصالح في جريمة من الجرائم المنصوص عليها في المادة (٧١) من القانون، فيتحدد التعويض بما لا يجوز نصف الحد الأقصى للغرامة. وفي حالة التصالح تنقضي الدعوى الجنائية، ويتم إلغاء ما ترتب علي قيامها من آثار، والعقوبة المقضي بها.

وينضح مما سبق، أن المشرع قد تدرج في العقوبات الضريبية، وتوسع في بنود وحالات التهرب الضريبي التي من شأنها ان تضعف من النظام الضريبي. كما إنه اعتبر أن جريمة التهرب الضريبي جريمة مخلة بالشرف والاعتبار، التي من شأنها أن تهدد مكانة رجال الأعمال والشخصيات العامة والرأسمالية من الناحية السياسية والاجتماعية.

ويعد ذلك أمر خطير بالنسبة للمكلف المتهرب من الضريبة . وبذلك يتحقق الهدف من هذه العقوبات، وهو الردع والزجر لكل المخاطبين بأحكام هذا القانون.

الفصل الثانی

البعء الإجماعى فى قانون الضريبة على القيمة المضافة

مقدمة

تمثل إستراتيجية التنمية المستدامة (رؤية مصر ٢٠٣٠) محطة أساسية للتنمية الشاملة فى مصر . هدفها الأساسى تبنى مسيرة تنمية واضحة لوطن متقدم ومزدهر تسوده العدالة الاقتصادية والإجتماعية وتعيد إحياء الدور التاريخى لمصر فى الريادة الإقليمية. كما تمثل خريطة الطريق التى تستهدف تعظيم الاستفادة من المقومات والمزايا التنافسية ، وتعمل على تنفيذ احلام وتطلعات الشعب المصرى فى توفير حياة لائقة كريمة ، وتعد ايضا تجسيدا لروح دستور مصر الحديثة الذى وضع هدفا اساسيا للنظام الاقتصادى ، تبلور فى تحقيق الرخاء فى البلاد من خلال التنمية المستدامة والعدالة الاجتماعية، واكد على ضرورة التزام النظام الإقتصادى بالنمو المتوازن جغرافيا وقطاعيا وبيئيا^(١).

ويبدو من ذلك مدى اهتمام الدولة المصرية والحكومة المصرية بالبعء الاجتماعى وتحقيق العدالة الاجتماعية بين طبقات المجتمع المصرى ، واهتمامها بجودة حياة المصريين وتوفير حياة لائقة وكريمة لهم^(٢).

(١) إستراتيجية التنمية المستدامة ورؤية مصر ٢٠٣٠ - مرجع سابق - ص ٩

(٢) قد حددت الأمم المتحدة فى عام ٢٠٠٠ اهداف التنمية المستدامة فيما يلى :

- تضيق مدى الفقر والجوع - تحقيق التعليم الاساسى الشامل .
- تمكين المرأة وتحقيق جودة الحياة - تخفيض معدل الوفيات لاهل من ٥ سنوات بمعدل ٣/٢ .
- تخفيض معدل الوفيات خلال القرن الحادى والعشرين بثلاثة ارباع .
- تراجع انتشار الامراض الرئيسية خاصة الايدز HIV ، والملاريا .
- التأكيد على الاستدامة البيئية .
- تقوية المشاركة العالمية من اجل التنمية فى اتجاه اهداف التجارة والمساعدات وتسوية الديون .

وقد تضمنت هذه الإستراتيجية عدة محاور برز فيها المحور الخامس الذي خصص للعدالة الاجتماعية حتى عام ٢٠٣٠ وشملت ثلاثة أهداف رئيسية (١)

- الهدف الأول تعزيز الاندماج المجتمعي: بمعنى رفع مستوى الاندماج المجتمعي وترسيخ شراكة فعالة بين شركاء التنمية وهم: الدولة والمجتمع المدني والقطاع الخاص، وتعظيم دورهم في المجتمع الى جانب العمل على تمكين المرأة والشباب بصورة ممنهجة تحقق اثرا ايجابيا ملموسا فى تقليص الفجوات النوعية والجيلية بالاضافة الى احترام حقوق الانسان.

- الهدف الثاني تحقيق المساواة فى الحقوق والفرص: بقصد بها المساواة بصورة تؤدي الى تقليص الفجوات الجغرافية فى اتاحة وجودة الخدمات الاساسية، من صحة وتعليم وعمل لائق وحماية اجتماعية، تنعكس فى مجملها على رفع مستوى معيشة الفرد، وتوفير المعايير الاساسية لجودة حياة المواطن المصري.

- الهدف الثالث: تحقيق الحماية للفئات الاولى بالرعاية: وتعنى مساندة الفئات المهمشة والأولى بالرعاية، وتشمل السكان تحت خط الفقر المدقع، والأطفال بلا مأوى، والاشخاص ذوى الاعاقة ممن لا عمل لهم، والمسنين تحت خط الفقر، واخيرا سكان المناطق العشوائية الاكثر خطورة .

= د محمود السيد الناعى_ إعادة هيكلة النظام الضريبي للتوافق مع محاور استراتيجية التنمية المستدامة مصر ٢٠٣٠_ المؤتمر العلمي الضريبي الرابع والعشرين ٢٠١٦ بعنوان دور الضرائب فى تحقيق إستراتيجية ٢٠٣٠ _ الجمعية المصرية للمالية العامة والضرائب_ مركز الدراسات المالية والضريبية ٢٠١٦.

(١) استراتيجية التنمية المستدامة رؤية مصر ٢٠٣٠ - ص ١٢٠

ومن هنا كان البعد الإجماعى هاما جدا لتحقيق التنمية المستدامة فى مصر واي بلد اخر معنى بتحقيق تنمية مستدامة.

وغنى عن البيان ان العدالة الضريبية هي جزء لا يتجزأ من العدالة الاجتماعية، ومن ثم فهناك التزام على المشرع الضريبي المصري أن يراعي كافة قواعد العدالة الضريبية فى كافة التشريعات الضريبية، لتحقيق التنمية المستدامة فى مصر، وفقا لرؤية مصر ٢٠٣٠.

وبناء عليه سنقسم هذا الفصل الى مبحثين: نتناول فى المبحث الأول مفهوم العدالة الاجتماعية بصورة عامة والعدالة الضريبية بصورة خاصة، ثم فى مبحث ثانى نستعرض تحقيق العدالة الضريبية فى قانون ضريبة القيمة المضافة رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٦. وذلك على النحو التالى:

المبحث الاول: مفهوم العدالة الاجتماعية من الناحية الضريبية.

المطلب الاول: فكرة العدالة الضريبية.

المطلب الثانى: العدالة الضريبية فى مصر.

المبحث الثانى: قانون ضريبة القيمة المضافة بين العدالة الظلم الضريبي.

المطلب الأول: مقومات العدالة الضريبية فى قانون ضريبة القيمة

المضافة.

المطلب الثانى: الإعفاءات الضريبية وتحقيق العدالة الضريبية فى قانون

ضريبة القيمة المضافة.

المبحث الأول

مفهوم العدالة الاجتماعية من الناحية الضريبية

مقدمة

تعرف العدالة الاجتماعية بانها نظام اقتصادي واجتماعي يهدف الى ازالة الفوارق الاقتصادية الكبيرة بين طبقات المجتمع.

فالعدالة الاجتماعية هو مفهوم شامل لكل جوانب حياة الانسان فى المجتمع يهدف الى تحقيق المساواة بين افراد المجتمع فى الحصول على حقوقهم، وحق كل مواطن فى الحصول على نصيبه من الناتج القومى ، والتعبير عن رأيه بحرية ، والمشاركة فى العمل الإجتماعى والسياسى ، وتكافؤ الفرص وإزالة الفوارق الاجتماعية والاقتصادية .

وجدير بالذكر ان اغلب الدساتير للدول الديمقراطية الحديثة تنص على فكرة العدالة الاجتماعية كاهم مقومات الدولة الحديثة . (١)

وغني عن البيان ان العدالة الاجتماعية ،هى أساس الإستقرار الاجتماعى فى الدولة والشعور بالرضا والاستقرار داخل الدولة ،مما يدفع عجلة التنمية فى كافة مناحى الحياة،

وهو ما تسعى إليه الدول الديمقراطية الحديثة .

ومن نافلة القول ان العدالة الإجتماعية فكرة تتسق بصورة واضحة مع الانظمة الاشتراكية التى تهتم بالمجتمع وتحكمها الايديولوجية الجماعية وتحقيق اكبر اشباع للحاجات الاجتماعية.اما النظام الرأسمالى فى صورته التقليدية، ابعدهما يكون عن فكرة العدالة الاجتماعية.فالهدف الأساسى من عملية الانتاج هو تحقيق اقصى ربح ممكن للرأسمالى بغض النظر عن فئة العمال ، أو اذا كان هذا الربح يتحقق على حساب فئات العمال والطبقات محدودة الدخل او الطبقات الفقيرة . (٢)

ولما كان النظام الرأسمالى منذ نشأته فى بداية القرن السادس عشر قد مر بعدة مراحل واشكال، إلا ان هذا النظام قد تعرض مع بداية القرن العشرين للعديد من الازمات جعلت منه نظاما دائب التغير والتطور، يختلف تطبيقه من دولة لأخرى ومن عهد لآخر . (٣)

وجدير بالذكر أن هذه الأزمات المتكررة التي تعرض لها النظام الرأسمالي جعل العديد من المفكرين يراهنون على سقوط الرأسمالية، إلا أن ما كان يحدث أنه استطاع أن يجدد

ويطور من نفسه، بل الأزمات المتكررة جعلته يستحدث آليات ليست من أركانه أو خصائصه. وأصبح النظام الرأسمالي يجدد نفسه من خلال هذه الأزمات دون أن يفقد ركنا أساسيا وهو تعظيم الأرباح كهدف للعملية الانتاجية. ومن أهم الآليات التي استحدثها النظام الرأسمالي، دون أن يخل بتعظيم الأرباح هو فكرة العدالة الاجتماعية.

وبذلك أصبحت الرأسمالية المعاصرة⁽¹⁾، لها سمات جديدة عن الرأسمالية التقليدية دون أن تتنازل عن الهدف من العملية الانتاجية وهو تعظيم الأرباح للطبقة .

وبناء عليه أصبحت الرأسمالية تهتم بالجانب الاجتماعي في الحياة الاقتصادية باستخدام مصطلحات تعد غريبة على النظام الرأسمالي كالمسؤولية الاجتماعية⁽²⁾،

والعدالة الاجتماعية ، والعدالة الضريبية وغيرها من المصطلحات ذات البعد الاجتماعي.

المطلب الأول

فكرة العدالة الضريبية

ذكرنا أن للعدالة الاجتماعية عدة أوجه ،والذى يهمنا هو الوجه الذى يتعلق بحقوق الافراد المالية او ما يسمى بالعدالة الضريبية .

فالضريبة تهدف فى المقام الاول الى تحقيق إيرادات مالية للدولة، يتم استخدامها لسد عجز الموازنة العامة للدولة وتوجيهها نحو الإنفاق العام، هذا بالإضافة الى الأهداف الأخرى.

ولذا فالقول بأن فكرة العدالة الضريبية قد تؤدي الى نقص فى الإيرادات المالية العامة، ولكن التوازن بين حقوق الافراد وحقوق الدولة ممثلة فى الخزانة العامة يعد اسماً من تحقيق قدر كبير من الإيرادات يمثل عبئاً ضخماً على اصحاب الدخل المحدودة وطبقة الفقراء مما يهدد السلم الاجتماعى .

ولذلك نجد ان النظام الضريبى الحديث يهدف الى تحقيق العدالة الضريبية ، وذلك من خلال التوزيع العادل للأعباء الضريبية والمالية على المكلفين بالضريبة ، وفى كثير من الأحيان قد يكون الهدف الاجتماعى له الاولوية على سائر الاهداف الاخرى للضريبة ، من أجل تحقيق أهداف السياسة المالية والاقتصادية المطبقة فى الدولة .

ويتم استخدام الضريبة فى تحقيق الهدف الاجتماعى بعدة أوجه: (١)

■ إعادة توزيع الدخل لصالح الطبقات محدودة الدخل والفقيرة ، من خلال فرض ضريبة بسعر مرتفع على الأغنياء وسعر منخفض على محدودى الدخل أو اعفاؤهم منها ، وبذلك يخفف عنهم الاعباء الضريبية ، ويقلل الفوارق الاجتماعية بين طبقات المجتمع ، ويحقق السلام والأمن الاجتماعى .

■ تطوير بعض الانشطة الاجتماعية ، كإعفاء بعض الهيئات والجمعيات الاجتماعية الدينية والثقافية التى تقدم خدمات وأنشطة إجتماعية من الضريبة ، مثال ذلك الأندية الرياضية والاجتماعية ، والهيئات الدينية والثقافية .

■ الحفاظ على الصحة العامة ، يتمثل فى الإعفاء الضريبى او فرض ضريبة بسعر منخفض على السلع ذات الأهمية لصحة الانسان

(١) د سوزى ناشد - أساسيات المالية العامة - مرجع سابق ص ١٣٢ .

مثل الألبان ، ورفع سعر الضريبة على السلع ذات الخطورة على صحة الانسان مثل المشروبات الكحولية والسجائر .

■ تخفيض السلوك الاستهلاكي لإستهلاك بعض السلع ، بمعنى ان يتم فرض الضريبة بأسعار مرتفعة على السلع الاستهلاكية والترفيهية ، حتى يتم توجيه دخل اصحاب الدخل المحدودة نحو السلع الضرورية او الى الإيداع .

وغني عن البيان أن الدول النامية تتسم بالتفاوت في توزيع الدخل . بمعنى عدم وجود عدالة في توزيع الثروات بين طبقات المجتمع ، ولذلك يتم توجيه السياسة الضريبية في هذه الدول نحو تحقيق العدالة الضريبية ، واستخدام الضريبة لإعادة تحقيق التوازن لصالح الطبقات محدودة الدخل بما يسمح بتقليل الفوارق بين الطبقات الاجتماعية .

وجدير بالذكر أن آدم سميث ، في كتابه ثروة الأمم ، أول من نظم القواعد العامة التي تحكم الضريبة لكي يحقق مصلحة كل من المكلف والخزانة العامة . وتعد هذه القواعد بمثابة دستور عام ضمني تخضع له القوانين الضريبية . وتلتزم السلطة التشريعية بتلك القواعد عند فرض اى ضريبة ولا يحق لها الخروج عليها ، وإلا اعتبر ذلك تعسفا من جانب الدولة في استعمال حقها في فرض الضرائب ويمثل ظلما بينا للافراد المكلفين بها .
وتتمثل هذه القواعد في (1)

(1) د سوزى عدلي ناشد- مرجع سابق - ص ١٢٦ : ص ١٣٠

أ. قاعدة العدالة والمساواة ^(١) Justice & Equality

ب. قاعدة اليقين Certainty

ج. قاعدة الملائمة فى الدفع Convenience of payment

د. قاعدة الاقتصاد فى النفقات Economy in Collection

وتدور كافة القواعد سالفة الذكر فى فلك فكرتى العدالة والمساواة الضريبية وجميعها تمثل تطبيقا لهما .

ويلتزم المشرع الضريبى بهذه المبادئ الجامعة التى وضعها آدم سميث فى سن كافة التشريعات ، لتحقيق العدالة الضريبية على النحو الأمثل .

وبالرغم من ذلك فالعدالة الضريبية لا تقتصر على مجرد ان يراعى المشرع هذه القواعد سالفة الذكر فى سن التشريعات الضريبية ، بل يتطلب الأمر ايضا العدالة فى تنفيذ هذه التشريعات . ولكي تتحقق العدالة فى التنفيذ خاول الفقه الاقتصادى البحث عن مقومات تحقيق العدالة فى التشريع والتنفيذ ، وخلص الى ان تحقيق العدالة يتطلب ثلاث مبادئ رئيسية تتمثل فى: ^(٢)

١. مبدأ عمومية الضريبة

ويقصد به ان يتم توزيع الاعباء الضريبية على جميع الأشخاص القادرين على المساهمة فى الاعباء العامة، وأن تفرض الضريبة على جميع الأموال بدون استثناء، وبذلك تتحقق العدالة الضريبية .

وجوهر ذلك ان يخضع كافة المقيمين على اقليم الدولة، مواطنين وأجانب ، للضريبة طالما انهم يستفيدون من نفقات الدولة العامة من خدمات ومرافق

^(٢) قد ذكر آدم سميث فى كتابه " ثروة الأمم " انه يجب ان يساهم رعايا الدولة فى النفقات الحكومية وفقا لمقدرتهم النسبية بقدر الامكان اى بنسبة الدخل الذى يتمتع به كل منهم فى حماية الدولة .

Adam Smith WEALTH OF Nation. Volume ii , London , Fourth Edition , 1995 , pp 310:312

^(١) د . محمد حلمى مراد - مالية الدولة - مطبعة نهضة مصر - ١٩٥٧ - ص ٢٠١٢

عامة . كما تفرض الضريبة على كافة الاموال والعناصر المادية من دخول وثرورات دون استثناء. وينقسم مبدأ عمومية الضريبة الى العمومية الشخصية للضريبة العمومية المادية للضريبة.

ويبدو أن هذا المبدأ يحقق العدالة التامة في تطبيق الضريبة. ومع ذلك فهناك استثناءات قد ترد على مبدأ العمومية يكون هدفها أيضا تحقيق العدالة الضريبية. واهم هذه الاستثناءات تتمثل في:

- تقرير إعفاءات ضريبية في التشريع، باعتبارها أحد ادوات السياسة المالية للضريبة لتحقيق اهداف اجتماعية واقتصادية وسياسية .

وغنى عن البيان، ان الإعفاءات الضريبية ،وفقا لمبدأ قانونية الضريبة ،لا تتقرر إلا بنص قانونى واضح ومحدد وقاطع لأنها استثناء من الأصل العام، لا يجوز التوسع فيها.

وتتمثل اهم لاهداف الاجتماعية فى اعفاء الحد الادنى اللازم للمعيشة واعفاء الابعاء العائلية .

كما تشمل تحقيق أهداف اقتصادية ،كتشجيع الاستثمار فى جوانب معينة او مجالات محددة من شأنها ان تحقق للدولة نفعا عاما، وتنمية اقتصادية. لأن هذا الإعفاء يمثل عنصر جذب وتحفيز للإستثمار فى هذه المجالات التى يحتاج لها الإقتصاد .

أما الإعفاءات لأهداف سياسية فعادة ما تتعلق بتنفيذ اتفاقيات ومعاهدات دولية، والتى من اهمها إعفاء رجال التمثيل السياسي والدبلوماسي والفنصلي من سريان قوانين الضرائب عليهم .

٢. مبدأ شخصية الضريبة

يقصد بهذا المبدأ، ان تاخذ التشريعات المالية والضريبية فى إعتبارها عند فرض الضريبة شخص المكلف وظروفه ومركزه المالي وحالته الإجتماعية .

فلا تفرض الضريبة بالنظر فقط الى المادة الخاضعة للضريبة ولكن بالنظر الى المقدرة التكاليفية الحقيقية للمكلف.

وبتعبير آخر، وفقا لهذا المبدأ لا يعتد المشرع ،فقط ،بالمال للدلالة على مقدرة الشخص التكاليفية ،بل ينظر الى ظروفه الشخصية والتي قد تقلل من قدرته التكاليفية الحقيقية .

وتعد الضريبة النسبية التصاعدية أفضل تطبيق لمبدأ شخصية الضريبة .^(١) وقد اتجهت التشريعات الضريبية الحديثة الى الأخذ بالضريبة التصاعدية لكونها تراعي مبادئ العدالة والظروف الشخصية لكل مكلف. كما انها وسيلة فعالة لتقليل التفاوت بين دخول الافراد ورفع مستوى الطبقات الفقيرة . وغني عن البيان أن الضريبة التصاعدية تستخدم في معالجة الازمات الاقتصادية وخاصة في فترات الانكماش الاقتصادي . كما تعول عليها الدولة في إعادة توزيع الدخل القومي لصالح الطبقات ذات الدخل المنخفضة وذات الميل المرتفع للاستهلاك ، مما يؤدي الى زيادة الاستهلاك القومي والطلب الفعلي ومستوى التشغيل القومي.^(٢)

وجدير بالذكر ان مبدأ شخصية الضريبة لا يتصور تطبيقه على الضرائب المباشرة التي يكون فيها شخص المكلف معلوما مقدما للادارة الضريبية ،ومن ثم يمكن أخذ ظروفه الاجتماعية ومركزه المالي في الاعتبار .ولا يتصور تطبيقه على الضرائب غير المباشرة التي يكون شخص المكلف مجهولا للادارة الضريبية .

(١) انظر في تفصيل ذلك ، د سوزى ناشد- اساسيات المالية العامة - مرجع سابق ص ١٩٤ وما بعدها .

(٢) انظر د السيد عبد المولى - المالية العامة المصرية - دار النهضة العربية _ ١٩٩٣ - ص ٤١٧ . وكذلك درفت المحجوب -المالية العامة _دار النهضة العربية _سنة ١٩٧٥ _ص ٣٠٤ .

٣. مبدأ تجنب الإزدواج الضريبي

يعد الإزدواج الضريبي^(١) من أكثر المشكلات التي تعوق تحقيق العدالة الضريبية للمكلف، وتعني ان يدفع المكلف الضريبة على نفس الوعاء الضريبي أكثر من مرة أكثر من إدارة ضريبية. وقد يحدث الإزدواج الضريبي على المستوى الداخلى او المستوى الدولى .
وجدير بالذكر انه لا يوجد تعريف منضبط او متفق عليه بين فقهاء المالية العامة الا انه يمكن تعريفه بصورة عامة "بأنه فرض الضريبة على نفس الشخص المكلف اكثر من مرة على نفس المادة الخاضعة للضريبة وعن نفس المدة".

وعادة ما يحاول المشرع الضريبي أن يسن القوانين الضريبية بصورة دقيقة ومحكمة لتفادى حدوث هذه الظاهرة ، التي من شأنها تحقيق ظلم وتقل فى العبء الضريبي على المكلف. ومن أهم نتائج حدوث الإزدواج الضريبي ان يتهرب المكلف تماما أو جزئيا من عبء الضريبة، ويترتب على ذلك إنتفاء عنصر العدالة بين المكلفين بالضريبة .

المطلب الثانى

العدالة الضريبية فى مصر

(قانون العدالة الضريبية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٨ وتعديله بالقانون

رقم ٦ لسنة ٢٠١٦)

يقصد بالعدالة فى المجال الضريبي، ان يساهم كل فرد من افراد المجتمع فى الأعباء والتكاليف العامة مساهمة عادلة، ويتطلب ذلك توزيع الأعباء العامه و التكاليف العامة مساهمة عادلة و يتطلب ذلك توزيع الاعباء العامة على افراد المجتمع .

(١) انظر فى تفصيل ظاهرة الإزدواج الضريبي د سوزى ناشد - ظاهرة التهرب الضريبي الدولى - مرجع سابق - ص ٤١ وما بعدها.

ويعد مبدأ العدالة الضريبية من أهم المبادئ التي تحكم فرض الضريبة. فهو من جهة يحقق حصيلة ضريبية مرتفعة ويقلل من التهرب منها، كما أنه في ذات الوقت يساعد الطبقات الفقيرة والمحدودة الدخل على الشعور باهتمام الدولة بهم، ويحقق لهم مستوى أفضل للمعيشة، كما أنه يساعد الدولة على إعادة توزيع الدخل لصالح الفئات محدودة الدخل، من خلال منح المساعدات والاعانات الإجتماعية والاقتصادية لتلك الفئات الأولى بالرعاية.

أضف الى ذلك عدم العدالة في توزيع الاعباء الضريبية كانت سببا أساسيا في قيام العديد من الثورات على مر التاريخ. (1)

ونجد أن أغلب الدساتير الحديثة قد أولت أهمية خاصة بفكرة العدالة الضريبية، حيث تم النص عليها صراحة بين نصوص هذه الدساتير.

وقد نص المشرع الدستوري في دستور ٢٠١٤ في الفصل الثاني الخاص بالمقومات الاقتصادية في المادة (٢٧) على فكرة العدالة الاجتماعية وفكرة العدالة الضريبية بصورة واضحة، من أجل تحقيق التنمية المستدامة وتحقيق الرخاء في البلاد. كما نص في المادة (٣٨) بصورة صريحة على أنه "يهدف النظام الضريبي وغيره من التكاليف العامة الى تنمية موارد الدولة وتحقيق العدالة الاجتماعية والتنمية الاقتصادية. ولا يكون انشاء الضرائب العامة، او تعديلها، او إلغاؤها، إلا بقانون. ولا يجوز الإعفاء منها الا في الأحوال المبينة في القانون. ولا يجوز تكليف احد أداء غير ذلك من الضرائب او الرسوم الا في حدود القانون .

ويراعى في فرض الضرائب ان تكون متعددة المصادر، وتكون الضرائب على دخول الافراد تصاعديّة متعددة الشرائح وفقا لقدراتهم التكليفية".

(1) د رمضان صديق محمد - الضرائب بين الفكر المالي والقضاء الدستوري - دراسة تحليلية لاهم الاحكام بعدم الدستورية واثارها - كلية الحقوق - جامعة حلوان - ١٩٩٧ - ص ٣٦ ، ٣٧

ويتضح من نص المادة (٣٨) ان المشرع الدستوري قد اهتم بشكل واضح بفكرة العدالة الضريبية وفرض الضرائب بصورة تحقق العدالة الاجتماعية لمنع الظلم والتعسف في فرض الضرائب.

كما اشار المشرع الدستوري الى الضرائب التصاعدية، وان تكون الضرائب على الدخل تصاعدية متعددة الشرائح وفقا لقدراتهم التكاليفية لتحقيق العدالة الضريبية .

وغنى عن البيان ان فكرة المقدرة التكاليفية للممول تعني ان يكون مقدار ما يدفعه الممول من ضريبة مرتبط بمقدار دخله و ثروته ،وما يتحمله من نفقات في سبيل الحصول على الدخل ،ومقدار الاعباء العائلية ، والظروف الشخصية للممول. وبتعبير آخر فان مبدأ المقدرة التكاليفية للممول تعني ان يساهم الافراد ،سواء كانوا طبيعيين او معنويين، عن طريق دخولهم او ثرواتهم كل حسب قدرته في تحمل الاعباء العامة. وتتطلب هذه الفكرة الأخذ ببعض المبادئ ،مثل مبدأ اعفاء الحد الادنى للدخل ،ومبدأ الخصم للاعباء العائلية ،ومبدأ التمييز في المعاملة بين الدخول من حيث مصدر الدخل، أو استعماله، أو التصاعد في معدل الضريبة.(١)

وجدير بالإشارة الى أن المقدرة التكاليفية تراعي ان يدفع الممول الضريبة الواجبة عليه دون ان يشعر بمشقة .

وقد أقرت المحكمة الدستورية العليا هذا المبدأ في حكمها الخاص بعدم دستورية القانون رقم (٢٢٩) لسنة ١٩٨٩ بفرض ضريبة على مرتبات العاملين المصريين في الخارج.(١)

¹ (١) انظر الطعن رقم ٤٣ لسنة ١٣ قضائية دستورية - المحكمة الدستورية العليا - جلسة ٦ ديسمبر ١٩٩٣ .

حيث رأت هيئة المفوضين بالمحكمة مخالفة القانون لفكرة العدالة الاجتماعية لان الضريبة فرضت بسعر واحد يشمل جميع المخاطبين باحكام القانون ، مع اجراء خصم ثابت في سعرها

وغني عن البيان ان فكرة المقدره التكاليفيه للممول تتحقق فى الضرائب المباشرة بصورة أكبر من الضرائب غير المباشرة^(١)، نظرا لكون الممول فى الضرائب المباشرة معلوما للادارة الضريبية، ومن ثم يمكن مراعاة ظروفه الشخصية، والاعباء العائلية وتكاليف الحصول على الدخل، وطبيعة الدخل وحجمه، وامكانية تقرير اعفاء كامل او جزئى له بحسب هذه المقدره .

ومع ذلك يحاول المشرع الضريبي التغلب على هذه المشكلة فى الضرائب غير المباشرة بفرض سعر ضريبية مرتفع على السلع الكمالية، وسعر منخفض على السلع الضرورية، او الاعفاء منها لتحقيق العدالة الضريبية .

وجدير بالذكر ان المشرع الضريبي المصري قد اهتم بفكرة العدالة الضريبية لما تحققه من تكافؤ، وتوازن، وعدالة بين المكلفين بالضريبة، وقد تم اصدر قانون رقم (٤٦) لسنة ١٩٧٨ بشأن تحقيق العدالة الضريبية الذى نشر فى الجريدة الرسمية رقم ٢٩ تابع بتاريخ ٢٠ يوليو ١٩٧٨. والذى تم تعديله بقرار رئيس الجمهورية رقم ١٠٤ لسنة ٢٠١٧.

وقد استهدف قانون (٤٦) لسنة ١٩٧٨ تطوير النظام الضريبي المصري الكائن فى ذلك الوقت لكي يحقق العدالة الاجتماعية فى توزيع الاعباء، بحيث يساهم كل فرد بحسب قدرته المالية فى الاعباء العامة. ويراعى التفاوت بين طبقات المجتمع فيخفف العبء عن غير القادرين، بالاضافة الى

بالنسبة لجميع هؤلاء تقديرا للاعباء الاجتماعية، وبالتالي فان عبئها ثابت بالنسبة للعاملين فى الخارج بالرغم من اختلاف قدراتهم المالية وقدراتهم التكاليفية تبعا لاختلاف مكان عملهم، وبالتالي فان فرض الضريبة بنفس السعر على الجميع دون تقدير هذا التفاوت فى اعباء المعيشة، يجعل عبء الضريبة متفاوتا فى ثقله بين العاملين الخاضعين لها بما يخل بالعدل التى يتعين ان يقوم عليها النظام الضريبي .

(٢)^١ انظر فى تفصيل ذلك د سوزى ناشد -اساسيات المالية العامة-، مرجع سابق ص ١٤٨ وما بعدها .

جذب الاستثمار دون تمييز بين المصريين والاجانب. ومن اهم الموضوعات التي تناولها هذا القانون وحقت العدالة الضريبية في ذلك الوقت ما يتعلق:(¹)

١. مبدأ عمومية الضريبة: ويشمل

- خضوع دخول أنشطة لم تكن خاضعة لضريبة الارباح التجارية والصناعية من قبل .
- خضوع دخول أنشطة كانت مفعاة من الضريبة على الارباح التجارية والصناعية بنص القانون .
- الغاء بعض الاعفاءات الضريبية لتأكيد مبدأ عمومية الضريبة .
- فرض الضريبة على الاستهلاك الترفى .

٢. مبدأ شخصية الضريبة :

قرر المشرع في هذا القانون اعفاءات خاصة تتمثل في :

- اعفاء الحد الأدنى اللازم للمعيشة .
- الخصم للاعباء العائلية .

وبالرغم من ان هذا القانون لم يحقق الهدف الاساسى منه، والفلسفة من اصداره، وهى تحقيق العدالة الضريبية، إلا انه كان نواة للبحث عن كافة السبل لتحقيق العدالة الاجتماعية فى كافة التشريعات الضريبية .

وهذا ما دفع المشرع لتعديل هذا القانون، حيث اصدر رئيس الجمهورية قرار بقانون رقم (١٠٤) لسنة ٢٠١٧ . الخاص بتذاكر السفر، حيث ميز المشرع بين سعر الضريبة لتذاكر السفر فى الدرجة الأولى و درجة رجال الاعمال، والدرجة السياحية، طالما ان الرحلة تبدأ من جمهورية مصر العربية . فيتحمل المنتفع فى الدرجة الاولى او رجال الاعمال بمبلغ (اربعمائة جنيه مصرى) . اما بالنسبة للدرجة السياحية يكون سعر الضريبة (مائة

(1) انظر فى تفصيل ذلك د عاطف محمد موسى -العدالة الضريبية فى التشريع الضريبى المصرى بين النظرية والتطبيق - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية - لسنة ٢٠١١ - ص ٢٢٤ ص: ٢٦٠ .

وخمسون جنيها) .وتسرى هذه الضريبة ايضا على التذاكر المحلية ويتحمل المنتفع بالتذكرة المجانية بهذه الضريبة .

المبحث الثاني

قانون ضريبة القيمة المضافة بين العدالة والظلم الضريبي

مقدمة:

تعد ضريبة القيمة المضافة من الضرائب غير المباشرة التي تفرض على الدخل بمناسبة استعماله او انفاقه فهي ضريبة تفرض على الاستهلاك. وغني عن البيان ان البعد الاجتماعي في الضرائب غير المباشرة غير واضح مما دفع البعض الى وصفها ضرائب ظالمة وغير عادلة^(١)، لأنها تفرض دون مراعاة المقدرة التكلفة للممول، كما انها تفرض على عناصر غير واضحة الدلالة على مقدرة الممول حيث انها تفرض على السلع الضرورية، ومن ثم تصبح اشد عبئا على ذوى الدخل المحدودة منه بصورة اكبر من ذوى الدخل المرتفعة، وهذا يجعلها متدرجة تدرجا عكسيا مع مقدرة الممول التكلفة.

وبالرغم من ذلك نجد أن الدول النامية تعتمد بشكل اساسى على ايرادات الضرائب غير المباشرة فى سد العجز بالموازنة العامة للدولة، باعتبارها اكثر تطبيقا لمبدأ عمومية الضريبة، حيث انها تستطيع ان تصل الى كافة المخاطبين بها، من خلال استهلاك السلع الضرورية والكمالية.اضف الى ذلك انها اسهل فى التطبيق من الضرائب المباشرة التي تحتاج الى كفاءة ادارية وفنية.

وإذا كانت الدول المتقدمة قد اعتمدت لفترة على الضرائب المباشرة وخاصة ضرائب الدخل على الافراد والشركات لتمويل الخزنة العامة، الا

(١) د احمد مصطفى معبد - مدى مسايرة القانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥ للمتغيرات الاقتصادية فى مصر- المؤتمر الضريبي العاشر - الجمعية المصرية للمالية العامة والضرائب - ص ٨٧ .

ان هذا الوضع قد تغير بعد الأزمة المالية العالمية فى عام ٢٠٠٨، والتي ادت الى انخفاض كبير وفماجىء فى ايرادات الضريبة على الشركات فى معظم دول العالم، ادت الى قفز الضرائب غير المباشرة مكان الضرائب المباشرة وصارت موضع اهتمام الدول المتقدمة، وخاصة فى أوروبا، لتعويض العجز فى الايرادات الضريبية، فقد بلغت ايرادات الضرائب غير المباشرة، واهمها الضريبة العامة على المبيعات وضريبة القيمة المضافة وغيرها من الضرائب التى تفرض على السلع والخدمات، حوالى ثلث الايرادات الضريبية فى دول منظمة التعاون الاقتصادى والتنمية OECD^(١) ويثور التساؤل اذا ما كان المشرع الضريبي المصري قد تجاهل البعد الاجتماعى وتحقيق العدالة الضريبية عند الانتقال من الضريبة العامة على المبيعات الى ضريبة القيمة المضافة، ام انه حاول أن يحقق الحصيلة الضريبية من جهة والاعتبارات الاجتماعية والعدالة الضريبية من جهة أخرى .

هذا ما سنعرض له على النحو التالى :

المطلب الأول : مقومات العدالة الضريبية فى قانون ضريبة القيمة المضافة.

المطلب الثانى : الاعفاءات الضريبية والعدالة الضريبية فى قانون ضريبة القيمة المضافة .

(٢)د رمضان صديق - مرجع سابق - ص ١٤
وأيضا OECD : Consumption Tax Trends Vat/GSTand excise rates , trend and policy issues , 2014 , p15

المطلب الأول

مقومات العدالة الضريبية فى قانون ضريبة القيمة المضافة

(رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٦)

ذكرنا من قبل ان متطلبات الاصلاح الضريبى فى مصر واهداف التنمية المستدامة ٢٠٣٠، استلزم الانتقال الى نظام الضريبة على القيمة المضافة. كما اوصت به المنظمات الدولية، كالبانك الدولى وصندوق النقد الدولى. واصبحت الحاجة الى اصدار قانون ضريبى شامل هو الاختيار الافضل لاصدار قانون الضريبة على القيمة المضافة^(١).

وبالفعل صدر القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٦ وتم تفعيله والعمل به اعتبارا من اليوم التالى لتاريخ نشره فى الجريدة الرسمية فى ٧ سبتمبر ٢٠١٦ . وما يشغلنا كما ذكرنا من قبل، هو الجوانب والاعتبارات الاجتماعية فى هذا القانون، اى مدى توافر العدالة الضريبية فيه خاصة انه يتعلق بكل فئات المجتمع.

وجدير بالذكر ان. هذا القانون قد استغرق وقتا طويلا من المناقشات فى اللجان المختصة داخل مجلس النواب، نظرا لكونه سيحل محل قانون الضريبة العامة على المبيعات، وفى ذات الوقت يفترض ان يتلافى كافة العيوب والانتقادات التى وجهت لقانون الضريبة العامة على المبيعات، والتى جعلت من الاخير مخالفا لقواعد العدالة الضريبية فى كثير من الأحيان .

وغنى عن البيان ما تتسم به التشريعات الضريبية من نزاع مستمر بين مصالح اطراف القانون المتمثلة فى :
الحكومة والمكلف والمستهلك^(٢)

(١) د رمضان صديق - مرجع سابق - ص ٣٦

(٢) د رمضان صديق - مرجع سابق - ص ٤٥

فالحكومة تهدف الى زيادة حجم الايرادات العامة وخاصة ايرادات الضريبة، باعتبارها ايرادات سيادية تفرضها على المكلف بالقانون، وتمثل موردا هاما من موارد الخزانة العامة، وتمكن الحكومة من القيام بالتزاماتها تجاه المواطن من توفير الخدمات والمرافق العامة .

والمكلف يهدف الى تشريع قانون واضح وسهل في التطبيق ولا يمثل اعاقا لنشاطه او يقلل من ارباحه .

اما المستهلك فيهدف من القانون الضريبي ان يكون عادلا، لا يمس اصحاب الدخل المنخفضة والفقراء، ولا يؤدي الى ارتفاع في الاسعار، ومشجعا للنشاط الاقتصادي حتى يتوفر له فرص عمل تقلل من معدلات البطالة .

وبناء عليه يكون المشرع الضريبي ملزما ان يوازن بين مصالح تلك الاطراف الثلاث حتى يحقق الهدف الرئيسي من التشريع الضريبي. وحقبة الأمر، ان التوازن بين مصالح هؤلاء الاطراف هو ما سوف نبحتة في قانون الضريبة على القيمة المضافة رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٦ من خلال استعراض بعض الموضوعات ذات الصلة بالعدالة الضريبية. والتي يتمثل في:

- سعر الضريبة .
- خصم المدخلات.
- حد التسجيل.

و سنعرض لكل موضوع في فرع مستقل:

الفرع الاول

سعر الضريبة على القيمة المضافة

حدد المشرع فى المادة (٣) من القانون سعر الضريبة على القيمة المضافة. وميز فى ذلك بين اكثر من سعر للضريبة بحسب نوع السلعة او الخدمة فقد نص على ان يكون هناك ثلاثة اسعار للضريبة على النحو التالى :

١. السعر العام الذى يفرض على كافة السلع والخدمات

وهنا ميز المشرع بين مرحلتين لتطبيق السعر العام :
المرحلة الاول : يكون السعر العام للضريبة على السلع والخدمات (١٣%) عن العام المالى ٢٠١٦/٢٠١٧.

وقد اراد المشرع من ذلك ان يحقق قدرا من العدالة الاجتماعية، خاصة فى ظل الانتقال من الضريبة العامة على المبيعات التى كانت تفرض بسعر عام (١٠%).

وكان الهدف من ذلك ان يقلل من الفارق بين سعر ضريبة المبيعات (١٠%) وسعر ضريب القيمة المضافة (١٣%)، وبذلك يقلل من العبء الضريبي المضاف على عائق المخاطبين باحكام هذا القانون. لاسيما ان المكاف المخاطب باحكام هذه الضريبة وفقا لتعريفات المادة (١) من احكام هذا القانون، "هو الشخص الطبيعى او الاعتباري خاصا كان او عاما" المكلف بتحصيل وتوريد الضريبة للمصلحة سواء كان منتجا او تاجرا او مؤديا لسلعة او خدمة خاضعة للضريبة بلغت مبيعاته حد لتسجيل المنصوص عليه فى هذا القانون، وكل مستورد او مصدر او وكيل توزيع لسلعة او لخدمة خاضعة للضريبة مهما كان حجم معاملاته، وكذلك كل منتج او مؤدى او مستورد لسلعة او لخدمة منصوص عليها فى الجدول المرافق لهذا القانون مهما كان حجم معاملاته.

وهذا هو المكلف القانوني بالضريبة الذي يخاطبه القانون بالضريبة على القيمة المضافة الملزم بتوريد الضريبة الى مصلحة الضرائب. وبذلك يكون المشرع الضريبي قد حدد الاشخاص المخاطبين والخاضعين لاحكام هذه الضريبة على سبيل الحصر.

ومع ذلك نجد ان ضريبة القيمة المضافة لكونها ضريبة غير مباشرة، فالمكلف القانوني يستطيع ان ينقل عبء الضريبة على عاتق المستهلك للسلعة او الخدمة الخاضعة للضريبة، وذلك بأن يضيف سعر الضريبة على قيمة السلعة او الخدمة التي يقدمها، وبذلك ينتقل العبء من "المكلف القانوني" الى ما نسميه "بالمكلف الفعلي".

ولذلك نجد ان تزولا على رغبة اعضاء مجلس النواب، تم تقرير سعر الضريبة فى السنة المالية (٢٠١٧/٢٠١٦) بنسبة (١٣%) .

المرحلة الثانية : يكون فيها سعر الضريبة (١٤%) على السلع والخدمات اعتبارا من العام المالى (٢٠١٧/٢٠١٨) ، على ان يتم تخصيص نسبة ١% من الضريبة للانفاق على برامج العدالة الإجتماعية .

وبذلك يكون المشرع الضريبي قد اولى عناية خاصة للعدالة الضريبية. فقد قرر هذه النسبة من حصيلة الضريبة المفروضة بالسعر العام على برامج العدالة الاجتماعية، وفى ذلك تخصيص جزء من الموارد العامة للانفاق على بند معين من بنود النفقات العامة، خروجا على القواعد العامة للموازنة العامة بعدم تخصيص الايرادات، ولكنه مع ذلك لا يخالف القانون. (١)

¹ تنص المادة (٩) من قانون الموازنة العامة للدولة المصرى رقم ٥٣ لسنة ١٩٧٣ على انه "لا يجوز تخصيص مورد معين لمواجهة استخدام محدد الا فى الاحوال الضرورية التى يصدر بها قرار من رئيس الجمهورية وهذا النص لا يمنع من التخصيص ولكنه يقيد بقرار من رئيس الجمهورية و هذا النص لا يمنع التخصيص ولكن يقيد بقرار من رئيس الجمهورية فى احوال محددة، فاذا جاء قانون وهو اعلى فى الادارة التشريعية من القرارات الادارية وقرر تخصيص نسبة من مورد معين لجهة بذاتها او لغرض معين، فان التخصيص يكون جائز بنص القانون. انظر فى ذلك : د رمضان صديق محمد - مرجع سابق - هامش(١) ص ٣٨٣ .

بناء على ما تقدم فإن السعر العام للضريبة له بعد إجتماعى واضح بنص القانون، كما انه راعى التدرج فى السعر لمراعاة الظروف الاجتماعية للمكلفين الفعليين بالضريبة.

٢. الاسعار المنخفضة :

حدد المشرع الضريبي سعر منخفض بصورة استثنائية على الضريبة المضافة بقيمة (٥%) على بعض السلع والخدمات، وقرر ذلك فى المادة (٣) من القانون ويشمل ذلك الالات والمعدات المستخدمة فى انتاج سلعة أو تأدية خدمة، فيما عدا الاوتوبيسات وسيارات الركوب. والهدف من ذلك تشجيع الاستثمار فى هذه السلع والخدمات.

وقد صدر قرار وزير المالية رقم (١٠٦) لسنة ٢٠١٧ محددًا فى المادة (٤) من اللائحة التنفيذية، كافة الشروط والمستندات الواجب توفرها حتى يتم تحصيل الضريبة بسعر منخفض (٥%).

٣. السعر صفر

حددت المادة (٣) فى الفقرة الأخيرة ان يكون سعر الضريبة (صفر) على السلع والخدمات التى يتم تصديرها. وقد حددت اللائحة التنفيذية للقانون فى المادة (٥) كافة الشروط والأوضاع الخاصة بهذه السلع والخدمات التى يتم تصديرها وتخضع للسعر (صفر).

اضف الى ذلك ان المادة (٦) من القانون والمادة (٩) من اللائحة التنفيذية قد قررت خضوع السلع والخدمات لسعر (صفر) على السلع والخدمات المنتجة، ويتم تصديرها من مشروعات المدن والاسواق الحرة الى خارج البلاد. وكذلك ايضا السلع والخدمات المستوردة لهذه المشروعات اللازمة لمزاولة النشاط المرخص به داخل المناطق والمدن والاسواق الحرة عدا سيارات الركوب . وقد وضعنا من قبل معنى السعر (صفر) للضريبة .

وبذلك فهي ضريبة تشجع على التصدير لانها تفرض بسعر (صفر) على الصادرات، مما يمكن المصدر من رد الضريبة على المدخلات المتعلقة بالسلع المصدرة، الامر الذى يقلل من تكلفة التصدير ويتيح للمصدر وضعاً تنافسياً أفضل .

خلاصة القول ان المشرع قد راعى فى تعدد الاسعار للضريبة على القيمة المضافة بشأن السعر العام، والسعر المنخفض، والسعر (صفر)، عدم ارتفاع الاسعار للسلع والخدمات كمنتج نهائى على المستهلك، الا بنسبة ضئيلة ولسلع وخدمات معنية، مما يعنى أنها حاولت مراعاة ظروف وقدرات المستهلك لها .

الفرع الثاني

خصم الضريبة

تحسب الضريبة على القيمة المضافة على سعر البيع ومن ثم فهي تفرض على كل مرحلة من مراحل انتاج السلعة او الخدمة مع خصم ما سبق ادائه من ضريبة فى المرحلة او المراحل السابقة، وهذا يجعلها ضريبة غير تراكمية. فهي تفرض فى النهاية على الاستهلاك النهائى.

ومسألة خصم الضريبة تميزها عن الضريبة العامة على المبيعات التى تفرض تراكمية ولا تسمح بخصم الضريبة الا فى حدود معنية .

وبطبيعة الحال فإن عملية الخصم تتطلب ان يكون لدى المسجل الذى يطلب الخصم فواتير ضريبية، او مستندات متصلة بالضريبة لاثبات انه قام بدفع ضريبة المدخلات او انه مدين بها، ومن ثم يمكن خصم الضرائب التى تم دفعها بالفعل⁽¹⁾.

¹(1) ويعتبر منح المسجل الحق فى خصم الضريبة على المدخلات من اهم خصائص الضريبة على القيمة المضافة، ويسمى بأسلوب خصم الفاتورة VAT INVOICE –CREDIT METHOD، أو منح المسجل حق الانتماء، حيث يسمح للمسجل بخصم من اجمالى الضريبة المستحقة على مخرجاته OUTPUTS، او مبيعاته الضريبة التى اداها على مدخلاته INPUTS، او مشترواته، وذلك عند تقديم الاقرار عن الفترة المحاسبية التى يحددها القانون

وهذا ما نص عليه المشرع في المادة (٢٢) من القانون للمسجل حيث نص على انه "عند حساب الضريبة ان يخصم من الضريبة المستحقة على قيمة مبيعاته من السلع والخدمات ما سبق سداؤه او حسابه من ضريبة على المردودات من مبيعاته وما سبق تحميله من هذه الضريبة على مدخلاته، بما فيها الضريبة السابقة تحميلها على السلع والخدمات المباعة بمعرفة المسجل في كل مرحلة من مراحل توزيعها طبقا للحدود بالشروط والايضاح التي تحددها اللائحة التنفيذية ..".

وحد المشرع الحالات التي يسمح فيها بالخصم وتشمل :

١. ما نص عليه المشرع في المادة (٢٣) من القانون، وهي مبيعات

السلع والخدمات الموردة الى جهات معينة وتشمل، السفارات والمفوضيات والقنصليات غير الفخرية بشرط المعاملة بالمثل، وحدد القانون حالات الاعفاء في هذا الصدد.

٢. مبيعات السلع والخدمات الممولة بمنح، صدر قانون بإعفائها من الضريبة .

والضرائب التي لا يسرى عليها الخصم، وتشمل:

١. ضريبة الجداول سواء على سلع او خدمات خاضعة بذاتها، ام كمدخلات في سلع او خدمات خاضعة للضريبة، وذلك فيما لم يرد به نص خاص في هذا القانون.

٢. ضريبة المدخلات المدرجة ضمن التكلفة.

٣. السلع والخدمات المعفاة.

ويلاحظ فما تقدم، ان المشرع قد قام بتقنين حالات الخصم وعدم الخصم صراحة بدلا من تركها للائحة التنفيذية، تفاديا لشبهة عدم الدستورية وتلافيا

د رمضان صديق - مرجع سابق - ص ٤٠١ وما بعدها
Alan Schenk & Oliver oldman :Value added tax , A comparative approach
,Cambridge university press Cambridge .2007,p.41

لما يثار بشأن عدم خصم الضريبة على مدخلات الجهات المعفاة (الاتفاقيات والمنح وغيرها).

وجدير بالذكر ان خصم الضريبة بالمفهوم السابق، يجعل من ضريبة القيمة المضافة اكثر عدالة ضريبية لاسيما انها تساعد على ضبط الاقتصاد لانها تشجع المكلف على استخدام الفاتورة الضريبية، حتى يستفيد من نظام خصم الضريبة. الامر الذي يقلل من حجم التهرب من الضريبة، كما يوفر حماية وضمان اكبر للمستهلك باعتبار الفاتورة اداة لضمان حق.

كما ان كون الضريبة غير تراكمية يعني انها اكثر تحقيقا للعدالة الضريبية والاجتماعية في تحديد سعر المنتج النهائي .

الفرع الثالث

حد التسجيل

الأصل العام ان يكون هناك ملائمة بين حجم الحصيلة الضريبية وبين الاقتصاد في نفقات التحصيل، حتى تحقق الضريبة الغرض منها .
بمعنى اخر أن لا يكون نفقات تحصيل الضريبة اعلى او متقاربة مع حصيلتها الضريبية والافقدت الهدف او الغرض منها.

وبالرغم من ان الاصل في الضريبة عموميتها، بمعنى انها تطبق على كافة المكلفين بها دون تمييز. ومع ذلك نجد ان الضريبة على القيمة المضافة وفقا للقانون رقم (٦٧) لسنة ٢٠١٦، قد وضعت حدا للتسجيل، بحيث لا يخضع للضريبة الا من تجاوز حد التسجيل المقرر قانونا .

وقد يبدو الامر هنا مخالفا لفكرة العدالة الضريبية، لان فيه خروجا على مبدأ العمومية. ومع ذلك هناك مبررات جعلت المشرع الضريبي يأخذ بفكرة الحد الأدنى للتسجيل،

تتمثل في :

- التعادل والتوازن بين ما يتم توفيره من تكاليف وبين ما يتم فقده من حصيله ضريبية للشرائح التي لا يتوجب عليها التسجيل. فنجد ان حصيله ضريبية المبيعات للمسجلين الذين يحققون اقل من ٥٠٠ ألف جنيه لا تزيد عن (١%) من الحصيله الضريبية.
- أن الهدف، عادة، من تقرير الحد الأدنى للتسجيل يكون عدم إدخال شرائح معينة من المشروعات فى القاعدة الضريبية. ويتمثل ذلك فى المشروعات الصغيرة والمتوسطة نظرا لكونها تتكبد تكاليف مرتفعة نسبيا لأداء الضريبة، مما يؤثر على وضعها التنافسى بشكل كبير.

فى اطار تشجيع الدولة للمشروعات الصغيرة ومتناهية الصغر فان وضع الحد الأدنى للتسجيل يعد محفزا لهذه المشروعات.

وضع حد ادنى للتسجيل يمنع الى حد كبير من محاولات التهرب الضريبى خاصة بالنسبة للمشروعات الصغيرة ومتناهية الصغر .

المشرع قد اعتمد فى المادة (١٦) من القانون على اجمالى المبيعات او رقم الاعمال معيارا لتعيين حد التسجيل الذى يبلغ مايتجاوز ٥٠٠ الف جنيه (خمسمائة الف جنيه) وألزم القانون كل شخص طبيعى او اعتبارى يبيع سلعة او يؤدي حمة خاضعة للضريبة، بلغ او جاوز اجمالى قيمة مبيعاته على السلع والخدمات الخاضعة للضريبة والمعفاء منها خلال الاثنى عشر شهرا السابقة على تاريخ العمل بهذا القانون مبلغ خمسمائة الف جنيه، ان يتقدم الى مصلحة الضرائب بطلب للتسجيل اسمه وبياناته على النموذج المعد لهذا الغرض، وذلك خلال ثلاثين يوما من تاريخ بلوغ رقم مبيعاته حد التسجيل.

وقد اكد المشرع ان بلوغ هذا الحد بعد تاريخ العمل بهذا القانون فى اية سنة مالية او جزء منها، فعليه ان يتقدم للمصلحة لتسجيل اسمه على النحو

المشار إليه، ولا يسرى هذا الإلتزام بالتسجيل على الشخص الطبيعي الذي لا يباشر نشاط بيع سلعة أو أداء خدمة إذا بلغت مبيعاته الحد المشار إليه.

وفى ذات الوقت نجد ان المشرع قد ألزم مستورد السلعة أو الخدمة الخاضعة للضريبة بقصد الإتجار، أو مصدر، أو وكيل توزيع، ان يسجل نفسه لدى المصلحة مهما كان حجم معاملاته.

وفى حالة عدم تقدم المكلف للمصلحة للتسجيل، يعد مسجلا بحكم القانون، ويجوز بقرار من وزير المالية تعديل حد التسجيل المشار اليه.

وغني عن البيان أن ان المشرع بوضع هذا الحد للتسجيل قد راعى المنشآت الصغيرة والمتناهية الصغر التي يقل حجم رقم أعمالها عن نصف مليون جنيه سنويا، ومن ثم لا تخضع للضريبة. وإن كان المشرع ألزم المصدرين والمستوردين ممن يتعاملون فى سلع وخدمات الجدول الخضوع لضريبة القيمة المضافة بغض النظر عن بلوغه حدا معيناً للتسجيل طالما ان يعمل فى مجال الاستيراد، بغرض الإتجار أو التصدير أو توزيع سلعة أو خدمة خاضعة للضريبة مهما كان حجم تعاملاته.

وقد اجاز المشرع فى المادة (١٨) من القانون للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذى لم يبلغ اجمالى مبيعاته من السلع والخدمات الخاضعة للضريبة والمعفاة منها حد التسجيل، ان يتقدم الى مصلحة الضرائب المختصة بطلب لتسجيل اسمه وبياناته طبقاً للشروط والايضاح والإجراءات المحددة فى اللائحة التنفيذية للقانون. وقد يكون السبب فى التسجيل الاختياري أن تعاملته مع عملاء مسجلين لدى الإدارة الضريبية، وانهم يتعاملون فقط مع تاجر مسجل، حتى يتمكنوا من الحصول على إئتمان ضريبي على مشترياتهم منه (١).

(١) انظر فى تفصيل اسباب التسجيل الاختياري د . رمضان صديق - مرجع سابق - ص ١٣٣
وص ١٣٤

وبذلك نجد ان حد التسجيل السالف بيانه، قد اخرج العديد من المشروعات الصغيرة ومتناهية الصغر من التسجيل لدى الادارة الضريبية، بما يقلل من تكلفة الإلتزام على المكلف وعلى الإدارة الضريبية، وهذا يحقق قدرا من العدالة الضريبية.

المطلب الثانى

الإعفاءات الضريبية والعدالة الضريبية فى قانون الضريبة على القيمة المضافة

تعد الضريبة على القيمة المضافة ضريبة غير مباشرة عينية لا تهتم بالإعتبار الشخصى للمكلف بها. كما انها تهدف الى توسيع الوعاء الضريبى ليشمل كافة السلع والخدمات الخاضعة للضريبة.

ومع ذلك، ومراعاة لإعتبارات العدالة، وخاصة لطبقة الفقراء ومحدودى الدخل، والذي يتطلب ان يحصل هؤلاء على السلع والخدمات الضرورية بسعر مناسب لدخولهم، ليس فقط السلع الضرورية، بل ايضا قد يتطلب الأمر مراعاة العدالة فى السلع الكمالية او الاستهلاكية، وهذا يوسع من سلطة المشرع التقديرية بتقدير بعض الإعفاءات عليها.

وغني عن البيان أن الضريبة على القيمة المضافة غير مباشرة، ومن ثم وفي الصعوبة بمكان إعفاء الاشخاص الطبيعية منها، بل يكون الإعفاء على السلع والخدمات الضرورية وشائعة الاستعمال. وكذلك قد يكون الاعفاء الى اشخاص قانونية معينة من الخضوع للضريبة كالحكومة او بعض الوزارات او الهيئات الدبلوماسية والقنصلية .. وغيرها.

ومن نافلة القول، انه التزاما بمبدأ قانونية الضريبة فإن المشرع الضريبى قد التزم بتحديد انواع السلع والخدمات المعفاة على سبيل الحصر والدقة فى نصوص القانون، ولم يترك الامر للائحة التنفيذية. كذلك حدد الجهات التى تعفى من أداء الضريبة على سبيل الحصر، وقد نص عليها فى الفصل

الخامس من القانون رقم (٦٧) لسنة ٢٠١٦، كما ارفق بالقانون الجداول التي تحدد قائمة السلع والخدمات المغفأة من الضريبة على القيمة المضافة. وعليه سنقسم هذا المطلب الى فرعين:

الفرع الأول: الاعفاءات الشخصية للضريبة على القيمة المضافة.
الفرع الثاني: الاعفاءات العينية.

الفرع الأول

الاعفاءات الشخصية

كما ذكرنا من قبل، ان الضرائب غير المباشرة لا تعرف فكرة الاعفاءات الشخصية الا لجهات او مؤسسات معينة ولاغراض واهداف معينة يريد المشرع تحقيقها من هذا الإعفاء، سواء كانت اهداف اقتصادية او سياسية او اجتماعية.

وقد نص المشرع الضريبي في المواد (٢٣) - (٢٤)، (٢٥)، (٢٦)، (٢٧)، (٢٨) من احكام القانون رقم (٦٧٩) لسنة ٢٠١٦ على هذه الإعفاءات.ويمكن حصر هذه الجهات المغفأة على النحو التالي :

اولا: اعفاء السفارات والقنصليات والمفوضيات واعضاء السلكين الدبلوماسي والقنصلي والعاملين الاجانب بالبعثات الدبلوماسية، ويتضمن ذلك وفقا لنص المادة (٢٣) ما يلي:

١. ما يشتري او يستورد للاستعمال الشخصي لاعضاء هذه الجهات، وكذلك ما يشتري او يستورد للاستعمال الشخصي لأزواجهم واولادهم القصر .

٢. ما يشتري او يستورد لهذه الجهات للاستعمال الرسمي، ما عدا المواد الغذائية والمشروبات الروحية والأدخنة.

ويتحدد الإعفاء بسيارة واحدة للاستعمال الشخصي، وخمس سيارات للاستعمال الرسمي لهذه الجهات، وسيارتين للقنصلية. وقد اعطى القانون لوزير المالية بالإتفاق مع وزير الخارجية زيادة هذا العدد.

٣. مايستورد للاستعمال الشخصي بشرط المعاينة، من امتعة شخصية واثاث وادوات منزلية، وكذلك سيارة واحدة مستعملة لكل موظف اجنبي من العاملين فى البعثات الدبلوماسية او القنصلية.

ولا يتسفيد من البند(١) الا بشرط ان يتم الورود خلال ستة اشهر من وصول المستفيد من الإعفاء، ويجوز بالاتفاق بين وزيرى المالية الخارجية الاستثناء من هذا الأصل .

وقد اورد المشرع نصا خاصا يحظر التصرف فى هذه الاشياء المعفاة فى غير الأغراض التى أعفيت من اجلها خلال السنوات الخمس التالية للإعفاء، قبل إخطار مصلحة الضرائب و سداد الضريبة المستحقة عليها وفقا لحالة هذه الاشياء، وقيمتها، وفئة الضريبة السارية فى تاريخ السداد، ما لم يقضى نظام المعاملة بالمثل بغير ذلك.

ويتضح من هذه الاعفاءات لهذه الجهات ان الهدف منها تحقيق اغراض المجاملة والعرف الدولى والاتفاقيات الدولية، التى تبرمها مصر مع المنظمات الدولية والحكومات الاجنبية، بشرط المعاملة بالمثل لبعثات مصر المناظرة لها فى كل دولة.

فهذه الإعفاءات معلقة على شرط المعاملة بالمثل. وبمعنى اخر اذا لم تلتزم أى دولة بمثل هذه الاعفاءات لبعثاتنا المماثلة فى الخارج، فانها تلتزم بأداء ضريبة القيمة المضافى فى مصر .

ثانيا : الجهات الحكومية والهيئات العامة :

نص المشرع فى المادة (٢٨) من احكام قانون الضريبة على القيمة المضافة على أن " يعفى من الضريبة كافة السلع والمعدات والاجهزة

والخدمات المعينة في هذا القانون، اللازمة لأغراض التسليح للدفاع والامن القومي، وكذلك الخامات ومستلزمات الإنتاج والاجزاء الداخلة في تصنيعها. ويتضح من هذا النص ان المشرع قرر هذا الاعفاء لمستلزمات واحتياجات وزارة الدفاع، والخدمات الخاصة لاغراض التسليح للدفاع والامن القومي، والخامات ومستلزمات الإنتاج والاجزاء الداخلة في تصنيعها. وقد أوضحت اللائحة التنفيذية في المادة (٣٤) شروط واجراءات تقرير هذا الإعفاء.

ومن الاستقراء النص، يتضح ان الهدف من تقرير هذا الاعفاء تحقيق اعتبارات الدفاع والامن القومي للبلاد، وبالتالي يصبح هذا الإعفاء له مبرراته الامنية الخاصة بالدفاع عن الدولة المصرية. وبذلك يمكن القول ان هذه المادة (٢٨) تسرى على احتياجات كل الجهات المتخصصة في مجال التسليح للدفاع والامن القومي وتشمل:

١. وزارة الدفاع.
٢. وزارة الداخلية.
٣. وزارة الانتاج الحربى.
٤. الهيئة العربية للتصنيع.
٥. هيئة الأمن القومي.

وجدير بالملاحظة أن هناك شرطا يتعلق بإعفاء هذه السلع والخدمات، ان تكون مخصصة لأغراض التسليح للدفاع والامن القومي ومستلزمات الإنتاج، والاجزاء الداخلة في تصنيعها فقط، اما غير ذلك فإنه يخضع للضريبة. فلا يجوز بأى حال من الاحوال التوسع في تفسير النص، لأن ذلك فيه مخالفة دستورية وقانونية لقاعدة قانونية الضريبة.

■ ومن ضمن الجهات التى تعفى من أداء الضريبة على القيمة المضافة لكونها تقدم خدمات عامة، الجهات القضائية والتشريعية. حيث انهما

تابعين لمرفق حكومى _ مرفق القضاء ومجلس النواب_ ومن ثم فإن كافة الخدمات التى يقدمونها، سواء للحكومة او الجمهور، تعفى من الضريبة (١).

■ كما تشمل هذه الجهات الخدمات للجهات الدينية، بإعتبار ان خدمات هذه الجهات لا تهدف الى الربح، وانها تسعى الى ان تقوم بوظيفة دينية وإجتماعية.

ولذلك فقد اعفى المشرع بعض الخدمات التى تقدمها الجهات الدينية (كالمساجد والكنائس) من الضريبة على القيمة المضافة، وحددها بخدمات معينة. وذلك فى البند (٤٢) من قائمة السلع والخدمات المعفاة، حيث نص على ان بعض الخدمات التى تؤدى لإنشاء وصيانة دور العبادة، والخدمات التى تؤديها دور العبادة.

الغرض الاساسى من هذا الإعفاء ان هذه الجهات لا تسعى الى تحقيق الربح بل تقدم خدمات عامة ومن ثم تعفى من أداء الضريبة .

■ كما تعفى المتاحف من الضريبة، حيث المعفى المشرع خدمات المتاحف التى يصدر بها قرار من وزير المالية بناء على توصية من الوزير المختص (بند ٤٦). بإعتبار انها تقدم خدمات ذات طبيعة تاريخية وأثرية و تراثية.

■ اعفاءات اخرى وردت فى القانون فى المادة (٢٦) ويشمل:

١. العينات التى تستهلك لأغراض التحليل فى المعامل الحكومية.

٢. الاشياء والمتعلقات الشخصية المجردة من اى صفة تجارية،

كالنياشين والميداليات والجوائز الرياضية والعلمية، بشرط عدم

التصرف فيها لمدة خمس سنوات.

¹ وجدير بالذكر ان خدمات المحامين والمستشارين المستقلين تخضع للضريبة على القيمة المضافة الانتقائية او ما يسمى بضرريبة الجدول بسعر ١٠% من القيمة المدفوعة فعلا. انظر فى تفصيل ذلك د رمضان صديق - مرجع سابق - ص ٤٥٧ وفى الهامش رقم (١)

٣. المهمات التي ترد من الخارج دون قيمة بدل تالف او ناقص،
عن رسائل سبق توريدها او رفض قبولها، وحصلت الضريبة
عليها كاملة في حينها، بشرط ان تتحقق مصلحة الجمارك من
ذلك.

٤. الأمتعة الشخصية الخاصة بالمسافرين القادمين من الخارج.
٥. الأشياء التي تم سداد الضريبة عليها وصدرت للخارج ثم اعيد
استيرادها بذاتها، بشرط ان تتحقق مصلحة الجمارك من ذلك .

الفرع الثاني

الإعفاءات العينية

بالرغم أن الضريبة على القيمة المضافة هي ضريبة حيادية تفرض على نطاق واسع تشمل كافة السلع والخدمات لتوسيع القاعدة الضريبية لتحقيق عدالة أكبر، الا ان المشرع قام بتحديد حزمة من الإعفاءات على السلع والخدمات، مراعاة للبعد الاجتماعي والاقتصادي لمستهلكي تلك السلع والخدمات من الفقراء ومحدودي الدخل .

وجدير بالذكر أن الإعفاءات العينية لا تتناول اشخاص او جهات معينة، بل تتعلق بالسلعة او الخدمة نفسها. وهذا يتماشى مع كون الضريبة على القيمة المضافة ضريبة غير مباشرة، يكون الإعفاء على السلعة او الخدمة موضوع الضريبة. ونظرا لان الضرائب غير المباشرة تلعب دورا ماليا واقتصاديا هاما للغاية في الاقتصاد المصري، حيث لازالت تمثل اكثر من (٦٠%) من اجمالي حصيلة الإيرادات السيادية في الموازنة العام للدولة^(١)، فإن المشرع يحاول ان يوسع من نطاقها وخاصة في الدول النامية، حيث تصيب اصحاب الدخل المحدودة ممن يصعب الوصول إليهم بالضرائب المباشرة^(٢).

(١) د اسامة الفولى -النظام الضريبي المصري - دار الجامعة الجديدة سنة ٢٠٠٨ - ص ١٢٧ .
(٢) يرجع اعتماد الدول النامية على الضرائب غير المباشرة الى سببين رئيسيين: الادارة والاقتصاد. حيث تعد هذه الضرائب اسهل في تطبيق من الضرائب المباشرة التي تتطلب كفاءة ادارية وفنية

ومع ذلك نجد ان المشرع الضريبي فى القانون رقم (٦٧) لسنة ٢٠١٦، قد راعى البعد الاجتماعى والظروف الاقتصادية والسياسية التى تمر بها الدولة المصرية، وقرر مجموعة من الإعفاءات العينية خاصة ما يمس غير القادرين ومحدودى الدخل.

وقد حدد ذلك فى جدول بقائمة السلع والخدمات المعفاة من الضريبة على القيمة المضافة الملحق بالقانون.

وجدير بالذكر ان هذه الاعفاءات يمكن تقسيمها الى نوعين :

أ- سلع اساسية.

ب- وخدمات اساسية.

وسنتناول توضيح كل منهما.

١. السلع الأساسية :

وهى تلك السلع التى يستعملها اصحاب الدخل المحدودة بنسب اكبر من اصحاب الدخل المرتفعة، ولذلك اخذ المشرع فى إعتباره ان لا يرتفع عنها بمقدار سعر الضريبة على القيمة المضافة فحددها فى الاعفاءات وتشمل:

١. ألبان الأطفال، وألبان ومنتجات صناعة الألبان، والمنتجات المتحصل عليها من اللبن بواسطة استبدال عنصر أو أكثر من عناصره الطبيعية.

٢. محضرات أغذية الاطفال.

٣. البيض عدا المبستر منه.

٤. الشاى والسكر والبن.

عالية لا تتوافر فى الدول النامية. كما انها ترتبط بالاتفاق المستهلكى حيث تعطى تلك الضريبة ميزة بانها تفرض بمعدلات عالية على الكماليات. حيث تمتاز الدول النامية بنمط السلوك الاستهلاكى العالى. د امين السيد لطفى _ المحاسبة عن ضريبة المبيعات بين النظرية والتطبيق - القاهرة - بدون دار وسنة نشر - ص ٢

٥. منتجات المطاحن فيما عدا الدقيق الفاخر أو المخمر المستورد من الخارج.
٦. الخبز بجميع أنواعه.
٧. المكرونة عدا المكرونة التي يدخل في صناعتها السيموليننا.
٨. الحيوانات والطيرو الحية او المذبوحة الطازجة او المبردة او المجمدة.
٩. محضرات وأصناف محفوظة أو مصنعة أو مجهزة من اللحوم.
١٠. الأسماك والكائنات المائية الطازجة او المبردة او المجمدة.
١١. محضرات وأصناف محفوظة أو مصنعة أو مجهزة من الاسماك والرنجة المدخنة، فيما عدا الكافيار إبداله وباقي انواع الاسماك المدخنة.
١٢. المنتجات الزراعية التي تباع بحالتها الطبيعية، بما فيها البذور والتقاوى الشتلات عدا التبغ.
١٣. الحلاوة الطحينية، والطحينة، والعسل الاسود وعسل النحل.
١٤. الخضر والفواكه المصنعة محليا عدا البطاطس والعصائر ومركزاتها.
١٥. البقول والحبوب وملح الطعام والتوابل المصنعة.
١٦. المأكولات التي تصنع او تباع للمستهلك النهائى مباشرة من خلال المطاعم والمحال غير السياحية التي تتوافر فيها الاشرطاطات التي يصدر بتحديدھا قرار من وزير المالية .
١٧. تنقية او تحلية او توزيع المياه عدا المياه المعبأة.
١٨. البترول الخام.
١٩. الغاز الطبيعى وغاز البوتين (البوتاجاز).
٢٠. المواد الطبيعية بما فيها منتجات المناجم والمحاجر بحالتها الطبيعية.

٢١. الذهب الخام والفضة الخام.
٢٢. انتاج او نقل او بيع او توزيع التيار الكهربائي.
٢٣. بقايا ونفايات صناعة الاغذية ونفايات الورق.
٢٤. أغذية محضرة للحيوانات والطيور والاسماك (محضرات علفية)
فيما عدا ما يستخدم لتغذية القطط والكلاب واسماك الزينة.
٢٥. ورق صحف وورق طباعة وكتابة.
٢٦. الكراسات والكشاكيل والكتب والمذكرات التعليمية، والصحف
والمجلات.
٢٧. الطوابع البريدية والمالية.
٢٨. بيع وتأجير الاراضى الفضاء والاراضى الزراعية والمباني
والمحلات السكنية وغير السكنية.
٢٩. النقود الورقية والمعدنية المتداولة والعملات التذكارية.
٣٠. سفن اعالي البحار الواردة قرين البنود المبينة فيما يلى بالتعريفه
الجمركية المنسقة.

بند التعريفه				مسلسل
١٠	١٠	٠١	٨٩	١
١٠	٠٢	٠١	٨٩	٢
	٠٣	٠١	٨٩	٣
			١٠	٤
١٠	٠٩	٠١	٨٩	٥
٠٣	٠٠	٠٢	٨٩	

٣١. الطائرات المدنية، ومحركاتها، وأجزاءها، ومكوناتها، وقطع
غيرها، والمعدات اللازمة لاستخدامها، وكذلك الخدمات التي تقدم
لهذا الطائرات داخل الدائرة الجمركية سواء كانت هي أو محركاتها
أو أجزاءها، ومكوناتها، وقطع غيرها، ومعدات والخدمات التي تقدم
لها، مستوردة أو محلية، وذلك طبقاً للحكام والقواعد الواردة باتفاق
التجارة في الطائرات المدنية الصادر بشأنها قرار رئيس الجمهورية
رقم ٤١٤ لسنة ١٩٨٣.

٣٢. مقاعد ذات عجل وأجزاءها وقطعها المنفصلة، وأعضاء الجسم
الصناعية وأجزاءها، وأجهزة تسجيل السمع للصم وأجزاءها،
وغيرها من الأجهزة التي تلبى أو تحمل أو تزرع في الجسم
لتعويض نقص أو عجز أو عاهة وأجزاءها ولوازمها وأجهزة الغسيل
الكلوي وأجزاءها ولوازمها بما فيها مرشحات الكلى الصناعية
وحضانات الأطفال.

٣٣. العمليات المصرفية التي يقتصر مباشرتها قانوناً على البنوك دون
غيرها.

٣٤. بيع وشراء العملة بشركات الصرافة والبنوك .

ب. الخدمات الأساسية:

ذكرنا من قبل ان الضريبة على القيمة المضافة قد اخضعت كافة الخدمات
للضريبة، توسيعاً للقاعدة الضريبية مع الحفاظ على مبدأ إعفاء السلع
والخدمات الأساسية التي تمس الفقراء ومحدودي الدخل.

ولمقتضيات العدالة الضريبية فقد قرر المشرع مجموعة من الإعفاءات
للخدمات الأساسية وتشمل:

١. خدمات صندوق توفير البريد المصرفية.
٢. الخدمات المالية غير المصرفية الخاضعة لاشراف ورقابة الهيئة العامة للرقابة المالية .
٣. خدمات التأمين واعادة التأمين.
٤. خدمات التعليم والتدريب والبحث العلمى.
٥. الخدمات الصحية فيما عدا عمليات التجميل والتخسيس لغير الاغراض الطبية.
٦. خدمات النقل البرى للأشخاص بما فى ذلك النقل الذى يتم بواسطة سيارات الاجرة عدا خدمات النقل السياجى والنقل المكيف بين المحافظات وتأجير السيارات الملاكى.
٧. النقل المائى الداخلى غير السياحى للأشخاص، والنقل الجوى للأشخاص.
٨. الخدمات التى تؤدى لإنشاء وصيانة دور العبادة، والخدمات المجانية التى تؤديها دور العبادة
٩. الخدمات المجانية التى يتم بثها من خلال الاذاعة والتلفزيون او اى وسيلة اخرى.
١٠. خدمات الانترنت الارضى (تعفى لمدة عام من تاريخ العمل بقانون الضريبة على القيمة المضافة).
١١. الخدمات المكتبية التى تقدمها المكتبات العامة او التابعة للمنشآت التعليمية او المراكز البحثية او الثقافية بكافة انواعها.
١٢. خدمات المتاحف التى يصدر بها قرار من الوزير بناء على توصية من الوزير المختص.
١٣. الفنون التشكيلية واعمال التأليف والنشر الادبى والفنى بأنواعه.
١٤. خدمات وكالات الانباء.

١٥. خدمات استزراع واستنبات ورعاية الارض والمحاصيل، وعمليات الحصاد وتوريد العمالة الزراعية .
١٦. اشتراكات النقابات والهيئات الخاضعة لقانون الهيئات الرياضية بما فيها النوادي الرياضية ومراكز الشباب التي تشرف عليها وزارة الشباب والرياضة، وكذا اشتراكات الجمعيات الاهلية والاجتماعية التي تشرف عليه وزارة التضامن الاجتماعي.
١٧. خدمات تجهيز ونقل ودفن الموتى.
١٨. السيارات المجهزة طبيا للمعاقين.
١٩. النفقات المتحصل عليه من تدوير القمامة.
٢٠. الاجهزة الناطقة للمكفوفين والاجهزة التي تعمل بطريقة برايل للمكفوفين و البرمجيات و الرسائل التعليمية الخاصة بالمكفوفين.
٢١. (ا) الادوية والمواد الفعالة الداخلة في انتاجها (محلى).
(ب) الادوية والمواد الفعالة الداخلة في انتاجها (مستورد).
٢٢. الخدمات التعليمية التي يقوم بها الاقسام والمدارس والمعاهد والكليات والجامعات التي تقوم بتدريس مناهج ذات طبيعة خاصة (الدولية).
٢٣. الخدمات الاعلانية .
- وبذلك يكون المشرع قد قرر ما يقارب من اعفاء(٥٧) سلعة وخدمة من الخضوع للضريبة خروجاً عن الاصل العام.
- وغنى عن البيان، ان هذه الاعفاءات العينية من شأنها ان تحقق قدراً كبيراً من العدالة الاجتماعية وتقلل من العبء الضريبي على اصحاب الدخل المحدودة والفقراء.
- وجدير بالذكر انه بالرغم من كون المشرع قد راعى البعد الاجتماعي فى تقرير الاعفاءات من الضريبة على القيمة المضافة الا انه من الصعوبة بمكان تحديد الربط بين القانون والعدالة الضريبية خاصة فى التطبيق العملى.

وبتعبير اخر ان كانت الضريبة على القيمة المضافة تخفف العبء على
المخاطبين بها من اصحاب الدخل المحدودة، الا ان الامر مرتبط بقيام
الحكومة باداء واجبها فى منع جشع التجار من جهة، وقيام مصلحة الضرائب
المختصة بالقيام بتوعية موظفيها بفنيات هذا القانون، حتى يتم تطبيقه على
افضل نحو ممكن من جهة اخرى.

وخلاصة القول ان المشكلة تتمثل في ادارة تطبيق القانون من حيث الواقع
العملي حتى

يتسنى لنا القول ان الإعفاءات قد حققت المنوط بها وهى العدالة الضريبية
والاجتماعية.

الخاتمة والتوصيات

بعد أن إستعرضنا في هذا البحث ، الجوانب الإجتماعية والعدالة الضريبية في قانون الضريبة على القيمة المضافة رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٦، ومحاولات المشرع مراعاة البعد الإجتماعي لتلافي كافة الإنتقادات التي وجهت لقانون الضريبة على المبيعات رقم ١١ لسنة ١٩٩١ وتعديلاته. يمكن القول بأن قانون الضريبة على القيمة المضافة، الذي عرفه النظام الضريبي المصري لأول مرة بصدور هذا القانون، قد حقق بنصومه، بشكل كبير، العدالة الإجتماعية والضريبية المنشودة منه.

وجدير بالذكر أن من أهم القطاعات التي يمكن أن تستفيد من ضريبة القيمة المضافة القطاع غير الرسمي. حيث يمكن تحفيز القطاع غير الرسمي للإندماج في القطاع الرسمي للدولة^(١). إذ يعد نظام رد الضريبة على المدخلات حافزاً له على الإنضمام إلى القطاع الرسمي عبر المراحل المختلفة للإنتاج والتداول .

وبمعنى أوضح إذا لم تلتزم الشركة المورد للمدخلات بسداد قيمة الضريبة المضافة، يصبح الحافز للإمتثال الضريبي لدى المشتري منها أقل لعدم قدرته على المطالبة بإسترداد الضريبة التي سدها على مدخلاته. ومن ثم يصبح من الضرورة تحفيز منتجي المدخلات الأوليه على التسجيل والإمتثال الضريبي ، من خلال إيجاد نظام بسيط وسريع لتحصيل قيمة الضريبة على القيمة المضافة. وفي ذلك إستفادة للإقتصاد الرسمي والخروج من العديد من المشاكل نتيجة التوسع الضخم في حجم الإقتصاد غير الرسمي والذي بلغ حجمه تقريباً (٦٠%) من حجم الإقتصاد الكلي وتعاملاته السنوية تتجاوز ٢,٢ تريليون جنيه وفقاً لأخر إحصائيات البنك الدولي في ٢٠١٦.

وغني عن البيان ، أن مراعاة العدالة الضريبية في نصوص القانون لايعني دائماً إمكانية التطبيق العملي والفعلي له على أرض الواقع. مما قد

يثير تعسف القانون وعدم مراعاته للبعد الإجتماعي للمخاطبين بأحكامه ، وخاصة أصحاب الدخل المحدودة.

ويرجع ذلك لعدة اسباب تتلخص في أسباب رقابية وإدارية وأخيراً تشريعية

:

أسباب رقابية: ضرورة إجراء رقابة مستمرة وصارمة على الأسواق المصرية من جانب الجهات المعنية. وذلك لمنع جشع التجار ، ورغبتهم في تعظيم معدلات أرباحهم ، خاصة، مع إستغلال إنخفاض الوعي الضريبي لفئة كبيرة من المخاطبين بأحكام هذا القانون، وعدم العلم الكافي بالسلع والخدمات المعفاة من ضريبة القيمة المضافة. ويكون ذلك سبباً في رفع أسعار السلع والخدمات المعفاة من الضريبة ، تحت بند الخضوع، وبذلك يحقق هؤلاء التجار أرباحاً طائلة على حساب الفئات محدودة الدخل ، والتي راعى المشرع بشأنهم البعد الإجتماعي. وبذلك تبدو الضريبة ظالمة للمخاطبين بها.

أسباب إدارية: ضرورة خضوع موظفي ومأموري مصلحة الضرائب على القيمة المضافة إلى دورات تدريبية مكثفة للتعامل مع تطبيق ضريبة القيمة المضافة، ومن ثم إمكانية تطبيقها على نحو يحقق الهدف منها. فالواقع العملي أثبت أن العديد منهم يتعامل مع ضريبة القيمة المضافة كبديل مماثل عن ضريبة المبيعات ، دون أن يكون لديه الخبرة والعلم الكافي بالجوانب الفنية وخصوصية الضريبة على القيمة المضافة ، والتي تختلف تماماً عن ضريبة المبيعات. وهذا من شأنه أن يؤدي إلى ضياع البعد الإجتماعي المنوط منها.

أسباب تشريعية: إعادة النظر في بعض نصوص قانون ضريبة القيمة المضافة ، الخاصة بتشجيع التصنيع المحلي. فقد نص المشرع على فرض سعر ضريبة (5%) على السلع الرأسمالية من الآلات والمعدات ، وكان أولى به أن يفرض الضريبة بسعر (صفر) عليها ، بإعتبارها أكثر تحقيقاً للعدالة وتشجيعاً للصناعة من خلال تخفيض الإنفاق الإستثماري. وهذا ما يحتاجه

الإقتصاد المصري ، من أجل تشجيع التصدير والقدرة على المنافسة في
التجارة الدولية، في الوقت الراهن.
وبناء على ما تقدم نطالب كافة مؤسسات الدولة بذل الجهد لتحقيق
الهدف الإجماعي والعدالة الضريبية من تطبيق قانون الضريبة على القيمة
المضافة رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٦ .

قائمة المراجع:

أولا باللغة العربية:

١. د. احمد جامع، علم المالية العامة، مكتبة سيد عبدالله وهبة، سنة ١٩٦٥.
٢. د احمد مصطفى معبد - مدى مسايرة القانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥ للمتغيرات الاقتصادية في مصر - المؤتمر الضريبي العاشر - الجمعية المصرية للمالية العامة والضرائب.
٣. د اسامة الفولى - النظام الضريبي المصرى - دار الجامعة الجديدة سنة ٢٠٠٨.
٤. د السيد عبد المولى - المالية العامة المصرية - دار النهضة العربية _ ١٩٩٣.
٥. د أمنية أمين حلمي، الضريبة على القيمة المضافة في مصر بين الكفاءة و العدالة،
مجلة قضايا برلمانية، السنة الرابعة، العدد ٥٠، يوليو ٢٠١٦.
٦. د امين السيد لطفى _ المحاسبة عن ضريبة المبيعات بين النظرية والتطبيق - القاهرة،
بدون دار وسنة نشر.
٧. د رفعت المحجوب - المالية العامة _ دار النهضة العربية _ سنة ١٩٧٥.
٨. د. رمضان صديق محمد: - الضريبة على القيمة المضافة في التشريع المصري و
المقارن، دار النهضة العربية بالقاهرة، ٢٠١٧.
- الضرائب بين الفكر المالى والقضاء الدستورى - دراسة تحليلية اهم
الأحكام بعدم الدستورية واثارها كلية الحقوق - جامعة حلوان ١٩٩٧.
٩. د رنا عبد الرازق، دور المسؤولية الإجتماعية في ظل سيادة طريقة الإنتاج
الرأسمالية، رسالة دكتوراه _ كلية الحقوق جامعة الإسكندرية _ ٢٠١٤.

١٠. د زكريا بيومي، شرح قانون الضريبة العامة على المبيعات، مكتبة شادي، سنة ١٩٩٣.
١١. د سعيد عبدالمنعم محمد، الضريبة العالمية على المبيعات (تأصيل علمي و عملي) مكتبة عين شمس، ٢٠٠٣.
١٢. د سوزي عدلي ناشد: - الوجيز في المالية العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر، لسنة ٢٠٠٠.
- اساسيات المالية العامة، منشورات المجلة الحقوقية، سنة ٢٠٠٩.
- محاضرات في الاقتصاد السياسي، ٢٠١٩م، دار المطبوعات الجامعة.
- اساسيات المالية العامة، ٢٠٠٩م، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.
- ظاهرة التهرب الضريبي الدولي و اثارها على اقتصاديات الدول النامية، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٩م.
١٣. د صابر يونس بربك، دور الضريبة العامة على المبيعات في تمويل التنمية الاقتصادية في مصر و مدى امكانية تطويرها الى ضريبة على القيمة المضافة، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٦م.
١٤. د عاطف محمد موسى -العدالة الضريبية فى التشريع الضريبي المصرى بين النظرية و التطبيق - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية - لسنة ٢٠١١.
١٥. د عبد المولى محمد مرسي، قانون ضريبة القيمة المضافة ٦٧ لسنة ٢٠١٦ شرح وافي لأحكام القانون مقارنة بالدول المطبقة فيها، دار النهضة العربية، ٢٠١٧.
١٦. د محمد حلمى مراد - مالية الدولة - مطبعة نهضة مصر - ١٩٥٧.
١٧. د محمود السيد الناغي_ إعادة هيكلة النظام الضريبي للتوافق مع محاور استراتيجية التنمية المستدامة مصر ٢٠٣٠_ المؤتمر العلمي الضريبي الرابع والعشرين ٢٠١٦ بعنوان دور الضرائب في تحقيق إستراتيجية ٢٠٣٠

_ الجمعية المصرية للمالية العامة والضرائب- مركز الدراسات المالية
والضريبية ٢٠١٦.

١٨. د محمود رياض عطية ، موجز في المالية العامة - دار المعارف -
القاهرة - ١٩٦٩.

١٩. د محمود طنطاوي الباز، محاضرات في ادوات و اقتصاديات المالية
العامة، لسنة ١٩٨٦.

٢٠. د يحيي عبد الغني عبد الموجود، دور الضريبة على القيمة المضافة في
اطار السياسة

المالية في الدول النامية مع الاشارة الى مصر، رسالة دكتوراه، كلية
التجارة، جامعة
الاسكندرية.

٢١. تقرير اللجنة المشتركة من لجنتي الخطة و الموازنة و الشؤون الدستورية
و التشريعية
بمجلس النواب.

٢٢. ستراتيجية التنمية المستدامة_رؤية مصر ٢٠٣٠.

٢٣. مشروع خطة التنمية المستدامة للعام المالي ٢٠١٦/ ٢٠١٧ وزارة
لتخطيط و المتابعة و الاصلاح الاداري.

ثانيا باللغة الاجنبية:

1. Adam Smith: Wealth of Nations-volume II , London ,
Fourth Edition _ 1995.
2. Alan A. Tait :Value Added Tax ,International
practice and
problems,International Monetary fund
Washington,D.C ,1988.
3. Alan Schenk &Oliver oldman :Value added tax , A
comparative

- approach ,Cambridge university press Campridge .2007.
4. Malcolm Gillis,Carl S. Shoupand, Gerardo P. Sicat:
VALUE
Added taxation in Developing Countries,A world
Bank
Symposium,1990.
 5. OECD : Consumption Tax Trends Vat/GSTand
excise rates , trend and policy issues , 2014.
 6. Deloitte:Global indirect tax rates,last
updated:September 2018.

**لمواجهة فوضى الإفتاء الدينى
القضاء الإداري يناشد المشرع تجريم الإفتاء من غير أهله**

د. فتوح الشاذلى

كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

انتشرت في مصر في السنوات القليلة الماضية فتاوى شاذة، يشيب من هولها وشذوذها الولدان، مثل فتوى جواز معاشرة الرجل جنسيا زوجته المتوفاة ، أو فتوى جواز المعاشرة الجنسية للبهائم، أو التمتع بالأسيرات، أو إمكان زواج البنت أياً كان عمرها... الخ. وفي فترات سابقة رأينا من أفتى بجواز إرضاع الكبير، وبحرمة تهنئة غير المسلمين بأعيادهم، أو نعتهم بالكفار أصحاب العقائد الفاسدة. وفي بداية شهر رمضان، خرج علينا أحد الكتاب بمقولة أنه لايجد حكمة لصيام رمضان غير أنه قرار سيادي من الله... إلى آخر هذه الآراء التي لا تتفق مع صحيح الدين، وتسئ إلى الأديان السماوية كافة، ومن شأنها إثارة الفتن بين المواطنين وبث روح الفرقة وعدم الاستقرار في المجتمع ، كما أنها تقدم لأصحاب الفكر المتطرف والإرهابيين ذرائع لتبرير سلوكهم غير المشروع.

من أجل ذلك أعدت لجنة الشؤون الدينية بمجلس النواب المصري مشروع قانون لتنظيم الفتوى ، أرسل إلى الأمانة العامة للمجلس لمناقشته، ونأمل أن يرى النور قريباً، لأنه كما قيل على وشك الصدور.

لكن القضاء الإداري كان سابقاً كعادته في توجيه المشرع والمجتمع، بكافة فعالياته وسلطاته، إلى خطورة العواقب التي تترتب على فوضى الإفتاء، فقد اهتمدنا إلى حكم، صدر في سنة ٢٠١٥، يؤكد سبق القضاء الإداري المصري إلى تنبيه المشرع لضرورة تنظيم موضوع الإفتاء الديني، ووضع الضوابط لترشيده، للحيلولة دون الإفتئات عليه، والتجرو على الدين والإدعاء عليه بما هو منه براء.

ونشير فيما يلي إلى مناسبة صدور الحكم، كما حددتها وقائع الدعوى، ومضمون الحكم ، والضوابط التي نراها لازمة، كي لا يكون تنظيم الإفتاء نريعة لتقييد حرية الرأي والتعبير، والقضاء على الفكر الديني

المعاصر المجدد المستتير.

أولاً: وقائع الدعوى:

صدر الحكم بتاريخ ٢٦ يناير ٢٠١٥ من محكمة القضاء الإداري بالأسكندرية (دائرة البحيرة)، برئاسة الأستاذ المستشار الدكتور/ محمد عبد الوهاب خفاجي - نائب رئيس مجلس الدولة- في الدعوى رقم ٢٩٤٠ لسنة ١١ قضائية، المقامة من نبيل محمد عوض رجب ضد وزير الأوقاف (بصفته).

تتلخص الوقائع التي صدر فيها الحكم المذكور، في أن المدعى أقام دعواه مطالباً بوقف تنفيذ وإلغاء قرار وزير الأوقاف رقم ٥٢ لسنة ٢٠٠٥، فيما تضمنه من ضم الزاوية التي أقامها للصلاة بشبراخيت بمحافظة البحيرة إلى وزارة الأوقاف، ضمن سبعة وستين زاوية بمختلف مراكز وقرى محافظة البحيرة. واستند المدعى في دعواه إلى تعارض قرار وزير الأوقاف مع الدستور، لاعتدائه على حق الملكية الخاصة ومساسه بحرية العقيدة.

وبجلسة ٢٧ يونيو ٢٠١١، حكمت المحكمة برفض طلب وقف تنفيذ قرار وزير الأوقاف، وأحالت الدعوى إلى هيئة مفوضي الدولة لتحضيرها، وإعداد تقريرها بالرأي القانوني في الموضوع. وأودعت هيئة مفوضي الدولة تقريرها، الذي ارتأت فيه طلب الحكم برفض دعوى الإلغاء.

ثانياً: مبررات رفض إلغاء قرار وزير الأوقاف:

استعرضت المحكمة النصوص الدستورية والقانونية المتعلقة بالأزهر الشريف ومسؤوليته الدعوية، وفي نشر علوم الدين واللغة العربية (م ٧ من الدستور)، والنص الدستوري المتعلق بالملكية الخاصة المصونة التي لا تتزع

إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض عادل يدفع مقدماً وفقاً للقانون (م ٣٥ من الدستور)، وحظر المصادرة العامة للأموال، وعدم جواز المصادرة الخاصة إلا بحكم قضائي (م ٤٠ من الدستور)، وحق تكوين الجمعيات والمؤسسات الأهلية بمجرد الإخطار (م ٧٥).

وسجل الحكم المادة الأولى من القرار بقانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٦٠، الذي أضاف إلى قانون تنظيم وزارة الأوقاف (م ١) فقرة أخيرة، نصها "وتتولى أيضاً الإشراف على إدارة الزوايا التي يصدر بتحديدتها قرار من وزير الأوقاف وتوجيه القائمين عليها لتؤدي رسالتها الدينية على الوجه الصحيح". والمادة الثانية من القرار بقانون رقم ٥١ لسنة ٢٠١٤ بتنظيم ممارسة الخطابة والدروس الدينية في المساجد وما في حكمها، بقصر الخطابة والدروس الدينية بالمساجد وما في حكمها على المتخصصين بوزارة الأوقاف والوعاظ بالأزهر الشريف المصرح لهم، ومن يرخص لهم من غيرهم وفقاً للضوابط التي يصدر بها قرار من وزير الأوقاف. والمادة الرابعة من ذات القانون التي تعاقب بالحبس والغرامة أو إحداهما^(١) كل من قام بممارسة الخطابة أو أداء الدروس الدينية بالمساجد أو ما في حكمها بدون تصريح أو ترخيص، وتضاعف العقوبة في حالة العود ...

واستخلصت المحكمة من جماع هذه النصوص، أن الدستور والقانون حصراً مسؤولية الدعوة والخطابة في الأزهر ووزارة الأوقاف، وعهد القانون إلى وزارة الأوقاف مهمة إدارة المساجد والزوايا والإشراف عليها بعد تسليمها وضمها إليها، وذلك ضماناً لقيام هذه المساجد برسالتها في نشر الدعوة الإسلامية على خير وجه، وبهذه المثابة فإن ضم جميع المساجد

(١) العقوبة هي الحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة والغرامة من عشرين إلى خمسين ألف جنيه.

والزوايا لوزارة الأوقاف وإشرافها عليها، يعد احتراماً لقدسية المنبر، وتطهيراً لأفكار الدعاة، وصوناً لجوهر الدعوة الإسلامية، وتحقيقاً لغاياتها.

وأكد الحكم أن إشراف وزارة الأوقاف على جميع المساجد والزوايا في المدن والقرى، يكفل تحقيق الأغراض العليا للتعليم الديني العام وتوجيه النشئ وحمايتهم من كل تفكير قائم على العنف معتد أثيم، ويقضي على مظاهر البدع والخرافات التي تتال من الفطرة السليمة للإسلام الوسطي المستتير، ويحمي الناس من الشرور والآثام ...

أما عن الإدعاء بمخالفة قرار وزير الأوقاف بضم زاوية المدعى للدستور، بزعم مساسه بحق الملكية والحريات العامة ومنها حرية العقيدة، فقد ردت عليه المحكمة بأن المساجد والزوايا على حكم ملك الله وليست ملكاً لأحد، فإذا خصصت البقعة لتكون مسجداً أو زاوية خرجت من ملك صاحبها ولم تدخل في ملك أحد إلا الله مالك الملك. كما أنه لا مخالفة في ذلك لحرية العقيدة، وليس فيه اعتداء على الحرية الشخصية أو غيرها من الحقوق والحريات العامة التي نص عليها الدستور، فقرار وزير الأوقاف بضم المساجد والزوايا وإشراف الوزارة عليها، بقصد الاحتفاظ للتوجيه الديني بأثره، واستبقاء الثقة في رسالة المساجد، خاصة الزوايا بعد أن سيطر عليها الارتجال والغياب من المتخصصين في علوم الدين، ولا يتدخل في العلاقة القائمة بين العبد وربّه.

ثالثاً: الجانب التوجيهي الإرشادي في حكم المحكمة:

1. تأكيداً من المحكمة لدورها التوجيهي الإرشادي الخلاق، الذي مارسه رئيس المحكمة على مدى تاريخه القضائي الحافل، أشار الحكم إلى ما عاناه الوطن من جراء استخدام المساجد، وخاصة الزوايا، في

استغلال البسطاء والفقير والجهل لجذب المؤيدين وتوزيعهم بين التيارات الدينية المختلفة، مما نجم عنه بث روح الفتنة والفرقة بين أبناء الوطن الواحد. كما أكدت المحكمة على أنه لا يجوز استخدام منابر المساجد والزوايا لتحقيق أهداف سياسية أو حزبية أو للدعاية الانتخابية، لما في ذلك من تعارض مع قدسية المسجد ووظيفته، والإضرار بالمصالح العليا للبلاد، هذا من ناحية.

ب. ومن ناحية أخرى، ناشدت المحكمة المشرع بضرورة تجريم الإفتاء من غير أهله المتخصصين بدار الإفتاء، لأن شروط الإفتاء ليست بالأمر اليسير في الفقه الإسلامي حتى يمارسه العوام، وإنما هو أمر بالغ الصعوبة والدقة، يستفرغ فيه المجتهد وسعه لتحصيل الحكم الشرعي، الذي يقتدر به على استخراج الأحكام الشرعية من مآخذها واستنباطها من أدلتها، على نحو يشترط في المجتهد شروطاً للصحة فصلها علماء أصول الفقه، وهي لا تتوافر في عموم الناس من أدياء الدين وطالبي الشهرة والظهور الإعلامي ومثيري الفتنة، والدين منهم براء.

كما ناشدت المحكمة كذلك المشرع بتجريم استخدام منابر المساجد والزوايا لتحقيق أهداف سياسية أو حزبية أو للدعاية الانتخابية، حتى ولو كان الشخص مرخصاً له بالخطابة، لأن استخدام الخطيب للمنبر في غير أهداف الخطابة والدعوة إلى الله، والانحراف بها في أتون السياسة، سعيًا لتأييد طرف ضد آخر، يجعله قد خالف شروطها.

ج. أهابت المحكمة بوزارة الأوقاف العمل على الارتقاء بالمستوى العلمي للخطباء لديها، وزيادة عددهم، وتأهيلهم، والنظر في مرتباتهم، حتى يفوا باحتياجات المساجد والزوايا في جميع أنحاء

الجمهورية، قطعاً للطريق على غير المتخصصين من اعتلاء المنابر، وتبادل الخبرات والتفاعل مع العالم الإسلامي.

رابعاً: ضوابط تنظيم الإفتاء والرقابة عليه:

لا شك في أن فوضى الإفتاء في مصر قد بلغت في الأونة الأخيرة حداً لا يمكن قبوله أو السكوت عليه. فمن الفتاوى ما يتناقض مع الفطرة السليمة التي فطر الله الناس عليها، ومنها ما لا يقبله العقل السليم أو الذوق العام أو الأخلاق الفاضلة، ومنها ما قد يثير الفتن والنزاعات بين أبناء الوطن الواحد. وقد دفعت هذه الفوضى شيخ الأزهر الأستاذ الدكتور/ أحمد الطيب إلى المطالبة بضرورة الحجر على أصحاب الفتاوى الشاذة لإضرارها بالمجتمعات^(١). وأحالت جامعة الأزهر أصحاب هذه الفتاوى إلى التحقيق الإداري، وأوقفت بعضهم عن العمل مؤقتاً. كما قرر المجلس الأعلى للإعلام حظر استضافة بعض أصحاب الفتاوى الشاذة في وسائل الإعلام.

كل ما سبق يدخل في إطار ردود الأفعال الوقتية، التي لا تلبث أن تتلاشى بمجرد هدوء العاصفة التي أثارها الفتوى المستهجنة، دون أن تحقق منعاً أو ردعاً لأصحاب هذه الأفكار الشاذة. ونحن نعتقد أن هذه الفتاوى ليست هي المرض الذي ينبغي مواجهته، لكنها مجرد عرض لمرض يعاني منه الفكر والخطاب الديني في مصر، وفي بعض دول العالم الإسلامي، التي تتمسك بالنقل من كتب التراث دون تمييز، على حساب إعلاء قيمة العقل والتفكير والتجديد.

لذلك مع كل الدعوات المطالبة بوضع تشريعات لتنظيم عملية الإفتاء، ومنها مطالبة مفتى الجمهورية المصرية ذاته بذلك، وإحكام الرقابة على

(١) جريدة المصري اليوم، العدد ٤٨٤٧ بتاريخ ٢١ سبتمبر ٢٠١٧.

التفكير، نرى أن هناك مفترضات وحدوداً لهذا التنظيم، يلزم أن تكون ماثلة في الأذهان ومسلماً بها، حتى لا يكون تنظيم الفتوى سبيلاً إلى مزيد من القيود على الحريات والحقوق، التي لا تصنع ربيعاً ولا تغير واقعاً مؤلماً يعيشه العالم الإسلامي.

١. ينبغي ألا يكون تنظيم الفتوى سبيلاً لوأد حرية التفكير والبحث العلمي الجاد والتعبير عن الرأي. فالفتاوى الشاذة التي تثير كل هذه الانتقادات لم تأت من فراغ، فالمؤكد أن صاحبها استند إلى آراء قديمة تعج بها كتب التراث، بيد أن الدولة تحاكم من يقترب منها، بغرض تنقيتها مما يستند إليه أصحاب هذه الفتاوى، بتهمة ازدراء الدين وتحكم عليه بسلب الحرية. فنقد الآراء الفقهية الشاذة في كتب التراث لا يعد ازدراءً للدين، لكنه ازدراءً للآراء الغربية التي تبرر الفتاوى غير المتوافقة مع العقل، والتي لا يقبلها الذوق العام للمجتمع، وهو في تطور مستمر.

٢. ضرورة تغيير نظام التعليم في المدارس الدينية، لإعلاء قيمة التفكير والتأمل وإعمال العقل، وليس الاعتماد فقط على التلقين والنقل من كتب التراث من دون تمييز. فبعض أصحاب الفتاوى الشاذة تفوق في دراسته وحصل على أعلى الدرجات العلمية، وتبوأ وظائف الأستاذية، لكنه لا يقدر على تطويع ماقرأه أو حفظه لمستجدات العصر وظروف المجتمع، فيحيا في عالمه القديم الذي يختلف قيماً وسلوكاً عن العصر الحديث الذي يعيش فيه. ويرتبط بذلك وجوب تنقية كتب التراث المتداولة بين الطلاب والباحثين في العلوم الدينية مما بها من أحكام وآراء، لا تتناسب مع احتياجات الناس وظروفهم المعيشية، ولا تتفق مع صحيح الدين ووسطيته، ولا حتى مع الفطرة

السليمة التي فطر الله الناس عليها.

٣. أن المناداة بضرورة تجديد الخطاب الديني لا جدوى منها ما لم تقترن بتجديد الفكر الديني وتحديثه وتخليصه مما علق به عبر القرون الماضية. إن تجديد وتحديث الفكر الديني هو لب المشكلة ومفتاح حلها، وقصر ردود الأفعال على استنكار أو شجب سلوك من أفتى فتاوى شاذة لن يغير شيئاً، طالما ظل الفكر الذي ارتوى منه على حاله. فالأزهر الذي اختصه الدستور المصري بمسؤولية الدعوة ونشر علوم الدين، تقع على عاتقه مسؤولية تاريخية كبرى في تنقية كتب الدعوة الإسلامية، ومراجع العلوم الدينية الحياتية، من الآراء الشاذة التي تغذي الفكر المتشدد المتحجر.

٤. أشار الحكم القضائي إلى كل هذه المعاني، موجهاً المشرع والسلطة التنفيذية والمؤسسات الدينية، إلى ضرورة تنقية الفكر الديني من الآراء التي تعكر نقاء المادة العلمية وتنتشر البدع والخرافات التي تمس كيان الوطن واستقراره وثوابته، على نحو يرسى روح التسامح التي يشعها الإسلام، بما يفرضه من احترام وإجلال وتداول مع اتباع الأديان السماوية، وليس تكفيرهم استناداً إلى قراءة متطرفة لآية أو حديث أخرج من سياقه أو مقتضاه.

إن المحكمة وهي تتأشد المشرع تجريم فعل الإفتاء من غير أهله، كانت حريصة على أن تهيب بالمؤسسات الدينية أن تعمل على الارتقاء بالمستوى العلمي للخطباء ورجال الدعوة الإسلامية، قطعاً للطريق على غير المتخصصين من اعتلاء المنابر وإصدار الفتاوى التي تجاوزها الزمان ولم تعد متفقة مع روح العصر، فلكل عصر مستجداته وظروفه التي تفرض على من يتصدى للفتوى أن يكون مستوفياً للشروط التي أشار إليها حكم محكمة

القضاء الإداري، وفصلها الفقهاء الثقات في مؤلفاتهم، كي لا يعيش المسلمون لقرون أخرى قادمة على هامش الحضارة الإنسانية أو في ذيلها.

هذا هو دور القاضي الإداري المبدع الخلاق، في توجيه نظر كافة سلطات الدولة إلى مواجهة الظواهر الاجتماعية التي تهدد المجتمع، قبل استفحالها وخروجها عن دائرة السيطرة. فهو لا يفصل في واقعة محددة هي أصل النزاع، لكنه يمارس دوره الاجتماعي الإرشادي التوجيهي، ومدى بصره لا يقتصر على الحاضر، بل يستخلص من الماضي دروساً لمستقبل أفضل للوطن.

الخلاصة :

الدرس الأهم المستفاد من هذه الفوضى في الإفتاء التي عاشتها مصر في السنوات القليلة الماضية، وما أثارته من نقاش مجتمعي، ساهم فيه رجال الدين وقادة الفكر، هو أننا تأخرنا كثيرا في تحقيق مادعت اليه النخبة من رجال الفكر وقادة المجتمع، تأييدا لدعوة أطلقها الرئيس عبدالفتاح السيسي فور توليه مقاليد الحكم في مصر، من ضرورة تجديد الخطاب الديني وتنقية التراث الفقهي الإسلامي من فتاوى واجتهادات وافتراضات ولى زمانها وتغير سياقها. وتلك مسؤولية كبرى، لا يتحملها رجال الدين والفقهاء الإسلامى وحدهم، بل يجب أن تشارك فيها النخبة المستتيرة من المفكرين الذين يقومون بتسليط الأضواء على الشاذ من الأقوال والآراء المتناثرة فى ثنايا الموسوعات الفقهية وكتب التراث، دون أن يكون مصيرهم الملاحقة القضائية وسلب الحرية بتهم ازدراء الأديان أو غيرها.

ولن يتم تجديد الخطاب الدينى قبل حسم المسألة الأولية المتعلقة بالترفة بين ما هو شرع ثابت متقرر، لا يجوز الخروج عليه بإنكاره أو مخالفته أو التشكيك فى إلزامه أو قدسيته، وما هو فقه متغير متطور ليأبى احتياجات الناس تبعا لظروف الزمان والمكان، ولا يمثل إلا اجتهادات ورؤى بشرية، تختلف بتغير الزمان واختلاف أحوال الناس وظروفهم الحياتية، ومن ثم لاقدسية لها، لأنها نتاج عقل بشرى، يصيب ويخطى، ويلحقه التطور الذى هو سمة من سمات الحياة البشرية، وقد علمنا الفقهاء الثقات أنه لاينكر تغيير الأحكام الفقهية وتطورها بتبدل الزمان وتغير أحوال الناس وظروفهم المعيشية.

**الحماية الجنائية الموضوعية لجريمة تهريب المهاجرين
في القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠١٦
في شأن مكافحة الهجرة غير الشرعية وتهريب المهاجرين
دراسة مقارنة**

دكتور

سعيد أحمد قاسم

أستاذ القانون الجنائي المساعد

كلية شرطة أبوظبي

مقدمة:

لاشك أن الأزمات الاقتصادية الراهنة ، والغلاء المعيشي ، وعدم توافر فرص عمل للشباب ، و رغبتهم في تكوين أسر لا تعاني من سوء العيش ، وكذا انعدام وجود النظام الذي يوفر سبل العيش الكريم و يحقق الرفاهية ، وعدم احترام حقوق الإنسان ، وغيرها من الأسباب التي تدفع بكثير من الشباب بل و النساء والأطفال إلى البحث عن فرصة للهجرة من بلادهم ، و العيش في دول يضمن نظامها فرصاً للعمل ، كما يضمن نظامها أيضاً احترام حقوق الإنسان و حرياته ، وهذا ما يحدث عن طريق الهجرة الشرعية.

ونظراً لتغيُّر المعطيات العالمية المتجددة ، وبروز ما يسمى بالعوالمية ، وتطور التكنولوجيا، واتساع الفجوة بين أقطاب العالم من حيث المستوى الاجتماعي ، والاقتصادي ، و السياسي... كل هذه الأسباب أدت إلى تحرك الفطرة المتأصلة في الإنسان نحو البحث عن ما هو أفضل ، ولو بعدم احترام ما تقتضيه القوانين المعبرة عن سيادة الدولة بالدخول إليها بدون الحصول على تصاريح أو إذن الدخول ، مما أدى إلى أن تتعجل الدولة المستقبلية للهجرة بسد الثغرات وتشديد الإجراءات، وبين الحق في الانتقال المكفول في المواثيق الدولية، والتشريعات الداخلية ، و حق الدولة في بسط قوانينها على إقليمها ، ومنع كل من لا ترغب في الدخول لها ، اهتمت المجموعة الدولية الإقليمية والوطنية في البحث عن حلول جوهرية تحقق توازن الطموح والمصالح تحت مظلة احترام الحقوق والحريات.

من المؤكد أنّ علاقة وضع المهاجرين خاصة غير الشرعيين ، واحترام حقوق الإنسان هي علاقة وطيدة ، مادامت الهجرة ظاهرة اجتماعية ذات بعد إنساني ؛ لهذا كانت مسألة الحماية الدولية مطروحة على المجتمع الدولي الذي توصل إلى صياغة حلول قانونية لقضية المهاجرين أينما كانوا،

معتبراً حقوقهم مسألة إنسانية بالدرجة الأولى ، وذلك بغرض رد الاعتبار لهذه الفئة المحرومة من التمتع بأهم الحقوق الإنسانية .
موضوع البحث وتحديد نطاقه :

لاشك أن الهجرة ، والتنقل من مكان إلى مكان آخر حق تمنحه المواثيق الدولية ، والتشريعات الوطنية للأفراد ، ولكن نظراً لما يدور في عالمنا الآن من أحداث ونزاعات وحروب مسلحة ، الذي أدى بوجود الأزمات الاقتصادية ، وعدم توافر مستوى معيشة يطوق إليه الأفراد أدى إلى وجود الجماعات الإجرامية التي تساعد هؤلاء الأفراد على الهروب إلى بلدان أخرى مقابل مبالغ مالية كبيرة يستولون عليها منهم ، و لا يهتم هؤلاء الأفراد بما يتعرضون له أثناء هذه الرحلة

إن جريمة تهريب المهاجرين من الموضوعات الهامة سواءً على المستوى الدولي ، أو على المستوى الإقليمي ، فقد أصبحت تشكل خطراً عالمياً على أمن واستقرار الدول خاصةً الدول المستقبلية للهجرة كدول أوروبا وأمريكا وبعض دول الخليج ؛ حيث إن هذه الدول تشدد على مسألة دخول المهاجرين إليها ، والإقامة غير المشروعة بها.

بينما الدول المصدرة للهجرة ، و دول العبور تعمل على التشديد على العبور من خلالها بطرق غير شرعية ، سواءً عن طريق الدخول بوثائق مزورة أو الدخول من أماكن لم تحددتها الدولة لذلك.

هذا الاختلاف بين ما تنظر إلى هذه الدول من خطورة الهجرة غير الشرعية جعلها تسن التشريعات والقوانين التي تحميها من هذه الهجرة ، لاسيما وأن تهريب المهاجرين قد ارتبط بالجريمة المنظمة ، وجريمة الاتجار بالبشر، وهذه الجرائم المنظمة تقوم بها جماعات إجرامية منظمة لها درايتها بطرق ووسائل التهريب ، كما أن لها سيطرة على بعض أجهزة الدولة

وتعمل على تجنيد بعض الموظفين عن طريق تقديم الرشاوى ، هذا بخلاف قيام هذه الجماعات الإجرامية بتزوير الوثائق المتعلقة بالسفر والهوية .

مشكلات البحث:

إنَّ جريمة تهريب المهاجرين من الموضوعات المتشعبة التي تتعارض مع القانون الدولي ، و هذا لما لهذه الجريمة من طابع عبر وطني تعتمد أساساً على العبور غير المشروع لحدود الدول بالمخالفة للقوانين المعمول بها ، و دراسة جريمة تهريب المهاجرين ذات أهمية قصوى ؛ نظراً لحدادتها بالنسبة للتشريع المصري ، وحادثة الاهتمام بها سواءً على المستوى الدولي أو على المستوى الوطني ، فقد تم إبرام بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجو، المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية عام ٢٠٠٠م ، ومن ثم صدقت مصر على الانضمام إلى هذا البروتوكول عام ٢٠٠٥م ، ثم تم إصدار القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠١٦م بشأن قانون مكافحة الهجرة غير الشرعية و تهريب المهاجرين.

أهداف البحث:

إنَّ الهدف من دراسة جريمة تهريب المهاجرين في المقام الأول هو الحد من تلك الهجرة غير الشرعية التي تؤدي في كثير من الحالات إلى موت الكثير من المهاجرين وإصابتهم وتعريض حياتهم ومستقبلهم للخطر أثناء رحلة التهريب بالإضافة لما قد يلاقونه من معاملة لا إنسانية من المهربين.

كما أنَّ من أهداف الدراسة أيضاً التركيز على الجماعات الإجرامية المنظمة التي تقوم بعمليات التهريب عبر حدود الدول فهي تمثل شكلاً من أشكال الجريمة المنظمة عبر الوطنية ، والتي قامت باستغلال حاجة هؤلاء المهاجرين للهجرة إلى بلد آخر للبحث عن سبل عيش ومستقبل أفضل.

وتقوم هذه الجماعات بالحصول على مبالغ مالية كبيرة من المهاجرين، بالإضافة إلى العمل على إفساد الموظفين بالرشاوى لمساعدتهم في إتمام جرائمهم سواء تهريب المهاجرين أو في غسيل الأموال ، أو خلاف ذلك من الجرائم ؛ ذلك للعمل على توسيع نشاطها الإجرامي في مجال الجريمة المنظمة.

ونظراً لحدثة هذا الموضوع بالنسبة للتشريع الوطني فقد أولت الدولة الاهتمام بهذه الجريمة ، ولذا كانت الأهمية لهذه الدراسة للتوصل إلى فهم هذه لظاهرة ومعالجتها بالنسبة للمهاجرين ، ومكافحتها بالنسبة للمهربين ؛ وذلك من خلال التعاون الدولي ، والتعاون بين الجهات القضائية والأمنية المعنية بمكافحة تلك الجريمة بالتنسيق مع الدول الأخرى من خلال تبادل المعلومات ، والمساعدات وفقاً للاتفاقيات الدولية ، لاتخاذ الإجراءات اللازمة لملاحقة تلك الجماعات الإجرامية المنظمة وتجميد أموالهم.

منهج البحث:

تقوم هذه الدراسة على المنهج التحليلي المقارن للوقوف على المشكلات التي تواجهها الدول لاسيما مصر من جراء تلك الجريمة الدولية المنظمة ، وكذا الوقوف على كيفية المعالجة ومكافحة تلك الجريمة ، وذلك بالاستعانة بالقوانين المقارنة والمؤلفات المتاحة في هذا الموضوع.

خطة البحث:

تناولت في هذا البحث الحماية الجنائية الموضوعية لجريمة تهريب المهاجرين في القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠١٦ في شأن مكافحة الهجرة غير الشرعية وتهريب المهاجرين - دراسة مقارنة - في مبحثين تعرضنا في الأول منهما لماهية تهريب المهاجرين ، من خلال تعريفها وعلاقتها بالجرائم المرتبطة بها ، ثم تناولنا في المبحث الثاني الأحكام الموضوعية لجريمة تهريب المهاجرين ، حيث تعرضنا للأركان القانونية لهذه الجريمة ، وكذا

تعرضنا للمسئولية الجنائية ، والعقوبات لتلك الجريمة ، ونختتم البحث بخاتمة تناولنا فيها أهم النتائج التي توصلنا إليها ، و كذا التوصيات التي نطمح إلى تحقيقها لمكافحة تلك الجريمة. وذلك حسب التقسيم التالي:

- المبحث الأول: ماهية تهريب المهاجرين.

المطلب الأول: تعريف جريمة تهريب المهاجرين.

المطلب الثاني: علاقة جريمة تهريب المهاجرين بالجرائم المرتبطة بها.

- المبحث الثاني: الأحكام الموضوعية لجريمة تهريب المهاجرين.

المطلب الأول: الأركان القانونية لجريمة تهريب المهاجرين.

المطلب الثاني: المسؤولية الجنائية والعقوبات في جريمة تهريب المهاجرين.

- الخاتمة

المبحث الأول ماهية تهريب المهاجرين

تمهيد:

أضحت جريمة تهريب المهاجرين في وقتنا الحالي ظاهرة اجتماعية على درجة كبيرة من الخطورة لاسيما أنها تؤدي في معظم الحالات إلى الكثير من الضحايا من القتلى والمصابين أثناء رحلة الهرب. وقد أدى التطور السريع في أطوار الجريمة مع استخدام التكنولوجيا الحديثة ، و ظهور الجريمة المنظمة في الكثير من الجرائم المستحدثة على سبيل المثال : كالاتجار بالبشر ، و تهريب المهاجرين ، وغسل الأموال ، والجرائم الالكترونية. وعلاقة الجريمة المنظمة بهذه الجرائم خاصة جريمة تهريب المهاجرين.

ولقد كان للمجتمع الدولي تدخلاً سريعاً لمكافحة هذه الجريمة ؛ فقد أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر و البحر والجو و المكمل لاتفاقية باليرمو المتعلقة بمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية في ١٥ نوفمبر ٢٠٠٠م ، فقد نصت المادة الثالثة (أ) من هذا البروتوكول فقالت " يُقصد بتعبير "تهريب المهاجرين" تدبير الدخول غير المشروع لشخص ما إلى دولة طرف ليس ذلك الشخص من رعاياها أو من المقيمين الدائمين فيها، وذلك من أجل الحصول بصورة مباشرة ، أو غير مباشرة، على منفعة مالية أو منفعة مادية أخرى".

كما حددت المقصود من تعبير " الدخول غير المشروع " في البند (ب) أنه " يُقصد بتعبير " الدخول غير المشروع " عبور الحدود الدولية دون تقييد بالشروط اللازمة للدخول المشروع إلى الدولة المستقبلة " .

- علة التجريم:

تقوم علة التجريم في جريمة تهريب المهاجرين على أساس حماية حق المهاجرين في الحياة ؛ لأنَّ حياتهم قد تتعرض للخطر ، وحماية حقوقهم الإنسانية ، ويجب أن تكون معاملة هؤلاء المهاجرين معاملة إنسانية ، وهذا ما أقره المجتمع الدولي في ديباجة بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين⁽¹⁾ .

ولكن تختلف علة التجريم من دولة إلى أخرى ، فهناك دول مصدرة للهجرة ؛ ودول مستقبلة لها ، وبالتالي تقوم علة التجريم في الدول المصدرة على الحماية الجنائية للمهاجر الذي يُعرض حياته للخطر من أجل الهجرة إلى دولة أخرى ، بالطرق غير المشروعة كاستخدام الأوراق والمستندات المزورة ، للخروج من الأماكن ، أو المنافذ الرسمية للدولة ؛ هرباً من الفقر ، والبطالة ، والفساد ، والبيروقراطية وغيرها من الظروف الاجتماعية التي يعاني منها الشباب وحماية حقوقهم الإنسانية.

(1) نصت ديباجة بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجر على أنه " إن الدول الأطراف في هذا البروتوكول ، إذ تعلن أن اتخاذ تدابير فعّالة لمنع ، ومكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجر يتطلب نهجا دوليا شاملا ، بما في ذلك التعاون ، وتبادل المعلومات ، واتخاذ تدابير مناسبة أخرى ، ومنها تدابير اجتماعية - اقتصادية ، على الصعيد الوطني والإقليمي والدولي ، وإذ تشير إلى قرار الجمعية العامة ٢١٢/٥٤ المؤرخ ٢٢ كانون الأول/ديسمبر ١٩٩٩ ، الذي حثت فيه الجمعية الدول الأعضاء ومنظومة الأمم المتحدة على تعزيز التعاون الدولي في مجال الهجرة الدولية والتنمية، من أجل معالجة الأسباب الجذرية للهجرة، وبخاصة ما يتصل منها بالفقر، وعلى تحقيق أقصى حد من فوائد الهجرة الدولية لمن يعينهم الأمر، وشجعت الآليات الإقليمية والإقليمية ودون الإقليمية على الاستمرار، حسب الاقتضاء، في معالجة مسألة الهجرة والتنمية، واقتناعاً منها بضرورة معاملة المهاجرين معاملة إنسانية وحماية حقوقهم الإنسانية حماية تامة، وإذ تضع في اعتبارها أنه ، على الرغم من الأعمال التي اضطلعت بها محافل دولية أخرى، لا يوجد صك شامل يتصدى لجميع جوانب تهريب المهاجرين وسائر المسائل ذات الصلة ، وإذ يقلقها الازدياد الكبير في أنشطة الجماعات الإجرامية المنظمة في مجال تهريب المهاجرين ، وسائر الأنشطة الإجرامية ذات الصلة المبينة في هذا البروتوكول ، التي تُلحق ضرراً عظيماً بالدول المعنية ، وإذ يقلقها أيضاً أن تهريب المهاجرين يمكن أن يعرض للخطر حياة أو أمن المهاجرين المعنيين، وإذ تشير إلى قرار الجمعية العامة ١١١/٥٣ المؤرخ ٩ كانون الأول/ديسمبر ١٩٩٨ ، الذي قررت فيه الجمعية إنشاء لجنة حكومية دولية مفتوحة باب العضوية مخصصة لغرض وضع اتفاقية دولية شاملة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية ، ولبحث القيام بوضع صكوك دولية منها صك يتناول تهريب المهاجرين ونقلهم بصورة غير مشروعة ، بما في ذلك عن طريق البحر، واقتناعاً منها بأن تكميل اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية بصك دولي لمكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجر، سيكون مفيداً في منع تلك الجريمة ومكافحتها".

أما الدول المستقبلية فتقوم علّة التجريم فيها على أساس حماية أمنها الداخلي من تسلل أفراد يُخشى من تواجدهم فيها ، وكذا حماية مصالحها من ناحية احتياجها للمهاجرين في أوجه التنمية المختلفة من زراعة وصناعة وغيرها من المجالات التي تحتاج فيها للمهاجرين . ولكن قد تجد هذه الدول أنّ دخول المتسللين إليها من المهاجرين غير الشرعيين وتواجدهم على أراضيها قد يؤدي إلى الإضرار بأمنها أو سلامة أفرادها وممتلكاتها ، فتقوم بالتصدي لهذه الهجرة غير الشرعية واحتجاز هؤلاء المهاجرين ، ويتم معاقبتهم طبقاً للقانون ثمّ ترحيلهم وإبعادهم عن الدولة (١).

وسوف نتناول التعريف بجريمة تهريب المهاجرين في مطلب أول ، وعلاقة جريمة تهريب المهاجرين بالجرائم المشابهة في مطلب ثان.

المطلب الأول

تعريف جريمة تهريب المهاجرين

أولاً: تعريف التهريب:

- التعريف اللغوي للتهريب :

الهرب: الفرار. يهرب هرباً : فرّ ، يكون ذلك للإنسان ، وغيره من أنواع الحيوان ، وأهرب : جدّ في الذهاب مذعوراً ، وقيل هو وإذا جدّ في الذهاب مذعوراً أو غير مذعور ؛ وقال اللحياني: يكون ذلك للفرس وغيره مما يعدو؛ وهرب غير تهريباً (١).

(١) على سبيل المثال القانون الإماراتي رقم ٦ لسنة ١٩٧٣م، والمعدل بالمرسوم بقانون اتحادي رقم ٧ لسنة ٢٠٠٧م، فقد نصت المادة (٣١) على أنه " كل أجنبي دخل الدولة بصورة غير مشروعة يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن شهر وبغرامة لا تقل عن عشرة آلاف درهم أو بلجدي هاتين العقوبتين. وعلى المحكمة أن تأمر بإبعاده عن الدولة".

(٢) لسان العرب للإمام ابن منظور ، المجلد السادس - الجزء ٥١ - باب الهاء - ص٦٤٦. الهربُ : الفرارُ. هَرَبٌ يَهْرَبُ هَرْبًا. فرّ، يكونُ ذلك للإنسان، وغيره من أنواع الحيوان. وأهْرَبَ : جدّ في الذهابِ مذعوراً ؛ وقيل : هو إذا جدّ في الذهابِ مذعوراً، أو غير مذعور؛ وقال اللحياني: يكون ذلك للفرس وغيره مما يعضو؛ وهْرَبَ غيرَه تَهْرِيْبًا. وقال مرةً : جاء مُهْرَبًا أي جادًا في الأمر ؛ وقيل : جاء مُهْرَبًا إذا أتاك هاربًا فرعًا ؛ وفلانٌ لنا مُهْرَبٌ. وأهْرَبَ الرجلُ إذا أبعد في الأرض؛ وأهْرَبَ فلانٌ فلانًا إذا اضطرّه إلى الهَرْبِ.

- التعريف الاصطلاحي للتهريب^(١):

يعني القيام بكل فعل عبور للأشخاص لحدود دولة ما بطريق الغش ، ومن الناحية القانونية يمكن القول أن التهريب هو كل فعل مخالف للقواعد المحددة قانوناً بشأن تنظيم عملية انتقال الأشخاص عبر الحدود الدولية دخولاً وخروجاً لدولة ما، وذلك بالمخالفة لقواعد الهجرة الدولية التي تفرضها قوانين هذه الدول والقانون الدولي أيضاً^(٢).

ومن ثم يمكن تعريف التهريب في مجال بحثنا بأنه الاجتياز غير المشروع عبر الحدود الدولية للتهرب من الإجراءات الرسمية التي تقرها الدول المستقبلية للدخول الشرعي لها.

ثانياً: تعريف الهجرة:

- التعريف اللغوي للهجرة:

الهجرة في اللغة ضد الوصل ، هجر يهجره هجراً وهجراناً. وهما يهتجران ويتهجران والاسم الهجرة . والهجرة هي الخروج من أرض إلى أرض^(٣) كما عرفها البعض بأن كلمة هجرة تعني تباعد ، وهاجر أي ترك وطنه ، وهاجر من مكان إلى آخر أو تركه وخرج منه إلى غيره ، والمهاجرة هي الهجرة والمهجر هو المكان الذي يهاجر إليه^(٤). والهجرة كما عرفها آخر هي انتقال الناس من موطن إلى آخر^(٥).

(١) وردت تعريفات عديدة لفعل التهريب، نتناول منها ما هو أقرب إلى الذهن، فكثيراً ما يرتبط هذا الفعل بالجرائم الجمركية المتعلقة بالبيضائع التي يُعاقب عليها القانون؛ فقد عرّفت المنظمة العالمية للجمارك فعل التهريب هو مخالفة جمركية تتعلق باجتياز غير شرعي للبيضائع عبر الحدود للتهرب من حقوق الخزينة العمومية

(٢) خريص كمال - جريمة تهريب المهاجرين وآليات مكافحتها - رسالة ماجستير - كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة قاصدي مرباح بورفلة - عام ٢٠١٢م ص ٨.

(٣) لسان العرب للإمام ابن منظور، المجلد السادس - الجزء ٥١ - باب الهاء - ص ٤٦٦.

(٤) مختار الصحاح، الإمام محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي- القاهرة - الطبعة الخامسة - المطبعة الأميرية ببولاق ١٩٣٩م.

(٥) المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية - القاهرة - دار التحرير للطباعة والنشر، ١٩٨٠م.

- التعريف الاصطلاحي للهجرة:

الهجرة اصطلاحاً هي كلمة مشتقة من الجذر الثلاثي "هجر"، والتي تعني انتقال الأفراد من مكان إلى آخر سعياً وراء الرزق، كما يقصد بها انتقال الشخص أو مجموعة من الأشخاص من مكان إقامتهم الأصلي إلى مكان آخر بهدف البحث عن الأمان، أو الرزق والاستقرار فيه لفترة طويلة دون الانتقال أو السفر إلى مكان آخر.

لقد باتت الهجرة تطال جميع بلدان العالم؛ ذلك أن جميع الدول ذات السيادة تقريباً تمثل مصدراً للهجرة أو بلدان عبور أو وجهة للمهاجرين، أو مجموع ذلك في الآن نفسه.

وفي ضوء ذلك ينبغي - بادئ ذي بدئ - التفرقة بين الهجرة الشرعية، و الهجرة غير الشرعية. ويقصد بالهجرة الشرعية: هي التي تصطبغ بالصبغة القانونية بمراعاة الشروط، والإجراءات المتطلبة للعمل أو الهجرة لدى الدول المستقبلية. والهجرة هي مغادرة الأفراد طواعية دولهم قاصدين الدخول في إقليم دولة أخرى، والبقاء فيها بصفة دائمة، أو لفترة محدودة بغرض التعيش لأسباب مختلفة، ويترتب عليها بعض الآثار القانونية لمركز هؤلاء الأفراد⁽¹⁾.

أما الهجرة غير الشرعية: فهي خروج الشخص من إقليم الدولة من غير المنافذ الشرعية المخصصة لذلك، أو من منفذ شرعي باستخدام وسائل سفر مزورة ويطلق عليها "الهجرة الوافدة من الخارج"⁽²⁾. أو بمعنى آخر وصول المهاجر إلى حدود الدولة المستقبلية سواء البحرية أو البرية بأي طريق غير مشروع، وباستخدام وثائق سفر سلبية أو مزورة، بغض النظر

(1) د. عمرو مسعد عبد العظيم - المواجهة الجنائية والأمنية لجرائم الهجرة غير الشرعية - دار النهضة العربية ٢٠١٦م ص٧.

(2) حاتم إبراهيم فتحي، الدور الأمني في مكافحة هجرة المصريين غير الشرعية إلى الخارج - كلية الدراسات العليا - أكاديمية الشرطة، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ١٨.

عن غرض المهاجر، مادام كان ذلك بغير موافقة تلك الدولة ، أو الوصول الشرعي إلى أراضي الدولة لمدة مؤقتة بموافقتها ، ثم رفض المغادرة بعد انتهاء مدة الإقامة الشرعية^(١).

كما أنه في حالة التهريب يُمكن المُهرَّب الشخص المهاجر، مقابل منفعة مادية ، من عبور حدود دولة معينة بصورة غير قانونية ، وهنا تنتهي الصفة المبرمة بين المُهرَّب و الشخص المهاجر غير الشرعي عند عبور الحدود.

وتُعرّف المنظمة الدولية للهجرة ظاهرة الهجرة بأنها : " تنقل شخص أو مجموعة أشخاص سواء بين البلدان ، أو داخل نفس البلد بين مكانين فوق ترابه ، و يشمل مفهوم الهجرة جميع أنواع تنقلات الأشخاص بتغيير محل الإقامة المعتاد ، أيّاً كان سببها وتركيبها ومدتها " ^(٢).

وتُعد الهجرة الدولية المخالفة للإطار القانوني لبلد المنشأ ، أو العبور ، أو الاستقبال هجرة غير مشروعة . ويُعتبر المهاجر الذي لا يتوافر معه على وثائق السفر وتأشيرات دخول البلد الأجنبي ، أو على رخصة العمل به ، وليس مقيماً بصفة دائمة بالبلد الأجنبي ، أو يواصل الإقامة به بعد انتهاء صلاحية تأشيرته ، مهاجراً في وضعية غير قانونية^(٣)

ويعرفها البعض : بأنها انتقال فرد أو مجموعة من الأفراد من مكان الإقامة الأصلي إلى مكان آخر يختلف في العادات والتقاليد واللغة والدين^(٤). وتعني كلمة "مهاجرين" الأشخاص - سواء كانوا فرادى أو جماعات - الذين

(1) د. طارق فتح الله خضر - قرارات إبعاد الأجانب والرقابة القضائية عليها - مجلة مركز بحوث الشرطة - القاهرة ٢٠٠٣م ص ٣١.

(2) التحرك لمناهضة الاتجار بالأشخاص وتهريب المهاجرين - الصادر عن المنظمة الدولية للهجرة - المغرب - دليل خاص بالتكوين الأساسي ص ١٤.

(3) التحرك لمناهضة الاتجار بالأشخاص وتهريب المهاجرين - المرجع السابق - ص ١٥.

(4) الجهاز المركزي للتبعية والإحصاء - الهجرة من وسفر الأشخاص المكلفين إلى الخارج - الإحصاءات العامة والدراسات التحليلية - المجلد الثالث، العدد ٢٧ سنة ١٩٨٨م، ص ١.

يقومون بعملية الانتقال من مكان إلى آخر بحثاً عن الأفضل اجتماعياً واقتصادياً وأمنياً^(١).

ولقد تبنت كثيراً من الدول مسألة الهجرة في تشريعاتها بعد أن تناول الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في المادة الثالثة عشر حرية التنقل والإقامة المشروعة في حدود القوانين الوطنية ، فقد نصت على أنه :

" ١- لكل فرد حق في حرية التنقل وفي اختيار محل إقامته داخل حدود الدولة. ٢- لكل فرد حق في مغادرة أي بلد ، بما في ذلك بلده ، وفي العودة إلى بلده."

ثالثاً: التعريف الدولي لجريمة تهريب المهاجرين:

لقد خلقت العولمة أرضاً خصبة في مجال النقل والتنقل وكذا الإعلام أدى ذلك إلى تنامي ظاهرة الجريمة المنظمة عبر الوطنية وانتشارها في نطاق واسع تخطى حدود الدول ، ونظراً لخطورة عمليات تهريب المهاجرين وفداحة آثارها فقد تناولتها المواثيق ، والاتفاقيات الدولية ، والتشريعات الوطنية بالتصدي لها ومكافحتها ، ومن بوادر هذا التصدي الذي ظهر بشكل واضح منذ اعتماد الجمعية العامة للأمم المتحدة اتفاقية باليرمو المتعلقة بمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية في ١٥ نوفمبر ٢٠٠٠م ، وما جاء به بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجو المكمل لهذه الاتفاقية^(٢).

- تعريف بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين:

(١) لواء د./ عزت حمد الشيشيني- بحث باسم " المعاهدات والصكوك والمواثيق الدولية في مجال مكافحة الهجرة غير الشرعية " من مجموعة أبحاث تحت عنوان "مكافحة الهجرة غير المشروعة" - جامعة نايف العربية الأمنية - الرياض الطبعة الأولى ٢٠١٠م ص ١٣٩.

(2) نصت المادة الثانية من البروتوكول على بيان أغراض هذا البروتوكول وهي منع ومكافحة تهريب المهاجرين، وكذلك تعزيز التعاون بين الدول الأطراف تحقيقاً لتلك الغاية، مع حماية حقوق المهاجرين المهريين.

فقد جاءت المادة الثالثة (أ) من هذا البروتوكول بتعريف تهريب المهاجرين فقالت يُقصد بتعبير " تهريب المهاجرين " تدبير الدخول غير المشروع لشخص ما إلى دولة طرف ليس ذلك الشخص من رعاياها أو من المقيمين الدائمين فيها، وذلك من أجل الحصول ، بصورة مباشرة أو غير مباشرة ، على منفعة مالية أو منفعة مادية أخرى ؛ وجاءت في ذات المادة .

(ب) أنه يُقصد بتعبير " الدخول غير المشروع " : عبور الحدود الدولية دون تقييد بالشروط اللازمة للدخول المشروع إلى الدولة المستقبلية. إن هذا البروتوكول يُعتبر الإطار القانوني الذي يتم من خلاله دراسة ظاهرة تهريب المهاجرين ، ذلك بعد أن أخذت في الاتساع والرواج الشديدين نتيجة تزايد حدة الهجرة غير الشرعية ، وأيضاً نتيجة الرقابة الشديدة على الحدود الدولية التي يصعب الانتقال من خلالها ، مما جعل المهاجرين يقبلون على محترفي التهريب لدرائتهم ، وتمكنهم من تجاوز هذه الصعوبات الحدودية^(١).

هذا التعريف هو الأول الذي تم تبنيه على المستوى الدولي، وقد تمت مناقشته بعناية خلال جلسات التفاوض حول البروتوكول، فقد أرادت بعض الدول أن تدرج ضمن التعريف الإقامة غير الشرعية ؛ لأنه من الصعب أحياناً إثبات الدخول غير الشرعي للشخص بعد دخوله الدولة ، خصوصاً إذا كانت المستندات والوثائق تم إعدامها بعد الدخول^(٢).

ولقد أضحت جريمة تهريب المهاجرين تهدد المجتمع الدولي في تنظيمه وبقائه، وتمثل هذه الجريمة مظهراً خطيراً من مظاهر الجريمة

(1) د. صايش عبد المالك - مرجع سابق - ص ٩.
(2) د. كريمة الطاهر امشيرى - معالم سياسة الأمم المتحدة في مكافحة تهريب المهاجرين - دراسة تحليلية نقدية لبعض نصوص بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين - مجلة البحوث القانونية - كلية القانون جامعة مصراتة - ليبيا - السنة الثانية العدد الثاني - أبريل ٢٠١٥م ص ١٤٠.

المنظمة العابرة للحدود الوطنية(١)، فقد أصبحت محلاً للتعاون بين عصابات ذات نفوذ وسلطة بسبب الفساد المنتشر في كثير من الدول ، مما ساعد كثيراً من المجرمين إلى استحداث وسائل جديدة ، ومبتكرة للحصول على الأموال الطائلة ؛ فكان لتهريب المهاجرين نصيباً من اهتمام هؤلاء العصابات الإجرامية ، وغيرهم على القيام بهذه الجريمة الجديدة لكسب الأموال من راغبي الهجرة غير المشروعة سواءً قبل الرحلة أو بعدها.

وتهريب المهاجرين قد يكون تهريب فردي، حيث يتم استخدام شخص أو مجموعة صغيرة من الأشخاص قوارب التهريب ، أو قوارب الصيد ، أو الصعود والاختباء في السفن البحرية ، أو التجارية بعيداً عن رقابة إدارة هذه السفن وملاحيقها ، أو بمخاطلة حرس السفن ، مقابل مبالغ مالية يحصل عليها هؤلاء المهربون ممن يرغب في الهجرة.

وقد يكون تهريب جماعي منظم تقوم به عصابات منظمة مقابل مبالغ مالية عبر شبكات التهريب العالمية التي يعمل بها ذوي الخبرات في قوانين الهجرة والجنسية والإقامة ومن يعملون في شركات النقل البري والبحري ، حيث تستخدم هذه العصابات الممرات البرية والبحرية التي لا تخضع للفتيش والرقابة من قبل رجال الحدود مقابل مبالغ مالية دون تقديم أية ضمانات أمنية ، أو صحية خلال عملية التهريب(٢).

ومع أن معظم الباحثين يشيرون إلى تعريف جريمة تهريب المهاجرين الذي جاء في البروتوكول المتعلق بتهريب المهاجرين ، نجد أن بعض من الباحثين قد عرف هذه الجريمة تعريفاً أوسع يشير إلى الخصائص الاجتماعية للظاهرة ، فإن التعريف الأوسع ضروري لكي يعكس بشكل

(1) مؤتمر الأمم المتحدة الثاني عشر لمنع الجريمة والعدالة الجنائية - سلفادور البرازيل ١٢ - ١٩ إبريل ٢٠١٠م. الوثيقة الأمم المتحدة A/CONF.213/7

(2) العقيد/عبد الله سعود السراني - العلاقة بين الهجرة غير المشروعة وجريمة تهريب البشر والاتجار بهم- الندوة العلمية حول مكافحة الهجرة غير الشرعية - جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية - الرياض ٢٠١٠م ص١١٤.

صحيح الطابع المتغير للهياكل الوسيطة في عمليات الهجرة الدولية ، كما إنه يسلب الضوء على الطابع الإجرامي المحتمل للتهريب من خلال الجريمة المنظمة.^(١)

وتجدر الإشارة إلى أن كل دولة تعتمد من الشروط اللازمة للدخول المشروع إليها ، وتنظم ذلك في قوانينها الخاصة بشؤون دخول ، وإقامة الأجانب على أراضيها ، ومن ثم تتطلب هذه الشروط بعض الوثائق الهامة والتي تتمثل في جواز السفر وتصريح ، أو إذن بالدخول إليها^(٢).

وقد حدد المشرع المصري المقصود "بالأجنبي" في المادة الأولى حيث نص على أنه "يعتبر أجنبياً في هذا القانون كل من لا يتمتع بجنسية جمهورية مصر العربية"^(٣).

رابعاً: تعريف جريمة تهريب المهاجرين في التشريعات الوطنية:

- تعريف جريمة تهريب المهاجرين في التشريع المصري:

تناول المشرع المصري جريمة تهريب المهاجرين في القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠١٦م^(٤) بشأن مكافحة الهجرة غير الشرعية ، وتهريب المهاجرين ، كما تناول دخول وإقامة الأجانب بأراضي جمهورية مصر العربية والخروج منها في القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٦٠م والمعدل بالقانون

(1) Ilse van Liempt, " The social organization of assisted migration" paper presented at the Eighth International Metropolis Conference, Vienna, September 2003.

(2) لقد نصت المادة الثانية من القانون المصري رقم ٨٩ لسنة ١٩٦٠م في شأن دخول وإقامة الأجانب بأراضي الجمهورية العربية المتحدة والخروج منها "لا يجوز دخول جمهورية مصر العربية أو الخروج منها إلا لمن يحمل جواز سفر أو وثيقة صادرة من السلطة المختصة بذلك في بلده أو سلطة أخرى معترف بها، يخولانه العودة الى البلد الصادر منها. ويجب أن يكون الجواز أو الوثيقة مؤشراً على أى منهما من وزارة الداخلية أو من إحدى البعثات الدبلوماسية أو أى هيئة تنتدبها حكومة جمهورية مصر العربية لهذا الغرض. (مستبدلة بالقانون رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٥).

(3) القانون المصري رقم ٨٩ لسنة ١٩٦٠م في شأن دخول وإقامة الأجانب بأراضي الجمهورية العربية المتحدة والخروج منها. (مستبدلة بالقانون رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٥).

(4) الجريدة الرسمية - العدد ٣٨ مكرر (ج) في ٢٦ سبتمبر سنة ٢٠١٦م

رقم ٧٧ لسنة ٢٠١٦م في شأن دخول وإقامة الأجانب بأراضي جمهورية مصر العربية والخروج منها^(١).

لقد أورد المشرع المصري تعريفاً في المادة الأولى من القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠١٦م في البند رقم (٣) مماثلاً إلى حد كبير لما جاء بتعريف بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجو^(٢)، حيث عرفت تهريب المهاجرين على أنه "تدبير انتقال شخص أو أشخاص بطريقة غير مشروعة من دولة إلى أخرى من أجل الحصول بصورة مباشرة أو غير مباشرة على منفعة مادية أو معنوية، أو لأي غرض آخر"^(٣).

ونلاحظ أنّ المشرع المصري لم يستعمل عبارة "تدبير دخول غير مشروع" الواردة في بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجو المكمل لهذه الاتفاقية، بينما استخدم عبارة "تدبير انتقال شخص أو أشخاص بطريقة غير مشروعة من دولة إلى أخرى".

ومن هذا التعريف السابق يتضح لنا أنّ الوصف القانوني لقيام أي شخص أو جماعة للعمل على تدبير أية وسائل لنقل آخرين من مكان إلى آخر أو من دولة إلى أخرى هو النموذج الذي حدده المشرع لجريمة تهريب المهاجرين في قانون مكافحة الهجرة غير الشرعية وتهريب المهاجرين، ويرتبط الوصف القانوني بالتحديد الذي يقوم به المشرع، والذي بموجبه تُعد الأفعال المذكورة في القانون جرائم يترتب على ارتكابها عقوبات معينة محددة في النص القانوني وفقاً للمبدأ السائد في الدساتير وفي القانون الجنائي وهو مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات.

(١) الجريدة الرسمية - العدد ٤٤ مكرر (أ) في ٧ نوفمبر سنة ٢٠١٦م
(٢) لقد صادقت جمهورية مصر العربية على الانضمام إلى البروتوكول بقرار من رئيس الجمهورية رقم ٢٩٧ لسنة بتاريخ ٢٦/٥/٢٠٠٥م.
(٣) نصت المادة الثالثة (أ) من هذا البروتوكول بتعريف تهريب المهاجرين فقالت يُقصد بتعبير "تهريب المهاجرين" تدبير الدخول غير المشروع لشخص ما إلى دولة طرف ليس ذلك الشخص من رعاياها أو من المقيمين الدائمين فيها، وذلك من أجل الحصول، بصورة مباشرة أو غير مباشرة، على منفعة مالية أو منفعة مادية أخرى.

ونؤيد ما اتجه إليه المشرع المصري ، حيث قصد من ذلك أن انتقال أي شخص سواء بالدخول غير المشروع إلى الدولة ، أو الخروج غير المشروع منها يدخل تحت طائلة العقاب في جريمة تهريب المهاجرين ؛ فالدخول إلى الدولة بطريقة غير مشروعة يُعتبر اعتداء على سيادة الدولة على أراضيها، والخروج بطريقة غير مشروعة يُعاقب عليها القانون للشخص المُهْرَب وليس الشخص المهاجر، فالمشرع المصري اعتبر مصر دولة عبور للهجرة غير المشروعة ، بالإضافة إلى أنها دولة مصدرة للهجرة ، سواءً عن طريق الدخول غير المشروع أو الخروج غير المشروع ؛ فالبروتوكول سالف الذكر لا يعتبر تدبير الخروج غير المشروع تهريباً إلا إذا كان البلد المقصود طرفاً فيه ، ولكن يُعتبر تهريباً في القانون المصري.

ولم يتناول القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٦٠م وتعديلاته في شأن دخول وإقامة الأجانب بأراضي جمهورية مصر العربية و الخروج منها تعريفاً لجريمة تهريب المهاجرين ، ولكن المشرع منع بنص المادة الثالثة منه الدخول والخروج إلا من خلال الأماكن المحددة بقرار وزير الداخلية حيث نصت على أنه : " لا يجوز دخول جمهورية مصر العربية أو الخروج منها إلا من الأماكن التي يحددها وزير الداخلية بقرار يصدره وبإذن من الموظف المختص ويكون ذلك بالتأشير على جواز السفر أو الوثيقة التي تقوم مقامه " (١).

فنرى أن المشرع اعتبر الدخول من غير الأماكن المحددة بقرار وزير الداخلية دخولاً غير مشروع أيأ كان موقعه ، وبالتالي يمكن معاقبة فاعله طبقاً للقانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠١٦م بشأن مكافحة الهجرة غير الشرعية وتهريب المهاجرين.

(1) مستبدلة بالقانون رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٥م، الجريدة الرسمية - العدد (١٨) مكرر في ٥ مايو ٢٠٠٥.

أما بشأن دخول وخروج المصريين إلى الأراضي السودانية- على سبيل المثال - بدون تأشيرة على جواز السفر، فيُعد هذا خروجاً مشروعاً والعودة دخولاً مشروعاً ، وذلك لوجود اتفاقية الحريات الأربع الموقعة بين مصر والسودان بتاريخ ٤/٤/٢٠٠٤م.

انتهج المشرع المصري في المادة الثانية من القانون المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠١٦م ذات النهج الذي انتهجه البروتوكول سالف الذكر حيث قرر عدم مسؤولية الشخص المهاجر جنائياً في جريمة تهريب المهاجرين ، كما أنه لا يُعتد برضاء المهاجر أو برضاء المسئول عنه أو من يتولى رعايته في هذه الجريمة^(١).

كما تناول المشرع مسؤولية المُهرب بالمادة الخامسة من القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠١٦م حيث نصت على أنه : " يُعاقب بالسجن كلُّ من أسس ، أو نظم ، أو أدار جماعة إجرامية منظمة لأغراض تهريب المهاجرين ، أو تولي قيادة فيها ، أو كان أحد أعضائها ، أو منضماً إليها " .

لقد أورد المشرع بالنص العقابي أفعال التأسيس أو التنظيم أو الإدارة والتي يجمع بينها وحدة الغرض الإجرامي المتمثل في الرغبة في الوجود الفعلي للجماعة الإجرامية المنظمة والقيام بعمليات تهريب المهاجرين ، إلا أن كل فعل من هذه الأفعال له دور هام وفاعل داخل تلك الجماعة الإجرامية. ويُقصد بالتأسيس من الناحية الاصطلاحية في هذا النص العقابي تلك الأفكار والمبادئ التي تقوم عليها هذه الجماعة الإجرامية المنظمة استناداً إلى ما تمثله أساساً تستمد منه العلة من تكوينها ووجودها ، بالإضافة إلى كل من يرصد الأموال ، أو الممتلكات من بناء ، أو وسائل نقل ، أو أية وسائل

(١) نصت المادة الثانية من القانون رقم (٨٢) لسنة ٢٠١٦ بشأن إصدار قانون مكافحة الهجرة غير الشرعية وتهريب المهاجرين لا تترتب أية مسؤولية جنائية أو مدنية على المهاجر المهرب عن جرائم تهريب المهاجرين المنصوص عليها في هذا القانون. ولا يُعتد برضاء المهاجر المهرب أو برضاء المسئول عنه أو متوليه في جرائم تهريب المهاجرين المنصوص عليها في هذا القانون.

أخرى تُعتبر من الأصول المادية للجماعة الإجرامية ، وتكون ضرورية في ظهور هذا الشكل أو الكيان المادي لتلك الجماعة^(١).

والتأسيس هي مرحلة تكوين الجماعة الإجرامية المنظمة ، منها وضع الملامح الرئيسية للجماعة وتقسيمها سواءً داخل الدول أو خارجها، وإعداد قوائم بأعضاء تلك الجماعة ، فهي جماعات منظمة وكبيرة وتعمل عبر مناطق جغرافية شاسعة ، كما تتحكم في جميع الخيوط لما تقوم به من عمليات تهريب للمهاجرين ، وتحديد الوسائل المادية في التمويل والتسليح وما تتطلبه لتحقيق أغراضها الإجرامية من جريمة تهريب المهاجرين بكافة الطرق.

أما التنظيم فهو وضع الضوابط التي تحكم عمل الجماعة الإجرامية من توزيع أدوار أعضائها ، و وظيفة كل منهم تحديداً ، و وسائل الاتصال و التواصل المستمر بينهم ، و كيفية تلقي الأوامر ، وغير ذلك من إجراءات تخدم الجماعة الإجرامية على القيام بعملها بحرفية في تهريب المهاجرين ، فمنهم من هو مسئول عن تجهيز المستندات ، وجوازات السفر المزورة التي تستخدم في طريقة الدخول إلى أي دولة ، ومنهم من هو مسئول عن الوسيلة المستخدمة في عملية التهريب سواء كان برأ أو بحراً أو جواً ، ومنهم من هو مسئول دخول المهاجرين داخل الدولة عبر طرق بعيداً عن أعين السلطات الأمنية ، أو التعامل مع بعض رجال السلطات الحكومية الفاسدين.

والتنظيم مرحلة لاحقة على التأسيس من حيث الوجود الفعلي للجماعة الإجرامية، فلا يشترط المعاصرة الزمنية بينهما^(٢).

(1) د. محمد محمود سعيد - جرائم الإرهاب - أحكامها الموضوعية وإجراءات ملاحقتها - ط ١ - دار الفكر العربي سنة ١٩٩٥م ص ٤١.

(2) د. طارق أحمد ماهر زغلول - الجرائم الإرهابية - دار النهضة العربية - الطبعة الأولى ٢٠١٦

أما المقصود من الإدارة في محيط الجماعة الإجرامية تسيير الأمور، و التخطيط للعمليات الإجرامية ، والتنظيم والتنسيق بين أعضائها ، والإشراف على أعمالهم المكلفين بها ، لتحقيق أغراضها الإجرامية.

- تعريف جريمة تهريب المهاجرين في التشريعات المقارنة:

• تعريف جريمة تهريب المهاجرين في بعض الدول العربية :

لقد حددت الدول المصدرة ، و دول العبور تعريفاً لجريمة تهريب المهاجرين يختلف عن التعريفات التي تناولتها الدول المستقبلية ، فقد كانت دول المغرب والجزائر وليبيا من الدول المصدرة للهجرة ، حيث نصت في تشريعاتها على تعريف تهريب المهاجرين على أنه : " تدبير الخروج أو دخول غير المشروع لأي شخص من أو إلى أراضيها " إلا أن بعض الدول المستقبلية للهجرة كدولة الإمارات العربية المتحدة قد تناولت هذه الجريمة عن طريق تجريم الدخول غير المشروع إليها^(١).

• تعريف جريمة تهريب المهاجرين في التشريع الجزائري:

لقد تناول المشرع الجزائري في القانون رقم(١) لسنة ٢٠٠٩ بشأن تعريف جريمة تهريب المهاجرين في المادة (٣٠٣ مكرر) : " يعد تهريباً للمهاجرين القيام بتدبير الخروج غير المشروع من التراب الوطني لشخص أو عدة أشخاص من أجل الحصول بصورة مباشرة أو غير مباشرة على منفعة مالية أو أي منفعة أخرى " ^(٢).

نلاحظ هنا أن المشرع الجزائري قد استعمل عبارة " القيام بتدبير الخروج غير المشروع من التراب الوطني " بدلاً عن العبارة الواردة في

(١) نصت المادة (٣١) من القانون الإماراتي رقم ٦ لسنة ١٩٧٣م، والمعدل بالمرسوم بقانون اتحادي

رقم ٧ لسنة ٢٠٠٧م، على أنه "كل أجنبي دخل الدولة بصورة غير مشروعة يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن شهر وبغرامة لا تقل عن عشرة آلاف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين. وعلى المحكمة أن تأمر بإبعاده عن الدولة".

(2) القانون الجزائري رقم (٠٩/٠١) تحت عنوان "تهريب المهاجرين" بتاريخ ٢٥ فبراير ٢٠٠٩م.

نص المادة الثالثة من البروتوكول وهي " تدبير الدخول غير المشروع لشخص ما إلى دولة طرف ليس ذلك الشخص من رعاياها " ، وهذا يعني أن المشرع الجزائري لا يعتبر الدخول غير المشروع تهريباً للمهاجرين ، على عكس البروتوكول الذي لا يعتبر الخروج غير المشروع جريمة تهريب المهاجرين بل و يعتبر الدخول غير المشروع فقط جريمة تهريب المهاجرين.

ولكن يُثار تساؤل عن تسلل أي شخص أجنبي إلى داخل الأراضي الجزائرية ، فلم يتناول المشرع الجزائري الدخول غير المشروع كما نص التشريع المصري ، والتشريع المغربي اللذان جرّماً الدخول والخروج لأراضيها الوطنية على السواء. فهل يتم ضبط أي متسلل للأراضي الجزائرية ومحاكمته ، فتجد السلطات تحرجاً في التعامل مع المتسللين.

بينما لم يتناول القانون رقم(١١) لسنة ٢٠٠٨م^(١) تعريفاً لتهريب المهاجرين ، ولم يتناول معاقبة من ساهم في دخول المتسللين إلى أراضيها، ولكنه تناول في الفصل الثامن تحت عنوان " أحكام جزائية " معاقبة من يأوي أجنبياً بدون تصريح لهذا الأجنبي بالإقامة ، وكذا معاقبة الأجنبي نفسه في حالة مخالفة الأحكام الواردة في القانون^(٢).

(1) القانون الجزائري رقم(١١) لسنة ٢٠٠٨م بتاريخ ٢٥ يونيو عام ٢٠٠٨م المتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها وتنقلهم و تنقلهم فيها. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية - العدد ٣٦ في ٢ يوليو سنة ٢٠٠٨م .

(2) نصت المادة (٣٨) على أنه "يعاقب بغرامة من ٥.٠٠٠ دج إلى ٢٠.٠٠٠ دج كل شخص يأوي أجنبياً ويفعل القيام بالتصريح المنصوص عليه في المادة ٢٩ أعلاه. المادة ٣٩: يعاقب بغرامة من ٥.٠٠٠ دج إلى ٢٠.٠٠٠ دج الأجنبي الذي يرفض الامتثال للأحكام المنصوص عليها في المادة ٢٥ أعلاه. المادة ٤٠ : يعاقب بغرامة من ٢.٠٠٠ دج إلى ١٥.٠٠٠ دج الأجنبي الذي لا يقوم بالتصريح المنصوص عليه في المادة ٢٧ أعلاه. المادة ٤٦ : يعاقب بالحبس من سنتين (٢) إلى خمس (٥) سنوات وبغرامة من ٦٠.٠٠٠ دج إلى ٢٠٠.٠٠٠ دج كل شخص يقوم بصفة مباشرة أو غير مباشرة ، بتسهيل أو محاولة تسهيل دخول أو تنقل أو إقامة أو خروج أجنبي من الإقليم الجزائري بصفة غير قانونية".

• تعريف جريمة تهريب المهاجرين في التشريع المغربي:

أما التشريع المغربي فقد سار على نهج المشرع المصري في النص على الدخول غير المشروع أو الخروج غير المشروع من الأراضي المغربية، حيث نصت المادة رقم (٥٢) من القانون رقم ٢ لسنة ٢٠٠٣م المتعلق بدخول وإقامة الأجانب بالمملكة المغربية وبالهجرة غير المشروعة على أنه : "يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبالغرامة من ٥٠٠.٠٠٠ إلى ٥٠٠.٠٠٠ درهم كل من نظم أو سهّل دخول أشخاص مغاربة كانوا أو أجانب بصفة سرية إلى التراب المغربي أو خروجهم منه بإحدى الوسائل المشار إليها في المادتين السابقتين وخاصة بنقلهم مجاناً أو بعوض"^(١).

• تعريف جريمة تهريب المهاجرين في التشريع الليبي:

أما القانون الليبي رقم (١٩) لسنة ٢٠١٠م بشأن مكافحة الهجرة غير الشرعية فقد نص في مادته الأولى على أنه : " في تطبيق أحكام هذا القانون يعد مهاجراً غير شرعي كل من دخل أراضي الجماهيرية العربية الليبية الشعبية الاشتراكية العظمى ، أو أقام بها دون إذن أو تصريح من الجهات المختصة بقصد الاستقرار فيها أو العبور إلى دولة أخرى".

بينما نصت المادة الثانية من ذات القانون على أن إدخال المهاجرين غير الشرعيين إلى البلاد أو إخراجهم منها بأية وسيلة يُعتبر من أعمال الهجرة غير المشروعة ، وهنا نلاحظ أن المشرع الليبي قد سار على نفس نهج المشرع المصري والمغربي عندما نص على اعتبار الدخول غير الشرعي والخروج غير الشرعي جريمة تهريب المهاجرين^(٢).

(1) الجريدة الرسمية رقم ٥١٦٠ الصادرة يوم الخميس ٣١ نوفمبر ٢٠٠٣م.
(2) المادة (٢) من القانون الليبي رقم (١٩) بشأن مكافحة الهجرة غير الشرعية نصت على أنه : يعتبر من أعمال الهجرة غير المشروعة ما يلي : إدخال المهاجرين غير الشرعيين إلى البلاد أو إخراجهم منها بأية وسيلة ب نقل وتسهيل نقل المهاجرين غير الشرعيين داخل البلاد مع العلم بعدم شرعية وجودهم بها. ت- إيواء المهاجرين غير الشرعيين أو إخراجهم أو إخفانهم بأية طريقة عن

• تعريف جريمة تهريب المهاجرين في التشريع الإماراتي:

أما المشرع الاتحادي لدولة الإمارات (١) فقد قرّر عدم جواز دخول أي أجنبي البلاد بأي طريق ما لم يكن لديه جواز أو وثيقة سفر صالحان وتأشيرة أو إذن دخول أو تصريح إقامة ساري المفعول". كما قرر أيضاً عدم جواز دخول الأجنبي البلاد أو الخروج منها إلا من الأماكن التي يحددها وزير الداخلية بقرار يصدره وبعد التأشير من الموظف المختص على جواز السفر أو الوثيقة التي تقوم مقامه (٢).

ونصت المادة الأولى من القانون الاتحادي رقم (٦) لسنة ١٩٧٣م في شأن دخول وإقامة الأجانب على أنه: "يعتبر أجنبياً في حكم هذا القانون كل من لا يتمتع بجنسية دولة الإمارات المتحدة". كما جاء النص العقابي في المادة (٣١) من ذات القانون ينص على معاقبة كل أجنبي دخل الدولة بصورة غير مشروعة بالحبس مدة لا تقل عن شهر وبغرامة لا تقل عن عشرة آلاف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين ، بالإضافة إلى ذلك أن تأمر المحكمة بإبعاده عن الدولة.

تتبع الجهات المختصة أو إخفاء معلومات عنهم لتمكنهم من الإقامة في البلاد أو الخروج منها. ث- إعداد وثائق السفر أو هوية مزورة للمهاجرين، أو توفيرها، أو حيازتها لهم. ج- تنظيم أو مساعدة أو توجيه أشخاص آخرين للقيام بأي فعل من الأفعال المنصوص عليها في الفقرات السابقة.

(1) نص القانون رقم (٦) لسنة ١٩٧٣م في المادة (٢) على أنه "مع مراعاة الأحكام الأخرى الواردة في هذا القانون لا يجوز لأي أجنبي أن يدخل البلاد بأي طريق ما لم يكن لديه جواز أو وثيقة سفر صالحان وتأشيرة أو إذن دخول أو تصريح إقامة ساري المفعول . ويجوز الإعفاء من الحصول على تأشيرة أو إذن دخول بالنسبة لرعايا الدول التي يصدر بها مرسوم بناء على عرض وزير الداخلية وبشرط المعاملة بالمثل". المعدل بالقانون الاتحادي رقم (٧) لسنة ١٩٨٥م والقانون الاتحادي رقم (١٣) لسنة ١٩٩٦م والمرسوم بقانون اتحادي رقم (٧) لسنة ٢٠٠٧م.

(2) كما نص القانون رقم (٦) لسنة ١٩٧٣م في المادة (٣) على أنه "لا يجوز للأجنبي دخول البلاد أو الخروج منها إلا من الأماكن التي يحددها وزير الداخلية . بقرار يصدره وبعد التأشير من الموظف المختص على جواز السفر أو الوثيقة التي تقوم مقامها". المعدل بالقانون الاتحادي رقم (٧) لسنة ١٩٨٥م والقانون الاتحادي رقم (١٣) لسنة ١٩٩٦م والمرسوم بقانون اتحادي رقم (٧) لسنة ٢٠٠٧م.

- تعريف جريمة تهريب المهاجرين في التشريع الأمريكي:

أما المشرع الأمريكي فقد تناول تهريب المهاجرين من خلال قانون إصلاح الهجرة غير الشرعية ومسئولية الهجرة لعام ١٩٩٦م ، فقد نص في القسم ١٠٨ على أن: " كل من هرب أو تهرب من نقطة تفتيش تديرها دائرة الهجرة والتجنيس ، أو أي وكالة إنفاذ قانون اتحادية أخرى ، في سيارة ، ويترك موظفي إنفاذ القانون الاتحاديين ، أو المحليين ، يتم تغريمه بموجب هذا العنوان ، وكذا السجن لمدة لا تزيد عن خمس سنوات، أو كليهما " (١).

وتهريب البشر حسبما جاء في تعريف مركز تهريب المهاجرين والاتجار بهم الأمريكي هو تيسير أو نقل أو محاولة نقل أو دخول غير قانوني لشخص أو أشخاص عبر حدود دولية ، في انتهاك لقوانين دولة أو أكثر، إما سراً أو بالخداع ، مثل استخدام وثائق مزورة . وكثيراً ما يجري تهريب البشر من أجل الحصول على منفعة مالية أو منفعة مادية أخرى للمهرب ، على الرغم من أن المكاسب المالية ، أو المنافع المادية ليست بالضرورة من مقومات تلك الجريمة . على سبيل المثال : أحياناً يشارك الناس في التهريب لجمع شمل أسرهم ، وعادة ما يكون تهريب البشر بموافقة الشخص (الأشخاص) المهربين الذين كثيراً ما يدفعون مبالغ مالية كبيرة من أجل تحقيق هذا الهدف .

(1) Pub. L. 104-208 Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act of 1996. SEC. 108. CRIMINAL PENALTIES FOR HIGH SPEED FLIGHTS FROM IMMIGRATION CHECKPOINTS.

"Whoever flees or evades a checkpoint operated by the Immigration and Naturalization Service, or any other Federal law enforcement agency, in a motor vehicle and flees Federal, State, or local law enforcement agents in excess of the legal speed limit shall be fined under this title, imprisoned not more than five years, or both."

ويتم تهريب الغالبية العظمى من الأشخاص الذين يحصلون على مساعدة في دخول الولايات المتحدة بصورة غير مشروعة ، بدلاً من الاتجار بهم ؛ وقد يصبح الأشخاص المُهرَّبون ضحايا لجرائم أخرى.

وبالإضافة إلى تعرضهم لظروف غير آمنة في رحلات التهريب ، قد يتعرض الأجانب المُهرَّبون للعنف البدني والجنسي ، وفي أحيان كثيرة ، يُحتجز هؤلاء الأجانب المُهرَّبون كرهائن في نهاية الرحلة إلى أن يدفع أفراد أسرهم أو غيرهم مبالغ مالية ؛ ومن الممكن أيضاً أن يصبح الشخص الذي يجري تهريبه ضحية للاتجار في أي وقت من الأوقات^(١).

كما ينص قانون إصلاح الهجرة غير الشرعية ومسئولية الهجرة لعام ١٩٩٦م، في القسم رقم ٢٧٤ (أ) (١) ، (٢) على عقوبات جنائية من قانون الولايات المتحدة ، القسم ١٣٢٤، بشأن الأفعال ، أو المحاولات التي تهدف إلى دخول الأجانب غير المأذون لهم إلى الولايات المتحدة ، أو نقلهم إليها ، أو دخول الأجانب غير الشرعيين ، أو تشجيع دخول الأجانب غير الشرعيين، أو الاشتراك لارتكاب هذه الانتهاكات ، عن علم أو في تجاهل للوضع غير القانوني.

(١) Pub. L. 104-208 Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act of 1996.

ولقد فرق القانون الأمريكي بين ارتكاب الجريمة بغرض تحقيق مكاسب تجارية ، أو مكاسب مالية خاصة ، أو تعرض الأشخاص المَهْرَبِينَ للإصابات الجسيمة أو تعريض حياتهم للخطر أو حدوث الوفاة⁽¹⁾.

(1)U.S. Code: Title 18 - CRIMES AND CRIMINAL PROCEDURE Sec. 274. [8 U.S.C. 1324]

(a) Criminal Penalties.-

(1) (A) Any person who-

(i) knowing that a person is an alien, brings to or attempts to bring to the United states in any manner whatsoever such person at a place other than a designated port of entry or place other than as designated by the Commissioner, regardless of whether such alien has received prior official authorization to come to, enter, or reside in the United States and regardless of any future official action which may be taken with respect to such alien;

(ii) knowing or in reckless disregard of the fact that an alien has come to, entered, or remains in the United States in violation of law, transports, or moves or attempts to transport or move such alien within the United States by means of transportation or otherwise, in furtherance of such violation of law;

(iii) knowing or in reckless disregard of the fact that an alien has come to, entered, or remains in the United States in violation of law, conceals, harbors, or shields from detection, or attempts to conceal, harbor, or shield from detection, such alien in any place, including any building or any means of transportation;

(iv) encourages or induces an alien to come to, enter, or reside in the United States, knowing or in reckless disregard of the fact that such coming to, entry, or residence is or will be in violation of law, shall be punished as provided in subparagraph (B); or

(v) 1/ (I) engages in any conspiracy to commit any of the preceding acts, or

(II) aids or abets the commission of any of the preceding acts,

(B) A person who violates subparagraph (A) shall, for each alien in respect to whom such a violation occurs-

(i) in the case of a violation of subparagraph (A)(i) or (v)(I) 2/ or in the case of a violation of subparagraph (A)(ii), (iii), or (iv) in which the offense was done for the purpose of commercial advantage or private

فقد قرر المشرع الأمريكي عقوبة الغرامة أو السجن لمدة لا تزيد عن عشر سنوات أو كليهما في حالة ارتكاب الجريمة بغرض تحقيق مكاسب تجارية، أو مكاسب مالية خاصة ، وقرر عقوبة الغرامة ، أو السجن لمدة لا تزيد عن خمس سنوات أو كليهما في حالة ارتكاب الجريمة أي شخص مع علمه أو تجاهله المقصود لحقيقة أمر أي أجنبي دخل إلى الولايات المتحدة الأمريكية أو ظل بها ، أو في حالة نقله عن طريق وسائل النقل ، أو إخفائه أو إيوائه أو تحريض أي أجنبي للدخول ، أو الإقامة في الولايات المتحدة الأمريكية ، وكذا من يشترك في ارتكاب أي من هذه الأفعال.

أما في حالة ارتكاب الأفعال السابقة وتحدث للشخص الأجنبي أية إصابات خطيرة أو يُعرض حياته للخطر فتكون العقوبة الغرامة أو السجن لمدة عشرين سنة أو كليهما. أما إذا حدثت وفاة الأجنبي تكون العقوبة السجن مدى الحياة أو الإعدام ، وغرامة أو كليهما.

financial gain, 3/ be fined under title 18, United States Code, imprisoned not more than 10 years, or both;

(ii) in the case of a violation of subparagraph (A)(ii), (iii), (iv), or (v)(II), 4/ be fined under title 18, United States Code, imprisoned not more than 5 years, or both;

(iii) in the case of a violation of subparagraph (A)(i), (ii), (iii), (iv), or (v) 5/ during and in relation to which the person causes serious bodily injury (as defined in section 1365 of title 18, United States Code) to, or places in jeopardy the life of, any person, be fined under title 18, United States Code, imprisoned not more than 20 years, or both; and

(iv) in the case of a violation of subparagraph (A)(i), (ii), (iii), (iv), or (v) resulting in the death of any person, be punished by death or imprisoned for any term of years or for life, fined under title 18, United States Code, or both.

<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/part-1>.

- تعريف جريمة تهريب المهاجرين في التشريع الفرنسي:

تناول القانون الفرنسي دخول المهاجرين بطريقة غير شرعية في قانون دخول وإقامة الأجانب واللجوء حيث قرر في المادة (ل ٥١١-١) في البند الأول : أن للجهة الإدارية أن تُجبر أي أجنبي علي مغادرة الأراضي الفرنسية بشرط أن يكون من غير مواطني الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي ، أو دولة طرف في المنطقة الاقتصادية الأوروبية ، أو الاتحاد السويسري في إحدى هذه الحالات التالية :

١. إذا كان أجنبياً لا يستطيع تبرير دخوله بشكل قانوني إلى الأراضي الفرنسية إلا إذا كان حاصلاً على تصريح إقامة ساري المفعول^(١).
٢. إذا كان الأجنبي لا يقيم بشكل قانوني في فرنسا لأكثر من ثلاثة أشهر انتهاكاً للمادة (ل ٥٢٢١-٥) من قانون العمل. كما يجوز رفض الدخول إلى الأراضي الفرنسية لأي أجنبي يكون وجوده من شأنه أن يشكل تهديداً للنظام العام^(٢).

(1) Article L511-1 Modifié par LOI n°2016-274 du 7 mars 2016 - art. 27

I. — L'autorité administrative peut obliger à quitter le territoire français un étranger non ressortissant d'un Etat membre de l'Union européenne, d'un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen ou de la Confédération suisse et qui n'est pas membre de la famille d'un tel ressortissant au sens des 4° et 5° de l'article L. 121-1, lorsqu'il se trouve dans l'un des cas suivants : 1° Si l'étranger ne peut justifier être entré régulièrement sur le territoire français, à moins qu'il ne soit titulaire d'un titre de séjour en cours de validité ; 8° Si l'étranger qui ne réside pas régulièrement en France depuis plus de trois mois a méconnu l'article L. 5221-5 du code du travail. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode>.

(2) Article L213-1 Modifié par LOI n°2016-274 du 7 mars 2016 - art. 57 L'accès au territoire français peut être refusé à tout étranger dont la présence constituerait une menace pour l'ordre public ou qui fait l'objet soit d'une peine d'interdiction judiciaire du territoire, soit d'un

كما أن المادة (ل ١٢١-١) من قانون دخول وإقامة الأجانب واللجوء تحدد الشروط التي بموجبها يمكن لمواطني الاتحاد الأوروبي الحق في البقاء في فرنسا لفترة أكثر من ثلاثة أشهر ، أما المادة (ل ١٢١-٣) تنص على أن الإقامة التي تشكل خطراً على النظام العام يصدر بشأنها قرار برفض البقاء ، و بالتالي رفض إصدار أو تجديد رخصة الإقامة والإبعاد أو الطرد من الدولة بموجب الكتاب الخامس من القانون^(١)

فلم يتعرض المشرع الفرنسي لتعريف جريمة تهريب المهاجرين، ولكنه تناول هذه الجريمة من خلال الدخول غير المبرر من قبل الأجنبي المتواجد على الأراضي الفرنسية ، وكذا الأجنبي الذي يقيم بشكل غير قانوني. وقد عرف القانون الفرنسي مفهوم الأجنبي أنه هو من لا يحمل الجنسية الفرنسية^(٢).

arrêté d'expulsion, soit d'une interdiction de retour sur le territoire français, soit d'une interdiction de circulation sur le territoire français, soit d'une interdiction administrative du territoire.

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode>.

(1) Article L211-1

Pour entrer en France, tout étranger doit être muni :

1° Des documents et visas exigés par les conventions internationales et les règlements en vigueur ;

2° Sous réserve des conventions internationales, du justificatif d'hébergement prévu à l'article L. 211-3, s'il est requis, et des autres documents prévus par décret en Conseil d'Etat relatifs, d'une part, à l'objet et aux conditions de son séjour et, d'autre part, s'il y a lieu, à ses moyens d'existence, à la prise en charge par un opérateur d'assurance agréé des dépenses médicales et hospitalières, y compris d'aide sociale, résultant de soins qu'il pourrait engager en France, ainsi qu'aux garanties de son rapatriement ;

3° Des documents nécessaires à l'exercice d'une activité professionnelle s'il se propose d'en exercer une.

(2) Article L111- Sont considérées comme étrangers au sens du présent code les personnes qui n'ont pas la nationalité française, soit qu'elles aient une nationalité étrangère, soit qu'elles n'aient pas de nationalité. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode>.

المطلب الثاني

علاقة جريمة تهريب المهاجرين بالجرائم المرتبطة بها

هناك علاقة تربط بين جريمة تهريب المهاجرين ، والجريمة المنظمة، كما أنه توجد أيضاً علاقة تربط بين جريمة تهريب المهاجرين ، وجريمة الاتجار بالبشر، وسوف نتعرض لخصائص جريمة تهريب المهاجرين في البداية حتى يمكن توضيح علاقتها بالجرائم المرتبطة بها.

خصائص جريمة تهريب المهاجرين:

تتصف جريمة تهريب المهاجرين بعدة خصائص⁽¹⁾ أوضحتها اتفاقية باليرمو المتعلقة بمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية وبرتوكول مكافحة تهريب المهاجرين وهي:

1. جريمة منظمة: فهي جريمة تقوم بها جماعة ذات هيكل تنظيمي - غير مشكلة عشوائياً - مؤلفة من ثلاثة أشخاص أو أكثر، موجودة لفترة من الزمن ، وتعمل بهدف ارتكاب واحدة أو أكثر من الجرائم الخطيرة أو الأفعال المجرمة وفقاً لهذه الاتفاقية بشكل مباشر أو غير مباشر، على منفعة مالية أو منفعة مادية أخرى؛ كما لا يلزم أن تكون لأعضائها أدوار محددة رسمياً. ويجب أن تتلاقى إرادة هؤلاء في ارتكاب الجريمة أو الجرائم محل التنظيم⁽²⁾.

وهذا يعني وجود نظام يبين آلية العمل عن طريق التسلسل الهرمي حيث تتألف من رئيس يتولى مهام الإدارة ويخضع

(1) للمزيد راجع د. محمد سامي الشوا - الجريمة المنظمة وصاداها على الأنظمة العقابية - دار النهضة العربية بدون سنة نشر - ص ٥٩.

(2) د. عبد الفتاح الصيفي - الجريمة المنظمة: التعريف والأنماط والاتجاهات - أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية - الرياض، السعودية - ١٩٩٩م - ص ٢٩، ٣٠.

الأعضاء له خضوعاً كاملاً، كما يتم تقسيم الأدوار بين الأعضاء وتحديد العلاقات بين أعضائها وعلاقتهم بالمنظمة الإجرامية^(١).

٢. جريمة مستمرة: السلوك الإجرامي المنظم عادة ما يتميز بالاستمرارية بسبب طبيعة النشاط الذي يصدر عن جماعة منظمة التي تجعل صفة الاستمرارية قائمة إلى أن يتم حل هذا التنظيم نهائياً، وأن يكون تشكيل الجماعة المنظمة لمدة طويلة، وأن تقوم بارتكاب جرائم جسيمة، وأخيراً أن يكون الهدف منها الحصول على الربح أو السلطة^(٢).

٣. استخدام طرق إجرامية: تقوم هذه العصابات الإجرامية باستخدام طرق ووسائل إجرامية كالفساد عن طريق عرض و تقديم الرشاوى لمن يتواجدون على الحدود لحراستها وحمايتها من بعض الأفراد من حرس الحدود أو الشرطة أو موظفي الجمارك. وتستخدم حق التأثير على رجال السلطة العامة^(٣). وتزوير الوثائق اللازمة لدخول الدولة أو الإقامة بها كجواز السفر وتأشيرة الدخول أو الإقامة.

أسباب الهجرة غير الشرعية وتهريب المهاجرين:

ونرى أن لجوء المهاجرين إلى الهجرة غير الشرعية يرجع إلى أسباب ودوافع مختلفة: منها ما هو اقتصادي، ومنها ما هو اجتماعي، وأخيراً ما هو سياسي ونعرضها بالتفصيل التالي:

أولاً: أسباب اقتصادية:

من الأسباب التي قد يعاني منها بعض الأشخاص المهاجرين، والتي تجعله يلجأ إلى اتباع طرق غير شرعية للهجرة من موطن إقامته:

(1) د. عمرو مسعد عبد العظيم - المواجهة الجنائية والأمنية لجرائم الهجرة غير الشرعية - دار النهضة العربية ٢٠١٦م ص ١٤٥.

(2) د. شريف سيد كامل - الجريمة المنظمة - مرجع سابق - ص ٥٦.

(3) د. شريف سيد كامل - الجريمة المنظمة - مرجع سابق - ص ٥٧.

البطالة التي تؤدي بهم إلى الاحباط ، والسخط على بلادهم من عدم توفير فرص عمل لهم ، أو عدم المقدرة على السعي لإيجاد فرصة عمل له ، وكذا انخفاض الأجور التي يتقاضاها من يعملون في كثير من الأعمال ، وتدني مستوى معيشة الفرد في وطنه ، هذا بالإضافة إلى ما يتطلع إليه هؤلاء الأشخاص من طموح في معيشة أفضل في المعيشة ، والأجور المجزية، وكذا التطلعات إلى الدراسات ، والبحث العلمي بالنسبة لبعض الأشخاص الموهوبين، مع إيجاد فرص عمل في تخصصاتهم ، وغير ذلك من الأسباب الاقتصادية التي تؤدي إلى نفور الأشخاص من بلادهم، والأسباب التي تجذبهم إلى العمل في بلاد المهجر .

ثانياً: أسباب اجتماعية :

ترتبط الأسباب الاجتماعية بالأسباب الاقتصادية ارتباطاً وثيقاً، فنجد أن البطالة والفقر وتدني مستوى معيشة الفرد لها انعكاسات اجتماعية ونفسية على بعض الأشخاص؛ فهؤلاء الأشخاص يتطلعون إلى الهجرة لتحقيق أحلام اقتصادية واجتماعية أفضل مما هو عليها في بلاده ، لذا يقبلون المخاطر التي يقابلونها في رحلة تهريبهم من بلادهم إلى بلاد المهجر .

ثالثاً: أسباب سياسية :

نرى أن النزاعات السياسية بين نظام الحكم والمعارضة والاستعانة بالجماعات الإرهابية ، والصراعات المسلحة في بعض الدول : (ليبيا وسوريا واليمن على سبيل المثال)، أدى إلى هروب معظم سكان هذه الدول والاضطرار إلى الهجرة إلى الدول المجاورة التي يسود فيها الهدوء ، والسلام خشية ويلات الحروب والدمار الذي لحق ببلادهم^(١).

وسوف نتناول علاقة جريمة تهريب المهاجرين بكل من الجريمة المنظمة وجريمة الاتجار بالبشر في فرعين منفصلين، وذلك على النحو التالي:

(١) يأتي ذلك بعد ما كشفت السلطات الإيطالية عن مقتل أكثر من ١٠٠ مهاجر سوري، كانوا على متن مركب متجه من تونس إلى السواحل الإيطالية، قتل معظمهم نتيجة رميهم في البحر وبعضهم طعن بالسكاكين قبل رميهم ، وقال شهود عيان توانسة على متن المركب: إن أحداث مروعة شهدتها المركب في عرض البحر وإن المهاجرين اقتتلوا فيما بينهم، بعد أن خرجت مجموعة مذعورة كانت مختبئة في قلب المركب بعد شعورهم بالاختناق مطالبين بالعودة للشواطئ التونسية، واشتبكوا مع مجموعة من الشبان على سطح المركب وقاموا برمي ٥٠ منهم في البحر فوراً فيما طعن ٦٠ آخرين قبل رميهم، واعتقلت السلطات الإيطالية، فلسطيني وآخر سعودي، وشخصين من المغرب وآخر سوري مع مهربين تونسيين، بتهم القتل بعد أن عثر على جثة ٣٠ شخصاً بينهم طفل، كانت محتجزة في غرفة المحرك، ويبدو أنهم ماتوا اختناقاً في المركب الذي كان يحمل ٥٦٠ شخصاً من المهاجرين غير الشرعيين أغلبهم سوريين، وكانت مالطا قد عثرت على ٢٩ جثة في قارب من خشب قبالة جزيرة (لامبيدوزا) الإيطالية، وبحسب السلطات العسكرية في مالطا، فإن المهاجرين قد يكونوا قتلوا "دهساً" خلال فوضى على سطح القارب أو اختناقاً بغاز (العام)، بحسب أجهزة الإغاثة الإيطالية لكن تفاصيل حدوث المجزرة لم تتبين بعد.

الفرع الأول

علاقة جريمة تهريب المهاجرين بالجريمة المنظمة

- معايير تحديد الجريمة المنظمة:
- وقد وضعت الاتفاقية معايير لتحديد الجريمة المنظمة عبر الوطنية في المادة الثالثة منها وقالت في البند (٢) في الفقرة من هذه المادة،
يكون الجرم ذا طابع عبر وطني إذا:
ا. ارتكب في أكثر من دولة واحدة
ب. ارتكب في دولة واحدة ولكن جرى جانب كبير من الإعداد أو التخطيط له أو توجيهه أو الإشراف عليه في دولة أخرى
ج. ارتكب في دولة واحدة ، ولكن ضلعت في ارتكابه جماعة إجرامية منظمة تمارس أنشطة إجرامية في أكثر من دولة واحدة.
د. ارتكب في دولة واحدة ، ولكن له آثار شديدة في دولة أخرى.
- مقارنة الجريمة المنظمة عبر الوطنية بجريمة تهريب المهاجرين.

ومن خلال دراسة جريمة تهريب المهاجرين تبين أن معظم هذه الجرائم تقوم بها جماعات إجرامية منظمة ، وفي كل الحالات نجد أنها جرائم تتجاوز حدود الدول ؛ وقد أكدت على ذلك اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عند تعريفها للجماعة الإجرامية المنظمة يقصد بتعبير "جماعة إجرامية منظمة" : جماعة ذات هيكل تنظيمي ، مؤلفة من ثلاثة أشخاص أو أكثر، موجودة لفترة من الزمن وتعمل بصورة متضافرة بهدف ارتكاب واحدة أو أكثر من الجرائم الخطيرة ، أو الأفعال المجرمة وفقاً لهذه الاتفاقية، من أجل الحصول، بشكل مباشر أو غير مباشر، على منفعة مالية أو منفعة مادية أخرى^(١).

(١) اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٢٥ الدورة الخامسة والخمسون المؤرخ في ١٥ من نوفمبر ٢٠٠٠م.

فالجماعات الإجرامية تقوم بارتكاب الجريمة في أكثر من دولة ، ولو كانت الجريمة في دولة واحدة ، وكان لها تأثير في دولة أخرى ، فمع التطور التكنولوجي الذي أدى إلى اتساع نطاق حرية الأشخاص وحرية تنقل الأموال أصبحت الجريمة تتعدى الحدود الوطنية للدول⁽¹⁾.

كما يمكن أن تكون الجريمة من أفعال متعددة ويكون التحضير لها والإعداد والتخطيط لها في دولة ، وتتم الجريمة في دولة أخرى ، بل أيضاً قد تُمارس الجماعات الإجرامية نشاطها الإجرامي بالكامل على إقليم دولة واحدة وجميع أفرادها مستقرين فيها ، ولكن آثار هذا النشاط الإجرامي تمتد إلى دولة أخرى أو دول أخرى ، وتكون هذه الجماعات على علاقات بمنظمات متشابهة في دول أخرى⁽²⁾.

ومن دراسة المعايير التي أوردتها اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة في المادة الثالثة منها نجد أن الجريمة المنظمة يظهر فيها الطابع الدولي العابر للحدود ، كما أن جريمة تهريب المهاجرين تتضمن معظم هذه المعايير ، فنجد أن المعيار الأول والمتعلق بارتكاب الجريمة في أكثر من دولة يوجد بصفة جوهرية وأساسية في جريمة تهريب المهاجرين حيث إن هذه الجريمة ترتبط ارتباطاً وثيقاً بفكرة العبور غير القانوني للحدود.

ولقد أثبتت التجارب صعوبة مكافحة الجريمة المنظمة في النطاق المحلي للدول ، وذلك بسبب العلاقات الدولية سواء السياسية أو الاقتصادية ، هذا بالإضافة لاستخدام العصابات الإجرامية المنظمة لأحدث التقنيات ، مما حدا بالمجتمع الدولي إلى التصدي لهذه الأخطار حيث قامت الجمعية العامة

(1) د. صايش عبد المالك - مرجع سابق - ص ٨٦.

(2) د. محمود شريف بسيوني - الجريمة المنظمة عبر الوطنية - القاهرة - دار الشروق - الطبعة الأولى ٢٠٠٤م - ص ١١.

للأمم المتحدة بعمل اتفاقية لمكافحة الجريمة المنظمة ؛ حتى تتمكن الدول من التصدي لهذه الجريمة بالتعاون الدولي فيما بينهم⁽¹⁾.

أما بالنسبة للمعيار الثاني المتعلق بارتكاب الجريمة في دولة واحدة ولكن كانت الأعمال التحضيرية كالإعداد والتخطيط أو التوجيه أو الإشراف في دولة أو دول أخرى ، قد يتفق هذا المعيار مع جريمة تهريب المهاجرين ، حيث يتم التخطيط والتحضير والإشراف على الأفعال التي يقوم بها المهربون في دولة ما وتكون أفعال الأخرى من نقل الأشخاص من دولة إلى دولة أخرى أو مروراً بدول أخرى وتدابير وسائل السفر التي يستخدمها المهربين في تهريب المهاجرين.

أما المعيار الثالث المتعلق بارتكاب الجريمة في دولة واحدة ، ولكن ضلعت في ارتكابها جماعة إجرامية منظمة تمارس أنشطة إجرامية في أكثر من دولة واحدة ، ففي أغلب الحالات تقوم بعمليات تهريب المهاجرين شبكات من العصابات الإجرامية المنظمة ، والتي يمتد نشاطها الإجرامي عبر الحدود الوطنية للدول ، وقلما نجد المهربين من الأفراد العاديين أو الصيادين.

أما المعيار الأخير المتعلق بارتكاب الجريمة في دولة واحدة ، ولكن لها آثار شديدة في دولة أخرى ، قد لا يتحقق إلا بوجود الدولتين الأولى هي الدولة المصدرة للمهاجرين والثانية هي الدولة المستقبلة للمهاجرين ، ولكن قد تُحدث آثاراً بدولة ثالثة وهي دول العبور، وهذه الآثار مسألة موضوعية خاضعة لسلطة الدولة التقديرية فيما تراه من شدة هذه الآثار على أمنها.

ومما سبق يتضح أن هناك علاقة قوية بين جريمة تهريب المهاجرين والجريمة المنظمة عبر الوطنية ؛ لأن الأولى ما هي إلا نوع من الأخيرة بل هي أخطر أنواع الجريمة المنظمة حيث حرص المجتمع الدولي المتمثل في الأمم المتحدة بإصدار بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين مكملاً لاتفاقية

(1) د. صايش عبد المالك - مرجع سابق - ص ٨٨.

الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية لتجريم أفعال التهريب الواردة في البروتوكول بموجب هذه الاتفاقية⁽¹⁾.

الفرع الثاني

علاقة جريمة تهريب المهاجرين بجريمة الاتجار بالبشر

- تعريف جريمة الاتجار بالبشر:

تعرض بروتوكول الأمم المتحدة الخاص بمنع وحظر ومعاينة الاتجار بالبشر وبخاصة النساء والأطفال ، المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية لسنة ٢٠٠٠ لجرائم الاتجار بالبشر الذي نص على أنه يُقصد بتعبير " الاتجار بالأشخاص " : تجنيد أشخاص أو نقلهم أو تنقلهم أو إيواؤهم أو استقبالهم بواسطة التهديد بالقوة أو استعمالها أو غير ذلك من أشكال القسر أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو استغلال السلطة أو استغلال حالة استضعاف ، أو إعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سيطرة على شخص آخر لغرض الاستغلال . ويشمل الاستغلال كحد أدنى استغلال دعارة الغير ، أو سائر أشكال الاستغلال الجنسي، أو السخرة أو الخدمة قسراً ، أو الاسترقاق ، أو الممارسات الشبيهة بالرقيق ، أو الاستبعاد أو نزع الأعضاء⁽²⁾.

من هذا التعريف نجد أن جريمة الاتجار بالبشر هي أقرب أنواع الجريمة المنظمة عبر الوطنية تشابهاً بجريمة تهريب المهاجرين ، حيث إنَّ

(1)العلاقة باتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية:

١- هذا البروتوكول يكمل اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية،

ويكون تفسيره مقترناً بالاتفاقية.

٢- تنطبق أحكام الاتفاقية على هذا البروتوكول، مع مراعاة ما يقتضيه اختلاف الحال، ما لم يُنص فيه على خلاف ذلك.

٣- تعتبر الأفعال المجرمة وفقاً للمادة ٦ من هذا البروتوكول أفعالاً مجرمة وفقاً للاتفاقية.

(2) بروتوكول منع وقمع ومعاينة الاتجار بالأشخاص، وبخاصة النساء والأطفال، المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية الذي تم اعتماده من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٥ نوفمبر ٢٠٠٠م.

الجريمتين تتشابهان في أن الفعل الإجرامي في كليهما يتمثل في نقل الأشخاص من مكان إلى آخر بالمخالفة للقواعد القانونية المعمول بها ، وأن هذا الفعل الإجرامي يُعاقب عليه طبقاً للنصوص القانونية^(١).

كما أنهما لا يختلفان من حيث الأغراض التي تستهدفها الجماعات الإجرامية المنظمة التي تقوم بارتكاب هذه الجرائم وهي الربح والحصول على المنافع المادية بالدرجة الأولى.

- الاختلافات الرئيسية بين الاتجار بالأشخاص وتهريب المهاجرين: وهناك فروق رئيسية بين جريمة تهريب المهاجرين وجريمة الاتجار بالبشر وهي :

أولاً: الاستغلال:

هو الغرض الرئيس للاتجار بالأشخاص لأنه المصدر الأساسي للربح؛ ويحدد القانون الدولي لحماية ضحايا الاتجار بالبشر " الأشكال القسوى للاتجار بالبشر " على أنها : الاتجار بالبشر لأغراض الاستغلال الجنسي حيث يجري استغلالهم في تجارة الجنس بالقوة أو الاحتيال أو الإكراه ، أو يكون الشخص الذي حرض على ممارسة الجنس دون سن الثامنة عشرة ، وإما توظيف ، إيواء، نقل ، توفير أو الحصول على شخص للعمل ، أو لتقديم خدمات من خلال استعمال القوة ، أو الاحتيال أو الإكراه لغرض إخضاع الضحية إلى عبودية لا إرادية .

أما في جريمة تهريب المهاجرين فلا نية لدى المُهرَّب في استغلال المُهاجر بعد تمكينه من الدخول إلى بلد ما ، أو المكوث فيها بصورة غير مشروعة ، فهم يتقاضون مقابل التهريب مقدماً أو بعد الوصول من المهاجر نفسه أو من خلال وسطاء .

(١) د. محمد على العريان - عمليات الاتجار بالبشر وآليات مكافحتها- دراسة مقارنة - دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية ٢٠١١م ص ٣٨.

ثانياً: الدخول غير المشروع أو الإقامة غير المشروعة :

تتسم جريمة تهريب المهاجرين بالطابع عبر الوطني ، حيث إنَّ الهدف من هذه الجريمة تيسير انتقال شخص من بلد إلى أخرى بصورة غير مشروعة، أو تيسير إقامته فيها . أما الاتجار بالبشر قد يحدث بنقل الأشخاص عبر الحدود بين الدول وقد يحدث داخل الدولة الواحدة ، فيقتصر الأمر على غرض الاستغلال فقط.

ثالثاً: الموافقة :

لا ينطوي تهريب المهاجرين بالضرورة على إيذاء المهاجر، وعادة ما تنطوي على موافقة المهاجرين ؛ ولكن قد يرتكب المُهرِّبُ جرائم عنف وقد يعرضون بها حياة المهاجرين للخطر ، أما الاتجار بالأشخاص على العكس تماماً : فهو دائماً جريمة في حق الضحايا ؛ لأنهم لا يعطون موافقتهم على الاتجار بهم واستغلالهم ؛ وإن كانت هناك موافقة في البداية على السفر للعمل ، ولكن الجناة قاموا بوسائل احتيالية ، وخداعية باستغلال الضحايا في أعمال غير شرعية ، فلا يكون للموافقة أي معنى^(١).

و في كثير من الحالات قد يكون من الصعب التمييز بين جريمة الاتجار بالأشخاص ، وجريمة تهريب المهاجرين ، فكثيراً ما تكون الفوارق بينهما خفية ، وقد تتداخل الجريمتان أحياناً ، وذلك يرجع للأسباب الآتية :

أ- بالنسبة لجريمة تهريب المهاجرين تجري في غالب الأحيان في ظروف خطيرة أو مهينة وتتطلب موافقة الضحية ؛ أما جريمة الاتجار بالبشر فإن ضحاياها لا يُشترط موافقتهم على ذلك ، وإن كانت هناك موافقة في البداية على السفر للعمل ، ولكن الجناة

(١) مجموعة أدوات لمكافحة تهريب المهاجرين - الأداة (١) فهم ظاهرة تهريب المهاجر بمكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة فيينا - الأمم المتحدة ٢٠١٣م - ص ٣٩.

قاموا بوسائل احتيالية ، وخداع باستغلال الضحايا في أعمال غير شرعية ، فلا يكون للموافقة معنى ، و لا يُؤخذ بها.

ب- قد يعرض المُهْرَبُونَ على ضحاياهم فرصة أشبه بالتهريب ، فقد يطلبوا من الضحايا الاشتراك مع أشخاص مهاجرين أو مُهْرَبِينَ في دفع مبالغ مقابل التهريب ، بالرغم من سبق العزم على استغلال الضحايا ، و فرض دفع هذه المبالغ هو جزء من عملية الخداع وطريقة احتيالية في كسب المزيد من المال⁽¹⁾.

ج- قد لا يكون التهريب هو القصد المخطط له في البداية ولكن ربما تسنح الفرصة للمهربين للاتجار بالأشخاص يصعب تفويتها.

د- قد يستخدم المجرمون دروب النقل و أساليبه ذاتها في عمليات تهريب المهاجرين وعمليات الاتجار بالأشخاص.

المبحث الثاني

الأحكام الموضوعية لجريمة تهريب المهاجرين

من خلال التعريف الوارد بالمادة الثالثة من بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجو نستنتج : أن جريمة تهريب المهاجرين لا تخرج عن كونها تديبير الدخول غير المشروع لأحد الأشخاص إلى دولة طرف ليس ذلك الشخص من مواطنيها أو من المقيمين الدائمين فيها، وذلك من أجل الحصول بصورة مباشرة أو غير مباشرة على منفعة مالية ، أو منفعة مادية أخرى ، والدخول غير المشروع هو عبور الحدود دون تقييد بالشروط اللازمة للدخول المشروع إلى الدولة المستقبلة ، وهذا التعريف يُفضي إلى الأركان العامة لهذه الجريمة.

(1) مجموعة أدوات لمكافحة تهريب المهاجرين - مرجع سابق- ص ٣٨.

http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Migrant-Smuggling/UNODC_2010_Toolkit_to_Combat_Smuggling_of_Migrants_AR.pdf.

ومن خلال ما نصت عليه المادة السادسة من بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجو تحت عنوان "التجريم" على أنه:

١. تعتمد كل دولة طرف ما قد يلزم من تدابير تشريعية وتدابير أخرى لتجريم الأفعال التالية في حال ارتكابها عمداً ومن أجل الحصول بصورة مباشرة أو غير مباشرة على منفعة مالية ، أو منفعة مادية أخرى :

أ. تهريب المهاجرين .

ب. القيام بغرض تسهيل تهريب المهاجرين بما يلي:

١- إعداد وثيقة سفر أو هوية مزورة.

٢- تدبير الحصول على وثيقة من هذا القبيل أو توفيرها أو حيازتها.

ج. تمكين شخص ليس مواطناً أو مقيماً دائماً في الدولة المعنية ، من البقاء فيها دون تقييد بالشروط اللازمة للبقاء المشروع في تلك الدولة ، وذلك باستخدام الوسائل المذكورة في الفقرة الفرعية (ب) من هذه الفقرة أو أية وسيلة أخرى غير مشروعة.

٢. تعتمد أيضاً كل دولة طرف ما قد يلزم من تدابير تشريعية وتدابير أخرى لتجريم :

أ. الشروع في ارتكاب جرم من الأفعال المجرمة وفقاً للفقرة (١) من هذه المادة ، وذلك رهناً بالمفاهيم الأساسية لنظامها القانوني.

ب. المساهمة كشريك في أحد الأفعال المجرمة وفقاً للفقرة (١) أ) أو (ب) ١، أو (ج) من هذه المادة ، وكذلك رهناً

بالمفاهيم الأساسية لنظامها القانوني، المساهمة كشريك في جرم من الأفعال المجرمة وفقاً للفقرة ١ (ب) ٢، من هذه المادة .

ج. تنظيم أو توجيه أشخاص آخرين لارتكاب جرم من الأفعال المجرمة وفقاً للفقرة ١ من هذه المادة.

٣. تعتمد كل دولة طرف ما قد يلزم من تدابير تشريعية وتدابير أخرى لاعتبار أي ظروف :

أ. تعرض للخطر، أو يُرجح أن تُعرض للخطر حياة أو سلامة المهاجرين المعنيين.

ب. تستتبع معاملة أولئك المهاجرين معاملة لا إنسانية أو مهينة ، بما في ذلك لغرض استغلالهم ظروفًا مشددة للعقوبة في الأفعال المجرمة وفقاً للفقرة ١ (أ) و(ب) '١' و(ج) من هذه المادة ، وكذلك رهناً بالمفاهيم الأساسية لنظامها القانوني في الأفعال المجرمة وفقاً للفقرة ٢ (ب) و(ج) من هذه المادة.

كما تناولت المادة الأولى من القانون المصري رقم (٨٢) لسنة ٢٠١٦م بشأن قانون مكافحة الهجرة غير الشرعية وتهريب المهاجرين تعريف جريمة تهريب المهاجرين بأنها : تدبير انتقال شخص أو أشخاص بطريقة غير مشروعة من دولة إلى أخرى من أجل الحصول بصورة مباشرة أو غير مباشرة على منفعة مادية أو معنوية ، أو لأي غرض آخر.

وجريمة تهريب المهاجرين ما هي إلا سلوكاً إنسانياً يخالف النظام الاجتماعي والقانوني في الدولة ، ويقرر القانون لمن يرتكبها عقوبات جزائية لردعه ، ولهذه الجريمة أركان عامة لا تقوم إلا بتوافرها ، بحيث لا تقوم الجريمة إذا تخلف أحد هذه الأركان العامة. ومن ثم سوف نتناول الأركان

القانونية لجريمة تهريب المهاجرين في مطلب أول ، ثم نتناول العقوبات في جريمة تهريب المهاجرين في المطلب الثاني وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول

الأركان القانونية لجريمة تهريب المهاجرين

بتحليل التعريف المدرج بالبروتوكول حيث جاءت المادة الثالثة منه "يقصد بتعبير " تهريب المهاجرين " : تدبير الدخول غير المشروع لشخص ما إلى دولة طرف ليس ذلك الشخص من رعاياها أو من المقيمين الدائمين فيها، وذلك من أجل الحصول - بصورة مباشرة أو غير مباشرة - على منفعة مالية أو منفعة مادية أخرى". وكذا التعريف المنصوص عليه في المادة الأولى من القانون المصري المتعلق بتهريب المهاجر أنها: " تدبير انتقال شخص أو أشخاص بطريقة غير مشروعة من دولة إلى أخرى من أجل الحصول بصورة مباشرة أو غير مباشرة على منفعة مادية أو معنوية ، أو لأي غرض آخر." (١).

يتضح من هذين التعريفين أنّ هناك أركاناً قانونية عامة لهذه الجريمة تتمثل في الركن المادي والركن المعنوي ، وأنّ هذه الأركان هي التي تشكل النموذج الإجرامي لهذه الجريمة ، وسوف نتناول أولاً صفة الجاني في هذه الجريمة ، ثم نتناول ركني هذه الجريمة المادي والمعنوي على النحو التالي:

أولاً: صفة الجاني :

لم يشترط المشرع صفة خاصة في الجاني ، فيستوي أن يكون من دبر للدخول غير المشروع أو دبر للخروج غير المشروع للدولة مصرياً أو أجنبياً، سواء كان شخصاً أو مجموعة أشخاص لا ينتمون إلى أي جماعة

(١) القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٦٠م والمعدل بالقانون رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٥م - الجريدة الرسمية العدد ١٨ مكرر بتاريخ ٥/٥/٢٠٠٥م.

إجرامية منظمة كمجموعة من أصحاب المراكب الصغيرة ، أو مجموعة من الصيادين، أو كانوا أعضاء في مثل هذه الجماعات الإجرامية. بيد أنه في حالة كون من ارتكب الجريمة عضواً أو أعضاء في جماعة إجرامية منظمة ، و أن هذه الأفعال الإجرامية تُرتكب لحساب هذه الجماعة الإجرامية المنظمة^(١) ؛ فإن المسؤولية الجنائية تتعدد للمسئول عن الإدارة الفعلية لهذه الجماعة بالإضافة إلى مسؤولية الجاني الذي اقتترف جريمة تهريب المهاجرين وكل من اشترك أو ساهم فيها.

ونؤيد ما ذهب إليه البعض في أنَّ المسئول عن الإدارة الفعلية يُعدّ مسؤولاً مسؤولية مستقلة عن مسؤولية من اقتترف الفعل الإجرامي ذاته حيث إنه من يقوم بإصدار الأوامر لارتكاب الجريمة ، فهو يقوم بذلك لما يملكه من سلطة الإدارة والرقابة داخل الجماعة الإجرامية المنظمة^(٢).

ومن مطالعة النصوص نجد أن طرفاً جريمة تهريب المهاجرين هما المهاجر الذي اعتبره بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين ، و كذا القانون المصري ضحية هذه الجريمة ، و لا يجوز مساءلته جنائياً ، فهو يرغب في الخروج من دولة الإقامة تحت ظروف اجتماعية واقتصادية والدخول إلى دولة أخرى ليست هي الدولة التي ينتمي إليها. وقد عرف القانون المصري رقم (٨٢) بشأن قانون مكافحة الهجرة غير الشرعية وتهريب المهاجرين المهاجر بأنه أي شخص يكون هدفاً للسلوك المُجرّم بمقتضى المواد أرقام (٥ و ٦ و ٧) من هذا القانون.

والجاني و هو المُهَرَّب الذي يقوم بتدبير عملية الهروب ووسيلتها سواء أكانت براً أو بحراً أو جواً سواء كان المُهَرَّب : شخصاً ، أو مجموعة أشخاص ، أو كانت عصابات إجرامية منظمة .

(١) د. أمين مصطفى محمد - قانون العقوبات القسم العام - دار النهضة العربية ٢٠٠٩م ص ٢٩٥.

(٢) د. طارق أحمد ماهر زغلول- مرجع سابق - ص ١٩٨.

و جدير بالذكر أن البروتوكول قد قرر عدم مسئولية المهاجر الجنائية نظراً لأنه هدفاً للسلوك الإجرامي المبين في المادة السادسة منه ، وأيضاً التشريع المصري الذي لا يعتد برضاء المهاجر في هذه الجريمة أو المسئول عنه ؛ فلا تترتب المسئولية الجنائية أو المدنية على المهاجر .

المصلحة موضوع الحماية الجنائية:

الحق الذي يسعى المشرع لحمايته في جريمة تهريب المهاجرين حماية حياة المهاجر ، وكذا حماية الشخص المهاجر من خطورة تعريضه لمواجهة الموت ، أو الإصابة خلال رحلة التهريب ، هذا بالإضافة لحق الدولة المتمثل في سيادتها الذي يعطيها الحق في تنظيم عمليات دخول الأشخاص وخروجهم منها بطريقة مشروعة ، و منع بل و تجريم عمليات التسلل إلى أراضيها خلسة وبطرق احتيالية ، واستعمال أوراق ومستندات مزورة .

من المعلوم أن المصالح ليست جميعها جديرة بالحماية القانونية ، فهناك الحماية المدنية والإدارية والجنائية ، إذ تتدرج الحماية القانونية للمصالح بحسب أهمية هذه المصالح في نظر المشرع والمجتمع ، و يدخر المشرع الجنائي الحماية الجنائية باعتبارها أقصى مراتب الحماية القانونية للمصالح التي تهم المجتمع بدرجة أكبر من غيرها⁽¹⁾.

ثانياً: الركن المادي للجريمة:

يتمثل الركن المادي في النشاط الذي يقوم به الجاني في العالم الخارجي من ماديات الجريمة ، ويقوم الركن المادي للجريمة على عناصر ثلاثة هي : النشاط أو الفعل الإجرامي ، والنتيجة الإجرامية المترتبة على ذلك النشاط أو الفعل الإجرامي ، وعلاقة السببية التي تربط بين النشاط

(1) د. حسنين إبراهيم عبيد - فكرة المصلحة في قانون العقوبات- بحث منشور في المجلة الجنائية القومية، المجلد ١٧ ، العدد ٢ ، ٢٣٧ ، وما بعدها.

الإجرامي والنتيجة الإجرامية ، والركن المادي في جريمة تهريب المهاجرين يتمثل في الماديات المحسوسة التي يمكن إدراكها بالحواس^(١)، فلا تقوم تلك الجريمة بدون مادياتها، وذلك لما لهذه الجريمة من تعدى على المصلحة التي يحميها القانون، ووجود هذه الماديات لجريمة تهريب المهاجرين يجعل من السهل إثباتها وإقامة الدليل عليها^(٢).

١- النشاط الإجرامي في جريمة تهريب المهاجرين:

وبتحليل النشاط الإجرامي الذي يقوم به الجاني في جريمة تهريب المهاجرين والتي اعتبرها بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين في المادة السادسة الفقرة (أ) أحد الأفعال حيث جسد لنا منظور المشرع المصري توافر عنصرين هامين هما :

(أ) القيام بتدبير انتقال شخص أو أشخاص من دولة إلى أخرى.

(ب) أن يكون هذا التدبير بطريقة غير مشروعة.

ويتمثل هذا النشاط في تدبير الانتقال أي ينظر إلى ما يتول إليه عاقبته ، والتدبر فيه^(٣). أي أن النشاط الذي يقوم به الجاني أو المهرب هو التفكير في الوسيلة التي ينقل بها المهاجر من دولة إلى دولة أخرى ، والنظر إلى ما تتول إليه هذه الوسيلة وإحضارها لنقل المهاجرين ، وفاعليتها في إتمام هذه الجريمة.

ونستنتج من ذلك أن المشرع المصري قد جرّم فعل التدبير لوسيلة الانتقال إذا كان هذا الانتقال لشخص أو أشخاص انتقالاً مخالفاً للقانون ، فيكون التدبير غير مشروع ، أما إذا كان الانتقال لا يخالف القانون ، أو كان انتقالاً مباحاً فيُعد هذا التدبير لوسيلة الانتقال مشروعاً.

(١) د. سليمان عبد المنعم - النظرية العامة لقانون العقوبات - دار الجامعة الجديدة للنشر ٢٠٠٠م ص ٤٦٩.

(2) د. محمود نجيب حسني - شرح قانون العقوبات القسم العام - دار النهضة العربية الطبعة الرابعة سنة ١٩٧٧م ص ٧١.

(3) لسان العرب - للإمام ابن منظور - المجلد الثاني - باب الدال الجزء ١٥ - ص ١٣٢١.

ومما سبق نجد أن المشرع المصري قد سار على نهج بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين الذي عبر عن التهريب بكلمة تدبير، ولكن البروتوكول حدد الدخول غير المشروع فقط ، بينما توسع المشرع المصري في ذلك و جعلها تدبير الانتقال غير المشروع ، وهذا يعني- في رأينا- استغراق الدخول إلى الدولة والخروج منها ، وكذا العبور من خلالها ، فكلمة الانتقال تشمل الدخول أو الخروج أو العبور، فقد تتم الجريمة عن دخول أي من رعايا الدول المجاورة عبر الحدود المصرية ، أو عبورها للهجرة إلى دولة أخرى ، أو تتم الجريمة بخروج أشخاص سواء مواطنين ، أو مقيمين من الدولة المصرية إلى دولة أخرى ، ويكون بطريقة غير مشروعة ، سواء عن طريق استخدام جواز سفر أو أية وثيقة مزورة أو غير صادرة من السلطة المختصة ، أو عن طريق الدخول والخروج من غير الأماكن والمنافذ التي حددتها الدولة كما جاء في قرار وزير الداخلية^(١).

ويستوي أيضاً في جريمة التهريب أن يتم الدخول من الأماكن التي حددتها الدولة، ولكن باستخدام جواز سفر مزور أو وثائق مزورة أو غير صادرة من السلطة المختصة، أو الاعتماد على بعض الأشخاص العاملين في الدولة من موظفي الجمارك ، أو الشرطة ، أو طاقم سفينة ، أو طائرة في مقابل منفعة مادية.

جدير بالذكر أن المشرع حين نص في جريمة تهريب المهاجرين على تهريب شخص واحد أو مجموعة أشخاص ، فلا تأثير له في ارتكاب الجريمة، كما أنه لا يدخل تهريب البضائع والحيوانات في هذه الجريمة ، وإن كان معاقب عليها في نصوص أخرى كجريمة التهريب الجمركي على سبيل المثال.

(١) المادتين (٢) و(٣) من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٦٠م في شأن دخول وإقامة الأجانب بأراضي الجمهورية العربية المتحدة والخروج منها.(مستبدلة بالقانون رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٥).

فالإنسان هو محل أو موضوع الحماية الجنائية ، أي أنه من يتضرر من الجريمة ، بالرغم من أنه في معظم الحالات يكون هناك اتفاق مسبق وتراضي بين الشخص المهاجر ومن يقوم بتهريبه ، مما يؤدي إلى النظر في نفي اعتبار أن المهاجر ضحية ، كما أن بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين قد أكد - وسار على هذا النهج المشرع المصري - على عدم جواز اتهام أي شخص بجريمة تهريب المهاجرين إذا كان هو ضحية جريمة التهريب، فلا يجوز اعتبار المهاجر مرتكب لجريمة تهريب ، ولكن هذا لا يعني عدم إمكانية مقاضاة ذلك الشخص لتهريب أشخاص آخرين أو مساعد أو اشترك في تهريب آخرين أو لارتكابه أية جريمة أخرى ، كما أن هذا البروتوكول لم يقصد تجريم الهجرة في ذاتها ، لذلك نص في المادة الخامسة على عدم ترتيب المسؤولية الجنائية للمهاجرين لأنهم أصبحوا هدفاً للسلوك الإجرامي في جريمة تهريب المهاجرين من تسهيل هذه العملية⁽¹⁾.

ونرى أنه في جريمة تهريب المهاجرين قد يقوم الجناة بالعمل على خلق الرغبة في الهجرة لدى الأشخاص لإقناعهم بفكرة الهجرة والسفر للخارج متخذين من الحاجة للمال أو تحسين الظروف الاجتماعية والاقتصادية مدخلاً لذلك⁽²⁾، وقد يُفضل بعضُ الجناة من العصابات الإجرامية المنظمة الانتظار إلى أن يتصل من يرغب في الهجرة بهم لطلب تدبير الهجرة لهم مقابل منفعة مالية، فتبدأ في القيام بتدبير الوسيلة التي ستنتقل بها

(1) نصت المادة الخامسة من بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجو، على عدم مسؤولية المهاجرين الجنائية بقولها " لا يصبح المهاجرون عرضة للملاحقة الجنائية بمقتضى هذا البروتوكول ، نظراً لكونهم هدفاً للسلوك المبيّن في المادة ٦ من هذا البروتوكول".
(2) إن النيابة العامة أسندت إلى المتهمين من الأول وحتى الثامن ، ومن العاشر وحتى الرابع والعشرين ، والمتهمين السابع والعشرين والثالث والثلاثين والسادس والثلاثين والحادي والأربعين والمتهمين من الحادي والخمسين وحتى الثالث والخمسين، أنهم توصلوا إلى الاستيلاء على المبالغ النقدية وسندات الدين المبيّنة قدرها بقيمة بالتحقيقات والمملوكة ل----- وآخرين، وكان ذلك باستعمال طرقاً احتيالية من شأنها إيهام المجني عليهم بوجود مشروع كاذب وهو تسفيرهم إلى دولة إيطاليا باستخدام وسيلة سفر آمنة ، وتمكنوا بتلك الوسيلة الاحتيالية من الاستيلاء منهم على مبالغ مالية وسندات دين. الحكم رقم ١٧٤٦٣ لسنة ٢٠١٦م جنح رشيد الصادر بتاريخ ٢٠١٧/٣/٢٦م.

هؤلاء الأشخاص الذين يريدون الهجرة، والاتصال بباقي أعضاء العصابة ومن يشتركون معهم الذين يساعدهم في هذه الجريمة، سواء في طريق الهجرة براً أو بحراً أو جواً.

ونجد أن كلمة الانتقال من دولة إلى أخرى هي عملية إيصال المهاجرين إلى دول العبور أو الدول المستقبلية، وهذا الانتقال يجب أن يكون عبر الحدود الوطنية ، فالجناة يعملون على تمكين المهاجرين من اجتياز الحدود والدخول الدولة المراد الهجرة إليها ، إلا أنه في بعض الحالات قد يقوم الجناة في ترك المهاجرين في أماكن قريبة من شواطئ هذه الدولة في البحر مما يعرضهم لمواجهة الموت غرقاً . وكثيراً ما ينفذ المهربون أنشطتهم غير المشروعة دون اهتمام و مبالاة بحياة الأشخاص الذين دفعتهم ظروف الحياة الشاقة إلى الاستعانة بهذه الجماعات الإجرامية لتهربهم سعياً وراء الرزق وحياة أفضل .

ونرى من نصوص بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين في النشاط الإجرامي لجريمة تهريب المهاجرين أن هناك أفعالاً أخرى للقيام بهذه الجريمة بغرض تسهيل عملية تهريب المهاجرين وهي :

- ١- إعداد وثيقة سفر أو هوية مزورة .
- ٢- تدبير الحصول على وثيقة من هذا القبيل أو توفيرها أو حيازتها. وأيضاً طبقاً للفقرة (ج) تمكين شخص ليس مواطناً أو مقيماً في الدولة إقامة دائمة من البقاء فيها دون تقييد بالشروط اللازمة للبقاء المشروع في تلك الدولة باستخدام وثيقة سفر أو هوية مزورة ، أو أية وسائل أخرى غير مشروعة.

وأما في نصوص التشريع المصري في المادة السادسة البند رقم ٧ حيث شدد المشرع المصري العقوبة في حالة استخدام وثيقة سفر أو هوية مزورة ، أو استخدمت وثيقة سفر أو هوية من غير صاحبها الشرعي.

ومن هذه النصوص نرى أن التزوير في هذه الجريمة يقع على وثيقة السفر أو الهوية ، بمعنى أنه يقع على المحررات التي تكتسب صفة الرسمية، وهذا لا يعني الاقتصار على المحررات الصادرة من الدولة التي تتداول القضية في محاكمها، ولكن تمتد لأي محررات رسمية صادرة من أي دولة أخرى سواء الدولة المصدرة للهجرة أو الدولة المستقبلة لها أو دول العبور. وغالباً ما تعتمد الجماعات الإجرامية المنظمة على تزوير المحررات الرسمية خاصة وثائق السفر في تهريب المهاجرين، سواء كان هذا التزوير كلياً بإنشاء وثيقة سفر جديدة أو جزئياً بتعديل بعض البيانات بالحذف أو الزيادة أو تغيير الصورة.

٢- النتيجة الإجرامية في جريمة تهريب المهاجرين:

التجسيم الفعلي للنتيجة الإجرامية في جريمة تهريب المهاجرين يتجلى في الوقائع المادية الملموسة في الواقع الخارجي والمتمثل في نقل وإيصال الشخص أو الأشخاص المهاجرين من إقليم دولة إلى إقليم دولة أخرى، والعمل على إدخال هؤلاء الأشخاص إلى الدولة المراد دخولها، وقد يتعرض هؤلاء المهاجرين لخطر الموت والإصابة.

ومن هذا المنطلق يمكن أن نعتبر جريمة تهريب المهاجرين جرائم ضرر وجرائم خطر، سواء كان الضرر واقعاً على حياة الشخص المهاجر ، أو سلامته الجسدية ، أو ضرراً واقعاً على سيادة الدولة من الناحية الاقتصادية ، أو السياسية في علاقات الدول.

٣- علاقة السببية بين النشاط الإجرامي والنتيجة الإجرامية في جريمة

تهريب المهاجرين:

علاقة السببية هي الصلة التي تربط بين النشاط الإجرامي والنتيجة الإجرامية : بمعنى أن النتيجة الإجرامية ترتبت على القيام بالنشاط الإجرامي، فهذا النشاط هو الذي أدى إلى حدوث تلك النتيجة ، وبالتالي تتحدد

المسئولية الجنائية لمرتكب الجريمة ، فهو من قام بالنشاط الإجرامي الذي أدى لهذه النتيجة الإجرامية التي قرر لها المشرع العقوبة المحددة في القانون. فيشترط للقول بتوافر الركن المادي في حق الجاني أن تنسب النتيجة الإجرامية إلى النشاط الإجرامي الذي اقترفه ، وتعتبر علاقة السببية قائمة إذا كانت النتيجة التي حصلت محتملاً توقعها وفقاً لما تجري عليه الأمور عادة^(١).

وعلاقة السببية بين فعل التدبير لنقل أشخاص أو إدخالهم دولة أخرى غير دولة إقامتهم أو الدولة التي ينتمي إليها من جهة ، وبين النتيجة الإجرامية من جهة أخرى والمتمثلة في التوصل إلى إدخال الأشخاص المهاجرين إلى إقليم الدولة لا ينفىها اجتماع أسباب أخرى سابقة أو لاحقة، سواء جهلها الجناة أو كانت مستقلة عن أفعالهم.

واجتهدت محكمة النقض في صياغة معيار لعلاقة السببية ؛ فقالت :
"إن علاقة السببية علاقة مادية تبدأ بفعل المتسبب ، وترتبط من الناحية المعنوية بما كان يجب عليه أن يتوقعه من النتائج المألوفة لفعله إذا أتاه عمداً ، أو خروجه فيما يرتكبه بخطئه عن دائرة التبصر بالعواقب العادية لسلوكه ، والتصور من أن يلحق عمله ضرراً بالغير"^(٢).

- صور النشاط الإجرامي في جريمة تهريب المهاجرين

تتسم الحماية الجنائية للمشرع المصري في القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠١٦م بشأن مكافحة الهجرة غير المشروعة وتهريب المهاجرين بتعدد صورها، ونجد أن المشرع قد تناول جريمة تهريب المهاجرين في صورتها

(١) د. محمود محمود مصطفى - شرح قانون العقوبات القسم الخاص - مطبعة دار نشر الثقافة - ط ٣- ١٩٥٣م ص ١٥١.

(2) نقض ٦ مارس سنة ١٩٧٨م مجموعة أحكام محكمة النقض س ٢٩ رقم ١٨٧ ص ٩٠١. نقض ٢٦ مارس سنة ١٩٧٩م س ٣٠ رقم ٧٩ ص ٣٨١.

التامة ، وكذا الشروع فيها ، و أخيراً التوسط في هذه الجريمة ، كما تناول
المشرع حالات معينة حددها المشرع لتشديد العقوبات.

١- جريمة تأسيس أو تنظيم أو إدارة جماعة إجرامية منظمة لأغراض
تهريب المهاجرين:

نصت المادة الخامسة من القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠١٦م بشأن
مكافحة الهجرة غير المشروعة ، وتهريب المهاجرين على : " أنه يُعاقب
بالسجن كل من أسس أو نظم أو أدار جماعة إجرامية منظمة لأغراض
تهريب المهاجرين أو تولي قيادة فيها أو كان أحد أعضائها أو منضماً إليها ."
يتضح مما أورده المشرع بالنص العقابي أن المشرع قد نص على
أكثر من فعل يمكن أن ترتكب به الجريمة، وهذه الأفعال هي التأسيس
والتنظيم والإدارة ؛ ف جاء بفعل التأسيس الذي يعني وضع قاعدة البناء لجماعة
إجرامية منظمة ، و التنظيم الذي يعني وضع نظاماً لتحديد كياناتها وتحديد
أدوارها ، أما الإدارة والتي تعني التخطيط والتنظيم والتنسيق والتوجيه
والرقابة الموارد البشرية والمالية للوصول إلى أفضل النتائج ، فنجد أن إدارة
جماعة إجرامية منظمة عبارة عن التخطيط لارتكاب الجريمة والتنسيق بين
أعضائها وتوجيه أعمالهم والإشراف عليها على النحو الذي تتحقق به
أغراض هذه الجماعة الإجرامية^(١).

٢- الصورة التامة لجريمة تهريب المهاجرين:

نصت المادة السادسة من القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠١٦م بشأن
مكافحة الهجرة غير المشروعة وتهريب المهاجرين في الفقرة الأولى على :
" أنه يُعاقب بالسجن وبغرامة لا تقل عن خمسين ألف جنيه ، و لا تزيد على

(١) د. طارق أحمد ماهر زغلول - الجرائم الإرهابية - دار النهضة العربية - الطبعة الأولى
٢٠١٦م
- ص ١١٧.

مائتي ألف جنيه ، أو بغرامة مساوية لقيمة ما عاد عليه من نفع أيهما أكبر ، كل من ارتكب جريمة تهريب المهاجرين.."

وهذه هي الصورة التامة لجريمة تهريب المهاجرين كما نصت عليها المادة الخامسة سالفه الذكر، حيث تقع الجريمة بتمام النشاط الإجرامي ، وما يترتب عليه من نتيجة إجرامية يرتبطان بعلاقة سببية ، أي أن هذا النشاط الإجرامي أو الفعل الذي اقترفه الجاني هو السبب في حدوث النتيجة الإجرامية. فمثلاً قيام أعضاء الجماعات الإجرامية بتأسيس تلك الجماعة من أجل تهريب المهاجرين مقابل منفعة مادية أو معنوية أو لأي أغراض أخرى، ووضع نظاماً لتحديد كياناتها وتحديد أدوارها وأدوار أعضائها، والتخطيط والتنظيم لارتكاب تلك الجرائم والتنسيق بين أعضائها وإضفاء الرقابة عليهم، حتى تتم في النهاية الجريمة وإيصال المهاجرين إلى بلد الوصول.

ونصت المادة الثامنة على : " أنه يعاقب بالسجن كل من هياً أو أدار مكاناً لإيواء المهاجرين المهريين أو جمعهم أو نقلهم أو سهل أو قدّم لهم أية خدمات مع ثبوت علمه بذلك."

إنّ موضوع جريمة تهريب المهاجرين هو نقل الأشخاص إلى الوجهات المراد الهجرة إليها، فهذا قد يجعل الجماعات الإجرامية تعمل على توفير أماكن سكنية تصلح لإقامة المهاجرين بصفة مؤقتة، فهذا الفعل يُعد من الأفعال التي تساعد في تهريب المهاجرين في الإقامة غير المشروعة في الدول المستقبلية. ويتم الإيواء للمهاجرين في معظم الحالات مقترناً بثبوت استغلال المهاجرين أو بمقابل مادي ، حيث إنّ الجاني المُهرّب عادة ما يكون أكثر معرفة بالأماكن التي يمكن أن تكون بعيدة عن أعين السلطات المختصة ، كما أن الجاني لا يضمن لهؤلاء المهاجرين الحد الأدنى من ظروف العيش العادية ، بل أن هذه الأماكن أماكن مؤقتة لحين الانتهاء من تدبير الوثائق المزورة أو الاتصال بالموظفين المرتشين.

يتضح مما أورده المُشعّ بالنص العقابي أنّ المشرع قد نص على أكثر من فعل يمكن أن ترتكب به الجريمة ، ومن هذه الأفعال تهيئة أو إدارة المكان، وهذا يعني تجهيز المكان وإعداده لإقامة المهاجرين ، وأيضاً جمع هؤلاء المهاجرين أو نقلهم أو سهل لهم أو قدم لهم أية خدمات ، فجميع هذه الأفعال جعلها المشرع جريمة من جرائم الهجرة غير الشرعية ، ولكن المشرع قرّر علم القائم بهذه الأفعال شرط أساسي لتحمل المسؤولية ومن ثمّ العقاب.

ونجد هنا أنّ المشرع قد نصّ على عقوبة السجن ، ولم يحدد حداً أدنى أو حداً أقصى للعقوبة ، و تركها للسلطة التقديرية للقاضي الجنائي يحكم وفق القواعد العامة الواردة في قانون العقوبات (المادة ١٦) بحيث لا تقل مدة السجن عن ثلاث سنوات ، ولا تزيد على خمس عشرة سنة.

٣- الشروع في جريمة تهريب المهاجرين:

نصت المادة السادسة من القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠١٦م بشأن مكافحة الهجرة غير المشروعة ، وتهريب المهاجرين في الفقرة الأولى على : " أنه يُعاقب بالسجن وبغرامة لا تقل عن خمسين ألف جنيه ولا تزيد على مائتي ألف جنيه أو بغرامة مساوية لقيمة ما عاد عليه من نفع أيهما أكبر، كل من ارتكب جريمة تهريب المهاجرين أو الشروع فيها أو توسط في ذلك".

والشروع في ارتكاب الجريمة هو البدء في تنفيذ النشاط الإجرامي بقصد ارتكاب جنائية أو جنحة ولم تتحقق النتيجة الإجرامية إذا وقف أو خاب أثرها لأسباب لا دخل لإرادة الجاني فيها. فالشروع هو محاولة لارتكاب الجريمة بدأت الأفعال المادية إلى اقترافها ولكن لأسباب خارجة عن إرادة الجاني حالت دون إتمام تلك الجريمة.

لاشك أن النشاط الذي قام به الجاني على هذا النحو وإن لم يُشكل اعتداء فعلياً أدى إلى الإضرار بالمجني عليه إلا أنه يشكل خطراً على

المجني عليه ، وهذا الخطر كان ينذر باعتداء محتمل على المصلحة التي يحميها القانون ؛ فالمشرع لا يحمي الحق من الاعتداء عليه فحسب إنما تشمل الحماية أيضاً مجرد التهديد بالاعتداء عليه ، وتعرضه للخطر، وهو ما قد حسمه المشرع بتجريم الشروع في ارتكاب الجريمة لحماية الحق ، أو المصلحة المراد حمايتها من مجرد البدء في التنفيذ للفعل الذي قد يعرض المصلحة المحمية للخطر⁽¹⁾.

ولا يعتبر شروعا في جريمة مجرد العزم على ارتكابها ولا على الأعمال التحضيرية فالقانون لا يعاقب على النوايا أو الأعمال التحضيرية، وكل من شرع في فعل ورجع باختياره عن أفعال الجرم الإجرائية لا يعاقب إلا على الفعل أو الأفعال التي اقترفها إذا كانت تشكل ذاتها جريمة وفقاً للقاعدة العامة فإنه لا عقاب على الشروع في الجريمة إلا في الأحوال الاستثنائية التي يحددها القانون ، كما في قانون مكافحة الهجرة غير الشرعية ، وتهريب المهاجرين فقد عاقب المشرع على الشروع والتوسط في ذلك بنفس عقوبة الجريمة التامة، وذلك لخطورة تلك الجريمة.

ولما كانت جريمة تهريب المهاجرين تنحصر مراحلها ما بين إقليم الدولة البحري وتجاوز المياه الإقليمية ، فإن الشروع ينحصر بنفس الحدود المكانية ، وأساس الشروع هو عدم جواز معاقبة الجاني إلا عن الأعمال المادية التي تمس المصالح التي يحميها القانون وتهدها بالخطر، غير أن الشروع لا يهدد المصالح إلا إذا انتقل إلى البدء في التنفيذ، والبدء في التنفيذ هو أول عناصر الشروع ، بالإضافة إلى عنصري القصد الجنائي وعدم إتمام الجريمة لأسباب خارجة عن إرادة الفاعل.

وجدير بالذكر أن هناك أعمالاً تحضيرية قبل البدء في التنفيذ، كتدبير الوسيلة التي يتم بها تهريب المهاجرين سواء كانت برأ أو بحراً أو جواً؛

(1) د. أمين مصطفى محمد - مرجع سابق - ص ٢٢١.

وأيضاً إعداد وثائق السفر المصطنعة ؛ فتلك الأعمال لا تدخل - في رأينا - في الشروع في جريمة تهريب المهاجرين إلا إذا بدأ الإبحار أو الانتقال بالأشخاص المهاجرين من المكان المحدد المنفق عليه بالوسيلة التي دبرها الجناة المهريين.

جاء بحوثات الحكم رقم ١٧٤٦٣ لسنة ٢٠١٦ جنح رشيد، ولما كان من الثابت من الأوراق أن المركب التي كانت تقل المجني عليهم لن تغادر المياه الإقليمية وغرقت بها ولم يصل أياً منهم إلى خارج البلاد ، الأمر الذي يعد شروعا في جريمة مزاوله عملية إلحاق مصريين بالعمل بالخارج دون الحصول على ترخيص بذلك من السلطة المختصة وليس جريمة تامة، ولما كان القانون لم يرتب عقوبة على الشروع في هذه الجريمة الذي تنتفي معه تلك الجريمة من الأوراق^(١).

بينما نص المشرع في القانون رقم (٨٢) لسنة ٢٠١٦م بشأن مكافحة الهجرة غير الشرعية وتهريب المهاجرين على الجريمة التامة وأيضاً نص على الشروع في المادة السادسة الفقرة الأولى؛ لذا يختلف الوضع في حالة غرق المركب في المياه الإقليمية بعد إبحارها بعد شروعا في ارتكاب جريمة تهريب المهاجرين ، وقد رتب لها المشرع عقوبة السجن والغرامة التي لا تقل عن خمسين ألف جنيه ولا تزيد على مائتي ألف جنيه أو بغرامة مساوية لقيمة ما عاد عليه من نفع أيهما أكبر.

(١) نصت المادة ٢٤٢/ بند ١ من قانون العمل المصري على أنه " يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن شهر ولا تجاوز سنة وبغرامة لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تجاوز عشرين ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من ارتكب إحدى الجرائم الآتية: ١- مزاوله عمليات إلحاق المصريين بالعمل داخل جمهورية مصر العربية أو خارجها من غير الجهات المحددة في المادة (١٧) من هذا القانون دون الحصول على الترخيص المنصوص عليه فيها أو بترخيص صادر بناء على بيانات غير صحيحة".

٤- المساهمة الجنائية في جريمة تهريب المهاجرين:

نصت المادة السادسة من القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠١٦م بشأن مكافحة الهجرة غير المشروعة وتهريب المهاجرين في الفقرة الثانية على : " أن العقوبة تكون السجن المشدد وغرامة لا تقل عن مائتي ألف جنيه ولا تزيد على خمسمائة ألف جنيه ، أو غرامة مساوية لقيمة ما عاد عليه من نفع أيهما أكبر في أي من الحالات الآتية : (٣) إذا تعدد الجناة."

بالنظر إلى القواعد القانونية العامة نجد أن الفاعل الأصلي للجريمة: هو من يقترف النشاط أو السلوك الإجرامي ، ويذهب بعض الفقهاء إلى تعريف فاعل الجريمة بأنه من يحقق بفعله العناصر المادية ، والشخصية المكونة للجريمة^(١) ، وفي الجرائم السلبية من يقيم على عائقه الالتزام بالعمل. غير أنه على الرغم من وضوح مفهوم الفاعل الأصلي للجريمة ، فإنه ليس من السهولة تحديده في جريمة تهريب المهاجرين ، ذلك أن جريمة تهريب المهاجرين تمر بعدة مراحل يساهم فيها أشخاص بدرجات متفاوتة تختلف باختلاف المهمة التي يقومون بتنفيذها، مثال لذلك المهربون، والوسطاء، والربابنة، أصحاب المراكب، والقائمين بتزوير وثائق وتأشيرات السفر، فكل هؤلاء - في رأينا - فاعلين أصليين في الجريمة ، كل بما يكلف به من إدارة الجماعة الإجرامية القائمة بجرائم تهريب المهاجرين ، حيث إن جميع أفعال هؤلاء تكون جريمة تهريب المهاجرين.

وانطلاقاً من كون جميع هؤلاء يعتبرون فاعلين أصليين للجريمة، يتعدد الجناة الذين ساهموا في الفعل الإجرامي بحيث يمثل نشاط كل فاعل منهم قانوناً الركن المادي للجريمة^(٢) فإن الركن المادي يرتكب منهم جميعاً فيقوم كل فاعل للجريمة بدور رئيسي يمكن أن يختلف عن الدور الذي يقوم

(١) د. محمود نجيب حسني - الموجز في شرح قانون العقوبات - القسم الخاص- دار النهضة العربية ١٩٩٣م ص ٦٨١.

(٢) د. أمين مصطفى محمد - مرجع سابق - ص ٢٤٦.

به غيره من الجناة، إذ يؤدي كل واحد منهم فعلاً يكفي في حد ذاته لنسبة الجريمة إليه^(١).

وكذلك الشأن عندما يتولى أحد أعضاء الجماعة الإجرامية ، وهو الوسيط ، التنسيق وربط الصلة مع الراغبين في الهجرة ، وبعدها يقوم بالاتصال بمن يقوم على تنظيم رحلة تهريب المهاجرين بغرض إمداده بمعلومات عن عدد الأشخاص المراد تهريبهم ، ونوعية وحمولة وسيلة النقل التي يتم اختيارها في هذه الرحلة ؛ لضمان نجاح هذه العملية ، كما يقوم الوسيط أثناء هذه المرحلة بإعلام ربان السفينة بتاريخ الرحلة فيما يتولى عضو ثاني بعملية تجميع الأشخاص الراغبين في الهجرة وإيوائهم قبل انطلاق الرحلة، ليتكفل عضو ثالث من تلك الجماعة الإجرامية بعملية نقل هؤلاء الأشخاص من مكان الإيواء إلى المكان المحدد للإبحار منه. ولذلك يكون الفعل المادي لهذه الجريمة قد ارتكبه جميع الأعضاء المتدخلين في جريمة تهريب المهاجرين.

لذا نرى إن استغراق الجاني بسلوكه لكامل النشاط ، أو السلوك الإجرامي لا يعد شرطاً أساسياً لقيام صفة الفاعل الأصلي ، إذ أن هذه الصفة تظل قائمة حتى وإن اقتصر دوره على تنفيذ جزء من الأفعال المكونة للركن المادي.

أما المساهم التبعية هو طبقاً لنص المادة رقم (٤٠) يعد شريكاً في الجريمة.

أولاً:- كل من حرض على ارتكاب الفعل المكون للجريمة إذا كان هذا الفعل قد وقع بناء على هذا التحريض.

(1) المادة رقم (٣٩) من قانون العقوبات المصري تنص على أنه "يعد فاعل للجريمة. أولاً:- من يرتكبها وحده أو مع غيره. ثانياً:- من يدخل في ارتكابها إذا كانت تتكون من جملة أعمال فيأتي عمداً عملاً من الأعمال المكونة لها.

ثانياً:- من اتفق مع غيره على ارتكاب الجريمة فوَقعت بناء على هذا الاتفاق.

ثالثاً:- من أعطي للفاعل أو الفاعلين سلاحاً أو آلات أو أي شيء آخر مما استعمل في ارتكاب الجريمة مع علمه بها أو ساعدهم بأي طريقة أخرى في الأعمال المجهزة أو المسهلة أو المتممة لارتكابها.

للاشتراك في الجريمة مفهوم واسع في جريمة تهريب المهاجرين ، إذ إنها تتكون من أفعال قد تبدأ قبل ارتكاب الجريمة ، وأفعال أخرى قد تكون معاصرة مع ارتكابها ، و أفعالاً قد تكون لاحقة على اقترافها. وعموماً يمكن القول أن أفعال الاشتراك في ارتكاب مثل هذه الجرائم المنظمة ، هي أنشطة غاية في التعقيد نظراً لطبيعتها وطبيعة مرتكبيها، إلى درجة يصعب معها معرفة الفاعل الأصلي أو المشارك.

ولكن المادة رقم (٤٠) من قانون العقوبات التي تعرف الاشتراك في الجريمة لا تشترط في الشريك أن تكون له علاقة مباشرة مع الفاعل للجريمة^(١)، و كل ما توجبه هو أن تكون الجريمة قد وقعت فعلاً بناء على تحريضه على ارتكاب الفعل المكون لها، أو بناء على اتفائه على ارتكابها مع غيره أياً كان ومهما كانت صفته ، أو بناء على مساعدته في الأعمال المجهزة أو المسهلة أو المتممة لها ، يستوي في هذا كله أن يكون اتصاله بالفاعل قريباً ومباشراً أو بعيداً وبالواسطة ، إذ المدار في ذلك - كما هو ظاهر النص - على علاقة المتهم بذات الفعل المكون للجريمة لا بأشخاص من ساهموا معه فيها.

فربان السفينة الذي يساعد الجماعات الإجرامية على اتِّباع أفضل الطرق البحرية البعيدة عن أعين السلطات المختصة بحماية الحدود الوطنية ليس له علاقة مباشرة في هذه المساعدات مع أعضاء الجماعة الإجرامية،

(1) الطعن رقم ٠٢٢٣ لسنة ٣٩ مكتب فني ٢٠ صفحة رقم ٥٩١ - بتاريخ ٢٨-٠٤-١٩٦٩.

وأيضاً من يساعد هذه الجماعات الإجرامية في الإرشاد عن الطرق البرية البعيدة أيضاً عن بصر رجال السلطات بالدولة ؛ الموظف الذي يعمل في أي جهة رسمية ويساعد تلك لجماعات الإجرامية في الحصول على تصاريح للعمل للمهاجرين بدون تقديم المستندات والوثائق الرسمية مقابل مبالغ مالية، فهو من غير أعضاء تلك الجماعات الإجرامية، بل هو فقط يقدم المساعدة لهم مقابل الحصول على المال.

وقد قضي بأنه يتم الاشتراك غالباً دون مظاهر خارجية أو أعمال مادية محسوسة يمكن الاستدلال بها عليه، فيكفي لثبوته أن تكون المحكمة قد اعتقدت حصوله من ظروف الدعوى وملابساتها وأن يكون اعتقادها سائغاً تبرره الوقائع التي أثبتتها الحكم^(١).

ثالثاً: الركن المعنوي في جريمة تهريب المهاجرين:

يقوم الركن المعنوي أو القصد الجنائي في جريمة تهريب المهاجرين على عنصرين العلم والإرادة ، فالعلم يتعين أن يحيط بأركان الجريمة وعناصر كل ركن ، ولا يشذ عنصر على هذه القاعدة إلا استثناء^(٢)، والإرادة يتعين أن تتجه إلى الفعل الذي تقوم به الجريمة وإلى النتيجة التي تترتب عليه . وهذا يعني اتجاه إرادة الجاني إلى الإضرار بمصلحة يحميها القانون من المفترض أنها معلومة للكافة ، وهذا هو القصد العام ، وهناك من الجرائم التي تتطلب قصد خاص للعقاب عليها.

- القصد العام في جريمة تهريب المهاجرين:

هو علم الجاني بأركان تلك الجريمة ، فهو عندما يقوم بتدبير وتوفير وسيلة لنقل الأشخاص المهاجرين، أو يقوم باصطناع وثائق سفر أو تزوير

(1) الطعن رقم ١٦٠٠ لسنة ٤١ مكتب فني ٢٣ صفحة رقم ١٦١ - بتاريخ ١٤-٠٢-١٩٧٢. الطعن رقم ٣٨٦٠ لسنة ٥٧ مكتب فني ٣٩ صفحة رقم ١٤٣ - بتاريخ ١٤-٠١-١٩٨٨.

(2) د. محمود نجيب حسني - شرح قانون العقوبات القسم الخاص - دار النهضة العربية الطبعة الرابعة سنة ٢٠١٢م ص ٣٩٢.

أية وثائق للإعداد لعملية التهريب ، فهو يعلم بأن تلك الأعمال مخالفة للقانون، وأنه يقوم بتهريب المهاجرين وتعريضهم للمخاطر ومواجهة الموت غرقاً ، ذلك وتنتج إرادة الجاني إلى ارتكاب تلك الجريمة ، ونقل الأشخاص بواسطة وسيلة قد تكون غير صالحة للإبحار خارج المياه الإقليمية مما تعرض المهاجرين للخطر؛ أي تنتج إرادة الجاني ارتكاب النشاط الإجرامي وإحداث النتيجة الإجرامية⁽¹⁾.

وجريمة تهريب المهاجرين برأ أو بحراً أو جواً يمثل إخلالاً بالأنظمة المعمول بها في شأن دخول وخروج الأشخاص عبر الحدود الدولية. كما أن تلك الجريمة تمثل الركن المادي للجريمة الذي يعلمه الجاني وتنتج إرادته إلى ارتكابه ويقوم بذلك القصد الجنائي على ارتكاب الجريمة.

- القصد الخاص في جريمة تهريب المهاجرين:

والمتمثل في الغرض من القيام بتلك الأفعال الإجرامية وهو الحصول بصورة مباشرة أو غير مباشرة على منفعة مالية أو مادية أخرى ، تؤدي بذلك إلى أن توافر القصد الخاص يعد شرطاً أساسياً لقيام جريمة تهريب المهاجرين ومن ثم يترتب العقاب.

نصت المادة الثالثة من بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين على أن هناك مقابل يتم الحصول عليه لمصلحة الجناة المهربين عبارة عن منفعة مالية أو مادية سواءً بصورة مباشرة أو غير مباشرة ، للقيام بتدبير عملية الانتقال من دولة إلى أخرى بطريقة غير شرعية.

وهنا يمكن إثارة تساؤل عمن يقوم بمساعدة أشخاص على الهجرة لإنقاذهم من ويلات الحروب أو النزاعات المسلحة- كما يحدث في سوريا أو ليبيا على سبيل المثال - ويقوم بنقلهم من بلادهم إلى بلاد أخرى دون الحصول على تصاريح بالدخول ، أو يتركهم على شواطئ هذه الدول ، ذلك

(1) د. محمود نجيب حسني - شرح قانون العقوبات القسم الخاص - مرجع سابق - ص 394.

دون الحصول على منفعة مالية أو مادية . إلا إنني أرى أنها تُعد هذه الحالة حالة ضرورة كصورة من صور الإباحة لارتكاب هذا الفعل طبقاً لنص المادة (٦١) من قانون العقوبات^(١).

كما نصت المادة رقم (١٢٢) الفقرة (٧) من قانون العقوبات الفرنسي "لا يُسأل جزائياً : الشخص الذي يكون في مواجهة خطر حال ، أو وشيك الوقوع ، والذي يهدده في شخصه ، أو يهدد شخص الغير ، أو ينصب على المال ، والذي يرتكب فعلاً ضرورياً من أجل إنقاذ الشخص أو المال ، ما لم يكن عدم تناسب بين الوسائل وخطورة التهديد"^(٢).

إن عبور الحدود الدولية دون التقيد بالشروط اللازمة للدخول والخروج المشروع هو عنصر من عناصر الركن المادي لجريمة تهريب المهاجرين، لذا فإن القصد العام ينطوي على العلم بنصوص قوانين الهجرة ، واتجاه الإرادة إلى ارتكاب الجريمة ، وانتهاك تلك القوانين، فالقول بوجود قصد خاص يستلزم - بادئ ذي بدئ - وجود القصد العام ، فإذا اعتبرنا تدبير الدخول أو الخروج غير المشروع قصداً عاماً ، فإن نية الحصول بطريقة مباشرة أو غير مباشرة على منفعة مالية أو مادية أخرى هي قصدٌ خاصٌ .

في العديد من الجرائم لا يكفي القصد الجنائي العام لتحقيق الركن المعنوي للجريمة إنما يلزم أحياناً وجود قصد جنائي خاص إذا كان الأمر

(1) نصت المادة رقم (٦١) من قانون العقوبات المصري على أنه "لا عقاب على من ارتكب جريمة أجهته إلى ارتكابها ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره ولم يكن لإرادته دخل في حلوله ولا في قدرته منعه بطريقة أخرى."

(2) Article 122-7 N'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace.

يتعلق بخطورة الفعل الإجرامي المرتكب^(١)، ففي جريمة تهريب المهاجرين يلزم توفر نية تهريب المهاجرين ، ونقلهم من أماكن إقامتهم إلى دول أخرى ، وذلك بالمخالفة للقوانين المتبعة في هذه الدول ؛ والسبب في ذلك أن الجاني يتأثر بعوامل مختلفة تُولد لديه حالة انفعالية تُحرك النشاط الإجرامي. ولا يهتم المشرع بصفة عامة عند قيامه بمهمة التجريم و العقاب بمثل هذه العوامل النفسية التي تُحرك الجاني وتدفعه إلى ارتكاب الجريمة إلا نادراً. لذا يجب أن يكون الجاني القائم بعملية تهريب المهاجرين على علم بمحل الجريمة أي تهريب من يرغب في الهجرة غير الشرعية، ومن ناحية أخرى يجب عليه أن يعلم بخطورة السلوك الذي يأتيه على المصلحة التي يحميها القانون ، سواء حماية المهاجر نفسه من المخاطر التي قد يواجهها، أو صيانة السيادة الدولية وحماية حدودها من التسلل إليها ، ودخولها بطريق غير شرعية، أي أن يكون عالماً بالأضرار الناتجة عن فعله. وأخيراً أن يمتد علمه إلى مكان ارتكاب الجريمة ، أي أن يعلم بأنه سيتجاوز الحدود الدولية سواء كانت برية أو جوية أو بحرية، للوصول إلى الدولة.

المطلب الثاني

المسئولية الجنائية والعقوبات في جريمة تهريب المهاجرين

تمهيد:

فرض الجزاء يتطلب التحقق من صلة الفاعل المادية والمعنوية بالفعل الإجرامي، ومن ثم إقرار مسئوليته على تحمل تبعه قيامه بهذا الفعل ، إذ إنَّ القانون الجنائي لا يكتفي في قيام الجريمة واستحقاق العقاب بمجرد قيام أو تحقق الركن المادي ، إنما لا بد من تحقق الركن المعنوي الى جانبه،

(١) د. أحمد شوقي عمر أبو خطوة - شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات - دار النهضة العربية ٢٠٠٣م - ص ٣١٦.

والذي يمثل اتجاهاً إرادياً خاطئاً يكشف عن الحالة النفسية للجاني عند اقترافه الفعل فلا جريمة بغير سلوك ولا جريمة من غير خطأ.

وسوف نتناول المسؤولية الجنائية في جريمة تهريب المهاجرين في الفرع الأول ، والعقوبات في هذه الجريمة في الفرع الثاني، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول

المسؤولية الجنائية في جريمة تهريب المهاجرين

المقصود بالمسؤولية الجنائية:

ينصرف معنى المسؤولية على وجه العموم إلى مفهوم المؤاخذة وتحمل التبعة ، أو بمعنى أدق إنَّ مصطلح المسؤولية يستخدم للدلالة على معنى التزام شخص بتحمل العواقب والتبعات التي تترتب على فعله وسلوكه الذي ارتكبه مخالفاً بذلك القانون^(١)، ويستوي في ذلك أن يكون السلوك إيجابياً أو سلبياً. والمسؤولية تُبنى على اعتبارات شخصية لتحقيق أعلى مستوى حماية للمجتمع فهي تسعى للحد من الجريمة أو منعها^(٢).

فالمسؤولية الجنائية هو استحقاق مرتكب الجريمة العقوبة المقررة قانوناً^(٣)، فالجاني مسئولاً مسؤولية جنائية عن الأفعال التي تصدر منه بالمخالفة للقانون ، ومن هنا يمكننا القول أن الجاني في جريمة تهريب المهاجرين أو أية أفعال أخرى حددها المشرع في قانون مكافحة الهجرة غير الشرعية وتهريب المهاجرين يتحمل التبعات التي تترتب على أفعاله ،

(١) د. محمود محمود مصطفى - الجرائم الاقتصادية في القانون المقارن - مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي- ط٢ ١٩٧٩م ص١٠٣.

(2) د. رمزي رياض عوض - المسؤولية الفردية في المجتمع الحر - دار النهضة العربية - الطبعة الأولى ٢٠٠١م ص٦.

(3) د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي - الأحكام العامة للنظام الجزائي - عمادة شئون المكتبات - جامعة الملك سعود الرياض ط١ ١٩٩٥م ص٤٣٩.

وبالتالي يتم معاقبته بالعقوبات المقررة في هذا القانون ؛ لأن هذا القانون يهدف إلى حماية الأشخاص وممتلكاتهم.

فارتكاب الشخص لأي فعل من الأفعال الواردة في المواد(٥،٦،٧،٨) من قانون مكافحة الهجرة غير الشرعية وتهريب المهاجرين يُعد مرتكباً لجريمة تهريب المهاجرين ويتحمل العقوبة المقررة لذلك بتدبير وسيلة الانتقال لنقل المهاجرين ؛ فالعقوبة هي الجزاء أو الأثر الذي رتبته القانون على ارتكاب جريمة تهريب المهاجرين^(١).

فالقانون نص على مساءلة الجاني المُهَرَّب ، وقرر عدم مساءلة المُهاجرِ نفسه ؛ وهنا يُثار تساؤل : لماذا لا تتم مساءلة الشخص المهاجر نفسه لأنه هو الذي أقدم على هذا الفعل رغم علمه بأنه مخالف للقانون ، وأن إقدامه على ذلك يؤدي إلى اتساع فئة المهريين والجماعات الإجرامية ؟ ونرى أنه يجب تحديد عقوبة جنائية بسيطة كغرامة مالية - على سبيل المثال - على المهاجر الذي يُقدم على الهجرة غير الشرعية ، ويلجأ للجماعات الإجرامية أو أي شخص يقوم بتهريب المهاجرين بطريقة غير شرعية ، لتهريبه خارج الدولة ودخوله دولة أخرى . وذلك للعمل على تفعيل الردع العام والردع الخاص ، فلا يتجه غيره لمثل هذه الأعمال ، أو يحاول نفس المُهاجرِ اللجوء إلى مُهَرَّبٍ آخر لتهريبه بطريقة غير شرعية.

ونجد أن قوانين بعض الدول تنص على معاقبة من يتسلسل إلى أراضيها ، مثل القانون الإماراتي^(٢) - على سبيل المثال - الذي نص في المادة (٣١) على : " أنه يُعاقب كلُّ أجنبي دخل الدولة بصورة غير مشروعة بالحبس مدة لا تقل عن شهر و بغرامة لا تقل عن عشرة آلاف

(١) د. سعيد أحمد علي قاسم - الجرائم المرورية - دراسة مقارنة - دار الجامعة الجديدة ٢٠١٠م ص ٢١١.

(٢) القانون الإماراتي رقم ٦ لسنة ١٩٧٣م، والمعدل بالمرسوم بقانون اتحادي رقم ٧ لسنة ٢٠٠٧م.

درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين ، وعلى المحكمة أن تأمر بإبعاده عن الدولة ."

ولقد نص قانون مكافحة الهجرة غير الشرعية وتهريب المهاجرين المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠١٦م على المسؤولية الجنائية للشخص الطبيعي حيث قرر معاقبة من يقوم بارتكاب أي فعل من الأفعال التي حددها المشرع في هذا القانون، فالأصل أن تقوم المسؤولية الجنائية تجاه الشخص الطبيعي، ولكن قد تقوم المسؤولية الجنائية تجاه الشخص المعنوي^(١).

١- مسؤولية الشخص الطبيعي في جريمة تهريب المهاجرين:

الشخص الطبيعي هو الإنسان الحي هو محل المسؤولية الجنائية في قانون مكافحة الهجرة غير الشرعية وتهريب المهاجرين فهو من خاطبه المشرع بالأوامر والنواهي في القانون، حيث تتوافر فيه مقومات المسؤولية من الإدراك والإرادة، وهو الوحيد الذي يستطيع إدراك وفهم ماهية وضبط سلوكه طبقاً لهذه المسؤولية^(٢). فلكي تقوم المسؤولية الجنائية تجاه الشخص الطبيعي يجب أن يكون إنسان حي تتوافر فيه الأهلية للمساءلة الجنائية^(٣).

ومن المسلم به في التشريعات الجنائية الحديثة أن تلك المسؤولية شخصية فلا يُسأل عنها إلا الشخص الطبيعي الذي ارتكب السلوك والنشاط الإجرامي، أي الشخص الذي توافر في حقه الركن المادي للجريمة فهو

(١) نصت المادة (١٤) من القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠١٦م بشأن مكافحة الهجرة غير الشرعية وتهريب المهاجرين على : " أنه يُعاقب المسئول عن الإدارة الفعلية للشخص الاعتباري إذا ارتكب أية جريمة من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون بواسطة أحد العاملين لدى الشخص الاعتباري باسمه ولصالحه بذات العقوبة المقررة للجريمة المرتكبة إذا ثبت علمه بها، وكانت الجريمة قد وقعت بسبب إخلاله بواجبات وظيفته. ويكون الشخص الاعتباري مسئولاً بالتضامن عن الوفاء بما يُحكم به من عقوبات مالية وتعويضات إذا كانت الجريمة قد ارتكبت من أحد العاملين لديه باسمه ولصالحه....."

(٢) د. فتوح عبد الله الشاذلي- المسؤولية الجنائية - دار المطبوعات الجامعية ٢٠٠٦م ص٢٣.

(٣) د. محمد كمال الدين إمام - المسؤولية الجنائية أساسها وتطورها - دراسة مقارنة في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية - رسالة دكتوراة - كلية الحقوق جامعة الإسكندرية . بدون تاريخ نشر وبدون ناشر.

المسئول جنائياً^(١)؛ وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية على أنه لا يمكن مساءلة شخص بوصفه فاعلاً إلا إذا ثبت أنه قد ساهم في الجريمة^(٢).

فالشخص الطبيعي هو من يقوم بتدبير وسيلة الانتقال لنقل المهاجرين وهو من يقوم بتزوير الوثائق التي يستخدمها في تهريب المهاجرين والقيام بأي فعل من الأفعال الواردة في القانون فهي الأفعال المادية يقوم بها الشخص الطبيعي.

٢- مسؤولية الشخص الاعتباري في جريمة تهريب المهاجرين:

نصت المادة (١٤) من القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠١٦م بشأن مكافحة الهجرة غير الشرعية وتهريب المهاجرين على: " أنه يُعاقب المسئول عن الإدارة الفعلية للشخص الاعتباري إذا ارتكب أية جريمة من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون بواسطة أحد العاملين لدى الشخص الاعتباري باسمه ولصالحه بذات العقوبة المقررة للجريمة المرتكبة إذا ثبت علمه بها، وكانت الجريمة قد وقعت بسبب إخلاله بواجبات وظيفته. ويكون الشخص الاعتباري مسؤولاً بالتضامن عن الوفاء بما يُحكم به من عقوبات مالية وتعويضات إذا كانت الجريمة قد ارتكبت من أحد العاملين لديه باسمه ولصالحه....."

يقصد بالشخص الاعتباري بصفة عامة مجموعة الأشخاص أو الأموال التي تهدف إلى تحقيق غرض معين، ويمنحها القانون الشخصية القانونية بالقدر اللازم لتحقيق هذا الغرض، وهذه الشخصية القانونية هي تلك التي تتمتع بالصلاحيات لتلقي الحقوق وتحمل الواجبات^(٣).

(1) د. محمد زكي أبو عامر - قانون العقوبات القسم العام - دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٧م ص ١٩٠.

(2) د. فتوح عبد الله الشاذلي - المرجع السابق - الهامش رقم (٢) ص ٦٢.

(3) د. شريف سيد كامل - المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية - الطبعة الأولى ١٩٩٧م ص ٣٠.

ومن المسلم به في التشريع والفقہ والقضاء أنَّ الشخص الطبيعي الذي يرتكب جريمة تهريب المهاجرين فهو يمثل الشخص الاعتباري، لذا هو الذي يقع على عاتقه تحمل المسؤولية^(١)؛ لأنه طبقاً لما ورد بالقانون في المادة الرابعة عشر أن الشخص الطبيعي ارتكب الجريمة باسم ولصالح هذا الشخص الاعتباري، وهنا نجد إقرار المشرع المصري المساءلة الجنائية للشخص الاعتباري.

وقرر المشرع معاقبة الشخص المسئول عن الإدارة الفعلية للشخص الاعتباري إذا ارتكب أية جريمة من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون بواسطة أحد العاملين لدى الشخص الاعتباري باسمه ولصالحه بذات العقوبة المقررة للجريمة.

فيتحمل الشخص الطبيعي المسؤولية وتُطبق عليه العقوبات الواردة في هذا القانون، أما الشخص الاعتباري فيكون مسئولاً متضامناً عن الوفاء بما يحكم به من عقوبات مالية وتعويضات. ونجد أن العقوبات السالبة للحرية كعقوبة السجن المقررة في هذا القانون لا تُوقع إلا على الشخص الطبيعي، بينما العقوبات المالية والتعويضات يتضامن الشخص الاعتباري مع الشخص الطبيعي عن الوفاء بها.

ونصت المادة ١٢١-٣، الفقرة ٣، من قانون العقوبات الفرنسي على أن: " المسؤولية الجنائية للشخص الاعتباري لا يستبعد أن الأشخاص الطبيعيين أو شركاء من نفس الحقائق"^(٢).

(1) د. أمين مصطفى محمد - مرجع سابق - ص ٢٩٥، ٢٩٦.

(٢) L'article 121-3, alinéa 3, du code pénal dispose que « la responsabilité pénale de la personne morale n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits ». <http://www.dalloz-actualite.fr/article/responsabilite-penale-des-personnes-morales#.WXjSHNSGndg>.

ولقد قضت محكمة النقض الفرنسية بمسؤولية الأشخاص الاعتبارية عن الجرائم التي يرتكبها أعضاؤه أو ممثله ، وهذا لا يتعارض مع مبدأ مشروعية الجرائم والعقوبات ؛ فلا يوجد استثناء غير مبرر من مبدأ المساواة أمام القانون ومساءلة الشخص الاعتباري⁽¹⁾.

كما نص المشرع الأمريكي في القسم الثامن في المادة التاسعة عشر على المسؤولية الجنائية للأشخاص الاعتبارية عن الجرائم التي يرتكبها أحد موظفيه أو ممثله لصالح الشخص الاعتباري⁽²⁾.

الفرع الثاني

العقوبات في جريمة تهريب المهاجرين

تعد جرائم تهريب المهاجرين من الجنايات وفقاً لما أورده المشرع في الفصل الثاني من القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠١٦م بشأن مكافحة الهجرة غير الشرعية وتهريب المهاجرين تحت عنوان الجرائم والعقوبات ، ماعدا

(1) cass crim 27 avril 2011. « Et attendu que cette question ne présente pas à l'évidence un caractère sérieux, dès lors que l'article 121-2 du code pénal instituant la responsabilité pénale des personnes morales prévoit de façon précise que cette responsabilité ne peut être engagée que du seul fait d'infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants, qu'il ne contrevient pas au principe de la légalité des délits et des peines et ne comporte aucune dérogation injustifiée au principe d'égalité devant la loi. » <http://www.dalloz-actualite.fr/article/responsabilite-penale-des-personnes-morales#.WXjSHNSGndg>.

(2)Section 8: Criminal Responsibility of Legal Persons. Art. 19: Criminal Responsibility of Legal Persons. 1- A legal person criminally responsible for a criminal offense: (a) committed in the name of, on behalf of, or for the benefit of a legal person; or (b) committed by any natural person, acting either individually or as part of an organ of the legal person, who has a management or supervisory position within the legal person based on: (i) a power of representation of the legal person; (ii) an authority to take decisions on behalf of the legal person; or (iii) an authority to exercise control within the legal person. <https://www.usip.org/sites/default/files/MC1/MC1-Part1Section8.pdf>.

المادة الحادية عشر التي جعلها المشرع من الجرح حيث قرر لها عقوبة الحبس، فقد تناول العقوبات بدرجات مختلفة بحيث ترتفع العقوبة كلما اقتربت بظروف مشددة ، مما يجعل الفعل أكثر جسامة ، وهذه العقوبات الأصلية وجوبية وليست جوازية ، حيث قرر المشرع العقوبة السالبة للحرية والغرامة دون التخيير بين العقوبة السالبة للحرية والغرامة، بل كان التخيير بين الغرامة العادية والغرامة النسبية أيهما أكبر.

ونرى أن تلك العقوبات تتلاءم مع الطبيعة الخطرة للأفعال التي يقوم بها الجناة المهربين ، والمبالغ التي يطلبونها من المهاجرين ، سواءً في النقل إلى خارج الإقليم الوطني ، أو الإيواء وتجهيز وإعداد المساكن والأوراق والوثائق المزورة التي يستخدمها المهربون في تلك الجريمة.

وسوف نتناول أنواع العقوبات الواردة في القانون سالف الذكر، وذلك

على النحو التالي:

أنواع العقوبات في جريمة تهريب المهاجرين:

تنقسم العقوبات في جريمة تهريب المهاجرين إلى عقوبات أصلية والمتمثلة في عقوبة الحبس والسجن و السجن بنوعيه المؤبد والمشدد والغرامة، وعقوبة تكميلية هي المصادرة.

١- عقوبة الحبس:

عرفت المادة الثامنة عشر من قانون العقوبات المصري أن عقوبة الحبس هي : " وضع المحكوم عليه في أحد السجون المركزية أو العمومية المدة المحكوم بها عليه ولا يجوز أن تنقص هذه المدة عن أربع وعشرين ساعة ولا تزيد على ثلاث سنين إلا في الأحوال الخصوصية المنصوص عليها قانوناً. لكل محكوم عليه بالحبس البسيط لمدة لا تتجاوز الثلاثة شهور أن يطلب بدلاً من تنفيذ عقوبة الحبس عليه تشغيله خارج السجن طبقاً لما

تقرر من قيود بقانون تحقيق الجنايات إلا إذا نص الحكم على حرمانه من هذا الخيار"

نصت المادة الحادية عشر على أنه : " يُعاقب بالحبس كل من أدلى بأقوال أو معلومات غير صحيحة في أي مرحلة من مراحل جمع الاستدلالات أو التحقيق أو المحاكمة تتعلق بارتكاب أية جريمة من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون. وتكون عقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة إذا كان الجاني من المكلفين من قبل السلطة القضائية أو جهات الاستدلال بعمل من أعمال الخبرة أو الترجمة . ويُعاقب كل من حرض على هذه الجريمة بذات العقوبة ولو لم يترتب على التحريض أثر".

ولكون هذه الأفعال أقل خطورة من أفعال الواردة في القانون والمقرر لها عقوبات أشد فقد قرر لها المشرع عقوبة الحبس ولم يضع لها حداً أدنى أو حداً أقصى ، وكذا لم يقرر إن كان الحبس بسيطاً أو مع الشغل. لذا يترك ذلك للقواعد العامة ، وعلى القاضي الجنائي مراعاة مبدأ التناسب بين الأفعال المخالفة للقانون والجزاء المناسب. كما عاقب المشرع على التحريض والذي يعني غرس فكرة ارتكاب الجريمة في ذهن الجاني الخالي من تلك الفكرة أو متردداً بشأنها، مما يدعمها لديه فيعقد العزم على ارتكابها، ويقوم بارتكابها بناء على هذا التحريض^(١).

وقد كان التطبيق في السابق وقبل صدور القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠١٦م بشأن مكافحة الهجرة غير الشرعية وتهريب المهاجرين، عقوبة الحبس على جريمة النصب وجريمة القتل الخطأ^(٢)، وكذا نص المشرع

(١) راجع في ذلك، د. أحمد شوقي عمر أبو خطوة - مرجع سابق - ص ٤٠٣.

(٢) الحكم رقم ١٧٤٦٣ لسنة ٢٠١٦م جنح رشيد ص ٤٣ - ٤٤.

الفرنسي على معاقبة البقاء بصورة غير مشروعة في الدولة بالحبس سنة وغرامة ٣٧٥٠ يورو^(١).

نصت المادة الخامسة على أنه : " يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر وبغرامة لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تزيد على عشرين ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين ، كل من علم بارتكاب أي من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون أو بالشرع فيها ولم يبلغ السلطات المختصة بذلك. فإذا كان الجاني موظفاً عاماً ووقعت الجريمة بسبب إخلاله بواجبات وظيفته تكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على خمس سنوات".

وفي هذه المادة نجد المشرع قرر معاقبة من علم بارتكاب أي من الجرائم المنصوص عليها في القانون ولم يبادر بإبلاغ السلطات المختصة، وهذا من خطورة هذه الجريمة وجسامتها، وقد قرر أن تكون العقوبة الحبس الذي لا تقل مدته عن ستة أشهر بينما ترك الحد الأقصى للقواعد العامة المنصوص عليها في قانون العقوبات وهو ثلاث سنوات فللقاضي السلطة التقديرية في تحديد العقوبة المناسبة من بين ستة أشهر وثلاث سنوات.

(١) تنص المادة (L ١-٢٢١) على أن البقاء بصورة غير شرعية في الدولة يعد جريمة يعاقب عليها بالحبس سنة وغرامة ٣٧٥٠ يورو .

"L'étranger qui a pénétré ou séjourné en France sans se conformer aux dispositions des articles L. 211-1 et L. 311-1 ou qui s'est maintenu en France au-delà de la durée autorisée par son visa sera puni d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 3 750 Euros. La juridiction pourra, en outre, interdire à l'étranger condamné, pendant une durée qui ne peut excéder trois ans, de pénétrer ou de séjournier en France. L'interdiction du territoire emporte de plein droit reconduite du condamné à la frontière, le cas échéant à l'expiration de la peine d'emprisonnement. "

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte>.

٢- عقوبة السجن:

عقوبة السجن كما عرفتها المادة السادسة عشر هي : " وضع المحكوم عليه في أحد السجون العمومية وتشغيله داخل السجن أو خارجه في الأعمال التي تعينها الحكومة المدة المحكوم بها عليه ، ولا يجوز أن تنقص تلك المدة عن ثلاث سنين ولا أن تزيد على خمس عشرة سنة إلا في الأحوال الخصوصية المنصوص عليها قانوناً."

نص المشرع في قانون مكافحة الهجرة غير الشرعية وتهريب المهاجرين في المواد(٥ ، ٦ الفقرة الأولى ، ٨ ، ١٠ ، ١٢ ، ١٣) على عقوبة السجن، ولم يحدد الحد الأدنى أو الحد الأقصى وتركها للقواعد العامة و للقاضي - سلطته التقديرية - في اختيار العقوبة من بين الحدين في تلك القواعد العامة المنصوص عليها في المادة السادسة عشر .

نصت المادة الخامسة من القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠١٦م على أنه : " يُعاقب بالسجن، كل من أسس أو نظم أو أدار جماعة إجرامية منظمة لأغراض تهريب المهاجرين أو تولي قيادة فيها أو كان أحد أعضائها أو منضماً إليها " .

كما نصت المادة السادسة من القانون في الفقرة الأولى على أنه : " يُعاقب بالسجن ، كل من ارتكب جريمة تهريب المهاجرين أو الشروع فيها أو التوسط في ذلك " . ذلك تمشياً مع ما جاء ببروتوكول مكافحة جريمة تهريب المهاجرين^(١)

(١) نصت المادة السادسة البند (٢) على أنه "تعتمد أيضاً كل دولة طرف ما قد يلزم من تدابير تشريعية وتدابير أخرى لتجريم: (أ) الشروع في ارتكاب جرم من الأفعال المجرمة وفقاً للفقرة ١ من هذه المادة، وذلك رهناً بالمفاهيم الأساسية لنظامها القانوني؛ أو (ب) المساهمة كشريك في أحد الأفعال المجرمة وفقاً للفقرة ١ (أ) أو (ب) ١' ، أو (ج) من هذه المادة وكذلك، رهناً بالمفاهيم الأساسية لنظامها القانوني، المساهمة كشريك في جرم من الأفعال المجرمة وفقاً للفقرة ١ (ب) ٢' ، من هذه المادة؛ (ج) تنظيم أو توجيه أشخاص آخرين لارتكاب جرم من الأفعال المجرمة وفقاً للفقرة ١ من هذه المادة.

ونصت المادة المادة الثامنة على أن : " يعاقب بالسجن كل من هيا أو أدار مكاناً لإيواء المهاجرين المهربين أو جمعهم أو نقلهم أو سهل أو قدم لهم أية خدمات مع ثبوت علمه بذلك " .

٣- عقوبة السجن المؤبد والسجن المشدد:

السجن المؤبد والسجن المشدد هما وضع المحكوم عليه في أحد السجون المخصصة لذلك قانوناً، و تشغيله داخلها في الأعمال التي تعينها الحكومة، وذلك مدة حياته إذا كانت العقوبة مؤبدة أو المدد المحكوم بها إذا كانت مشددة. ولا يجوز أن تنقص مدة العقوبة بالسجن المشدد عن ثلاث سنين ولا أن تزيد على خمسة عشر سنة إلا في الأحوال الخاصة المنصوص عليها قانوناً، حسبما ورد بتعريف السجن المشدد والسجن المؤبد في قانون العقوبات.

وقرر المشرع المصري التشديد من عقوبة السجن إلى السجن المشدد في حالة اقتران الجريمة ببعض الحالات المذكورة في المادة السادسة الفقرة الثانية من القانون لكون الجريمة على درجة من الخطورة، كأن يكون الجاني قد أسس أو نظم أو دار جماعة إجرامية منظمة لأغراض تهريب المهاجرين ، أو كانت الجريمة ذات طابع عبر وطني ، أو تعدد فيها الجناة أو ارتكبتها شخص يحمل سلاحاً ؛ أو كان الجاني موظفاً أو مكلفاً بخدمة عامة أو استغل وظيفته في ارتكاب الجريمة ، أو في حالة العود إلى ارتكاب الجريمة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة السادسة.

و كذا التشديد من السجن إلى السجن المؤبد في حالة اقتران الجريمة بحالات أخرى أكثر خطورة كما هو مذكور في المادة السابعة ، في حالة ارتكاب الجريمة بواسطة جماعة إجرامية منظمة ، أو ارتكبت الجريمة تنفيذا لغرض إرهابي ، أو إذا نتج عن الجريمة وفاة أي من المهاجرين أو إصابته بعاهة مستديمة ، أو بمرض لا يُرجى الشفاء منه ، أو إذا استخدم الجاني

عفاقير أو أدوية أو أسلحة أو استخدم القوة أو العنف أو التهديد بهم في ارتكاب الجريمة ، أو في حالة العود إلى ارتكاب الجريمة بإحدى الظروف المشددة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة السادسة.

والمقصود بإصابة المهاجر بعاهة مستديمة ، أي إصابته في أحد أعضاء الجسم أو أحد وظائف الحياة التي يباشرها الجسم بالعجز أو الخلل الدائم سواء بفقد الجسم عضواً أو فقده منفعة هذا العضو أو فقد حاسة أو فقده إمكانية استخدام هذا العضو ، وأهم عناصر العاهة المستديمة هو عدم قابلية الشفاء أو استحالة ذلك أو لا يُرجى الشفاء منها .^(١)

كان التطبيق قبل صدور هذا القانون طبقاً للقواعد العامة المنصوص عليها في قانون العقوبات ، فقد تم معاقبة بعض المتهمين في الحكم رقم ١٧٤٦٣ لسنة ٢٠١٦م جنح رشيد بالحبس لمدة عشر سنوات مع الشغل والنفاز عن جريمة القتل الخطأ ، بينما نصت المادة السابعة بأن تكون العقوبة السجن المؤبد وغرامة لا تقل عن مائتي ألف جنيه ، و لا تزيد على خمسمائة ألف جنيه، أو غرامة مساوية لقيمة ما عاد على الجاني من نفع أيهما أكبر إذا ارتكب أي من الجرائم المنصوص عليها بالفقرة الأولى من المادة السابقة، البند رقم (٣) إذا نتج عن الجريمة وفاة المهاجر المهرب ، أو إصابته بعاهة مستديمة ، أو بمرض لا يُرجى الشفاء منه.

كما كان التطبيق^(٢) قبل ذلك : " أن النيابة العامة أسندت إلى المتهمين من أنهم بتاريخ ٢١ / ٩ / ٢٠١٦م بدائرة مركز رشيد عرضوا أمن وحياة الأطفال وآخرين عددهم واحد وستون طفلاً المبينة أسمائهم بالتحقيقات للخطر " وكانت العقوبة الحبس بينما قرر المشروع في القانون الجديد في المادة السادسة في البند (٥) أن العقوبة السجن المشدد في حالة إذا كان

(١) د. محمود نجيب حسني - الموجز في شرح قانون العقوبات - مرجع سابق - ص ٣٩٤.

(٢) الحكم رقم ١٧٤٦٣ لسنة ٢٠١٦م جنح رشيد ص ٤٣ - ٤٤.

من شأن الجريمة تهديد حياة من يجري تهريبهم من المهاجرين أو تعريض صحتهم للخطر... " وكذا البند (٦) " إذا كان المهاجر المهرب امرأة أو طفلاً أو عديمي الأهلية أو ذوي الإعاقة ". البند (٥) من المادة السابعة " إذا كان عدد المهاجرين المهربين يزيد على عشرين شخصاً أو أقل من ذلك متى كان من بينهم نساء أو أطفال أو عديمي أهلية أو ذوي إعاقة. "

ونرى أن المشرع قد أحسن عندما سن هذا القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠١٦م بشأن مكافحة الهجرة غير الشرعية وتهريب المهاجرين ؛ لأن ذلك من شأنه ليس تغليظ العقوبة فحسب بل و العمل على الحد من ارتكاب مثل هذه الجرائم التي تؤدي في النهاية إلى وفاة المهاجرين أو إصابتهم أو تعريضهم للخطر.

- أسباب تشديد العقوبة في جريمة تهريب المهاجرين:

نص المشرع المصري على أسباب تشديد عقوبة تهريب المهاجرين من عقوبة السجن إلى السجن المشدد والسجن المؤبد ، وحددها في المادتين السادسة والسابعة.

تشديد العقوبة إلى السجن المشدد:

حيث قرر في المادة السادسة في الفقرة الثانية و تكون العقوبة السجن المشدد وغرامة لا تقل عن مائتي ألف جنيه ولا تزيد على خمسمائة ألف جنيه أو غرامة مساوية لقيمة ما عاد عليه من نفع أيهما أكبر في أي من الحالات الآتية :

١- إذا كان الجاني قد أسس أو نظم أو أدار جماعة إجرامية منظمة لأغراض تهريب المهاجرين أو تولى قيادة فيها أو كان أحد أعضائها أو منضماً إليها.

٢- إذا كانت الجريمة ذات طابع عبر وطني.

٣- إذا تعدد الجناة، أو ارتكب الجريمة شخص يحمل سلاحاً.

- ٤- إذا كان الجاني موظفاً عاماً أو مكلفاً بخدمة عامة وارتكب الجريمة باستغلال الوظيفة أو الخدمة العامة.
- ٥- إذا كان من شأن الجريمة تهديد حياة من يجرى تهريبهم من المهاجرين أو تعريض صحتهم للخطر، أو تمثل معاملة غير إنسانية أو مهينة^(١).
- ٦- إذا كان المهاجر المهرب امرأة أو طفلاً أو من عديمي الأهلية أو من ذوي الإعاقة.
- ٧- إذا استخدم في ارتكاب الجريمة وثيقة سفر أو هوية مزورة، أو إذا استخدمت وثيقة سفر أو هوية من غير صاحبها الشرعي.
- ٨- إذا استخدم في ارتكاب الجريمة سفينة بالمخالفة للغرض المخصص لها أو لخطوط السير المقررة.
- ٩- إذا عاد الجاني لارتكاب الجريمة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من هذه المادة.

وجميع أسباب التشديد للعقوبة تفترض ابتداء توافر الأركان العامة لجريمة تهريب المهاجرين في صورتها البسيطة ؛ ذلك لأن جريمة تهريب المهاجرين في حالات التشديد ليست جرائم خاصة أفرد لها المشرع عقوبات مستقلة ، وإنما هي جريمة تهريب مهاجرين الواردة في المادة السادسة الفقرة الأولى واقتترنت بظروف معينة أكثر جسامة مما أدى إلى تغيير وصف الجريمة^(٢).

(١) نصت المادة السادسة البند (٣) (أ) من بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجو على أنه "٣- تعتمد كل دولة طرف ما قد يلزم من تدابير تشريعية وتدابير أخرى لا اعتبار أي ظروف: (أ) تعرّض للخطر، أو يُرجّح أن تعرّض للخطر، حياة أو سلامة المهاجرين المعنيين؛ (ب) تستتبع معاملة أولئك المهاجرين معاملة لا إنسانية أو مهينة، بما في ذلك لغرض استغلالهم، ظروفًا مشددة للعقوبة في الأفعال المجرمة وفقاً للفقرة ١ (أ) و(ب) '١' و(ج) من هذه المادة، وكذلك، رهناً بالمفاهيم الأساسية لنظامها القانوني، في الأفعال المجرمة وفقاً للفقرة ٢ (ب) و(ج) من هذه المادة.

(2) د. محمود نجيب حسني - شرح قانون العقوبات القسم الخاص - مرجع سابق ص ٤١١.

فليس للقاضي سلطة تقديرية في الحكم بالعقوبة المقررة في المادة السادسة في الفقرة الأولى في صورتها البسيطة والمقرر لها عقوبة السجن، بل عليه الحكم بعقوبة السجن المشدد الواردة في الفقرة الثانية من ذات المادة ، إلا إذا قرر تطبيق الظروف المخففة ، وأسباب التشديد أدت إلى رفع العقوبة من السجن إلى السجن المشدد ، وكذا رفع الغرامة من الغرامة التي لا تقل عن خمسين ألف جنيه ولا تزيد على مائتي ألف جنيه إلى الغرامة التي لا تقل عن مائتي ألف جنيه ولا تزيد على خمسمائة ألف جنيه.

ونلاحظ أن المشرع في البند (١) قرر أنه إذا كان الجاني قد أسس أو نظم أو أدار جماعة إجرامية منظمة لأغراض تهريب المهاجرين أو تولى قيادة فيها أو كان أحد أعضائها أو منضماً إليها. وكان قد سبق وأن قرر في المادة الخامسة من هذا القانون أنه: " يُعاقب بالسجن ، كل من أسس أو نظم أو أدار جماعة إجرامية منظمة لأغراض تهريب المهاجرين أو تولى قيادة فيها أو كان أحد أعضائها أو منضماً إليها " .

فنرى أن علة التشديد هنا هي خطورة الجاني الذي يرتكب جريمة تهريب المهاجرين المتمثل في تدبير وسيلة الانتقال ونقل المهاجرين هو نفسه من أسس أو نظم أو أدار جماعة إجرامية منظمة لأغراض تهريب المهاجرين، أو تولى القيادة، أو كان أحد أعضاء الجماعة الإجرامية المنظمة، أو كان منضماً إليها، بالإضافة إلى أن نشاط الجماعة الإجرامية الذي يتميز بالاستمرارية والتنظيم.

وقرر المشرع في البند (٢) أنه إذا كانت الجريمة ذات طابع عبر وطني أي أن هذه الجريمة يجب أن تتم من خلال الانتقال من دولة إلى أخرى عبر الحدود الوطنية ، فإذا كانت عملية الهجرة داخل الدولة ، فلا تدخل في نطاق جريمة تهريب المهاجرين المنصوص عليها في قانون مكافحة الهجرة غير الشرعية وتهريب المهاجرين المصري. حيث قرر

المشروع تشديد العقوبة عندما تأخذ هذه الجريمة الطابع عبر الوطني أي التعدي على الحدود الوطنية للدولة بالتسلل والدخول بطرق غير مشروعة.

وبما أنها جريمة عابرة للحدود الوطنية تضلع في ارتكابها الجماعات الإجرامية المنظمة من خلال استخدامها للتكنولوجيا الحديثة، حيث جعلت العولمة من السهل ارتكاب الجرائم عن طريق شبكة الانترنت والتواصل بين أعضائها وما يشابهها من جماعات إجرامية، لارتكاب تلك الجرائم والقيام بتدبير وتجهيز الوسائل والأوراق والمستندات المزورة اللازمة لإتمام جريمة تهريب المهاجرين. والتي تجعل من الصعوبة بمكان ضبط الجناة.

وأيضاً جعل المشروع من تعدد الجناة أو كان الجاني يحمل سلاحاً ظرفاً لتشديد العقوبة طبقاً للبند (٣) ، وتكمن العلة من التشديد في تعدد الجناة في الجريمة الذي يعكس الخطورة الإجرامية للجاني أو الجناة بدليل الاستعانة بالآخرين أو حمل السلاح مما يفيد الإصرار على ارتكاب الجريمة، هذا يدل على شخصية إجرامية يلزم ردها، لذا كان من الضروري إدراجها ضمن الظروف المشددة للجريمة.

كما أن العلة من التشديد حيث عبر المشروع على ارتكاب جريمة تهريب المهاجرين هو ارتكاب هذه الجريمة مقترنة بتعدد الجناة أي يرتكبها شخصان أو أكثر هي سهولة تنفيذ هذه الجريمة لشعور كل من الجناة بأن زملاءهم في الجريمة يشدون من أزهم ، حيث إن رؤية المجني عليهم أشخاصاً عديدين يساهمون في الجريمة بصورة تُلقى الرعب في نفس المجني عليهم ؛ فتجعلهم يخشون مقاومة هؤلاء الجناة ، وهذا التعدد يعني خطورة جريمة تهريب المهاجرين وكذا ينمُّ التعدد عن الخطورة الإجرامية للجناة والذين يكونون في الغالب أعضاء في جماعات إجرامية منظمة ، إذ تحمل الجناة المستمدة من التعدد على أفعال خطيرة ، مثل التعدي على

المهاجرين ومعاملتهم معاملة لا إنسانية ، لا يقدم على القيام بها إذا كان الجاني بمفرده^(١).

أما العلة من التشديد عند ارتكاب جريمة تهريب المهاجرين مقترنة بحمل سلاح ، هو أن مجرد حمل السلاح أمر يستوجب التشديد في العقاب لاحتمال استعماله أو التهديد به ، فضلاً عما يُولده من جرأة في نفس حامل السلاح ، كما أن حمل السلاح في ذاته يعمل على تسهيل تنفيذ الجريمة ؛ لأنه يُلقي الرعب في قلوب المجني عليهم ، ويعمل على تقوية الجاني ويشد من أزره ويجعله أكثر إقداماً وجرأة على تنفيذ الجريمة^(٢).

ولم يُحدد المشرع السلاح الذي يعد حمله ظرفاً مشدداً للعقاب، ويمكن تعريف السلاح بأنه كل أداة منفصلة عن جسم الإنسان يمكن الاستعانة بها في تنفيذ الاعتداء وبالتالي تنفيذ جريمة تهريب المهاجرين ، فهناك سلاح طبيعي وهو الأداة المعدة بحسب الأصل للاستعمال في الاعتداء على سلامة الجسم كالبنديقية والمسدس والسيوف والخنجر والسكين ذات الحدين ، فمجرد حمل هذه السلاح أثناء ارتكاب الجريمة يحقق الظرف المشدد ؛ وهناك سلاح بالتخصيص وهو كل أداة معدة بحسب الأصل للاستعمال في أغراض الحياة العادية ولا تصلح عرضاً في الاعتداء كالفأس والسكين العادية والمنجل والمقص والعصا الخفيفة^(٣).

كما جعل المشرع في البند (٤) من كون الجاني موظفاً عاماً أو مكلفاً بخدمة عامة ظرفاً مشدداً للعقوبة ، وعلّة التشديد هنا أن الموظف العام والمكلف بخدمة عامة منوط بهما حماية المجتمع وأفراده من أي اعتداء عليهما أو تعريضهما للخطر، وحماية الأمن القومي للدولة والمحافظة على

(1) د. محمود نجيب حسني - شرح قانون العقوبات القسم الخاص- مرجع سابق ص ٤١١.

(2) د. فتوح عبد الله الشاذلي - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - دار المطبوعات الجامعية ٢٠١٤م ص ٢٥٥.

(3) د. فتوح عبد الله الشاذلي - المرجع السابق- ص ٢٥٦.

سيادة الدولة بتنفيذ القانون ومنع الخروج عنه. ففي حالة ارتكاب الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة جريمة تهريب المهاجرين أو الاشتراك فيها أو التوسط فيها، أو استغل وظيفته أو خدمته العامة، أو كان من بين الجناة يمثل خطورة إجرامية أراد المشرع القضاء عليها بتشديد العقوبة.

وتحديد مدلول الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة نظراً لما يقوم به من عمل يختص بأدائه، فهو كل شخص يعهد إليه بعمل دائم في خدمة أحد المرافق العامة تتولى إدارتها الدولة أو أحد أشخاص القانون العام الإقليمية أو المرفقية، وذلك بتولي منصباً دائماً يدخل في نطاق التنظيم الإداري للمرفق^(١).

كما أن التشديد في العقوبة التي قررها المشرع ورفعها إلى السجن المشدد والمبين في البند (٥) في حال إذا كان من شأن الجريمة تهديد حياة من يجرى تهريبهم من المهاجرين أو تعريض صحتهم للخطر، أو تمثل معاملة غير إنسانية أو مهينة. والعلة هنا من خطورة طريقة التهريب سواء في مراكب ليس بها الإمكانيات للإبحار لمسافات طويلة في أعالي البحار، أو بحالة لا تسمح بأعداد المهاجرين عليها، أو داخل السفن في أماكن تمثل خطراً حقيقياً على حياة أو صحة المهاجر بعيداً عن أعين الجهات المختصة بالتفتيش.

وقرر المشرع أيضاً التشديد في العقوبة إلى السجن المشدد المذكور في البند (٦) في حال أن الشخص المهاجر من المستضعفين كالمرأة أو الطفل أو عديمي الأهلية أو من ذوي الإعاقة كونهم في حالة ضعف ولا يستطيعون تحمل تلك المخاطر.

كما جعل من استخدام وثيقة سفر أو هوية مزورة في ارتكاب الجريمة، أو إذا استخدمت وثيقة سفر أو هوية من غير صاحبها الشرعي

(١) د. محمد أنس قاسم جعفر - الوسيط في القانون العام - بدون ناشر ١٩٨٥م ص ٣٠٩.

المحدد في البند (٧) ظرفاً لتشديد العقوبة إلى السجن المشدد. وأيضاً قرر
المشرع تشديد العقوبة حسبما جاء بالبند (٨) إذا استخدم في ارتكاب الجريمة
سفينة بالمخالفة للغرض المخصص لها أو لخطوط السير المقررة. وأخيراً في
البند (٩) جعل المشرع من العود إلى ارتكاب الجريمة ظرفاً لتشديد العقوبة
إلى السجن المشدد.

تشديد العقوبة إلى السجن المؤبد:

نصت المادة السابعة على تشديد العقوبة إلى السجن المؤبد واستبقت
على ذات الغرامة المذكورة في المادة السابقة سواءً العادية أو الغرامة
النسبية، وحددت الحالات التي إذا اقترنت بالجرائم المحددة بالفقرة الأولى من
المادة السادسة وهي ارتكاب جريمة تهريب المهاجرين أو الشروع فيها أو
التوسط في ذلك وهي على النحو التالي:

- ١- إذا ارتكبت الجريمة بواسطة جماعة إجرامية منظمة^(١).
- ٢- إذا ارتكبت الجريمة تنفيذاً لغرض إرهابي وفقاً للقوانين المعمول
بها في هذا الشأن.
- ٣- إذا نتج عن الجريمة وفاة المهاجر المهرب، أو إصابته بعاهة
مستديمة أو بمرض لا يُرجى الشفاء منه.
- ٤- إذا استخدم الجاني عفاقير أو أدوية أو أسلحة أو استخدم القوة أو
العنف أو التهديد بهم في ارتكاب الجريمة.
- ٥- إذا كان عدد المهاجرين المهربين يزيد على عشرين شخصاً،
أو أقل من ذلك متى كان من بينهم نساء أو أطفال أو عديمي
أهلية أو ذوي إعاقة.
- ٦- إذا قام الجاني بالاستيلاء على وثيقة سفر أو هوية المهاجر
المهرب أو إتلافها.

(١) انظر في هذا المؤلف تحت عنوان خصائص جريمة تهريب المهاجرين ص ٣٤.

- ٧- إذا استخدم الجاني القوة أو الأسلحة لمقاومة السلطات.
- ٨- إذا استخدم الجاني الأطفال في ارتكاب الجريمة.
- ٩- إذا عاد الجاني لارتكاب الجريمة بإحدى الظروف المشددة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة رقم (٦).

٤- الغرامة:

نصت المادة الثانية والعشرين من قانون العقوبات على أن : " العقوبة بالغرامة هي إلزام المحكوم عليه بأن يدفع إلى خزينة الحكومة المبلغ المقدر في الحكم. ولا يجوز أن تقل الغرامة عن مائة قرش ، ولا أن يزيد حدها الأقصى في الجرح على خمسمائة جنيه ، وذلك مع عدم الإخلال بالحدود التي يبينها القانون لكل جريمة ."

فالعقوبة بالغرامة هي إلزام المحكوم عليه بأن يدفع إلى خزينة الحكومة المبلغ المقدر في الحكم. ولا يجوز أن تقل الغرامة عن مائة قرش ، ولا أن يزيد حدها الأقصى في الجرح على خمسمائة جنيه ، وذلك مع عدم الإخلال بالحدود التي يبينها القانون لكل جريمة .

فالعقوبة بالغرامة هي إلزام المحكوم عليه بأن يدفع إلى خزينة الحكومة المبلغ المقدر في الحكم. ولا يجوز أن تقل الغرامة عن مائة قرش ، ولا أن يزيد حدها الأقصى في الجرح على خمسمائة جنيه ، وذلك مع عدم الإخلال بالحدود التي يبينها القانون لكل جريمة .

فالعقوبة بالغرامة هي إلزام المحكوم عليه بأن يدفع إلى خزينة الحكومة المبلغ المقدر في الحكم. ولا يجوز أن تقل الغرامة عن مائة قرش ، ولا أن يزيد حدها الأقصى في الجرح على خمسمائة جنيه ، وذلك مع عدم الإخلال بالحدود التي يبينها القانون لكل جريمة .

فالعقوبة بالغرامة هي إلزام المحكوم عليه بأن يدفع إلى خزينة الحكومة المبلغ المقدر في الحكم. ولا يجوز أن تقل الغرامة عن مائة قرش ، ولا أن يزيد حدها الأقصى في الجرح على خمسمائة جنيه ، وذلك مع عدم الإخلال بالحدود التي يبينها القانون لكل جريمة .

فالعقوبة بالغرامة هي إلزام المحكوم عليه بأن يدفع إلى خزينة الحكومة المبلغ المقدر في الحكم. ولا يجوز أن تقل الغرامة عن مائة قرش ، ولا أن يزيد حدها الأقصى في الجرح على خمسمائة جنيه ، وذلك مع عدم الإخلال بالحدود التي يبينها القانون لكل جريمة .

فالعقوبة بالغرامة هي إلزام المحكوم عليه بأن يدفع إلى خزينة الحكومة المبلغ المقدر في الحكم. ولا يجوز أن تقل الغرامة عن مائة قرش ، ولا أن يزيد حدها الأقصى في الجرح على خمسمائة جنيه ، وذلك مع عدم الإخلال بالحدود التي يبينها القانون لكل جريمة .

المشرع مقدرها ووضع لها حدين أدنى وأقصى ، والغرامة النسبية التي ربط
المشرع مقدارها بمقدار بالفائدة والنفع الذي عاد على الجناة أو أراد تحقيقه^(١)
حيث أن قيمتها التي حددها المشرع في المادة السادسة الفقرة الأولى
حديها الأدنى خمسين ألف جنيه والأقصى مائتي ألف جنيه، والفقرة الثانية
والمادة السابعة لا تقل عن مائتي ألف جنيه ولا تزيد على خمسمائة ألف
جنيه، وهذه غرامة كبيرة إلى حد ما ، ولكن المشرع أراد أن يقوم القاضي
الجنائي إذا أراد بالحكم بأعلى من ذلك قرر له الغرامة النسبية ولم يحدد الحد
الأقصى لها.
الغرامة النسبية:

قد نجد في بعض الحالات أن المشرع قد حدد حدي الغرامة كعقوبة
أصلية، فيحكم القاضي بالحد الأقصى، ولكن هذا الحد الأقصى لا يكون
رادعاً ولا يصل إلى قيمة المبالغ أو المنفعة التي تحصل عليها الجاني، فهذا
لا يؤدي إلى الغرض من العقوبة وهو الردع سواء العام أو الخاص ، لذا كان
لزماً على المشرع أن يقرر الغرامة النسبية عندما يرى القاضي أن الغرامة
العادية لا تفي بالغرض من العقوبة فله أن يلجأ إلى اختيار الغرامة النسبية
حسبما جاء بنص القانون كما هو الحال في جريمة تهريب المهاجرين.

الغرامة النسبية التي نص عليها المشرع في المواد (٦ ، ٧) على أن
تكون مساوية لقيمة ما عاد عليه من نفع أيهما أكبر، فقد حدد المشرع هذه
الغرامة أن تكون مساوية لقيمة النفع الذي عاد على الجاني حتى لو كان أكبر
من الحد الأقصى للغرامة المقررة وهي خمسمائة ألف جنيه ، بحيث لو
قررت المحكمة أن قيمة النفع الذي عاد على الجاني يقدر بمبلغ مليون جنيه
كانت الغرامة النسبية هي مليون جنيه، فقد ترك المشرع للقاضي السلطة
التقديرية في تحديد هذه الغرامة حسب كل حالة على حدى.

(١) د. أحمد شوقي عمر أبو خطوة - مرجع سابق - ص ٦٨٠.

وأهم ما تتميز به الغرامة النسبية هو الحكم على المتهمين الفاعلين أو الشركاء في الجريمة المعاقب عليها بها لغرامة واحدة تقدر بمقدار الفائدة أو النفع الذي عاد على الجناة من هذه الجريمة، ويلتزم بها جميع الجناة على السبيل التضامن بينهم ويجوز للقاضي إعفائهم من هذا التضامن تطبيقاً لنص المادة (٤٤) من قانون العقوبات^(١)

العقوبات التكميلية:

المصادرة:

المقصود بالمصادرة نقل ملكية ما أو أكثر إلى جانب الدولة، أو بمعنى آخر هي تجريد الشخص من ملكية شيء معين له صلة بجريمة وقعت أو يخشى وقوعها إلى جانب الدولة ودون مقابل^(٢).

والمصادرة إما أن تكون عقوبة تكميلية إذا كان محلها مما يجوز التعامل فيه بطبيعته ، أو تدبيراً إذا انصب على شيء يحظر التعامل فيه؛ والمصادرة كعقوبة تكميلية لا يجوز توقيعها إلا إذا نص منطوق الحكم الصادر عن القاضي عليها، وقد تكون عقوبة تكميلية وجوبية أو تكون تكميلية جوازية ، ويترتب على الحكم بها وجوب تنفيذها تنفيذاً جبرياً.

نصت المادة السابعة عشر من القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠١٦م بشأن مكافحة الهجرة غير الشرعية وتهريب المهاجرين على أنه : " مع عدم الإخلال بحقوق الغير حسني النية ، يحكم في جميع الأحوال بمصادرة الأموال أو الأمتعة أو وسائل النقل أو الأدوات المتحصل عليها من أي من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون أو التي استعملت في ارتكابها.

(١) نصت المادة (٤٤) من قانون العقوبات على أنه : " إذا حكم على جملة متهمين بحكم واحد لجريمة واحدة فاعلين كانوا أو شركاء فالغرامات يحكم بها على كل منهم على انفراده خلافاً للغرامات النسبية فإنهم يكونون متضامنين في الإلزام بها ما لم ينص في الحكم على خلاف ذلك."

(٢) د. محمود نجيب حسني - المرجع السابق - ص ٨٣٤.

وتُخصّص الأدوات ووسائل النقل المحكوم بمصادرتها لجهة الضبط متى قرر الوزير المختص بها أنها لازمة لمباشرة نشاطها " .

وقضي في جريمة الشروع في تهريب المهاجرين التي تمت على سواحل الإسكندرية قبل صدور قانون مكافحة الهجرة غير الشرعية وتهريب المهاجرين بمصادرة المركبين المضبوطتين، والمبلغ النقدي المضبوط ، و باقي المضبوطات مع إلزام المتهمين بالمصاريف الجنائية^(١).

الإعفاء من العقوبة:

نص المشرع المصري على الإعفاء من العقوبة في المادة التاسعة عشر من قانون مكافحة الهجرة غير الشرعية وتهريب المهاجرين على أنه : " إذا بادر أحد الجناة بإبلاغ أي من السلطات المختصة بأي من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون ومرتكبها قبل علم السلطات بها، تقضي المحكمة بإعفائه من العقوبة إذا أدى إبلاغه إلى ضبط باقي الجناة والأموال المتحصل عليها من هذه الجريمة. وللمحكمة الإعفاء من العقوبة الأصلية ، إذا حصل الإبلاغ بعد علم السلطات بالجريمة وأدى إلى كشف باقي الجناة وضبطهم وضبط الأموال المتحصل عليها منها. ولا يسري حكم أي من الفقرتين السابقتين إذا نتج عن الجريمة وفاة المهاجر المُهرَّب أو إصابته بمرض لا يُرجى الشفاء منه أو بعاهة مستديمة" .

لقد أقرَّ المشرع هذا الإعفاء من العقوبة المقررة ؛ لكي يستفيد منه أي من الجناة في حالة ما إذا قام بإبلاغ السلطات المختصة بالجريمة ، و هذا الإجراء يهدف إلى تشجيع الجناة للعدول عن ارتكاب الجريمة ، ويهدف إلى إفشال مخططات الجناة ، بالإضافة إلى أنها وسيلة تشريعية لمكافحة نشاط الجماعات الإجرامية في ارتكاب مثل هذه الجرائم المنظمة، والعمل على تفكيك أعضائها. وقد وضع المشرع شرطاً هاماً يلزم تحقيقه لكي يتم الإعفاء

(١) الحكم رقم ١٧٤٦٣ لسنة ٢٠١٦م جنح رشيد البند ثالث عشر ص ٤٤.

من العقوبة، وكذا أقر المشرع قديماً هاماً يمنع تنفيذ الإعفاء من العقوبة؛ وورد هذا الشرط في حالتين هما :

حالتين الإعفاء من العقوبة:

الحالة الأولى: الإبلاغ قبل علم السلطات المختصة.

إذا بادر أحد الجناة بإبلاغ أي من السلطات المختصة بأي من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون ومرتكبها قبل علم السلطات بها، تقضي المحكمة بإعفائه من العقوبة إذا أدى إبلاغه إلى ضبط باقي الجناة والأموال المتحصل عليها من هذه الجريمة. ففي حالة المبادرة بالإبلاغ قبل أن يصل علم السلطات المختصة للجريمة تظهر علامات قوية لدى الجاني للرجوع عن جريمته، واشترط المشرع أن يكون البلاغ قد أدى إلى ضبط باقي الجناة والأموال المتحصل عليها من هذه الجريمة. وإذا كان الإبلاغ قد أدى إلى اكتشاف الجريمة وضبط الجناة والأموال المتحصل عليها منها، كان الإعفاء من العقوبة وجوبياً على المحكمة فلا تملك إلا أن تقضي به⁽¹⁾.

فإذا تم الإبلاغ ولم يسفر عن ضبط باقي الجناة والأموال المتحصل عليها من الجريمة أصبح لا أثر لهذا الإبلاغ ومن ثم لا يجوز إعفاؤه من العقوبة.

الحالة الثانية: الإبلاغ بعد علم السلطات المختصة.

وللمحكمة الإعفاء من العقوبة الأصلية ، إذا حصل الإبلاغ بعد علم السلطات المختصة بالجريمة ، وأدى إلى كشف باقي الجناة ، وضبطهم ، وضبط الأموال المتحصل عليها منها. وفي هذه الحالة وهي الإبلاغ بعد علم السلطات المختصة ، يكون الجاني الذي يريد الإبلاغ قد علم أن السلطات المختصة على علم بالجريمة وتقوم بالبحث عن أدلة الجريمة وضبط مرتكبها، ورغبة من المشرع في إتاحة الفرصة لهذا الجاني في الرجوع عن

(1) د. سليمان عبد المنعم - قانون العقوبات الخاص - الجامعة الجديدة للنشر ٢٠٠٣م ص ٢٥٦.

الجريمة قرر إعفائه من العقوبة ، ولكنه قرر نفس الشرط واشترط أن يكون البلاغ قد أدى إلى ضبط باقي الجناة والأموال المتحصل عليها من هذه الجريمة ، فإذا لم يسفر الإبلاغ عن ضبط باقي الجناة والأموال المتحصل عليها من الجريمة أصبح لا أثر لهذا الإبلاغ ، ومن ثم لا يجوز إعفاؤه من العقوبة ؛ أما إذا أسفر الإبلاغ عن ضبط الجناة والأموال المتحصل عليها من الجريمة كما قرر المشرع ؛ التزمت المحكمة بالإعفاء الوجوبي من العقوبة^(١).

القيد المقرر على الإبلاغ:

نص المشرع في الفقرة الثالثة من المادة التاسعة عشر على عدم سريان الإعفاء عن الجاني الذي قام بالإبلاغ في الحالتين السابقتين إذا نتج عن الجريمة وفاة المهاجر المهرب أو إصابته بمرض لا يرجى الشفاء منه أو بعاهة مستديمة.

ونرى أن المشرع قد أحسن في ذلك حيث إن الإبلاغ في هذه الحالة يكون لا قيمة له لحدوث الوفاة والإصابة المذكورة بالقانون.

(١) د. سليمان عبد المنعم - المرجع السابق ص ٢٥٦.

الخاتمة

أولاً: النتائج:

تشكل الهجرة غير الشرعية ، وتهريب المهاجرين واحدة من المشكلات الأساسية التي تثير قلق عدد كبير من دول العالم - لاسيما مصر - في الوقت الراهن لاعتبارات عديدة ، غير أنها مختلفة ، ذلك أن الأضرار المترتبة على تلك الظاهرة ترتبط ارتباطاً وثيقاً بأسباب اقتصادية واجتماعية وسياسية ، إذ تعاني مصر وكثير من الدول تهديداً لمصالحها الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، بالإضافة إلى التهديدات الأمنية الأكثر خطورة ، وما يتعرض له المهاجرين من الموت أو الإصابات الجسيمة ، أو الرعب والتهديد من تلك الجماعات الإجرامية التي تقوم على تهريبهم.

ومن خلال التناول التحليلي لبعض النصوص الواردة في بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين وفي القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠١٦م بشأن مكافحة الهجرة غير الشرعية وتهريب المهاجرين، أمكن لنا إيجاد بعض العناصر التي تجعل من القول بأن مكافحة تهريب المهاجرين هي الهدف الوحيد وراء البروتوكول ، محل نظر، فالنصوص لا تترك مجالاً للشك فيما نرى حول الأهداف الحقيقية من نصوص البروتوكول ونصوص القانون فهي تتضمن عدداً كبيراً من النصوص المشتملة على الحماية الجنائية الموضوعية لهذه الجريمة.

لاسيما أن جريمة تهريب المهاجرين أصبحت أكثر صعوبة من ذي قبل نظراً لتشديد الحراسة على الحدود، ولكن في نهاية الأمر قد لا يعدم الراغب في الهجرة إيجاد طريقة لعبور الحدود، سواء بشكل فردي أو جماعي؛ بالإضافة أن الجماعات الإجرامية تعمل على تقديم الدعم للأشخاص الراغبين في الهجرة غير الشرعية ، من خلال تمكينهم من عبور الحدود التي أغلقت في وجوههم مقابل مبالغ مالية كبيرة.

ثانياً: التوصيات:

من هذه النتائج التي استعرضناها نقترح بعض التوصيات التي يمكن في رأينا أنها تساعد في الحد من هذه الجريمة ، وذلك على النحو التالي:

١- تعمل الدولة على تدعيم المشروعات الصغيرة للشباب مع تقديم القروض المُيسرة لهم ، مما يؤدي إلى توفير فرص عمل لهم ، ومن توفير حياة ومعيشة أفضل.

٢- تعمل الدولة على إنشاء المشروعات الكبيرة وتطوير البنية التحتية للدولة من طرق وكهرباء وإقامة مدن جديدة لتوفير فرص العمل للشباب ، مع تقديم يد العون في تملك وحدات سكنية اجتماعية للشباب مما يجعلهم لا يسعون إلى الهجرة غير الشرعية طلباً للرزق ومعيشة أفضل ، وقد وضعت مصر أقدامها على أولى هذه الخطوات العملاقة في ذلك.

٣- العمل على وجود آليات قانونية دولية لمكافحة جريمة تهريب المهاجرين، وذلك من خلال الاتفاقيات الدولية بين مصر كدولة عبور ومصدرة للهجرة للتعاون فيما بين الدول للحد من الجريمة المنظمة بوجه عام ومن جريمة تهريب المهاجرين بوجه خاص، عن طريق تبادل المعلومات المتعلقة بالهجرة غير الشرعية وتهريب المهاجرين، وتقديم المساعدات التقنية الحديثة التي تمتلكها الدول المتقدمة وتمكين الدول التي تشارك في مكافحة هذه الجريمة من معرفة الجماعات الإجرامية التي تعمل في هذا المجال الإجرامي.

٤- استحداث جهاز دولي تابع للأمم المتحدة وتصدق عليه كافة الدول لحماية مصالح المجتمع الدولي من تهرب المهاجرين خاصة عن طريق أعالي البحار.

قائمة المراجع

المراجع العربية:

أولاً: المعاجم العربية:

- ١- ابن منظور - لسان العرب للإمام
- ٢- المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية - القاهرة - دار التحرير للطباعة والنشر، ١٩٨٠ م.
- ٣- الإمام محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي- مختار الصحاح- القاهرة - الطبعة الخامسة - المطبعة الأميرية ببولاق ١٩٣٩ م.

ثانياً: الكتب العامة :

- ١- د. أحمد شوقي عمر أبو خطوة-شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات- دار النهضة العربية ٢٠٠٣ م.
- ٢- د. أمين مصطفى محمد - قانون العقوبات القسم العام - دار النهضة العربية ٢٠٠٩ م.
- ٣- د. حسنين إبراهيم عبيد - فكرة المصلحة في قانون العقوبات - بحث منشور في المجلة الجنائية القومية، المجلد ١٧ ، العدد ٢.
- ٤- د. رمزي رياض عوض- المسؤولية الفردية في المجتمع الحر- دار النهضة العربية- الطبعة الأولى ٢٠٠١ م.
- ٥- د. سعيد أحمد علي قاسم- الجرائم المرورية - دراسة مقارنة - دار الجامعة الجديدة ٢٠١٠ م.
- ٦- د. سعيد أحمد علي قاسم- الحماية الجنائية لضحايا الاتجار بالبشر- في القانون المصري رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٠م-مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق- جامعة الإسكندرية- العدد الأول ٢٠١٣ م.

- ٧- د. سليمان عبد المنعم - النظرية العامة لقانون العقوبات - دار
الجامعة الجديدة للنشر ٢٠٠٠م.
- ٨- د. سليمان عبد المنعم - قانون العقوبات الخاص- الجامعة الجديدة
للنشر ٢٠٠٣م.
- ٩- د. شريف سيد كامل- المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية- دراسة
مقارنة- دار النهضة العربية الطبعة الأولى ١٩٩٧م.
- ١٠- د. طارق أحمد ماهر زغلول - الجرائم الإرهابية - دار النهضة
العربية - الطبعة الأولى ٢٠١٦م.
- ١١- د. طارق فتح الله خضر- قرارات إبعاد الأجانب والرقابة القضائية
عليها - مجلة مركز بحوث الشرطة - القاهرة ٢٠٠٣م.
- ١٢- د. عبد الفتاح الصيفي- الجريمة المنظمة: التعريف والأنماط
والاتجاهات- أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية -الرياض،
السعودية -١٩٩٩م.
- ١٣- د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي- الأحكام العامة للنظام الجزائي-
عمادة شئون المكتبات- جامعة الملك سعود الرياض ط ١ ١٩٩٥م.
- ١٤- د. فتوح عبدالله الشاذلي- شرح قانون العقوبات- القسم الخاص- دار
المطبوعات الجامعية ٢٠١٤م.
- ١٥- د. فتوح عبد الله الشاذلي- المسؤولية الجنائية - دار المطبوعات
الجامعية ٢٠٠٦م.
- ١٦- د. محمد أنس قاسم جعفر- الوسيط في القانون العام- بدون ناشر
١٩٨٥م.
- ١٧- د. محمد سامي الشوا - الجريمة المنظمة وصداتها على الأنظمة
العقابية - دار النهضة العربية - بدون سنة نشر.

- ١٨- د. محمد على العريان - عمليات الاتجار بالبشر وآليات مكافحتها - دراسة مقارنة - دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية ٢٠١١م.
- ١٩- د. محمد زكي أبو عامر - قانون العقوبات القسم العام - دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٧م.
- ٢٠- د. محمد كمال الدين إمام - المسؤولية الجنائية أساسها وتطورها - دراسة مقارنة في القانون الوضعي والشرعية الإسلامية - رسالة دكتوراة - كلية الحقوق جامعة الإسكندرية. بدون تاريخ نشر وبدون ناشر.
- ٢١- د. محمد محمود سعيد - جرائم الإرهاب - أحكامها الموضوعية وإجراءات ملاحقتها - ط ١ - دار الفكر العربي سنة ١٩٩٥م.
- ٢٢- د. محمود شريف بسيوني - الجريمة المنظمة عبر الوطنية - القاهرة - دار الشروق - الطبعة الأولى ٢٠٠٤م.
- ٢٣- د. محمود محمود مصطفى - شرح قانون العقوبات القسم الخاص - مطبعة دار نشر الثقافة ط ٣ - ١٩٥٣م.
- ٢٤- د. محمود محمود مصطفى - الجرائم الاقتصادية في القانون المقارن - مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي - ط ٢ - ١٩٧٩م.
- ٢٥- د. محمود نجيب حسني - شرح قانون العقوبات القسم العام - دار النهضة العربية الطبعة الرابعة سنة ١٩٧٧م.
- ٢٦- د. محمود نجيب حسني - الموجز في شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - دار النهضة العربية ١٩٩٣م.
- ٢٧- د. محمود نجيب حسني - شرح قانون العقوبات القسم الخاص - دار النهضة العربية الطبعة الرابعة سنة ٢٠١٢م.
- ثالثاً: الكتب المتخصصة:

- ١- حاتم إبراهيم فتحي، الدور الأمني في مكافحة هجرة المصريين غير الشرعية إلى الخارج - كلية الدراسات العليا - أكاديمية الشرطة، القاهرة، ٢٠٠٥م.
- ٢- خريص كمال - جريمة تهريب المهاجرين وآليات مكافحتها - رسالة ماجستير - كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة قاصدي مرباح بورفلة - عام ٢٠١٢م.
- ٣- د. صايش عبد المالك - مكافحة تهريب المهاجرين السريين- رسالة دكتوراة - جامعة مولود معمري - كلية الحقوق والعلوم السياسية ٢٠١٤م.
- ٤- العقيد. عبد الله سعود السراني - العلاقة بين الهجرة غير المشروعة وجريمة تهريب البشر والاتجار بهم- الندوة العلمية حول مكافحة الهجرة غير الشرعية- جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية -الرياض ٢٠١٠م.
- ٥- لواء د. عزت حمد الشيشيني- المعاهدات والصكوك والمواثيق الدولية في مجال مكافحة الهجرة غير الشرعية من مجموعة أبحاث تحت عنوان "مكافحة الهجرة غير المشروعة"- جامعة نايف العربية الأمنية- الرياض الطبعة الأولى ٢٠١٠م.
- ٦- د. عمرو مسعد عبد العظيم- المواجهة الجنائية والأمنية لجرائم الهجرة غير الشرعية- دار النهضة العربية ٢٠١٦م.
- ٧- د. كريمة الطاهر أمشيرى - معالم سياسة الأمم المتحدة في مكافحة تهريب المهاجرين- دراسة تحليلية نقدية لبعض نصوص بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين-مجلة البحوث القانونية - كلية القانون جامعة مصراتة - ليبيا- السنة الثانية العدد الثاني - أبريل ٢٠١٥م.

٨- التحرك لمناهضة الاتجار بالأشخاص وتهريب المهاجرين-الصادر عن المنظمة الدولية للهجرة-المغرب- دليل خاص بالتكوين الأساسي.

٩- الجهاز المركزي للتبعة والإحصاء- الهجرة من وسفر الأشخاص المكافين إلى الخارج- الإحصاءات العامة والدراسات التحليلية- المجلد الثالث، العدد ٢٧ سنة ١٩٨٨م.

١٠- مجموعة أدوات لمكافحة تهريب المهاجرين - الأداة (١) فهم ظاهرة تهريب المهاجر بمكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة فيينا - الأمم المتحدة ٢٠١٣م.

١١- مؤتمر الأمم المتحدة الثاني عشر لمنع الجريمة والعدالة الجنائية - سلفادور البرازيل ١٢ - ١٩ إبريل ٢٠١٠م. الوثيقة الأمم المتحدة

A/CONF.213/7

١٢- اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٢٥ الدورة الخامسة والخمسون المؤرخ في ١٥ من نوفمبر ٢٠٠٠م.

١٣- بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص، وبخاصة النساء والأطفال ، المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية الذي تم اعتماده من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٥ نوفمبر ٢٠٠٠م.

- 1- Pub. L. 104-208 Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act of 1996. SEC. 108. CRIMINAL PENALTIES FOR HIGH SPEED FLIGHTS FROM IMMIGRATION CHECKPOINTS.
- 2- Ilse van Liempt, " The social organization of assisted migration" paper presented at the Eighth International Metropolis Conference, Vienna, September 2003.
- 3- Smuggling/UNODC_2010_Toolkit_to_Combat_Smuggling_of_Migrants_AR.pdf.
- 4- --<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode>.
- 5- http://www.orient-news.net/ar/news_show/80527
- 6- <http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Migrant->

**سقوط استئناف الحكوم عليه بعقوبة
مقيدة للحرية واجبة النفاذ
دراسة تحليلية**

د. ساهر ابراهيم الوليد
كلية الحقوق
جامعة الأزهر - غزة
فلسطين

ملخص

نظم قانون الإجراءات الجزائية في المادة (٣٣٩) حالة إسقاط استئناف المحكوم عليه إذا توافرت شروط حددها المشرع وهي أن يكون المستأنف هو المحكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية واجبة النفاذ، وألا يتقدم للتنفيذ قبل الجلسة، والحكم بإسقاط الاستئناف إذا توافرت شروطه يختلف عن الحالات التي تقتضي السير في الدعوى بمحاكمة المتهم غيابيا استنادا للمادة (٣٣٣) مع مراعاة ما نصت عليه المادة (٢٤٧) فيما يتعلق بعدم حضور المتهم أمام محكمة البداية حيث أوجبت إعادة تبليغه مرة أخرى، وبالرغم من الاختلاف بين إسقاط الاستئناف وحالات المحاكمة الغيابية إلا أن قضاء محكمة النقض الفلسطينية خلط بين الأمرين فتارة تقضي محكمة النقض بتأييد المحكمة الاستئنافية بإسقاط استئناف المحكوم عليه، وتارة تتفرض الحكم معتبرة أنه كان على المحكمة الاستئنافية بدلا من الحكم بإسقاط الاستئناف أن تعيد التبليغ استنادا للمادة (٢٤٧)، ومن ثم تحاكمه غيابيا باعتباره فارا من وجه العدالة إذا تعلق الأمر بجناية أمام محكمة البداية، أو تسير في محاكمته غيابيا إذا تعلق الأمر بمحاكمة الصلح دون إسقاط الاستئناف.

ولذلك فإن محكمة النقض الفلسطينية أخفقت في التوفيق بين المواد (٢٤٧)، (٣٣٣، ٣٣٩) من قانون الإجراءات الجزائية ولم يقتصر هذا على جهة القضاء حيث صدر القرار بقانون رقم (١٧) لسنة ٢٠١٤ معدلا المادة (٣٣٩) بإضافة حالة التغيب عن جلستين من جلسات المحاكمة، وذلك كنتيجة للخلط بين الحالة التي تستدعي إسقاط استئناف المحكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية واجبة النفاذ، وبين الحالات التي يمكن السير في الدعوى غيابيا.

ولذلك سلطنا الضوء على قضاء محكمة النقض والقرار بقانون المعدل للمادة (٣٣٩) وقد اقتضى ذلك بيان تعريف سقوط استئناف المحكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية واجبة النفاذ وشروطه وأساسه القانوني وطبيعته القانونية والاستئناف المستبعد من نطاق السقوط والإجراءات الخاصة به، وكيفية التوفيق بين المواد (٣٤٠، ٣٣٩، ٣٣٣، ٢٤٧) من قانون الإجراءات الجزائية، وقد انتهينا إلى مجموعة من النتائج والتوصيات تضمنتها الخاتمة.

Abstract

Article 339 of the Palestinian Criminal Procedural Code regulated the convicted appeal dropping case if definite conditions are met. That's to say the appellant must be the convicted of a custodial punishment who did not put himself / herself in the executive position before his / her appeal's session.

Moreover, the case of the appeal dropping differs from the cases in which the criminal action shall be followed-up in absentia pursuant to article 333, taking into consideration what is mentioned in article 247 with respect to the accused's non-attendance before the first instance court which enjoins the re-notification of the convicted once again.

Despite the difference between the appeal dropping case and trial in absentia case, the Palestinian Cassation Court had mixed between both of them. Sometimes it supports the appeal's court verdict concerning the appeal dropping while in other times it opposes the verdict considering that it is the court's duty – the appeal court – to re-notify the convicted in compliance with article 247 instead of the appeal dropping, then to prosecute him / her in absentia in case of his / her crime is a felony being heard before the first instance court or to follow up his / her action in absentia without dropping his / her appeal.

For that reason the Palestinian Cassation Court failed in creating a harmonization status between the articles 247, 333 and 339 of the Palestinian Criminal Procedural Code.

The dilemma became more complicated when the presidential decree No. 17 (2014) has been promulgated amending article 339 which adds the case of being absent for two sessions of trial as a result of the mix between the case that requires the appeal dropping and the other different cases which suppose the action's follow-up in absentia.

Hence, we shed light on the cassation court precedents and the presidential decree amending article 339. For all what has been mentioned above we illustrated what is the definition of the appeal dropping case, its conditions, its legal base and its legal adaptation. Also, we talked about the appeal which is excluded for the appeal dropping scope and the special procedures of it. In addition to that we clarified how to make a proper interpretation and implementation for the article 247, 333, 339 and 340 of the Palestinian Criminal Procedural Code. Finally, our study reached many results and recommendations .

❖ موضوع الدراسة وأهميته:

الحكم في الاستئناف يقتضي من المحكمة الاستئنافية قبل أن تفصل في شكل الاستئناف ومن ثم موضوعه أن تبحث في حق المحكوم عليه في الاستئناف، بحيث لا يكون حقه في الاستئناف قد تعرض لحالة تستوجب السقوط.

وقد جاءت المادة (٣٣٩) من قانون الإجراءات الجزائية تعالج حالة خاصة للسقوط وهي سقوط استئناف المحكوم عليه إذا كان قد حكم عليه بعقوبة مقيدة للحرية واجبة النفاذ ولم يتقدم للتنفيذ قبل الجلسة، فإذا توافرت هذه الشروط تقتضي المحكمة بإسقاط استئناف المحكوم عليه ولا يجوز لها أن تسير في محاكمته غيابيا، ذلك أن الحالات التي تستدعي المحاكمة الغيابية هي تلك الحالات التي لا ينطبق عليها نص المادة (٣٣٩) كما لو كانت العقوبة غير مقيدة للحرية أو كانت مقيدة للحرية غير أنها ليست واجبة النفاذ بالمعنى المقصود من المادة (٣٣٩) مع قراءتها مع المادة (٢٤٠) من قانون الإجراءات الجزائية.

ومما لا شك فيه أن لهذه الدراسة أهمية بالغة على الصعيدين النظري والعملي، فعلى الصعيد النظري لم نجد أي دراسة تسلط الضوء على نص المادة (٣٣٩)، وهذا انعكس بدوره على الجانب العملي حيث نجد أحكام القضاء الفلسطيني في هذا الجانب متناقضة ومرد ذلك الخطأ في تأويل ما جاءت به المادة (٣٣٩)، وقد ترتب على ذلك المطالبة بتعديل المادة (٣٣٩)، وبالفعل صدر القرار بقانون رقم (١٧) لسنة ٢٠١٤ الذي تضمن تعديلا للمادة (٣٣٩) الذي لم يكن هو الآخر موقفا على النحو الذي سيتضح خلال هذه الدراسة.

❖ تساؤلات الدراسة:

تأتي هذه الدراسة للإجابة على مجموعة من التساؤلات لعل أهمها ما

يلي:

١. ماهي الطبيعة القانونية لسقوط استئناف المحكوم عليه وفقا للمادة (٣٣٩) وهل يوجد فرق بين إسقاط الاستئناف استنادا للمادة (٣٣٩) وبين سقوط الخصومة؟

٢. هل يوجد فارق بين الحضور وبين التقدم للتنفيذ أو الوضع موضع التنفيذ، وهل يشترط لإسقاط استئناف المحكوم عليه وفقا للمادة (٣٣٩) عدم التقدم للتنفيذ في الجلسة الأولى أم في أي جلسة بعد ذلك طالما تقدم للتنفيذ في الجلسة الأولى؟

٣. تضمنت المادة (٣٣٩) عدة شروط للحكم بإسقاط استئناف المحكوم عليه ومن هذه الشروط أن تكون العقوبة مقيدة للحرية واجبة النفاذ، فهل المقصود بالعقوبة المقيدة للحرية مفهومها الضيق أم الواسع، وهل قصد المشرع بالحكم الواجب النفاذ ذلك الحكم المشمول بالنفاذ الفوري أم أنه أراد به الحكم الواجب النفاذ دون أن يكون مشمولاً بالنفاذ الفوري المعجل؟

٤. أجازت المادة (٣٤٠) من قانون الإجراءات الجزائية للمحكمة إرجاء تنفيذ الحكم المستأنف، فمن هي المحكمة التي تأمر بإرجاء الاستئناف، وهل يوحد فرق بين إرجاء التنفيذ وفقا للمادة (٣٤٠) وبين إرجائه وفقا للمواد (١٠٢، ١٠٣، ٤٠٥) من قانون الإجراءات الجزائية؟

٥. ما هو موقف محكمة النقض الفلسطينية من الحكم بإسقاط استئناف المحكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية وفقا للمادة (٣٣٩) ، وهل استطاعت هذه المحكمة التوفيق بين المواد (٣٣٣، ٣٣٩، ٣٤٠)؟

٦. لماذا لم يوفق المشرع الفلسطيني بتعديل المادة (٣٣٩) بموجب القرار بقانون رقم (١٧) لسنة ٢٠١٤؟

٧. هل يكون إسقاط استئناف المحكوم عليه بقرار من تلقاء المحكمة أم يجوز للنيابة أن تطلب الإسقاط؟

٨. ما هي الاستئنافات التي تستبعد من نطاق السقوط الذي نصت عليه المادة (٣٣٩)؟

ماذا لو توافرت شروط المادة (٣٣٩) ولم تقض المحكمة الاستئنافية بإسقاط الاستئناف وأصدرت حكماً غائباً طعن فيه المحكوم عليه بالمعارضة فهل يجوز للمحكمة الاستئنافية عند نظرها للمعارضة أن تقضي بالإسقاط الذي كان عليها أن تقضي به ابتداءً؟
❖ منهجية الدراسة:

سيرتكز بحث موضوع هذه الدراسة على قانون الإجراءات الجزائية والأحكام القضائية الصادرة عن محكمة النقض الفلسطينية، وسنتبع في ذلك المنهج التحليلي، مع إطلالة على نصوص قانون الإجراءات الجزائية المصري ذات العلاقة والاستئناس بما قضت به محكمة النقض المصرية وما سطره الفقه المقارن من آراء.

❖ خطة الدراسة:

تتكون هذه الدراسة من عدة مباحث وهي على النحو الآتي:

• المبحث الأول : ماهية سقوط استئناف المحكوم عليه ويتكون من مطلبين:

- المطلب الأول : تعريف سقوط استئناف المحكوم عليه وأساسه القانوني.

- المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لسقوط استئناف المحكوم عليه.

• المبحث الثاني: الشروط اللازمة للحكم بسقوط استئناف المحكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية ويتكون من مطلبين:

- المطلب الأول: الشروط المتعلقة بالمحكوم عليه.
- المطلب الثاني: الشروط المتعلقة بالحكم المستأنف.

• المبحث الثالث: الاستئناف المستبعد من نطاق السقوط والإجراءات الخاصة به ويتكون من مطلبين:

- المطلب الأول: الاستئناف المستبعد من نطاق السقوط.
- المطلب الثاني: النظر في الاستئناف المستبعد من نطاق السقوط.

المبحث الأول

ماهية سقوط استئناف المحكوم عليه

رتب المشرع على عدم تقدم المحكوم عليه المستأنف للتنفيذ قبل الجلسة المحددة لنظر الاستئناف سقوط استئنافه كجزاء نتيجة لعدم اكترائه باستئنافه، وإجباره على التنفيذ، ويشترط في ذلك لأن تكون العقوبة مقيدة للحرية واجبة النفاذ، وهذا ما أكدته المادة (٣٣٩) من قانون الإجراءات الجزائية التي نصت بقولها "يسقط استئناف المحكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية واجبة النفاذ إذا لم يتقدم للتنفيذ قبل الجلسة".

وللوقوف على ماهية سقوط استئناف المحكوم عليه، يقتضي ذلك أن نعرض لتعريف سقوط استئناف المحكوم عليه وأساسه القانوني ثم للطبيعة القانونية لسقوط استئناف المحكوم عليه، وسوف نقسم لذلك هذا المبحث إلى مطلبين على النحو الآتي:

- **المطلب الأول:** تعريف سقوط استئناف المحكوم عليه وأساسه القانوني.

- **المطلب الثاني:** الطبيعة القانونية لسقوط استئناف المحكوم عليه.

المطلب الأول

تعريف سقوط استئناف المحكوم عليه وأساسه القانوني

تعريف السقوط وعلته:

السقوط بشكل عام هو نوع من أنواع الجزاء الإجرائي الذي يترتب على تخلف كل أو بعض أركان أو شروط صحة الإجراء^(١) والسقوط باعتباره من الجزاءات الإجرائية^(٢)، يرد على الحق في مباشرة الإجراء، ويترتب على ذلك انقضاء الحق مما يعني عدم تصور القيام بالإجراء ثانية.^(٣)

ولا يقتصر السقوط كجزاء إجرائي على الحالة التي ينقضي فيها الميعاد الذي يجب القيام بالعمل خلاله أو قبل بدئه، بل يتحقق أيضاً كجزاء لعدم القيام بالعمل الإجرائي في الترتيب الذي ينص عليه القانون.^(٤) والسقوط كجزاء إجرائي لا يفترض وجود عيب شاب الإجراء، فالإجراء يكون صحيحاً، غير أن الحق في مباشرته ينتهي بالسقوط، وهو لذلك يختلف عن البطلان الذي يرد فيه العيب على الإجراء ذاته.^(٥)

وسقوط الاستئناف وفقاً لما نصت عليه المادة (٣٣٩) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (٣) لسنة ٢٠٠١م، يقصد به زوال أثره لسبب طارئ بعد التقرير به، وهو تخلف المتهم المحكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية عن التقدم للتنفيذ، ويترتب على سقوطه أن يصبح الحكم نهائياً^(٦)،

(١) محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص ٣٥٦.

(٢) الجزاءات الإجرائية تقابل الجزاءات الموضوعية المنصوص عليها في القوانين العقابية كالحبس والإعدام والغرامة والمصادرة، ويعتبر السقوط أحد أنواع الجزاءات الإجرائية إلى جانب الانعدام والبطلان وعدم القبول.

(٣) محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ٣٥٧.

(٤) فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، الطبعة الثانية، بدون دار نشر، ١٩٨١، ص ٤٨٦.

(٥) محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ٣٥٨.

(٦) توفيق الشاوي، مجموعة قانون الإجراءات الجنائية مع تعليقات مقارنة، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، بدون سنة نشر، ص ٢٥٥.

ولذلك إذا قضي بسقوط الاستئناف لعدم تقديم المتهم المحكوم عليه نفسه للتعويض، فإن ذلك يحول دون تجديد العمل الإجرائي، ولذلك يعد السقوط أبعد أثراً من البطلان إذ لا يمنع الأخير من تجديد العمل الإجرائي.⁽¹⁾

ولقد جاء المشرع الفلسطيني بالنص على سقوط الاستئناف بالمادة (٣٣٩) من قانون الإجراءات الجزائية، لحث المحكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية واجبة النفاذ على تنفيذ الحكم الابتدائي الصادر ضده، ولضمان جدية الاستئناف بصدوره عن التزم حكم القانون ونفذ الحكم الذي استأنفه.⁽²⁾

الأساس القانوني لسقوط استئناف المحكوم عليه:

يستند جزاء السقوط الذي يرد على استئناف المحكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية واجبة النفاذ إذا لم يتقدم للتنفيذ للمادة (٣٣٩) من قانون الإجراءات الجزائية، التي نصت بقولها "يسقط استئناف المحكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية واجبة النفاذ إذا لم يتقدم للتنفيذ قبل الجلسة" أو تغيب عن جلستين من جلسات المحاكمة إلا إذا رأت المحكمة لعذر مشروع خلاف ذلك" ، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفلسطينية بقولها "إن عدم مثول الطاعن أمام المحكمة الاستئنافية للفصل في موضوع استئنافه عن حكم مشمول بالنفاذ يكون التنفيذ عليه قد أصبح أمراً واقعاً وأن مجرد تقديمه لائحة الاستئناف

(1) عبد الحميد الشواربي، البطلان الجنائي، منشأة المعارف بالإسكندرية، بدون سنة نشر، ص ١٤٤.
(2) نقض جزائي فلسطيني (دائرة رام الله)، القضية رقم (٢٠٠٧/٥)، جلسة، ٢٠٠٧/٥/١٨، مجموعة الأحكام القضائية والمبادئ القانونية الصادرة عن محكمة النقض المنعقدة في رام الله، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩، إعداد القاضي، عبد الله غزلان، ص ٢٨، وانظر كذلك نقض جزائي فلسطيني (دائرة رام الله)، القضية رقم (٢٠٠٧/١٠)، جلسة، ٢٠٠٧/٦/٢، المجموعة، طبعة أولى، ٢٠٠٩، المرجع السابق، ص ٣١، وكذلك انظر القضية رقم (٢٠٠٧/١١)، جلسة ٢٠٠٧/٦/٥، المجموعة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩، المرجع السابق، ص ٣٤، وانظر كذلك، محمود محمود مصطفى، شرح قانون الإجراءات الجنائية، الطبعة التاسعة، دار ومطابع الشعب، القاهرة، ١٩٦٤، ص ٥٣٨.

وعدم حضور جلسة المحاكمة رغم تبليغه بالذات يوجب تطبيق أحكام المادة (٣٣٩) من قانون الإجراءات الجزائية^(١).

لكن محكمة النقض الفلسطينية عادت في أحكام لاحقة قررت فيها عدم السقوط بحجة عدم وجود الأساس القانوني له حيث قضت بقولها "نحن بإنزال حكم القانون على الوقائع وعلى القرار محل الطعن نجد أن قانون الإجراءات الجزائية رقم (٣) لسنة ٢٠٠١ قد خلا على عكس ما جاء في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية من أي نص يجيز للمحكمة الاستئنافية الجزائية أن تقوم بإسقاط الاستئناف الجزائي لعدم حضور المستأنف، وأن ما يستفاد من نص المادة (٣٣٣) من القانون المشار إليه أن المحاكمة الاستئنافية تجري بشأنها أحكام المواد المتعلقة بعلانية المحاكمة وإجراءاتها وصيغة الحكم النهائي، وأن صلاحية المحكمة في حالة عدم حضور المتهم أن تقوم بعد تبليغه بموعد المحاكمة بإجراء محاكمته، كما أن المادة (٢٤٧) من ذات القانون قد نصت صراحة على أنه (إذا لم يحضر المتهم إلى المحاكمة في اليوم المقرر والساعة المعينة في مذكرة الحضور يعاد تبليغه مرة أخرى، فإذا لم يحضر تصدر بحقه مذكرة إحضار)، ولما كان ذلك، وحيث أن قانون الإجراءات الجزائية لم يعط الحق للمحكمة الاستئنافية بأن تسقط الاستئناف المنظور أمامها بسبب عدم حضور المستأنف، وحيث أن إسقاط الاستئناف جاء غير مستند إلى نص قانوني

(١) نقض جزائي فلسطيني (دائرة رام الله)، القضية رقم (٢٠٠٦/٤٨)، جلسة (٢٠٠٧/٤/١١)، المجموعة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩، المرجع السابق، ص ٢١، وكذلك انظر، نقض جزائي فلسطيني، (دائرة رام الله)، القضية رقم (٢٠٠٧/١٠)، جلسة (٢٠٠٧/٦/٢)، المجموعة، ٢٠٠٩، المرجع السابق، ص ٣١، نقض جزائي، القضية رقم (٢٠٠٧/١١)، جلسة (٢٠٠٧/٦/٥)، المجموعة، ٢٠٠٩، المرجع السابق، ص ٣٤، ونقض جزائي، القضية رقم (٢٠٠٧/٥)، جلسة (٢٠٠٧/٥/١٨)، المجموعة، ٢٠٠٩، المرجع السابق، ص ٢٨.

يؤيده، الأمر الذي يغدو معه القرار الطعين واقعاً في غير محله مما يستوجب نقضه.^(١)

كما قضت في موضع آخر بقولها "وطالما أن المادة (٢٤٧) من القانون المشار إليه قد رسمت الطريق القانوني واجب الإلتباع في حالة غياب المتهم، وعدم حضوره للمحاكمة وهو إعادة تبليغه مرة أخرى، فإذا لم يحضر تصدر بحقه مذكرة إحضار، ولما كان على المحكمة الاستثنائية أن تسير على هدى ذلك ولم تفعل، فإن قرارها الطعين يغدو مخالفاً للقانون، وتطبيقه مستوجباً للنقض".^(٢)

مما سبق يتضح أن محكمة النقض الفلسطينية قد تضاربت أحكامها، فتارة تعترف بالأساس القانوني لإسقاط الاستئناف المرفوع من المحكوم عليه المتمثل بالمادة (٣٣٩) من قانون الإجراءات الجزائية، وتارة أخرى تتجاهل ما جاءت به هذه المادة، ويبدو أن هذا التضارب مرده إلى أن محكمة النقض تعاملت مع التقدم للتنفيذ الذي يلتزم به المحكوم عليه المستأنف على أنه حضور يخضع لقواعد حضور الخصوم، وهذا ما جعل المحكمة تلجأ إلى المادة (٢٤٧) من قانون الإجراءات الجزائية^(٣)، في الحالة التي لم يتقدم فيها المحكوم عليه المستأنف للتنفيذ قبل الجلسة، حيث اعتبرت ذلك مجرد عدم حضور يستدعي إعادة تبليغه مرة أخرى، فإن لم يحضر تصدر بحقه مذكرة إحضار وفقاً للمادة (٢٤٧).

والحقيقة أن هذا المسلك يؤدي إلى تعطيل المادة (٣٣٩) التي تقرر سقوط استئناف المحكوم عليه، لأن اللجوء إلى المادة (٢٤٧) التي توجب

(١) نقض جزائي فلسطيني (دائرة رام الله)، القضية رقم (٢٠٠٨/٤٦)، جلسة ٢٠٠٨/١٢/١٧، المجموعة، ٢٠٠٩، المرجع السابق، ص ٩٢.

(٢) نقض جزائي فلسطيني (دائرة رام الله)، القضية رقم (٢٠٠٨/٤٧)، جلسة، ٢٠٠٨/١٢/٢، المجموعة، ٢٠٠٩، المرجع السابق، ص ٩٢.

(٣) تنص المادة (٢٤٧) من قانون الإجراءات الجزائية بقولها "إذا لم يحضر المتهم إلى المحكمة في اليوم المقرر والساعة المعنية في مذكرة الحضور، يعاد تبليغه مرة أخرى، فإذا لم يحضر تصدر بحقه مذكرة إحضار".

إعادة التبليغ، ثم إصدار مذكرة الإحضار يعني أن المحكمة تريد سلوك طريق المحاكمة الغيابية سواء في صورتها العادية في الجرح أو غير العادية في الجنايات (محاكمة المتهم الفار من وجه العدالة)^(١)، استناداً للمادة (٣٣٣) من قانون الإجراءات الجزائية.^(٢)

ويبدو أن هذا الخلط بين الحالة الموجبة لإسقاط استئناف المحكوم عليه بعقوبة مفيدة للحرية واجهة النفاذ إن لم يتقدم للتنفيذ قبل الجلسة لم يعد مقصوراً على الأحكام القضائية، حيث امتد إلى النص التشريعي وذلك بالتعديل الذي أصاب المادة (٣٣٩) بموجب القرار بقانون رقم (١٧) لسنة ٢٠١٤، حيث أضاف المشرع حالة أخرى موجبة للسقوط وهي إذا تغيب المستأنف المحكوم عليه عن جلستين من جلسات المحاكمة بدون عذر مشروع، والواضح أن هذه الحالة الجديدة منفصلة عن الحالة التي تستدعي السقوط لعدم تقدم المحكوم عليه للتنفيذ قبل الجلسة، إذ اشترط المشرع أن يكون المستأنف هو المحكوم عليه وأن يكون محكوماً عليه بعقوبة مفيدة للحرية واجبة النفاذ فوراً، ولم يتقدم للتنفيذ قبل الجلسة، أما الحالة التي استحدثت بالتعديل فهي تغيب المستأنف عن جلستين من جلسات المحاكمة، وهذه الحالة لا يمكن أن تتحد شروطها مع الحالة السابقة، وإلا فإن المحكمة ستقضي بإسقاط الاستئناف دون الحاجة لتغيبه جلستين، وهذا يعني أن حالة السقوط المستحدثت بموجب التعديل تتعلق بحالة تغيب المستأنف وهي ضمن الحالات المشمولة بنص المادة (٣٣٩) التي نصت على أن تجري أمام المحاكم الاستئنافية الإجراءات والقواعد الخاصة بإصدار الأحكام الغيابية

(١) راجع المواد (٢٨٨-٢٩٨) من قانون الإجراءات الجزائية.

(٢) تنص المادة (٣٣٣) من قانون الإجراءات الجزائية بقولها "تجري في المحاكمة الاستئنافية أحكام المواد المتعلقة بعلانية المحاكمة وإجراءاتها، وصيغة الحكم النهائي، ولزوم الرسوم والنفقات وقرض العقوبات، والاعتراض على الحكم الغيابي، وللمحكمة الاستئناف الصلاحيات المنصوص عليها في الفصل الخاص بمحاكمة المتهم الفار في حالة فراره أو في حالة عدم حضوره إلى المحكمة بعد تبليغه بموعد المحاكمة إذا كانت الدعوى منظورة أمامها".

والاعتراض عليها ، كل ما في الأمر أن التعديل الذي أصاب المادة (٣٣٩) اشترط أن يكون التغيب جلسيتين ولم يحدد أن يكون في جلسيتين متتاليتين أو متفرقتين.

والحقيقة أن هذا التعديل لم يكن موفقاً لأنه أقحم موضوع تغيب الخصم المستأنف في المادة (٣٣٩) التي جاءت تعالج إسقاط الاستئناف المقدم من المحكوم عليه وفق شروط خاصة تختلف عن مجرد التغيب ، ومما لا شك فيه أن هذا التعديل سيؤدي إلى تعطيل ما تضمنته المادة (٣٣٣) من قانون الإجراءات الجزائية فيما يتعلق بالمحاكمات الغيابية والاعتراض عليها أمام المحاكم الاستئنافية ، إذ بموجب التعديل يحل الإسقاط محل المحاكمة الغيابية ، فإذا تحقق التغيب لجلسيتين فإن المحكمة وفق للتعديل لن تلجأ إلى المحاكمة الغيابية وإنما إلى إسقاط الاستئناف.

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية لسقوط استئناف المحكوم عليه

الحكم الصادر من المحكمة الاستئنافية بسقوط استئناف المحكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية واجبة النفاذ إن لم يقدم نفسه للتنفيذ، يعد حكماً شكلياً غير فاصل في الموضوع^(١)، والحكم الشكلي أو الإجرائي هو ذلك الحكم الذي يفصل في المسائل الإجرائية التي تطرأ أثناء سير الخصومة دون أن يفصل في موضوعها^(٢)، ولا يعد الحكم الشكلي بسقوط الاستئناف حكماً بعدم القبول شكلاً^(٣)، إذ أن سقوط الاستئناف يفترض أن يكون الاستئناف مقبولاً ابتداءً، فإن لم يكن كذلك تعين على المحكمة أن تحكم بعدم قبولها لا بسقوطه.^(٤)

(١) محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ١٢٢٤.

(٢) ومثال ذلك الأحكام التي تفصل في مسائل الاختصاص أو بطلان الإجراءات والأحكام المنظمة لسير الخصومة كالحكم الصادر بوقف الخصومة أو انقطاعها، انظر: محمد سعيد عبد الرحمن، الحكم القضائي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر، ص ٦٦.

(٣) محمود محمود مصطفى، المرجع السابق، ص ٥٣٨.

(٤) محمد زكي أبو عامر، الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٤، ص ١٠٨٥.

لذلك يعد قضاء المحكمة الاستئنافية بسقوط استئناف المحكوم عليه قضاءً ضمنيًا بتوافر الشروط الشكلية لقبول الاستئناف.^(١)

وتجدر الإشارة إلى أن أصل المادة (٤١٢) من قانون الإجراءات الجنائية المصري التي أخذ عنها المشرع الفلسطيني المادة (٣٣٩) من قانون الإجراءات الجزائية كانت في مرحلة المشروع تنص بقولها "لا يقبل الاستئناف، غير أن لجنة الإجراءات الجنائية بمجلس الشيوخ استبدلت هذه العبارة بعبارة "يسقط الاستئناف" على اعتبار أن الاستئناف يعد مقبولاً بمجرد التقرير به، وأن مصطلح السقوط أكثر انسجاماً لأنه يعبر عن الحالة التي يسقط فيها بسبب طارئ بعد ذلك، وهو عدم تقديم المتهم نفسه للتنفيذ قبل الجلسة.^(٢)

وإذا كان الحكم بسقوط الاستئناف يختلف عن الحكم بعدم القبول، فإنه أيضاً يختلف عن الانعدام، ذلك أن الانعدام يترتب بقوة القانون، إذا لا حاجة إلى إعدام المعلوم^(٣)، أما السقوط فلا يكون بقوة القانون، إذ يلزم أن تقضي به المحكمة^(٤)، وهنا يثار التساؤل: فيما إذا كان القاضي يقرر السقوط من تلقاء نفسه، أم أنه يمكن للنيابة العامة أن تطلب من المحكمة الحكم بسقوط استئناف المحكوم عليه إذا توافرت شروطه؟

ذهبت محكمة النقض الفلسطينية إلى عدم جواز تقديم طلب من النيابة العامة يتضمن إسقاط الاستئناف استناداً إلى أن المشرع في قانون الإجراءات الجزائية لم ينص على حق النيابة العامة في تقديم طلب بذلك، حيث قضت بقولها "ونحن بإنزال حكم القانون على ما قضى به الحكم الطعين، وبالرجوع

(١) عبد الرؤوف مهدي، القواعد العامة للإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ١٦٢، وانظر كذلك، نقض جنائي مصري، ١٩٨٩/١١/٢٧، مجموعة أحكام محكمة النقض، ص ٤٠، رقم ١٧٨٣، ص ١٠٨٤.

(٢) علي زكي العرابي، المبادئ الأساسية للإجراءات الجنائية، الجزء الثاني، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، ١٩٥١، ص ٢٠١.

(٣) عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص ١٨.

(٤) فتحي والي، المرجع السابق، ص ١٩٨١.

إلى مواد قانون الإجراءات الجزائية رقم (٣) لسنة ٢٠٠١ لا نجد فيها نصاً يجيز للنياحة العامة طلب إسقاط الاستئناف المقدم من المحكوم عليه في حال تخلفه عن الحضور، كما لا نجد نصاً يجيز للمحكمة الاستئنافية إجابة مثل هذا الطلب".^(١)

ونرى أن محكمة النقض قد جانبها الصواب، ذلك أن النياحة العامة عندما تطلب من المحكمة إسقاط استئناف المتهم المحكوم عليه، إنما تفعل ذلك بصفتها خصماً شكلياً لا تهدف إلى تحقيق أدنى مصلحة شخصية، فهدفها تحقيق الدفاع الاجتماعي وواجبها أن تطلب بتطبيق القانون^(٢)، كما أن النياحة العامة صاحبة مصلحة في طلب إسقاط الاستئناف فهي من يقع على عاتقها مهمة تنفيذ الأحكام الجزائية لذا يكون من واجبها أن تطلب إسقاط استئناف المحكوم عليه جزاء لإخلاله بشرط التنفيذ.^(٣)

ويجب عدم الخلط بين سقوط الاستئناف إن لم يقدم المحكوم عليه المستأنف نفسه للتنفيذ قبل الجلسة وبين نظام سقوط الخصومة الذي أخذ به قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني^(٤)، الذي يؤدي إلى اعتبار الخصومة كأن لم تكن بسبب عدم قيام المدعي بنشاطه اللازم لسيرها، فسقوط الخصومة ينطبق على الخصومة أمام محاكم الدرجة الأولى والدرجة الثانية، ويقع بقوة القانون دون أن يؤثر على الحق في الدعوى، فيمكن

(١) نقض جزائي فلسطيني (دائرة رام الله)، القضية رقم (٢٠٠٨/٤٧)، جلسة ٢٠٠٨/١٢/٢، مجموعة الأحكام القضائية، ٢٠٠٩، المرجع السابق، ص ٨٨.

(٢) إدوارد غالي الذهبي، دور النياحة العامة في تنظيم العدالة القضائية، دراسات في قانون الإجراءات الجنائية، مكتبة غريب، القاهرة، بدون سنة نشر، ص ١٦، محمود نجيب حسني، النياحة العامة ودورها في الدعوى الجنائية، مجلة إدارة قضايا الحكومة، س ١٣، ١٩٦٩، ص ٨، أحمد فتحي سرور، المركز القانوني للنياحة العامة، مجلة القضاء، العدد الثالث، السنة الأولى، يوليو، ١٩٦٨، ص ٨٢ وما بعدها.

(٣) راجع المادة (١/٣٩٥) من قانون الإجراءات الجزائية.

(٤) تنص المادة (١٣٢) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني بقولها "لكل ذي مصلحة من الخصوم في حالة عدم السير في الدعوى بفعل المدعي أو امتناعه، أن يطلب الحكم بسقوط الخصومة إذا انقضت ستة أشهر اعتباراً من آخر إجراء اتخذ فيها".

للخصم بالرغم من سقوط الخصومة البدء بخصومة جديدة للحصول على حكم لصالحه في الدعوى^(١)، أما سقوط الاستئناف الذي نحن بصدده فمجاله أمام المحاكم الاستئنافية ولا يقع بقوة القانون، ويترتب عليه عدم تجديد الاستئناف.

ويبدو أن محكمة النقض الفلسطينية (دائرة رام الله) قد خلطت بين سقوط الاستئناف المرفوع من المحكوم عليه استناداً للمادة (٣٣٩) من قانون الإجراءات الجزائية، وبين سقوط الخصومة التي نظمها قانون أصول المحاكمات المدنية، حيث اعتبرت أن عدم التقدم للتنفيذ من المستأنف المحكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية واجبة النفاذ يقتضي إعادة تبليغه ثم إحضاره وإلا تتم محاكمته غيابياً دون اللجوء إلى إسقاط الاستئناف معللة ذلك بأن الدعوى الجزائية لها طبيعة خاصة تأبى معه الشطب أو الإسقاط في إشارة إلى عدم جواز تطبيق بعض الأنظمة الإجرائية المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات كالشطب وسقوط الخصومة على الدعوى الجزائية.^(٢)

المبحث الثاني

الشروط اللازمة للحكم بسقوط استئناف المحكوم عليه

يتعين للحكم بسقوط استئناف المحكوم عليه ألا يتقدم للتنفيذ قبل الجلسة وأن يكون الحكم المستأنف صادراً بعقوبة مقيدة للحرية واجبة النفاذ.

(١) فتحي والي، المرجع السابق، ص ٦٦٦، محمد العشماوي وعبد الوهاب العشماوي وأشرف العشماوي، قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن، ٢٠٠٦، بدون دار نشر، ص ٦٦٨.
(٢) وفي هذه القضية قضت المحكمة بقولها "وحيث أن الطاعن قد سبق وأن حضر جلسة المحاكمة الاستئنافية بتاريخ ٢٣/٢/٢٠٠٤، ثم تخلف عن الحضور، كان من المستوجب على محكمة البداية بصفتها الاستئنافية إعمال المادة (٢٤٧) من قانون الإجراءات الجزائية بدلالة المادة (٣٣٣) من ذات القانون، وذلك بإعادة تبليغه أو إصدار مذكرة إحضار بحقه، خاصة وأن الدعوى الجزائية لها طبيعة خاصة تأبى معه الشطب أو الإسقاط"، نقض جزائي فلسطيني، (دائرة رام الله)، القضية رقم (٢٠٠٨/٣٠)، جلسة ٢٠٠٨/٧/٩، مجموعة الأحكام القضائية والمبادئ القانونية، ٢٠٠٩، المرجع السابق، ص ٧٦.

وفي هذا المقام سنتناول البحث في هذه الشروط في مطلبين، نعرض في أولهما الشروط المتعلقة بالمحكوم عليه وفي ثانيها الشروط المتعلقة بالحكم المستأنف.

المطلب الأول

الشروط المتعلقة بالمحكوم عليه (عدم التقدم للتنفيذ قبل الجلسة)

الأصل أن ينشأ حق الطعن بالاستئناف منذ صدور الحكم المطعون فيه غير أن المشرع فيما يتعلق بالأحكام المقيدة للحرية واجبة النفاذ فرض على المحكوم عليه التزاماً بأن يقدم نفسه للتنفيذ قبل الجلسة، ويعد هذا الشرط شرطاً واقفاً يترتب على تخلفه القضاء بسقوط استئناف المحكوم عليه.^(١) ويفترض التزام المحكوم عليه بالتقدم للتنفيذ أن يكون عالماً بالميعاد المحدد للجلسة، فإذا طرأ تعديل على ميعاد الجلسة دون علم المستأنف بالموعد الجديد فلا يجوز الحكم بإسقاط الاستئناف إذا لم يتقدم للتنفيذ قبل الجلسة.^(٢)

كما يتعين ألا يكون عدم تقدمه للتنفيذ قبل الجلسة راجعاً إلى عذر قهري^(٣)، فإذا كانت المحكمة قد قضت في غيبته بسقوط الاستئناف، فله أن يعارض في حكمها لهذا السبب.^(٤)

(١) أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، الجزء الثالث، النقض الجنائي وإعادة النظر، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٠، ص ٩٧، وفي هذا المعنى قضت محكمة النقض الفلسطينية (دائرة رام الله) بقولها "وعلى ما أفصحت عنه إرادة المشرع وفق صريح نص المادة (٣٣٩) أن استئناف المحكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية واجبة النفاذ معلق على شرط واقف هو أن يتقدم للتنفيذ قبل الجلسة"، القضية رقم (٢٠٠٧/٢٣)، جلسة ٢٠٠٧/١٠/٣١، مجموعة الأحكام القضائية، ٢٠٠٩، المرجع السابق، ص ٤٠.

(٢) نقض جنائي مصري، ١٩٦٨/١/١٥، مجموعة أحكام محكمة النقض، رقم (١١)، ص ١٩، ص ٦٥.

(٣) "مناط الحكم بسقوط الاستئناف وفقاً للمادة (٤١٢) من قانون الإجراءات الجنائية (المصري) ألا يكون تخلف المستأنف عن التنفيذ قبل الجلسة المحددة لنظر استئنافه راجعاً إلى عذر قهري، وإن تقديم الطاعن شهادة طبية في إحدى القضايا التي اتهم فيها دليلًا على توافر العذر"، نقض جنائي مصري، ١٩٧٣/٤/١٠، مجموعة أحكام محكمة النقض، ص ٣٥، ص ٤٠٨.

(٤) على زكي العربي، المرجع السابق، ص ٢٠٢، محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات، المرجع السابق، ص ١٢٢٤.

ويثار التساؤل في هذا المقام عن المقصود بالتقدم للتنفيذ قبل الجلسة، فهل يقصد به مجرد الحضور أم أن الوضع موضع التنفيذ يتطلب تحرير أمر الحبس؟، تذهب غالبية الفقه^(١)، مؤيدة بأحكام القضاء^(٢)، إلى أنه يكفي أن يكون المتهم قد وضع نفسه تحت تصرف السلطة المهيمنة على التنفيذ قبل الجلسة، ولا يشترط أن تكون إجراءات التنفيذ قد بدأت، وكفي أن يكون قد تقدم للتنفيذ وقت النداء على القضية يوم الجلسة، ولا يشترط في تنفيذ الحكم تحرير أمر التنفيذ أو المذكرة القانونية تمهيداً لإيداع المحكوم عليه في المؤسسة العقابية طبقاً للمادة (١/٦) من قانون مراكز التأهيل والإصلاح.^(٣)

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفلسطينية بقولها "لا يشترط في تنفيذ الحكم تحرير أمر التنفيذ تمهيداً لإيداع المهتم السجن، بل يكفي أن يكون وقد وضع نفسه تحت تصرف السلطة قبل الجلسة دون اعتداد بما إذا كانت السلطة قد اتخذت إجراءات التنفيذ، وأن مثول الطاعن أمام المحكمة الاستئنافية للفصل في موضوع استئنافه عن حكم مشمول بالنفذ يكون التنفيذ قد أصبح أمراً واقعاً قبل نظر الاستئناف، فيكون الحكم إذا قضى بسقوط

(١) أحمد فتحي سرور، الوسيط، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص ١٩٨٠، محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات، المرجع السابق، ص ١٢٢٤. أمال عبد الرحيم عثمان، شرح قانون الإجراءات الجنائية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٩١، ص ٨٧٣، محمد زكي أبو عامر، المرجع السابق، ص ١٠٨٦، حسن صادق المرصفاوي، المرصفاوي في أصول الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٨، ص ٨٠٢.

(٢) نقض جزائي فلسطيني (دائرة رام الله)، القضية رقم (٢٠٠٤/٧)، جلسة ٢٠٠٤/٣/٢١، مجموعة الأحكام القضائية والمبادئ القانونية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤، جمعية القضاة الفلسطينية، ص ٤٠٤، نقض جزائي فلسطيني (دائرة رام الله)، القضية رقم (٢٠٠٤/٤)، جلسة ٢٠٠٤/٣/٢٤، المجموعة، ٢٠٠٤، المرجع السابق، ص ٣٦، نقض جزائي فلسطيني (دائرة رام الله)، القضية رقم (٢٠٠٦/٤٩)، جلسة ٢٠٠٧/٦/٦، مجموعة الأحكام، ٢٠٠٩، المرجع السابق، ص ٣٧، وانظر في قضاء النقض المصري، نقض ١٩٦٠/١١/١، مجموعة أحكام محكمة النقض، ص ١١، ص ١٣٩ وأورده، حسن علام، قانون الإجراءات الجنائية وقانون حالات وإجراءات الطعن بالنقض مع تعليق فقهي تحليلي مقارنة للنصوص وقضاء النقض والتعليقات العامة للنيابات، طبعة ثانية، نادي القضاة، ١٩٩١، ص ٧٢٠.

(٣) تنص المادة (١/٦) من القانون رقم (٦) لسنة ١٩٩٨ بشأن مراكز الإصلاح والتأهيل الفلسطيني بقولها "يكون إدخال النزلي إلى المركز بموجب مذكرة قانونية...؟"

الاستئناف المقدم منه رغم تقديمه الاستئناف ومثوله في يوم الجلسة أمام المحكمة قبل نظراً استئنافه مخالف للقانون".^(١)

يتضح مما سبق أنه يكفي لتحقيق شرط التقدم للتنفيذ أن يكون المحكوم عليه حاضراً جلسة الاستئناف وهذا ما عبرت عنه محكمة النقض الفلسطينية بقولها "إن المادة (٣٣٩) من قانون الإجراءات الجزائية تنص على أن (يسقط استئناف المحكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية واجبة النفاذ إذا لم يتقدم للتنفيذ قبل الجلسة...)"، وبذلك فإن عدم مثول الطاعن أمام المحكمة الاستئنافية للفصل في موضوع استئنافه عن حكم مشمول بالنفاذ يكون التنفيذ عليه قد أصبح أمراً واقعاً، وأن مجرد تقديمه لائحة الاستئناف وعدم حضوره جلسة المحاكمة رغم تبلغه بالذات يوجب تطبيق أحكام المادة (٣٣٩) من قانون الإجراءات الجزائية".^(٢)

ونرى أنه وأن كان التقدم للتنفيذ يتطلب من الناحية المادية أن يكون المحكوم عليه (المستأنف) حاضراً، إلا أنه من الناحية الفنية يجب التفرقة بين التقدم للتنفيذ أو الوضع موضع التنفيذ كمصطلح قانوني وبين الحضور، فحضور المتهم جلسة المحاكمة وفقاً لقانون الإجراءات الجزائية قد يكون وجوبياً وقد يكون جوازياً^(٣)، بحيث يغني حضور الوكيل عن الحضور الشخصي، وهذا لا ينطبق على التقدم للتنفيذ الذي لا يتصور إلا أن يكون شخصياً.

وإذا كان قضاء النقض قد استقر على كفاية حضور المحكوم عليه الجلسة لتحقيق شرط التقدم للتنفيذ، فهل يشترط حضور كل جلسة من جلسات الاستئناف أم يكفي حضور الجلسة الأولى؟

(١) نقض جزائي فلسطيني (دائرة رام الله)، القضية (٢٠٠٦/٥١)، المجموعة، ٢٠٠٩، المرجع السابق، ص ٢٥.

(٢) نقض جزائي فلسطيني (دائرة رام الله)، القضية رقم (٢٠٠٦/٤٨)، جلسة ٢٠٠٧/٤/١١، المجموعة، ٢٠٠٩، المرجع السابق، ص ٢١.

(٣) راجع المادة (٣٠٥) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني.

أجابت محكمة النقض الفلسطينية على ذلك فقضت بقولها "إسقاط الاستئناف في القضايا الجزائية لا يتم إلا في حالتين مجتمعين الأولى عدم حضور المستأنف الجلسة الأولى رغم تبليغه حسب الأصول موعد الجلسة، لكن إذا حضر أول جلسة ثم تغيب فلا يصار إلى إسقاط استئنافه لأنه يكون قد قدم نفسه للتنفيذ، والثانية، أن تكون العقوبة مقيدة للحرية واجبة النفاذ...".^(١)

والحقيقة أننا لا نميل إلى هذا الاجتهاد ، ذلك أن المادة (٣٣٩) من قانون الإجراءات الجزائية نصت بقولها "يسقط استئناف المحكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية واجبة النفاذ إذا لم يتقدم للتنفيذ قبل الجلسة..."، ويتضح من هذا النص أن المشرع لم ينص على أن يكون التقدم للتنفيذ مقصوراً على الجلسة الأولى، ومن ناحية أخرى تقتضي قواعد التفسير اللجوء إلى العلة كوسيلة من وسائل التفسير التي تهدف إلى معرفة إرادة المشرع^(٢)، وبالرجوع إلى العلة التي جاءت من أجلها المادة (٣٣٩) التي تقرر سقوط استئناف المحكوم عليه إذا لم يتقدم للتنفيذ قبل الجلسة نجد أنها تتلخص في حث المحكوم عليه على التنفيذ وضمنان جدية استئنافه بصدوره ممن التزم حكم القانون^(٣)، ولما كان الأمر كذلك نرى أن هذه العلة تبقى قائمة في كل جلسة من جلسات الاستئناف، فاحترام المستأنف للأحكام الواجبة النفاذ وعدم إساءة استعمال استئنافه غير مرتبط بالجلسة الأولى دون غيرها من الجلسات.

(١) نقض جزائي فلسطيني (دائرة رام الله)، القضية رقم (٢٠٠٨/١)، جلسة ٢٠٠٨/٤/٧، المجموعة، ٢٠٠٩، المرجع السابق، ص ٥١.

(٢) نعمان محمد خليل جمعة، دروس في المنخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧، ص ٢٦٣.

(٣) نقض جزائي فلسطيني (دائرة رام الله)، القضية رقم (٢٠٠٧/٥)، جلسة ٢٠٠٧/٥/١٨، المجموعة، ٢٠٠٩، المرجع السابق، ص ٢٨٠.

المطلب الثاني

الشروط المتعلقة بالحكم المستأنف

يلزم للحكم بسقوط استئناف المحكوم عليه أن يكون الحكم المستأنف صادراً بعقوبة مقيدة للحرية واجبة النفاذ، ولبيان ذلك نقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الأول الشرط المتعلق بالعقوبة المقيدة للحرية وفي الثاني نعرض للعقوبة الواجبة النفاذ.

الفرع الأول

الشرط المتعلق بالعقوبة المقيدة للحرية

يشترط للحكم بسقوط استئناف المحكوم عليه أن يكون الحكم المستأنف صادراً بعقوبة مقيدة للحرية وهذا ما أكده المشرع في المادة (٣٣٩) من قانون الإجراءات الجزائية، حيث اكتفى بأن تكون العقوبة مقيدة للحرية بغض النظر عن مقدارها.

ومما يثير الانتباه أن المشرع استخدم اصطلاح "العقوبة المقيدة للحرية" وهذا الأمر الذي يثير التساؤل عن قصد المشرع بذلك، فهل قصد العقوبة المقيدة للحرية بمفهومها الضيق أم بمفهومها الواسع؟ أو بمعنى آخر هل يقصد بالعقوبة المقيدة للحرية العقوبة السالبة للحرية فقط أم أن المقصود بذلك هو كل عقوبة مقيدة للحرية سواء أكانت سالبة للحرية أم غير سالبة؟

بداية يجب القول بأن غالبية الفقه تفرق بين العقوبات السالبة للحرية والعقوبات المقيدة، فالعقوبة السالبة للحرية هي التي يتمثل بإلامها بسلب حرية المحكوم عليه بها وذلك بعزله عن المجتمع في أماكن معدة لذلك وهي المؤسسات العقابية أو مراكز التأهيل والإصلاح (السجون)، أما العقوبات المقيدة للحرية فهي تلك التي يقتصر مساسها بالحرية بدرجة أقل من سلبها

كلية، حيث يكتفى بوضع قيود تحد من ممارستها بالشكل الاعتيادي مع الإبقاء على المحكوم عليه خارج أسوار المؤسسات العقابية.^(١)

ومع ذلك نجد بعض الفقه يستخدم مصطلح العقوبة المقيدة للحرية للدلالة على العقوبة السالبة^(٢)، كما أن بعض التشريعات تستعمل عبارة "العقوبات المقيدة للحرية" أحياناً للدلالة على العقوبات السالبة ومثال ذلك قانون العقوبات المصري^(٣)، ومما لا شك فيه أن التعرف على إرادة المشرع باستخدامه عبارة "العقوبة المقيدة للحرية" له أهمية بالغة وبيان ذلك على النحو التالي:

❖ أولاً: المفهوم الواسع للعقوبة المقيدة للحرية:

إن التفسير الموسع للعقوبة المقيدة للحرية يستتبع التطبيق الموسع للمادة (٣٣٩) من قانون الإجراءات الجزائية، أي أن سقوط استئناف المحكوم عليه إذا لم يتقدم للتنفيذ لا يكون مقصوراً على العقوبات السالبة للحرية التي يتطلب تنفيذها وجود المحكوم عليه داخل أسوار مراكز التأهيل والإصلاح، وإنما يسحب السقوط أيضاً إلى العقوبات المقيدة للحرية حتى وإن لم تكن سالبة للحرية، وبناءً عليه يكون للمحكمة الاستئنافية متى توافرت الشروط اللازمة للحكم بسقوط استئناف المحكوم عليه أن تقضي بذلك حتى وإن كانت العقوبة هي الوضع تحت مراقبة الشرطة المنصوص عليها في التشريع

(١) أحمد عوض بلال، مبادئ قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر، ص٧٦٨، محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٢، ص٧٠٢، كامل السعيد، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩، ص٦٤٩، فتوح عبد الله الشاذلي وعلي عبد القادر القهوجي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة والمسئولية والجزاء الجنائي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، بدون سنة نشر، ص٢٥٣.

(٢) رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، طبعة ثالثة، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٧، ص٧٩٩.

(٣) راجع المادتين (٣٣)، (٣٥) من قانون العقوبات المصري.

المصري^(١)، أو الوضع تحت إشراف مراقب السلوك بمقتضى أمر المراقبة المنصوص عليه في قانون العقوبات الفلسطيني.^(٢)

كما أنه يدخل في نطاق تطبيق أحكام السقوط الأحكام الصادرة بالوضع تحت المراقبة الإلكترونية أو ما يعرف بالسوار الإلكتروني كوسيلة بديلة للعقوبة السالبة للحرية، إذ تتحول العقوبة في هذه الحالة من عقوبة سالبة للحرية إلى عقوبة مقيدة لها.^(٣)

إضافة إلى ما سبق فإن العقوبة المقيدة للحرية قد تكون أصلية وقد تكون تبعية وتكميلية، مما يعني أن الحكم بسقوط استئناف المحكوم عليه يكون جائزاً حتى وإن كانت العقوبة المقيدة للحرية هي عقوبة تبعية أو تكميلية.^(٤)

❖ ثانياً: المفهوم الضيق للعقوبة المقيدة للحرية:

يترتب على التفسير الضيق للعقوبة المقيدة للحرية قصرها على العقوبات السالبة للحرية، بحيث يخرج من نطاق تطبيق أحكام سقوط الاستئناف العقوبات غير السالبة فلا يكون بوسع المحكمة الاستئنافية أن تقضي بسقوط استئناف المحكوم عليه إذا كان الحكم المستأنف قد قضى

(١) تعد رقابة الشرطة أو البوليس من العقوبات المقيدة للحرية، تفرض بموجبها على المحكوم عليه بها عدة قيود تحد من حريته فتجعل تحركاته تحت نظر الشرطة، وقد أخذ المشرع المصري بها كعقوبة وكتدبير احترازي، وباعتبارها عقوبة قد تكون أصلية في بعض الحالات، كما هو الحال في المرسوم بقانون رقم (٩٨) لسنة ١٩٤٥ وتعديلاته بشأن المتشردين والمشتبه فيهم، المادة (١٠)، وقد تكون عقوبة تبعية وعقوبة تكميلية، أحمد عوض بلال، المرجع السابق، ص ٨٥٠ وما بعدها.
(٢) راجع المادة (٣٧/١) من قانون العقوبات الفلسطيني رقم (٧٤) لسنة ١٩٣٦، وكذلك المادة (٢/١٢) من قانون المجرمين الأحداث رقم (٢) لسنة ١٩٣٧.

(٣) أسامة حسنين عبيد، المراقبة الجنائية الإلكترونية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ١٣، ص ١٤، عمر محمد سالم، المراقبة الإلكترونية طريقة حديثة لتنفيذ العقوبة السالبة للحرية خارج السجن، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ١٢ وما بعدها.

(٤) مثال ذلك مراقبة الشرطة في التشريع المصري حيث يمكن أن تكون عقوبة تبعية وهذا ما نصت عليه المادة (٢٨) من قانون العقوبات، والمادة (٢/٧٥) من ذات القانون، كما قد تكون عقوبة تكميلية وجوبية ومن قبيل ذلك المراقبة التي يتم توقيعها على العائدين للتشرد والاشتباه (المادتان ٢/٢، ٢/٦) من المرسوم بقانون رقم (٩٨) لسنة ١٩٤٥، وقد تكون جوازيه، ومن ذلك ما نصت عليه المادة (٣٢٠) من قانون العقوبات في حالة العود في جرائم السرقة.

بالوضع تحت مراقبة الشرطة أو مشرف السلوك أو الوضع تحت المراقبة الإلكترونية في التشريعات التي تأخذ بهذا النظام.

❖ رأينا في الموضوع:

إذا كان المشرع الفلسطيني قد نص صراحة في المادة (٣٣٩) من قانون الإجراءات الجزائية بضرورة أن تكون العقوبة مقيدة للحرية للحكم بسقوط الاستئناف، إلا أننا نرى بأن المقصود أن تكون العقوبة سالبة للحرية ونستند في ذلك لما يلي:

١. بالرجوع إلى العلة من تقرير المشرع لجزاء السقوط الذي ورد بالمادة (٣٣٩) من قانون الإجراءات الجزائية يتضح أن المشرع أراد بذلك إجبار المحكوم عليه أن يضع نفسه موضع التنفيذ بحيث يكون تحت تصرف السلطة المهيمنة على التنفيذ وهذه العلة تتسجم مع كون العقوبة المحكوم بها سالبة للحرية إذ يتطلب تنفيذها الوجود الفعلي للمحكوم عليه في مكان معين تحت بصر وتصرف سلطة التنفيذ.

٢. أورد المشرع الفلسطيني جزاء السقوط في قانون الإجراءات الجزائية في موضعين: أولهما: في نصوص الاستئناف حيث نصت عليه المادة (٣٣٩) التي جاءت بعبارة "العقوبة المقيدة للحرية" وثانيها: في نصوص الطعن بالنقض حيث نصت عليه المادة (٣٦٥) التي جاءت بعبارة "العقوبة سالبة الحرية" وذلك بقولها "يسقط الطعن المرفوع من المتهم المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية إذا لم يتقدم للتنفيذ قبل الجلسة المحددة لنظر الطعن"، وأمام هذا الاختلاف في صياغة هذين النصين نرى بأن الصياغة التي جاءت بها المادة (٣٦٥) بخصوص

النقض هي التي تعبر عن الإرادة الحقيقية للمشرع مع الأخذ في الاعتبار العلة من تقرير سقوط الاستئناف.

الفرع الثاني

الشرط المتعلق بالعقوبة الواجبة النفاذ

الأحكام الواجبة النفاذ قد تكون واجبة التنفيذ فور صدورها، وقد تكون واجبة النفاذ دون أن يكون تنفيذها حالاً بسبب أثر الاستئناف الموقوف للتنفيذ، فقد يصدر القاضي حكماً بالحبس مع وقف التنفيذ أو بالحبس مع النفاذ وفي الحالة الأخيرة قد لا يكون التنفيذ حالاً بسبب قابلية الحكم للاستئناف، ومن هنا يثار التساؤل عن المقصود بالأحكام الواجبة النفاذ كشرط من شروط سقوط استئناف المحكوم عليه، فهل قصد المشرع بذلك التنفيذ الفوري أم الأحكام الصادرة مع النفاذ كنقيض للأحكام الصادرة مع وقف التنفيذ والتي يتوقف نفاذها على اكتسابها صفة النهائية؟

تذهب غالبية الفقه⁽¹⁾، إلى أن سقوط استئناف المحكوم عليه مشروط بأن يكون النفاذ فورياً، فإذا كان الحكم صادراً بالحبس مع النفاذ الذي يوقف تنفيذه الاستئناف فلا مجال هنا للحكم بسقوط الاستئناف إذا لم يتقدم المحكوم عليه للتنفيذ لتخلف الشرط المتعلق بالنفاذ الفوري.

والحقيقة أن هذا الرأي ينسجم مع العلة من السقوط، وهي أن المشرع أراد من خلاله توقيع الجزاء على كل من لم يحترم الحكم الواجب النفاذ فيطرق سبيل الاستئناف دون أن يضع نفسه موضع التنفيذ.

(1) محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات، المرجع السابق، ص ١٢٢٥، أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص ٦٠٤، أمال عبد الرحيم عثمان، المرجع السابق، ص ٨٧٢، محمد زكي أبو عامر، المرجع السابق، ص ١٠٨٤، محمود محمود مصطفى، المرجع السابق، ص ٥٣٨، عدلي أمير خالد، أحكام قانون الإجراءات الجنائية، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٠، ص ٤٦٨، مدحت الديبسي، محكمة الجناح المستأنفة منعقدة في غرفة المشورة وبالجلسة العلانية، الطبعة الأولى، دون دار نشر، ٢٠٠٧، ص ٤١٤.

فإذا كان الحكم غير واجب النفاذ فوراً فلا مجال للحكم بسقوط الاستئناف، وفي هذا الاتجاه قضت محكمة النقض الفلسطينية بقولها "ما أفصحت عنه إرادة المشرع وفق صريح نص المادة (٣٣٩) أن استئناف المحكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية واجبة النفاذ معلق على شرط واقف هو أن يتقدم للتنفيذ قبل الجلسة، وبعبارة ذلك يسقط استئنافه، ولكي يصار إلى إسقاط الاستئناف لا بد من أن تكون العقوبة المحكوم بها مقيدة للحرية وأن تكون واجبة النفاذ... إذ إن العقوبة واجبة النفاذ ينص عليها القانون بأن يأتي على ذكر أحكام معينة يجب المبادرة إلى تنفيذها فور صدورها، أو أن يمنح الصلاحية للمحكمة مصدرة الحكم في جريمة بعينها أن تشمله بوجوب التنفيذ." (١)

- الأحكام واجبة النفاذ الفوري في التشريع الفلسطيني:

سبق القول بأن المقصود بالحكم الواجب النفاذ لغايات الحكم بسقوط الاستئناف المرفوع من المحكوم عليه هو الحكم الواجب التنفيذ فوراً، ولقد أخذ المشرع الفلسطيني بجزء سقوط استئناف المحكوم عليه بالمادة (٣٣٩) المأخوذة عن المادة (٤١٢) من قانون الإجراءات الجنائية المصري، وبالمقارنة بين التشريعين نلاحظ أن المادة (٤١٢) إجراءات جنائية مصري تجد مجالاً واسعاً في التطبيق بعكس المادة (٣٣٩) إجراءات جزائية فلسطيني، وسبب ذلك أن المشرع المصري توسع في الأحكام الواجبة التنفيذ فوراً، إذ يمكن القول بأن الأصل في الأحكام أنها واجبة النفاذ فوراً في التشريع المصري، والاستثناء هو إيقاف تنفيذها أو تأجيله، في حين أن الأصل عدم التنفيذ الفوري للأحكام وفق خطة المشرع الفلسطيني، والاستثناء

(١) نقض جزائي فلسطيني (دائرة رام الله)، القضية رقم (٢٠٠٧/٢٣)، جلسة ٢٠٠٧/١٠/٣١، مجموعة الأحكام القضائية والمبادئ القانونية، ٢٠٠٩، المرجع السابق، ص ٣٩، وانظر كذلك نقض جزائي فلسطيني (دائرة رام الله)، القضية رقم (٢٠٠٧/٢٤)، جلسة ٢٠٠٧/١٠/٣١، المرجع السابق، ص ٤٥، والقضية رقم (٢٠٠٧/٢٦)، جلسة ٢٠٠٧/١٢/٩، المرجع السابق، ص ٤٨.

هو التنفيذ الفوري لها، فبالرجوع إلى قانون الإجراءات الجنائية المصري نجد أن المادة (٤٦٣) بينت الأحكام المقيدة للحرية واجبة النفاذ فوراً وهي على النحو الآتي:

١. الأحكام الصادرة بعقوبة الحبس في سرقة.
٢. الأحكام الصادرة على العائد.
٣. الأحكام الصادرة على من ليس له محل إقامة ثابت بمصر.
٤. إذا كان المتهم محبوساً احتياطياً ورأت المحكمة أن يتم التنفيذ المؤقت للحكم.

٥. أي حكم صادر بالحبس، إلا إذا قدم المحكوم عليه كفالة بأنه إذا لم يستأنف الحكم لا يفر من تنفيذه عند انقضاء مواعيد الاستئناف، وأنه إذا استأنفه يحضر في الجلسة ولا يفر من الحكم الذي تصدره المحكمة الاستئنافية.^(١)

٦. الأحكام الصادرة ببعض التدابير ضد الأحداث^(٢)، والأحكام التي تصدر في شأن الجرح التي نص عليها القانون رقم (١٨٢) لسنة ١٩٦٠، في شأن مكافحة المخدرات إضافة إلى ما تقرر في نص التشريعات العقابية الخاصة.^(٣)

وفي قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي أكد المشرع في المادة (٤١٧) على الأصل العام وهو اكتساب القوة التنفيذية للأحكام النهائية، غير أنه استثنى من ذلك بعض الأحكام التي تكون واجبة النفاذ نفاذاً معجلاً. أما المشرع الفلسطيني فقد وضع القاعدة العامة التي تقضي بعدم جواز تنفيذ الأحكام إلا إذا أصبحت نهائية، وهذا ما نصت عليه المادة (٣٩٤) من قانون الإجراءات الجنائية بقولها "لا تنفذ الأحكام الصادرة من المحاكم

(١) أحمد فتحي سرور، الوسيط، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص ٥٩٨.

(٢) راجع المادة (١٣٠) من قانون الطفل المصري.

(٣) محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات، المرجع السابق، ص ١١٩٤.

الجزائية إلا إذا أصبحت نهائية ما لم ينص القانون على خلاف ذلك"، فقد جاءت هذه المادة بصياغة تسمح بوجود الاستثناء، ومع ذلك لم نجد في قانون العقوبات الفلسطيني أو في التشريعات العقابية المكملة نصواً تقرر التنفيذ الفوري للأحكام الصادرة بعقوبة مقيدة للحرية إلا فيما يتعلق بقانون المخدرات رقم (١٩) لسنة ١٩٦٢^(١)، حيث تكون الأحكام الصادرة بعقوبة جنحية واجبة النفاذ فوراً ولو مع استثناءها^(٢)، وكذلك الحكم الذي يصدر بالحبس مدة لا تزيد عن ثلاثة أيام بحق من يدخل بنظام جلسات المحكمة وفقاً لما نصت عليه المادة (٣/١٨٩) من قانون الإجراءات الجزائية.

- الأحكام الصادرة بعقوبة مقيدة للحرية غير واجبة النفاذ فوراً:

وفقاً لخطة المشرع الفلسطيني لا يجوز للمحكمة أن تقضي بسقوط استئناف المحكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية إذا لم يتقدم للتنفيذ قبل الجلسة طالما أن الحكم المستأنف غير واجب النفاذ فوراً، وهو يكون كذلك إذا كان قابلاً للاستئناف، أو إذا رفع بشأنه الاستئناف دون أن يبت فيه، كما يأخذ ذات الحكم الحالات التي يكون فيها التنفيذ مؤجلاً، كما لو قضت محكمة أول درجة بعقوبة سالبة للحرية على امرأة حامل مع تأجيل تنفيذ العقوبة حتى تضع حملها وتمضي على الوضع مدة ثلاثة أشهر^(٣)، ففي هذه الحالة إذا

(١) قانون المخدرات رقم (١٩) لسنة ١٩٦٢، هو قانون مصري طبق في قطاع غزة زمن الإدارة العربية المصرية لقطاع غزة ولكنه ألغي في فترة الاحتلال الإسرائيلي للقطاع، ثم عاد للسريان مرة أخرى مع قدوم السلطة الوطنية الفلسطينية بموجب القرار الرئاسي رقم (١) لسنة ١٩٩٤، الذي نص على الاستمرار بالعمل في القوانين والأنظمة والأوامر التي كانت سارية قبل ١٩٦٧/٦/٥.

(٢) تنص المادة (٤٦) من قانون المخدرات رقم (١٩) لسنة ١٩٦٢ بقولها "لا يجوز وقف تنفيذ الحكم الصادر بعقوبة الجنحة على من سبق الحكم عليه في إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، وفي جميع الأحوال تكون الأحكام الصادرة بعقوبة الجنحة واجبة النفاذ فوراً ولو مع استئنافها، ويجوز للمحكمة أن تأمر بنشر ملخص الحكم النهائي على نفقة المحكوم عليه في ثلاثة جرائد يومية تعينها".

(٣) تنص المادة (٤٠٢) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني بقولها "إذا كان المحكوم عليها بعقوبة سالبة للحرية حاملاً جاز تأجيل تنفيذ العقوبة حتى تضع حملها وتمضي مدة ثلاثة أشهر على الوضع، فإذا روى التنفيذ على المحكوم عليها أو ثبت في أثناء التنفيذ أنها حامل وجبت معاملتها في مركز الإصلاح والتأهيل "السجن" معاملة الموقوفين احتياطياً".

طعنت المحكوم عليها بالاستئناف ولم تحضر الجلسة المحددة لنظر الاستئناف، فلا يجوز للمحكمة الاستئنافية أن تقضي بسقوط الاستئناف لعدم توافر شرط وجوب التنفيذ الفوري، وكذلك إذا طعن بالاستئناف المحكوم عليه بعقوبة سالية للحرية مؤجلة التنفيذ بسبب المرض^(١)، أو إذا كان المستأنف أحد الزوجين المحكوم عليه بالحبس مدة لا تزيد على سنة مؤجلة التنفيذ بسبب كفالة طفل لم يتجاوز خمس عشرة سنة كاملة.^(٢)

- إرجاء تنفيذ الحكم المستأنف واجب النفاذ الفوري:

أورد المشرع الفلسطيني في قانون الإجراءات الجزائية حالة خاصة لتأجيل الحكم الذي يكون واجب النفاذ فوراً، حيث أجاز للمحكمة تأجيل تنفيذ الحكم المستأنف بشكل مؤقت إلى حين الفصل في الاستئناف، وهذه الحالة تختلف عن الحالات السابقة التي تؤثر في التنفيذ إما بإيقافه أو تأجيله، فالإيقاف الذي أشرنا إليه فيما تقدم يرجع إلى أن المشرع لم يجعل الحكم واجب النفاذ إلا إذا أصبح نهائياً، ولذا كانت قابليته للاستئناف موقفة لتنفيذه، وأساس ذلك ما نصت عليه المادة (٣٩٤) من قانون الإجراءات الجزائية، كما أن تأجيل التنفيذ الذي عرضنا له كان بسبب أمر غارض، كالمرض والوضع بالنسبة للمرأة الحامل وكفالة الصغير الذي لم يتجاوز خمس عشرة سنة إذا حكم على والديه بعقوبة الحبس الذي لا يزيد على سنة، حيث يكون للمحكمة عند توافر هذه الأسباب أن تقدر تأجيل التنفيذ من عدمه، أما الحالة التي نحن بصدددها فإنها تجيز للمحكمة تأجيل التنفيذ مؤقتاً دون حاجة إلى طرء سبب عارض، فيكفي أن يتقدم المحكوم عليه بطلب لتأجيل التنفيذ، ويكون للمحكمة

(١) تنص المادة (٤٠٣) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني بقولها "إذا كان المحكوم عليه بعقوبة سالية للحرية مصاباً بمرض يهدد حياته أو يعرض التنفيذ حياته جاز تأجيل تنفيذ العقوبة عليه".

(٢) تنص المادة (٤٠٥) من قانون الإجراءات الجزائية بقولها "إذا كان محكوماً على رجل وزوجته بالحبس مدة لا تزيد على سنة ولو عن جرائم مختلفة ولم يكونا مسجونين من قبل، جاز تأجيل تنفيذ العقوبة على أحدهما حتى يفرج عن الآخر، إذا كانا يكفلان صغيراً لم يتجاوز خمس عشرة سنة كاملة، وكان لهما محل إقامة معروف في فلسطين".

السلطة التقديرية في القبول أو الرفض ولم ينص المشرع في المادة (٣٤٠) إجراءات جزائية على إلزام المحكوم عليه طالب التأجيل بتقديم كفالة، ونرى أنه لا مانع من أن تربط المحكمة قبول طلب التأجيل بإلزام المحكوم عليه بالكفالة التي تراها المحكمة مناسبة.

ولكن من هي المحكمة المختصة بتأجيل التنفيذ، فهل هي محكمة الدرجة الأولى التي أصدرت الحكم أم المحكمة الاستئنافية؟

قبل الإجابة على هذا التساؤل يتعين العودة إلى قانون الإجراءات الجنائية المصري، وبالتحديد المادة (٢/٤١٢) التي تعد الأصل الذي أخذت عنه المادة (٣٤٠) من قانون الإجراءات الجنائية الفلسطيني^(١)، حيث يتضح أن المادة (٢/٤١٢) جاءت واضحة وصريحة في أن المحكمة الاستئنافية هي من يأمر بوقف تنفيذ العقوبة مؤقتاً، ويتضح ذلك من قول المشرع "ومع ذلك فللمحكمة الاستئنافية عند نظر الاستئناف..."، أما المادة (٣٤٠) من قانون الإجراءات الجنائية الفلسطيني فقد جاءت بصياغة تسمح بتفسيرها على أن تكون المحكمة التي تؤجل التنفيذ هي المحكمة الاستئنافية، وهذا ما يفهم من قول المشرع "يجوز للمحكمة إرجاء تنفيذ الحكم المستأنف لحين الفصل في الاستئناف..."، كما أنه يمكن تفسيرها على أن المحكمة التي تأمر بالتأجيل هي محكمة الدرجة الأولى التي أصدرت الحكم، وهذا ما يفهم من قول المشرع "... إذا أبدى المحكوم عليه رغبة باستئناف ذلك الحكم".

ونرى في هذا المقام أن تفسير المادة (٣٤٠) يجب ألا يكون بمعزل عن المادة (٣٣٩)، بل أنه من الأفضل دمج المادة (٣٤٠) ضمن المادة (٣٣٩) بحيث تكون الفقرة الثانية فيها، كما فعل المشرع المصري في المادة

(١) تنص المادة (٤١٢) من قانون الإجراءات الجنائية المصري بقولها "يسقط الاستئناف المرفوع من المحكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية واجبة النفاذ إذا لم يتقدم قبل الجلسة التي تنتظر فيها الدعوى، ومع ذلك فللمحكمة عند نظر الاستئناف أن تأمر بوقف تنفيذ العقوبة مؤقتاً أو الإفراج عن المحكوم عليه بكفالة أو غيرها، وذلك إلى حين الفصل في الاستئناف".

(٤١٢)، وتفسير ذلك أن المادة (٣٣٩) تتحدث عن سقوط الاستئناف المرفوع من المحكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية واجبة النفاذ إذا لم يتقدم للتنفيذ قبل الجلسة، ويقصد بالحكم واجب النفاذ هنا ذلك الحكم الذي يكون تنفيذه حالاً ولو كان من الجائز استئنافه، ومع ذلك أراد المشرع أن يخفف من هذه القاعدة فأجاز بموجب المادة (٣٤٠) للمحكمة أن تؤجل تنفيذ هذه الأحكام إلى حين الفصل في الاستئناف على اعتبار أن طريق الطعن بالاستئناف لا يعمل أثره في إيقاف تنفيذها وذلك على خلاف الأصل الذي جاءت به المادة (٣٩٤) من قانون الإجراءات الجزائية^(١)، ولذلك نرى أن المقصود بالمحكمة التي تأمر بتأجيل التنفيذ وفقاً لما نصت عليه المادة (٣٤٠) هي المحكمة الاستئنافية وليست محكمة أول درجة.

موقف محكمة النقض فيما يتعلق بتأجيل التنفيذ وفقاً للمادة (٣٤٠) من قانون الإجراءات الجزائية:

جرى قضاء محكمة النقض الفلسطينية في العديد من الأحكام على أن إخلاء سبيل المحكوم عليه بكفالة لحين البت في الاستئناف يحول دون تطبيق المادة (٣٣٩) من قانون الإجراءات الجزائية، التي تقرر سقوط استئناف المحكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية واجبة النفاذ، إذ اعتبرت ذلك إيقافاً مؤقتاً أو تأجيلاً للتنفيذ، وتطبيقاً لذلك قضت بقولها "ومن الرجوع إلى أوراق الدعوى نجد أن الطاعن تقدم بتاريخ ٢٣/٥/٢٠٠٥، بطلب إلى محكمة الصلح يطلب فيه إخلاء سبيله بالكفالة لحين البت في الاستئناف الذي تقدم به على الحكم الصادر عنها بتاريخ ٢٥/٣/٢٠٠٥، والقاضي بحبسه لمدة سنة وغرامة مقدارها خمسون ديناراً، وقد قررت المحكمة بذات التاريخ اعتماد الكفالة السابقة وإخلاء سبيله لنتيجة الاستئناف ما دام أنه تقدم باستئناف على

(١) تنص المادة (٣٩٤) من قانون الإجراءات الجزائية على أنه "لا تنفذ الأحكام الصادرة عن المحاكم الجزائية إلا إذا أصبحت نهائية ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

الحكم الصادر عنها، وبما أن المادة (٣٤٠) من قانون الإجراءات الجزائية نصت على أنه يجوز للمحكمة إرجاء تنفيذ الحكم المستأنف لحين الفصل في الاستئناف إذا أبدى المحكوم عليه رغبة باستئناف ذلك الحكم، فإن الحكم المستأنف يضحى غير واجب النفاذ الأمر الذي يغدو معه تطبيق نص المادة (٣٣٩) من القانون بإسقاط الاستئناف لعدم تقديم المستأنف نفسه للتنفيذ غير وارد ويكون القرار المطعون فيه خالف للقانون".^(١)

وفي ذات الاتجاه قضت بقولها "وحيث أن إخلاء سبيل الطاعنة بالكفالة بعد الحكم الصادر عن محكمة الدرجة الأولى لنتيجة الاستئناف يجعل من أحكام المادة (٣٣٩) من قانون الإجراءات غير منطبقة عليها لانقضاء سبب التهرب من التنفيذ".^(٢)

والحقيقة أن ما جرى عليه قضاء محكمة النقض محل نظر، ذلك أن المحكمة أخطأت في أمرين أولهما: ما يتعلق بتفسير المادة (٣٤٠) من قانون الإجراءات الجزائية، وثانيهما: أن محكمة النقض خلطت بين الحبس الاحتياطي والعقوبة، وفيما يلي توضيح ذلك:

❖ أولاً: تفسير محكمة النقض للمادة (٣٤٠) من قانون الإجراءات الجزائية:

يتضح من القضاء السابق لمحكمة النقض الفلسطينية أن المحكمة طبقت المادة (٣٤٠) في غير مجالها الحقيقي، فقد سبق القول بأن هذه المادة تجيز للمحكمة الاستئنافية أن تؤجل تنفيذ الأحكام الواجبة التنفيذ بشكل فوري

(١) نقض جزائي فلسطيني (دائرة رام الله)، القضية رقم (٢٠٠٧/٧)، جلسة ٢٠٠٧/٤/٢٨، مجموعة الأحكام، ٢٠٠٩، المرجع السابق، ص ٢٤٤.

(٢) نقض جزائي فلسطيني (دائرة رام الله)، القضية رقم (٢٠٠٦/٥)، جلسة ٢٠٠٧/٦/٦، مجموعة، ٢٠٠٩، المرجع السابق، ص ٦٤، وانظر كذلك القضية رقم (٢٠٠٧/٣٢)، جلسة ٢٠٠٧/١٢/٩، حيث قضت فيها محكمة النقض (دائرة رام الله) بقولها "إن المحكمة مصدر الحكم الطعين قررت الإفراج عن الطاعن المحكوم عليه بكفالة لحين الفصل في الاستئناف الأمر الذي يجعل من حكمها القاضي بإسقاط الاستئناف عملاً بأحكام المادة (٣٣٩) في غير محله مستوجباً للنقض، راجع المجموعة، ٢٠٠٩، المرجع السابق، ص ٤٩.

حتى وأن كانت قابلة للاستئناف، أما الأحكام غير واجبة التنفيذ الفوري فإنها تخضع للقاعدة العامة التي نصت عليها المادة (٣٩٤) التي تقرر إيقاف تنفيذ الحكم حتى يصبح نهائياً، وبذلك تكون محكمة النقض قد طبقت المادة (٣٤٠) على الأحكام التي لا تكون واجبة النفاذ إلا بعد صورتها نهائية، وهو بلا شك تطبيق خاطئ لأن عدم وجوب التنفيذ في هذه الأحكام لا يرجع إلى قرار المحكمة بالتأجيل استناداً للمادة (٣٤٠)، حتى وإن اقترن ذلك بإلزام المحكوم عليه بدفع كفالة، وإنما يرجع إلى أن هذه الأحكام هي أصلاً غير واجبة التنفيذ فوراً لأن قابليتها للاستئناف تؤدي إلى إيقاف تنفيذها، وهو ما يحول دون الحكم بسقوط الاستئناف، ولذا يكون استناد محكمة النقض للمادة (٣٤٠) في شأن هذا النوع من الأحكام مخالف لصحيح القانون.

❖ ثانياً: خلط محكمة النقض بين العقوبة والحبس الاحتياطي:

بالنظر إلى القضاء السابق لمحكمة النقض تبين أنها خلطت بين العقوبة والحبس الاحتياطي، حيث اعتبرت القرار بإخلاء سبيل المحكوم عليه بكفالة مانعاً من الحكم بسقوط استئنافه إذا لم يتقدم للتنفيذ، بسبب أن إخلاء السبيل يتنافى مع وجوب التنفيذ، وقد أكدت المحكمة على ذلك فقضت بقولها "وبالرجوع إلى ملف الدعوى نجد أن المستأنف سبق وأن أدين بالتهمة المسندة إليه وتم الحكم عليه بالحبس مدة ستة أشهر بتاريخ ٢٠٠٠/٤/١٩، وبتاريخ ٢٠٠٤/٤/٢٣، تم الإفراج عنه بالكفالة سنداً لأحكام المادة (١٣٣)، لهذا لا لوم على المتهم المكفل بعد حكم محكمة أول درجة إذا لم يتقدم للتنفيذ قبل الجلسة الاستئنافية، ولا محل لجزاء ينزل به، ويعتبر التنفيذ واجباً إذا لم تسدد الكفالة المعينة، وذلك أن التخلف عن سدادها من شأنه أن يبقى العقوبة

واجبة التنفيذ، وحيث أن الطاعن بالنقض مكفل حسب الأصول لذا لا يستوجب حضوره جلسة الاستئناف بنفسه".⁽¹⁾

والحقيقة أنه يجب التمييز بين العقوبة والحبس الاحتياطي في هذا الصدد، إذ إن الالتزام بتنفيذ العقوبة السالبة للحرية يبدأ كأصل عام منذ أن يصبح الحكم نهائياً، ما لم ينص القانون على جواز التنفيذ بمجرد صدور الحكم، ففي هذه الأحوال سواء القاعدة أو الاستثناء، تكون المدة السالبة للحرية عقوبة وليست حبساً احتياطياً، فإذا كان الحكم بالعقوبة السالبة للحرية غير واجب النفاذ فوراً، فحينئذ لا يجوز تنفيذه بمجرد صدوره، فإن كان المحكوم عليه حين صدور الحكم مكفولاً أو غير محبوس احتياطياً بقي الحال على ما هو عليه، أما إذا كان محبوساً احتياطياً فإن بقاءه محبوساً بعد حكم الإدانة الابتدائي لا يعد تنفيذاً للعقوبة وإنما استمرار للحبس الاحتياطي وهذا ما يستفاد من المادة (١٣٣) من قانون الإجراءات الجزائية التي نصت بقولها "يقدم طلب الإفراج بالكفالة عن المتهم بعد إدانته والحكم عليه إلى المحكمة التي أصدرت الحكم شريطة أن يكون قد ضمن في الحكم بالاستئناف".

وبالرجوع إلى ما قضت به محكمة النقض نجد أنها اعتبرت أن تقديم طلب للإفراج بالكفالة بعد الإدانة وإخلاء السبيل على أثر ذلك دليل على عدم وجوب التنفيذ، انطلاقاً من أن المدة السالبة للحرية في هذه الحالة هي مدة عقوبة وليست حبساً احتياطياً، والتفسير الصحيح أنها استمرار للحبس الاحتياطي، ولا يمكن اعتبارها عقوبة، فالعقوبة لا تكون نافذة إلا بعد أن تصبح نهائية وذلك باستنفاد طريق الاستئناف، أو إذا نص المشرع على وجوب تنفيذها فوراً، ولما كانت الأحكام التي تعرضت لها محكمة النقض في قضائها السابق ليست نهائية وليست واجبة النفاذ فوراً، فإنه لا يستقيم القول

(1) نقض جزائي فلسطيني (دائرة رام الله) القضية رقم (٢٠٧/١١)، جلسة ٢٠٠٧/٦/٥، المجموعة، ٢٠٠٩، المرجع السابق، ص ٣٤.

بأن إخلاء سبيل المحكوم عليه بالكفالة هو السبب الموقوف للتنفيذ، ذلك أننا لسنا أمام عقوبة حتى يصح القول بوجوب أو عدم وجوب نفاذها.

المبحث الثالث

الاستئناف المستبعد من نطاق السقوط والإجراءات الخاصة به

سبق القول بأن السقوط الذي جاءت به المادة (٣٣٩) من قانون الإجراءات الجزائية يعد جزءاً يصيب الاستئناف المرفوع من المحكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية واجبة النفاذ إن لم يقدم نفسه للتنفيذ قبل الجلسة، وبناءً عليه يتضح أن السقوط يرتبط بالاستئناف المرفوع من المحكوم عليه إذا توافرت الشروط السابقة، إذ لا مجال لتوقيع هذا الجزء في كل حالة يكون فيها الاستئناف مرفوعاً من المحكوم عليه، لذلك يستبعد من نطاق الحكم بالسقوط الاستئناف المرفوع من النيابة العامة، وفي كل حالة يجوز فيها أن تتخذ الإجراءات المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية والتي نظمها المادة (٢٤٧) والمادة (٣٣٣)، وبموجها يتم إعادة تبليغ المحكوم عليه إذا تغيب عن الجلسة سواء أكان هو المستأنف - في غير الحالات المنصوص عليها بالمادة (٣٣٩) - أو المستأنف ضده في الحالة التي تكون فيها النيابة العامة هي صاحبة الاستئناف فإن لم يحضر تصدر بحقه مذكرة إحضار، فإذا لم يتم إحضاره تجري محاكمته غيابياً وفقاً للمادة (٣٣٣).

وفي هذا المقام نتناول بالبحث الاستئنافات التي تستبعد من نطاق السقوط والإجراءات المتبعة بشأنها، ويقتضي ذلك أن نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نخصص أولهما للاستئناف المستبعد من نطاق السقوط، ثم نتناول في ثانيهما النظر في الاستئناف المستبعد من نطاق السقوط.

المطلب الأول

الاستئناف المستبعد من نطاق السقوط^(١)

ينحصر نطاق السقوط تطبيقاً للمادة (٣٣٩) في مجال ضيق، فهو مقصور على حالة خاصة تتعلق بالاستئناف المرفوع من المحكوم عليه، وهي أن يكون قد حكم عليه بعقوبة مقيدة للحرية واجبة النفاذ فوراً، وما دون ذلك لا يجوز للمحكمة الاستئنافية أن تلجأ إلى تطبيق المادة (٣٣٩) التي تقرر سقوط الاستئناف، فإذا كان الاستئناف مرفوعاً من المحكوم عليه وكانت العقوبة غير مقيدة للحرية أو كانت مقيدة للحرية ولكنها غير واجبة النفاذ فوراً كما لو كان الحكم مما لا يجوز تنفيذه إلا بعد صدوره نهائياً فلا يحكم بالسقوط، كذلك إذا كان الاستئناف مرفوعاً من النيابة العامة، فلا مجال للحكم بإسقاطه إذا تغيّب المستأنف ضده، كما أنه لا مجال للسقوط إذا تغيّبت النيابة العامة، لأن تغيّبها سيؤدي إلى افتقار القضاء الجزائي عنصراً من العناصر اللازمة لتشكيله.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفلسطينية بقولها "أما من حيث الموضوع فإننا نجد أن الحكم المطعون فيه قد ورد خالياً من نص المادة القانونية التي استندت إليها محكمة البداية بصفتها الاستئنافية في إسقاط استئناف النيابة، كما لا نجد أي نص قانوني في قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (٣) لسنة ٢٠٠١ يجيز للمحكمة إسقاط استئناف النيابة العامة، مما يجعل الحكم المطعون فيه مخالفاً للقانون ومعيباً بعيب القصور في التعليل".^(٢)

(١) يقصد بالاستئناف الذي يستبعد من نطاق السقوط في هذا الصدد أي الاستئناف الذي لا يجوز الحكم بإسقاطه تطبيقاً للمادة (٣٣٩) من قانون الإجراءات الجزائية، فهو وإن كان غير قابل للسقوط استناداً للمادة (٣٣٩)، فإنه قد يكون عرضة للسقوط إذا لم يتم اتخاذه خلال الميعاد الذي نص عليه القانون.

(٢) نقض جزائي فلسطيني (دائرة رام الله)، القضية رقم (٢٠٠٨/١٢)، جلسة ٢٠٠٨/٥/٨، مجموعة الأحكام، ٢٠٠٩، المرجع السابق، ص ٦٩.

- عدم جواز الحكم بالسقوط بسبب خطأ المحكمة الاستئنافية:

قد يحدث أن يتقدم المحكوم عليه باستئناف الحكم أمام المحكمة الاستئنافية دون أن يقدم نفسه للتنفيذ قبل الجلسة إذا كانت العقوبة المحكوم عليه بها مقيدة للحرية واجبة النفاذ فوراً، ففي هذه الحالة الأصل أن تقرر المحكمة سقوط استئنافه، غير أنه قد تخطئ المحكمة الاستئنافية فتسير في الإجراءات بصورة غيابية فتقضي بقبول الاستئناف شكلاً وفي الموضوع برفضه وتأييد الحكم المستأنف، فإذا قدم المحكوم عليه طعناً بالمعارضة على الحكم الغيابي الاستئنافي، فهل يجوز للمحكمة الاستئنافية عند نظر المعارضة أن تقضي بسقوط الاستئناف الذي كان عليها أن تقضي به ابتداءً؟

لم يتعرض المشرع الفلسطيني في قانون الإجراءات الجزائية لهذه الحالة، كما أننا لم نجد اجتهاداً قضائياً لمحكمة النقض الفلسطينية في هذا الخصوص، وعلى عكس ذلك تعرضت محكمة النقض المصرية لهذه الحالة فقضت بعدم جواز الحكم بالسقوط بسبب الخطأ الواقع من المحكمة الاستئنافية، حيث قضت بقولها "إن المادة (٤١٢) من قانون الإجراءات الجنائية إذ نصت على أنه (يسقط الاستئناف المرفوع من المتهم المحكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية واجبة النفاذ، إذا لم يتقدم للتنفيذ قبل الجلسة)، فقد دلت بذلك على أن سقوط الاستئناف هو جزء وجوبي يقضى به على المتهم الهارب من تنفيذ العقوبة إذا لم يتقدم قبل الجلسة المحددة لنظر استئنافه ويترتب عليه حرمان المتهم من نظر استئنافه، وهذا لا يكون إلا عند نظر استئناف المتهم لحكم محكمة أول درجة، فإذا فات على المحكمة الاستئنافية عند نظر استئناف المتهم أن تحكم بسقوط الاستئناف وتعرضت في حكمها للقضاء في موضوع الدعوى وأصبح حكمها نهائياً بعدم الطعن عليه من النيابة العامة، فلا يجوز لها أن تقضي بسقوط الاستئناف لأول مرة عند نظر معارضة المتهم في الحكم الغيابي الاستئنافي، لأنه يكون قد اكتسب حقاً في نظر

موضوع الدعوى لا يجوز حرمانه منه بسبب خطأ وقع من المحكمة، لما كان ذلك، وكان الطاعن قد استأنف حكم محكمة أول درجة الذي قضى بمعاقبته بالحبس، فقضت المحكمة الاستئنافية غيابياً بقبول الاستئناف شكلاً وفي الموضوع برفضه وتأيد الحكم المستأنف، فعارض الطاعن، فقضت المحكمة بحكمها المطعون فيه بسقوط حق المتهم في الاستئناف، فإنها تكون قد أخطأت في تطبيق القانون".^(١)

المطلب الثاني

النظر في الاستئناف المستبعد من نطاق السقوط

يتعين على المحكمة الاستئنافية في غير الحالة الموجبة للسقوط وفقاً للمادة (٣٣٩)، أن تسير في نظر الدعوى بالكيفية التي رسمها المشرع، وذلك بإعادة تبليغه وإحضاره، فإن تعذر ذلك تجري المحاكمة بشأنه غيابياً.

❖ أولاً: إعادة تبليغ وإحضار المحكوم عليه:

تنص المادة (٢٤٧) من قانون الإجراءات الجزائية بقولها "إذا لم يحضر المتهم إلى المحكمة في اليوم المقرر والساعة المعينة في مذكرة الحضور، يعاد تبليغه مرة أخرى، فإذا لم يحضر تصدر بحقه مذكرة حضور"، وهذا النص ورد في الفصل الخامس من الباب الأول من الكتاب الثاني تحت عنوان أصول المحاكمات لدى محاكم البداية، عندما تناول المشرع أصول المحاكمات التي تتم أمام محكمة البداية بصفتها محكمة أول درجة، لذا يثار التساؤل عن مدى جواز الاستعانة بهذا النص أمام المحكمة الاستئنافية، سواء أكانت محكمة بداية بصفتها الاستئنافية أم محكمة الاستئناف؟

(١) نقض جنائي مصري، ١٩٩٢/٤/٢٣، مجموعة أحكام محكمة النقض، الطعن رقم ٧٥٦٣، لسنة ٥٩ ق، س ٤٣، ص ٤٢٠، أورده: مدحت الديبسي، المرجع السابق، ص ٤٧٨، ص ٤٧٩.

نرى في هذا المقام أنه من الجائز للمحكمة الاستئنافية تطبيق المادة (٢٤٧) وذلك بإعادة تبليغ وإحضار المحكوم عليه، إذ لا يوجد في قانون الإجراءات الجزائية ما يمنع من ذلك إلا حالة واحدة، وهي الحالة الموجبة لسقوط الاستئناف تطبيقاً للمادة (٣٣٩)، ففي هذه الحالة يكون عدم حضور المحكوم عليه رافع الاستئناف سبباً موجباً للحكم بسقوط استئنافه شريطة أن يكون محكوماً عليه بعقوبة مقيدة للحرية واجبة النفاذ، ويترتب على ذلك أن للمحكمة الاستئنافية الاستعانة بالمادة (٢٤٧) من قانون الإجراءات الجزائية في الحالة التي لا يجوز فيها الحكم بسقوط الاستئناف، ويكون ذلك إذا كانت النيابة العامة هي الطرف المستأنف، ولم يحضر المحكوم عليه الجلسة المحددة لنظر الاستئناف، أو إذا كان المحكوم عليه هو رافع الاستئناف وتخلف عن الحضور شريطة ألا يكون الحكم المستأنف صادراً بعقوبة مقيدة للحرية واجبة النفاذ.

❖ ثانياً: المحاكمة الغيابية أمام المحكمة الاستئنافية:

أورد المشرع في قانون الإجراءات الجزائية حكمين بخصوص عدم حضور المحكوم عليه الجلسة المحددة لنظر الاستئناف رغم تبليغه، فأما الأول فهو ما نصت عليه المادة (٣٣٣) بقولها "تجري في المحاكمة الاستئنافية أحكام المواد المتعلقة بعلانية المحاكمة وإجراءاتها وصيغة الحكم النهائي، ولزوم الرسوم والنفقات وفرض العقوبات، والاعتراض على الحكم الغيابي، ولمحكمة الاستئناف الصلاحيات المنصوص عليها في الفصل الخاص بمحاكمة المتهم الفار في حالة فراره أو في حالة عدم حضوره إلى المحكمة بعد تبليغه بموعد المحاكمة إذا كانت الدعوى منظورة أمامها"، وأما الثاني فهو ما نصت عليه المادة (٣٣٩) بقولها "يسقط استئناف المحكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية واجبة النفاذ إذا لم يتقدم للتنفيذ قبل الجلسة...".

يتضح من النصين السابقين أن أحدهما يقرر إسقاط الاستئناف مما يعني عدم السير في الإجراءات وعدم تصور صدور الحكم الغيابي، بينما يقرر النص الآخر السير في الإجراءات بصورة غيابية في حالة عدم حضور المحكوم عليه، ولعله قد يتبادر إلى الذهن وجود التناقض بين هاتين المادتين، ولكن الحقيقة على غير ذلك إذ يمكن التوفيق بينهما وذلك بالرجوع إلى المادة (٣٣٩) التي تقرر سقوط الاستئناف المرفوع من المحكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية واجبة النفاذ إذا لم يقدم نفسه للتنفيذ قبل الجلسة، حيث قررت هذه المادة حالة استثنائية لما قرره المادة (٣٣٣) التي أجازت للمحكمة السير في الدعوى في غياب المحكوم عليه، سواء بإتباع المحكمة الاستئنافية الإجراءات العادية للمحاكمة الغيابية في مواد الجرح، أو بإتباعها الإجراءات غير العادية في مواد الجنايات التي يطلق عليها المشرع "محاكمة المتهم الفار من وجه العدالة"^(١)، وبناء عليه تملك المحكمة الاستئنافية السير في الإجراءات غيابياً وإصدار الحكم الغيابي متى تغيب المحكوم عليه سواء أكان مستأنفاً أم مستأنفاً ضده ، ويستثنى من ذلك ما نصت عليه المادة (٣٣٩) التي ألزمت المحكمة الاستئنافية بأن تقضي بإسقاط الاستئناف إذا توافرت الشروط التي يتطلبها القانون، ففي هذه الحالة لا تملك المحكمة الاستئنافية اللجوء إلى إعادة تبليغه عملاً بالمادة (٢٤٧)، أو السير في محاكمته غيابياً عملاً بالمادة (٣٣٣).

❖ ثالثاً: موقف محكمة النقض من التوفيق بين المواد (٢٤٧، ٣٣٣، ٣٣٩):

باستقراء ما جرى عليه قضاء محكمة النقض الفلسطينية فيما يتعلق بسقوط استئناف المحكوم عليه تطبيقاً للمادة (٣٣٩)، نجد أن العديد من الأحكام المتضاربة وسبب ذلك أن محكمة النقض أخفقت في التوفيق بين المواد (٢٤٧، ٣٣٣، ٣٣٩)، فتارة تقضي بسقوط الاستئناف إذا لم يقدم

(١) راجع المادة (٢٨٨-٢٩٨) من قانون الإجراءات الجزائية.

المحكوم عليه نفسه للتنفيذ، معتبرة حكمها بالسقوط أمراً إلزامياً يؤدي إلى تعطيل المادة (٢٤٧) التي تنص على إعادة التبليغ، وكذلك المادة (٣٣٣) التي تنص على السير في الإجراءات غيابياً، وتطبيقاً لذلك قضت بقولها "تري أن نص المادة (٣٣٩) بإسقاط الاستئناف إذا لم يتقدم المحكوم عليه للتنفيذ قبل الجلسة وعدم مثول الطاعن أمام المحكمة الاستئنافية للفصل في موضوع استئنافه عن حكم مشمول بالنفاذ يكون التنفيذ عليه قد أصبح أمراً واقعاً وأن مجرد تقديمه لائحة الاستئناف وعدم حضوره جلسة المحاكمة رغم تبليغه بالذات، فإنه لا مناص من تطبيق أحكام المادة (٣٣٩) من قانون الإجراءات الجزائية التي توجب إسقاط استئنافه، وبذلك تضحى أسباب الطعن غير واردة".^(١)

وتارة أخرى تقضي بنقض الحكم الصادر من المحكمة الاستئنافية، معتبرة أن المحكمة الاستئنافية جانبها الصواب لعدم الاستعانة بما قرره المادتين (٢٤٧)، (٣٣٣)، اللتان توجبان إعادة تبليغ المحكوم عليه ومن ثم السير في الإجراءات غيابياً، دون التفرقة بين الحالات الموجة للسقوط وفقاً للمادة (٣٣٩)، وبين الحالات الأخرى المستبعدة من نطاق السقوط والتي يتعين بشأنها إعادة التبليغ ثم المحاكمة الغيابية.

وتطبيقاً لذلك قضت بقولها "إننا وبإزالة حكم القانون على الوقائع، وبالرجوع إلى المادة (٣٣٣) من قانون الإجراءات الجزائية رقم (٣) لسنة ٢٠٠١، نجدتها تنص على أن (تجري في المحاكمة الاستئنافية أحكام المواد المتعلقة بعلانية المحاكمة وإجراءاتها... والاعتراض على الحكم الغيابي ولمحكمة الاستئناف الصلاحيات المنصوص عليها في الفصل الخاص بمحاكمة المتهم الفار في حال فراره أو في حالة عدم حضوره إلى المحكمة

(١) نقض جزائي فلسطيني (دائرة رام الله)، القضية رقم (٢٠٠٦/٤٨)، جلسة ٢٠٠٧/٤/١١، مجموعة الأحكام، ٢٠٠٩، المرجع السابق، ص ٢٢.

بعد تبليغه بموعد المحاكمة إذا كانت الدعوى منظورة أمامها)، كما أننا بالرجوع إلى المادة (٢٤٧) من ذات القانون نجد أنها تنص على أنه (إذا لم يحضر المتهم إلى المحكمة في اليوم المقرر والساعة المعينة في مذكرة الحضور يعاد تبليغه مرة أخرى، فإذا لم يحضر تصدر بحقه مذكرة إحضار)، ولما كان والحالة هذه على المحكمة الاستئنافية أعمال نص المادتين (٣٣٣)، (٢٤٧)، المشار إليهما وتطبيق أحكامهما لا أن تقرر إسقاط الاستئناف دون سند أو نص قانوني يتيح لها ذلك، وبما أنها لم تفعل يكون قرارها المطعون فيه مخالفاً للقانون تطبيقاً وتفسيراً مما يستوجب نقضه.^(١)

كما قضت بقولها "إن المادة (٢٤٧) من قانون الإجراءات الجزائية رقم (٣) لسنة ٢٠٠١، قد رسمت طريقاً أوجبت إتباعه في حال غياب المتهم وهو إعادة تبليغه مرة أخرى وتسطير مذكرة بإحضاره، كذلك نجد أن المادة (٣٣٣) من القانون المذكور نصت على أن "تجري في المحاكمة الاستئنافية أحكام المواد المتعلقة... بالاعتراض على الحكم الغيابي...". وبأن لمحكمة الاستئناف الصلاحيات المنصوص عليها في الفصل الخاص بمحاكمة المتهم الفار، ولما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه القاضي بإسقاط الاستئناف لم يراع أحكام المادتين سالفتي الإشارة بل تعارض معهما مما يجعله فاقداً لركازه القانوني ومعيباً ويتعين نقضه".^(٢)

(١) نقض جزائي فلسطيني (دائرة رام الله)، القضية رقم (٢٠٠٨/٣٦)، جلسة ٢٠٠٨/٩/٢، مجموعة الأحكام، ٢٠٠٩، المرجع السابق، ص ٨٠.

(٢) نقض جزائي فلسطيني (دائرة رام الله)، القضية رقم (٢٠٠٨/٤٢)، جلسة ٢٠٠٨/١٢/٢، مجموعة الأحكام، ٢٠٠٩، المرجع السابق، ص ٨٥، انظر كذلك، نقض جزائي، القضية رقم (٢٠٠٨/٤٦)، جلسة ٢٠٠٨/١٢/١٧، المرجع السابق، ص ٩١.

الختاتمة

❖ أولاً: النتائج:

1. يعتبر الحكم الصادر من المحكمة الاستئنافية إسقاط استئناف المحكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية واجبة النفاذ من الأحكام الشكلية غير الفاصلة في الموضوع ، وهو يختلف عن الحكم بعدم القبول ، كما يختلف عن الحكم بالانعدام ، إذ يلزم أن تقضي المحكمة بالسقوط، أما الانعدام فيترتب بقوة القانون ولا حاجة إلى إعدام المعدم ، ولا يعتبر سقوط استئناف المحكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية إن لم يتقدم للتنفيذ قبل الجلسة سقوط للخصومة، إذ أن سقوط الخصومة لا يؤثر على الحق في الدعوى، فيمكن للخصم بالرغم من سقوط الخصومة البدء بخصومة جيدة للحصول على حكم لصالحه في الدعوى ، وهذا على خلاف إسقاط استئناف المحكوم عليه.
2. يجب التفرقة بين التقدم للتنفيذ وبين الحضور ، فإذا كان التقدم للتنفيذ من الناحية العملية يقتضي الحضور إلا انه يوجد فرق بينهما ، فحضور المتهم جلسة المحاكمة وفقاً لقانون الإجراءات يكون وجوبياً وقد يكون جوازياً وفي هذه الحالة يغني حضور الوكيل عن الحضور الشخصي ، وهذا لا ينطبق على التقدم للتنفيذ الذي لا يتصور إلا شخصياً.
3. لم تتضمن المادة (339) من قانون الإجراءات الجزائية ما يفيد بان يكون التقدم للتنفيذ من قبل المحكوم عليه المستأنف مقصوراً على الجلسة الأولى بحيث لا يصار إلى إسقاط استئنافه إذا حضر أول جلسة ثم لم يحضر الجلسات التالية كما قضت محكمة النقض ، ولما كانت العلة من النص على إسقاط الاستئناف وفقاً للمادة (339) هي

حث المحكوم عليه على التنفيذ وضمنان جدية استئنافه ، لذا فإن هذه العلة تبقى قائمة في كل جلسة من جلسات الاستئناف.

٤. يهدف المشرع من النص على جزاء السقوط في المادة (٣٣٩) إجبار المحكوم عليه أن يضع نفسه موضع التنفيذ بحيث يكون تحت تصرف السلطة المهيمنة على التنفيذ ، وهذه العلة تجعل المقصود من اشتراط المشرع في المادة (٣٣٩) لإسقاط استئناف المحكوم عليه أن تكون العقوبة مقيدة للحرية أي مقيدة للحرية بمفهومها الضيق أي سالبة للحرية لأن تنفيذها يتطلب الوجود الفعلي للمحكوم عليه في مكان معين.

٥. اشتراط المشرع للحكم بإسقاط استئناف المحكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية أن تكون واجبة النفاذ يجب أن يُحمل على معنى النفاذ الفوري المعجل الذي لا يتوقف تنفيذه على اكتساب الحكم الدرجة النهائية ، فهذه الأحكام لا تتطلب التقدم للتنفيذ لكونها لا تتمتع بقوة تنفيذية بفعل الأثر الموقوف للتنفيذ نتيجة الطعن بالاستئناف ، ولذلك يجب أن تُقرأ المادة (٣٣٩) مع المادة (٣٤٠) والمادة (٣٩٤) للوصول إلى هذه النتيجة.

٦. أجاز المشرع في المادة (٣٤٠) من قانون الإجراءات الجزائية للمحكمة الاستئنافية إرجاء تنفيذ الحكم المستأنف ، وهذا الإرجاء لا يرتبط بأي سبب عارض كمرض المحكوم عليه أو الوضع بالنسبة للمرأة الحامل أو كفالة الصغير الذي لم يتجاوز خمس عشرة سنة إذا حكم على والديه بعقوبة الحبس الذي لا يزيد على سنة ، فالمشرع أراد بالنص على إعطاء المحكمة الاستئنافية السلطة التقديرية لإرجاء الحكم التخفيف من جزاء السقوط المنصوص عليه بالمادة (٣٣٩) ، لذا أجاز للمحكمة إرجاء تنفيذ الحكم إلى حين الفصل في الاستئناف حيث لا يعمل الاستئناف أثره الموقوف بالنسبة لهذه الطائفة من الأحكام وهو ما يؤكد أنها مشمولة بالنفاذ.

المعجل وتعد استثناءً على الأصل المقرر بالمادة (٣٩٤) من قانون الإجراءات الجزائية.

٧. جاءت أحكام محكمة النقض الفلسطيني فيما يتعلق بتطبيق المادة (٣٣٩) متناقضة ، حيث يتضح الخلط بين حالات السقوط ، وبين حالات المحاكمة الغيابية ، كما يتضح بان محكمة النقض في العديد من أحكامها لم تفسر الشرط المتعلق بالحكم الواجب النفاذ المنصوص عليه بالمادة (٣٣٩) على انه مشمول بالنفاذ الفوري ، ولذلك أخفقت محكمة النقض الفلسطينية في التوفيق بين المواد (٢٤٧ ، ٣٣٣ ، ٣٣٩ ، ٣٤٠) .

٨. التعديل الذي أصاب المادة (٣٣٩) بالقرار بقانون رقم (١٧) لسنة ٢٠١٤ لم يكن موفقاً، ذلك لأنه أقحم حالة تتعلق بالتغيب عن المحاكمة جلسيتين ضمن نص المادة (٣٣٩) وهو نص يتعلق بحالة خاصة تقتضي الحكم بسقوط الاستئناف.

٩. لا يوجد ما يمنع النيابة العامة من أن تطلب من المحكمة إسقاط استئناف المحكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية واجبة النفاذ ، فبالرغم من عدم وجود نص يتيح لها ذلك ، إلا أن دور النيابة العامة في الدعوى وصفتها كخصم شكلي إضافة إلى مصلحتها في تنفيذ الأحكام الجزائية يجيز لها أن تطلب إسقاط الاستئناف.

١٠. لا يجوز للمحكمة الاستئنافية تطبيق المادة (٣٣٩) التي تقرر سقوط استئناف المحكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية واجبة النفاذ إذا كان الاستئناف مرفوعاً من المحكوم عليه وكانت العقوبة غير مقيدة للحرية ، أو كانت مقيدة للحرية ولكنها غير واجبة النفاذ فوراً ، أو إذا كان الاستئناف مرفوعاً من النيابة العامة إذا تغيب المستأنف ضده.

١١. لا يجوز الحكم بسقوط الاستئناف بسبب خطأ المحكمة ، فإذا توافرت شروط السقوط المقررة في المادة (٣٣٩) غير أن المحكمة الاستئنافية

أخطأت فلم تقض بالسقوط ، واستمرت في المحاكمة غيابيا ثم طعن المحكوم عليه بالمعارضة أمام المحكمة الاستئنافية فلا يجوز للمحكمة الاستئنافية أن تقضي بإسقاط استئنافه الذي كان عليها أن تقضي به ابتداءً.

❖ ثانياً: التوصيات:

١. نقترح على المشرع الفلسطيني دمج المادتين (٣٣٩ ، ٣٤٠) في مادة واحدة بحيث تكون المادة (٣٤٠) الفقرة الثانية ضمن المادة (٣٣٩) والهدف من هذا الدمج هو أن المادة (٣٤٠) جاءت تعطي للمحكمة الاستئنافية إرجاء تنفيذ الحكم المستأنف المشمول بالنفاذ المعجل حتى لا يخضع لحكم السقوط وفقاً للمادة (٣٣٩) إذا لم يتقدم للتنفيذ قبل الجلسة.
٢. تعديل المادة (٣٣٩) التي تنص بقولها "يسقط استئناف المحكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية واجبة النفاذ إذا لم يتقدم للتنفيذ قبل الجلسة" ، ونقترح أن يكون التعديل باستبدال عبارة "بعقوبة سالبة للحرية" بدلاً من "مقيدة للحرية" ، وإضافة كلمة الفوري بعد واجبة النفاذ ، وإضافة ما يفيد بأن عدم التقدم للتنفيذ في أي جلسة من جلسات المحاكمة دون عذر مقبول، بحيث يكون النص المقترح على النحو الآتي:
"يسقط استئناف المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية واجبة النفاذ الفوري ، إذا لم يتقدم للتنفيذ بدون عذر مقبول قبل أي جلسة من جلسات المحاكمة".

٣. نصي المشرع بأن يتم حذف الإضافة التي أصابت المادة (٣٣٩) بموجب القرار بقانون رقم (١٧) لسنة ٢٠١٤م.

المراجع

أولاً: الكتب والابحاث العلمية:

١. أحمد عوض بلال، مبادئ قانون العقوبات، (القاهرة: دار النهضة العربية ، بدون سنة نشر).
٢. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، الجزء الثالث، النقض الجنائي وإعادة النظر، (القاهرة: دار النهضة العربية ، ١٩٨٠).
٣. أحمد فتحي سرور، المركز القانوني للنيابة العامة، (القاهرة: مجلة القضاء، العدد الثالث، السنة الأولى، يوليو، ١٩٦٨).
٤. ادوارد غالي الذهبي، دور النيابة العامة في تنظيم العدالة القضائية، دراسات في قانون الإجراءات الجنائية (القاهرة: مكتبة غريب، بدون سنة نشر).
٥. أسامة حسنين عبيد، المراقبة الجنائية الإلكترونية، دراسة مقارنة، (القاهرة: دار النهضة العربية، الطبعة الاولى ، ٢٠٠٩).
٦. أمال عبد الرحيم عثمان، شرح قانون الإجراءات الجنائية، (القاهرة: الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٩١).
٧. توفيق الشاوي، مجموعة قانون الإجراءات الجنائية مع تعليقات مقارنة، (القاهرة: دار النشر للجامعات المصرية، بدون سنة نشر).
٨. حسن صادق المرصفاوي، المرصفاوي في أصول الإجراءات الجنائية، (الإسكندرية ، منشأة المعارف ، ١٩٩٨).
٩. حسن علام، قانون الإجراءات الجنائية وقانون حالات وإجراءات الطعن بالنقض مع تعليق فقهي تحليلي مقارن للنصوص وقضاء النقض والتعليمات العامة للنيابات، نادي القضاة، (القاهرة: دار النهضة العربية ، الطبعة الثانية، ١٩٩١).

١٠. رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، (الإسكندرية: منشأة المعارف بالإسكندرية الثالثة، ١٩٩٧).
١١. عبد الحميد الشواربي، البطلان الجنائي، (الإسكندرية: منشأة المعارف بالإسكندرية، بدون سنة نشر).
١٢. عبد الرؤوف مهدي، القواعد العامة للإجراءات الجنائية، (القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٠).
١٣. عدلي أمير خالد، أحكام قانون الإجراءات الجنائية، (الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٠).
١٤. علي زكي العرابي، المبادئ الأساسية للإجراءات الجنائية، الجزء الثاني، (القاهرة: مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، ١٩٥١).
١٥. عمر محمد سالم، المراقبة الإلكترونية طريقة حديثة لتنفيذ العقوبة السالبة للحرية خارج السجن، (القاهرة: دار النهضة العربية، الطبعة الثانية).
١٦. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، (القاهرة: الطبعة الثانية، بدون دار نشر، ١٩٨١).
١٧. فتوح عبد الله الشاذلي وعلي عبد القادر القهوجي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة والمسئولية والجزاء الجنائي، (الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، بدون سنة نشر).
١٨. كامل السعيد، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، دراسة مقارنة، (عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٩).
١٩. محمد العشماوي وعبد الوهاب العشماوي وأشرف العشماوي، قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن، (القاهرة: ، بدون دار نشر، ٢٠٠٦).

٢٠. محمد زكي أبو عامر، الإجراءات الجنائية، (الاسكندرية: منشأة المعارف ، ١٩٩٤).

٢١. محمد سعيد عبد الرحمن، الحكم القضائي، (القاهرة: دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، بدون سنة نشر).

٢٢. محمود محمود مصطفى، شرح قانون الإجراءات الجنائية، (القاهرة: دار ومطابع الشعب، الطبعة التاسعة ، ١٩٦٤).

٢٣. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، (القاهرة: دار النهضة العربية، الطبعة الخامسة ، ١٩٨٢).

٢٤. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، (القاهرة: دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة ، ١٩٩٨).

٢٥. محمود نجيب حسني، النيابة العامة ودورها في الدعوى الجنائية، مجلة إدارة قضايا الحكومة، (١٣)، (١٩٦٩).

٢٦. مدحت الديبسي، محكمة الجناح المستأنفة منعقدة في غرفة المشورة وبالجلسة العلانية، الطبعة الأولى، دون دار نشر، ٢٠٠٧،

٢٧. نعمان محمد خليل جمعة، دروس في المدخل للعلوم القانونية، (القاهرة: دار النهضة العربية ، ١٩٩٧).

ثانيا : القوانين والمجموعات القضائية:

١. قانون الإجراءات الجنائية المصري.

٢. قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني.

٣. قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني.

٤. قانون مراكز الإصلاح والتأهيل الفلسطيني رقم (٦) لسنة ١٩٩٨.

٥. قانون العقوبات المصري.

٦. المرسوم بقانون رقم (٩٨) لسنة ١٩٤٥ وتعديلاته بشأن المتشردين

والمشتبه فيهم.

٧. قانون العقوبات الفلسطيني رقم (٧٤) لسنة ١٩٣٦.
٨. قانون المجرمين الأحداث رقم (٢) لسنة ١٩٣٧.
٩. قانون الطفل المصري.
١٠. قانون المخدرات المصري رقم (١٩) لسنة ١٩٦٢، الساري في قطاع غزة بموجب القرار الرئاسي رقم (١) لسنة ١٩٩٤.
١١. مجموعة الأحكام القضائية والمبادئ القانونية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤، جمعية القضاة الفلسطينية.
١٢. مجموعة الأحكام القضائية والمبادئ القانونية الصادرة عن محكمة النقض المنعقدة في رام الله، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩، إعداد القاضي، عبد الله غزلان.
١٣. مجموعة أحكام محكمة النقض، رقم (١١)، س ١٩.
١٤. مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية، س ٣٥.
١٥. مجموعة أحكام محكمة النقض، س ١١.
١٦. مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية رقم ١٧٨٣.

ممارسة الحقوق السياسية
من منظور السياسة الشرعية والنظم الدستورية والقانونية

إعداد الدكتور

عبد الفتاح أحمد أبو كيلة

مدرس الفقه العام - كلية الدراسات الإسلامية والعربية

جامعة الأزهر

ملخص البحث

ي طرح هذا البحث قضية: ممارسة الحقوق السياسية، وما يتعلق بها من أحكام من وجهة نظر الفقه الإسلامي والسياسة الشرعية والنظم الدستورية والقانونية المعاصرة .

ولقد استدعى هذا الطرح أن أقسم البحث إلى: تمهيد تكلمت فيه عن: مفهوم الحقوق السياسية، وأربعة مباحث ، تكلمت في الأول منها: عن أنواع الحقوق السياسية، وفي الثاني تكلمت عن: حكم ممارسة الحقوق السياسية ، وفي الثالث تكلمت عن: مرجعية ممارسة الحقوق السياسية ، وتكلمت في الرابع منها عن: كفاءة ممارسة الحقوق السياسية. .

وتوصل البحث إلى أن : الشريعة الإسلامية كان لأحكامها قصب السبق عن النظم الدستورية والقانونية المعاصرة في تنظيم الحقوق السياسية وممارستها باختيار الحاكم وتنصيبه على أمور العباد والبلاد، ومحاسبته وعزله، وتمكين الأمة من المشاركة في الحياة السياسية، وإدارة شئونها ومراعاة مصالحها، وإعطاء كل ذي حق حقه بما يتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية وبما يحقق العدل ويرفع الظلم عن الفرد والمجتمع، وكفاءة ذلك للأفراد عن طريق الانتخابات والاستفتاءات والترشح للوظائف العامة... ففي الوقت الذي كانت تعج فيه أوروبا وغيرها في برك الظلام والديكتاتورية كان المسلمون في عهدهم الأول بعد موت النبي - ﷺ - يمارسون حراكا سياسيا يقوم على العدل والحرية والمساواة بين الناس جميعا، أما النظم الدستورية والقانونية المعاصرة: وإن نظمت ذلك وكفلته وسطرته في الدساتير والقوانين المنظمة لذلك بضوابط وشروط إلا أن ذلك جاء متأخرا عن النظام السياسي الإسلامي، وكان اهتمامها بأسلوب إدارة المؤسسات واتخاذ القرارات وكيفية الوصول إلى السلطة والحكم دون النظر إلى ما يترتب على فعل ذلك من ثواب أو عقاب في الآخرة ؛ ذلك لأنها تستمد أحكامها ونظرياتها وأعرافها من التجارب والمورثات الشخصية والجماعية عبر السنين بدون النظر إلى المرجعية الدينية.

Abstract

This research raises the issue: the exercise of political rights, and related provisions from the perspective of Islamic jurisprudence and political legitimacy of the constitutional, legal and contemporary systems

I have called this approach to swear search to: pave spoke it all: the concept of political rights, and the four sections, I spoke in the first of them: all kinds of political rights, and in the second I spoke about: the rule of the exercise of political rights, and on the third I spoke about: a reference to exercise political rights , I spoke on the fourth of them all: ensuring the exercise of political rights.

The research found that: Islamic law had provisions prized for Constitutional and Legal contemporary systems in the organization of political rights and the exercise of choosing the ruler and his inauguration on matters of slaves and the country, and hold him accountable and isolated, and enable the nation to participate in political life, and management of its affairs and taking into account their interests, and to give everyone his right in accordance with the provisions of Islamic Sharia and to achieve justice and lift the injustice on the individual and society, and to ensure that individuals through elections and referendums and run for public office ... at the time that was teeming with which

Europe and elsewhere in the dark pools and dictatorship Muslims were in the first reign after the death of Nabi engage in political mobility based on justice, freedom and equality of all people, the constitutional and legal contemporary systems: even organized it and guaranteed by the really wonderful in the constitutions and laws of that organization controls and conditions but that came too late for the Islamic political system, and it was their interest in fashion enterprise management and decision-making and how to reach to power and rule without regard to the consequences of doing so from the reward or punishment in the Hereafter; because it derives its provisions and its theories and customs of the personal and collective experiences and genetics over the years without regard to the religious authority.

مقدمة

الحمد لله الذي لا يحصي عدد نعمه العادون، ولا يؤدي حق شكره المجتهدون، ولا يبلغ مدى عظمته الواصفون، أحمده على الآلاء، وأشكره على النعماء، وأستعين به في الشدة والرخاء، وأتوكل عليه فيما أجراه من القدر والقضاء. وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأشهد أن سيدنا محمدا عبده الأمين، ورسوله المكين، أرسله إلى الخلق أجمعين، بلسان عربي مبين؛ فبلغ الرسالة، وأوضح الدلالة، وأظهر المقالة، ونصح الأمة، وكشف الغمة؛ فصل اللهم عليه، وعلى أهل بيته الطيبين، وأصحابه المنتجبين، وأزواجه أمهات المؤمنين، وتابعيهم بالإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد...

فإن ممارسة الحقوق السياسية تعتبر من أرقى وأسمى وأرفع الأعمال المجتمعية والتي يترتب عليها الحاضر والمستقبل؛ ونظرا لأهميتها اهتم بها الباحثون والمصنفون في النظام السياسي الإسلامي؛ فأفردوا لها كتباً ومؤلفات، وتناولتها العديد من الاتفاقيات والمعاهدات الدولية والديساتير، وتصدى فقهاء القانون لتوضيحها وبيانها في حدود هذه الاتفاقيات والمعاهدات الدولية والديساتير المحلية.

ومما لا شك فيه أن الحقوق السياسية تهدف إلى إشراك الفرد في صنع الحياة السياسية في كل ما يتعلق بأمور وإدارة شئون الدولة، سواء بالاشتراك في الانتخابات المختلفة، أو الاستفتاءات المتنوعة، أو الترشيح للهيئات والمجالس المنتخبة، أو المشاركة في اتخاذ القرارات التي تصدرها الأجهزة والسلطات الحكومية.

والناس جميعا متساوون في أداء هذا العمل السياسي أمام الله - تعالى - ؛ذلك أن الإسلام لا يفرق بين واحد وآخر في الخضوع لسلطان قانونه، وليس فيه فرد فوق القانون مهما علت منزلته، وأمير المؤمنين والوالي وكل

واحد من الأفراد متساوون في أحوالهم المدنية والجنائية، لا يمتاز واحد بحكم خاص ولا بطرق محاكمة خاصة بل جميعهم أمام القانون سواء ، وكذلك لا يميز الإسلام واحدًا في التمتع بالحقوق: فلم يجعل منزلة أو ميزة حقًا لأفراد أسرة معينة، لا يستمتع بها سواه، بل ناط الأمر بالعمل له، ومهد السبيل لكل عامل، فكل مناصب الدولة إمارة المؤمنين إلى أصغر منصب فيها حق مشاع بين أفراد الأمة، لا يحول بينه وبينها نسب أو عصبية.

ولا يكون ذلك إلا بالممارسة الحقيقية لهذه الحقوق، بالشروط والضوابط المنظمة لهذا العمل؛ حتى يصبح في مساره الصحيح لخدمة العباد والبلاد .

وفي ذلك يحتاج الفرد لمعرفة كيفية الممارسة الصحيحة المنضبطة بضوابط الشرع الحكيم والتي من شأنها أن تتوافق مع شرع الله - تعالى - وسنة نبيه - ﷺ - .

وفي هذا البحث سأحاول التعرف على ماهية الحقوق السياسية وكيفية ممارستها وكل ما يتعلق بها في النظام السياسي الإسلامي مع مقارنتها وموازنتها بالنظم الدستورية والقانونية المعاصرة ؛ لضبط هذا العمل بالضوابط والقواعد الشرعية مع بيان ما يوافقها وما يخالفها من النظم الدستورية والقانونية؛ حتى يقف المسلم على أرض راسخة من أحكام هذا العمل وفلسفته، ويكون على بينة من أسبقية نظامه السياسي الإسلامي على غيره من النظم السياسية في هذا المضمار، ويثق في جهد فقهاء وعلمائه والذين أخذوا على عاتقهم منذ مئات السنين هم التأليف والتصنيف

في هذا الباب؛ لرفعة هذا الدين وإظهار أحكامه ومحاسنه على غيره.

ولقد اعتمدت في البحث على المنهج: الاستقرائي التاريخي التحليلي المقارن، فهو استقرائي؛ لأن أغلب جزئيات بحثي متناثرة في كتب الفقه الإسلامي والسياسة الشرعية والنصوص الدستورية والقانونية مما يستدعي

قراءة كافة هذه النصوص وتجميعها في مواضعها لتكون الأساس الذي أنطلق منه للبحث في هذا الموضوع، وتاريخي؛ لإلقاء الضوء على تاريخ العمل السياسي في الإسلام سواء في عصر النبي - ﷺ - أم بعده، وتحليلي؛ لأن سرد النصوص يقتضي تحليلها وتمحيصها بالشكل الذي يجعلني أثبتن كفايتها بالنسبة لموضوع بحثي، ومقارن؛ لأن معالجة موضوع بحثي سيكون على مستوى الفقه الإسلامي والسياسة الشرعية والنظم السياسية المعاصرة بشأن النصوص والقواعد الواردة فيها؛ ومن ثم الوقوف على حقيقة القول الذي يستفيد منه الفرد والمجتمع .

أما عملي في البحث فهو : عزو الآيات الكريمة إلى مواضعها في سور القرآن الكريم ، وتخريج الأحاديث الشريفة والآثار وفقاً للأصول المعتمدة والحكم عليها من مصادرها ، وتتبع المسائل الفقهية والقانونية من الكتب المعتمدة، مع ترتيب كتب الفقه حسب أقدمية المذاهب ، وترتيب الكتب المعتمدة داخل كل مذهب فقهي حسب أقدمية المؤلف في مذهب الفقهية، بالإضافة إلى بيان معاني المصطلحات الغريبة، والترجمة لمن يحتاج إلى ترجمة ممن وردت أسماؤهم في البحث من الأعلام ، وعمل خاتمة فيها أهم النتائج والتوصيات التي سأتوصل إليها خلال البحث ، متوخياً في ذلك سهولة اللفظ، ويسر العبارة، والالتزام بالمنهج العلمي، مع تزييل البحث بفهرس المصادر والمراجع (وفق الترتيب الأبجدي)، وفهرس المحتويات .

أما خطة البحث :فقد قسمتها إلى مقدمة وتمهيد وأربعة مباحث، كالتالي :

المقدمة : في أهمية الموضوع وأسباب اختياره

التمهيد:في مفهوم الحقوق السياسية .

المبحث الأول : أنواع الحقوق السياسية.

المبحث الثاني : حكم ممارسة الحقوق السياسية .

المبحث الثالث: مرجعية ممارسة الحقوق السياسية .

المبحث الرابع : كفالة ممارسة الحقوق السياسية.

الـخـاتـمـة: تتضمن أهم النتائج التوصيات التي توصل إليها

البحث.

هذا ... وأقر سلفاً بعجزي وقصوري، فإن كنت قد أصبت فهذا من فضل الله وحده، وإن كنت قد أخطأت فحسبي أنني بشر غير معصوم، وأسأل الله العفو والعافية في الدنيا والآخرة، وأسأله أن يرزقني الإخلاص في القول والعمل، وأن يتقبل مني، وأن يرحم والدي، إنه ولي ذلك والقادر عليه .

التمهيد

مفهوم الحقوق السياسية

توطئة :

الحق في اللغة: الحاء والقاف أصل واحد، وهو يدل على إحكام الشيء وصحته. فالحق نقيض الباطل، وجمعه حقوق وحقاق، والحق من أسماء الله - عز وجل -، وقيل: من صفاته، وحقه يحقه حقا وأحقه كلاهما: أثبته وأوجبه وصار عنده حقا لا يشك فيه، وحققت الأمر: إذا تحققته وتيقنته أي: صرت منه على يقين، والحق: الثابت الذي لا يسوغ إنكاره. (١)

المطلب الأول

مفهوم الحقوق السياسية في النظام (٢) الإسلامي

المركب لا يمكن أن يعلم إلا بعد العلم بمفرداته لا من كل وجه بل من الوجه الذي لأجله يصح أن يقع التركيب فيه (١)؛ ولذلك فيجب تعريف الحق والسياسة ثم تعريف الحقوق السياسية.

(١) العين للفراهيدي ٦/٣ وما بعدها، تهذيب اللغة للأزهري - ط دار احياء التراث العربي - بيروت - ط ٢٠٠١/٣م - ٢٤١/٣ وما بعدها، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية للفارابي - ط دار العلم للملايين - بيروت - ط ٤ / ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧م - ٤ / ١٤٦٠ وما بعدها، معجم مقاييس اللغة للقرظيني - ط دار الفكر - سنة ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩م - ١٥/٢ - وما بعدها، مختار الصحاح للرازي - ط المطبعة الأميرية القاهرة - ط وزارة المعارف المصرية ط ٧ / ١٩٥٣م - ص: ١٤٦، لسان العرب لابن منظور - ط دار صادر بيروت - ط ٣ / ١٤١٤ هـ - ٤٩/١٠ وما بعدها، التعريفات للجرجاني ص: ٨٩، وما بعدها، القاموس المحيط للفيروز أبادي - ط مؤسسة الرسالة - بيروت - ط ٨ / ١٤٢٦ هـ - ٢٠٠٥م - ص: ٨٧٤، وما بعدها، المعجم الوجيز - صادر عن مجمع اللغة العربية - ط وزارة التربية والتعليم - القاهرة - سنة ١٤١١ هـ - ١٩٩٠م - ص: ١٦٣ - مادة (ح. ق).

(٢) النظام السياسي هو : " مجموعة من الأنماط المتداخلة والمتشابكة والمتعلقة بعمليات صنع القرارات، والتي تترجم أهداف وخلافات ومنازعات المجتمع الناتجة من خلال الجسم العقائدي الذي أضفى صفة الشرعية على القوى السياسية ". (النظام السياسي د. إبراهيم درويش - ط دار النهضة العربية - القاهرة - ط ٤ / ١٩٨٧م - ص: ٢٠). وقيل بأنه: " ما يتعلق بمجموعة من المسارات التي تتصل بطريقة مباشرة أو غير مباشرة بصناعة القرارات ". (أصول العلوم السياسية د. محمد علي العويني - ط عالم الكتب - القاهرة - سنة ١٩٨١م - ص: ٤٩). وقيل بأنه: " مجموعة من القواعد والمبادئ والأهداف التي تحدد نمط ممارسة السلطة في المجتمع ". (النظام السياسي في الإسلام د. محمد سليم العوا د. برهان غليون - ط دار الفكر - دمشق - ط ١ / ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٤م - ص: ٢٤).

أولاً: تعريف الحق :

لم أجد تعريفاً جامعاً للحق بمعناه العام عند الفقهاء القدامى ، ويبدو ذلك؛ اعتماداً منهم على معناه اللغوي ، وكذلك وضوح معناه والذي لا يحتاج إلى تعريف.

أما المعاصرون من الفقهاء : فقد ذكروا عدة تعريفات متعددة ومختلفة للحق بمعناه العام ويمكن تصنيف هذه التعريفات في أربعة اتجاهات هي: (٢)

الاتجاه الأول : يعرف الحق انطلاقاً من معناه اللغوي : فقول في تعريفه: " ما ثبت بإقرار الشارع وأضفى عليه حمايته ". (٣)، وقيل أيضاً : " ما ثبت في الشرع للإنسان أو لله - تعالى - على الغير ". (٤). ويؤخذ على هذين التعريفين: بأنهما مبهمان، ولا يوضحان حقيقة مفهوم الحق وخصائصه المميزة له، ولا يظهران جوهره. (٥)

الاتجاه الثاني : يعرف الحق بأنه مصلحة : فقول في تعريفه : " مصلحة ثابتة للفرد أو المجتمع أو لهما ، يقررها الشارع الحكيم ". (٦)،

(٣) المحصول لعلم الأصول للرازي - ط مؤسسة الرسالة - ط ٣ / ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م - ٧٨/١، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول للشوكاني - ط دار الكتاب العربي - ط ١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م - ١٧/١.

(١) أسباب سقوط الحقوق المالية في الشريعة الإسلامية - محمود عبد الحميد طهراز - رسالة ماجستير في الفقه الإسلامي - مقدمة لقسم الدراسات العليا الشرعية - كلية الشريعة - جامعة أم القرى - السعودية - سنة ١٤١١ هـ - ص: ٢٦ وما بعدها.

(٢) الملكية في الشريعة الإسلامية للشيخ علي الخفيف - ط معهد الدراسات العربية - القاهرة - ط ١٩٦٧ م - ٢/١.

(٣) نظرية الحق للشيخ أحمد فهمي أبو سنة - بحث منشور ضمن كتاب " الفقه الإسلامي أساس التشريع " - ط المجلس الأعلى للشئون الإسلامية - القاهرة - ط سنة ١٣٩١ هـ - ص: ١٧٥ .

(٤) الملكية في الشريعة الإسلامية د. عبد السلام العبادي - ط مكتبة الأقصى - عمان - ط ١ / ١٣٩٤ هـ - ١٠٣/١.

(٥) الفقه الإسلامي - مدخل لدراسة نظام المعاملات فيه - د. محمد يوسف موسى - سنة ١٩٥٦ م - (بدون) - ص: ٢١١ .

وقيل أيضا: " كل مصلحة تثبت للإنسان باعتبار الشارع ". (١). ويؤخذ على هذين التعريفين : بأنهما عرفا الحق بغايته، وتعريف الحق بالمصلحة خطأ لا يصح، فكأنهم نظروا إلى ما يبتغى بالحق من المصلحة فعرفوه بها ، فالحق وسيلة إلى مصلحة وليس هو ذات المصلحة، والمصلحة هي هدف الحق وغايته ، وكذلك تعريف الحق بالمصلحة غير جامع؛ إذ لا يشمل هذا التعريف حقوق الله - تعالى -؛ لأنه لا يجوز أن يقال بأن حقوق الله - تعالى - مصلحة له ، فأدوانا لحقوقه تعالى لا ينفعه شيئا. (٢)

الاتجاه الثالث : يعرف الحق بأنه اختصاص: فقول في تعريفه: " اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفا ". (٣)، وقيل أيضا : " اختصاص ثابت في الشرع؛ يقتضي سلطة أو تكليفا لله - تعالى - على عباده، أو لشخص على غيره ". (٤)، وقيل أيضا : " اختصاص يقر به الشرع سلطة على شيء ، أو اقتضاء أداء من آخر؛ تحقيقا لمصلحة معينة ". (٥)

الاتجاه الرابع: تعريف الحق بالمصلحة والاختصاص: فقول هو : " كل مصلحة مختصة بصاحبها بإقرار الشارع واعترافه ". (٦). وقيل بأنه : " مصلحة ثابتة للشخص على سبيل الاختصاص والاستثناء يقرها المشرع

(٦) المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه د . محمد مصطفى شلبي - ط دار النهضة العربية - بيروت - ط ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م - ص: ٣٣١ .
(٧) الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده د. فتحي الدريني - ط مؤسسة الرسالة - بيروت - ط ١٤٠٤/٣ هـ - ١٩٨٤ م - ص: ١٨٨ ، الملكية في الشريعة الإسلامية د. عبد السلام العبادي ٩٨/١ ، الحق في الشريعة الإسلامية د. محمد طوموم - ط المكتبة المحمودية - القاهرة - ط ١٣٩٨ هـ - ص: ٢٤ وما بعدها .

(٥) المدخل الفقهي العام للشيخ مصطفى الزرقا - ط مطبعة طربين - دمشق - ط ١٣٨٧ هـ - ١٠/٣ .

(٦) الملكية في الشريعة الإسلامية د. عبد السلام العبادي ١٠٣/١ .
(١) الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده د. فتحي الدريني ص: ١٩١ .
(٢) المدخل لدراسة الفقه الإسلامي د. عبد الكريم زيدان - ط مؤسسة الرسالة - بغداد - ط ١٣٩٦ هـ - ص: ٢١٨ .

الحكيم " . (١). وقيل بأنه: "مصلحة يقرها الشرع لشخص على سبيل الاختصاص ويقرر لها الحماية". (٢)

التعريف المختار هو: "اختصاص ثابت شرعاً؛ لتحقيق مصلحة، يقتضي سلطة أو تكليفاً". فالاختصاص هو: جوهر الحق وميزته ، وقولنا : ثابت شرعاً : إشارة إلى أن مصدر الحق هو الشرع ، فحيث أقره الشارع ثبت ، وتحقيق المصلحة هي ثمرة الحق وغايته . وأما موضوعه : فهو ما يقتضيه من سلطة أو تكليف . (٣)

ثانياً : تعريف السياسة :

السياسة في اللغة: مصدر ساس الأمر سياسة أي: قام على الشيء بما يصلحه، وهي فعل السائس، والوالي يسوس الرعية، وهي كذلك بمعنى: الأمر والنهي

ومنه قولهم: سست الرعية أي: إذا أمرتها ونهيتها. (٤)

السياسية في الاصطلاح : لقد استعمل فقهاء المسلمين سابقاً كلمة السياسة بمعنيين: أحدهما خاص، والآخر عام، واصطلحوا على المقصود من كلمة السياسة بهذين المعنيين على النحو التالي:

المعنى الخاص للسياسة:

السياسة بهذا المعنى هي: من باب الزجر والتأديب وتغليظ العقوبة (١)، فيما ليس فيه عقوبة محددة من الشارع الحكيم، ويمكن أن تقع في

(٣) الحق في الشريعة الإسلامية د. محمد طوموم ص: ٣٦ .
(٤) المدخل لدراسة الفقه الإسلامي د. محمد الحسيني حنفي - ط دار النهضة العربية - القاهرة - ط ٣ / ١٩٧٤م - ص: ٣٠٦ .
(٥) الحق في الشريعة الإسلامية - بحث منشور في مجلة البحوث الإسلامية - مجلة دورية - تصدرها الرئاسة العامة لإدارة البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد - السعودية - العدد الأربعون - الإصدار : من رجب إلى شوال لسنة ١٤١٤ هـ - ٣٥٨/٤ .
(٦) العين للفراهيدي ٣٣٦/٧ ، تهذيب اللغة للأزهري ٩١/١٣ ، الصحاح للفرابي ٩٣٨/٣ ، معجم مقاييس اللغة للقرظيني ١١٩/٣ ، مختار الصحاح للرازي ص: ٣٢١ ، لسان العرب لابن منظور === ٦ / ١٠٨ ، القاموس المحيط للفيروز أباي ص: ٥٥١ ، المعجم الوجيز ص: ٣٢٨ - مادة: (س.أ.س).

المجتمع أو على الأفراد، ولم ينص عليها التشريع الإسلامي ولم يحددها بشكل لا يقبل الزيادة أو النقصان، ومن ثم فقد ترك أمرها لأولياء الأمور أن يجرموا ما يرون- بسبب الظروف- أنه ضار بمصالح الجماعة أو نظامها، وأن يضعوا ما يلزم من القواعد لتنظيمها وتوجيهها؛ ليعاقبوا على مخالفتها. (٢)

ولذلك عرفها الإمام علاء الدين الطرابلسي (٣) بقوله: "السياسة شرع مغلظ". (٤)

وعرفها الإمام ابن عابدين (٥) بقوله "تغليظ جنائية لها حكم شرعي، حسماً لمادة الفساد". (٦)

وقوله لها حكم شرعي: معناه أنها داخلة تحت قواعد الشرع وإن لم ينص عليها بخصوصها، فإن مدار الشريعة بعد قواعد الإيمان على حسم مواد الفساد لبقاء العالم. (٧)

(١) حاشية رد المحتار لابن عابدين على الدر المختار للحصفي شرح تنوير الأبصار للتمرتاش - ط دار الفكر - بيروت - ٢/١٤١٢ هـ - ١٩٩٢م - ١٥/٤.

(٢) نظام التجريم والعقاب في الإسلام مقارناً بالقوانين الوضعية المستشار علي منصور - ط مؤسسة الزهراء - المدينة المنورة - ط ١/١٣٩٦ هـ / ١٩٧٦م - ٦٧/١ وما بعدها، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي د. رمضان علي الشرنباصي - ط مطبعة الأمانة - مصر - ط ٢/١٤٠٣ هـ - ص: ٤٢٥، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي لمحمد أبي زهرة - ط دار الفكر العربي - القاهرة - (بدون) - ص: ٥٦ وما بعدها، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي المستشار عبد القادر عودة - ط مكتبة دار التراث - القاهرة - (بدون) - ١١٨/١ وما بعدها، ١٢٨ وما بعدها، مبدأ الشرعية الجنائية دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقه الجنائي الإسلامي د. عصام عفيفي عبد البصير - ط دار النهضة العربية - القاهرة - سنة ٢٠٠٣م - ص: ٩٧ .

(٣) الطرابلسي هو : أبو الحسن، علاء الدين علي بن خليل الطرابلسي، فقيه حنفي، كان قاضياً بالقدس، توفي سنة : ٨٤٤ هـ - ١٤٤٠م . (الأعلام للزركلي - ط دار العلم للملايين - بيروت - ط ١٥/٢٠٠٢م - ٤٨٦/٤ ، معجم المؤلفين لعمر كحالة - ط دار إحياء التراث العربي - بيروت == (بدون) - (٨٨/٧).

(١) معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام للطرابلسي - ط مصطفى الحلبي - القاهرة - ط ٢/١٣٩٣ هـ / ١٩٧٣م - ص: ٧٤.

(٢) ابن عابدين هو : محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي ، ولد بدمشق سنة ١١٨٩ هـ وتوفي بها سنة ١٢٥٢ هـ . (الأعلام للزركلي / ٦ / ٢٦٧ ، ٢٦٨).

(٣) حاشية ابن عابدين ١٥/٤ .

(٤) البحر الرائق لابن نجيم البحر الرائق لابن نجيم شرح كنز الدقائق للنسفي - ط دار الكتاب الإسلامي - ط ٢ - (بدون) - ١١/٥ ، حاشية ابن عابدين ١٥/٤ .

وهذا المعنى يحصر السياسة في إطار ضيق ولا يمثل إلا جانباً واحداً من جوانبها ، فقد تكون العقوبات أشكالاً مختلفة غير تغليظ العقوبة على حسب ما يراه الإمام من تخفيفها أو إرجائها أو ما إلى ذلك .
المعنى العام للسياسة:

- وهو متعلق بالمعنى العام الصادق على جميع ما شرعه الله -تعالى- لعباده من الأحكام الشرعية ، ولذا عرفها الفقهاء بتعريفات عدة : منها:
- عرفها الإمام ابن نجيم (١) بقوله: " فعل شئ من الحاكم لمصلحة يراها وإن لم يرد بذلك الفعل دليل جزئي ". (٢)
 - وعرفها الإمام ابن عابدين بأنها: " استصلاح الخلق بإرشادهم إلى الطريق المنجي في الدنيا والآخرة ". (٣)
 - وعرفها الإمام ابن تيمية (٤) بأنها : " التولي على القوم والتأمر عليهم ، وتأمير الأمراء ، وتعريف العرفاء ". (٥)
 - وعرفها الإمام ابن القيم (٦) بأنها: " ما كان من الأفعال بحيث يكون الناس معه أقرب إلى الصلاح وأبعد عن الفساد، وإن لم يشرعه الرسول - ﷺ - ولا نزل به وحي ". (١)

(٥) ابن نجيم هو : زين الدين بن إبراهيم بن محمد، الشهير بابن نجيم: فقيه حنفي، توفي سنة ٩٧٠ هـ. (الأعلام للزركلي ٦٤/٣ ، معجم المؤلفين لعمر كحالة ١٩٢/٤).

(١) البحر الرائق لابن نجيم ١١/٥ .

(٢) حاشية ابن عابدين ١٥/٤ .

(٣) ابن تيمية هو : تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد ابن تيمية الحراني، ولد يوم الاثنين ١٠ ربيع الأول سنة ٦٦١ هـ بحران ، وتوفي ليلة الاثنين ٢٠ ذي القعدة سنة ٧٢٨ هـ . (البدر الطالع بحاسن من بعد القرن السابع للشوكاني - ط دار الكتاب الإسلامي - القاهرة - (بدون) - ٦٣/١ ، شذرات الذهب في أخبار من ذهب لابن العماد - ط دار الكتب العلمية - (بدون) - ٧٦/٣ ، سير أعلام النبلاء لابن قايماز - ط مؤسسة الرسالة - بيروت - ط ١٤١٣ هـ - ١٥/٩ - ٢٨٨/٢٢)

(٤) الفتاوى الكبرى لابن تيمية - ط دار الكتب العلمية - ط ١٤٠٨ هـ / ١١٨/٥ - ١٩٨٧ م - ١١٨/٥ .

(٥) ابن القيم هو: أبو عبد الله شمس الدين محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد بن حريز بن مكي زين الدين الزرّيمي ثم المشقي الحنبلي. الشهير بابن القيم الجوزية، ولد في ٧ صفر سنة ٦٩١ هـ، وتوفي ليلة الخميس ١٣ رجب سنة ٧٥١ هـ، وله من العمر ستون سنة. (البدر الطالع للشوكاني ١٤٣/٢ ، الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة لابن حجر العسقلاني - ط دار الكتاب الحديث -)

- وعرفها الإمام ابن خلدون (٢) بأنها: " كفالة للخلق، وخلافة الله - تعالى - في العباد؛ لتنفيذ أحكامه فيهم، وأحكام الله - تعالى - في خلقه وعباده إنما هي بالخير ومراعاة المصالح كما تشهد به الشرائع". (٣)

- وفي الموسوعة الفقهية الكويتية هي: " العلم الذي يعرف منه أنواع الرياسات والسياسات المدنية والاجتماعية وأحوالها من أحوال السلاطين والملوك والأمراء وأهل الاحتساب والقضاء... وزعماء الأموال ووكلاء بيت المال ومن يجري مجراهم". (٤)

ومن خلال ما سبق أرى أن السياسة بمعناها العام: " العلم الذي يعرف منه كيفية تولي سلطات الدولة بجميع أنواعها وإدارة شئون الأمة في كل المجالات ورعاية مصالحها الداخلية والخارجية وممارسة ذلك من قبل الناخبين والمنتخبين وفق مرجعية الشريعة الإسلامية".

ثالثاً : تعريف الحقوق السياسية في النظام السياسي الإسلامي:

قيل في تعريف الحقوق السياسية: " تلك التي تتناول العلاقة بين الحاكم والمحكوم، وحق الرعية في حكم نفسها بنفسها ، وتشتمل على عدد

بدون -) ٢١/٤ وما بعدها ، المقصد الأرشد في ذكر أصحاب الإمام أحمد لابن مفلح - ط مكتبة الرشد- الرياض- ط ١ / ١٩٩٠م - ٨٤/٢) .

(٦) إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن قيم الجوزية - ط دار الكتب العلمية - بيروت - ط ١/١٤١١هـ - ١٩٩١م - ٢٨٣/٤ ، الطرق الحكيمة - لابن قيم الجوزية - ط دار البيان - (بدون) - ص: ١٢ .

(١) ابن خلدون : هو: عبد الرحمن بن محمد بن محمد، ابن خلدون أبو زيد، ولي الدين الحضرمي الإشبيلي، من ولد وائل بن حجر: الفيلسوف المؤرخ، العالم الاجتماعي البحاثة، أصله من إشبيلية، ومولده ومنشأه بتونس سنة ٧٣٢ هـ ، وتوفي بالقاهرة سنة ٨٠٨ هـ. (الأعلام للزركلي ٣/٣٣٠).

(٢) مقدمة ابن خلدون لابن خلدون- ط دار النهضة العربية - ط ٣ - (بدون)- ص: ٤٤٥ .
(٣) الموسوعة الفقهية الكويتية تصدرها وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - ط ذات السلاسل - الكويت - ط ١٤٠٨/٢هـ - ١٩٨٨م - ٢٩٥/٢٥ .

من المبادئ والقواعد التي نادى بها الأديان السماوية والمذاهب الوضعية
".(١)

وأرى أن الحقوق السياسية بمعناها الذي يتفق مع ما ذكر سابقا من

تعريف

الحق والسياسة هي: " اختصاص يسمح لصاحبه بممارسة المشاركة في
الحياة السياسية بإدارة شؤون الأمة ورعاية مصالحها وتولي سلطاتها العامة ؛
وفق مرجعية الشريعة الإسلامية".

المطلب الثاني

مفهوم السياسة في النظم الدستورية والقانونية المعاصرة.

أولا : تعريف الحق :

لقد اختلفت آراء القانونيين في تعريف الحق، وبيان مدلوله، وتحديد
ماهيته، وذهبوا في ذلك مذاهب شتى، ولم ينعقد الإجماع بينهم على وضع
تعريف للحق، حيث نظر كل منهم إلى الحق من منظور يختلف عن
الآخر، حيث ركز بعضهم اهتمامه على شخص صاحب الحق فنشأت نظرية
الإرادة، ومنهم من اهتم بمحل العقد أو موضوعه فنشأت نظرية
المصلحة، واتجه البعض الآخر إلى الجمع بين الاتجاهين السابقين فنشأت
نظرية الجمع بين الإرادة والمصلحة، ثم ظهر اتجاه رابع حديث ركز اهتمامه
في تعريف الحق على عنصري الاستئثار والتسلط، وركز اتجاه خامس أحدث
على إظهار التنوع الكبير في المراكز القانونية، وتحديد مضمونها
الموضوعية. (٢)

(٤) الحرية السياسية في الإسلام د. أحمد شوقي الفنجري - ط دار القلم - القاهرة - ط ٢ /
١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م - ص: ٩.

(١) النظرية العامة للحق د. شكري سرور - ط دار النهضة العربية - القاهرة - سنة ١٩٩٠م -
ص: ١٧ وما بعدها، المدخل إلى العلوم القانونية- نظرية الحق د. محمدي فريدة زواوي - ط
المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية- الجزائر- سنة ١٩٩٨م- ص: ٥ وما بعدها، النظرية العامة للحق
د. فتحي عبد الرحيم عبد الله، د. أحمد شوقي- ط منشأة المعارف- الإسكندرية- سنة ٢٠٠١م- ص:
٧ وما بعدها، المدخل إلى القانون- نظرية الحق- د. نبيل سعد إبراهيم- ط منشورات الحلبي

النظريات القديمة في تعريف الحق:

النظرية الأولى: المذهب الشخصي (النظرية الإرادية) تزعم هذا المبدأ الفقيه سافيني Savigny، وينظر إلى الحق من منظور شخصي أي بالنظر على صاحب الحق، فيعرف الحق بأنه: " قدرة أو سلطة إرادية تثبت للشخص ويستمدتها من القانون" ، فجعل هذا المذهب من الحق صفة تلحق صاحبه، لهذا سمي بالمذهب الشخصي.

وقد انتقدت هذه النظرية؛ بسبب أنها تربط الحق بالإرادة، بينما قد يثبت الحق للشخص دون أن تكون له إرادة كالمجنون والصبي غير المميز والجنين، كما قد تثبت للشخص حقوق دون علمه بها كالغائب والوارث الذي تنشأ له حقوق دون تدخله في ثبوتها، وكذلك الموصى له تنشأ له حقوق عن الوصية دون علمه بها، فالحق ينشأ ويثبت لصاحبه دون تدخل إرادته، أما استعمال هذا الحق فلا يكون إلا بالإرادة، ولذا فالصبي غير المميز لا يستعمل حقوقه إلا عن طريق نائبه (الولي أو الوصي)، فالمذهب الشخصي يبين كيفية استعمال الحق دون أن يعرفه، كما يتعارض تعريفه للحق باعتباره قدرة إرادية يخولها القانون لشخص معين مع المنطق؛ إذ من غير المنطق ومن غير المتصور أن يعرف أمر معين بما ينتج عن وجوده، فالقدرة تنشأ عن وجود الحق، فهي تعبر عن مضمونه، كما أن هذه النظرية انتقدت على أساس: أن هناك بعض الحقوق التي تنشأ لصاحبها دون أن يكون لإرادته دور فيها كالحقوق التي يكون مصدرها المسؤولية التقصيرية، فحق المضرور يثبت دون أن يكون لإرادته دخل فيه. (١)

الحقوقية- بيروت- ط ١ / ٢٠١٠م - ص: ٢٣ وما بعدها، المدخل للعلوم القانونية - نظرية الحق - محمد المعداوي- (بدون)- ص: ٦ وما بعدها، المدخل لدراسة القانون- نظرية الحق د. نزيه المهدي- ط دار النهضة العربية - سنة ١٩٩٨م- ٥ / ٢ وما بعدها، دروس في المدخل لدراسة القانون- نظرية الحق د. ياسر أحمد الصيرفي- ط سنة ١٩٩٦م - (بدون) - ٦ / ٢ وما بعدها، المدخل لدراسة القانون- نظرية الحق د. جلال محمد إبراهيم- (بدون)- ٧ / ٢ وما بعدها (١) النظرية العامة للحق د. شكري سرور ص: ١٧ وما بعدها، المدخل إلى العلوم القانونية- نظرية الحق د. محمدي فريدة زاوي ص: ٥ وما بعدها ، النظرية العامة للحق د. فتحي عبد الرحيم عبد

النظرية الثانية: المذهب الموضوعي (نظرية المصلحة) :رائد هذه النظرية الفقيه الألماني إيهرينغ Ihering ويعرف الحق بأنه: " مصلحة يحميها القانون"، فوفقا لذلك يتكون الحق من عنصرين: عنصر موضوعي وآخر شكلي . ويقصد بالعنصر الموضوعي: الغاية أو المصلحة التي تعود على صاحب الحق، وقد تكون هذه المصلحة مادية إذا كان الحق ماليا، وقد تكون معنوية إذا كان الحق غير ماليا. أما العنصر الشكلي: فيتمثل في الحماية القانونية التي يعتبرها ركنا من أركان الحق وهي ضرورية، وتتمثل في الدعوى القضائية التي يدافع بها صاحب الحق عن حقه.

ولقد انتقدت هذه النظرية أيضا؛ لأنها تعرف الحق بغايته، إلى جانب أنها تعتبر المصلحة معيارا من وجود الحق، بينما الحق ليس كذلك دائما، فإذا كان من المسلم به أن الحق يكون مصلحة فالعكس ليس صحيح، إلى جانب ذلك فالمصلحة أمر شخصي وذاتي يختلف من شخص إلى آخر، فالمصلحة التي يحصل عليها الشخص من نفس الشيء قد تختلف من شخص إلى آخر حسب هدف كل واحد من الشيء وإذا طبقنا هذه النظرية فالحماية تختلف وتتنوع باختلاف فائدة الأشخاص؛ مما يؤدي إلى استعصاء تنسيق القواعد القانونية وتوحيدها، وإذا كان هدف الحق هو المصلحة، فيجب تحديد إطارها؛ لأن القانون لا يحمي إلا المصالح ذات القيمة الاجتماعية الأصلية، والحقيقة أن هذا المذهب لم يعرف الحق وإنما عرف هدفه وما يترتب عليه من حماية قانونية، كما انتقدت هذه النظرية باعتبارها الحماية

الله ، د. أحمد شوقي ص: ٧ وما بعدها ، المدخل إلى القانون - نظرية الحق- د. نبيل سعد إبراهيم ص: ٢٣ وما بعدها ، المدخل للعلوم القانونية - نظرية الحق د. محمد أحمد المعداوي ص: ٦ وما بعدها ، المدخل لدراسة القانون - نظرية الحق د. نزيه المهدي ٥ / ٢ وما بعدها ، دروس في المدخل لدراسة القانون - نظرية الحق د. ياسر أحمد الصيرفي ٦ / ٢ وما بعدها، المدخل لدراسة القانون - نظرية الحق د. جلال محمد إبراهيم ٧ / ٢ وما بعدها، مبادئ = القانون د. أحمد عبد الحميد عشوش د. سعيد فهمي صادق - ط سنة ٢٠٠١م - (بدون)- ص: ٢٦١، النظرية العامة للحق د. عمر السيد عبد الله - ط سنة ٢٠٠٤م - (بدون) - ص: ١٦ ، النظرية العامة للحق د. ياسين محمد يحيى - ط سنة ١٩٩٠م - (بدون) - ص: ١٧.

القانونية عنصرا من عناصر الحق، إلا أنه لا يمكن اعتبارها كذلك في جميع الأحوال؛ إذ الحماية تأتي بعد نشأة الحق. (١)

النظرية الثالثة: المذهب المختلط: يعرف أصحاب هذا المذهب الحق بأنه: "سلطة إرادية وهو في ذاته مصلحة يحميها القانون". فيعرف الحق بالقدرة الإرادية المعطاة لشخص في سبيل تحقيق مصلحة يحميها القانون.

وقد تعرضت هذه النظرية لعدة انتقادات، والتي وجهت للنظريتين السابقتين معا؛ لأن التعريف يعتد بهما معا، حيث لا تجتمع السلطة الإرادية والمصلحة لدى نفس الشخص، فإن مقتضى النظريات المختلطة عدم ثبوت الحق لأحد، كما لو كانت المصلحة ثابتة لعديم الأهلية بدون السلطة الإرادية، بينما تثبت هذه السلطة لثبته دون أن تتوافر فيه المصلحة المقصودة، كما يعاب على هذا التعريف: عدم تحديده لجوهر الحق. (٢)

النظريات الحديثة في تعريف الحق :

النظرية الأولى: نظرية دابان Dabin: نتيجة للانتقادات الموجهة

للنظرية السابقة ظهرت نظرية أخرى وهي النظرية الحديثة في تعريف

(١) النظرية العامة للحق د. شكري سرور ص: ١٧ وما بعدها، المدخل إلى العلوم القانونية- نظرية الحق د. محمدي فريدة زواوي ص: ٦ وما بعدها ، النظرية العامة للحق د. فتحي عبد الرحيم عبد الله ، د. أحمد شوقي ص: ٧ وما بعدها ، المدخل إلى القانون - نظرية الحق- د. نبيل سعد إبراهيم ص: ٢٦ وما بعدها ، المدخل للعلوم القانونية - نظرية الحق - د. محمد أحمد = المعداوي ص: ٦ وما بعدها ، المدخل لدراسة القانون - نظرية الحق د. نزيه المهدي ٥ / ٢ وما بعدها ، دروس في المدخل لدراسة القانون - نظرية الحق د. ياسر أحمد الصيرفي ٦ / ٢ وما بعدها، المدخل لدراسة القانون - نظرية الحق د. جلال محمد إبراهيم ٧ / ٢ وما بعدها ، مبادئ القانون د. أحمد عبد الحميد عشوش د. سعيد فهمي صادق ص: ٢٦١ ، النظرية العامة للحق د. عمر السيد عبد الله ص: ١٦ ، النظرية العامة للحق د. ياسين محمد يحيى ص: ١٧.

(١) النظرية العامة للحق د. شكري سرور ص: ١٧ وما بعدها، المدخل إلى العلوم القانونية- نظرية الحق د. محمدي فريدة زواوي ص: ٦ وما بعدها ، النظرية العامة للحق د. فتحي عبد الرحيم عبد الله ، د. أحمد شوقي ص: ٧ وما بعدها ، المدخل إلى القانون - نظرية الحق- د. نبيل سعد إبراهيم ص: ٢٨ وما بعدها ، المدخل للعلوم القانونية - نظرية الحق - د. محمد أحمد المعداوي ص: ٧ ، المدخل لدراسة القانون - نظرية الحق د. نزيه المهدي ٥ / ٢ وما بعدها ، دروس في المدخل لدراسة القانون - نظرية الحق د. ياسر أحمد الصيرفي ٦ / ٢ وما بعدها، المدخل لدراسة القانون - نظرية الحق د. جلال محمد إبراهيم ٧ / ٢ وما بعدها، مبادئ القانون د. أحمد عبد الحميد عشوش د. سعيد فهمي صادق ص: ٢٦١ ، النظرية العامة للحق د. عمر السيد عبد الله ص: ١٦ ، النظرية العامة للحق د. ياسين محمد يحيى ص: ١٧.

الحق، وحمل لواءها الفقيه البلجيكي دابان Dabin، وتأثر بها أغلب الفقهاء، يعرف أصحاب هذا المذهب الحق بأنه: "ميزة يمنحها القانون لشخص ما ويحميها بطريقة قانونية، ويكون له بمقتضاها الحق في التصرف متسلطاً على المال معترف له بصفته مالكا أو مستحقاً له". (١)

النظرية الثانية : نظرية روبييه Roubier: فقد اقترح تحديد نطاق الحق على نحو ضيق؛ ليحفظ للفكرة تجانسها وفكرتها، وتقوم هذه النظرية على التفريق بين القاعدة القانونية والمركز القانوني.

فالقاعدة القانونية تمتاز بأنها عامة ومجردة وملزمة، وتتضمن أحكاماً معينة من أجل الموازنة بين المصالح المتقابلة في سبيل تحديد المراكز القانونية لأصحابها.

ويمتاز المركز القانوني بخصائص ثلاث وهي: بالمشروعية: وتعني تطابق المركز القانوني مع القواعد القانونية. وباحترام الغير: ويعني أن يكون المركز القانوني حجة على الغير الذي يمكن أن يكون شخصاً معيناً أو الناس كافة. وبالحماية القانونية.

ويترتب على ذلك أن المركز القانوني هو: مجموعة من القدرات والواجبات المتقابلة التي يقرها القانون من أجل مواجهة المصالح المتقابلة للأشخاص، وتختلف نوعية هذه القدرات والواجبات باختلاف المراكز القانونية، وسبب اختلاف هذه القدرات والواجبات هو: اختلاف المصالح التي تقرها، فهي إما أن تكون مصالح ذاتية فردية، وإما مصالح غير ذاتية جماعية.

(١) النظرية العامة للحق د. شكري سرور ص: ١٧ وما بعدها، المدخل إلى العلوم القانونية- نظرية الحق د. محمدي فريدة زاوي ص: ٨ وما بعدها، النظرية العامة للحق د. قنحي عبد الرحيم عبد الله، د. أحمد شوقي ص: ٧ وما بعدها، المدخل إلى القانون - نظرية الحق د. نبيل سعد إبراهيم ص: ٢٩ وما بعدها، المدخل للعلوم القانونية - نظرية الحق - د. محمد أحمد المعداوي ص: ٧ وما بعدها، المدخل لدراسة القانون - نظرية الحق د. نزيه المهدي ٥ / ٢ وما بعدها، دروس في المدخل لدراسة القانون - نظرية الحق د. ياسر أحمد الصيرفي ٦ / ٢ وما بعدها، المدخل لدراسة القانون - نظرية الحق د. جلال محمد إبراهيم ٧ / ٢ وما بعدها.

واستطاعت هذه النظرية أن تتلافى الانتقادات التي وجهت إلى نظرية الفقيه دابان، كما يعود لها الفضل في إظهار التنوع الكبير في المراكز القانونية، وتحديد مضمونها الموضوعية. (١)

ثانياً : تعريف السياسة:

للسياسة مفهوم شامل واسع لا ينبغي حصره في علم واحد، بل ينبغي ربطه بجميع العلوم مما لها علاقة بها؛ ولقد تناول عدد من الباحثين مفهوم السياسة واختلفت رؤاهم وتصوراتهم لمفهومها بحسب العوامل والمؤثرات المحيطة بها، واتجهوا اتجاهات عديدة، وبذلوا محاولات كبيرة للتعريف بها والعمل على حسب ما يروه صالحاً وشاملاً لمفهومها الذي يواكب العصر، فنتج عن اختلافات واسعة وتوجهات عدة لكل منها وجهة نظر حول مفهوم السياسة وما يتعلق بها، ولا يمكن لأي باحث أن يحصيها؛ لكثرتها وتباين اتجاهات القائمين بها، ومن ثم جاءت تعريفاتهم لها على حسب الاتجاهات التالية: (٢)

الاتجاه الأول : تعريف السياسة بمفهومها وشكلها العام :

السياسة عند أصحاب هذا الاتجاه هي عبارة عن: سلوك ونشاط بشري يمارسه الأشخاص فرادى ومجتمعين وإطار هذه النشاط هو المجتمع، فهي ظاهرة اجتماعية، وكل ظاهرة اجتماعية تأتي تعبيراً عن ذلك

(١) المدخل إلى القانون - نظرية الحق د. نبيل سعد إبراهيم ص: ٣٣ وما بعدها، الموسوعة القانونية المتخصصة - ط دار الفكر - دمشق - (بدون) - المجلد الثالث - ص: ٢٣٦ .

(٢) أيديولوجية الصراع السياسي- دراسة نظرية القوة د. عبد الرحمن خليفة- ط دار المعرفة الجامعية - الإسكندرية- ط ١٩٩٩/١م - ص: ٢٧ وما بعدها، الأساس في العلوم السياسية د. قحطان أحمد الحمداني ص: ٢٥ وما بعدها ، أبجديات في علم السياسة د. أحمد عبد الظاهر - ط مؤسسة حماد - الأردن - سنة ١٩٩٤م - ص: ١٩، إلى علم السياسة د. يوسف شعبان - ط دار ابن خلدون - غزة - ط ١ - (بدون) - ص: ١٠، مبادئ علم السياسة د. نظام بركات، د. عثمان الرواف ، د. محمد الحلوة - ط مكتبة العبيكان - السعودية - ط ١٩٩٩/١م - ص: ١٥ وما بعدها، في علم السياسة الإسلامي د. عبد الرحمن خليفة - ط دار المعرفة الجامعية - الإسكندرية - ط ١/ ١٩٨٨م - ص: ٣٧ وما بعدها، موسوعة السياسة د. عبد الوهاب الكيالي - ط المؤسسة العربية للدراسات والنشر - بيروت - (بدون) - ٣/٣٦٢ وما بعدها ، مدخل إلى علم السياسة د. عصام سليمان - ط دار النضال للنشر والتوزيع - بيروت - ط ١٩٨٩/٢م - ص: ٧ وما بعدها .

الجوهر فهي سياسة، والمجتمع لا يشكل إطار النشاط السياسي وحسب بل يعتبر النشاط التي يعطيها هذا النشاط شكلا معيناً ، فالسياسة بهذا المعنى تعني : تنظيم المجتمع وتحقيق وحدتها وتدعيمها وسن القوانين والقواعد الحقوقية التي يركز عليها وتطبيقها ، كما تعني تعديل وتطوير كل هذا وفقاً للتبدلات الحاصلة في الزمان والمكان؛ بغية تحقيق الغاية التي تطمح السياسة إليها ، فبالسياسة يمكن للإنسان أن يحول المجتمع، فهي ليست حكراً على الحكام بل تتعداهم إلى الفئات الأخرى من المجتمع . (١)

والسياسة بهذا المعنى تتسع وتضيق، فقد عرفوها بالمعنى والواسع على أنها : " مجموعة الظواهر والحركات التي تتناول صلاة الأفراد بالجماعات ، وصلة الجماعات ببعضها البعض ، وفي قمتها الدولة، وهي تبدأ من الفرد، فالأسرة، فالقبيلة، فالعشيرة، فالدولة، فالمنظمات الدولية، فأسرة الدول ". (٢)، وقيل بأنها : " القيام على الجماعة بما يصلحها في حدود مفاهيمها الأخلاقية من خلال الممارسة الفعلية لمسئولية عامة رسمية أو غير رسمية تثبتق من صميم الجماعة ككل وتهتم بشؤونها المتجسدة في الدولة والحكومة والقانون ". (٣)، وقيل بأنها: " النشاط الاجتماعي الفريد من نوعه، الذي ينظم الحياة العامة، ويضمن الأمن، ويقيم التوازن والوفاق - من خلال القوة الشرعية والسيادة - بين الأفراد والجماعات المتنافسة والمتصارعة في وحدة الحكم المستقلة على أساس علاقات القوة، والذي يحدد أوجه المشاركة في السلطة بنسبة الإسهام والأهمية في تحقيق الحفاظ على النظام الاجتماعي وسير المجتمع ... ". (٤)

(١) مدخل إلى علم السياسة د. عصام سليمان ص: ٩ ، النظرية السياسية د. محمد طه بدوي - ط المكتب المصري الحديث - الإسكندرية - سنة ١٩٨٦م - ص: ٢٤ وما بعدها.

(٢) بحوث في السياسة د. أحمد سويلم العمري - ط جامعة القاهرة - القاهرة - سنة ١٩٥٣م - ص: ٤.

(٣) مقدمة في علم السياسة د. هشام آل شاوي - ط مؤسسة دار الكتب - الموصل - سنة ١٩٧٠م - ص: ٧.

(٤) موسوعة السياسة د. عبد الوهاب الكيالي ٣/٣٦٢ .

ويشمل هذا التوسع جميع السياسات: بدأ من السياسة الخاصة أو المنزلية والمتصلة بتدبير شئون الأسرة الداخلية والخارجية وأمر البيت وما يتعلق به ... والسياسة الذاتية ومردّها معرفة الإنسان وأخلاقه وسلوكه والسياسة العامة وهي كل ما يتعلق بأمر الدولة وتدبير شئونها والنظر في كل ما يخص مصالح الشعب ومشاركته في الحياة السياسية ... (١)

أما السياسة بمعناها الضيق فهو محصور في: ممارسة السلطة في الدولة ومؤسساتها والعلاقات بين الدول والمنظمات السياسية؛ من منطلق كون الدولة صاحبة السيادة بخلاف سلطة الفرد والأسرة والقبيلة ... ولذلك قيل في تعريفها بأنها: " الدراسة الخاصة بالدولة وأهدافها ومؤسساتها التي تسمح بتحقيق وجودها الفعلي والعلاقات التي تنشأ بينها وبين الأفراد الذين ينتسبون إلى دولة أخرى والأفكار التي يصوغونها بصددها " . (٢) ، وقيل بأنها: " كل ما يتعلق بحكومات الدول " . (٣)

الاتجاه الثاني : تعريف السياسة كعلم :

السياسة عند أصحاب هذا الاتجاه: ظاهرة اجتماعية لها قوانينها العلمية وإن لم ترتقي لظاهرة العلوم الطبيعية، ويمكن إخضاع هذه الظاهرة السياسية لأساليب البحث العلمي ومناهجه واستخدام المتغيرات وبالتالي يمكن التنبؤ بما سيكون كنتائج الانتخابات وإمكانية قيام ثورات وانقلابات ومدى الاستقرار السياسي وتطور

الأحداث... (٤)

(٢) علم السياسة بين النظرية والمعاصرة د. محمد نصر مهنا ، د. عبد الرحمن الصالحي - ط منشأة المعارف الإسكندرية - سنة ١٩٨٥م - ص: ١٣ وما بعدها، الأساس في العلوم السياسية د. قحطان أحمد الحمداني - ط دار مجدلاوي للنشر والتوزيع - الأردن - ط ١ / ١٤٢٥هـ / ٢٠٠٤م - ص: ٢٧ وما بعدها.

(٣) الأساس في العلوم السياسية د. قحطان أحمد الحمداني ص: ٣٠ .

(٤) الأساس في العلوم السياسية د. قحطان أحمد الحمداني ص: ٣١ .

(١) الأساس في العلوم السياسية د. قحطان أحمد الحمداني ص: ٣٤ .

وبناء على ذلك: فقد أكد كثيرون على علمية السياسة وارتباطها بالسلطة والدولة، ولذلك قيل إن علم السياسة هو: "علم الدولة"؛ لأن الدولة هي الجهاز الرئيسي والأساسي الذي يدير التفاعلات السياسية، لذلك فالدولة جوهر السياسة. (١) وقيل هو: "العلم الذي يقوم عليه نظام الحكم وكيفية تنظيم العلاقة بين الحاكمين والمحكومين في داخل مجتمع ما، ويعني بمفهومها الضيق كيان الحكومة في مجتمع خاص هو شعب الدولة". (٢)، وقيل هو: "علم دراسة الحكومة ودراسة عملية ممارسة السلطة السياسية ودراسة المؤسسات السياسية والسلوك السياسي". (٣)

الاتجاه الثالث: تعريف السياسة كفن:

السياسة عند أصحاب هذا الاتجاه تعني: ممارسة السلطة، وهذه الممارسة تتطلب كفاءة وبراعة في السلوك السياسي، فهي بذلك فن الاستخدام وكيفية الممارسة ودرجات النجاح والفشل، وهي بذلك تتطلب: مجموعة من المهارات السياسية التي يجب أن تتحقق عند كل من يضطلع بمهمة ممارسة الحكم، وهذه المهارات تكتسب من خلال الخبرة العملية مع توافر مميزات أو خصائص فريدة تمكنه من ممارسة مهامه كما تحتاج إلى الحكمة العملية. (٤)

ولذلك قيل إن السياسة هي: "فن ممارسة القيادة والحكم وعلم السلطة أو الدولة، وأوجه العلاقة بين الحاكم والمحكوم". (٥)، وقيل بأنها: "فن مرتبط ارتباطاً وثيقاً بالسياسة من ناحية وبعلم السياسة من ناحية أخرى". (٦)، وقيل

(٢) علم السياسة د. إبراهيم درويش - ط دار النهضة العربية - القاهرة - سنة ١٩٧٥م - ص: ٢٥.
(٣) علم السياسة بين النظرية والمعاصرة د. محمد نصر مهنا، د. عبد الرحمن الصالحي ص: ٧.
(٤) الأساس في العلوم السياسية د. قحطان أحمد الحمداني ص: ٣٦.
(٥) السياسة بين النظرية والتطبيق د. محمد علي محمد، د. علي عبد المعطي محمد - ط دار النهضة العربية - سنة ١٩٨٥م - ص: ٢١، الأساس في العلوم السياسية د. قحطان أحمد الحمداني ص: ٣٧.

(١) موسوعة السياسة د. عبد الوهاب الكيالي ٣/٣٦٢.
(٢) مقدمة في علم السياسة د. هشام آل شاوي ص: ١٣.

بأنها: " فن الممكن "، وهو تعبير صحيح ؛ لأن السياسة لا تعني الربح المطلق ولا الخسارة المطلقة وإنما تحقيق ما يمكن تحقيقه من مصالح وتحمل أقل الخسائر . (١)

الاتجاه الرابع : تعريف السياسة كقدرة وقوة وعلاقات صراع :

السياسة عند أصحاب هذا الاتجاه تتركز على: علاقات القدرة والقوة والصراع بين المتنافسين على السلطة باختلاف مستوياتها السياسية، فمعظم التعريفات الحديثة للسياسة تنحى نحو الاعتراف بأن السياسة ما هي سوي صراع حول طبيعة الحياة والعلاقة بين مصالح الجماعات، وهنا يمكن القول بأن الصراع والقوة هما العنصران الرئيسيان في تعريف السياسة، ومن ثم أكد كثيرون على أهمية القوة، فالفعل السياسي: هو ذلك الذي يتم عن طريق القوة، وجوهر العمل السياسي: هو تحقيق الانسجام بين الإرادات المتصارعة. (٢)

وفي الحقيقة أن القدرة تشمل القوة ؛ لأنها أشمل من كل أنواع التأثير ، فالقدرة هي الإمكانية القائمة على كل الجوانب السياسية والاقتصادية والعسكرية والثقافية والعلمية والتكنولوجية وكذلك القدرة الشخصية للسياسي أو الحاكم ، ومن المؤكد أن القدرة على ممارسة التأثير والضغط داخل الدولة هي قدرة اكرائية ملزمة للمحكومين وهي على الصعيد الخارجي إمكانية التأثير والردع والتهديد باستخدام القوة والعنف في حالة عدم الانصياع لإرادته، إلى جانب القدرة المادية هناك القدرة المعنوية أي قدرة الشخص على التأثير بحكم شخصيته وتمكنه من إقناع الآخرين أو تحييد أعمالهم ، وتكون المكونات الشخصية مزيجا من العلم والمعرفة والتماسك

(٣) الأساس في العلوم السياسية د. قحطان أحمد الحمداني ص: ٣٨. نقلا عن الرئيس الأمريكي الأسبق جونسون .

(٤) أيديولوجية الصراع السياسي- دراسة نظرية القوة د. عبد الرحمن خليفة ص: ٢٧ وما بعدها.

والقدرة على فرض الحب والاحترام لدى الآخرين . (١)

الاتجاه الخامس : تعريف السياسة كعقيدة :

السياسة عند أصحاب هذا الاتجاه تركز على: مذهب وعقيدة الدولة أي كونها اشتراكية أو رأسمالية أو طبقية ... ومن ثم توجيه السياسة نحوه .
(٢)

الاتجاه السادس : تعريف السياسة كسلوك :

يحاول أصحاب هذا الاتجاه صياغة تعريف للسياسة يشتمل على أنواع السلوك المختلفة التي يعتقد بأنها ذات طبيعة سياسية؛ انطلاقاً من أن السلوك هو البحث المنظم عن تعميمات أو قوانين عامة عن طريق صياغة النظريات التجريبية والتحليل التقني وإثباتها من أجل تحقيق ذلك الغرض؛ وتطبيقاً لهذه التوجه عرف البعض السياسة بأنها: "السلوك البشري الذي يصدر من الحكومة ومؤسساتها ونشاطاتها المختلفة" ، أو أنها: "الطريقة التي تعالج بها المجتمعات البشرية مشاكلها والوسائل التي تتبعها في التغلب على الصعوبات التي تنشأ وهي تسعى إلى تحقيق أهدافها" ، أو أنها: "السلوك المتعلق بمؤسسات وعمليات الحكم" ، أو أنها: "العملية التي تتعامل بمقتضاها الجماعة البشرية مع مشكلاتها وصولاً إلى أهدافه . (٣)

ويبدو من التوجهات السابقة: أنه لا تناقض بين هذه التعريفات حيث

إن السياسة ما هي إلا مجرد ظاهرة شاملة تتسع لهذه الآراء جميعاً . (٤)

(١) علم السياسة د. حسن صعب - طدار العلم للملايين- بيروت سنة ١٩٩٧م- ص: ١٤٠ وما بعدها، الأساس في العلوم السياسية د. قحطان أحمد الحمداني ص: ٣٩ .

(٢) الأساس في العلوم السياسية د. قحطان أحمد الحمداني ص: ٤٣ .

(٣) أيديولوجية الصراع السياسي- دراسة نظرية القوة د. عبد الرحمن خليفة ص: ٢٧ وما بعدها، موسوعة العلوم السياسية - منشورات جامعة الكويت- سنة ١٩٩٤م- ١/ ١٠٢ .

(٤) أيديولوجية الصراع السياسي- دراسة نظرية القوة د. عبد الرحمن خليفة ص: ٢٧ وما بعدها.

- ثالثاً: مفهوم الحقوق السياسية في النظم الدستورية والقانونية المعاصرة:
- بناء على ما سبق فقد عرفت الحقوق السياسية بتعريفات عديدة: منها:
- أنها: "الحقوق التي يكتسبها الشخص؛ باعتباره عضواً في هيئة سياسية". (١)
 - وقيل بأنها: "تلك الحقوق التي تثبت للفرد باعتباره مواطناً في دولة معينة، وتخول له المساهمة في حكم الدولة". (٢)
 - وقيل بأنها: "تلك التي يقررها القانون لشخص؛ ليشارك في النظام السياسي للجماعة". (٣)
 - وقيل بأنها: "تلك الحقوق التي تثبت للشخص بصفته عضواً في جماعة سياسية؛ بقصد المشاركة في حكم هذه الجماعة". (٤)
 - وقيل بأنها: "الحقوق التي تسمح للمواطنين بالمشاركة في ممارسة السلطة في الدولة". (٥)
 - وقيل بأنها: "التي تتناول العلاقة بين الحاكم والمحكوم وحق الرعية في حكم نفسها بنفسها". (٦)
 - وقيل بأنها: "سلطات تقررها فروع القانون العام لبعض الأشخاص؛ لتمكينهم من القيام بأعمال معينة يشتركون بها في إدارة شئون المجتمع السياسية". (١)

(١) أصول القوانين د. عبد الرازق السنهوري - ط منشأة المعارف - الإسكندرية - (بدون) ص: ٢٦٢.
 (٢) مقدمة الدراسات القانونية د. محمود جمال الدين زكي - ط دار النهضة العربية - القاهرة - سنة ١٩٩٥م - ص: ٢٦٥.
 (٣) مدخل لدراسة القانون د. عبد الناصر العطار - ط مطبعة السعادات - القاهرة - سنة ١٤٠٠هـ - ص: ٣٦٦.
 (٤) النظرية العامة للحق د. عبد المنعم البدر اوي - ط دار النهضة العربية - القاهرة - سنة ١٩٦٦م - ص: ٤٥١، المدخل إلى القانون - نظرية الحق د. نبيل سعد إبراهيم ص: ٤٢.
 (٥) الوسيط في القانون الدستوري د. زهير شكر - ط المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع - ط ١٩٩٤م - ١/٤٥١.
 (١) الحماية الجنائية للحقوق السياسية - دراسة مقارنة بين التشريعين الفرنسي والمصري - د. حسني قمر - ط دار الكتب القانونية - الإسكندرية - سنة ٢٠٠٦م - ص: ٣.

- وقيل بأنها: " تلك الحقوق التي تسمح للأفراد بالمشاركة في الحياة السياسية وفي التعبير عن السيادة الشعبية وممارستها " . (٢)
إذن الحقوق السياسية هي " ما يقرر للفرد باعتباره مواطناً في دولة معينة؛ يمكنه من ممارسة المشاركة في الحياة السياسية بالمساهمة في حكم هذه الدولة وإدارة شؤونها". (٣)

وتتميز الحقوق السياسية بالخصائص الآتية:

١. تقتصر الحقوق السياسية على الوطنيين فقط لأنها تثبت للفرد باعتباره عضواً في جماعة سياسية معينة لتمكينه من المشاركة في حكم هذه الجماعة، وعلى ذلك لا يعقل أن يشارك الأجانب عن الوطن في حكمه أو إدارة شؤونه. ومع ذلك تجيز بعض الدول الأوربية للأجنبي المقيم مدة معينة أن يترشح لعضوية المجالس البلدية، أو ينتخب أعضائها.

٢. لا تثبت الحقوق السياسية للوطنيين بصورة مطلقة، فهي لا تثبت لجميع الوطنيين بل للذين تتوافر فيهم شروط معينة محددة مسبقاً في

(٢) المدخل لدراسة العلوم القانونية د. عبد القادر الفار - ط دار الثقافة - عمان - ط ١/ ١٩٩٩ ص: ١٣٨.
(٣) مبادئ النظم السياسية د. محمد رفعت عبد الوهاب - ط منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - سنة ٢٠٠٢م - ص: ٢١٠.
(٤) مبادئ الأنظمة السياسية د. مصطفى أبو زيد فهمي - ط منشأة المعارف - الإسكندرية - سنة ١٩٨٤م - ص: ١٤٤ وما بعدها، النظم السياسية د. ثروت بدوي - ط دار النهضة العربية- القاهرة - سنة ١٩٦٤م - ص: ٤١١ وما بعدها، الموسوعة السياسية د. عبد الوهاب الكيالي ٥٥٣/٢ وما بعدها ، النظم السياسية القانون الدستوري د. عبد الغني بسيوني عبد الله - ط منشأة المعارف - الإسكندرية - سنة ١٩٩٧م - ص: ٢٣٤، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري د. نعمان أحمد الخطيب - ط دار الثقافة - الأردن - ط ١٤٣٢ / ٧ هـ / ٢٠١١م - ص: ٢٤١ وما بعدها ، النظرية العامة للحق د. شكري سرور ص: ٣٩ وما بعدها، نظرية الحق د. جلال محمد إبراهيم ١٩/٢ وما بعدها، المدخل للعلوم القانونية - نظرية الحق د. محمد أحمد المعداوي ص: ١٠ وما بعدها، الوسيط في القانون الدستوري د. زهير شكر ١٤٥/١، المدخل إلى القانون - نظرية الحق د. نبيل سعد إبراهيم ص: ٤٢ وما بعدها، مبادئ النظم السياسية د. محمد رفعت عبد الوهاب ص: ٢١٠ وما بعدها، المدخل لدراسة العلوم القانونية د. عبد القادر الفار = ص: ١٣٨ وما بعدها ، الحماية الجنائية للحقوق السياسية د. حسني قمر ص: ٣ ، المدخل لدراسة العلوم القانونية د. عبد القادر الفار ص: ١٣٨ .

القانون، فحق التشريع مقيد بتوافر سن معينة، وتولي الوظائف العامة مقيد بشروط التوظيف التي ينص عليها القانون.

٣. لا تقوم الحقوق السياسية بمال، أي إنها حقوق غير مالية، وبالتالي لا يجوز التصرف بها أو التنازل عنها أو سقوطها بالتقادم. (١)

المطلب الثالث

الموازنة بين النظام الإسلامي والنظم الدستورية والقانونية

في مفهوم الحقوق السياسية

تتفق النظم الدستورية والقانونية مع النظام السياسي الإسلامي في أن: الحقوق السياسية تكون من خلال المشاركة في الحياة السياسية بممارسة إدارة شؤون الأمة وتولي سلطاتها العامة ورعاية مصالحها الداخلية والخارجية . وتختلف معه في كيفية ممارسة هذه الحقوق، فمن ذلك على سبيل المثال :

١. الهدف من العمل السياسي عامة في النظام الإسلامي هو: تحقيق العدل ورفع الظلم والبعد عن المصالح الشخصية للأفراد أو للجماعات، فهي موضوعة لحراسة وإقامة الدين والدنيا، أما النظم المعاصرة فهي تهتم أكثر بالمصالح الشخصية وتوطيد أركان حكمها وسلطانها في البلاد والعباد بأي طريقة من الطرق مهما كلفها ذلك.

(١) أصول القوانين د. عبد الرازق السنهوري ص: ٢٦٢ ، النظم السياسية د. ثروت بدوي ص: ٤١١ وما بعدها، الموسوعة السياسية د. عبد الوهاب الكيالي ٥٥٣/٢ وما بعدها، النظم السياسية القانون الدستوري د. عبد الغني بسيوني عبد الله ص: ٢٣٤، النظرية العامة للحق د. شكري سرور ص: ٣٩ وما بعدها، نظرية الحق د. جلال محمد إبراهيم ١٩/٢ وما بعدها، المدخل للعلوم القانونية - نظرية الحق د. محمد أحمد المعداوي ص: ١٠ وما بعدها، المدخل إلى القانون - نظرية الحق د. نبيل سعد إبراهيم ص: ٤٢ وما بعدها، مبادئ النظم السياسية د. محمد رفعت عبد الوهاب ص: ٢١٠ وما بعدها، المدخل لدراسة العلوم القانونية د. عبد القادر الفار ص: ١٣٨ وما بعدها، مدخل لدراسة القانون د. عبد الناصر العطار ص: ٣٦٦، مقدمة الدراسات القانونية د. محمود جمال الدين زكي ص: ٢٦٥، النظرية العامة للحق د. عبد المنعم البدر اوي ص: ٤٥١ ، الحرية السياسية د. أحمد شوقي الفنجري ص: ٩ ، الحماية الجنائية للحقوق السياسية د. حسني قمر ص: ١٨، المدخل لدراسة العلوم القانونية د. عبد القادر الفار ص: ١٣٨ .

٢. الجانب الأخرى في النظم الدستورية والقانونية المعاصرة مهمل لا أهمية له بخلاف النظام السياسي الإسلامي، فالسياسة في النظم المعاصرة تهتم بأسلوب إدارة المؤسسات واتخاذ القرارات وكيفية الوصول إلى السلطة والحكم دون النظر إلى ما يترتب على فعل ذلك من ثواب أو عقاب في الآخرة، أما السياسة في النظام الإسلامي تهتم بما يتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية والتي من شأنها أن تبين ما يترتب على فعلها من الثواب والعقاب في الدنيا والآخرة.

المبحث الأول

أنواع الحقوق السياسية

مما لا شك فيه أن الحقوق السياسية ما قررت؛ إلا لتحقيق غاية معينة ألا وهي: السماح للأفراد بالمشاركة في حكم هذه الدولة أو المساهمة في إدارة شؤونها، وأهم هذه الحقوق: حق الترشيح، وحق الانتخاب، وحق الاستفتاء، وحق تولي الوظائف العامة، وهذه الحقوق ينظمها القانون العام وعلى الأخص القانون الدستوري ولهذا تسمى أيضاً بالحقوق الدستورية، وهذه الحقوق هي واجب وحق بآن واحد. (١)

وفيما يلي بيان أهم هذه الحقوق:

١. حق الترشيح :

الترشيح كمصطلح يعتبر من المصطلحات المعاصرة؛ ولذلك لا يوجد له تعريف دقيق في الفقه الإسلامي، إلا أن تاريخ النظام السياسي

(١) مبادئ الأنظمة السياسية د. مصطفى أبو زيد فهمي ص: ١٤٤ وما بعدها، النظم السياسية د. ثروت بدوي ص: ٤١١ وما بعدها، الموسوعة السياسية د. عبد الوهاب الكيالي ٥٥٣/٢ وما بعدها ، النظم السياسية د. عبد الغني بسيوني عبد الله ص: ٢٣٤، الوسيط في النظم السياسية د. نعمان أحمد الخطيب ص: ٢٤١ وما بعدها، النظرية العامة للحق د. شكري سرور ص: ٣٩ وما بعدها، نظرية الحق د. جلال محمد إبراهيم ١٩/٢ وما بعدها، المدخل للعلوم القانونية د. محمد أحمد المعداوي ص: ١٠ وما بعدها، الوسيط في القانون الدستوري د. زهير شكر ١٤٥/١، المدخل إلى القانون - نظرية الحق د. نبيل سعد إبراهيم ص: ٤٢ وما بعدها، المدخل لدراسة العلوم القانونية د. عبد القادر الفار ص: ١٣٨ وما بعدها ، الحماية الجنائية للحقوق السياسية د. حسني قمر ص: ٣ ، مبادئ النظم السياسية د. محمد رفعت عبد الوهاب ص: ٢١٠ وما بعدها.

الإسلامي يشهد أنه تفوق على كل الأنظمة المعاصرة حيث مارسه صحابة النبي - ﷺ - في اختيار الخلفاء بعد موته ، فقد كانوا يقدمون للحكم أفضل الأشخاص وأقوام على حمل هذه المسؤولية ، فقد رشح أبو بكر - ﷺ - عمر بن الخطاب وأبا عبيدة بن الجراح - ﷺ - وقال: " فأيهما شئتم فبايعوا " ، ورضحه عمر بن الخطاب - ﷺ - فرضى به كل من كان في سقيفة بني ساعدة وبايعوه، وفي اليوم التالي لهذه البيعة الخاصة ببيع أبو

بكر - ﷺ - من جميع الناس البيعة العامة في المسجد. (١)

وقبل موت أبي بكر - ﷺ - رشح للناس عمر بن الخطاب - ﷺ - وقال لهم :أترضون بمن استخلفت عليكم، فإني والله ما آلت من جهد الرأي ولا وليت ذا قرابة، وإنني استخلفت عمر بن الخطاب - ﷺ - فاسموا له وأطيعوا، فقالوا: سمعنا وأطعنا، ورضوا جميعاً وبايعوا.(٢)

ولما طعن عمر بن الخطاب رشح ستة من صحابة النبي - ﷺ - وهم :علي - ﷺ - وعثمان - ﷺ - ابنا عبد مناف، وعبد الرحمن بن عوف - ﷺ - وسعد بن أبي وقاص - ﷺ - خالا رسول الله - ﷺ - ، والزبير بن العوام حوارى رسول الله - ﷺ - وابن عمته وطلحة الخير بن عبيد الله - ﷺ - ، ومنهم سعيد بن زيد بن عمر بن نفييل - ﷺ - ولم يعده ؛ لكونه من قبيلته خشية أن يراعى في الإمارة بسببه ، فاختر الناس عثمان بن عفان - ﷺ - وبايعوه.(٣)

(١) تاريخ الأمم والملوك لابن جرير الطبري- ط دار التراث- (بدون) - ط ١٢٨٧/٢هـ - ٢٠٥/٣، ٢٠٦، الكامل في التاريخ لابن الأثير- ط دار الكتاب العربي - بيروت- ط ١٤١٧/١هـ - ١٩٩٧م - ١٨٧/٢، البداية والنهاية لابن كثير- ط دار احياء التراث العربي - بيروت - ط ١٤٠٨/١هـ - ١٩٨٨م - ٢٦٦/٥، تاريخ الخلفاء للسيوطي- ط مكتبة نزار مصطفى الباز- ط ١٤٢٥/١هـ - ٢٠٠٤م - ص: ٥٥.

(٢) تاريخ الطبري ٤٢٨/٣ وما بعدها، الكامل في التاريخ لابن الأثير ٢٦٦/٢، البداية والنهاية لابن كثير ٢٢٧/٧.

(٣) تاريخ الطبري ٢٢٧/٤ وما بعدها، الكامل في التاريخ لابن الأثير ٤٤٠/٢ وما بعدها، البداية والنهاية لابن كثير ١٥٥/٧ وما بعدها، تاريخ الخلفاء للسيوطي ص: ١٢٢.

وبعد مقتل عثمان بن عفان - ؓ - اجتمع المهاجرون والأنصار وفيهم طلحة والزبير - ؓ - فأتوا عليا - ؓ - في بيته، فقالوا: " إن عثمان - ؓ - قد قتل ولا بد للناس من إمام ولا نجد اليوم أحداً أحق بهذا الأمر منك، لا أقدم سابقة، ولا

أقرب من رسول الله - ﷺ - فبايعوه وبايعه الناس . (١)

ونظام الترشيح بشكله الموجود حالياً هو نظام حديث إذ لم يكن مطبقاً في كثير من التشريعات، ولذلك لم يتم الاتفاق على تعريف محدد له خاصة في ظل تنوع الأساليب التي تتم ممارستها من خلالها . (٢) ، ولم تعرف له معظم الدساتير والقوانين واكتفت بالنص عليه وعلى إجراءات ممارستها والشروط الواجب توافرها فيمن يمارسه فقط ، ولذلك يجب العودة إلى الفقه القانوني لتحديد المقصود به والذي اتفق على أنه من الأعمال التحضيرية للعملية الانتخابية .

وقد اختلف في تعريفه: فجانب من الفقه القانوني نظر إلى الترشيح على أنه: عملية لتجسيد الإعلان عن الرغبة في المشاركة في الحياة السياسية، فعرّفوه بأنه: " سلطة تمكن الفرد من تقديم نفسه لوظيفة من الوظائف العامة في الدولة بطريق الانتخاب " . (٣)

وقيل بأنه: " ابداء الناخب لرغبته الصريحة في المشاركة في الحياة السياسية ؛ لغرض تولي مناصب محلية أو وطنية نيابية أو رئاسية " . (٤)

(١) تاريخ الطبري ٤/٢٧٤ وما بعدها، الكامل في التاريخ لابن الأثير ٢/٥٥٤ وما بعدها، البداية والنهاية لابن كثير ٧/٢٥٣، تاريخ الخلفاء للسيوطي ص: ١٣٥ .
(٢) الانتخابات - ضمانات حريتها ونزاهتها - دراسة مقارنة د. سعد العبدلي - ط دار دجلة - بغداد - ط ١ / ٢٠٠٩ م - ص: ٢٢٤ .
(٣) حقوق الإنسان والقانون الإنساني بين الشريعة والقانون د. إسماعيل الأسطل - ط ١ / ٢٠١٤ م - (بدون) - ص: ١٤٤ .
(٤) ضمانات وآليات حماية حق الترشيح في الموائيق الدولية والمنظومة التشريعية الجزائرية لسهام عباسي - مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير - قسم القانون الدستوري - كلية الحقوق - جامعة الحاج لخضر باتنة - الجزائر - ٢٠١٤ م - ص: ٦ .

وقيل بأنه: " عمل قانوني يعبر فيه الفرد صراحة وبصفة رسمية وأمام الجهات المختصة عن إرادته في التقدم لشغل المنصب المطلوب شغله بالانتخاب " . (١)

وقيل بأنه: " العملية التي من خلالها تتقدم فئة من الشعب للانتخابات العامة من أجل إقناع جمهور الناخبين باختيارهم لتمثيلهم في المجالس النيابية المختلفة حسب القوانين الانتخابية في بلد المرشح " . (٢)

بينما نظر إليه الجانب الآخر على أنه: حق من الحقوق السياسية؛ واعتبروه وسيلة من أهم الوسائل المشاركة السياسية باعتباره مبدأ يتم بمقتضاه فتح الباب على أساس المساواة أمام كل المواطنين الذين يرغبون في ممارسة حقهم ؛ للحصول على أصوات الناخبين للفوز بعضوية البرلمان أو الوصول للرئاسة ، وهو الوجه الثاني لحرية الانتخاب ، على اعتبار أن الانتخاب والترشيح حقان متكاملان لا تقوم الحياة السياسية بواحد منهما دون الآخر . (٣)

أما المترشح فهو: " الشخص الذي يعلن عن رغبته في ممارسة السلطة المسندة من طرف الناخب بناء على عملية الانتخاب ، وتتوافر فيه الشروط المطلوبة باكتساب صفة الناخب بالإضافة إلى طائفة مكملة أو مشددة من الشروط الشكائية والموضوعية الايجابية أو السلبية اللازم توافرها فيه لضمان ولائه للدولة من

(١) النظم القانونية للجرائم الانتخابية - دراسة مقارنة د. إبراهيم الوردى - ط دار الفكر الجامعي - الإسكندرية - سنة ٢٠٠٨م - ص: ٨٥.

(٢) الموسوعة الميسرة للمصطلحات السياسية د. إسماعيل عبد الفتاح عبد الكافي- (بدون)- ص: ٩٩.

(٣) حق المشاركة في الحياة السياسية - دراسة تحليلية للمادة (٦٢) من الدستور المصري مع النظام في فرنسا د. داود البياز - دار الفكر الجامعي - الإسكندرية - سنة ٢٠٠٨م - ص: ٣٤٧، النظم الانتخابية د. عبدو سعد وآخرون - ط منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - ط ١ / ٢٠٠٥م - ص: ٤٧ ، جرائم الانتخابات د. ضياء عبد الله الأسدي - ط منشورات زين الحقوقية - بيروت - ط ١ / ٢٠٠٩م - ص: ٢٧٠.

جانب، واستقلاله عن سلطاتها العامة من جانب آخر". (١)

٢. حق الانتخاب :

لقد اختلفت وجهة نظر الباحثين في تعريف الانتخابات ، فقيل بأنها : " اختيار الناخبين لشخص أو أكثر من عدد من المرشحين ؛ لتمثيلهم في حكم البلاد". (٢) وهذا التعريف غير دقيق ؛ لأنه قصر اختيار الناخبين على الانتخابات الرئاسية فقط .

وقيل بأنها: " التنظيم القانوني لمبدأ مشروعية ممارسة السلطة باسم الشعب، يسمح للناخب بأن يؤيد أو يرفض سياسة ما ، ويتمخض عنه اختيار النواب المكلفين بتطبيق سياسة معلومة " . (٣) وهذا التعريف غير دقيق أيضا ؛ لأنه قصر الانتخابات على البرلمان فقط ، وكذلك أدرج فيه الاستفتاء الشعبي وهو ليس من صور الانتخابات.

وقيل بأنها : " طريقة يختار فيها المواطنون أو بعضهم من يرزون ، ويتوصل من خلالها لتحديد المستحق للولاية أو المهمة المنتخب فيها " . (٤) وأرى بأنها : " خروج قانوني منظم يعبر فيه من له حق الانتخاب عن رأيه عن طريق الإدلاء بصوته ؛ لاختيار من يرزاه ؛ للقيام بإدارة شؤون الأمة ورعاية

مصالحها على كافة المستويات الخاصة والعامة " .

أما الانتخابات في النظم السياسية المعاصرة تتنوع إلى :

-
- (١) المسئولية الجنائية عن الجرائم الانتخابية للناخبين والمرشحين ورجال الإدارة - دراسة مقارنة في النظامين الانتخابيين المصري والفرنسي د. مصطفى محمود عفيفي - ط دار النهضة العربية - القاهرة - سنة ٢٠٠٢م - ص : ٢٢ .
 - (٢) الاستفتاء الشعبي والشريعة الإسلامية د. ماجد راغب الطلو - ط دار المطبوعات الجامعية - ط ٢ / ١٤٠٢ هـ - ص ١٠٣ .
 - (٣) الثورى والديمقراطية النيابية د. داوود الباز - ط دار الفكر الجامعي - الإسكندرية - ط سنة ٢٠٠٤م - ص ٨٤ .
 - (٤) الانتخابات وأحكامها في الفقه الإسلامي - فهد بن صالح العجلان - ط دار كنوز إشبيليا - السعودية - ط ١ / ١٤٣٠ هـ / ٢٠٠٩م - ص : ١٥ .

النوع الأول : الانتخابات الرئاسية : ويقصد بها : الانتخابات لتسمية واختيار رئيس الدولة، وهي إما أن تكون عن طريق الانتخاب المباشر أو الانتخاب غير المباشر.

النوع الثاني : الانتخابات البرلمانية : ويقصد بها : اختيار الناخبين لمجموعة من الأعضاء المراد انتخابهم للمجالس التشريعية في بلد ما ، وقد واستعملت كلمة البرلمان في القرن الثالث عشر للإشارة إلى اجتماع للمناقشة ، ثم أطلقت على المكان الذي كان ينعقد فيه هذا الاجتماع ، ثم أطلقت على الهيئة التشريعية العليا . ووظيفة البرلمان هي : إقرار القوانين ، والميزانية ، ومراقبة نشاط السلطة التنفيذية ومنحها الثقة أو حجبها عنها .

النوع الثالث : الانتخابات المحلية أو البلدية : ويقصد بها : اختيار الناخبين لمجموعة من الأعضاء المراد انتخابهم للمجالس المحلية أو البلدية لبلد ما ، ووظيفة المجلس المحلي هي : الاهتمام بأمور البلدة ونظافتها ، وما يتبع ذلك من إنشاء الحدائق والمتنزهات ، ومتابع عمليات البيع والشراء وتحديد الأسعار ، ومراقبة الأملاك الخاصة والعامة ومنع أي تعدي عليها (١).

٣. حق الاستفتاء:

وهو قريب من الانتخابات ؛ لأنه يرجع فيها أيضا إلى اختيار الشعب ، ويقصد ، بالاستفتاء الشعبي:سؤال الشعب عن رأيه في موضوع من الموضوعات ، ويكون

(١) الموسوعة السياسية د. عبد الوهاب الكيالي ٥٨٤/٦ ، الشورى والديمقراطية النيابية د. داوود الباز ص: ٦٨ وما بعدها، الاستفتاء الشعبي والشريعة الإسلامية د. ماجد راغب الحلوص: ١٠ ، ١٨١ وما بعدهما، الانتخابات البلدية د.علي بن عبد الله المزادة - ط ١ سنة ١٤٢٦ هـ - (بدون) ص:٤٠ وما بعدها.

ذلك إما بناء على نص الدستور نفسه ، أو بناء على طلب البرلمان أو رئيس الدولة أو رئيس مجلس الوزراء ، أو طلب الشعب نفسه ، وهو صورة من صور الديمقراطية غير المباشرة . (١)

وينقسم من حيث موضوعه إلى :

أ. الاستفتاء الدستوري : وهو الاستفتاء على إقرار الدستور أو تعديله، إذ تقوم لجنة فنية بوضع مشروع الدستور أو تعديل بعض مواده ثم يعرض على الشعب لاستفتاءه عليه ، فإن وافقت عليه الأغلبية ينفذ ويصدر أو يعدل .

ب. الاستفتاء الشخصي : وهو الاستفتاء على شخص ليتولى السلطة أو ليتقلد وظيفة سياسية معينة.

ج. الاستفتاء التشريعي : هو الاستفتاء على القوانين التي يصدرها البرلمان

د. الاستفتاء السياسي : هو الاستفتاء على المسائل المهمة المتعلقة بسياسة البلد ، كالاستفتاء على المعاهدات الدولية ، أو زيادة النفقات العامة... (٢)

(١) النظم السياسية د. ثروت بدوي ص: ١٨٤ ، النظم السياسية والقانون الدستوري د. محسن خليل - ط دار النهضة العربية - بيروت - ط ١ / ١٩٧٢م - ص: ٢٤١ ، مبادئ الأنظمة السياسية د. مصطفى أبو زيد فهمي ص: ١٥١ ، النظم السياسية - الدولة والحكومة د. محمد كامل ليلة - ط دار النهضة العربية - بيروت - سنة ١٩٦٩م - ص: ٨٠٦ وما بعدها، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري د.نعمان أحمد الخطيب ص: ٢٦٣ ، الموسوعة السياسية د. عبد الوهاب الكيالي ١٧٧/١ وما بعدها، النظم السياسية - أسس التنظيم السياسي وصوره الرئيسية د. محمود عاطف البنا - ط دار الفكر العربي - سنة ١٩٨٥م - ص: ٢٨٦ وما بعدها، الاستفتاء الشعبي والشريعة الإسلامية د. ماجد راغب الحلوص ٢٠٨ ، ٢٢٨ ، شرعية الاستفتاء الشعبي د. فاروق الكيلاني - ط ١ / ١٤١٢ هـ - (بدون) - ص: ١٧ وما بعدها .

(٢) النظم السياسية د. محمود عاطف البنا ص: ٢٨٦ ، النظم السياسية د. محمد كامل ليلة ص: ٨٠٧ وما بعدها، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري د.نعمان أحمد الخطيب ص: ٢٦٤ ، الموسوعة السياسية د. عبد الوهاب الكيالي ١٧٧/١ وما بعدها ، الاستفتاء الشعبي والشريعة الإسلامية د. ماجد راغب الحلوص: ٢٠٨ ، ٢٢٨ ، شرعية الاستفتاء الشعبي د. فاروق الكيلاني = ص: ١٧ وما بعدها.

وينقسم من حيث وجوب إجراءاته إلى: استفتاء إجباري: حيث يوجب الدستور إجراءه ، واستفتاء اختياري: حيث ينص الدستور على إمكانية إجرائه في بعض المسائل ، ولكن ليس بصيغة الوجوب وإنما يترك إجراؤه لرغبة الحاكم أو مجموعة من الشعب . (١)

وينقسم من حيث قوة إلزامه إلى: استفتاء ملزم، واستفتاء استشاري غير ملزم. (٢)

وينقسم من حيث ميعاد إجراءاته إلى: استفتاء سابق: ويكون عندما يتقرر عرض مشروع القانون على الشعب من حيث المبدأ ؛ لأخذ رأيه فيه لاستكمال الإجراءات عند الموافقة عليه، واستفتاء لاحق: ويتم بعد وضع القانون بواسطة البرلمان ولا ينفذ إلا بموافقة الشعب عليه. (٣)

والفرق بين الانتخابات والاستفتاءات الشعبية : أن الانتخابات تكون بالتصويت على شخص ، بخلاف الاستفتاءات فتكون بالتصويت على رأي . (٤)

والفرق بين الاستفتاء الشخصي والانتخابات : أن الاستفتاء الشخصي ليس فيه إلا الموافقة أو الرفض للشخص المرشح ، بخلاف الانتخابات ففيها تخبير بين أكثر من شخص . (٥)

(١) النظم السياسية د. ثروت بدوي ص: ١٨٤ ، النظم السياسية د. محمد كامل ليلة ص: ٨٠٧ وما بعدها، النظم السياسية د. محسن خليل ص: ٢٤٢ ، الوسيط في النظم السياسية د. نعمان أحمد الخطيب ص: ٢٦٥، النظم الدستورية والقانون الدستوري د. سليمان الطماوي - ط القاهرة - سنة ١٩٨٨ م - ص: ١٦٩ ، النظم السياسية د. محمود عاطف البنا ص: ٢٨٦ وما بعدها.

(٢) المراجع السابقة .

(٣) المراجع السابقة .

(٤) الاستفتاء الشعبي والشريعة الإسلامية د. ماجد راغب الحلوص: ١٣٠ وما بعدها ، شرعية الاستفتاء الشعبي د. فاروق الكيلاني ص: ١٩ .

(٥) المراجع السابقة .

هـ. حق تولي الوظائف العامة:

تعرف الوظيفة العامة بأنها: "مركز قانوني يشغله موظف عام من قبل الدولة له اختصاصات وواجبات وحقوق تمارس الدولة من خلاله وظائفها في مجالات مختلفة". (١)

وقيل بأنها: "مجموعة من الاختصاصات القانونية والأنشطة التي يجب أن يمارسها صاحبها بطريقة مستمرة وبصفة مهنية في عمل الإدارة تحقيقاً للصالح العام". (٢)

وقيل بأنها: "مجموعة واجبات ومسؤوليات تحددها سلطة شرعية ، وعلى من يشغلها أن يكرس وقته كله أو بعضه حسب الظروف للقيام بتلك الواجبات ليحصل على ما يقابلها من حقوق". (٣)

والفقه الإسلامي ينظر إلى الوظائف العامة على أنها من باب الولايات والتي من المفترض أنها تقوم على حراسة الدين وسياسة الدنيا ، فهي من باب التكليفات وليست من باب الحقوق ، ويتولاها الشخص الكفء الأمين القادر على تحمل مسئولية العباد والبلاد . (٤)

(٢) موسوعة السياسة د. عبد الوهاب الكيالي ٢٨٢ / ٧ .
(٣) دراسات في الوظيفة العامة في النظام الفرنسي د. عبد الحميد كما حشيش - ط مكتبة القاهرة الحديثة - القاهرة - سنة ١٩٧٤م - ص: ٤.
(٤) الوظيفة العامة في دول عالمنا المعاصر د. عبد الله طلبة - ط مؤسسة الوحدة - سنة ١٤٠١ هـ - ١٩٨٠م - ص: ١٠ .
(٥) الأحكام السلطانية للماردي ص: ١٥ ، مآثر الإنافة في معالم الخلافة للقلقشندي - ط مطبعة حكومة الكويت - الكويت - ط ٢ / ١٩٨٥م - ٥٩/١ ، السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية لابن تيمية - ط وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد - السعودية - ط ١ / ١٤١٨ هـ - ص: ١٢٩ ، تحرير الأحكام في تدبير أهل الإسلام لابن جماعة الكناني - ط دار = الثقافة بتفويض من رئاسة المحاكم الشرعية بقطر - قطر - النوحة - ط ٣ / ١٤٠٨ هـ / ١٩٨٨م - ص: ٤٨ ، إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن قيم الجوزية ٢٨٥/٤ ، الطرق الحكيمة لابن قيم الجوزية ص: ١٢ .

ولذلك قيل بأنها: " عمل مشروع دائم يقلده الإمام أو من ينوبه لشخص طبيعي أهل له برضاه على سبيل الدوام والاستقرار في خدمة مرفق عام مشروع تديره الدولة بشكل مباشر " . (١)

المبحث الثاني

حكم ممارسة الحقوق السياسية

المطلب الأول:

حكم ممارسة (٢) الحقوق السياسية في النظام الإسلامي:

لا خلاف بين الفقهاء (٣) في الجملة لا قديماً ولا حديثاً في هذا العصر في مشروعية السياسة والممارسة السياسية وأنها حق من الحقوق على قدر المساواة بين الأفراد في الحقوق المدنية والدستورية . وهذا شعار من أظهر شعائر الإسلام، ونصوصه وأحكامه ناطقة بتقريرها على أكمل وجوهها؛ ذلك أن الإسلام لا يفرق بين واحد وآخر في

(١) الوظيفة العامة في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة للباحث. مختار عيسى سليمان - رسالة دكتوراه - الجامعة الأردنية - عمان - سنة ١٩٩٨م - ص: ١٣ .

(١) الممارسة من: (مرس): والميم والراء والسين أصل صحيح يدل على مُضَامَةٌ شَيْءٍ لِشَيْءٍ بِشِدَّةِ وَقْوَةٍ، وَمِنْهُ الْمَرْسُ: الْحَبْلُ، وَالْجَمْعُ أُمْرَاسٌ، وَمَرَسَ الْحَبْلَ يَقَعُ بَيْنَ الْخَطَافِ وَالْبِكْرَةِ، وَأَمْرَسَهُ: أَعَادَهُ إِلَى مَجْرَاهُ، يُقَالُ: أَمْرَسَ حَبْلَكَ أَيِ أَعَدَّهُ إِلَى مَجْرَاهُ، وَرَجُلٌ مَرَسٌ: أَيِ شَدِيدُ الْمَمَارَسَةِ ذُو جَلَدٍ وَقْوَةٍ، وَيُقَالُ: هُمُ عَلَى مَرَسٍ وَاحِدٍ وَذَلِكَ إِذَا اسْتَوَتْ أَخْلَاقُهُمْ. وَالْمَمَارَسَةُ: مَلَاعِبَةُ النِّسَاءِ، وَالْمَسِيرُ الدَّائِمُ، وَمِنْهَا: شِدَّةُ الْعِلَاجِ، يُقَالُ: مَارَسَ الشَّيْءَ مَرَاةً وَمَمَارَسَةً: عَالِجُهُ وَزَاوِلُهُ، وَالْأُمْرَاسُ وَهُمْ: الْأَشْدَاءُ الَّذِينَ جَرَبُوا الْأَعْمَالَ وَالْأُمُورَ وَزَاوَلُوهَا وَمَارَسُوهَا بِقُوَّةٍ وَصَبْرٍ. (العين للفراهيدي ٢٥٣/٧ وما بعدها، تهذيب اللغة للأزهري ٢٩٤/١٢ وما بعدها، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية للفارابي ٩٧٧/٣ وما بعدها، معجم مقاييس اللغة للزويبي ٣١٠/٥ وما بعدها، مختار الصحاح للرازي ص: ٦٢١، لسان العرب لابن منظور ٢١٥/٦ وما بعدها، القاموس المحيط للفيروز أبادي ص: ٥٧٤ وما بعدها، تاج العروس من جواهر القاموس للزبيدي - ط دار الهداية - (بدون) - ٤٩٧/١٦ وما بعدها، المعجم الوجيز ص: ٥٧٨ - مادة: (م. ر. س.) .

(٢) البحر الرائق لابن نجيم ١١/٥، معين الحكام للطرابلسي ص: ١٧٦ وما بعدها، حاشية ابن عابدين ١٥/٤ وما بعدها، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام لابن فرحون البعمري - ط دار الكتب العلمية - (بدون) - ١٥٣/٢ وما بعدها، الفروع لابن مفلح - ط مؤسسة الرسالة - ط ١/١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م - ١١٩/١٠، الإنصاف للمرداوي - ط دار احياء التراث العربي - ط ٢ - (بدون) - ٢٥٠/١٠، الإقناع للحجاوي - ط دار المعرفة - بيروت - (بدون) - ٢٧٢/٤، دقائق أولي النهى للبهوتي شرح غاية المنتهى للكرمي المقدسي المعروف بشرح منتهى الإرادات - ط عالم الكتب - ط ١/١٤١٤هـ - ١٩٩٣م - ٣٦٥/٣، مطالب أولي النهى للرحباني شرح غاية المنتهى لأبي بكر الكرمي المقدسي - ط المكتبة الإسلامية - دمشق - سنة ١٩٦١هـ - ٢٢٤/٦، إعلام الموقعين لابن القيم ٢٨٢/٤ وما بعدها، الطرق الحكمية لابن القيم ص: ١٢ وما بعدها.

الخضوع لسلطان قانونه، وليس فيه فرد فوق القانون مهما علت منزلته، وأمير المؤمنين والوالي وكل واحد من الأفراد متساوون في أحوالهم المدنية والجنائية، لا يمتاز واحد بحكم خاص ولا بطرق محاكمة خاصة بل جميعهم أمام القانون سواء ، وكذلك لا يميز الإسلام واحدًا في التمتع بالحقوق: فلم يجعل منزلة أو ميزة حقًا لأفراد أسرة معينة، لا يستمتع بها سواه، بل ناط الأمر بالعمل له، ومهد السبيل لكل عامل، فكل مناصب الدولة إمارة المؤمنين إلى أصغر منصب فيها حق مشاع بين أفراد الأمة، لا يحول بينه وبينها نسب أو عصبية. (١)

جاء في تبصرة الحكام لابن فرحون (٢) ما نصه: "واعلم أن التوسعة على الحكام في الأحكام السياسية ليس مخالفا للشرع، بل تشهد له الأدلة المتقدمة وتشهد له أيضا القواعد...". (٣)

وجاء في الفروع لابن مفلح (٤) ما نصه : " للسلطان سلوك السياسة، وهو الحزم عندنا، ولا تقف السياسة على ما نطق به الشرع". (٥)

وجاء في إعلام الموقعين لابن القيم ما نصه : " ... السياسة ما كان من الأفعال بحيث يكون الناس معه أقرب إلى الصلاح وأبعد عن الفساد، وإن لم يشرعه الرسول - ﷺ - ولا نزل به وحي؛ فإن أردت بقولك: " لا سياسة إلا ما وافق الشرع " أي لم يخالف ما نطق به الشرع فصحيح، وإن أردت:

(١) السياسة الشرعية في الشئون الدستورية والخارجية والمالية د. عبد الوهاب خلاف - ط دار القلم - ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م - ص: ٤٦.

(٢) ابن فرحون : هو إبراهيم بن علي بن محمد بن أبي القاسم بن محمد بن فرحون البعمرى المننى المولد الملقب ببرهان الدين الفقيه المالكي الأصولي النحوي الفرانضي الكاتب الأديب ، توفي سنة ٧٩٩ هـ . (شجرة النور الزكية في طبقات المالكية لمخلوف - ط دار الفكر - (بدون) - ص: ٢٢٢ ، الفتح المبين في طبقات الأصوليين للمراغي - ط المكتبة الأزهرية للتراث- القاهرة - ط ٢٠٠٧/١ م - ٨٦/٢ ، الأعلام للزركلي ٦/٥) .

(٣) تبصرة الحكام لابن فرحون ١٥٣/٢ .

(٤) ابن مفلح : محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج المقدسي ثم الصالحي الراميني شمس الدين أبو عبد الله ، توفي سنة ٧٦٣ هـ . (شذرات الذهب لابن العماد ٣٤٠/٨ ، مختصر طبقات الحنابلة لجميل أفندي الشطي - ط مطبعة الترقى دمشق - سنة ١٣٣٩ هـ - ص: ٦٢ وما بعدها) .

(٥) الفروع لابن مفلح ١١٩/١٠ .

ما نطق به الشرع فغلط وتغليط للصحابة... ولا نقول: إن السياسة العادلة مخالفة للشريعة الكاملة، بل هي جزء من أجزائها وباب من أبوابها، وتسميتها سياسة أمر اصطلاحي، وإلا فإذا كانت عدلا فهي من الشرع". (١)

والعمل السياسي بناء على هذا الأمر: ما هو إلا تفعيل لعلم السياسية وتنفيذه على أرض الواقع بما يحقق مصالح العباد والبلاد في كل مجالات الحياة، وهو في ذلك يحتاج إلى ممارسة من شخص مجرب للأعمال والأمور خبير بها مزاول لها عن صبر وجلد وقوة يستطيع أن يضع آليات وضوابط لكيفية تولي مسئولية إدارة البلاد، والاهتمام بشئون الأمة وقضاياها السياسية الداخلية والخارجية ودراسة مشاكل المجتمع على اختلاف أسبابها وأنواعها، ويتطلب كذلك القيام بدراسة الحوادث والظواهر دراسة موضوعية حيادية تتعد كل البعد عن التحيز والتعصب والأفكار الشخصية والذاتية. (٢)

أما الحكم التكليفي (٣) لممارسة الحقوق السياسية؛ فإن العمل

السياسي

(١) إعلام الموقعين لابن القيم ٢٨٣/٤.

(٢) الحرية السياسية في الإسلام د. أحمد شوقي الفنجري ص: ٧٠ وما بعدها، بيان للناس الشيخ جاد الحق على جاد الحق - ط جامعة الأزهر الشريف- سنة ١٩٨٩م - ٣١٩/٢ وما بعدها، من فقه الدولة في الإسلام د. يوسف القرضاوي- ط دار الشروق - القاهرة - ط ١٤١٢ هـ / ٢٠٠١م - ص ٢٣ وما بعدها، العمل السياسي بين الواقع والمرجى د. البير رحمة - بحث منشور في مجلة الجيش اللبناني- العدد ٥١ - كانون الثاني - يناير - ٢٠٠٥م.

(٣) المقصود به: كون ممارسة الحقوق السياسية فرضاً أو حراماً أو واجباً أو مكروهاً أو مندوباً أو مباحاً، وهو ما يسمى بالحكم التكليفي الذي هو: خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير، وهو المراد هنا بالصفة الشرعية لها من جهة كونها مطلوبة فعله أو غير مطلوبة على وفق أقسام الحكم التكليفي، (المستصفي للغزالي- ط دار الكتب العلمية - بيروت - ط ١٤١٣ هـ / ١٩٩٢م - ص: ٤٥، المحصول لابن العربي- ط دار البيارق - عمان - ط ١٤٢٠ هـ / ١٩٩٩م - ص ٢١، المحصول للرازي ٨٩/١، التمهيد في تخريج الفروع على الأصول لجمال الدين الأسنوي- ط مؤسسة الرسالة- بيروت - ط ١٤٠٠ هـ - ص: ٥٠، روضة الناظر وجنة المناظر لابن قدامة- ط مؤسسة الريان- القاهرة - ط ١٤٢٣ هـ / ٢٠٠٢م - ٩٧/١، إرشاد الفحول للشوكاني ٢٣/١ .

وممارسته في الأصل على الإباحة والجواز (١)؛ وذلك لأن العمل السياسي من قبيل الوسائل (٢)، إذ هو في الحقيقة وسيلة لحراسة الدين وسياسة الدنيا به، ووسيلة لاستصلاح الخلق، وجهاد الأعداء لإعلاء كلمة الله تعالى -، ووسيلة لتنفيذ حدوده، وحمل الكافة على مقتضى الشرع وغير ذلك من مقاصد الإمامة والحكم (٣)، والوسائل مباحة في الأصل إلا ما ثبت فسادها أو ثبت تحريمها بنص الشارع، ولم يثبت ذلك في العمل السياسي الشرعي خاصة، فدل أن الممارسة السياسية حكمها الأصل الإباحة والإذن.

وتعترها بعد ذلك بقية الأحكام الشرعية التكليفية الأربعة من: ندب، ووجوب، وكراهة، وحرمة. (٤)

فقد تكون مندوبة (١): وذلك في حق من علم من نفسه القدرة على خدمة الأمة وحراسة الملة؛ فيندب في حقه أن يسعى للعمل السياسي الشرعي.

(١) المباح هو: ما خير الشارع فيه بين الفعل والترك من غير اقتضاء ولا زجر، فاقتضى التسوية بين فعله وتركه، والمباح غير مأمور به عند الجمهور، والمكلف لا ضرر عليه في فعله وتركه، ويقال للمباح أيضاً: الحلال والجائز والمطلق، ولا ثواب في فعله إلا في حالة واحده وهي: أن يقصد بفعله الاستعانة على الواجبات والسنن. (البرهان في أصول الفقه لإمام الحرمين الجويني- ط دار الوفاء - المنصورة - مصر- ط ١٤١٨/٤هـ - ٢١٦/١، المستصفي للغزالي ص: ٥٣، المحصول لابن العربي ص: ٢٢، المحصول للرازي ١٠٢/١، الإحكام في أصول الأحكام للأمدني - ط المكتب الإسلامي- بيروت- دمشق- (بدون) - ١٢١/١، المدخل للدمشقي - ط مؤسسة الرسالة - بيروت - ط ١٤٠١/٢هـ - ص: ١٦٥).

(٢) للوسائل أحكام المقاصد ومعنى هذا: أن الأفعال التي تؤدي إلى المقاصد، يختلف حكمها باختلاف حكم المقاصد، فإن كان المقصود واجبا فوسيلته واجبة، وإن كان محرما فوسيلته محرمة، وإن كان مندوباً فوسيلته مندوبة، وإن كان مكروهاً فوسيلته مكروهة، وإن كان مباحاً فوسيلته مباحة. (أنوار البروق في أنواع الفروق للقرافي- ط عالم الكتب- (بدون) - ٣٢/٢ وما بعدها، الموافقات في أصول الشريعة للشاطبي- ط دار ابن عفان- ط ١٤١٧/١هـ - ١٩٩٧م - ٣٥٣/٢، الفوائد في اختصار المقاصد للعز بن عبد السلام- دار الفكر المعاصر - دار الفكر - دمشق - ط ١٤١٦/١هـ - ص: ٤٣ وما بعدها، التمهيد للأسنوي ص: ٨٣، ١٤٤/٤، إرشاد الفحول للشوكاني ٣٦٠/١).

(٣) معين الحكام للطرابلسي ص: ١٦٩، الأحكام السلطانية للماوردي ص: ١٥، متأثر الإنابة للقلشندي ٥٩/١، السياسة الشرعية لابن تيمية ص: ١٢٩، تحرير الأحكام لابن جماعة ص: ٤٨، إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم ٢٨٥/٤، الطرق الحكيمة لابن القيم ص: ١٢.

(٤) حكم الممارسة السياسية - بحث منشور على موقع د. عبد الله الزبير عبد الرحمن - سنة ٢٠١٢م.

وقد تكون واجبة (٢): وذلك في حالتين: الأولى: تكون فيها ممارسة الحقوق السياسية واجبة وجوبا عينياً، والأخرى: تكون الممارسة فيها واجبة وجوبا كفاًياً. (٣)

(٢) المندوب: هو ما طلب فعله أو أداؤه لا على وجه الإلزام ولكن على وجه الترغيب والاستحسان، فهو ما يحمد فاعله ولا يذم تاركه، وله أسماء كثيرة منها: نفل أي طاعة غير واجبة، وتطوع، وسنة، وإحسان، ومستحب، وفضيلة، ويرى الجمهور من الأصوليين أن المندوب والسنة والتطوع والمستحب ألفاظ مترادفة، ويرى القاضي حسين والبغوي والخوارزمي أنها ألفاظ غير مترادفة حيث قالوا: الفعل الذي يواظب عليه النبي - ﷺ - يسمى سنة، والذي لم يواظب عليه يسمى مستحباً، والذي لم يفعله ولكن ينشئه الإنسان من الأوراد فهو التطوع، والمندوب يشمل الثلاثة المتقدمة. (أصول الشاشي لنظام الدين بن إسحاق الشاشي- ط دار الكتاب العربي - بيروت - بدون) (٣٨٠/١)، كشف الأسرار لعلاء الدين البخاري شرح أصول البيهقي - ط دار الكتاب الإسلامي - (بدون) - ٣٠٢/٢، التقرير والتحبير لابن أمير الحاج على تحرير الكمال بن الهمام - ط دار الكتب العلمية - ط ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م - ١٤٢/٢، التبصرة للشيرازي - ط دار الفكر - دمشق - ١٤٠٣هـ - ٣٦/١، المحصول للرازي ١٢٨/١، الإحكام للآمدي ١١٩/١، البحر المحيط لبهر الدين الزركشي - ط دار الكتبي - ط ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م - ٣٧٧/١، روضة الناظر لابن قدامة ١٢٥/١، إرشاد الأنام إلى معرفة الأحكام د. محمد إبراهيم الحفناوي - ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م - ص: ١٤٦).

(٣) الفرض والواجب: عند الجمهور مترادفان معناهما واحد وهو الفعل الذي يذم شرعاً تاركه قصداً مطلقاً بدون تفرقة بين ثبوته بدليل قطعي أو ظني. أما عند الحنفية: فإنهما متباينان أي لفظان متغايران، إذ الفرض: ثبوت التكليف بدليل قطعي لا شبهة فيه كالكتاب والسنة المتواترة، كالصلوات=

=الخمس، والصيام. والواجب: ثبوت التكليف بدليل ظني كخير الواحد، والقياس المظنون، وصدقة الفطر، والأضحية، و صلاة الوتر والعديد. وبناء على هذه التفرقة عند الحنفية: تارك الفرض بلا عذر فاسق ومنكره كافر؛ لأنه موجب للعلم والاعتقاد. أما الواجب فهو موجب للعمل غير موجب للاعتقاد، ومن تركه يكون أثماً ولا يكفر. وعلى الجملة: فإن هذا الخلاف خلاف لفظي فقط، حيث إن أصحاب المذهب الأول يقولون: إن ترك ما ثبت بدليل قطعي يوجب الكفر، وترك ما ثبت بدليل ظني لا يوجب الكفر، وهذا هو مراد الحنفية فلا خلاف في المعنى بينهم. (أصول الشاشي للشاشي ٣٧٩/١)، كشف الأسرار للبخاري ٣٠١/٢، تخریج الفروع على الأصول لـ محمود بن أحمد الزنجاني - ط مؤسسة الرسالة - بيروت - ط ١٣٩٨هـ - ١٦٩/١، المستصفى للغزالي ٥٣/١، المحصول للرازي ٩٥/١، الإحكام للآمدي ٩٧/١، الإبهاج لتقي الدين وولده تاج الدين السبكي شرح المنهاج للبيضاوي - ط دار الكتب العلمية - بيروت - ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م - ٥٢/١، التمهيد للأسنوي ص ٥٨، البحر المحيط للزركشي ٢٤٠/١، روضة الناظر لابن قدامة ١٠٢/١).

(١) فرض العين هو: ما طلب الشارع فعله من كل فرد من أفراد المكلفين به ولا يجزيه قيام مكلف به عن آخر، فمقصوده الفاعل، كالصلاة، والزكاة، والحج، واجتناب المحرمات كالقتل، والزنا، والسرقة... وحكمه: أنه يلزم الإتيان به من كل مكلف ولا يسقط فعله بفعل بعض المكلفين دون بعض. أما فرض الكفاية فهو: ما طلب الشارع فعله من غير نظر إلى من يفعله وإنما يطلب من مجموع المكلفين، فمقصوده الفعل من غير نظر إلى فاعله، كالأليات، والقضاء، والإفتاء، والصلاة على الجنائز، ورد السلام، والجهاد... وغير ذلك مما طلب الشارع وجوده بقصد تحقيقه المصلحة دون أن يتوقف على قيام كل مكلف بها وإنما يحصل الفرض من بعض الأفراد المكلفين... وحكمه: أنه يجب على الكل وإذا فعله أحد المكلفين سقط الطلب عن الباقي وارتفع الإثم عنهم أجمعين، وإذا أهمل الجميع أثموا جميعاً. وهذا التقسيم يأتي أيضاً في السنة: فمنه العين: كسنتن

فمن الحالة الأولى: إذا كان لا يوجد غيره من حيث الكفاءة، والأمانة، والقوة... لتولي هذا العمل السياسي ولا يوجد غيره مثله، ففي هذه الحالة تجب عليه ممارسة الحقوق السياسية وجوباً عينياً.

ومن الحالة الثانية: أنه يجب على الأمة وجوباً كفاً عند عدم تقدم أحد لممارسة العمل السياسي أن ينصبوا أحدهم أو جماعة منهم من أصحاب الكفاية والأمانة والقوة... وإلا وقعوا جميعاً في الإثم؛ لأنهم يكونون قد فرطوا في هذا الواجب، إذ هذه الولايات من فروض الكفايات، والأمة بمجموعها مطالبة بإقامة هذه الفروض الكفائية، فإن لم يقيموها أثموا للتفريط فيهن، والواجبات لا يجوز التفريط فيها. (١)

وقد تكون مكروهة (٢): وذلك في حق من لا يعلم من نفسه الكفاية في القيام بهذا العمل السياسي، أو يجد في نفسه نوعاً من التقصير الشخصي أو العلمي أو القيادي؛ مما قد يقلل من مطلوبات القيام بواجبات العمل السياسي في خدمة الأمة وحراسة الملة، أو كان يريده للمباهاة والاستعلاء والفخر به أمام الخاصة والعامة...

الوضوء، والأضحية. وسنة الكفاية: كشميت العاطس، وابتداء السلام. (كشف الأسرار للبخاري ١٤٩/٢، أنوار البروق للقرافي ١١٦/١، ١٦/٢، الموافقات للشاطبي ٢٧٨/١، المستصفى للغزالي ٢١٧/١، الإحكام للأمدى ١٠٤/١، الإبهاج لتقي الدين وولده تاج الدين السبكي ١٠٠/١، التمهيد للأسنوي ص: ٧٤ وما بعدها، البحر المحيط للزركشي ٣٢١/١، روضة الناظر لابن قدامة ١٢١/١، أصول الفقه الإسلامي د. وهبة الزحيلي - دار الفكر - دمشق - ط ١٤٠٦ هـ / ١٩٨٦ م - وما بعدها).

(١) الأحكام السلطانية للماوردي ص: ١٥، مآثر الإنافة للقلقشندي ٥٩/١، السياسة الشرعية لابن تيمية ص: ١٢٩، تحرير الأحكام لابن جماعة ص: ٤٨، إعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ٢٨٥/٤، الطرق الحكيمة لابن قيم الجوزية ص: ١٢.

(٢) المكروه: هو الفعل الذي طلب الشارع من المكلف تركه لا على وجه الإلزام، وهو: ما يمدح تاركه ولا يذم فاعله، وفاعله لا يستحق العقاب وقد يستحق اللوم والعتاب؛ لأنه خالف الأولى والأفضل، وقد قسم الحنفية المكروه إلى قسمين هما: مكروه تحريمياً وهو: الفعل الذي طلب الشارع من المكلف تركه لا على وجه الإلزام بدليل ظني كخبر الواحد، مثل: البيع على بيع الغير، والخطبة على خطبة الغير؛ لنهي النبي ﷺ - عن ذلك. ومكروه تنزيهياً وهو: الفعل الذي طلب الشارع من المكلف تركه لا على وجه الإلزام: كآكل لحوم الخيل للحاجة، والوضوء من سور الهرة والسباع... (كشف الأسرار للبخاري ٣٠٠/٢، شرح تنقيح الفصول للقرافي - ط شركة الطباعة الفنية المتحدة - ط ١٣٩٣ هـ / ١٩٧٣ م - ص: ١٧٣، المحصول للرازي ١٠٥/١، الإحكام للأمدى ١٢٢/١، البحر المحيط للزركشي ٣٩٣/١، روضة الناظر لابن قدامة ١٨٥/١).

وقد تكون محرمة (١): وذلك في حق من يتيقن أنه ليس بكفء لممارسة العمل السياسي، وأنه ليس مؤهلاً لها تأهيلاً يكون سبباً في صلاح العباد والبلاد ، أو كان يريد بها الانتقام من أحد ، أو تصفية الحسابات فيما بينه وبين الآخرين ...

جاء في الحاوي للإمام الماوردي (٢) ملخصاً لكل الأحكام السابقة ما نصه : " وله فيه خمسة أحوال، مستحب ومحظور ومباح ومكروه ومختلف فيه. فأما (الحال الأولى): وهو الطلب المستحب: فهو أن تكون الحقوق مضاعة بجور أو عجز والأحكام فاسدة بجهل أو هوى فيقصد بطلبه حفظ الحقوق وحراسة الأحكام فهذا الطلب مستحب وهو به مأجور، لأنه يقصد أمراً بمعروف ونهياً عن منكر. (والحال الثانية): وهو الطلب المحظور: أن يقصد بطلبه انتقاماً من أعداء أو تكسباً بارتشاء، فهذا الطلب محظور يأثم به لأنه قصد به ما يأثم بفعله. (وأما الحال الثالثة): وهو الطلب المباح: فهو أن يطلبه لاستمداد رزقه أو استدفاع ضرر فهذا الطلب مباح لأن المقصود به مباح. (وأما الحال الرابعة): وهو الطلب المكروه: فهو أن يطلبه للمباهاة والاستعلاء به فهذا الطلب مكروه لأن المقصود به مكروه. (وأما الحال الخامسة): وهو الطلب المختلف فيه: فهو أن يطلبه رغبة في الولاية والنظر

(١) الحرام : هو الفعل الذي طلب الشارع من المكلف تركه على وجه الإلزام ، وهو : ما يذم شرعاً فاعله ، وقد قسم الحنفية الحرام إلى قسمين هما : الحرام لذاته :وهو : ما حكم الشارع بتحريمه ابتداءً ومن أول الأمر ؛ وذلك لاشتماله على مفسدة راجحة ،مثل: الزنى، والسرقه، والقتل، وشرب الخمر ... والحرام لغيره : وهو : ما كان مشروعاً في الأصل واقترب به عارض اقتضى تحريمه ، كالصلاة في ثوب مغصوب والبيع وقت النداء والصوم يوم العيد ... ففتربت عليه آثاره ؛ لأن التحريم عارض له وليس ذاتياً ، ويسمى الحرام أو المحرم معصية، ومحظوراً، وذنباً، وقبيحاً، ومزجوا عنه، وإثمًا، وعقوبة ... (كشف الأسرار للبخاري ٣٠٢/٢ ، التقرير والتحبير لابن أمير الحاج ١٣٩/٢ ، شرح تنقيح الفصول للقرافي ص: ١٧٢ ، المحصول للرازي ١٠١/١ ، الأحكام للآمدي ١١٣/١ ، البحر المحيط للزكشي ٣٣٦/١ ، روضة الناظر لابن قدامة ١٩٣/١).

(٢) الماوردي :علي بن محمد بن حبيب أبو الحسن الماوردي ، توفي ببغداد سنة ٤٥٠ هـ وعمره ست وثمانون سنة . (البداية والنهاية لابن كثير ٩٩/١٢ ، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ط عالم الكتب- بيروت- ط ١٤٠٧/١ هـ - ٢٣٠/١ ، سير أعلام النبلاء لابن قايماز ١٨/٦٤) .

فقد اختلف الفقهاء فيه مع اختلاف السلف قبلهم واختلاف أصحابنا معهم على ثلاثة مذاهب: أحدها: يكره أن يكون له طالبا ويكره أن يجيب إليه مطلوباً... لأنها أمانة يتحملها ربما قصر فيها أو عجز عنها... والمذهب الثاني: يستحب أن يكون له طالباً، وأن يجيب إليه مطلوباً... لأنه فرض لا يؤدي إلا بالتعاون... والمذهب الثالث: وهو أعدلها: يكره أن يكون طالباً ويستحب أن يجيب إليه مطلوباً وهو قول أكثر المتوسطين في الأمر من الفقهاء... لأن الطلب تكلف والإجابة معونة". (١)

المطلب الثاني

حكم ممارسة الحقوق السياسية في النظم الدستورية والقانونية المعاصرة

اعتبرت النظم الدستورية والقانونية المعاصرة الحقوق السياسية حقاً أساسياً من حقوق المواطنين والذي يجب أن يمارسوه ويباشروه بكل حرية . وعلى ذلك فقد كفل دستور جمهورية مصر العربية والمنشور في الجريدة الرسمية - العدد ٣ مكرر (أ) في ١٨ يناير سنة ٢٠١٤م حق المواطنين دون تمييز في مباشرة الحقوق السياسية، فنص في المادة (٨٧) منه على: "ولكل مواطن حق الانتخاب والترشح وإبداء الرأي في الاستفتاء، وينظم القانون مباشرة هذه الحقوق".

وتطبيقاً لهذا النص فلا يجوز للمشرع أن يقيد ممارسة هذا الحق بأية قيود قد تحد منه أو تقصره على فئة دون أخرى، وإنما يكون تدخله للتنظيم لا للتقييد.

وهذا ما ذهب إليه قانون مباشرة الحقوق السياسية رقم ٤٥ لسنة ٢٠١٤م بشأن تنظيم مباشرة الحقوق السياسية والمنشور في الجريدة الرسمية- العدد ٢٣ (تابع) في ٥ يونيو سنة ٢٠١٤م وتعديلاته بالقانون رقم

(١) الحاوي للماوردي ١٠/١٦ وما بعدها.

٩٢ لسنة ٢٠١٥م والمنشورة في الجريدة الرسمية - العدد ٣٠ مكرر (أ) في ٢٩ يولييه سنة ٢٠١٥ .

المطلب الثالث

الموازنة بين النظم الإسلامي والنظم الدستورية والقانونية

في حكم ممارسة العمل السياسي

لم تختلف النظم الدستورية والقانونية المعاصرة مع النظام السياسي الإسلامي في أن ممارسة الحقوق السياسية حق مكفول لجميع الناس بضوابط وشروط ، وإن كان النظام الإسلامي قد سبقها في ذلك ؛ ففي الوقت الذي كانت تعج فيه أوروبا وغيرها في برك الظلام والديكتاتورية كان المسلمون في عهدهم الأول بعد موت النبي - ﷺ - يمارسون حراكا سياسيا يقوم على العدل والحرية والمساواة بين الناس جميعا .

لكن النظم الدستورية والقانونية المعاصرة تختلف مع النظام السياسي الإسلامي في الضوابط الشرعية لهذه الممارسة ، فالممارسة في النظام الإسلامي تخضع للأحكام الخمسة حسب الهدف من الممارسة نفسها ، فليست كلها جائزة وليست كلها محرمة ... بل الحكم يخضع لماهية الممارسة نفسها ، وهذا ليس موجودا في النظم الدستورية والقانونية المعاصرة .

المبحث الثالث

مرجعية ممارسة الحقوق السياسية

المطلب الأول

مرجعية ممارسة الحقوق السياسية في النظام الإسلامي

مما لا شك فيه أن الدولة (١) في الإسلام هي دولة مدنية حديثة

مرجعيتها

(١) الدولة: كلمة لاتينية تعني: الاستقرار ، وهذه الكلمة لها من المعاني السياسية والقانونية والاجتماعية وتختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة ، ولم يجمع فقهاء القانون وعلماء السياسة على تعريف موحد للدولة ؛ بسبب سعى كل منهم لإبراز فكرته وتصوره عنها . (النظم السياسية د. محمد كامل ليلة ص: ٢٤ ، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري د. نعمان أحمد الخطيب ص: ١٣) ،

الإسلام ، وليست دولة دينية أو ثيوقراطية (١) أو علمانية (١)، فهى دولة تحكم بالإسلام وتقوم على البيعة والشورى ويختار رجالها من كل قوي أمين

وعلى ذلك قيل بأنها : " الكيان السياسي والإطار التنظيمي الواسع لوحدة المجتمع والناظم لحياته الجماعية وموضع السيادة فيه ، بحيث تعلو إرادة الدولة شرعا فوق إرادات الأفراد والجماعات الأخرى في المجتمع؛ وذلك من خلال امتلاك سلطة إصدار القوانين واحتكار حيازة وسائل الإكراه وحق استخدامها في سبيل تطبيق القوانين ؛ بهدف ضبط حركة المجتمع ، وتأمين السلامة والنظام " . (الموسوعة السياسية د. عبد الوهاب الكيالي ٧٠٢/٢) ، وإلى جانب هذا التعريف للدولة هناك استخدام أكثر تحديدا يقتصر فيه المعنى على مؤسسات الدولة . (الموسوعة السياسية د. عبد الوهاب الكيالي ٧٠٢/٢) ومهما تعددت تعريفات الدولة واختلفت فإنها لا تخرج عن كونها : " مجموعة من الأفراد يقطنون إقليما جغرافيا معينا بصفة دائمة ومستقرة ويخضعون في تنظيم شؤونهم لسلطة سياسية تمتثل في أساسها عن أشخاص من يمارسها " . (النظم الدستورية د. ثروت بدوي ص: ١٢ ، النظم السياسية د. محسن خليل ص: ٢٢ ، النظم السياسية د، سليمان الطماوي ص: ١٩ ، مبادئ الأنظمة السياسية د. مصطفى أبو زيد فهمي ص: ٤٢ ، مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية د. كمال الغالي - ط مطبعة الداودي - دمشق - سنة ١٩٨٥م - ص: ١٢ ، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري د. نعمان أحمد الخطيب ص: ١٦) . وأركان الدولة أو عناصرها يتألف من : الشعب والأرض والسلطة ، ومن الناحية القانونية تعتبر شخصية قانونية موحدة ، وكيانا جماعيا موحدا، يضم هيئة من الأشخاص الطبيعيين يديرون السلطة العليا في الدولة والتي تمارسها عنها وكالة الحكومة . (النظم الدستورية د. ثروت بدوي ص: ١٢ وما بعدها، النظم السياسية د. محسن خليل ص: ٢٢ وما بعدها، النظم السياسية د، سليمان الطماوي ص: ١٩ وما بعدها، مبادئ الأنظمة السياسية د. مصطفى أبو زيد فهمي = ص: ٤٢ وما بعدها، مبادئ القانون الدستوري د. كمال الغالي ص: ١٢ وما بعدها، النظم السياسية د. محمد كامل ليلة ص: ٢٤ وما بعدها، الوسيط في النظم السياسية د. نعمان أحمد الخطيب ص: ١٦ وما بعدها) .

(١) الثيوقراطية : مصطلح يوناني تعني حكومة الكهنة أو الحكومة الدينية ، وتتكون من كلمتين ثيو وتعني الدين ، و قراط ؛ وتعني الحكم ، والنظريات الثيوقراطية أو الدينية : ترجع أصل السيادة ومصدر السلطات إلى الله - تعالى - ، ومع اتفاقها في ذلك إلا أنها تختلف في تفسيرها لهذه السيادة ، ويظهر هذا الاختلاف في ثلاث صور هي : الصورة الأولى : نظرية الطبيعة الإلهية للحكام ، وتقوم على أساس إضفاء وصف الطبيعة الإلهية على الحكام وتقديسهم وعدم مناقشتهم ، وطبقا لهذه النظرية فهو يعيش بين البشر ويحكمهم ، النظرية الثانية : نظرية الحق الإلهي المباشر ، وتقوم على أساس أن الحاكم ليس إلها وإنما هو مختار بطريق مباشر من الإله ؛ لمباشرة شؤون العباد والبلاد وليس للأفراد دخل في اختياره وتوليته ، وطبقا لهذه النظرية لا يجوز للأفراد مساءلته ؛ لأنه يستمد سلطته من الله - تعالى - وبالتالي وجبت طاعته ، النظرية الثالثة : نظرية الحق الإلهي غير المباشر ، وتقوم على أساس أن الحاكم ليس إلها وليس مختارا من قبل الله - تعالى - مباشرة ، وإنما الأفراد هم الذين يختارونه لكنهم في هذا الاختيار مسيروا وليسوا مخيرين ، مسيروا بإرادة الله - تعالى - . وإرشاده؛ لاختياره وتوليته ، فهو الحاكم التي ارتضته العناية الإلهية . ومع ذلك: فالنظريات الدينية عموما تؤدي إلى إطلاق سلطان الحكام ، وتحرم على الشعوب تحريما مطلقا مقاومة حكامهم حتى ولو كانوا مستبدين ؛ لأنهم في ظل العناية الإلهية ، وأنهم وسيلة الانتقام الإلهي لعقاب المفسدين في هذه الأرض . (النظم السياسية د. ثروت بدوي ص: ٩٤ وما بعدها، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري د. نعمان أحمد الخطيب ص: ٣٥ وما بعدها، النظم السياسية د. محسن خليل ص: ٢٤ وما بعدها، النظم السياسية د. محمد كامل ليلة ص: ١٩٢ وما بعدها النظرية السياسية الإسلامية د. محمد ضياء الدين الرئيس - ط مكتبة التراث - القاهرة - ط ٧ - (بدون) - ص: ٢٨٥) .

، ليس فيها مصطلح رجال الدين الذين يزعمون أنهم يمثلون إرادة الخالق في دنيا الخلق أو مشيئة السماء في أهل الأرض ... وإنما يوجد بها علماء متخصصون في علوم الإسلام كبقية العلماء في جميع الفنون والآداب .

كما أن الحاكم في النظام السياسي الإسلامي يختلف عن الحاكم في النظام الثيوقراطي، فالحكم في هذا النظام يقوم على دعامين هما: التفويض الإلهي للسلطة السياسية، بمعنى أن يكون الحاكم نائباً عن الله لا عن الأمة. وأن الحاكم يختص بحق التحليل والتحرير والتشريع وكل ما يصدر عنه يكون واجب الإلتباع، وليس ذلك في النظام السياسي الإسلامي على الإطلاق. (٢)

يقول د. عبد الرازق السنهوري في كتاب إسلامية الدولة والمدنية والقانون ما نصه : " إن الإسلام دين ومدنية .. والمدنية الإسلامية أكثر تهذيباً من المدنية الأوروبية .. والرابطة الإسلامية هي المدنية الإسلامية ، وأساسها الشريعة الإسلامية ، وأمتنا أمة ذات مدنية أصيلة ، وليست الأمة الطفيلية التي ترقع لمدنيتها ثوبا من فضلات الأقمشة التي يلقيها الخياطون !!". (٣)

(٢) العلمانية: مفهوم سياسي اجتماعي نشأ إبان عصور التنوير والنهضة في أوروبا، عارض ظاهرة سيطرة الكنيسة على الدولة، وهيمتها على المجتمع وتنظيمها على أساس الانتماءات الدينية والطائفية، ورأى أن من شأن الدين أن يعني بتنظيم العلاقات الاجتماعية بين البشر وربهم، ونادى بفصل الدين عن الدولة، وتنظيم العلاقات الاجتماعية على أسس إنسانية تقوم على معاملة الفرد على أنه مواطن ذو حقوق وواجبات، وبالتالي إخضاع المؤسسات والحياة السياسية = لإرادة البشر وممارستهم لحقوقهم وفق ما يرون وما يحقق مصالحهم وسعادتهم الإنسانية ". (موسوعة السياسة د. عبد الوهاب الكيالي ١٧٩/٤ وما بعدها) .

(١) نظام الحكم في الإسلام- الإمامة ورياسة الأمة وما يتعلق بهما من بحوث د. محمد يوسف موسى- ط دار الفكر العربي - القاهرة - (بدون) - ص:٩٣، المشاركات السياسية المعاصرة في ضوء السياسة الشرعية - الإصدار الثاني من سلسلة إصدارات الهيئة الشرعية للحقوق والإصلاح د. محمد يسري إبراهيم - ط دار اليمس - القاهرة - ط ١٤٣٢/١ هـ - ٢٠١١ م - ص:١٨ وما بعدها، من فقه الدولة في الإسلام د. يوسف القرضاوي ص: ١٣٦ وما بعدها ، النظريات السياسية الإسلامية د. محمد ضياء الرئيس ص: ٣٨٢ وما بعدها.

(٢) إسلامية الدولة والمدنية والقانون د . عبد الرازق السنهوري - ط دار السلام - القاهرة - ط ١٤٣٠/١ هـ - ٢٠٠٩ م - ص: ١٣١ .

ويقول د. محمد عمارة في كتابه الدولة الإسلامية بين العلمانية والسلطة الدينية ما نصه : " فالإسلام يقرر مدنية السلطة السياسية في المجتمع ، ويؤكد على بشريتها ؛ وذلك عندما يقرر أن الطريق إلى تولى هذه السلطة هو شورى البشر ، والاختيار والعقد والبيعة ، وعندما يؤكد على نيابة الحاكم على الأمة ومسئوليته تجاهها وأمامها ... وهو في ذات الوقت لا يرى الفصل بين الدين والدنيا ...". (١)

وبالتالي كان فمن الطبيعي أن توافق ممارسة الحقوق السياسية أحكام ومرجعية الدين؛ ذلك لأن الإسلام يربط بين الدين والسياسة معاً كأساس لشرعية الحكم، ومن ثم يعتبر مفهوم السياسة الشرعية مفهوماً مركباً، حيث إن المفاهيم السياسية الإسلامية تبنى على نظام يجمع بين الفكر والحركة من جانب، وبين السياسة والدين من جانب آخر.

فكل عمل يؤديه الفرد أو المسئول في أي موقع من مواقع العمل عن الرعية، يعتبر عبادة له وصدقة جارية عليه بعد موته ، فضلاً عن أنه من قبيل السياسة والإدارة الناجحة؛ فالعدل بين الرعية ورفع الظلم عنهم، وبناء المساكن، وفتح المدارس، وإصلاح الطرق، وإنشاء المصانع، وتشغيل العاطلين، وحل المشاكل الاجتماعية : كالطلاق، والطفولة، وتربية النشء ، والخلافات العائلية والقبلية والطبقية ... و المشاكل الاقتصادية: مثل مستوى دخل الفرد، والمشرعات الإنتاجية والموارد الطبيعية ، وغلاء الأسعار وضبطها في الأسواق، والقضاء على البطالة وتشغيل العاطلين ... و المشاكل الثقافية: مثل محو الأمية التعليمية والدينية، وتجديد الخطاب الفقهي، والارتقاء البحث العلمي؛ لخدمة العباد والبلاد .. سياسة وعبادة في نظر الإسلام . (٢)

(١) الدولة الإسلامية بين العلمانية والسلطة الدينية د. محمد عمارة - ط دار الشروق - القاهرة - ط ١٤٠٩ / هـ / ١٩٨٨م - ص: ٦٤.

(٢) الحرية السياسية في الإسلام د. أحمد شوقي الفنجري ص: ٧٠ وما بعدها، بيان للناس الشيخ جاد الحق على جاد الحق ٣١٩/٢ وما بعدها، من فقه الدولة في الإسلام د. يوسف القرضاوي ص: ٢٣ وما بعدها.

ومن هنا جعل الإسلام الإمامة حارساً لشئون الدين وساسة الدنيا، وهي من الأعمال السياسية التي بها يتولى الحاكم إدارة البلاد وشئون العباد.

(١)

ويتبلور الموقف الإسلامي حيال هذه القضية في أن ما هو دين جاء به الوحي من خلال القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة فلا جدال في أخذه من مصدره وتطبيقه كما نزل بدون تحريف ولا تبديل، وما هو دنيا وأحكام سياسية لم يعرض لها القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة بنص ولا تفصيل فالاحتكام فيها للرأي والاجتهاد ؛ للوصول إلى مصلحة العباد والبلاد في إطار مرجعية الشريعة الإسلامية . (٢)

والإسلام عندما قرر عدم اعتزل أمور الدولة والمجتمع لم يضع لدولة المسلمين نظاماً ولا نظريات ولا قوانين ... وذلك لأن أمور الدولة والمجتمع والحياة في تطور مستمر، فالوقائع غير متناهية والنصوص التي أتت بها الشريعة متناهية ، وهو في ذلك لم يتخير فصل الدين عن الدنيا لكنه اختار التمييز بينهما ، فلا فصل ولا وحدة وإنما هو تمييز ... فهو لا يضع النظريات ولا النظم ولا القوانين ، وإنما وضع الفلسفة والمثل والمعايير والمقاصد والغايات التي تحكم أطر هذه النظريات والنظم والقوانين ، فهو قد جعل الشورى : فلسفة للنظام السياسي دون أن يضع نظاماً سياسياً ، وجعل ملكية رقبة المال الثروة لله - تعالى - والإنسان هو خليفته ونائبه ووكيله في هذا المال وتلك هي فلسفة نظامه المالي ، كما جعل المصلحة ونفي الضرر والضرار المعيار الذي يحكم أطر النظم والقوانين والنظريات ... على اختلاف العصور والنظم والعصور ، ومن هنا تأتي مرونة الإسلام في هذا

(١) معين الحكام للطرابلسي ص: ١٦٩، الأحكام السلطانية للماوردي ص: ١٥، مآثر الإنافة للفلقشندي ٥٩/١ ، السياسة الشرعية لابن تيمية ص: ١٢٩ ، تحرير الأحكام لابن جماعة ص: ٤٨ ، إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن قيم الجوزية ٢٨٥/٤ ، الطرق الحكيمة لابن قيم الجوزية ص: ١٢.

(٢) الدولة الإسلامية بين العلمانية والسلطة الدينية د. محمد عمارة ص: ١٦ وما بعدها.

الصدد فاقترصر على الأسس الكلية ؛ لتكون خالدة صالحة لكل زمان ومكان ،
وترك مع عدا ذلك لتصرفات البشر وهم يخضعون فيها لظروف الزمان
والمكان وما تقتضيه

مصالحهم وما يتطلبه رقيهم وتقدمهم. (١)

يقول د. عبد الرازق السنهوري في كتاب إسلامية الدولة والمدنية
والقانون ما نصه : " ومن هنا وجب التمييز بين الدين الإسلامي والدولة
الإسلامية ، وإن كان الإسلام يجمع بين الشئيين ، وفائدة هذا التمييز في أن
مسائل الدين تدرس بروح غير التي تدرس بها مسائل الدولة ، فالدين ينظر
إلى العلاقة بين العبد وخالقه ، وهذه لا تتغير ، ولا يجب أن تتغير فالخالق -
عز وجل - أبدي أزلي لا يجوز عليه التغيير ولا التبديل ، فالعلاقة بينه وبين
العبد ثابتة لا تتطور ، أما مسائل الدولة فالنظر فيها يكون نظر مصلحة
وتدبير ، إن الأحكام في مسائل الدولة تتطور مع الزمان والمكان ... " . (٢)

ولقد ميز المسلمون الأوائل دائما بين ما هو دين ووحى، وبين ما هو
دنيا وسياسة ورأي ، بدون الفصل بينهما ، فكانوا يسألونه دائما عن طبيعة
القول الذي قاله لهم، هل هو من الدين فتجب الطاعة لكل ما هو دين ووحى،
أم هو من السياسة والدنيا فيعملون فيه الرأي والاجتهاد دونما حرج أو
تضييق بدون الخروج عن مرجعية الشريعة ؟ وتطبيقا لهذا العرض السابق
ما حدث يوم غزوة بدر ، عندما نزل الرسول - ﷺ - عند أقرب بئر من جهة
المدينة المنورة ، فتوجه إليه الحَبَابُ بن المنذر سائلا إياه عن طبيعة قراره
هذا ؟ هل هو دين فنسلم ونطيع أم هو سياسة فيخضع للاجتهاد والرأي
والشورى؟ فقال له : " يَا رَسُولَ اللَّهِ - ﷺ - ؟ أَرَأَيْتَ هَذَا الْمَنْزِلَ ، أَمْنَزَلًا
أَنْزَلَهُ اللَّهُ لَيْسَ لَنَا أَنْ نَتَّقِدْمَهُ ، وَلَا نَتَأَخَّرَ عَنْهُ ، أَمْ هُوَ الرَّأْيُ وَالْحَرْبُ

(١) النظم السياسية د. محمد كامل ليلة ص: ٤٢٧ وما بعدها، الدولة الإسلامية بين العلمانية والسلطة
الدينية د. محمد عمارة ص: ١٧٤ وما بعدها.

(٢) إسلامية الدولة والمدنية والقانون د. عبد الرازق السنهوري ص: ١٢٤ وما بعدها.

وَالْمَكِيدَةُ؟ قَالَ: "بَلْ هُوَ الرَّأْيُ وَالْحَرْبُ وَالْمَكِيدَةُ". فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، فَإِنَّ هَذَا لَيْسَ بِمَنْزِلٍ، فَانْهَضْ بِالنَّاسِ حَتَّى نَأْتِيَ أَدْنَى مَاءٍ مِنَ الْقَوْمِ، فَانزِلْهُ ثُمَّ نَغُورْ - ندفن ونطمس - مَا وَرَاءَهُ مِنَ الْقَلْبِ - الآبار -، ثُمَّ نَبْنِي عَلَيْهِ حَوْضًا فَنَمْلُؤُهُ مَاءً، ثُمَّ نَقَائِلُ الْقَوْمِ، فَتَشْرَبُ وَلَا يَشْرَبُونَ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "لَقَدْ أَشْرَتْ بِالرَّأْيِ". فَانْهَضَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَمِنْ مَعَهُ مِنَ النَّاسِ فَسَارَ حَتَّى إِذَا أَتَى أَدْنَى مَاءٍ مِنَ الْقَوْمِ نَزَلَ عَلَيْهِ، ثُمَّ أَمَرَ بِالْقَلْبِ فَغُورَتْ، وَبَنَى حَوْضًا عَلَى الْقَلْبِ الَّذِي نَزَلَ عَلَيْهِ فَمَلَأَهُ مَاءً، ثُمَّ قَدَفُوا فِيهِ الْآبِيَةَ". (١)

فبعدما نزل النبي عند أقرب آبار المدينة وعلم أصحابه وميزوا أن فعله من قبيل السياسة لا من قبيل الدين إذ هو الرأي والحرب والمكيدة أشاروا عليه أن ينزل عند أقرب الآبار من جهة العدو فنزل النبي - ﷺ - على رأيهم ؛ لأن المقام مقام سياسة لا مقام وحي ودين. (٢)

إذن فمن الخطأ الذي يعتقده الكثيرون من الناس اليوم: أن الدين هو عبارة عن كل ما يصدم العقل ويتنافى مع الحكمة، وهو أمر شخصي غايته: تنظيم علاقة الفرد بخالقه، ومن ثم حاولوا حصر الإسلام في المسجد وإبعاده عن الحياة وتنظيمها ، وهذا بلا شك ظن كاذب ووهم خاطئ لا أساس له من الصحة ؛ خاصة أن شريعة جاءت وافية بمطالب الحياة الإنسانية، تسد عوزها وتحقق لها أهداف العمران في شتى جوانب حياتها الاجتماعية والاقتصادية والسياسية، وقد اكتسبت نصوص الشريعة الإسلامية من المرونة والعموم ما جعل قواعدها صالحة للناس كافة في كل عصر من العصور ؛ تساهل عوامل النمو والارتقاء، وتقود الحضارة الإنسانية إلى معالم الحق

(١) سيرة النبي - ﷺ - لابن هشام - ط شركة مصطفى الباي الحلي - مصر - ط ٢ / ١٣٧٥ هـ / ١٩٥٥ م - ١ / ٦٢٠ وما بعدها، تاريخ الطبري ٢ / ٤٤٠ وما بعدها ، المنتظم في تاريخ الأمم والملوك لابن الجوزي - ط دار الكتب العلمية - بيروت - ط ١ / ١٤١٢ هـ / ١٩٩٢ م - ٣ / ١٠٣ وما بعدها ، الكامل في التاريخ لابن الأثير ٢ / ١٧ وما بعدها.

(٢) الدولة الإسلامية بين العلمانية والسلطة الدينية د. محمد عمارة ص: ٧١ وما بعدها.

وسبيل الرشاد ؛ ولهذا أكمل الله - تعالى - بها الدين وأتم بها النعمة قال تعالى: "الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا". (١) (المائدة من الآية ٣).

ثم ما هي فائدة الدين الذي أنزله الله - تعالى - إذا لم يطبق وينفذ على الأرض التي جعلها الله - تعالى - لجميع الناس، فليس من المعقول أن ينزل الله - تعالى - الدين على أحد رسله ليلبغه للناس ثم لا تقام أحكامه وشريعته بالطريقة التي يريدتها الله - تعالى - للناس على أرضه، ومن ثم يكون مكانه داخل المسجد فقط أو في طيات الكتب داخل المكتبات العامة والخاصة، فليست هذه وظيفة الدين أو الرسل.

قال الإمام ابن حزم (٢) ما نصه: "الإمام واجب طاعته ما قادننا بكتاب الله - تعالى - وسنة رسوله - ﷺ - فإن زاغ عن شئ منهما منع من ذلك، وأقيم عليه الحد والحق، فإن لم يؤمن أذاه إلا بخلعه خلع وولي غيره". (٣)

ويقول د. محمد يوسف موسى في كتابه نظام الحكم في الإسلام ما نصه: "لم يجئ الإسلام بالعقيدة الدينية الصحيحة وحدها ، ولا بالنظام الأخلاقي المالي الذي يقوم عليه المجتمع فحسب ، بل جاء مع هذا وذاك

(٣) المدخل الفقهي وتاريخ التشريع الإسلامي د. عبد الرحمن الصابوني وآخرون - ط دار التوفيق النموذجية للطباعة - ط ١٤٠٢/١هـ - ١٩٨٢م - ص: ٢٠، ٢١ ، تاريخ التشريع الإسلامي لعلي محمد عوض، عادل أحمد عبد الموجود - ط دار الكتب العلمية - بيروت - ط ١٤٢٠/١هـ - ٢٠٠٠م - ٨/١، المدخل إلى الفقه الإسلامي د. عبد العزيز الخياط - ط دار الفكر - ط ١٤١١/١هـ - ١٩٩١م - ص: ١٦، ١٥، تاريخ التشريع الإسلامي د. مناع القطان - ط مكتبة وهبة - القاهرة - ط ٢٠٠١/٥م - ص: ١٩، ١٨، فصل الدين عن الدولة د. إسماعيل الكيلاني - ط المكتب الإسلامي - بيروت - ط ١٤٠٧/٢هـ - ١٩٨٧م - ص ٥٣ وما بعدها.

(١) ابن حزم: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم بن غالب بن صالح بن خلف بن معد بن سفيان بن يزيد، وولد في قرطبة سنة ٣٨٤ هـ، وتوفي في قرية له سنة ٤٥٦ هـ. (وفيات الأعيان وأنباء الزمان لابن خلكان - ط دار الثقافة - بيروت/ ١٩٦٨م - ٣/٣٢٥، نفح الطيب من غصن الأندلس الرطيب لأحمد التلمساني - ط دار صادر - بيروت - سنة ١٩٦٨م - ٥٥٢/٢).
(٢) الفصل في الملل والأهواء والنحل لابن حزم الأندلسي - ط مكتبة الخانجي - القاهرة - (بدون) - ٨٤/٤.

بالشريعة المحكمة العادلة ، هذه الشريعة التي تحكم الإنسان في وتصرفاته ومعاملاته في كل حال : في خاصة نفسه ، وفي علاقته بأسرته ، وفي علاقاته بالمجتمع الذي يعيش فيه ، وفي علاقات دولته بالدول الأخرى ، إنه بهذا يتميز عن الديانات السماوية الأخرى ، ولهذا نجده نظم كل هذه العلاقات العديدة المختلفة ، ووضع الأصول والمبادئ العامة التي تقوم عليها ، وبين - وإن كان بإجمال أحيانا - التشريعات التي تحكمها على جميع أنواعها ، وبذلك يكون قد أتى بالتشريعات التي لا بد منها لقيام الأمة والدولة على أسس معقولة مقبولة ووافية بحاجات أي مجتمع أو أمة في كل زمان ومكان " .

(١)

ويقول د. عبد القادر عوده في كتابه المال والحكومة في الإسلام: " ولست أدري كيف يؤمن هؤلاء بالإسلام عقيدة ، ولا يؤمنون به نظاماً !! أترأه عقيدة من عند الله ونظاماً من عند غير الله ؟ !! قال تعالى: " قُلْ كُلُّ مَنْ عِنْدَ اللَّهِ فَمَالٌ هُوَ لَأَمْوَالٍ الْقَوْمِ لَآ يَكَادُونَ يَفْقَهُونَ حَيْثُهَا " (النساء من الآية ٧٨). (٢)

فالإسلام عقيدة وشريعة، فالعقيدة هي الأساس، والشريعة هي المنهاج، فهو عقيدة تنبثق منها شريعة يقوم عليها المجتمع، ولهذا لم تعرف الحضارة الإسلامية قط الفصل بين الدين والدولة، بل إن جميع أوامر الدين الإسلامي لا تفصل بين القيادة والعبادة، وبين خدمة الجماهير وإقامة الصلة بين العمل الدنيوي والعمل الديني، فإله تعالى يقول: " الَّذِينَ إِنْ مَكَانَهُمْ فِي الْأَرْضِ أَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوُا الزَّكَاةَ وَأَمَرُوا بِالْمَعْرُوفِ وَنَهَوْا عَنِ الْمُنْكَرِ وَاللَّهُ عَاقِبَةُ الْأُمُورِ " (الحج الآية ٤١) ففي هذه الآية يربط الله - تعالى - بين الصلاة التي هي فريضة تعبدية وبين الزكاة التي هي معاملة اقتصادية وبين

(١) نظام الحكم في الإسلام د. محمد يوسف موسى ص: ١١ .
(٢) المال والحكومة في الإسلام لعبد القادر عوده - ط المختار الإسلامي للطباعة والنشر- القاهرة - ط ١٣٧٩/٥هـ - ١٩٧٧م - ص: ٧٩.

الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر التي هي ممارسة سياسية، فكلمنا ذكر القرآن الكريم العبادة ربطها بالعمل الدنيوي وخدمة الناس. (١)

يقول د. عبد الرزاق السنهوري في كتاب إسلامية الدولة والمدنية والقانون ما نصه: "يمتاز الإسلام بأنه دين ودولة، وقد أرسل النبي - ﷺ - لا لتأسيس دين فحسب؛ بل لبناء قواعد دولة تتناول شئون الدنيا، فهو بهذا الاعتبار مؤسس الحكومة الإسلامية كما هو نبي المسلمين، وهو بصفة كونه مؤسس حكومة كانت له الولاية على كل من كان خاضعا لتلك الحكومة، سواء كان مسلما أو غير مسلما، وبوصف كونه نبيا لم يكن يطلب من غير المسلمين من الذين تركهم على دينهم الاعتراف بنبوته، ولو أن دعوته شاملة لجميع البشر". (٢)

ويقول د. محمد كامل ليلة في كتابه النظم السياسية ما نصه: "إن الدين الإسلامي - على خلاف الدين المسيحي - لم يقتصر في أحكامه على شئون الدين، وإنما وضع تنظيمًا شاملاً لشئون الدنيا بالإضافة لشئون الدين، فالإسلام دين ودولة، عقيدة وشريعة، والعقيدة هي الجانب النظري - في الإسلام - الذي يطلب الإيمان به أولاً... والشريعة هي النظم التي شرعها الله - تعالى - أو شرع أصولها؛ ليأخذ الإنسان بها نفسه في علاقته بربه... وعلاقته بأخيه الإنسان... وعلاقته بالكون... وعلاقته بالحياة...". (٣)

ويقول د. محمد عمارة في كتابه الدولة الإسلامية بين العلمانية والسلطة الدينية ما نصه: "إن الإسلام: "دين" و "دولة" وإن واو العطف التي تعطف "الدولة" على "الدين" كما تفيد المغايرة - وهذا هو معناها اللغوي - فإنها تفيد قيام الصلة والاشتراك". (٤)

(٢) الإسلام والعلمانية وجهاً لوجه د. يوسف القرضاوي - ط مكتبة وهبة - القاهرة - ط ١٩٩٧م - ص: ٦٧.

(١) إسلامية الدولة والمدنية والقانون د. عبد الرزاق السنهوري ص: ١٢٤.

(٢) النظم السياسية د. محمد كامل ليلة ص: ٤٢٥ وما بعدها.

(٣) الدولة الإسلامية بين العلمانية والسلطة الدينية د. محمد عمارة ص: ٢٢٧.

وفي الوقت الذي يتعصب فيه بعض المسلمين وينكرون أن الإسلام دين ودينيا؛ يسجل المستشرقون كتوماس أرنولد، وماكدونالد، وشاخنت وغيرهم: بأن الإسلام ليس ديناً فقط لكنه نظام سياسي أيضاً، وأن النبي - ﷺ - أسس ديناً ودولة، وكان رئيساً للدين ورئيساً للدولة. (١)

فالدولة الإسلامية لها خصائص عن بقية الدول؛ فليس الحاكم فيها هو صاحب السيادة؛ لأن الإسلام ليس "أوتوقراطية"، ولا رجال الدين ولا الآلهة؛ لأنه ليس "ثيوقراطية"، ولا القانون وحده؛ لأنه ليس "نوموقراطية"، ولا الأمة وحدها؛ لأنه ليس "ديمقراطية"، فالسياسة في الدولة الإسلامية إذن على صورتها هذه نظام راقى فريد خاص بها فقط، ولا يصح القول بأن النظام السياسي الإسلامي يتطابق مع أي من النظم المعروفة؛ ذلك لأنه يستمد آلياته وضوابطه وقواعده من الشريعة وأحكامها. (٢)

فعلى كل مواطن مسلم أن يعلم أنه من الصعب بل من المستحيل الفصل بين الدين والسياسة وأن كل هذه الأعمال التي توضع تحت بند العمل السياسي هي في الواقع من صميم الدين الإسلامي الذي يرفض المبدأ القائل: "أعط ما لقيصر لقيصر وما لله لله"، بل يعلن: "قُلْ إِنَّ الْأَمْرَ كُلَّهُ لِلَّهِ" (آل عمران من الآية ١٥٤)، وهو في ذلك لا يقبل التجزئة إلى نوعين من التعاليم: منها ما تختص بالدنيا والسياسة، ومنها ما يختص بالآخرة والعبادة... بل يعتبر كلاً منهما مكماً للآخر... فلا تصلح آخرتنا بغير صلاح دنيانا... ولا تكمل عبادتنا بغير أن تصلح سياستنا؛ مصداقاً لقول الله تعالى: "أَفْتَوُؤْمِنُونَ بِبَعْضِ الْكُتَابِ وَتَكْفُرُونَ بِبَعْضٍ فَمَا جَزَاءُ مَنْ يَفْعَلُ ذَلِكَ مِنْكُمْ إِلَّا خِزْيٌ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَيَوْمَ الْقِيَامَةِ يُرَدُّونَ إِلَى أَشَدِّ الْعَذَابِ" (البقرة الآية ٨٥).

(٤) النظريات السياسية الإسلامية د. محمد ضياء الدين الرئيس ص: ٢٨ وما بعدها.
(١) النظريات السياسية الإسلامية د. محمد ضياء الرئيس ص: ٣٨٢ وما بعدها، النظم السياسية د. محمد كامل ليلة ص: ٧٤٧، من فقه الدولة في الإسلام د. يوسف القرضاوي ص: ١٣٢ وما بعدها.

المطلب الثاني

مرجعية ممارسة الحقوق السياسية في النظم الدستورية والقانونية المعاصرة.

العمل السياسي في النظم السياسية المعاصرة عموماً لا يهتم بالمرجعية الدينية ولا بغيرها، فهو يرفض تماماً دخول الدين في العمل السياسي عموماً؛ لأنه يسعى للوصول للسلطة والهيمنة على مقاليد الحكم بدون فرض أي مرجعية دينية على نشاطه وأعماله.

ففي مصر قد أعطى الدستور الحق للمواطنين في إنشاء وتكوين الأحزاب السياسية مثلاً كحق من الحقوق السياسية؛ حيث جعل النظام السياسي المصري يقوم على التعددية الحزبية؛ فقد نصت المادة (٥) من الباب الأول (الدولة) من الدستور الصادر في سنة ٢٠١٤م على: " يقوم النظام السياسي على أساس التعددية السياسية والحزبية والتداول السلمي للسلطة..." (١)

ولكنه اشترط شروطاً وضوابطاً عند إنشاء وتكوين الأحزاب السياسية؛ حيث نص في المادة (٧٤) من نفس الدستور السابق في الباب الثالث " الحقوق والحريات والواجبات العامة" على: " للمواطنين حق تكوين الأحزاب السياسية بإخطار ينظمه القانون، ولا يجوز مباشرة أي نشاط سياسي أو قيام أحزاب سياسية على أساس ديني، أو بناء على التفرقة بسبب الجنس أو الأصل أو على أساس طائفي أو جغرافي أو ممارسة نشاط معاد لمبادئ الديمقراطية أو سري، أو ذي طابع عسكري وشبه عسكري، ولا يجوز حل الأحزاب إلا بحكم قضائي". (٢)

(١) الجريدة الرسمية - العدد ٣ مكرر (أ) الصادر في ١٨ يناير من عام ٢٠١٤م - ص: ٧.

(٢) الجريدة الرسمية - العدد ٣ مكرر (أ) الصادر في ١٨ يناير من عام ٢٠١٤م - ص: ٢٢.

فحددت المادة الشروط الأساسية لنشأة الحزب وتكوينه والمتمثلة في:
عدم تأسيسه على أساس ديني أو طائفي أو عسكري أو شبه عسكري، وعدم
ممارسته لأي نشاط ديني أو سري أو مخالف لمبادئ الديمقراطية...
وأرى أن الدستور يتناقض مع بعضه في هذا الأمر؛ ففي الوقت الذي
ينص فيه الدستور في المادة (٢) منه على أن: "الإسلام دين الدولة ، واللغة
العربية لغتها الرسمية ، ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي
للتشريع " (١) يحظر مباشرة أي نشاط سياسي أو قيام أحزاب سياسية على
أساس ديني، وكان يجب عليه: أن يخضع جميع الهيئات والمؤسسات
لمرجعية الشريعة الإسلامية كما نص هو في المادة (٢) ؛ لأن هذا الدستور
استفتي عليه الشعب وكما نص في المادة (٤) منه على أن: "السيادة للشعب
وحده يمارسها ويحميها، وهو مصدر السلطات ... " (٢) فيجب على الجميع
أن ينصاع لإرادة الشعب والتي اختارت الإسلام ديناً وأحكام الشريعة
الإسلامية مرجعاً.

المطلب الثالث

الموازنة بين النظام الإسلامي والنظم الدستورية والقانونية

في مرجعية العمل السياسي

تختلف النظم الدستورية والقانونية المعاصرة مع النظام السياسي
الإسلامي في مرجعية العمل السياسي؛ فالنظم الدستورية والقانونية المعاصرة
تفرض تماماً دخول الدين في العمل السياسي عموماً، فهي تقوم على جواز
ممارسة الحقوق السياسية وعلى التعددية الحزبية لكنها لا تهتم بالمرجعية
الدينية بل وتحظر قيام هذه الممارسات على هذا الأساس وتجزمه قانوناً،
وهذا بخلاف النظام السياسي الإسلامي والذي يجعل من المرجعية الدينية

(١) الجريدة الرسمية - العدد ٣ مكرر (أ) الصادر في ١٨ يناير من عام ٢٠١٤م- ص: ٧.

(٢) الجريدة الرسمية - العدد ٣ مكرر (أ) الصادر في ١٨ يناير من عام ٢٠١٤م- ص: ٧.

أساساً للعمل السياسي؛ لتحقيق مصالح العباد والبلاد بعيداً عن المصالح الشخصية؛ ونيل ثواب الله - تعالى - في الدنيا والآخرة، بدون فصل بين الدين والحقوق السياسية، فهو يربط بين الدين والسياسة معاً كأساساً لشرعية الحكم، ومن ثم يعتبر مفهوم السياسة الشرعية مفهوماً مركباً، يجمع بين الفكر والحركة من جانب، وبين السياسة والدين من جانب آخر؛ باعتبار أن الإسلام شامل لكل مناحي الحياة.

المبحث الرابع

كفالة ممارسة الحقوق السياسية

ممارسة الحقوق السياسية - كما سبق - حق من الحقوق الأصلية لكل فرد وجزء لا يتجزأ من صميم الدين، كفلتها جميع الأنظمة السياسية لكل من الراعي والرعية، وحثت عليها؛ لتحقيق مصالح الفرد والمجتمع على حد سواء في كل مجالات الحياة الاقتصادية والسياسية والاجتماعية؛ شريطة أن تتوافق في النظام السياسي الإسلامي مع أحكام الشريعة الإسلامية، ودورانها مع الأحكام الخمسة وجوداً وعدمًا.

ويتبلور كفالة ممارسة حق العمل السياسي في مطلبين أساسيين هما:

المطلب الأول: كفالة حق الفرد في المشاركة السياسية. (١)

المطلب الثاني: كفالة حق الفرد في اختيار الحاكم ومراقبته وعزله .

(١) تعرف المشاركة السياسية على أنها حق من الحقوق السياسية: بأنها: " تعني في أوسع معانيها: حق المواطن في أن يؤدي دوراً معيناً في عملية صنع القرارات السياسية"، وفي أضيق معانيها تعني: "حق ذلك المواطن في أن يراقب هذه القرارات بالتقويم والضبط عقب صدورها في جانب الحاكم". (أزمة المشاركة السياسية في الوطن العربي د.جلال عبد الله معوض - بحث منشور في مجلة المستقبل العربي - مركز دراسات الوحدة العربية - العدد ٥٥ - سنة ١٩٨٣م - ص: ١٠٨) . وقيل بأنها: " المشاركة التي يحق للفرد بموجبها أن يشارك في مناقشة القضايا التي تهمه وأن ينتخب وينتخب ". (السياسة بين النمذجة والمحاكاة د.عبد العزيز إبراهيم عيسى د.محمد جاب الله عمارة - ط المكتب الجامعي الحديث - الإسكندرية - سنة ٢٠٠٤م - ص: ١٨٣) . وقيل بأنها: " حق سياسي يجب أن يتمتع به كل مواطن يعيش في مجتمع ما، وبموجبها يحق له أن يختار نوابه الذين يقومون بالرقابة على الحكام وتوجيههم بما فيه مصلحة الشعب". (التربية السياسية للمرأة د.صفاء سيد الجميل - ط دار العلم والإيمان - الإسكندرية - ط ٢٠٠٨م - ص: ٦٢) .

المطلب الأول

كفالة حق الفرد في المشاركة السياسية

توطئة:

مما لا شك فيه أن من حق الفرد أن يشارك في صنع الحياة السياسية في كل ما يتعلق بأمور وإدارة شئون الدولة، سواء بالاشتراك في الانتخابات المختلفة، أو الاستفتاءات المتنوعة، أو الترشيح للهيئات والمجالس المنتخبة، أو المشاركة في اتخاذ القرارات التي تصدرها الأجهزة والسلطات الحكومية، وفيما يلي بيان كفالة النظم السياسية لهذه الحقوق. (١)

الفرع الأول

كفالة حق الفرد في المشاركة السياسية في النظام الإسلامي

يتبلور كفالة هذا الحق في المحاور الآتية:

المحور الأول : كفل النظام السياسي الإسلامي لمن يجد نفسه القدرة على تولي أي منصب من مناصب الدولة العليا أن يتقدم ويترشح له ؛ لأن ذلك من قبيل الدلالة على الخير؛ لإقامة العدل، ورفع الظلم ، وإجراء أحكام الشريعة، وإرشاد الأمة وإعانتها لانتخاب الأصالح والأفضل.

وقد بحث الفقهاء حكم طلب الولاية في باب القضاء ، ونصوا على أن الحكم عام لكل الولايات والإمارات والمسئوليات ، وكانت نصوصهم كالتالي :

جاء في البحر الرائق لابن نجيم ما نصه : " فالحاصل أنه فرض عين إن تعين وفرض كفاية للمتأهل عند وجود غيره لكن رخصة ومكروه عند خوف العجز أو الحيف، وينبغي أن يكون حراما عند غالب ظنه أنه يجوز في الحكم ومباح كما قدمناه ففيه الأحكام الخمسة أما غير الأهل فيحرم عليه

(١) النظم السياسية القانون الدستوري د. عبد الغني بسيوني عبد الله ص: ٢٣٤.

الدخول فيه قطعاً، ولم أر حكم ما إذا خاف الجور مع التعيين ومقتضى
كلامهم في النكاح أن لا يجوز له القبول
تقدماً للمحرم على المبيح...". (١)

وجاء في الذخيرة للقرافي (٢) ما نصه: " فلذلك لا ينبغي أن يقدم
عليه إلا من وثق بنفسه وتعين له أو أجبره الإمام العدل وهو أهل وله أن
يمتع ويهرب فلا يجب بموجب عليه القبول وبهذا قال الأئمة وتعينه بأن لا
يكون في تلك الناحية من يصلح للقضاء سواه فيحرم الامتناع لتعين الفرض
عليه ولا يأخذه بطلب ... وإن اجتمعت فيه شرائط التولية لئلا يوكل لنفسه
فيعجز". (٣)

وجاء في مغني المحتاج للخطيب الشربيني (٤) ما نصه: " فإن
تعين لزمه طلبه. وإلا فإن كان غيره أصح، وكان يتولاه فللمفضول القبول،
وقيل: لا، ويكره طلبه، وقيل: يحرم، وإن كان مثله فله القبول. ويندب الطالب
إن كان خاملاً يرجو به نشر العلم أو محتاجاً إلى الرزق، وإلا فالأولى تركه.
قلت: ويكره على الصحيح". (٥)

(١) البحر الرائق لابن نجيم ٢٩٤/٦.

(٢) القرافي هو: شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن أبو العباس المالكي، ولد سنة ٦٢٦ هـ،
وتوفي سنة ٦٨٤ هـ. (شجرة النور الزكية لمخولف ص: ١٨٨، الأعلام للزركلي ٩٤/١، فتح المبين
للمراغي ٨٦/٢).

(٣) الذخيرة للقرافي - ط دار الغرب الإسلامي - بيروت - ط ١٩٩٤م - ٨/١٠.

(٤) الخطيب الشربيني هو: عبد الرحمن بن محمد بن أحمد الشربيني، نسبة إلى شربين بمحافظة
الدقهلية بمصر، تقلد منصب شيخ الأزهر الشريف مدة ثم تركه، توفي سنة ٩٧٧ هـ - ١٩٠٨ م.
(شذرات الذهب لابن العماد الحنبلي ٥٦١/١٠، الأعلام للزركلي ٦/٦، أصول الفقه تاريخه
ورجاله د. شعبان محمد إسماعيل - ط دار السلام - القاهرة - المكتبة المكية - ط ١٤٢٣ هـ -
١٩٩٨م - ص: ٦٠١).

(٥) مغني المحتاج للخطيب الشربيني شرح منهاج النووي - ط دار الكتب العلمية - ط ١/
١٤١٥ هـ - ١٩٩٤م - ٢٥٩/٦.

وجاء في الإنصاف للمرداوي (١) ما نصه : " (ويجب على من يصلح له إذا طلب ولم يوجد غيره ممن يوثق به: الدخول فيه) . يعني على القول بأنه فرض

كفاية. ومراده: إذا لم يشغله عما هو أهم منه. وهذا المذهب. وعليه جماهير الأصحاب. وصححه في المذهب ... وعنه: أنه سئل: هل يَأثم القاضي بالامتناع إذا لم يوجد غيره ممن يوثق به؟ قال: لا يَأثم. وهذا يدل على أنه ليس بواجب. قال في الفروع وعنه: لا يسن دخوله فيه. نقل عبد الله: لا يعجبني. هو أسلم ... قال في الحاوي عن الرواية الثانية: هذه الرواية محمولة على من لا يأمن على نفسه الضعف فيه، أو على أن ذلك الزمان كان الحكام يحملون فيه القضاة على ما لا يحل، ولا يمكنهم الحكم بالحق. انتهى. تنبيه ظاهر قوله " ويجب على من يصلح له إذا طلب " أنه لا يجب عليه الطلب. وهو صحيح. وهو المذهب. قدمه في الرعاية، والفروع. وقيل: يلزمه الطلب. وهو ظاهر كلام الشارح. ويحتمله كلام المصنف هنا. وقيل: يحرم الطلب، لخوفه ميلاً... قوله (فإن وجد غيره: كره له طلبه بغير خلاف في المذهب) . يعني: فيما إذا اطلع عليه. وهو المذهب. وعليه الأصحاب. وقطع به كثير منهم وعنه: لا يكره له طلبه لقصد الحق، ودفع غير المستحق. وقيل: يكره مع وجود أصلح منه، أو غناه عنه أو شهرته. ذكره في الرعاية. قال في الفروع: ويتوجه وجهه، بل يستحب طلبه لقصد الحق. ودفع غير المستحق. قال الماوردي: ويتوجه وجهه: يحرم بدونه. قوله (وإن طلب، فالأفضل: أن لا يجيب إليه في ظاهر كلام الإمام أحمد - رحمه الله -) . يعني: إذا وجد غيره وطلب هو. وهو المذهب مطلقاً... وقال ابن حامد:

(٦) المرادوي هو: علاء الدين أبو الحسن بن سليمان بن أحمد محمد المرادوي الحنبلي ، ولد سنة ٨١٧ هـ، وتوفي بالصالحية سنة ٨٨٥ هـ. (شذرات الذهب لابن العماد الحنبلي ٥٠٨/٩) .

الأفضل الإجابة إذا أمن من نفسه. ذكره المصنف هنا. وأطلقهما في المحرر.
وقيل: الأفضل الإجابة إليه مع خموله...". (١)

ومن خلال مطالعة ما كتبه الفقهاء من خلال نصوصهم السابقة يتبين أن مشاركة الشخص الفعالة في الحياة السياسية والعمل السياسي بتولي مناصب الدولة بمختلف أشكالها وصورها لها ثلاث حالات كالتالي :

الحالة الأولى: إذا أصبح تولى الولاية متعينا على الشخص؛ لأي سبب من الأسباب المعتبرة إما لعدم وجود الكفاء الأمين ، أو لوجودها بيد ظالم مستبد، أو

خوفا من ضياع الحق ونشر الظلم وعدم إعطاء كل ذي حق حقه ...

فقد اختلف الفقهاء في هذه الحالة على قولين هما :

القول الأول: يرى وجوب طلب هذه الولاية في حق هذا الشخص ؛

لأن الولاية من فروض الكفاية وقد تعين عليه هذا الطلب ؛ لأنه لا يقدر على القيام به غيره فيتعين عليه ؛ لرفع الظلم وإقامة العدل وحفظ دماء المسلمين وحقوقهم وإليه ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة. (٢)

(١) الإنصاف للمرداوي ١٥٥ / ١١ وما بعدها.
(١) المبسوط للسرخسي - ط دار المعرفة - بيروت - ١٤١٤ هـ / ١٩٩٣ م - ٧٢ / ١٦ وما بعدها، بدائع الصنائع في ترتيب أحكام الشرائع للكاتاني - ط دار الكتب العلمية - بيروت - ط ١٤٠٦ / ٢ هـ - ١٩٨٦ م - ٣ / ٧ وما بعدها، المحيط البرهاني لابن مازة البخاري في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة - ط دار الكتب العلمية - بيروت - ط ١ / ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٤ م - ٧ / ٨ وما بعدها، الاختيار لتعليل المختار للمودودي - ط الحلبي - القاهرة - سنة ١٣٥٦ هـ - ١٩٣٧ م - ٨٤ / ٢ وما بعدها، تبين الحقائق للزيلعي شرح كنز الدقائق للنسفي - ط المطبعة الكبرى الأميرية - القاهرة - ط ١٣١٣ / ١ هـ - ١٧٧ / ٤ وما بعدها، العناية للبايرتي شرح الهداية للمرغيناني - ط دار الفكر - (بدون) - ٢٦٧ / ٧ وما بعدها، الجوهرة النيرة للعبادي على مختصر القُدوري - ط المطبعة الخيرية - ط ١ / ١٣٢٢ هـ - ٢٤١ / ٢، البنائة للعيني شرح الهداية للمرغيناني - ط دار الكتب العلمية - بيروت - ط ١ / ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م - ١٣ / ٩ وما بعدها، لسان الحكام في معرفة الأحكام لابن الشُّحْنَة الثقفي - ط البياي الحلبي - القاهرة - ط ٢ / ١٣٩٣ هـ / ١٩٧٣ م - ٢٩٨ / ٦ ، درر الحكام شرح غرر الحكام منلا خسرو - ط دار احياء الكتب العربية - (بدون) - ٤٠٥ / ٢ وما بعدها ، البحر الرائق لابن نجيم ٢٩٤ / ٦ وما بعدها ، مجمع الأنهر لداماد افندي شرح ملتقى الأبحر لإبراهيم بن محمد الحلبي - ط دار احياء التراث العربي - بيروت - (بدون) - ١٥٥ / ٢ وما بعدها ، حاشية ابن عابدين ٣٦٦ / ٥ وما بعدها، المقدمات والمهدات لابن رشد الوالد - ط دار الغرب الإسلامي - ط ١٤٠٨ / ١ هـ - ١٩٨٨ م -

القول الثاني: يرى أنه لا يلزمه قبول هذه الولاية؛ لما فيها من الخطر

بنفسه

فلا يلزمه الإضرار بنفسه لنفع غيره، فطلب السلامة يقتضي ترك طلبها، وإليه

ذهب الحنابلة في قول (١).

٢٥٨/٢، الذخيرة للقرافي ٦/١٠ وما بعدها، المدخل لابن الحاج - ط دار التراث - (بدون) -
١٥٦/٢ وما بعدها، القوانين الفقهية لابن جزي - (بدون) - ص: ١٩٥، التاج والإكليل للمواق
العبري شرح مختصر خليل - ط دار الكتب العلمية - ط ١ / ١٤١٦ هـ - ١٩٩٤ م - ٨٣/٨ وما بعدها
، مواهب الجليل للحطاب شرح مختصر خليل - ط دار الفكر - ط ٢ / ١٤١٢ هـ - ١٩٩٢ م - ٩٠/٦ وما
بعدها، شرح الخرشي على مختصر خليل - ط دار الفكر - بيروت - (بدون) - ١٠٩/٣ ، ١٤٠/٧ وما
بعدها، الفواكه الدواني للنفاوي على رسالة أبي زيد القيرواني - ط دار الفكر - ١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م -
٢٢٠/٢ وما بعدها، حاشية النسوقي على = الشرح الكبير للدردير - ط دار الفكر - (بدون) - ١٣٠/٤ -
وما بعدها، منح الجليل لتعليش ٢٦٢/٨ وما بعدها، الحاوي الكبير للمواردي - ط دار الكتب العلمية -
بيروت - ط ١ / ١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م - ١٠/١٦ وما بعدها ، المهذب في فقه الإمام الشافعي
للشيرازي - ط دار الكتب العلمية - (بدون) - ٣٧٦/٣ ، نهاية المطلب في دراية المذهب للجويني - ط
دار المنهاج - ط ١ / ١٤٢٨ هـ - ٢٠٠٧ م - ٤٦١/١٨ وما بعدها ، الوسيط في المذهب للغزالي - ط دار
السلام - القاهرة - ط ١ / ١٤١٧ هـ - ٢٨٧/٧ وما بعدها ، البيان في مذهب الإمام الشافعي للعمراني
- ط دار المنهاج - جدة - ط ١ / ١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م - ١١/١٣ ، تكملة السبكي للمجموع النووي
شرح المهذب للشيرازي - ط دار الفكر - (بدون) - ١٢٥/٢٠ وما بعدها، روضة الطالبين وعمدة
المقتنين للنووي - ط المكتب الإسلامي، بيروت - دمشق - عمان - ط ٢ / ١٤١٢ هـ / ١٩٩١ م -
٩٢/١١ ، جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود للمنهاجي - ط دار الكتب العلمية -
بيروت - ط ١ / ١٤١٧ هـ - ١٩٩٦ م - ٢٩٠/٢ وما بعدها، أسنى المطالب لذكريا الأنصاري شرح
الروض الطالب لابن المقرئ - ط دار الكتاب الإسلامي - (بدون) - ٢٨٠/٤ ، تحفة المحتاج لابن
حجر الهيتمي شرح منهاج الطالبين للنووي - ط دار إحياء التراث العربي - (بيروت) - ١٠٢/١٠
وما بعدها ، مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٢٥٩/٦ ، نهاية المحتاج للرملي شرح منهاج النووي -
ط دار الفكر - بيروت - ط أخيرة - ١٤٠٤ هـ / ١٩٨٤ م - ٢٣٦/٨ وما بعدها ، حاشيتنا قلوبوي وعميره
على شرح المحلي لمنهاج الطالبين للنووي - ط دار الكتب العلمية - بيروت - ١٤١٧ هـ / ١٩٩٧ م -
٢٩٧/٤ وما بعدها، حاشية الجمل للعجيلي على منهاج الطلاب للأنصاري - ط دار الفكر - (بدون) -
٣٣٦/٥ وما بعدها، الكافي لابن قدامة - ط دار الكتب العلمية - ط ١ / ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م -
٢٢١/٤ وما بعدها، المغني لابن قدامة - ط مكتبة القاهرة - ط ١ / ١٣٨٨ هـ - ١٩٦٨ م - ٣٣/ ١٠ وما
بعدها ، العدة للمقدسي شرح عمدة الفقه لابن قدامة - ط دار الحديث - القاهرة - (بدون) -
ص: ٦٥٩ ، الفروع لابن مفلح ٩٧/١١ وما بعدها، شرح الزركشي على مختصر الخرقي - ط دار
العبيكان - ط ١ / ١٤١٣ هـ - ١٩٩٣ م - ٢٣٥/٧ ، المبدع لابن مفلح - ط دار الكتب العلمية - بيروت -
ط ١ / ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م - ١٤١/٨ وما بعدها، الإنصاف للمرداوي ١٥٥/١١ وما بعدها، الإقناع
للحجاوي ٣٦٤/٤ وما بعدها، كشاف القناع للبهوتي عن متن الإقناع للحجاوي - ط دار الكتب العلمية
- بيروت - سنة ١٤٠١ هـ / ١٩٨١ م - ٢٨٦/٦ وما بعدها، مطالب أولي النهى للرحبياني ٤٥٥/٦
وما بعدها، منار السبيل لابن ضويان شرح دليل الطالب لنيل المطالب للمقدسي - ط المكتب
الإسلامي - ط ١٤٠٩/٧ هـ - ١٩٨٩ م - ٤٥٣/٢ وما بعدها.

(١) الكافي لابن قدامة ٢٢١/٤ وما بعدها، المغني لابن قدامة ٣٣/ ١٠ وما بعدها، العدة للمقدسي
ص: ٦٥٩ ، الفروع لابن مفلح ٩٧/١١ وما بعدها، شرح الزركشي ٢٣٥/٧ ، المبدع لابن مفلح
١٤١/٨ وما بعدها، الإنصاف للمرداوي ١٥٥/١١ وما بعدها، الإقناع للحجاوي ٣٦٤/٤ وما

القول المختار: هو القول الأول ؛ للقيام بحقوق العباد والبلاد ودفع
الظلم والفساد...

الحالة الثانية: حالة عدم التعيين كأن يطلب الشخص الولاية؛ لغرض
إقامة الحق ورفع الظلم ونشر العلم وإعطاء كل ذي حق حقه ودفع غير
المستحق....

فقد اختلف الفقهاء في هذه الحالة على قولين هما :

القول الأول: يرى استحباب طلب هذه الولاية في هذه الحالة ؛ وإليه
ذهب الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة . (١)

القول الثاني: يرى كراهة طلب الولاية، وهو رواية عند الحنابلة . (٢)

أدلة القولين

أدلة أصحاب القول الأول :

بعدها، كشف القناع للبهوتي ٢٨٦/٦ وما بعدها، مطالب أولي النهى للرحبياني ٤٥٥/٦ وما
بعدها، منار السبيل لابن ضويان ٤٥٣/٢ وما بعدها.

(٢) المبسوط للرخسي ٧٢ /١٦ وما بعدها، بدائع الصنائع للكاساني ٣/٧ وما بعدها، المحيط
البرهاني لابن مازة البخاري ٧/٨ وما بعدها، الاختيار للمودودي ٨٤/٢ وما بعدها، تبين الحقائق
للزليعي ١٧٧/٤ وما بعدها، العناية للبايرتي ٢٦٧/٧ وما بعدها ، الجوهرة النيرة للعبادي ٢٤١/٢ ،
البنية للعيني ١٣/٩ وما بعدها، لسان الحكام لابن السُّنَّة الثقفي ٢٩٨/٦ ، درر الحكام لمنلا خسرو
٤٠٥/٢ وما بعدها ، البحر الرائق لابن نجيم ٢٩٤/٦ وما بعدها ،مجمع الأنهر لداماد أفندي ١٥٥/٢
وما بعدها ،حاشية ابن عابدين ٣٦٦/٥ وما بعدها،المقدمات والممهديات لابن رشد الوالد
٢٥٨/٢،الذخيرة للقرافي ٦/١٠ وما بعدها ،المنخل لابن الحاج ١٥٦/٢ وما بعدها،القوانين الفقهية
لابن جزري ص: ١٩٥ ،التاج والإكليل للمواق ٨٣/٨ وما بعدها ،مواهب الجليل للحطاب ٩٠/٦ وما
بعدها، شرح الخرشي ١٠٩/٣ ، ١٤٠/٧ وما بعدها،الفواكه الدواني للنفراوي ٢٢٠/٢ وما بعدها،
حاشية الدسوقي ١٣٠/٤ وما بعدها، منح الجليل لعليش ٢٦٢/٨ وما بعدها، الحاوي للماوردي
١٠/١٦ وما بعدها، المهذب للشيرازي ٣٧٦/٣ ،نهاية المطلب للجويني ٤٦١/١٨ وما =بعدها ،
الوسيط للغزالي ٢٨٧/٧ وما بعدها ، البيان للعرماني ١١/١٣ ،تكملة السبكي لمجموع النووي
١٢٥/٢٠ وما بعدها،روضه الطالبين للنووي ٩٢/١١ ،جواهر العقود للمنهاجي ٢٩٠/٢ وما بعدها،
أسنى المطالب للأنصاري ٤/٢٨٠ ،تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ١٠٢/١٠ وما بعدها،مغني
المحتاج للخطيب الشربيني ٢٥٩/٦ ،نهاية المحتاج للرملي ٢٣٦/٨ وما بعدها ،حاشيتنا قليوبي
وعيمرة ٢٩٧/٤ وما بعدها، حاشية الجمل للعجيلي ٣٣٦/٥ وما بعدها.

(١) الكافي لابن قدامة ٢٢١/٤ وما بعدها، المغني لابن قدامة ١٠ /٣٢ وما بعدها،العدة للمقدسي
ص: ٦٥٩ ،الفروع لابن مفلح ٩٧/١١ وما بعدها،شرح الزركشي ٢٣٥/٧،المبدع لابن مفلح ١٤١/٨
وما بعدها، الإنصاف للمرداوي ١٥٥/١١ وما بعدها،الإقناع للحجاري ٤/٣٦٤ وما بعدها، كشف
القناع للبهوتي ٢٨٦/٦ وما بعدها، مطالب أولي النهى للرحبياني ٤٥٥/٦ وما بعدها، منار السبيل
لابن ضويان ٤٥٣/٢ وما بعدها.

استدل أصحاب القول الأول على ما ذهبوا إليه من استحباب الولاية في هذه الحالة :

أولاً: من القرآن الكريم : قول الله - تعالى - على لسان نبيه يوسف - ﷺ -
:" قَالَ اجْعَلْنِي عَلَى خَزَائِنِ الْأَرْضِ إِنِّي حَفِيظٌ عَلِيمٌ " (يوسف الآية ٥٥).
وجه الدلالة من الآية الكريمة:

دلت الآية على أنه يجوز للإنسان أن يطلب عملاً يكون له أهلاً؛ لأن سيدنا يوسف - ﷺ - إنما طلب الولاية؛ لعلمه أنه لا أحد يقوم مقامه في العدل والإصلاح وتوصيل الفقراء إلى حقوقهم، فرأى أنه أحق بها، وهكذا لو علم أي شخص من نفسه أنه سيقوم بالحق في كل عمل فإنه يستحب له أن يتولاه ويسأل ذلك. (١)

ثانياً : من السنة المطهرة : ما روي عَنْ عُثْمَانَ بْنِ أَبِي الْعَاصِ أَنَّهُ قَالَ: " يَا رَسُولَ اللَّهِ - ﷺ - اجْعَلْنِي إِمَامَ قَوْمِي، قَالَ - ﷺ - : «أَنْتَ إِمَامُهُمْ وَأَقْتَدِرْ بِأَضْعَفِهِمْ وَاتَّخِذْ مُؤَدِّنَا لِمَا يَأْخُذُ عَلَى أَذَانِهِ أَجْرًا". (٢)

(٢) تفسير الطبري - ط مؤسسة الرسالة - بيروت - ط ١ / ١٤٢٠ هـ / ٢٠٠٠ م - ١٤٩/١٦ وما بعدها، تفسير البغوي - ط دار احياء التراث العربي - بيروت - ط ١ / ١٤٢٠ هـ - ٤٩٧/٢ وما بعدها، زاد المسير في علم التفسير لابن الجوزي - ط دار الكتاب العربي - بيروت - ط ١ / ١٤٢٢ هـ - = ٤٥٠/٢ وما بعدها، تفسير الرازي - ط دار احياء التراث العربي - بيروت - ط ٣ / ١٤٢٠ هـ - ٤٧٣/١٨ وما بعدها، تفسير القرطبي - ط دار الكتب المصرية - القاهرة - ط ٢ / ١٣٨٤ هـ - ١٩٦٤ م - ٢١٦/٩ وما بعدها، تفسير أبي السعود - ط دار احياء التراث العربي - بيروت - (بدون) - ٢٨٦/٤ ، تفسير فتح القدير للشوكاني - ط دار ابن كثير - دمشق - دار الكلم الطيب - بيروت - ط ١ / ١٤١٤ هـ - ٤٢/٣ وما بعدها.

(١) أخرجه أبو داود في سننه - ط دار الفكر - بيروت - (بدون) - ١٨٦/١ رقم ٥٣١ كتاب الصلاة - باب أخذ الأجرة على التآذين، والنسائي في سننه - ط مكتب المطبوعات الإسلامية - حلب - ط ٢ / ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م - ٢٣/٢ رقم ٦٧٢ كتاب الأذان - باب اتخاذ المؤذن الذي لا يأخذ على أذانه أجراً ، وأحمد في مسنده - ط مؤسسة الرسالة - ط ١ / ١٤٢١ هـ - ٢٠٠١ م - ٢٦ / ٢٠٠ رقم ١٦٢٧ - مسند المنذنين، والحاكم في مستدرک - ط دار الكتب العلمية - بيروت - ط ١ / ١٤١١ هـ - ١٩٩٠ م - ٣١٧/١ رقم ٧٢٢ كتاب الطهارة - باب فضل الصلوات الخمس، وقال : " هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه "، والحديث صححه: الزيلعي في نصب الراية - ط مؤسسة الريان - بيروت - دار القبلة - السعودية - ط ١ / ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م - ١٣٩/٤ وما بعدها، وابن حجر العسقلاني في إتحاف المهرة بالفوائد المبتكرة من أطراف العشرة - ط مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف (بالمدينة) - ومركز خدمة السنة والسيرة النبوية (بالمدينة) - ط ١ / ١٤١٥ هـ - ١٩٩٤ م -

وجه الدلالة من الحديث الشريف : دل الحديث الشريف على أن الشخص الذي يجد من نفسه كفاءة وجدارة وصلاحيّة في إدارة أمور وشئون العباد والبلاد؛ فإنه يستحب له أن يتقدم لطلب هذه الولاية ؛ لتحقيق الخير ونشر العدل ورفع الظلم، وحتى لا تقع في يد آخرين ممن يفسدون ولا يصلحون.

(١)

ثالثاً : من المعقول : طلب الولاية في هذه الحالة أمر بالمعروف ونهي عن المنكر؛ لما تتطوي عليه من نشر للعدل وكف عن الشر ورفع للظلم ورد للحقوق ... (٢)

أدلة أصحاب القول الثاني :

استدلوا على ما ذهبوا إليه من كراهية الولاية في هذه الحالة:

من السنة النبوية المطهرة:

١. قول النبي ﷺ - : «يَا عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنَ سَمُرَةَ، لَا تَسْأَلِ الْإِمَارَةَ، فَإِنَّكَ إِنْ أُوْتِيْتَهَا عَنْ مَسْأَلَةٍ وُكِلْتَ إِلَيْهَا، وَإِنْ أُوْتِيْتَهَا مِنْ غَيْرِ مَسْأَلَةٍ أُعِنْتَ عَلَيْهَا ، وَإِذَا حَلَفْتَ عَلَى يَمِينٍ، فَرَأَيْتَ غَيْرَهَا خَيْرًا مِنْهَا، فَكْفَرْ عَنْ يَمِينِكَ وَأَنْتَ الَّذِي هُوَ خَيْرٌ». (٣)

١٠ / ٦٩٥ وما بعدها، وفي : التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير - ط مؤسسة قرطبة - مصر - ط ١٤١٦/١ هـ - ١٩٩٥ م - ٥٢٣/١.

(١) معالم السنن للخطابي شرح سنن أبي داود - ط المطبعة العلمية - حلب - ط ١٣٥١/١ هـ - ١٩٣٢ م - ١٥٦/١ وما بعدها، شرح السنة للبغوي - ط المكتب الإسلامي - بيروت - ط ١٤٠٣/٢ هـ - ١٩٨٣ م - ٢٨١/٢ وما بعدها، شرح العيني على سنن أبي داود - ط مكتبة الرشد - الرياض - ط ١٤٢١/١ هـ - ١٩٩٩ م - ٤٩٦/٢ وما بعدها، شرح السيوطي على سنن ابن ماجة - ط قديمي كتب خانة - كراتشي - (بدون) - ١٩٠/١ وما بعدها، مرقاة المفاتيح للملا الهروي شرح مشكاة المصابيح للتبريزي على المصابيح للبغوي - ط دار الفكر - بيروت - ط ١٤٢٢/١ هـ / ٢٠٠٢ م - ٥٦٨/٢ وما بعدها، سبيل السلام للصنعاني شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام لابن حجر العسقلاني - ط دار الحديث - القاهرة - ط ١ / ١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م - ١٩٠/١ وما بعدها، عون المعبود لشمس الحق أبادي شرح سنن أبي داود - ط دار الكتب العلمية - بيروت - ط ١٤١٥ هـ - ١٦٤/٢.

(١) مصادر ومراجع القول الأول في الحالة الثانية.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه - ط دار طوق النجاة - ط ١٤٢٢/١ هـ - ٦٣/٩ رقم ٧١٤١ كتاب الأحكام - باب من لم يسأل الإمارة أعانته الله عليها، ومسلم في صحيحه - ط دار احياء التراث

٢. ما روي عن أبي موسى الأشعري، قال: دَخَلْتُ عَلَى النَّبِيِّ ﷺ - أَنَا - وَرَجُلَانِ مِنْ بَنِي عَمِّي، فَقَالَ أَحَدُ الرَّجُلَيْنِ: يَا رَسُولَ اللَّهِ - ﷺ -، أَمَرْنَا عَلَى بَعْضِ مَا وَلَّكَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ، وَقَالَ الْآخَرُ مِثْلَ ذَلِكَ، فَقَالَ: «إِنَّا وَاللَّهِ لَأَفْوَى عَلَى هَذَا الْعَمَلِ أَحَدًا سَأَلَهُ، وَلَا أَحَدًا حَرَصَ عَلَيْهِ». (١)

وجه الدلالة من الحديثين الشريفين :

دل الحديثان على كراهية سؤال الولاية بكل أشكالها وصورها والحرص عليها ؛ وذلك لنهي النبي - ﷺ - عن طلبها ؛ لما يتعلق بها من مسئولية ومساءلة أمام الله - تعالى - في الدنيا والآخرة. (٢)

يناقش هذا الاستدلال من السنة المطهرة :

بأنه ما كان من النهي في السنة المطهرة عن تولي منصب من مناصب الدولة : فيحمل على من كان ضعيفاً لا يقدر على القيام بوظائفها وشئونها، أو من كان غير متأهل لها بالخبرة والعلم. (٣)

العربي- بيروت - (بدون)- ١٤٥٦/٣ رقم ١٦٥٢ كتاب الإمارة - باب النهي عن طلب الإمارة والحرص عليها.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه عن أبي موسى الأشعري - ﷺ - ٦٤/٩ رقم ٧١٤٩ كتاب الأحكام - باب ما يكره من الحرص على الإمارة ، ومسلم في صحيحه واللفظ له ١٤٥٦/٣ رقم ١٧٣٣ كتاب الإمارة - باب النهي عن طلب الإمارة والحرص عليها .

(٢) شرح البخاري لابن بطلال- ط مكتبة الرشد - السعودية - ط ١٤٢٣/٢ هـ - ٢٠٠٣ م - ٢١٧/٨ وما بعدها ، شرح السنة للبغوي ١٣/١٠ ، ٥٨ وما بعدهما ، التمهيد لابن عبد البر- ط وزارة عموم الأوقاف والشئون الإسلامية- المغرب- سنة ١٣٨٧ هـ - ٢٤٤/٢١ وما بعدها، شرح النووي على مسلم- ط دار احياء التراث العربي- بيروت - ط ١٣٩٢/٢ هـ - ٢٠٧/١٢ وما بعدها، شرح البخاري لابن حجر العسقلاني- ط دار المعرفة - بيروت- سنة ١٣٧٩ هـ - ٢٧٣/١٢ ، ١٢٤/١٣ وما بعدها، شرح البخاري للعيني- ط دار احياء التراث العربي- بيروت- (بدون) - ٢٢٦/٢٤ وما بعدها، مرقاة المفاتيح للملا الهروي ٢٤٠٠/٦ وما بعدها ، فيض القدير للمناوي- ط المكتبة التجارية - مصر- ط ١٣٥٦ /١ هـ - ٥٥٠/٢ وما بعدها، سبل السلام للصنعاني ٥٧٦/٢ وما بعدها، نيل الأوطار للشوكاني- ط دار الحديث - القاهرة - ط ١٤١٣/١ هـ - ١٩٩٣ م - ٢٩٥/٨ وما بعدها، عون المعبود لشمس الحق أبيادي ٦٩/٩ ، ٦/١٢، وما بعدهما.

قال الإمام النووي (١) عند شرحه لحديث أبي زر - ﷺ - والذي قال له النبي - ﷺ - فيه: "يا أبا زر: إنك ضعيف، وإنها أمانة وإنها يوم القيامة خزي وندامة، إلا من أخذها بحقها، وأدى الذي عليه فيها". (٢)

قال: "هذا الحديث أصل عظيم في اجتناب الولايات لاسيما لمن كان فيه ضعف عن القيام بوظائفها، وأما الخزي والندامة فهو في حق من لم يكن أهلاً لها، أو كان أهلاً ولم يعدل فيها؛ فيخزيه الله يوم القيامة ويفضحه ويندم على ما فرط، وأما من كان أهلاً للولاية وعدل فيها فله فضل عظيم تظاهرت به الأحاديث الصحيحة كحديث: سبعة يظلهم الله، والحديث المذكور هنا عقب هذا أن المقسطين على منابر من نور وغير ذلك وإجماع المسلمين منعقد عليه، ومع هذا فلكثرة الخطر فيها حذره النبي - ﷺ - منها، وكذا حذر العلماء وامتنع منها خلائق من السلف وصيروا على الأذى حين امتنعوا". (٣)

القول المختار:

هو القول الأول؛ لما ينطوي عليه طلب الولاية من نية نشر للعلم وكف عن الشر ورفع للظلم ورد للحقوق والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر....

(٤) النووي هو: محي الدين أبو زكريا يحيى بن شرف بن مري بن حسن بن حسين بن محمد بن =حزام النووي الدمشقي، ولد ببلدة نوى سنة ٦١٣ هـ وتوفي سنة ٦٧٦ هـ. (شذرات الذهب لابن العماد الحنبلي- ٦١٨/٧، الأعلام للزركلي ١٤٩/٨).
(١) أخرجه مسلم في صحيحة ١٤٥٧/٣ رقم ١٨٢٥ كتاب الإمارة- باب كراهية الإمارة بغير ضرورة.
(٢) شرح النووي على مسلم ٢١٠/١٢ وما بعدها.

الحالة الثالثة : حالة الرغبة في طلب الولاية فقط ، كأن يقصد بها انتقاما من أعداء أو تكسبا بارتشاء أو المباهاة والاستعلاء ... وقد اتفق الفقهاء على أن طلبها يكون حراما على هذا الشخص في هذه الحالة . (١)
واستدلوا على ذلك بما يلي :

أولا: من القرآن الكريم :

قوله الله - تعالى - : " تِلْكَ الدَّارُ الْآخِرَةُ نَجْعَلُهَا لِلَّذِينَ لَا يُرِيدُونَ عُلُوًّا فِي الْأَرْضِ وَلَا فَسَادًا وَالْعَاقِبَةُ لِلْمُتَّقِينَ " (سورة القصص الآية ٨٣) .

وجه الدلالة من الآية الكريمة:

دللت الآية الكريمة على أنه لا مكان لمن يريدون الإفساد بنعم الله - تعالى - في الأرض والتعالي والكبر والمباهاة بما أوتوا في الدنيا، وأنهم لا حظ لهم في الآخرة ، وأن العاقبة لمن جد في صلاح نفسه أولا ثم في صلاح

(٣) المبسوط للسرخسي ٧٢ / ١٦ وما بعدها، بدائع الصنائع للكاساني ٣/٧ وما بعدها، المحيط البرهاني لابن مازة البخاري ٧/٨ وما بعدها، الاختيار للمودودي ٨٤/٢ وما بعدها، تبين الحقائق للزيلعي ١٧٧/٤ وما بعدها، العناية للبايرتي ٢٦٧/٧ وما بعدها، الجوهرة النيرة للعبادي = ٢٤١/٢، البناء للعيني ١٣/٩ وما بعدها، لسان الحكام لابن الشحنة الثقفي ٢٩٨/٦ ، ندر الحكام لمنلا خسرو ٤٠٥/٢ وما بعدها، البحر الرائق لابن نجيم ٢٩٤/٦ وما بعدها ،مجمع الأنهر لداماد أفندي ١٥٥/٢ وما بعدها، حاشية ابن عابدين ٣٦٦/٥ وما بعدها، المقدمات والمهدات لابن رشد الوالد ٢٥٨/٢، النخيرة للقرافي ٦/١٠ وما بعدها، المنخل لابن الحاج ١٥٦/٢ وما بعدها، القوائين الفقهية لابن جزى ص: ١٩٥ ، التاج والإكليل للمواق ٨٣/٨ وما بعدها، مواهب الجليل للحطاب ٩٠/٦ وما بعدها، شرح الخرشبي ١٠٩/٣ ، ١٤٠/٧ وما بعدها، الفواكه الدواني للنفراوي ٢٢٠/٢ وما بعدها، حاشية الدسوقي ١٣٠/٤ وما بعدها، منح الجليل لعليش ٢٦٢/٨ وما بعدها، الحاوي للمارودي ١٠/١٦ وما بعدها، المهذب للشيرازي ٣٧٦/٣ ، نهاية المطلب للجويني ٤٦١/١٨ وما بعدها، الوسيط للغزالي ٢٨٧/٧ وما بعدها، البيان للعمراني ١١/١٣ ، تكملة السبكي لمجموع النووي ١٢٥/٢٠ وما بعدها، روضة الطالبين للنووي ٩٢/١١ ، جواهر العقود للمنهاجي ٢٩٠/٢ وما بعدها، أسنى المطالب للأنصاري ٢٨٠/٤ ، تحفة المحتاج للهيتمي ١٠٢/١٠ وما بعدها، مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٢٥٩/٦ ، نهاية المحتاج للرمللي ٢٣٦/٨ وما بعدها ،حاشيتنا قليوبي وعميرة ٢٩٧/٤ وما بعدها، حاشية الجمل للعجيلي ٣٣٦/٥ وما بعدها، الكافي لابن قدامة ٢٢١/٤ وما بعدها، المغني لابن قدامة ١٠ / ٣٣ وما بعدها، العدة للمقنسي ص: ٦٥٩، الفروع لابن مفلح ٩٧/١١ وما بعدها، شرح الزركشي ٢٣٥/٧، المبدع لابن مفلح ١٤١/٨ وما بعدها، الإنصاف للمرداوي ١٥٥/١١ وما بعدها، الإقناع للحجاري ٣٦٤/٤ وما بعدها، كشاف القناع للبهوتي ٢٨٦/٦ وما بعدها، مطالب أولي النهى للرحياني ٤٥٥/٦ وما بعدها، منار السبيل لابن ضويان ٤٥٣/٢ وما بعدها.

العباد والبلاد ،وبالتالي فلا يصح ولا يجوز أن يطلب الشخص الولاية للولاية
و فقط ؛انتقاما من أعداء أو تكسبا

بارتشاء أو المباهاة والاستعلاء ... (١)

ثانيا: من السنة المطهرة:

ما روي عن النبي - ﷺ - أنه قال : " الْقَضَاءُ ثَلَاثَةٌ : وَاحِدٌ فِي الْجَنَّةِ ،
وَأَثَانٍ فِي النَّارِ ، فَأَمَّا الَّذِي فِي الْجَنَّةِ فَرَجُلٌ عَرَفَ الْحَقَّ فَقَضَى بِهِ ، وَرَجُلٌ
عَرَفَ الْحَقَّ فَجَارَ فِي الْحُكْمِ ، فَهُوَ فِي النَّارِ ، وَرَجُلٌ قَضَى لِلنَّاسِ عَلَى جَهْلٍ
فَهُوَ فِي النَّارِ " . (٢)

وجه الدلالة من الحديث الشريف:

دل هذا الحديث الشريف على من عرف الحق أو جهله ثم تدخل في
مصالح الناس وشئونهم بجهلة وقلة خبرته وعلمه بقصد الجور والفساد والظلم
وإشاعة الفوضى والدمار بين العباد وفي البلاد فلا مصير له عند الله -
تعالى - إلا النار جزاء له على قصده السيئ وعقابه له على تصدره لمصالح
العباد والبلاد بدون علم وخبرة وتحمل للمسئولية . (٣)

(١) تفسير الطبري ٦٣٧/١٩ وما بعدها، تفسير البيهقي ٢٢٦/٦ وما بعدها، تفسير زاد المسير لابن
الجوزي ٣٩٥/٣ وما بعدها، تفسير الرازي ١٨/٢٥ وما بعدها، تفسير القرطبي ٣٢٠/١٣ وما
بعدها، تفسير أبي السعود ٢٧/٧، تفسير فتح القدير للشوكاني ٢١٧/٤ وما بعدها.
(٢) أخرجه أبو داود في سننه - عن ابن بريده عن أبيه - ﷺ - ٢٩٩/٣ رقم ٣٥٧٣ - كتاب الأفضية
- باب في القاضي يخطيء ، والترمذي في سننه ط مطبعة مصطفى البابي الحلبي - مصر - ط ٢
/ ١٣٩٥ هـ - ١٩٧٥ م - ٦٠٥/٣ قم ١٣٢٢ - أبواب الأحكام - باب ما جاء عن رسول الله - ﷺ -
في القاضي، وابن ماجه في سننه - ط دار الفكر - بيروت - (بدون) - ٧٧٦/٢ رقم ٢٣١٥ - كتاب
الأحكام - باب الحاكم يجتهد فيصيب الحق، والحديث صححه: الزيلعي في نصب الرأية ٦٤/٤، وابن
الملقن في البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير - ط دار الهجرة للنشر
والتوزيع - الرياض - السعودية - ط ١ / ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م - ٥٥٢/٩، والهيتمي في مجمع الزوائد
ومنبع الفوائد - ط مكتبة القنسي - القاهرة - سنة ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م - ١٩٣/٤، ابن حجر العسقلاني
في تلخيص الحبير ٣٤٠/٤.

(٣) هذا التقسيم الذي في الحديث تقسيم بحسب الوجود لا بحسب الحكم ؛ لأن مرتبة القضاء شريفة
ومنزلته رفيعة لمن اتبع الحق وحكم على علم بغير هوى . مرقاة المفاتيح للملا الهروي
١٤٢٦/٦، فيض القدير للمناوي ٥٣٧/٤ ، سبل السلام للصنعاني ٥٦٥/٢ ، نيل الأوطار =
للشوكاني ٣٠٣/٨ ، تحفة الأحوذى بشرح سنن الترمذي للمباركفوي - ط دار الكتب العلمية -
بيروت - (بدون) - ٤٦٣/٤ .

ثالثاً: من المعقول :

طلب الولاية بهذه المقاصد السيئة محذور يأثم به ؛ لأنه قصد به ما يأثم بفعله ، ولأن الجاهل لا يحل له طلب الولاية ؛ لأنه لا يحسنها ولا يعرف حقها على العباد والبلاد. (١)

المحور الثاني : كفل النظام السياسي الإسلامي لكل مواطن حق المشاركة السياسة بكل صورها وطرقها، واحتفظ لكل شخص في حقه بأن يكون له رأي فيمن يريد أن يتولى شئون البلاد والعباد عن طريق انتخابات أو استفتاءات حرة ونزيهة ومحايدة.

لقول الله - تعالى - لرسوله - ﷺ - : " وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ " (آل عمران جزء من الآية ١٥٩)، وقوله: " وَأْمُرْهُمْ شُورَىٰ بَيْنَهُمْ " (الشورى من الآية ٣٨).

وجه الدلالة من الآيتين الكريمتين:

أمر الله - تعالى - نبيه - ﷺ - أن يشاور أصحابه في أمور الدين والدنيا؛ لأنه قد يخطر ببال أحدهم من وجوه المصالح ما لا يخطر ببال غيره، ولذلك مدح الله - تعالى - الأنصار إذ كانوا قبل قدوم النبي - ﷺ - إذا وقعت بينهم واقعة اجتمعوا وتشاوروا فيه ثم عملوا عليه فمدحهم الله - تعالى - به؛ لعدم انفرادهم برأي في أمورهم، ولذلك قال الحسن - ﷺ - : " ما تشاور قط إلا هدوا لأرشد أمورهم ... " ، وفي هذا دليل على أحقيته كل مواطن في إبداء رأيه وقوله فيمن يختاره لتولي شئونه العامة والخاصة. (٢)

ولقول النبي - ﷺ - في بيعه العقبة الثانية بمنى، وبعد أن تمت البيعة لثلاثة وسبعين رجلاً وامرأتين من الأوس والخزرج: " أَخْرِجُوا إِلَيَّ

(١) مصادر ومراجع الحالة الثالثة .

(٢) تفسير الطبري ٣٤٣/٧ وما بعدها ، ٥٤٧/٢١ ، تفسير البيهقي ٥٢٦/١ ، ١٥٠/٤ ، تفسير ابن الجوزي ٣٤٠/١ ، ٦٧/٤/٤ ، تفسير الرازي ٤٠٩/٩ ، ٣٦/١٦ ، ٦٠٣/٢٧ ، تفسير القرطبي ٢٤٩/٤ ، تفسير أبي السعود ١٠٥/٢ ، ٣٤/٨ ، فتح القدير للشوكاني ٤٥١/١ ، ٦١٩/٤ .

مِنْكُمْ اثْنَيْ عَشَرَ نَقِيبًا يُكُونُونَ عَلَى قَوْمِهِمْ " ، فَأَخْرَجُوا مِنْهُمْ اثْنَيْ عَشَرَ نَقِيبًا
مِنْهُمْ تِسْعَةً مِنَ الْخَزْرَجِ، وَثَلَاثَةً مِنَ الْأَوْسِ " . (١)

وجه الدلالة من الحديث الشريف :

دل هذا الحديث الشريف على إرساء مبدأ المشاركة وإيداء الرأي في الانتخابات والاستفتاءات في كل ما يخص شئون البلاد والعباد في أول سابقة دستورية قد فعلها النبي - ﷺ - ، ففي موسم الحج في السنة الثالثة عشر من النبوة - يونيو سنة ٦٢٢م بايع ثلاثة وسبعون رجلا وامرأتان رسول الله - ﷺ - على السمع والطاعة في النشاط والكسل ، وعلى النفقة في العسر واليسر ، وعلى الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، وعلى لا يأخذهم في الله لومة لائم ، وبعد أن تمت البيعة طلب رسول الله - ﷺ - انتخاب اثني عشر زعيما وممثلا يكونون نقباء على قومهم ، يكفلون المسؤولية عنهم في تنفيذ بنود هذه البيعة ، وكانت هذه البيعة بعد بيعة العقبة الأولى في السنة الثانية عشر من النبوة - سنة ٦٢١م حيث بايع اثنا عشر رجلا رسول الله - ﷺ - بيعة النساء ، أي وفق بيعتهن التي نزلت عند فتح مكة ، على أن لا يشركوا بالله شيئا ، ولا يسرقوا ، ولا يزنوا ، ولا يقتلوا أولادهم ، ولا يأتوا ببهتان يفترونه بين أيديهم وأرجلهم ، ولا يعصوا رسول الله - ﷺ - في معروف ، فمن وفى منهم فأجره على الله - تعالى - ، ومن أصاب من ذلك شيئا فعوقب به في الدنيا فهو له كفارة ، ومن أصاب من ذلك شيئا فستره الله - تعالى - ، فأمره إلى الله - تعالى -

، إن شاء عاقبه ، وإن شاء عفا عنه . (١)

(١) أخرجه أحمد في مسنده واللفظ له ٩٣/٢٥ رقم ١٥٧٩٨ - مسند كعب بن مالك - ﷺ - ، الطبراني في معجمه الكبير - ط مكتبة ابن تيمية - القاهرة - (بدون) - ٨٩/١٩ رقم ١٨٤ ، والحاكم في مستدرکه ٢٨٢/٣ رقم ٥١٠٠ كتاب معرفة الصحابة - باب ذكر مناقب سعد بن عبادة الخزرجي النقيب - ﷺ - ، والحديث صححه: الهيثمي في مجمع الزوائد ٤٥/٦ ، وابن حجر في إتحاف المهرة ٤٦/١٣ ، قال الهيثمي في مجمع الزوائد ٤٥/٦ ما نصه : " أخرجه أحمد والطبراني بنحوه ، ورجال أحمد رجال الصحيح غير ابن إسحاق ، وقد صرح بالسماع " .

المحور الثالث : أجاز الإسلام أن يمدح الإنسان الذي يريد أن يتولى ولاية عامة نفسه؛ ليعرف الناس ما فيه من صلاح وقوة وأمانة لتولي هذا المنصب فيختار الناس على بينة ووضوح من أمرهم، بشرط أن يخلو هذا المدح من الكبر والمفاخرة.

وذلك لقول الله - تعالى - على لسان نبيه يوسف - ﷺ - : "إِنِّي حَفِيظٌ عَلِيمٌ" .(يوسف الآية ٥٥).

وجه الدلالة من الآية الكريمة:

أن سيدنا يوسف - ﷺ - مدح نفسه بالحفظ والعلم عند من لا يعرفه فأراد أن يعرف نفسه، ومدح النفس إنما يكون مذموماً إذا قصد الشخص به التناول والتفاخر والتوصل إلى ما لا يحل، فأما على غير هذا القصد فلا يسلم أنه محرم؛ وأما قوله تعالى : " فَلَا تُزَكُّوا أَنْفُسَكُمْ " (النجم الآية ٣٢) فالمراد به : تزكية النفس حال ما يعلم كونها غير متزكية، والدليل على ذلك: قوله تعالى: " هُوَ أَعْلَمُ بِمَنِ اتَّقَى " (النجم الآية ٣٢) بعد هذه الآية، أما إذا كان الإنسان عالماً بأنه صدق وحق فهذا غير ممنوع منه. (٢)

جاء في تفسير القرطبي (٣) ما نصه : " ودلت الآية أيضا على أنه يجوز للإنسان أن يصف نفسه بما فيه من علم وفضل، قال الماوردي: وليس

(١) سيرة النبي - ﷺ - لابن هشام ٤٣١/١ وما بعدها ، السيرة النبوية وأخبار الخلفاء لابن حبان - ط دار الكتب الثقافية - بيروت - ط ١٤١٧/٣ هـ - ١٠٥/١ وما بعدها ، جوامع السيرة النبوية لابن حزم - ط دار المعارف - مصر - ط ١٩٠٠/١ م - ص: ٧١ وما بعدها ، دلائل النبوة ومعرفة أحوال صاحب الشريعة للبيهقي - ط دار الكتب العلمية - بيروت - ط ١٤٠٥ هـ - ٤٣٠/٢ وما بعدها ، تاريخ الطبري ٣٥٣/٢ وما بعدها ، المنتظم لابن الجوزي ٣٢/٣ وما بعدها ، البداية والنهاية لابن كثير ١٨١/٣ وما بعدها ، الرحيق المختوم لصفي الدين المباركفوري - دار الهلال - بيروت - ط ١ - (بدون) - ص: ١٢٩ وما بعدها.

(٢) تفسير الطبري ١٤٩/١٦ وما بعدها، تفسير البغوي ٤٩٧/٢ وما بعدها، زاد المسير لابن الجوزي ٤٥٠/٢ وما بعدها، تفسير الرازي ٤٧٣/١٨ وما بعدها، تفسير القرطبي ٢١٦/٩ وما بعدها، تفسير أبي السعود ٢٨٦/٤، تفسير فتح القدير للشوكاني ٤٢/٣ وما بعدها.

(١) القرطبي هو: أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرج الأنصاري الخزرجي القرطبي ، توفي بمنية خصيب شمالي أسبوط بصعيد مصر سنة ٦٧١ هـ .(شذرات الذهب لابن العماد ٥٨٤/٧، شجرة النور الزكية لمحمد مخلوف ص: ١٩٧ ، الأعلام للزركلي ٣٢٢/٥).

هذا على الإطلاق في عموم الصفات، ولكنه مخصوص فيما اقترن بوصله، أو تعلق بظاهر من مكسب، وممنوع منه فيما سواه، لما فيه من تركية ومראה، ولو ميزه الفاضل عنه لكان أليق بفضله، فإن يوسف دعتَه الضرورة إليه لما سبق من حاله، ولما يرجو من الظفر بأهله". (١)

المحور الرابع : حث الإسلام كل شخص تحري الكفاءة والقوة والأمانة في المرشح الذي سوف ينتخبه لأي منصب من المناصب العامة، وعدم التهاون في السؤال عنه وعن حاله؛ حتى يطمئن لفكره وقدرته على سياسة الأمور وإدارتها كما ينبغي.

فقد قال النبي - ﷺ - للرجلين اللذين طلبا منه الإمارة: "إنا والله لا نولي على هذا العمل أحداً سألته، ولا أحداً حرص عليه". (٢)

ذلك لأن التولية على أي عمل أو منصب لا بد أن تكون بالكفاءة والأمانة لا بالواسطة والمجاملة والمحاباة؛ والتي من شأنها أن تضع الشخص السيئ الجاهل في مقدمة الأمور ومعاليها؛ فتضيع مصالح الرعية في الداخل والخارج. (٣)

فقد روى ابن عباس - رضي الله عنهما - عن رسول الله - ﷺ - أنه قال: «مَنْ اسْتَعْمَلَ رَجُلًا مِنْ عِصَابَةِ وَفِي تِلْكَ الْعِصَابَةِ مَنْ هُوَ أَرْضَى لِلَّهِ مِنْهُ فَقَدْ خَانَ اللَّهَ وَخَانَ رَسُولَهُ وَخَانَ الْمُؤْمِنِينَ». (٤)

(٢) تفسير القرطبي ٢١٧/٩.

(٣) سبق تخريجه فيما مضى من هذا البحث.

(٤) شرح البخاري لابن بطلال ٢١٧/٨ وما بعدها، شرح السنة للبيهقي ١٣/١٠، ٥٨ وما بعدها، التمهيد لابن عبد البر ٢٤٤/٢١ وما بعدها، شرح النووي على مسلم ٢٠٧/١٢ وما بعدها، شرح البخاري لابن حجر العسقلاني ٢٧٣/١٢، ١٢٤/١٣ وما بعدها، شرح البخاري للعيني ٢٢٦/٢٤ وما بعدها، مرقاة المفاتيح للملا الهروي ٢٤٠٠/٦ وما بعدها، فيض القدير للمناوي ٥٥٠/٢ وما بعدها، سبل السلام للصنعاني ٥٧٦/٢ وما بعدها، نيل الأوطار ٢٩٥/٨ وما بعدها، عون المعبود لشمس الحق أبادي ٦٩/٩، ٦/١٢ وما بعدهما.

(١) أخرجه الطبراني في معجمه الكبير ١١٤/١١ رقم ١١٢١٦، والحاكم في مستدركه واللفظ له ١٠٤/٤ رقم ٧٠٢٣ كتاب الأحكام، وقال: "هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه"، والبيهقي في سننه الكبرى - ط دار الكتب العلمية - بيروت - ط ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م - ٢٠١/١٠ رقم ٢٠٣٦٤ كتاب آداب القاضي - باب لا يولي الوالي امرأة، ولا فاسقا، ولا جاهلا أمر

وروى أبو بكر الصديق - عليه السلام - أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال : «مَنْ وَلِيَ مِنْ أَمْرِ الْمُسْلِمِينَ شَيْئًا فَأَمَرَ عَلَيْهِمْ أَحَدًا مُحَابَاةً فَعَلَّيْهِ لَعْنَةُ اللَّهِ لَا يَقْبَلُ اللَّهُ مِنْهُ صِرْفًا وَلَا عَدْلًا حَتَّى يُدْخِلَهُ جَهَنَّمَ». (١)

فهذه رسالة من النبي - صلى الله عليه وسلم - لكل ولي أمر ولاة الله - تعالى - مقاليد وأمور العباد والبلاد أن يحسن بطانته؛ فيختار لشئون وأمور وأركان الدولة: الأصلح والأجدر والأنفع، وألا يولي أحدا على سبيل المحاباة والمجاملة؛ لقراءة أو صحبة

أو جيرة... فإذا فعل ذلك وتهاون في حدود الله - تعالى - وما ولاه عليه؛ فقد خان الله - تعالى - ورسوله - صلى الله عليه وسلم - وعليه لعنة الله - تعالى - ولا يقبل منه صرفا ولا عدلا حتى يدخله جهنم . (٢)

وقد حذر النبي - صلى الله عليه وسلم - الطامعين في الولاية بدون كفاءة وقدرة على قيادة الأمور بالندامة والخسران يوم القيامة فقال: "إنكم ستحرصون على الإمارة، وستكون ندامة يوم القيامة، فنِعَمَ الْمُرْضِعَةُ وَبِئْسَتِ الْفَاطِمَةُ". (٣)

القضاء، والحديث مختلف في صحته: فضعفه جماعة وصححه آخرون؛ لشواهد أخرى، (نصب الراية للزيلعي ٦٢/٤، مجمع الزوائد للهيتمي ٢١١/٥ وما بعدها، إتحاف الخيرة المهرة بزوائد المسانيد العشرة للكناني - ط دار الوطن للنشر - الرياض - ط ١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩ م - ٣٨٨/٥ وما بعدها، الدراية لابن حجر في تخريج أحاديث الهداية للمرغيناني - ط دار المعرفة - بيروت - (بدون) - ١٦٥/٢)، قال الهيتمي في مجمع الزوائد ٢١١/٥ ما نصه: "رواه الطبراني وفيه أبو محمد الجزري حمزة ولم أعرفه وبقية رجاله رجال الصحيح".

(٢) أخرجه أحمد في مسنده ٢٠٢/١ رقم ٢١ - مسند الخلفاء الراشدين، والحاكم في مستدركه واللفظ له ١٠٤/٤ رقم ٧٠٢٤ كتاب الأحكام، وقال: "هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه"، والحديث مختلف في صحته: حيث ضعفه جماعة وصححه آخرون. (مجمع الزوائد للهيتمي ٢٣٢/٥، إتحاف المهرة لابن حجر ٧٥٥/١٧)، قال الهيتمي في مجمع الزوائد ٢٣٢/٥ ما نصه: "رواه أحمد وفيه رجل لم يسم".

(١) اختلف العلماء في تفسير الصرف والعدل: فقيل: الصرف: الفريضة، والعدل: النافلة، وقيل: عكس ذلك، وقيل: الصرف: التوبة، والعدل: القدية... (شرح النووي على مسلم ١٤١/٩، عمدة القاري للعيني ٣٩/٢٥، مرقاة المفاتيح للهروي ٣٠٢١/٧، فيض القدير للمناوي ٥٦/٦، سبل السلام للصنعاني ٥٦٧/٢).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه ٦٣/٩ رقم ٧١٤٨ كتاب الأحكام - باب ما يكره من الحرص على الإمارة، والبيهقي في سننه الكبرى ١٦٣/١٠ رقم ٢٠٢٤٨ كتاب أدب القاضي - باب كراهية طلب الإمارة والقضاء وما يكره من الحرص عليها والتسرع إليها...

فهذا تحذير لكل مرشح يريد منصباً أو ولاية من أن يتصدر مقدمة الأمور أو يصدره الناس وهو لا يملك مقومات الإدارة السياسية والكفاءة، فالأمر في أول الإمارة يكون معه المال والجاه والسلطة والمنصب واللذات الحسية والوهمية وقد عبر عنه النبي - ﷺ - بقوله: " فنعم المرضعة" ، وفي آخرها يكون معه العزل والمطالبة بالتبعات أمام الناس في الدنيا ويوم القيامة وقد عبر عنه النبي - ﷺ - بقوله: " بنُست الفاطمة " . (١)

وقد نص الفقهاء فيما سبق من نصوصهم على أن الجاهل بأمور الإدارة والقيادة، ومن لا يحسنها، ولم تجتمع فيه شروطها...لأي سبب ما؛ لا يجوز له الترشح والتقدم لقيادة العباد والبلاد في أي منصب من مناصب الدولة، ولأن غير المتأهل لذلك لا يقدر على العدل فيه، فيأخذ الحق من مستحقه ويدفعه إلى غيره. (٢)

(٣) شرح البخاري لابن بطال ٢١٧/٨ وما بعدها ، شرح السنة للبخاري ١٣/١٠ ، ٥٨ وما بعدهما ، التمهيد لابن عبد البر ٢٤٤/٢١ وما بعدها، شرح النووي على مسلم ٢٠٧/١٢ وما بعدها، شرح البخاري لابن حجر العسقلاني ٢٧٣/١٢ ، ١٢٤/١٣ وما بعدهما، شرح البخاري للعيني ٢٢٦/٢٤ وما بعدها ،مرقاة المفاتيح للملا الهروي ٢٤٠٠/٦ وما بعدها ،فيض القدي للمناوي ٥٥٠/٢ وما بعدها ،سبل السلام للصنعاني ٥٧٦/٢ وما بعدها ، نيل الأوطار ٢٩٥/٨ وما بعدها، عون المعبود لشمس الحق آبادي ٦٩/٩ ، ٦/١٢ وما بعدهما .

(١) المبسوط للسرخسي ٧٢ /١٦ وما بعدها،بدائع الصنائع للكاساني ٣/٧ وما بعدها،المحيط البرهاني لابن مازة ٧/٨ وما بعدها،الاختيار للمودودي ٨٤/٢ وما بعدها،تبيين الحقائق للزيلعي ١٧٧/٤ وما بعدها،العناية للبايرتي ٢٦٧/٧ وما بعدها،الجوهرة النيرة للعبادي ٢٤١/٢،البنية للعيني ١٣/٩ وما بعدها، لسان الحكام لابن الشُّنَّة ٢٩٨/٦،درر الحكام لمنلا خسرو ٤٠٥/٢ وما بعدها،البحر الرائق لابن نجيم ٢٩٤/٦ وما بعدها ،مجمع الأنهر لداماد أفندي ١٥٥/٢ وما بعدها،حاشية ابن عابدين ٣٦٦/٥ وما بعدها،المقدمات والمهدات لابن رشد ٢٥٨/٢،الذخيرة للقرافي ٦/١٠ وما بعدها ،المنخل لابن الحاج ١٥٦/٢ وما بعدها،القوانين الفقهية لابن جزي ص: ١٩٥ ،التاج والإكليل للمواق ٨٣/٨ وما بعدها،مواهب الجليل للخطاب ٩٠/٦ وما بعدها،شرح الخرشي ١٠٩/٣ ، ١٤٠/٧ وما بعدها،الفواكه الدواني للنفراوي ٢٢٠/٢ وما بعدها، حاشية الدسوقي ١٣٠/٤ وما بعدها،منح الجليل لعليش ٢٦٢/٨ وما بعدها،الحاوي للماوردي ١٠/١٦ وما بعدها، المهذب للشيرازي ٣٧٦/٣ ،نهاية المطلب للجويني ٤٦١/١٨ وما بعدها،الوسيط للغزالي ٢٨٧/٧ وما بعدها،البيان للعمراتي ١١/١٣ ،تكملة السبكي للمجموع ١٢٥/٢٠ وما بعدها،روضه الطالبين للنووي ٩٢/١١ ،جواهر العقود للمنهاجي ٢٩٠/٢ وما بعدها،أسنى المطالب للأصاري ٢٨٠/٤ ، تحفة المحتاج للهيتمي ١٠٢/١٠ وما بعدها،مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٢٥٩/٦ ،نهاية المحتاج للرملي ٢٣٦/٨ وما بعدها ،حاشيتنا قليوبي وعميرة ٢٩٧/٤ وما بعدها، حاشية الجمل للعجيلي ٣٣٦/٥ وما بعدها،الكافي لابن قدامة ٢٢١/٤ وما بعدها، المغني لابن قدامة ٣٣/ ١٠ وما بعدها،العدة للمقسي ص:٦٥٩،الفروع لابن مفلح ٩٧/١١ وما بعدها،شرح الزركشي

وجاء في تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي (١) ما نصه: "ويحرم

الطلب

على جاهل وعالم قصد انتقاماً، أو ارتشاء، ويكره إن طلبه للمباهاة،
والاستعلاء كذا قيل، والأوجه أنه حرام بقصد هذين أيضاً". (٢)

وجاء في المغني لابن قدامة (٣) ما نصه: "فصل: والناس في
القضاء على ثلاثة أضرب: (الأول): من لا يجوز له الدخول فيه، وهو
من لا يحسنه، ولم تجتمع فيه شروطه... لأن من لا يحسنه لا يقدر على
العدل فيه، فيأخذ الحق من مستحقه ويدفعه إلى غيره...". (٤)

الفرع الثاني

كفالة حق الفرد في المشاركة السياسية في النظم القانونية والدستورية.

كفلت النظم القانونية والدستورية حق الفرد في المشاركة السياسية
بكل أنواعها وأشكالها وصورها، كحق الانتخاب والاستفتاء والترشح
للو وظائف العامة...

ولقد اختلفت الآراء حول صفة أو طبيعة أو تكييف الانتخاب كالتالي:

القول الأول: يرى أن الانتخاب وظيفة وهو تكليف وواجب على
الأفراد؛ لاختبار ممثليهم والتعبير عن الإرادة العامة للمجموع، والأخذ بهذا
الرأي يجيز للأمة بواسطة أجهزتها وتشريعاتها إجبار وإلزام الناخبين على

٢٣٥/٧، المبدع لابن مفلح ١٤١/٨ وما بعدها، الإنصاف للمرادوي ١٥٥/١١ وما بعدها، الإقناع
للحجاوي ٣٦٤/٤ وما بعدها، كشف القناع للبهوتي ٢٨٦/٦ وما بعدها، مطالب أولي النهى للرحباني
٤٥٥/٦ وما بعدها، منار السبيل لابن ضويان ٤٥٣/٢ وما بعدها.

(٢) ابن حجر هو: أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي السعدي الأنصاري، لقب بالهيتمي نسبة
إلى محلة أبي الهيثم من إقليم الغربية بمصر حيث ولد، ولد سنة ٩٠٩ هـ، توفي سنة ٩٧٤ هـ بمكة
المكرمة. (البرد الطالع للشوكاني ١/١٠٩).

(١) تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ١٠٤/١٠.

(٢) ابن قدامة هو: عبد الله بن أحمد بن محمد بن أحمد بن قدامة بن مقدم بن نصر، شيخ الإسلام
موفق الدين أبو محمد الجماعيلي الدمشقي الصالحي الحنبلي صاحب التصانيف، ولد سنة ٥٩٧ هـ،
وتوفي سنة ٦٨٢ هـ. (فوت الوفيات لمحمد بن شاكر - ط دار صادر - بيروت - ١٩٧٤م -

١٥٨/٢، الأعلام للزركلي ٣/٣٢٩، معجم المؤلفين لكحالة ١٦٩/٥).

(٣) المغني لابن قدامة ٣٣/١٠ وما بعدها.

الانتخاب وجعل التصويت إجباريا وتقرير العقوبة المناسبة على من يتخلف عن أداء هذا الواجب ، كما يجيز الأخذ بنظام الاقتراع القيد في الانتخاب حيث تضع الأمة بعض الشروط المالية أو العلمية أو الاجتماعية في الناخب؛ تمهيدا لحصر الكفاءات التي يجوز لها الترشح للنيابة العامة وتمثيل الأمة .

(١)

القول الثاني: يرى أن الانتخاب حق شخصي لكل مواطن؛ باعتباره حقا طبيعيا لا يجوز انتزاعه من المواطن، ويقوم هذا الرأي على أساس نظرية الأخذ بمبدأ سيادة الشعب وما يترتب عليها من نتائج، ويترتب على هذا الرأي اعتبار الانتخاب حقا وليس واجبا أو وظيفة ، فهو اختياري وليس إجباريا، فللناخب الحق في ممارسة أو عدم ممارسة هذه الصلاحية دون أن يتعرض لأي مسؤولية، كما يترتب عليه تقرير الاقتراع العام؛ وبناء عليه لا يجوز حرمان أي مواطن من الانتخاب؛ استنادا لشروط استثنائية كالحد الأدنى من التعليم أو النصاب المالي أو الانتماء إلى طبقة اجتماعية معينة، أما إذا كانت هناك شروط فيجب ألا تتعدى الشروط التنظيمية كشرط الجنسية والأهلية والسن . (٢)

القول الثالث: يرى أن الانتخاب وظيفة وحق في وقت واحد، فجعل الانتخاب حقا ؛ إنما هو تأكيد على وجود بعض الحقوق الطبيعية للفرد والتي لا يجوز للدولة أن تمسها أو تنتقص منها، وأما القول بأنه وظيفة ؛ فيعني أن الانتخاب إجباري يجب عليه أدائه وإلا تعرض للمسؤولية بشكل جزئي ممثلة في الغرامة المالية في أغلب الأحوال، وإزاء التعارض بين المفهومين فقد حاول

(١) النظم السياسية د. ثروت بدوي ص: ١٩٦ ، النظم السياسية د. محمود عاطف البنا ص: ٢٤٤ ، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري د. نعمان أحمد الخطيب ص: ٢٧٥ وما بعدها ، مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية د. كمال الغالي ص: ٢١٠ .

(٢) النظم السياسية د. ثروت بدوي ص: ١٩٥ ، النظم السياسية د. محمود عاطف البنا ص: ٢٤٤ ، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري د. نعمان أحمد الخطيب ص: ٢٧٧ وما بعدها ، مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية د. كمال الغالي ص: ٢٠٩ ، النظم السياسية والقانون الدستوري د. عبد الغني بسيوني عبد الله ص: ٢٤٤ .

البعض تفسير إمكانية الجمع بينهما ليس في وقت واحد وإنما في ثبوت حق الانتخاب وتتابع إجراءاته ، فهو في

البداية يثبت كحق شخصي ثم يتحول إلى وظيفة . (١)

القول الرابع : يرى أن الانتخاب سلطة، وإليه يذهب غالبية فقهاء القانون الدستوري ، فهو سلطة قانونية تتبع من مركز موضوعي ينشئه القانون ؛ من أجل إشراك الأفراد في اختيار السلطات العامة في الدولة حسب الشروط التي يراها المشرع مناسبة في كل وقت طالما لم يخالف نصا دستوريا صريحا، وأما الخلاف حول طبيعة وتكييف الانتخاب فهو في الغالب يقوم على اعتبارات سياسية قبل أن يكون خلافا على نظرية قانونية.

وعلى ذلك فيقصد بحق الانتخاب: "السلطة القانونية المقررة للناخب، لا لمصلحته الشخصية، ولكن لمصلحة المجموع، يحدد مضمونها وشروطها القانون". (٢)

ولقد كفل الدستور والقانون حق الانتخاب والاستفتاء لكل مواطن بنظام الاقتراع السري العام، والذي يقصد به : عدم اشتراط توافر شرط النصاب المالي أو شرط التعليم؛ وذلك تمييزا له عن الاقتراع المقيد والذي يشترط توافر نصاب مالي معين أو قسط من التعليم أو الاثنين معا في الناخب بالإضافة إلى الشروط التنظيمية الأخرى ؛ حتى يستطيع الناخب مباشرة الانتخاب. (٣)

(١) النظم السياسية د. محسن خليل ص: ٢١٠، النظم السياسية د. محمود عاطف البنا ص: ٢٤٥، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري د. نعمان أحمد الخطيب ص: ٢٧٨ وما بعدها .
(٢) النظم السياسية د. ثروت بدوي ص: ١٩٧، النظم السياسية والقانون الدستوري د. محسن خليل ص: ٢١١، النظم السياسية د. محمود عاطف البنا ص: ٣٤٨، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري د. نعمان أحمد الخطيب ص: ٢٩٧، النظم السياسية والقانون الدستوري د. عبد الغني بسيوني عبد الله ص: ٢٢٥.

(٣) النظم السياسية د. ثروت بدوي ص: ٢٠٣، النظم السياسية والقانون الدستوري د. محسن خليل ص: ٢٤٢، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري د. نعمان أحمد الخطيب ص: ٢٨١ ، مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية د. كمال الغالي ص: ٢١١.

ويقصد بشرط النصاب المالي: اشتراط الدساتير أو قوانين الانتخابات في الناخب نصاباً مالياً معيناً كأن يكون حائزاً لمبلغ معين من المال أو مكاناً لعقار لا يقل دخله عن السنوي عن قيمة معينة ، أو يكون الناخب من دافعي الضرائب التي لا تقل عن حد معين ، وحجة أنصار هذا الشرط : أن من يملكون الثروة أكثر اهتماماً بالشئون العامة والأمور السياسية من غيرهم ، إلا أن هذا الشرط يخل بمبدأ المساواة بين المواطنين ، وكذلك يقال من عدد أفراد الشعب السياسي بحرمانه لعدد كبير من حق المشاركة السياسية . (١)

ويقصد بشرط التعليم :حصول الناخب على قسط معين من التعليم أو درجة علمية أو على الأقل الإمام بالقراءة والكتابة ، وحجة أنصار هذا الشرط :أنه يجنبنا وضع حق الانتخاب واختيار الحكام في يد أجهل الناس وأقلهم دراية وأكثرهم انخداعاً بالوعود الزائفة التي قد تطرح عليهم ، كما أن اشتراط هذا الشرط يعتبر دافعاً لمحو الأمية؛ للمشاركة في العملية السياسية، كما أنه طريق مناسب لتربية الشعب تربية سياسية جيدة ؛ وذلك لحمله على المواطنين على المشاركة في الحياة العامة والسياسية، كما أنه سبيل لوقاية الامو من ثورات الحقد والكراهية التي قد تتجم من عدم مشاركة البعض والذي قد يولده الاقتراع المقيد . (٢)

والاقتراع العام كما سبق لا يشترط الشرطين السابقين في الناخب ؛ مما يؤدي إلى انتشار المشاركة السياسية توسيع قاعدة الناخبين والتخفيف من القيود الواردة عليهم ، وهذا لا يتنافى إذا وضعت شروط تنظيمية أخرى

(١) النظم السياسية د. ثروت بدوي ص: ٢٠٣ ، النظم السياسية والقانون الدستوري د. محسن خليل ص: ١٨٣ ، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري د. نعمان أحمد الخطيب ص: ٢٨٢ ، مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية د. كمال الغالي ص: ٢١١ ، النظم السياسية د. محمود عاطف البنا ص: ٣٤٨ .

(٢) النظم السياسية د. ثروت بدوي ص: ٢٠٥ ، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري د. نعمان أحمد الخطيب ص: ٢٨٤ ، النظم السياسية د. محمود عاطف البنا ص: ٣١٩ ، الأنظمة السياسية د. مصطفى أبو زيد فهمي ص: ١١١ ، النظم السياسية والقانون الدستوري د. محسن خليل ص: ١٨٣ .

خلافا لشرطي النصاب المالي والتعليمي، فقد تنص بعض الدساتير أو قوانين الانتخاب على بعض الشروط التي يجب أن تتوافر في الناخب؛ حتى يستطيع مباشرة حقوقه السياسية كاملة، ومن هذه الشروط التي لا تتعارض ولا تتنافى والاقتراع العام: شرط الجنسية، وشرط الأهلية العقلية والأدبية ... (١)

وقد كفل دستور جمهورية مصر العربية والمنشور في الجريدة الرسمية - العدد ٣ مكرر (أ) في ١٨ يناير سنة ٢٠١٤م حق المواطنين دون تمييز في مباشرة الحقوق السياسية، فنص في المادة (٨٧) منه على: "ولكل مواطن حق الانتخاب والترشح وإبداء الرأي في الاستفتاء، وينظم القانون مباشرة هذه الحقوق".

وتطبيقاً لهذا النص فلا يجوز للمشرع أن يقيد ممارسة هذا الحق بأية قيود قد تحد منه أو تقصره على فئة دون أخرى، وإنما يكون تدخله للتنظيم لا للتقييد.

وهذا ما ذهب إليه قانون مباشرة الحقوق السياسية رقم ٤٥ لسنة ٢٠١٤م بشأن تنظيم مباشرة الحقوق السياسية والمنشور في الجريدة الرسمية - العدد ٢٣ (تابع) في ٥ يونيو سنة ٢٠١٤م وتعديلاته بالقانون رقم ٩٢ لسنة ٢٠١٥م والمنشور في الجريدة الرسمية - العدد ٣٠ مكرر (أ) في ٢٩ يولييه سنة ٢٠١٥م.

ومن مطالعة المواد الأولى من القانون رقم ٤٥ لسنة ٢٠١٤م وتعديلاته يتضح أن:

(١) النظم السياسية د. ثروت بدوي ص: ٢٠٥ وما بعدها، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري د. نعمان أحمد الخطيب ص: ٢٨٤ وما بعدها، النظم السياسية والقانون الدستوري د. محسن خليل ص: ١٧٦ وما بعدها، مبادئ الأنظمة السياسية د. مصطفى أبو زيد فهمي ص: ١٠٩ وما بعدها، مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية د. كمال الغالي ص: ٢١٤ وما بعدها، النظم السياسية د. محمود عاطف البنا ص: ٣٥٠ وما بعدها.

أولاً:- شروط توافر صفة الناخب:

يشترط لتوافر صفة الناخب حسب ما تقضي به المادة الأولى من هذا القانون شرطان هما:

الشرط الأول: الجنسية المصرية.

الشرط الثاني: السن ببلوغ الرجل أو المرأة سن ثماني عشرة سنة ميلادية.

فقد نصت المادة (١/١) منه: " على كل مصري ومصرية بلغ ثماني عشرة سنة ميلادية أن يباشر بنفسه الحقوق السياسية:

أولاً: إبداء الرأي في كل استفتاء ينص عليه الدستور.

ثانياً: انتخاب كل من:

١- رئيس الجمهورية.

٢- أعضاء مجلس الشعب

٣- أعضاء مجلس الشورى

٤- أعضاء المجالس الشعبية المحلية " .

ثانياً:- المعفون من مباشرة هذه لحقوق:

نصت المادة (٢/١) من قانون مباشرة الحقوق السياسية السابق على أن: " ويعفى من أداء هذا الواجب ضباط وأفراد القوات المسلحة الرئيسية والفرعية والإضافية، وضباط وأفراد هيئة الشرطة طوال مدة خدمتهم بالقوات المسلحة أو الشرطة " .

وأساس هذا الإعفاء هو: ضمان وحدة الأجهزة وعدم انقسامها بين الأحزاب المختلفة؛ وذلك لعظم مسؤولياتهم في المجتمع والتي تستلزم كفاءة استقلالهم وعدم الزج بها في خلافات سياسية قد تضر الوطن في نهاية الأمر.

إلا أن بعض التشريعات ساوت بين العسكريين وبين غيرهم في الحقوق السياسية غير مقتنعة بتبريرات هذا الإعفاء متمسكة بحقوقهم السياسية في المجتمع

، ومن الدول التي ساوت بين المواطنين في الحقوق السياسية والانتخابية سواء كانوا مدنيين أو عسكريين : بريطانيا ، وبلجيكا ، وفرنسا ، وسويسرا ، والولايات المتحدة الأمريكية .

ثالثاً: المحرمون مؤقتاً من حق الانتخاب:

نظمت المادة الثانية من قانون مباشرة الحقوق السياسية والمعدلة بالمادة (١) من القانون رقم ٩٢ لسنة ٢٠١٥م الحرمان من حق مباشرة هذه الحقوق، فنصت على: " يحرم مؤقتاً من مباشرة الحقوق السياسية الفئات الآتية :

أولاً :

١. المحجور عليه، وذلك خلال مدة الحجر.
٢. المصاب باضطراب نفسي أو عقلي، وذلك خلال مدة احتجازه الإلزامي بإحدى منشآت الصحة النفسية طبقاً للأحكام الواردة بقانون رعاية المريض النفسي الصادر بالقانون رقم ٧١ لسنة ٢٠٠٩م.

ثانياً :

١. من صدر ضده حكم نهائي لارتكابه جريمة التهرب من أداء الضريبة أو لارتكابه الجريمة المنصوص عليها في المادة (١٣٢) من قانون الضريبة على الدخل الصادر بالقانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٥م
٢. من صدر ضده حكم نهائي لارتكابه إحدى الجرائم المنصوص عليها في المرسوم بقانون رقم ٣٤٤ لسنة ١٩٥٢م بشأن إفساد الحياة السياسية.

٣. من صدر ضده حكم نهائي من محكمة القيم بمصادرة أمواله .

٤. من صدر ضده حكم نهائي بفصله أو بتأييد قرار فصله من خدمة الحكومة أو القطاع العام أو قطاع الأعمال العام لارتكابه جريمة مخلة بالشرف أو بالأمانة .

٥. من صدر ضده حكم نهائي لارتكابه إحدى جرائم التفاليس بالتدليس أو بالتقصير .

٦. المحكوم عليه بحكم نهائي في جناية .

٧. من صدر ضده حكم نهائي بمعاقبته بعقوبة سالبة للحرية لارتكابه إحدى الجرائم المنصوص عليها في الفصل السابع من هذا القانون.

٨. من صدر ضده حكم نهائي بمعاقبته بعقوبة الحبس :

أ. لارتكابه جريمة سرقة أو إخفاء أشياء مسروقة أو نصب أو خيانة أمانة أو رشوة أو تزوير أو استعمال أوراق مزورة أو شهادات زور أو إغراء شهود أو جريمة للتخلص من الخدمة العسكرية والوطنية.

ب. لارتكابه إحدى الجرائم المنصوص عليها في الباب الرابع من الكتاب الثاني بشأن اختلاس المال العام والعدوان عليه والغدر، أو في الباب الرابع من الكتاب الثالث من قانون العقوبات بشأن هتك العرض وإفساد الأخلاق .

ويكون الحرمان في الحالات المنصوص عليها في البنود (١ ، ٢ ، ٥ ، ٦ ، ٧ ، ٨) لمدة ست سنوات من تاريخ تنفيذ العقوبة ، وفي البندين (٣ ، ٤) لمدة ست سنوات تبدأ من تاريخ صدور الحكم ، وفي جميع الأحوال لا يسري الحرمان في الحالات المنصوص عليها في البنود السابقة إذا أوقف تنفيذ العقوبة أو رد إلى للشخص اعتباره " .

والوقف في هذه الحالات مناطه : عدم توافر الأهلية اللازمة لممارسة الحق، وهو وقف مؤقت بزوال سببه الذي حدده القانون.(١) وقد يوقف الشخص عن مباشرة حقوقه السياسية ؛ نظرا لعدم أهليته السياسية وليس بسبب ارتكابه لجريمة أو الحكم عليه بالإفلاس وإنما لموقفه السياسي حتى ولو لم يكن هذا الموقف معاقبا عليه جنائيا وغير خاضع للجرائم التي تحرم مرتكبها من ممارسة حقوقه السياسية ، إلا أن ذلك لا يتقرر إلا في بصفة استثنائية وفي ظروف خاصة ، كما قرره فرنسا عام ١٩٤٤م بالنسبة لأعضاء البرلمان والذين أصدروا عام ١٩٤٠م تقويضا للجنرال بيتان وكذلك بالنسبة لمن تعاونوا مع الأعداء خلال الاختلال ، وكذلك فعلت يوغسلافيا وبلغاريا عام ١٩٤٥م لمن وصفوا بأنهم من ذوي الميول الفاشية ، وكذلك الاتحاد السوفيتي عامي ١٩٢٤م و ١٩٢٨م ضد من وصفهم بموظفي العهد البائد ... إلا إن مثل هذه الأحكام قد ألغيت فيما بعد.(٢)

(١) الدستور المصري د. مصطفى أبو زيد فهمي- ط دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية - سنة ٢٠١٢م - ص: ٣٧٠ وما بعدها، النظم السياسية د. حسين عثمان محمد عثمان- ط دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية - سنة ٢٠١٢م - ص: ٧٨ وما بعدها، الوسيط في القانون الدستوري د. جابر جاد نصار - ط سنة ٢٠٠٧م- (بدون) - ص: ٣٧١ وما بعدها، النظم السياسية د. ثروت بدوي ص: ٢٠٥ وما بعدها، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري د. نعمان أحمد الخطيب ص: ٢٨٤ وما بعدها، النظم السياسية والقانون الدستوري د. محسن خليل ص: ١٧٦ وما بعدها، مبادئ الأنظمة السياسية د. مصطفى أبو زيد فهمي ص: ١٠٩ وما بعدها، مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية د. كمال الغالي ص: ٢١٤ وما بعدها، النظم السياسية د. محمود عاطف البناء ص: ٣٥٠ وما بعدها.

(١) النظم السياسية د. ثروت بدوي ص: ٢١٦، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري د. نعمان أحمد الخطيب ص: ٢٩٧، مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية د. كمال الغالي ص: ٢١٨، النظم السياسية د. محمود عاطف البناء ص: ٣٥٦.

الفرع الثالث

الموازنة بين النظام الإسلامي والنظم القانونية والدستورية في كفالة

حق الفرد في المشاركة السياسية

لقد فعلت النظم السياسية المعاصرة مثلما فعل النظام السياسي الإسلامي، فقد كفلت للمواطن حق المشاركة السياسية عن طريق الانتخابات والاستفتاءات ونظمت هذا الحق في الدساتير والقوانين المنظمة لذلك بضوابط وشروط.

ومما هو جدير بالذكر: أن كفالة النظام السياسي الإسلامي ورعايته لحق المشاركة السياسية بالانتخابات والاستفتاءات لكل مواطن؛ لاختيار من يمثلونه من الأمة؛ لإدارة شئونها ورعاية مصالحها قد سبق النظم السياسية المعاصرة وتفوق عليها من حيث الشكل والمضمون.

لكن هذه الكفالة بكل أنواعها وصورها كما سبق مرهونة بمرجعية الشريعة الإسلامية وأحكامها - كما سبق-، وهذا مما لا يوجد في النظم الدستورية والقانونية المعاصرة.

المطلب الثاني

كفالة حق الأفراد في اختيار الحاكم ومراقبته وعزله

الفرع الأول

كفالة حق الأفراد في اختيار الحاكم ومراقبته وعزله في النظام الإسلامي

الحاكم في النظام السياسي الإسلامي ينوب عن الأمة في حراسة شئون الدين وسياسة الدنيا، وهذه النيابة من الأعمال السياسية التي بها يتولى الحاكم إدارة البلاد وشئون العباد. (١)

(١) معين الحكام للطرابلسي ص: ١٦٩، الأحكام السلطانية للمواردي ص: ١٧، غياث الأمم في التياث الظلم للجويني - ط مكتبة إمام الحرمين - ط ١٤٠١/٢ هـ - ص: ٥٤، ٣٣٧، شرح المقاصد للفتازاني - ط عالم الكتب - بيروت - ط ١٤١٩/٣ هـ - ١٩٩٨ م - ٢٥٠/٥، مآثر الإنافة للقلشندي ٦٦/١ وما بعدها، الأحكام السلطانية للفراء - ط دار الكتب العلمية - بيروت - ط ١٤٢١/٢ هـ - ٢٠٠٠ م - ص: ٢٣، وما بعدها، السياسة الشرعية لابن تيمية ص: ١٢٩، تحرير الأحكام لابن جماعة ص: ٧١، الطرق الحكيمة لابن القيم ص: ١٢.

جاء في الأحكام السلطانية للماوردي ما نصه : " الإمامة: موضوعة لخلافة النبوة في حراسة الدين وسياسة الدنيا، وعقدها لمن يقوم بها في الأمة واجب بالإجماع ". (١)

والأمة هي صاحبة الشأن في اختيار الحاكم، وهي مصدر السيادة والسلطان في إطار أحكام التشريع الإسلامي، فمن اختارته الأمة لهذا المنصب كان له الحق في القيام بهذه المهمة، وهو بهذا الاختيار ما هو إلا وكيل عنها في أمور الدين وفي إدارة شئونها حسب شريعة الله - تعالى - وسنة رسوله - ﷺ - ، ولها حق نصحه وتوجيهه وتقويمه إن أساء، بل حق عزله من المنصب الذي وليه عنها باختيارها إن وجد ما يوجب عزله. (٢)

ومن تتبع تاريخ النظام السياسي الإسلامي يجد أنه قد أخذ بمبدأ سيادة الأمة؛ فالأمة الإسلامية مصدر السيادة ، والحاكم ينوب عنها في ممارسة هذه السيادة بحكم الله - تعالى - وشريعته ويدير شئونها بأمانة وعدل؛ لأنه في النهاية فرد من أفرادها منوط به القيام على شئونها وحماية عرضها وحفظ مقدراتها في كل المجالات ، دون استبداد أو ظلم . (٣)

ولم يتعرض الإسلام لتفصيلات الحكم ، ولم يضع شكلا معيناً لنظامه السياسي، وإنما ترك ذلك للمسلمين في إطار أحكام ومرجعية الشريعة الإسلامية لاستنباط الشكل المناسب مع ظروف زمانهم ومكانهم، وقد سارت الأيديولوجية الإسلامية في الحكم السياسي على هذا المنوال حيث أقرت مبادئ عليا كالشورى وسيادة القانون واختيار الحاكم المسلم عن طريق مبايعته والعدل والمساواة بين أفراد الجماعة الإسلامية وتركت للمسلمين

(٢) الأحكام السلطانية للماوردي ص: ١٥.

(١) معين الحكام للطرابلسي ص: ١٦٩، الأحكام السلطانية للماوردي ص: ١٧، غياث الأمم للجويني ص: ٥٤، ٣٣٧، شرح المقاصد للفتازاني ٢٥٠/٥، مآثر الإنافة للقلقشندي ١/ ٦٦ وما بعدها، الأحكام السلطانية للفراء ص: ٢٣ وما بعدها، السياسة الشرعية لابن تيمية ص: ١٢٩، تحرير الأحكام لابن جماعة ص: ٧١ ، الطرق الحكيمة لابن قيم الجوزية ص: ١٢.

(٢) النظم السياسية د. محمد كامل ليلة ص: ٤٣٣ وما بعدها .

اختيار أحسن المناهج والأساليب لتطبيقها حسب ما تقتضيه حاجيات عصرهم وحسبما يحقق للأمة الإسلامية صالحها ونهضتها في كافة الميادين . (١)

وتتمثل الأمة في أهل الحل والعقد وهم أصحاب الرأي والعلم وموضع الثقة من طبقات الأمة، يصير من يختارونه ويبايعونه حاكماً ورئيساً للدولة. (٢)

قال الإمام الماوردي في الأحكام السلطانية ما نصه: " والإمامة تتعقد من وجهين: أحدهما: باختيار أهل العقد والحل". (٣)

وقال إمام الحرمين الجويني (٤) في غياث الأمم ما نصه: " ... ثم أطبقوا على أن سبيل إثبات الإمامة: النص أو الاختيار، وقد تحقق بالطرق القاطعة والبراهين اللاحقة بطلان مذاهب أصحاب النصوص، فلا يبقى بعد هذا التقسيم والاعتبار إلا الحكم بصحة الاختيار ... ". (٥)

وقد ذهب الإمام محمود شلتوت إلى أن أهل الحل والعقد في هذا العصر هم: " أهل النظر الذين عرفوا في الأمة بكمال الاختصاص في بحث الشئون وإدارة المصالح والخيرة عليها ... ، وليس من شك في أن شئون الأمة متعددة بتعدد عناصر الحياة .. ، ففي الأمة جانب القوة التي تحمي حماها والتي تحفظ أمنها الداخلي، وفي الأمة جانب القضاة وفض المنازعات وحسم الخصومات، وفيها جانب المال والاقتصاد، وفيها جانب السياسة

(٣) النظم السياسية د. محمد كامل ليلة ص: ٤٢٧ وما بعدها ، الدولة الإسلامية بين العلمانية والسلطة الدينية د. محمد عمارة ص: ١٥، ٣٤ ، ٦٤ ، ٢٢٣ وما بعدها.

(١) الأحكام السلطانية للماوردي ص: ٢١، غياث الأمم لإمام الحرمين الجويني ص: ٥٤، مآثر الإنافة للقلقشندي ١٣/١، السياسية الشرعية للفراء ص: ٢٣، تحرير الأحكام لابن جماعة ص: ٥ وما بعدها.

(٢) الأحكام السلطانية للماوردي ص: ٢١.

(٣) إمام الحرمين الجويني : هو عبد الملك بن عبد الله بن يوسف أبو المعالي الجويني، ولد سنة ٤١٩ هـ تفرقه على والده وغيره ، وتوفي بنيسابور سنة ٤٧٨ هـ . (طبقات الشافعية للأسنوي - ط بغداد سنة ١٣٩٠ هـ - ٤٠٩/١ ، العبر في أخبار من ذهب لشمس الدين الذهبي - ط الكويت سنة ١٣٨٦ هـ - ٢٩١/٣ ، الكامل في التاريخ لابن عبد الواحد الشيباني - ط دار الكتب العلمية - بيروت - ط ١٤١٥/٢ هـ - ١٩٩٥م - ٤٤١/٨).

(٤) غياث الأمم لإمام الحرمين الجويني ص: ٥٤.

الخارجية، وفيها غير ذلك من الجوانب ...، وهؤلاء الرجال هم: " أولوا الأمر من الأمة " وهم الذين يجب على الأمة أن تعرفهم بأثارهم، وتمنحهم ثقتها، وتتيبهم عنها في نظمها وتشريعها والهيمنة على حياتها، وهم الوسيلة الدائمة في نظر الإسلام لمعرفة ما تسوس به الأمة أمورها مما لم يرد من المصادر السماوية الحاسمة ... ". (١)

أما الشيخ محمد رشيد رضا فقد ذهب إلى أن أهل الحل والعقد في زماننا هذا هم: " المطالبون بجميع مصالح الأمة العامة، ومسألة السلطة العليا خاصة ... وهم سراة الأمة وزعمائها ورؤساؤها الذين تثق بهم في العلوم والأعمال والمصالح التي بها قيام حياتها وتتبعهم فيما يقررونه بشأن الديني والديني منها ... وهم أهل العلم الاستقلالي بشريعة الأمة ومصالحها السياسية والاجتماعية والقضائية والإدارية والمالية ومن أهل العدالة والرأي والحكمة ... وهم سلطة الأمة بمجلس النواب، وهذه المجالس بمعنى جماعة أهل الحل والعقد في الإسلام إلا أن الإسلام يشترط فيهم من العلم والفضل ما لا يشترطه الإفرنج ومقلدتهم في هذا العصر ... ". (٢)

وقد اشترط في أهل الحل والعقد شروطاً حتى يكونوا أهلاً لهذا الترشيح والاختيار منها: العدالة، والعلم الذي يتوصل به إلى معرفة من يستحق الإمامة على الشروط المعتمدة فيها، والرأي والحكمة المؤديان إلى اختيار من هو للإمامة أصلح ويتدبر المصالح أقوم وأعرف. (٣)

قال الإمام الماوردي في الأحكام السلطانية ما نصه: " فأما أهل الاختيار فالشروط المعتمدة فيهم ثلاثة: أحدها: العدالة الجامعة لشروطها،

(١) الإسلام عقيدة وشريعة- الإمام محمود شلتوت - ط دار الشروق - القاهرة - ط ١٤٢١/١٨ هـ - ٢٠٠١ م - ص: ٤٤٢ وما بعدها.

(٢) الخلافة لمحمد رشيد رضا - ط الزهراء للإعلام العربي- القاهرة - (بدون) - ص: ٦٦ وما بعدها.

(٣) الأحكام السلطانية للماوردي ص: ١٧، ١٨، غياث الأمم لإمام الحرمين ص: ٦٢، مآثر الإنافة للقلقشندي ٤٥/١، الأحكام السلطانية للفراء ص: ١٩ .

والثاني: العلم الذي يتوصل به إلى معرفة من يستحق الإمامة على الشروط
المعتبرة فيها، والثالث: الرأي والحكمة المؤديان إلى اختيار من هو للإمامة
أصلح، ويتدبير المصالح أقوم
وأعرف... " (١).

أما عددهم فقد اختلفت فيه الروايات: فمنهم من ذهب إلى وجوب بيعة
أهل الحل والعقد في كل بلد من بلاد الدولة، ومنهم من يرى الاكتفاء بأهل
الشورى والرأي السديد في عاصمة الدولة، ومنهم من يرى أن الإمامة تتعقد
بثلاثة يتولاها أحدهم برضا وشهادة الآخرين، ومنهم من يرى الاكتفاء
بخمسة، ومنهم من يرى الاكتفاء بأربعين كصلاة الجمعة.... وهكذا. (٢)
وإذا كان أهل الحل والعقد هم أصحاب الرأي والعلم وموضع الثقة
من طبقات الأمة المختلفة لم يكن هناك كبير فرق بينهم وبين أعضاء
المجالس النيابية في النظم الدستورية المعاصرة، فالنواب هم مصدر القوانين
كلها بلا استثناء والأمر كذلك في الإسلام إلا فيما جاء فيه نص محكم من
القرآن أو سنة ثابتة عن الرسول - ﷺ - فإن هذا لا رأي فيه لأهل الحل
والعقد مطلقاً إلا في فهم النصوص، وعند التنازع والاختلاف يرد الأمر إلى
القواعد والأصول العامة التي تؤخذ من كتاب الله - تعالى - وسنة رسوله -
ﷺ - (٣).

(١) الأحكام السلطانية للماوردي ص: ١٧، ١٨.
(٢) الأحكام السلطانية للماوردي ص: ٢٣، غياث الأمم لإمام الحرمين ص: ٦٢ ما بعدها، مآثر
الإناقة للقلقشندي ٤٢/١.
(٣) من فقه الدولة في الإسلام د. يوسف القرضاوي ص: ١٣٦ وما بعدها، كيف نحكم بالإسلام في
دولة عصرية د. أحمد شوقي الفنجري - ط الهيئة المصرية العامة للكتاب - القاهرة - سنة
١٩٩٠م - ص: ٢١٤ وما بعدها، الشورى بين التأثير والتأثر د. عبد الحميد الأنصاري - ط مطابع
الشروق - القاهرة - سنة ١٤٠٢ هـ / ١٩٨٢م - ص: ١١ وما بعدها، الشورى في ظل نظام الحكم
الإسلامي د. عبد الرحمن عبد الخالق - ط دار القلم - الكويت - ط ١ / ١٤١٨ هـ / ١٩٩٧م -
ص: ٤١ وما بعدها، الشورى والديمقراطية النيابية د. داوود الباز - ط دار الفكر الجامعي -
الإسكندرية - سنة ٢٠٠٤م - ص: ١٢٢ وما بعدها، الأنظمة النيابية الرئيسية د. عفيفي كامل
عفيفي - ط منشأة المعارف - الإسكندرية - سنة ٢٠٠٢م - ص: ٥١٩ وما بعدها.

إذن فمصدر السيادة هو: التشريع الذي يؤخذ من شرع الله، ولا بد

للسيادة

ممن يمثلها وهم أهل الحل والعقد نيابة عن الأمة كلها، وحينئذ تكون القرارات والقوانين التي تصدر بناء على ما يتفقون عليه صحيحة شرعاً وملزمة للأمة جميعاً. (١)

أما عن كيفية اختيار أهل الحل والعقد وتوليه الحاكم مقاليد الحكم والرئاسة في زماننا هذا: فقد أصبح ميسوراً عن طريق نظام الانتخابات الحديث، فمن المعلوم أن هناك في كل بلد لجنة عليا للانتخابات ترسم سياسات الانتخابات وتشرف على إجرائها بالصورة التي تضمن لكل مواطن أن يأخذ حقه في الترشيح والانتخاب، فهي متعلق بها تنظيم وترتيب إجراءات الانتخابات والإشراف عليها بدأ من حصر عدد من له الحق في الإدلاء بصوته، والشروط الواجب توافرها فيمن يدي بصوته، ومكان الإدلاء، وفرز الأصوات، وإعلان النتائج، ومعاينة كل من يرتكب أي جريمة من جرائم الانتخابات والتي من شأنها أن تعكر صفو هذه العملية الوطنية، وهذا كله من شأنه أن يحفظ لكل مواطن أن يختار أهل الحل والعقد والذين يمثلونه ويرفعن صوته في كل مجال، وكذلك رئيس الدولة على حسب البرنامج الذي تقدم به للشعب والذي من المفترض أن يرتفع بحال العباد والبلاد على وفق شرع الله في كل مجال من مجالات الدين والدنيا.

أما معيار اختيار الأمة للحاكم فلا بد أن يكون على أساس: القوة والقدرة والكفاءة على القيام بمهام الحكم والولاية، والأمانة في إدارة شئون العباد والبلاد بما يتوافق مع شرع الله - تعالى - وسنة نبيه - ﷺ - . (٢)

(١) نظام الحكم في الإسلام د. محمد يوسف موسى - ط دار الفكر العربي - القاهرة - (بدون) - ص: ١٠٥، من فقه الدولة في الإسلام د. يوسف القرضاوي ص: ٢٨ وما بعدها .
(٢) الأحكام السلطانية للماوردي ص: ٢٥، تحرير الأحكام لابن جماعة ص: ٥٦، الأحكام السلطانية للفراء ص: ٢٤.

جاء في الأحكام السلطانية للإمام الفراء (١) ما نصه: "وإذا جمع أهل الحل والعقد على الاختيار تصفحوا أحوال أهل الإمامة الموجود فيهم شروطها فقدموا للبيعة منهم أكثرهم فضلا، وأكملهم شروطا. فإذا تعين لهم من بين الجماعة من أداهم الاجتهاد إلى اختياره وعرضوها عليه، فإن أجاب إليها بايعوه عليها، وانعقدت له الإمامة ببيعتهم، ولزم كافة الأمة الدخول في بيعته والانقياد لطاعته". (٢)

وإمعانا في التأكيد على الموقف الفكري للنظام السياسي الإسلامي والذي يطبع كل السلطات في المجتمع بالطابع المدني وينفي عن أي منها الطابع الديني كانت كل المواقف السياسية والاقتصادية والتشريعية التي كون مجموعها تراث المسلمين والإسلام في السياسة والاقتصاد والاجتماع في إطار ظروف الزمان والمكان وتحقيق المصلحة للفرد والمجتمع .

فالخليفة - وهي سلطة الدولة العليا - كانت بالشورى والاختيار والعقد والبيعة... بل وكان ما يشبه تعمد إخراجها - في البداية على الأقل - بعيد عن بيت النبوة حتى لا تكون شبة ميراث في استحقاقها وحتى لا يظن أحد في يوم من الأيام أن آل بيت النبوة قد ورثوا بتوليهم خلافته السياسية وسلطانه الديني فتطبع بذلك سلطات المجتمع والدولة بالطابع الديني. (٣)

ومن يتتبع تاريخ الدولة الإسلامية في صدرها الأول في عهد الخلفاء الراشدين يجد أن: الأمة كانت صاحبة الاختيار فيمن يتولى أمور البلاد والعباد عن طريق أهل الحل والعقد ثم بمبايعة الجميع بعد ذلك. (٤)

(١) الفراء هو: محمد بن الحسين بن محمد بن خلف ابن الفراء، أبو يعلى، من أهل بغداد، كان شيخ الحنابلة، ولد سنة ٣٨٠ هـ / ٩٩٠ م، وتوفي سنة ٤٥٨ هـ / ١٠٦٦ م. (الأعلام للزركلي ٩٩/٦ وما بعدها).

(٢) الأحكام السلطانية للفراء ص: ٢٤.

(٣) الدولة الإسلامية بين العلمانية والسلطة الدينية د. محمد عمارة ص: ١٥.

(٤) تاريخ الطبري ٢/٣، ٢٠٥/٣، ٤٢٨/٣، ٢٢٧/٤ وما بعدها، الكامل في التاريخ لابن الأثير ٢/١٨٧، ٢/٢٦٦، ٤٤٠/٢ وما بعدها، ٥٥٤/٢ وما بعدها، البداية والنهاية لابن كثير ٥/٢٦٦، ٧/١٥٥، ٢٥٣/٧ وما بعدها، تاريخ الخلفاء للسيوطي ص: ٥٥، ١٢٢، ١٣٥ وما بعدها.

ومعنى ذلك أن: الحاكم نائب عن الأمة في حراسة الدين والدفاع عنه، وفي إدارة شئون البلاد والعباد بما يتوافق مع هذا الدين ، كما أنه يستمد سلطانه منها فهي التي وكلته في القيام بمهام منصبه، ويستمد تشريعه من الله- تعالى- فهو صاحب التشريع ومن سنة نبيه ﷺ- ، وهي تملك في أي وقت أن تعزله إذا لم يقم بمهام منصبه على أكمل وجه، فمن يملك التعيين يملك العزل. (١)

وهكذا نرى من دراسة الوقائع التي تمت بها تولية كل من الخلفاء الراشدين الأربعة: أن تولية الخليفة لا تتم إلا بالبيعة عن رضا واختيار، وأن عهد الخليفة السابق ليس إلا ترشيحاً لمن يراه أهلاً للخلافة، فإن وافقت الأمة على ترشيحه بايعوه، وإلا كان لهم أن يبايعوا غيره.

ولعل هذا ما كان يفهمه بعض الخلفاء، فإن الخليفة منهم كان يعهد من بعده لابنه وأخيه أو لآخر من ذوي قرابته ثم تؤخذ البيعة لمن صدر كتاب العهد له في حياة الخليفة الذي عهد إليه، ثم تجدد البيعة بعد وفاته، ومعنى هذا: أنهم كانوا يعرفون أن مجرد العهد ليس ملزماً شرعاً بل لابد من البيعة العامة من المسلمين لهم. (٢)

فهذا هو عمر بن عبد العزيز - ﷺ- لما عهد إليه سليمان بن عبد الملك بالخلافة وقرأ كتاب العهد على الناس بعد وفاه سليمان، صعد عمر- ﷺ- المنبر فقال: " أيها الناس: إني قد ابتليت بهذا الأمر عن غير رأي مني فيه، ولا طلبه له، ولا مشورة من المسلمين، وإني قد خلعت ما في أعناقكم من بيعتي، فاختروا لأنفسكم ولأمركم من تريدون". فصاح الناس صيحة واحدة: " قد اخترناك لأنفسنا وأمرنا، ورضينا كلنا بك ". (٣)

(١) نظام الحكم في الإسلام د. محمد يوسف موسى ص: ٩٣، المشاركات السياسية المعاصرة د. محمد يسري إبراهيم ص: ١٨ وما بعدها، من فقه الدولة في الإسلام د. يوسف القرضاوي ص: ٣٠، ١٣٦ وما بعدها .

(٢) نظام الحكم في الإسلام د. محمد يوسف موسى ص: ٩٥.

(٣) المنتظم في تاريخ الأمم والملوك لابن الجوزي ٣٢/٧، البداية والنهاية لابن كثير ٢٣٨/٩.

وللحاكم بعد اختيار الأمة له حالتان في إدارة شئون العباد والبلاد:
 الحالة الأولى: إذا أحسن وكان عدلاً في إدارته للبلاد داخلياً
 وخارجياً، وأدى ما عليه تجاه أمته ورعيته من حقوق، وصدقها الفعل
 والقول: فقد أجمع الفقهاء على أنه تجب طاعته ويحرم الخروج عليه بأي
 حال من الأحوال (١) .

وذلك لقول النبي - ﷺ -: " اسْمَعُوا وَأَطِيعُوا وَإِنِ اسْتُعْمِلَ حَبَشِيٌّ كَانَ رَأْسَهُ
 زَبِيْبَةً " . (٢)

وجه الدلالة من الحديث الشريف :

حث النبي - ﷺ - الناس على السمع والطاعة للحكام إذا قاموا
 بحقوقهم وأدوا ما عليهم تجاههم وراعوا فيهم شرع الله - تعالى - وسنة نبيه -
 ﷺ - حتى ولو كان الحاكم عليهم عبد حبشي باعتبار ما كان قبل العتق كأن
 رأسه زبيبة من العنب إذا جف، وإنما شبه رأس الحبشي بالزبيبة قيل: لصغر
 رأسه مثلها وذلك معروف في الحبشة، وقيل: لسواده مثلها، وقيل: لقصر
 شعر رأسه وتقلفه، وهو تمثيل في الحقارة وبشاعة الصورة؛ على سبيل
 المبالغة أي اسمعوا له وأطيعوه إن كان حقيراً ما دام يحسن إدارة شئونكم
 ويرعى أموركم ومصالحكم، فقد يضرب المثل بما لا يقع في الوجود كما مثل
 بالعبد الحبشي؛ مبالغة في الأمر بالطاعة والانقياد . (٣)

(١) مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات لابن حزم - ط دار الكتب العلمية - بيروت - (بدون) - ١٢٦/١ - الأحكام السلطانية للماوردي ص: ٤٢، غياث الأمم للجويني ص: ١٢٨، مآثر الإنافة للقلقشندي ٦٢/١، الأحكام السلطانية للفراء ص: ٢٨، السياسة الشرعية لابن تيمية ص: ١٢٩.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه عن أنس بن مالك - ﷺ - ٦٢/٩ رقم ٧١٤٢ كتاب الأحكام - باب السمع والطاعة للإمام ما لم تكن معصية، وأحمد في مسنده ١٧٨/١٩ رقم ١٢١٢٦ - مسند المكثرين من الصحابة، والبيهقي في سننه الكبرى ٢٦٨/٨ رقم ١٦٦٠٦ كتاب قتال أهل البغي - باب السمع والطاعة للإمام ومن ينوب عنه ما لم يأمر بمعصية.

(٣) شرح البخاري لابن بطال ٢١٣/٨ وما بعدها، شرح السنة للبغوي ٥٤/١٠، شرح النووي على مسلم ٢٢٥/١٢ وما بعدها، فتح الباري لابن حجر ١٢٢/١٣ وما بعدها، عمدي القاري للعيني ٢٢٤/٢٤ وما بعدها، مرآة المفاتيح للهروي ٢٣٩٢/٦ وما بعدها، حاشية السندي على سنن ابن

وقول سيدنا أبي بكر الصديق - رضي الله عنه - لما ولي الخلافة بعدما حمد الله - تعالى - وأثنى عليه وقال: "أيها الناس: فإني قد وليت عليكم ولست بخيركم، فإن أحسنت فأعينوني، وإن أسأت فقوموني، الصدق أمانة، والكذب خيانة، والضعيف فيكم قوي عندي حتى أريح عليه حقه إن شاء الله، والقوي منكم الضعيف عندي حتى أخذ الحق منه إن شاء الله أطيعوني ما أطعت الله ورسوله، فإذا عصيت الله - تعالى - ورسوله - رضي الله عنه - فلا طاعة لي عليكم" (١).

وجاء في الأحكام السلطانية للإمام الماوردي ما نصه: "وإذا قام الإمام بما ذكرناه من حقوق الأمة، فقد أدى حق الله تعالى فيما لهم وعليهم، ووجب له عليهم حقان: الطاعة، والنصرة، ما لم يتغير حالة، والذي يتغير به حالة فيخرج عن الإمامة شيئان، أحدهما: جرح في عدالته - وهو الفسق -، والثاني: نقص في بدنه". (٢)

وقال الإمام ابن حزم: "الإمام واجب طاعته ما قاننا بكتاب الله - تعالى - وسنة رسوله - رضي الله عنه - ...". (٣)

الحالة الثانية: إذا جار وظلم في حكمه وسياسته، ولم يؤدي ما عليه من حقوق لرعيته، ولم يستطع إدارة شؤون الدولة داخلياً وخارجياً بما يحق لها التقدم

والرقي بين الدول الأخرى:

فقد انتهج الإسلام معه سياسية التدرج، فأوجب على الأمة ما يلي:

ماجة - ط دار الجيل- بيروت - (بدون)- ٢٠١/٢ وما بعدها، نيل الأوطار للشوكاني ٢٠٥/٧ وما بعدها، تحفة الأحوزي ٣٩٩/٦ وما بعدها.

(٢) تاريخ الطبري ٢١٠/٣، الكامل في التاريخ لابن الأثير ١٩٢/٢/٢، البداية والنهاية لابن كثير ٢٦٩/٥.

(٣) الأحكام السلطانية للماوردي ص: ٤٢.

(٤) الفصل في الملك والأهواء والنحل لابن حزم الأندلسي ٨٤/٤.

أولاً : أن تتصحح وتوجهه وتأمره بالمعروف وتتهاه عن المنكر حتى يستقيم أمره ويرجع إلى ما فيه الخير والصلاح للعباد والبلاد؛ لما رواه تميم الدَّارِيُّ - رضي الله عنه - قال: أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: "الدِّينُ النَّصِيحَةُ" قُلْنَا: لِمَنْ؟ قَالَ: «لِلَّهِ وَلِكِتَابِهِ وَلِرَسُولِهِ وَلِأُمَّةِ الْمُسْلِمِينَ وَعَامَّتِهِمْ» (١).

فالنصيحة هي: تحري قول أو فعل فيه صلاح لصاحبه، أو تحري إخلاص الود له، وهي مشتقة من نصحتُ العسل إذا صفيئتهُ، يقال: نَصَحَ الشيء إذا خلص، ونصح له القول إذا أخلصه له، أو مشتقة من النصح وهي: الخياطة المنصحة وهي الإبرة، والمعنى: أنه يَلْمُ شعث أخيه بالنصح كما تلم المنصحة ، ومنه التوبة النصوح كأن الذنب يمزق الدين والتوبة تخطيه، والحاصل أنها إرادة الخير للمنصوح له، وهي كلمة جامعة لمعان شتى معناها إرادة الخير للنصوح له، وهي من وجيز الكلام بل ليس في الكلام كلمة مفردة تستوفى بها العبارة عن معنى هذه الكلمة.(٢)

ويمكن أن يقوم بمهمة نصح الحاكم وإرشاده حتى يستقيم أمره ويرجع إلى خير البلاد والعباد: المؤسسات الدينية وعلماء الدين، أو المؤسسات النيابية والذين وهم أهل الحل والعقد الذين اختارتهم الأمة للتحدث بالنيابة عنها في كل شئونها..

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ٢١/١ رقم ٥٧ كتاب الإيمان - باب قول النبي - صلى الله عليه وسلم - : " الدين النصيحة"، ومسلم في صحيحه واللفظ له ٧٤/١ رقم ٥٥ كتاب الإيمان- باب بيان أن الدين النصيحة.

(٢) معالم السنن للخطابي ١٢٥/٤ وما بعدها، شرح البخاري لابن بطال ١٢٨/١ وما بعدها، شرح السنة للبيهقي ٣٩/١٣ وما بعدها، التمهيد لابن عبد البر ٢٨٤/٢١ وما بعدها، شرح النووي على مسلم ٣٧/٢ وما بعدها، فتح الباري لابن حجر ١٣٧/١ وما بعدها، عمدة القاري للعيني ١/ ٣٢٠ وما بعدها، مرآة المفاتيح للملا الهروي ٣١١٢/٧ وما بعدها، فيض القدير للمناوي ٥٥٥/٣ وما بعدها، سبل السلام للصنعاني ٦٩٥/٢ وما بعدها، عون المعبود لشمس الحق آبادي ١٩٦/١٣ وما بعدها، تحفة الأحوزي للمباركفوري ٤٤/٦ وما بعدها .

فقد روي أن رجلاً سأل النبي -ﷺ- وقد وضع رجله في الغرز: أي
الجهاد أفضل؟ قال: " كلمة حق عند سلطان جائر". (١)

ويجب على الأمة أن تصبر على الحاكم حتى ترى مدى استجابته
لنصحتها وإرشادها وأمرها بالمعروف ونهيها عن المنكر له؛ لقول النبي -
ﷺ- فيما رواه عنه ابن عباس -ﷺ- قال: " مَنْ كَرِهَ مِنْ أَمِيرِهِ شَيْئًا،
فَلْيَصْبِرْ عَلَيْهِ، فَإِنَّهُ لَيْسَ أَحَدٌ مِنَ النَّاسِ خَرَجَ مِنَ السُّلْطَانِ شَيْئًا، فَمَاتَ عَلَيْهِ،
إِلَّا مَاتَ مِيتَةً جَاهِلِيَّةً". (٢)

والمراد بالميتة الجاهلية: حالة الموت كموت أهل الجاهلية على
ضلال وليس له إمام مطاع لأنهم كانوا لا يعرفون ذلك، وليس المراد أنه
يموت كافراً بل يموت عاصياً، ويحتمل أن يكون التشبيه على ظاهره ومعناه
أنه يموت مثل موت الجاهلي وإن لم يكن هو جاهلياً، أو أن ذلك ورد مورد
الزجر والتنفير وظاهره غير مراد ويؤيد أن المراد بالجاهلية التشبيه؛ وذلك
لأن الفقهاء مجمعون على وجوب طاعة الحاكم المتغلب والجهاد معه ما أقام
على الجماعات والأعياد والجهاد وأنصف المظلوم في الأغلب، فإن طاعته
خير من الخروج عليه؛ لما في ذلك من تسكين الدهماء وحقن
الدماء وحفظ وحدة الأمة وعدم تفتتها. (٣)

وقال ابن مسعود -ﷺ-: " عَلَيْكُمْ بِالطَّاعَةِ وَالْجَمَاعَةِ، فَإِنَّهُمَا حَبْلُ اللَّهِ

الَّذِي

(١) أخرجه النسائي في سننه ١٦١/٧ رقم ٤٢٠٩ كتاب البيعة - باب فضل من تكلم بالحق عند إمام
جائر، وأحمد في مسنده - ١٢٦/٣١ رقم ١٨٨٣٠- أول مسند الكوفيين - وصححه الألباني في
صحيح الترغيب والترهيب - ط مكتبة المعارف - الرياض - ط ٥ - (بدون) - ٢٨٤/٢ .

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه ٦٢/٩ رقم ٧١٤٣ كتاب الأحكام - باب السمع والطاعة للإمام ما
لم تكن معصية، ومسلم في صحيحه واللفظ له ١٤٧٨/٣ رقم ١٨٤٩ كتاب الإمارة - باب الأمر
بلزوم الجماعة عند ظهور الفتن وتحذير الدعاة إلى الكفر.

(٣) شرح البخاري لابن بطال ٢١٣/٨، ٨٠/١٠، وما بعدهما، شرح السنة للبغوي ٤٧/١٠ وما
بعدها، شرح النووي على مسلم ٢٤١/١٢ وما بعدها، فتح الباري لابن رجب ٧/١٣ وما بعدها،
عمدة القاري للعيني ١٧٨/٢ وما بعدها، مرقاة المفاتيح للهروي ٢٣٩٤/٦ وما بعدها، سبل السلام
للصنعاني ٣٧٨/٢ وما بعدها، نيل الأوطار للشوكاني ٢٠٢/٧٠ وما بعدها.

أمرَ به، وَإِنَّ مَا نَكَرَهُونَ فِي الْجَمَاعَةِ خَيْرٌ مِمَّا تُحِبُّونَ فِي الْفُرْقَةِ...". (١)

ثانياً : فإذا استمر على حاله من الجور والظلم والفساد ولم يراعي حقوق رعيته بالطريقة التي ترضيهم ، فقد اختلف الفقهاء في كيفية التعامل معه كما يلي :

تحرير محل النزاع :

اتفق الفقهاء على ما يلي :

أولاً : أن الحاكم إذا طرأ عليه كفر بواح أو ارتد أو أحدث بدعة أو غير في الشرع أو ترك الصلاة والدعوة إليها أو أصبح عاجزاً عاجزاً بديناً أو نفسياً أو إدارياً عن أداء مهام منصبه ... أصبح الحاكم منخلعاً ومنعزلاً (٢) بحكم الشرع ، وللأمة أن تعزله عن منصبه وتولي غيره ممن يصلح لهذه الأمانة والمسئولية . (٣)

لما روى عن عبادة بن الصمت - رضي الله عنه - أنه قال: " دعانا النبي - صلى الله عليه وسلم -

(١) أخرجه الطبراني في معجمه الكبير ١٩٨/٩ رقم ٨٩٧٢ .
(٢) الفرق بين الانخلاع (الانعزال) والخلع (العزل): أن الانخلاع (الانعزال): فالذي يقتضيه سبب ظاهر لا خفاء فيه ويبعد ارتقاب زواله ، كالجنون المطبق المزبل للتكليف ، والعتة ، والخبل الذي يظهر خلله من غير احتياج نظر ويكون ما يوس الزوال . أما الخلع (العزل): فالذي يقتضيه كل سبب يحتاج إلى إظهار خلله إلى نظر . وإذا تحقق ما يوجب الانخلاع (الانعزال): كان الإمام معزولاً بحكم الشرع فتسقط طاعته وتنحل بيعته ولا يقتدر ذلك إلى إنشاء عزل، أما الخلع (العزل): إذا تحقق ما يوجب فلا يعزل إلا إذا أنشأ عزله من نصبه ... فسبب الانخلاع (الانعزال): حالة من البطلان تعتري عقد الإمامة كالردة أو الكفر البواح أو تعطيل الفروض المكتوبة أو الجنون ... فتبطله من تلقاء نفسه، وأما سبب الخلع (العزل): فحالة من الفساد تعتري العقد كالفسق أو التقصير في مراعاة أمور العباد وإدارة شؤون البلاد... فتتطلب من أهل الحل والعقد إنشاء عزله أو تقويمه فقط. وبالجملة: فإن الخلع (العزل): سبب شرعي، والانخلاع (الانعزال): حكم شرعي مسبب عنه، ولذلك كان الانخلاع (الانعزال) أثراً للخلع (العزل). (غياث الأمم للجويني ص: ١٢٤).

(٣) مراتب الإجماع لابن حزم ص ١٢٦ - الأحكام السلطانية للماوردي ص: ٤٢، ٤٧ وما بعدهما، غياث الأمم للجويني ص: ٩٩ وما بعدها ، مآثر الإنافة للقلقشندي ٦٦/١ وما بعدها ، الأحكام السلطانية للفراء ص: ٢١.

فبايعناه، فقال فيما أخذ علينا: " أن بايعنا على السمع والطاعة في منشطنا
ومكرهنا، وعسرنا ويسرنا وأثرّة علّينا، وأن لا ننازع الأمر أهله إلا أن تروا
كفراً بواحا عندكم من الله فيه برهان ". (١)

وجه الدلالة من الحديث الشريف:

دل الحديث الشريف على وجوب طاعة الحاكم في كل الأحوال
والظروف ما دام يلتزم في حكمه أحكام الشرع في كل ما يخص العباد
والبلاد، فإذا حاد عن شرع الله - تعالى - وأظهر ما يخالف أحكامه، وتم
التأكد من ذلك؛ كان الحاكم منخلعاً ومنعزلاً بحكم الشرع فتسقط طاعته
وتحل بيعته من رقاب الناس وجب عليهم عزلوه ويولوا غيره ممن يصلح
لذلك. (٢)

قال القاضي عياض - رحمه الله - (٣): " أجمع العلماء على أنه لو طرأ
على الحاكم كفر أو تغيير للشرع أو بدعة؛ خرج عن حكم الولاية وسقطت
طاعة ووجب على المسلمين القيام عليه وخلعه ونصب إمام عادل إن أمكنهم
ذلك، فإن لم يقع ذلك

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ٤٧/٩ رقم ٧٠٥٥ - كتاب الفتن - باب قول النبي - ﷺ - سترون
بعدي أموراً تتكرونها، ومسلم في صحيحه ١٤٧٠/٣ رقم ١٧٠٩ - كتاب الإمارة - باب وجوب
طاعة الأمراء في غير معصية وتحريمها في المعصية.

(٢) معنى أثرة علينا: استنثار الأمراء بحقوقهم واختصاصهم إياها لأنفسهم ومنعهم إياها لغيرهم
والمراد: أي على الصبر إن فضل أحدٌ علينا والطاعة لهؤلاء الأمراء، فالمطلوب الصبر عند الأثرة،
لا نفس الأثرة، بواحا: ظاهراً، بادياً، برهان: نص أو خبر صحيح يقول بأن ما يفعلونه كفر. (شرح
البخاري لابن بطال ٩/١٠، التمهيد لابن عبد البر ٢٧١/٢٣ وما بعدها، المنتقى لأبي الوليد الباجي
شرح الموطأ للإمام مالك - ط مطبعة السعادة - مصر - ط ١٣٣٢ هـ - ١٦٤/٣ وما بعدها، شرح
النووي على مسلم ٢٢٤/١٢، فتح الباري لابن حجر ٧/١٣ وما بعدها، عمدة القاري للعيني
١٧٨/٢٤، مرقاة المفاتيح لملا الهروي ٢٣٩٣/٦، سبل السلام للصنعاني ٣٧٨/٢ وما بعدها، نيل
الأوطار للشوكاني ٢٠٥/٧).

(٣) القاضي عياض هو: القاضي أبو الفضل عياض بن موسى بن عياض بن عمرو بن موسى بن
عياض ابن محمد بن موسى بن عياض اليحصبي السبتي؛ ولد بمدينة سبتة سنة ٤٧٦ هـ، وتوفي
بمراكش يوم الجمعة سابع جمادى الآخرة، وقيل في شهر رمضان سنة ٥٤٤ هـ، ودفن = ببياب
إيلان داخل المدينة. (وفيات الأعيان لابن خلكان ٣٨٣/٣، سير أعلام النبلاء لابن قايماز ٢٠/
٢١٣، الأعلام للزركلي ٩٩/٥).

إلا لطائفة وجب عليهم القيام...". (١)

وقال الإمام الجويني ما نصه : " ولو جن جنونا مطبقا انخلع، وكذلك لو ظهر في عقله خبل، وعته في رأيه، واضطرب نظره اضطرابا لا يخفى دركه، ولا يحتاج في الوقوف عليه إلى فضل نظر، وعسر بهذا السبب استقلاله بالأمر، وسقطت نجدته وكفايته، فإنه ينعزل كما ينعزل المجنون، فإن مقصود الإمامة القيام بالمهمات والنهوض بحفظ الحوزة، وضم النشر، وحفظ البلاد الدائنية والنائية بالعين الكالئة، فإذا تحقق عسر ذلك لم يكن التَّسَامُ بِنَبَرِ الإمام معنى". (٢)

وقال الإمام ابن حزم : " الإمام واجب طاعته ما قادنا بكتاب الله - تعالى - وسنة رسوله - ﷺ - فإن زاغ عن شئٍ منهما منع من ذلك، وأقيم عليه الحد والحق، فإن لم يؤمن أذاه إلا بخلعه خلع وولي غيره". (٣)

ثانياً : كما اتفقوا على أن الحاكم إذا وجد من نفسه عجزا يعوقه عن أداء مهام منصبه فإنه يجب عليه أن يعفي نفسه من منصبه بالاستقالة ، كما تكون الاستقالة مستحبة إذا كان فيها مصلحة للمسلمين كإخماد فتنة ومنع تفتت وحدة المسلمين ... (٤)

(١) شرح النووي على مسلم ٢٢٩/١٢.

(٢) غياث الأمم للجويني ص: ٩٩ .

(٣) الفصل في الملل والأهواء والنحل لابن حزم الأندلسي ٨٤/٤ .

(٤) وفي الأمر بعد ذلك تفصيل على حالتين هما : الحالة الأولى : إذا عزل أو خلع الإمام نفسه لغير عجز ولا ضعف ولا عذر بل أثر الترك طلبا للتخفيف حتى لا تكثر أشغاله في الدنيا ويتسع حسابه في الآخرة ففيه ثلاثة أوجه: أحدهما: الانعزال ؛ لأن إزمه الاستمرار قد يضر به في آخرته ودنياه ؛ ولأنه كما لم تلزم الإجابة إلى المبايع لا يلزمه الثبات . والثاني: لا ينعزل؛ لأن الحق في ذلك للمسلمين لا له ولأن الصديق - ﷺ - قال: أقبلوني، ولو كان عزل نفسه مؤثرا لما طلب الإقالة. والثالث : إن لم يول غيره أو ولي من هو دونه لم ينعزل وإن ولي مثله أو أفضل منه ففي = الانعزال وجهان. الحالة الثانية: لو علم الإمام أنه لو عزل أو خلع نفسه، لاضطربت الأمور، وزلزلت الثغور، وانجر إلى المسلمين ضرار لا قبل لهم به، فلا يجوز أن يخلع نفسه، ويجب عليه المصابرة والثبات وأجره على الله - تعالى - في الدنيا والآخرة . (الأحكام السلطانية للماوردي ص: ٥٤، غياث الأمم للجويني ص: ١٢٨ وما بعدها ، مآثر الإنافة للققشندي ٦٥/١ وما بعدها ، الأحكام السلطانية للفراء ص: ٣٠).

جاء في غياث الأمم للجويني ص: ٢٩ ما نصه : " والحق المتبع في ذلك عندي أن الإمام لو علم أنه لو خلع نفسه، لاضطربت الأمور، وزلزلت الثغور، وانجر إلى المسلمين ضرار لا قبل لهم به، فلا

لما روي أبو بكر - ﷺ - لَمَّا بُوعَ ، قَامَ ثَلَاثًا يَسْتَقْبِلُ النَّاسَ يَقُولُ:
 أَيُّهَا النَّاسُ، قَدْ أَقْلَتُكُمْ بَيْعَتُكُمْ، هَلْ مِنْ كَارِهِ؟ قَالَ: فَيَقُومُ عَلِيٌّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ -
 ﷺ - فِي أَوَائِلِ النَّاسِ فَيَقُولُ: وَاللَّهِ لَا نُقْبَلُكَ، وَلَا نَسْتَقْبِلُكَ أَبَدًا، قَدَّمَكَ رَسُولُ
 اللَّهِ - ﷺ - تَصَلَّى بِالنَّاسِ، فَمَنْ ذَا يُؤَخِّرُكَ؟ وفي ذلك دليل على أن الإمام
 ليس له أن يستقل بنفسه انفرادا واستبدادا في الخلع (١)، وكما فعل الحسن بن
 علي - ﷺ - لما تنازل عن الخلافة سنة ٤١ هـ لمعاوية بن سفيان - ﷺ -؛ حقنا
 للدماء وحرصا على وحدة الأمة وعدم تفتتها؛ ولذلك سمي فعله بعام
 الجماعة. (٢)

جاء في أحكام القرآن للإمام القرطبي ما نصه: "ويجب عليه أن
 يخلع نفسه إذا وجد في نفسه نقصا يؤثر في الإمامة". (٣)
 جاء في غياث الأمم للإمام الجويني ما نصه: "وإن علم أن خلعه
 نفسه لا يضر المسلمين بل يطفى نائرة نائرة، ويدرأ فتنا متظافرة، ويحقن
 دماء في أهبيها، ويريح طوائف المسلمين عن نصبيها، فلا يمتنع أن يخلع
 نفسه". (٤)

يجوز أن يخلع نفسه، وهو فيما ذكرناه كالواقف من المسلمين في صف القتال مع المشركين. إذا أراد
 أن يهزم، وعلم أن الأمر بهذا السبب يكاد أن ينثلم وينخرم، فيجب عليه المصابرة، وإن لم يكن
 متعينا عليه الابتدار للجهاد مع قيام الكفاة به". وجاء في مآثر الإنافة للقلقشندي ٦٦/١ ما نصه:
 ولو عزل نفسه من غير عثر من عجز أو طلب تخفيف ففیه ثلاثة أوجه: أصحها أنه لا يعزل؛
 لأن الحق في ذلك للمسلمين لا له. والثاني: يعزل؛ لأن إلزامه الاستمرار قد يضر به في آخرته
 ودنياه. والثالث: إن لم يول غيره أو ولي من هو دونه لم يعزل وإن ولي مثله أو أفضل منه ففي
 الانعزال وجهان".

(١) فضائل الصحابة لأحمد ابن حنبل - ط مؤسسة الرسالة - بيروت - ط ١/١٤٠٣ هـ / ١٩٨٣ م
 - ١٣١/١ وما بعدها، الشريعة للأجري - ط دار الوطن - الرياض - ط ٢/ ١٤٢٠ هـ / ١٩٩٩ م -
 ١٧١٢/٤ وما بعدها، فضائل الخلفاء الأربعة وغيرهم لأبي نعيم الأصبهاني - ط دار البخاري -
 المدينة المنورة - ط ١/ ١٤١٧ هـ / ١٩٩٧ م - ص: ١٥٢ وما بعدها.

(٢) تاريخ الطبري ٥/ ١٦٢ وما بعدها، المنتظم في تاريخ الأمم والملوك لابن الجوزي ١٨٣/٥ وما
 بعدها، الكامل في التاريخ لابن الأثير ٥/٣ وما بعدها، البداية والنهاية لابن كثير ١٥/٨ وما بعدها،
 تاريخ الخلفاء للسيوطي ص: ١٤٩ وما بعدها، شذرات الذهب لابن العماد ٢٢٨/١ وما بعدها.

(١) تفسير القرطبي ١/ ٢٧٢.

(٢) غياث الأمم للجويني ص: ١٢٩.

وجاء في مآثر الإنافة للإمام القلقشندي (١) ما نصه : " الحالة الأولى: أن يخلع الخليفة نفسه من الخليفة لعجز من القيام بأمر الناس من هرم أو مرض ونحوهما فإذا خلع نفسه لذلك انخلع؛ لأن العزل إذا تحقق وجب زواله ولأيته لفوات المقصود منهما". (٢)

واختلفوا فيما يلي :

فيما إذا استمر على حاله من الجور والظلم والفساد ولم يراعي حقوق رعيته بالطريقة التي ترضيهم، فهل لأهل الحل والعقد أن يعزلوه عن منصبه ويولوا غيره ممن يصلح لهذه الأمانة والمسئولية أم لا ؟ وذلك على ثلاثة أقوال :

القول الأول : يرى عزل الحاكم في هذه الحالة من منصبه وتولية غيره ممن يصلح لإدارة أمور العباد وشئون البلاد ، وإليه ذهب : أبو حنيفة في المشهور عنه، وبعض المالكية ، وبعض الشافعية، وبعض الحنابلة، والظاهرية. (٣)

جاء في أحكام القرآن للإمام الجصاص (٤) ما نصه : " فثبت بدلالة هذه الآية بطلان إمامة الفاسق وأنه لا يكون خليفة، وأن من نصب نفسه في

(٣) القلقشندي هو: أحمد بن علي بن أحمد الفزاري القلقشندي ثم القاهري، ولد سنة ٧٥٦ هـ في قلقشنده (من قرى القلبيية)، وتوفي في القاهرة سنة ٨٢١ هـ. (الأعلام للزركلي ١/١٧٧).

(٤) مآثر الإنافة للقلقشندي ٦٥/١ .

(٥) أحكام القرآن للجصاص - دار الكتب العلمية- بيروت- ط ١/١٤١٥هـ/١٩٩٤م - ١/٨٤ وما بعدها، أحكام القرآن للقرطبي ١/٢٧١، بداية المجتهد لابن رشد الحفيد - ط دار الحديث - = القاهرة - سنة ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م - ٤/٢٤٣، مواهب الجليل للحطاب ٦/٨٧، الفواكه الدواني للنفرأوي ١٠٧/١ وما بعدها، منح الجليل لعليش ٩/١٩٥، الحاوي للماوردي ١٦/١٥٨ وما بعدها، الأحكام السلطانية للماوردي ص: ٤٢، نهاية المطلب للجويني ١٢/٥٢، الوسيط للغزالي ٤/٤٨٤، روضة الطالبين للنووي ٦/٣١٢، تحرير الأحكام لابن جماعة ص: ٧٢، مآثر الإنافة للقلقشندي ١/٦٦، معني المحتاج للخطيب الشربيني ٥/٤٢٣ وما بعدها، نهاية المحتاج للرملي ٧/٤١٢، الإنصاف للمرداوي ١٠/٣١١، المحلى بالأثر لابن حزم- ط دار الفكر - بيروت- (بدون -) ٤٢٤/٨ ، ٣٣/١١ وما بعدها.

(١) الجصاص هو: أحمد بن علي أبو بكر الرازي الفقيه إمام أصحاب الرأي في وقته، كان مشهوراً بالزهة والورع، ورد بغداد في شبابه، ودرس الفقه على أبي الحسن الكرخي، توفي سنة سبعين وثلاث مائة (تاريخ بغداد للخطيب البغدادي ٥/٢١٣، سير أعلام النبلاء لابن قايماز ١٧/٤١، الجواهر المضية في طبقات الحنفية للقرشي- ط الحلبي- ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م - ٢/٣٦٦).

هذا المنصب وهو فاسق لم يلزم الناس اتباعه ولا طاعته ... ودل أيضا على أن الفاسق لا يكون حاكما، وأن أحكامه لا تنفذ إذا ولي الحكم، وكذلك لا تقبل شهادته ولا خبره إذا أخبر عن النبي - ﷺ -، ولا فتياه إذا كان مفتيا، وأنه لا يقدم للصلاة، وإن كان لو قدم واقتدى به مقتد كانت صلاته ماضية فقد حوى قوله: {لا ينال عهدي الظالمين} هذه المعاني كلها، ومن الناس من يظن أن مذهب أبي حنيفة تجويز إمامة الفاسق وخلافته وأنه يفرق بينه وبين الحاكم فلا يجيز حكمه ... ولا فرق عند أبي حنيفة بين القاضي وبين الخليفة في أن شرط كل واحد منهما العدالة، وأن الفاسق لا يكون خليفة ولا يكون حاكما؛ كما لا تقبل شهادته ولا خبره لو روى خبرا عن النبي - ﷺ - وكيف يكون خليفة وروايته غير مقبولة وأحكامه غير نافذة وكيف يجوز أن يدعى ذلك على أبي حنيفة...." (١)

وجاء في أحكام القرآن للإمام القرطبي ما نصه: "الإمام إذا نصب ثم فسق بعد انبرام العقد فقال الجمهور: إنه تنفسخ إمامته ويخلع بالفسق الظاهر المعلوم؛ لأنه قد ثبت أن الإمام إنما يقام لإقامة الحدود واستيفاء الحقوق وحفظ أموال الأيتام والمجانين والنظر في أمورهم إلى غير ذلك مما تقدم ذكره، وما فيه من الفسق يقعه عن القيام بهذه الأمور والنهوض بها. فلو جوزنا أن يكون فاسقا أدى إلى إبطال ما أقيم لأجله، ألا ترى في الابتداء إنما لم يجز أن يعقد للفاسق لأجل أنه يؤدي إلى إبطال ما أقيم له، وكذلك هذا مثله" (٢).

(٢) أحكام القرآن للجصاص ١ / ٨٤ وما بعدها.

(١) أحكام القرآن للقرطبي ١ / ٢٧١.

وجاء في الفواكه الدواني للإمام النفرابي (١) ما نصه: " من ثبتت إمامته لا ينعزل منها عند الأكثر بالفسق ولا بالجور حيث نصب عدلا ". (٢)

وجاء في الحاوي للإمام الماوردي ما نصه: " فإن طرأ عليه الفسق بعد صحة تقليده بطلت ولايته ". (٣)

وجاء في مآثر الإنافة في معالم الخلافة للإمام القلقشندي ما نصه: " الحالة الثانية أن يخلعه أهل الحل والعقد: قال المتولي: إن كان قد حدث في حاله خلل فلهم عزله .. ". (٤)

وجاء في الإنصاف للإمام المرداوي ما نصه: " وجوز ابن عقيل، وابن الجوزي الخروج على إمام غير عادل، وذكر خروج الحسين على- ﷺ- يزيد لإقامة الحق ". (٥)

القول الثاني: يرى عدم عزل الحاكم ولا الخروج عليه بأي طريقة من الطرق، حتى ولو فسد أو ظلم أو قصر في مسؤولياته تجاه شعبه حتى ولو فسد أو ظلم أو قصر في مسؤولياته تجاه شعبه، بل يكون بنصحه وإرشاده وتوجيهه إلى ترك منصبه وتخليه عنه لمن يستطيع إدارة شئون البلاد والعباد بالطريقة التي ترضي الأمة وتحقق لها مصالحها في الداخل والخارج، ولا يكون ذلك إلا بالطريق السلمي البعيد كل البعد عن استخدام

(٢) النفرابي هو: أحمد بن غانم (أو غنيم) بن سالم ابن مهنا شهاب الدين النفرابي الأزهرى المالكي، ولد بنفري قويسنا بمحافظة المنوفية بمصر سنة ١٠٤٤ هـ، وتوفي بالقاهرة سنة ١١٢٦ هـ. (شجرة النور الزكية لمخلوف ص: ٣١٨، الأعلام للزركلي ١/١٩٢)

(٣) الفواكه الدواني للنفرابي ١/١٠٧.

(٤) الحاوي للماوردي ١٦/١٥٩.

(٥) مآثر الإنافة في معالم الخلافة للقلقشندي ١/٦٥.

(٦) الإنصاف للمرداوي ١٠/٣١١.

القوة والسلاح ، وإليه ذهب : بعض الحنفية، وبعض المالكية، وجمهور الشافعية، والحنابلة في المذهب . (١)

جاء في المبسوط للإمام السرخسي (٢) ما نصه : "ولكننا نقول الفسق لا يخرج من أن يكون أهلاً للإمامة والسلطنة فإن الأئمة بعد الخلفاء الراشدين -ﷺ- قل ما يخلو واحد منهم عن فسق، فالقول بخروجه من أن يكون إماماً بالفسق يؤدي إلى فساد عظيم ." (٣)

وجاء في حاشية الإمام الدسوقي (٤) ما نصه : "اعلم أن هذه الشروط الخمسة إنما تعتبر في ولاية الإمام الأعظم ابتداء لا في دوام ولايته؛ إذ لا ينزل بعد مبايعة أهل الحل والعقد له بطرو فسق كنهب أموال؛ لأن

(١) المبسوط للسرخسي ٣٢/٥، ٨٠/٩، بدائع الصنائع للكاساني ١٦/٧ وما بعدها، المحيط البرهاني لابن مازة البخاري ٣٧/٨ وما بعدها، الاختيار للمودودي ٨٣/٢ وما بعدها، تبين الحقائق للزيلعي ١٧٥/٤ وما بعدها، العناية للبايرتي ٢٥٦/٧، الجوهرة النيرة للعبادي ٢٤٥/٢ وما بعدها، البناية للعيني ٦/٩، بداية المجتهد لابن رشد ٢٤٣/٤، الذخيرة للقرافي ٢٨/١٠ وما بعدها، التاج والإكليل للمواق ٧٠/٨، مواهب الجليل للحطاب ٨٧/٦، شرح مختصر خليل للخرشي ١٤٠/٧ وما بعدها، الفواكه الدواني للنفرأوي ١٠٧/١ وما بعدها، حاشية الدسوقي ١٣٠/٤، حاشية الصاوي على الشرح الصغير للرددير - ط دار المعارف - ١٩٧٢م - ١٨٨/٤، نهاية المطلب للجويني ٥٢/١٢، غياث الأمم للجويني ص: ١٠١، الوسيط للغزالي ٤٨٤/٤، البيان للعمرائي ١٣/١٢ وما بعدها، روضة الطالبين للنووي ٣١٢/٦، أسنى المطالب للأنصاري ١١١/٤، تحفة المحتاج للهيتمي ٧٦/٩، مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٤٢٣/٥ وما بعدها، نهاية المحتاج للرملي ٤١٢/٧، قلوبوي وعميرة ١٧٤/٤، حاشية الجمل ١٢١/٥، حاشية البجيرمي على الخطيب ٢٢٨/٤، الأحكام السلطانية للفراء ص: ٢٣، الكافي لابن قدامة ٥٤/٤، المغني لابن قدامة ٥٢٣/٨ وما بعدها، مجموع الفتاوى لابن تيمية ٩/٣٥، منهاج أهل السنة في نقض كلام الشيعة القدرية لابن تيمية - ط جامعة الإمام محمد بن سعود - ط ١٤٠٦/١هـ - ١٩٨٦م - ٣٩١/٣، العدة للمقدي ص: ٦١٣، المحرر في الفقه لابن تيمية - ط مكتبة المعارف - الرياض - ط ١٤٠٤هـ / ١٩٨٤م - ١٦٦/٢، الفروع لابن مفلح ١٧٨/٣ وما بعدها، شرح الزركشي ٢١٥/٦، المبدع لابن مفلح ٤٦٩/٧، الإنصاف للمرادوي ٣١٠/١٠ وما بعدها، الإقناع للحجاوي ٢٩٢/٤، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٣٨٧/٣ وما بعدها، كشف القناع للبهوتي ١٩٥/٦، مطالب أولي النهى للرحبياني ٢٦٣/٦، منار السبيل لابن ضويان ٣٩٨/٢ وما بعدها.

(١) السرخسي: هو محمد بن أحمد بن أبي سهل أبو بكر السرخسي شمس الأئمة، من أهل سرخس بخراسان ، توفي سنة ٤٨٣هـ . (الفوائد البهية في طبقات الحنفية لعبد الحي اللكنوي - ط دار المعرفة - بيروت - سنة ١٩٩٨م - ص: ١٥٨ ، ١٥٩ ، تاج التراجم لابن قطلوبغا - ط بغداد - سنة ١٩٦٢م ص: ٥٢ ، الأعلام للزركلي ٣١٥/٥) .

(٢) المبسوط للسرخسي ٣٢/٥ .

(٣) الدسوقي هو : محمد بن أحمد عرفة الدسوقي، ولد بدسوق بمحافظة كفر الشيخ بمصر، وتعلم بالأزهر الشريف، وتوفي سنة ١٢٣٠ هـ . (شجرة النور الزكية لمخلوف ص: ٣٦٠ - ٣٦١ ، الأعلام للزركلي ١٧/٦) .

عزله مؤد للفتن فاركتب أخف الضررين، وسد الذريعة نعم إن طراً كفره
وجب عزله ونبذ عهده". (١)

وجاء في الوسيط للإمام الغزالي (٢) ما نصه : " والإمام لا يعزل
بالفسق على الأصح للمصلحة ". (٣)

وجاء في منهاج أهل السنة للإمام ابن تيمية ما نصه: "ولهذا كان
المشهور من مذهب أهل السنة والجماعة أنهم لا يرون الخروج على الأئمة
وقتلهم بالسيف وإن كان فيهم ظلم؛ لأن الفساد في القتال والفتنة أعظم من
الفساد الحاصل بظلمهم بدون قتال ولا فتنة فلا يدفع أعظم الفسادين بالتزام
أدناهما، ولعله لا يكاد يعرف طائفة خرجت على ذي سلطان، إلا وكان في
خروجها من الفساد ما هو أعظم من الفساد الذي أزالته". (٤)

القول الثالث : يرى التفصيل في الحكم : حيث يرى عزل الحاكم في
هذه الحالة من منصبه وتولية غيره إذا لم يترتب على ذلك فتنة أو مضرة
للعباد والبلاد ، أما إذا ترتب على عزله مضرة أو فتنة فيرى عدم عزله
ولكنه يبقى مستحقاً للعزل طالما أمكن ذلك ، وإليه ذهب بعض الحنفية
وبعض المالكية وبعض الشافعية . (٥)

جاء في حاشية الإمام ابن عابدين ما نصه: " وإذا قلد عدلاً ثم جار
وفسق لا يعزل، ولكن يستحب العزل إن لم يستلزم فتنة ". (٦)

(٤) حاشية السوقي ١٣٠/٤ .

(٥) الغزالي: محمد بن محمد حجة الإسلام الغزالي الطوسي الشافعي، ولد في الطابران قسبة طوس سنة ٤٥٠ هـ، وتوفي سنة ٥٠٥ هـ. (طبقات الفقهاء للشيرازي- ط دار القلم - بيروت - بدون) - ٢٤٨/١، طبقات الشافعية الكبرى للسبكي- ط دار هجر للطباعة - الجيزة- ط ٢/ ١٩٩٢م- ١٩١/٦، البداية والنهاية لابن كثير (١٧٣/١٢) .

(٦) الوسيط للغزالي ٤٨٤/٤ .

(١) منهاج السنة لابن تيمية ٣٩١/٣ .

(٢) البحر الرائق لابن نجيم ٢٨٤/٦ وما بعدها ، مجمع الأنهر لداماد أفندي ٦٩٩/١ ، ١٥٢/٢ ، حاشية ابن عابدين ٥٤٩/١ ، الفواكه الدواني للنفاوي ١٠٧/١ ، الوسيط للغزالي ٤٨٤/٤ ، روضة الطالبين للنووي ٣١٢/٦ .

(٣) حاشية ابن عابدين ٥٤٩/١ .

وجاء في الفواكه الدواني للإمام النفراوي ما نصه : " ينبغي أن يكون محل الخلاف ما لم يشتد الضرر ببقائه - الإمام - وإلا اتفق على عزله (١)."

وجاء في روضة الطالبين للإمام النووي ما نصه : " تجوز ولاية الفاسق ابتداء، إذا دعت إليها ضرورة، لكن لو أمكن الاستبدال به إذا فسق من غير فتنة، استبدل". (٢)

أدلة الأقوال

أدلة أصحاب القول الأول :

استدل أصحاب القول الأول على ما ذهبوا إليه: من جواز عزل الحاكم في هذه الحالة من منصبه وتولية غيره ممن يصلح لإدارة أمور العباد وشئون البلاد بما يلي :

أولاً : من القرآن الكريم :

استدلوا بقوله تعالى: " قَالَ لَّا يَنَالُ عَهْدِي الظَّالِمِينَ " (سورة البقرة من الآية ١٢٤) ، وقوله تعالى: " وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَاَلَّا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ ". (المائدة من الآية ٢) .
وجه الدلالة من الآيتين الكريمتين:-

ثبت بدلالة الآيتين بطلان إمامة الفاسق وأنه لا يكون خليفة، وأن من نصب نفسه في هذا المنصب وهو فاسق لم يلزم الناس اتباعه ولا طاعته ... ودل أيضا على أن الفاسق لا يكون حاكما، وأن أحكامه لا تنفذ إذا ولي الحكم، وكذلك لا تقبل شهادته ولا خبره إذا أخبر عن النبي - ﷺ -، ولا فتياه إذا كان مفتيا، وأنه لا يقدم للصلاة، وإن كان لو قدم واقتدى به مقتد كانت

(٤) الفواكه الدواني للنفاوي ١٠٧/١.

(٥) روضة الطالبين للنووي ٣١٢/٦.

صلاته ماضية فقد حوى قوله: { قَالَ لَا يَنَالُ عَهْدِي الظَّالِمِينَ } هذه المعاني كلها، وذلك لما قال الله - تعالى - لخليله إبراهيم - ﷺ -: "إِنِّي جَاعِلُكَ لِلنَّاسِ إِمَامًا قَالَ وَمِنْ ذُرِّيَّتِي"، فأبى أن يجعل من ذريته ظالما إماما فهذا خبر من الله - جل ثناؤه - عن أن الظالم لا يكون إماما يقتدي به أهل الخير، وهو من الله - جل ثناؤه - جواب لما يتوهم في مسألته إياه أن يجعل من ذريته أئمة مثله، فأخبر أنه فاعل ذلك، إلا بمن كان من أهل الظلم منهم، فإن يجعله في محل أوليائه عنده، ولن ينكرم عليه بالإمامة؛ لأن الإمامة إنما هي لأوليائه وأهل طاعته، دون أعدائه والكافرين به، ولذلك حث جميع الخلائق على تنفيذ ما نص عليه وأخبر به وأمرهم بالتعاون على تنفيذ هذه الأوامر والعمل بها، والانتفاء عما نهى الله - تعالى - عنه والامتناع منه بعدم تمكين من لا يصلح لإدارة أمور العباد

وشئون البلاد من الحكم . (١)

ثانيا : من السنة النبوية المطهرة :

١. بما روي عن ابن عمر - ﷺ - عن النبي - ﷺ -، أنه قال: « عَلَى الْمَرْءِ الْمُسْلِمِ السَّمْعُ وَالطَّاعَةُ فِيمَا أَحَبَّ وَكَرِهَ، إِلَّا أَنْ يُؤْمَرَ بِمَعْصِيَةٍ، فَإِنْ أُمِرَ بِمَعْصِيَةٍ، فَلَا سَمْعَ وَلَا طَاعَةَ. » (٢).
٢. وما روي عن علي بن أبي طالب - ﷺ - أن النبي - ﷺ - قال: "لَا طَاعَةَ لِمَخْلُوقٍ مَعْصِيَةَ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ" (٣).

(١) والعهد فيه أقوال: الإمامة، الطاعة، الرحمة، الدين، النبوة، الأمان، الميثاق. تفسير الطبري ٢/٢٠٠، ٩/٤٩٠ وما بعدهما تفسير البغوي ١/١٦٢، ٢/٩، تفسير لابن الجوزي ١/١٠٨، ٥٠٩، تفسير الرازي ١١/٢٨٢، ٤/٣٧ وما بعدهما، تفسير القرطبي ٢/١٠٧، ٦/٤٦ وما بعدهما، تفسير أبي السعود ١/٥٦، ٣/٥٠، تفسير فتح القدير للشوكاني ١/١٦٣، ٢/١٠ وما بعدهما، تفسير المنار لرشيد رضا ١/٣٧٥، ٦/١٠٧ وما بعدهما.

(٢) أخرجه البخاري ٤/٤٩ رقم ٢٩٥٥ كتاب الجهاد والسير - باب السمع والطاعة للإمام، ومسلم واللفظ له ٣/٤٦٩ رقم ١٨٣٩ كتاب الإمارة - باب باب وجوب طاعة الأمراء في غير معصية، وتحريمها في المعصية.

(٣) أخرجه الترمذي في سننه ٤/٢٠٩ رقم ١٧٠٧ أبواب الجهاد - باب ما جاء لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق، وابن أبي شيبة في مصنفه - ط مكتبة الرشد - الرياض - ط ١/١٤٠٩ -

وجه الدلالة من الحديثين الشريفين :

دل الحديثان على أنه من أخل بمسئوليّاته من الحكام تجاه شعبه ووطنه وأساء استخدام سلطته ولم يراعي شؤون العباد والبلاد ؛ فإنه قد أتى بمعصية ؛ حيث لم يحتكم لأوامر الله - تعالى - ونهج نبيه - ﷺ - والتي توجهه للإصلاح والبناء والتعمير وعدم الفساد ، وإذا كان حاله هكذا فإن على شعبه ألا يطيعوه ولا يسمعوا له ولا يأتروا بأوامره ، وعلى أهل الحل والعقد منهم أن يعزلوه ويولوا غيره ممن يصلح لهذه المهمة. (١)

ثالثا : من الحوادث التاريخية :

خروج سيدنا الحسين بن علي - ﷺ - على يزيد بن معاوية؛ دلالة

على جواز الخروج على الحاكم لعزله وتحتيته من منصبه إذا وجد ما يقتضي ذلك . (٢)

عمران بن حصين برواية: " لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق " ٥٤٥/٦ رقم ٣٣٧١٧ كتاب الجهاد - باب في إمام السرية يأمرهم بالمعصية، من قال: لا طاعة له ، وأحمد في مسنده واللفظ له ٣٣٣/٢ رقم ١٠٩٤ مسند علي بن أبي طالب - ﷺ - ، والطبراني في معجمه الكبير عن عمران بن حصين ١٧٠/١٨ رقم ٣٨١ ، والحديث: صححه : الهيثمي في مجمع الزوائد ١٧٧/٩ ، والكناني في اتحاف الخيرة المهرة ٥٤/٥ ، وابن حجر في اتحاف المهرة ٣١٨/٤ .

(١) شرح البخاري لابن بطال ١٢٦/٥ ، شرح السنة للبيهقي ٤٤/١٠ ، الاستذكار لابن عبد البر ١٥/٥ ، شرح النووي على مسلم ٢٢٤/١٢ وما بعدها ، فتح الباري لابن حجر ١٢٢/١٣ وما بعدها ، عمدة القاري للعيني ٢٢٤/٢٤ وما بعدها ، مرآة المفاتيح للهروي ٢٤٠٨/٦ وما بعدها ، فيض القدير للمناوي ١٤٥/٤ وما بعدها ، حاشية السندي ٢٠١/٢ وما بعدها ، عون المعبود لشرف الحق أبادي ٢٠٩/٧ وما بعدها ، تحفة الأحوذى للمباركفوري ٢٩٨/٥ وما بعدها .

(٢) استقرت الخلافة لمعاوية بن أبي سفيان - ﷺ - في سنة ٤١ هـ ، بعد أن تنازل له سيدنا الحسن بن علي بن أبي طالب - ﷺ - عن الخلافة ، وبايعه هو وأخوه الحسين - ﷺ - وتبعهما الناس ؛ وذلك حرصا من سيدنا الحسن - ﷺ - على حقن الدماء وتوحيد الكلمة والصف ، وقد أثنى الناس كثيرا على صنعه ، وأطلقوا على العام الذي سعى فيه بالصلح "عام الجماعة" ، ثم توفي معاوية بن أبي سفيان - ﷺ - سنة ٦٠ هـ ، وخلفه ابنه يزيد ؛ فبعث إلى واليه بالمدينة لأخذ البيعة من الحسين - ﷺ - الذي رفض أن يبايعه كما رفض - من قبل - تعيينه وليا للعهد في خلافة أبيه معاوية - ﷺ - ، وغادر المدينة سرا إلى مكة واعتصم بها ، منتظرا ما تسفر عنه الأحداث ، فبعث إليه شيعة الكوفة الرسل ليبايع نفسه للخلافة ؛ لأنه الحق بها ، وأمام هذا التأييد منهم لم يجد لنفسه بدا من قبول دعوتهم فبعث إليهم ابن عمه مسلم بن عقيل بن أبي طالب ليمهد له هذا الأمر فوصل إليهم ونزل في دار المختار الثقفي فلما رأى من حفاتهم وتأييدهم كتب إلى الحسين - ﷺ - أن يبايعني من أهل الكوفة ثمانية عشر ألف رجل فأقدم ، وكان النعمان بن بشير - ﷺ - أميرا على الكوفة من قبل يزيد بن معاوية فلما بلغه الأمر أن مسلم بن عقيل بين ظهرانيهم وأنه يأتيه الناس ويبايعونه للحسين - ﷺ - أظهر كأنه لم يسمع شيئا ولم يعبا بالأمر ، حتى خرج بعض الذين عنده إلى يزيد في الشام وأخبروه بالأمر ، وأن مسلما يبايعه الناس

يناقش الاستدلال من الحوادث التاريخية :

بأن سيدنا الحسين بن علي -عليه السلام- قتل مظلوماً، ولم يكن متولياً للأمر
أي: لم يكن إماماً، ولا قتل خارجياً -عليه السلام- بل قتل مظلوماً شهيداً، ذلك أنه في
الأصل لم يبايع ليزيد وهذا من حقه فالحرية مكفولة للجميع، ومع ذلك أراد
الذهاب إلى يزيد في

الشام ليضع يده في يده ولكنهم منعه حتى يستأسر لابن زياد. (١)

وأن النعمان بن بشير -عليه السلام- غير مكترث بهذا الأمر فلما علم يزيد بن معاوية بما يحدث في الكوفة،
عزل واليها النعمان بن بشير -عليه السلام- لتساوله مع مسلم وتغاضبه عما يفعله، وولى مكانه عبيد الله بن
زياد - عليه لعنة الله - تعالى - فحضر علي = الفور، وأتبع مع أهل الكوفة سياسة الشدة
والترهيب، واشترى ولاء بعضهم ببذل الأموال، فانفضت الآلاف من حول مسلم بن عقيل وتركوه
يلقى مصرعه وحده، بعد أن قبض عليه ابن زياد وألقى به من أعلى قصر الإمارة فمات، ثم صلبه؛
فكان أول قتيل صلبت جنته من بني هاشم ، وبعد معارضة كثيرة من الصحابة كعبد الله بن عمر -
عليه السلام-، وعبد الله بن عباس -عليه السلام-، وعبد الله بن عمرو بن العاص -عليه السلام-، وأبو سعيد الخدري -عليه السلام-، وعبد
الله بن الزبير -عليه السلام-، وأخوه محمد بن الحنفية -عليه السلام-... للحسين -عليه السلام- من الخروج إلا أنه أصر على
الخروج من مكة المكرمة إلى الكوفة في ٨ من ذي الحجة ٦٠ هـ، وعندما بلغ "القادسية" علم بمقتل
مسلم وتخاذل الكوفيين عن حمايته ونصرته، فقرر العودة إلى مكة، لكن إخوة مسلم أصرّوا على
المضي قدماً للأخذ بثأره، فلم يجد الحسين -عليه السلام- بداً من مطاوعتهم، وواصل السير حتى بلغ كربلاء
على مقربة من الكوفة في ٢ من المحرم ، فعندما وصلها فسأل ما هذه؟ قالوا: كربلاء. فقال: «
كرب وبلاء». وكان عدد الذين مع الحسين -عليه السلام- نحو تسعين مقاتلاً وجيش الكوفة خمسة آلاف، فلما
رأى ذلك خيروهم بين ثلاثة أمور: أن يدعوهم يرجع ، أو يذهب إلى ثغر من ثغور المسلمين، أو
يذهب إلى يزيد بن معاوية حتى يضع يده في يده بالشام ، لكنهم رفضوا ما عرضه -عليه السلام- وفي صباح
يوم الجمعة العاشر من محرم سنة ٦١ هـ وقعت موقعة الطف بكربلاء والتي لم تكن متكافئة فاستشهد
كل من كان معه ولم يبق إلا هو فتكاثروا عليه فوقع شهيداً وقيل كان عمره أربع وخمسون سنة
وسنة أشهر ونصف وقيل غير هذا ، والذي باشر قتل الحسين -عليه السلام- وحز رأسه: سنان بن أنس
الأنجي وقيل: شمر بن ذي الجوشن الضنّابي - عليه لعنة الله - تعالى - واستشهد معه سبعة
عشر رجلاً كلهم من آل بيت رسول الله -عليه السلام- ، وبعد أن قتل الحسين -عليه السلام- حمل رأسه إلى عبيد الله
في الكوفة ثم إلى يزيد بن معاوية في الشام فلم يرضى بما حدث وأنكر عليهم ودمعت عيناه وقال:
كنت أَرْضَى من طاعتكم بدون قتل الحسين -عليه السلام-، لعن الله ابن سمية (عبيد الله بن زياد) ، ورحم الله
الحسين -عليه السلام-، ولم يصل الذي جاء برأسه بشيء. (تاريخ الطبري ٣٤٧/٥ وما بعدها، المنتظم لابن
الجوزي ٣٢٢/٥ وما بعدها ، الكامل لابن الأثير ١٥٧/٣ وما بعدها ، البداية والنهاية لابن كثير
١٦٠/٨ وما بعدها، تاريخ الخلفاء للسيوطي ص: ١٥٦ وما بعدها، شذرات الذهب لابن العماد ٢٧٣/١
وما بعدها).

(١) تاريخ الطبري ٣٤٧/٥ وما بعدها، المنتظم لابن الجوزي ٣٢٢/٥ وما بعدها ، الكامل لابن
الأثير ١٥٧/٣ وما بعدها ، البداية والنهاية لابن كثير ١٦٠/٨ وما بعدها ، تاريخ الخلفاء للسيوطي
ص: ١٥٦ وما بعدها ، شذرات الذهب لابن العماد ٢٧٣/١ وما بعدها

رابعاً : من المعقول :

أنه قد ثبت أن من مهام الحاكم أن يراعي شئون دولته وأن يحفظ مصالحها وأن يقوم على خدمة شعبه ليل نهار، فمن مهمته: إقامة الحدود واستيفاء الحقوق وضبط الأمن وحفظ أموال الأيتام والأرامل والمحتاجين والنظر في أمورهم إلى غير ذلك ... فإن كان فيه فسوق وانحراف عما نصب من أجله ويقعده عن القيام بما سبق والنهوض به، فلو جوزنا أن يكون فاسقاً لأدى إلى إبطال ما أقيم لأجله، ألا ترى في الابتداء إنما لم يجز أن يعقد للفاسق لأجل أنه يؤدي إلى إبطال ما أقيم له، وكذلك هذا مثله . (١)

أدلة أصحاب القول الثاني :

استدل أصحاب القول الثاني على ما ذهبوا إليه: من عدم جواز عزل الحاكم في هذه الحالة ولا الخروج عليه بأي طريقة من الطرق السلمية أو المسلحة، بما يلي:

من السنة النبوية المطهرة:

١- روي عن أم سلمة - رضي الله عنها - أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: " إِنَّهُ يُسْتَعْمَلُ عَلَيْكُمْ أُمَرَاءُ، فَتَعْرِفُونَ وَتَتَكْرَهُونَ، فَمَنْ كَرِهَ فَقَدْ بَرِئَ، وَمَنْ أَنْكَرَ فَقَدْ سَلِمَ، وَلَكِنْ مَنْ رَضِيَ وَتَابَعَ » ، قَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ - صلى الله عليه وسلم - أَلَا نَقَاتِلُهُمْ؟ قَالَ: «لَا، مَا صَلَّوْا». (٢)

وجه الدلالة من الحديث الشريف:

دل الحديث على أنه من كره المنكر فقد برئ من إثمه وعقوبته، وهذا في حق من لا يستطع إنكاره بيده ولا لسانه فيكرهه بقلبه وليبرأ منه، ولكن الإثم والعقوبة على من رضي وتابع، وفيه دليل على أن من عجز عن إزالة

(٢) المصادر الفقهية في القول الأول .

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه ١٤٨١/٣ رقم ١٨٥٤ - كتاب الإمارة - باب وجوب الإنكار على الأمراء فيما يخالف الشرع وترك قتالهم ما صلوا ، وأبو داود في سننه ٢٤٢/٤ رقم ٤٧٦٠ كتاب السنة - باب في قتل الخوارج ، والترمذي في سننه ٥٢٩/٤ رقم ٢٢٦٥ أبواب الفتن ، وقال ===: «هذا حديث حسن صحيح» .

المنكر لا يأتيهم بمجرد السكوت بل إنما يأتيهم بالرضي به أو بأن لا يكرهه بقلبه أو بالمتابعة عليه، ورد النبي - ﷺ - على سؤال صحابته الكرام عندما سألوه عن مقاتله الحكام بقوله: " لا، ما صلوا " دليل على أنه لا يجوز عزل الحكام عن مناصبهم ولا الخروج المسلح عليهم بمجرد الظلم أو الفسق ما لم يغيروا شيئاً من قواعد الإسلام وثوابته، بل يتوجه الأمر إلى النصيح والإرشاد ويكون هذا من قبيل الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر للحاكم بتخليه عن منصبه لمن تختاره الأمة ؛ لإدارة شئونها العامة والخاصة.(١).

٢- ما روي عن أبي سَلَامٍ، قَالَ: قَالَ حُذَيْفَةُ بْنُ الْيَمَانِ - ﷺ -: قُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ - ﷺ -، إِنَّا كُنَّا بَشَرًا، فَجَاءَ اللَّهُ بِخَيْرٍ، فَحَنُّ فِيهِ، فَهَلْ مِنْ وَرَاءِ هَذَا الْخَيْرِ شَرٌّ؟ قَالَ: «نَعَمْ»، قُلْتُ: هَلْ وَرَاءَ ذَلِكَ الشَّرِّ خَيْرٌ؟ قَالَ: «نَعَمْ»، قُلْتُ: فَهَلْ وَرَاءَ ذَلِكَ الْخَيْرِ شَرٌّ؟ قَالَ: «نَعَمْ»، قُلْتُ: كَيْفَ؟ قَالَ: «يَكُونُ بَعْدِي أُمَّةٌ لَا يَهْتَدُونَ بِهَدَايَ، وَلَا يَسْتَنُونَ بِسُنَّتِي، وَسَيَقُومُ فِيهِمْ رِجَالٌ قُلُوبُهُمْ قُلُوبُ الشَّيَاطِينِ فِي جُثْمَانِ إِنْسٍ»، قَالَ: قُلْتُ: كَيْفَ أَصْنَعُ يَا رَسُولَ اللَّهِ - ﷺ -، إِنْ أَدْرَكَتْ ذَلِكَ؟ قَالَ: «تَسْمَعُ وَتَطِيعُ لِلْأَمِيرِ، وَإِنْ ضَرَبَ ظَهْرَكَ، وَأَخَذَ مَالَكَ، فَاسْمَعْ وَأَطِعْ». (٢)

وجه الدلالة من الحديث الشريف:

في الحديث حجة في وجوب لزوم جماعة المسلمين وترك الخروج على أئمة الجور والشر ولا يكونون كذلك إلا وهم على غير حق ومع ذلك أمر بلزوم جماعة المسلمين وإمامهم مع السمع والطاعة له، ولم يأمر بتفريق كلمتهم وشق عصاهم حتى ولو تجاوز وأساء ؛ ليس حباً لأعمالهم، وإنما

(١) شرح البخاري لابن بطال ٥١/١٠، شرح السنة للبيهقي ٤٨/١٠، التمهيد لابن عبد البر ٣١٣/٢٤، شرح النووي على مسلم ٢٤٣/١٢، فتح الباري لابن حجر ٦/١٣، مرقاة المفاتيح للملا الهروي ٢٣٩٦/٦، فيض القدير للمناوي ٩٩/٤، نيل الأوطار للشوكاني ٢٠٤/٧، عون المعبود لشمس الحق أبادي ٢١١/١١ وما بعدها، تحفة الأحوزي للمباركفوري ٢٣١/٦ وما بعدها.
(٢) أخرجه مسلم في صحيحه ١٤٧٦/٣ رقم ١٨٤٧- كتاب الإمارة - باب الأمر بلزوم الجماعة عند ظهور الفتن وتحذير الدعاة إلى الكفر .

درءاً للفتنة للمصلحة العامة، وبالتالي فلا يجوز عزل الحاكم من منصبه ولا الخروج عليه مهما حدث ما لم يغير شيئاً من أصول الدين وثوابته مع توجه النصح والإرشاد له لتغيير سياسته ومراعاة أحوال وشئون العباد والبلاد، أو مخاطبته للتنازل عن سلطاته لمن يستطيع قيادة هذه المهمة بمهارة وحنكة في جميع المجالات. (١)

يناقش الاستدلال بهذا الحديث :

بأنه قد يعترض البعض على صحة هذا الحديث بإرساله؛ وبالتالي

بتضعيفه

وعدم صحة الاحتجاج به (٢)؛ مستدلاً بقول الدارقطني (٣) في الإلزامات والتتبع ما نصه: " وأخرج مسلم حديث معاوية بن سلام عن زيد (ابن سلام) عن أبي سلام قال : قال حذيفة : " كنا بشر فجاءنا الله بخير " ، وهذا عندي

(١) معالم السنن للخطابي ٣٣٨/٤، شرح البخاري لابن بطال ٣٣/١٠، شرح السنة للبخاري ١٠/١٥، شرح النووي على مسلم ٢٣٧/١٢ وما بعدها، فتح الباري لابن حجر ٣٥/١٣ وما بعدها، عمدة القاري للعيني ٢٤/ ١٩٤ وما بعدها، مرقاة المفاتيح ٣٣٨٠/٨ وما بعدها، نيل الأوطار للشوكاني ٧/ ٢٠٤ وما بعدها، عون المعبود لشمس الحق آبادي ٢١١/١١ وما بعدها، تحفة الأحوزي للمباركفوري ٢٣١/٦ وما بعدها.

وقوله - ﷺ -: " وإن ضرب ظهرك وأخذ مالك، به تأويل وليس المعنى على إطلاقه ، فقد أوله ابن حزم فقال : " أما أمره - ﷺ - بالصبر على أخذ المال وضرب الظهر فإنما ذلك بلا شك إذا تولى الإمام ذلك بحق وهذا ما لا شك فيه أنه فرض علينا الصبر له وإن امتنع من ذلك بل من ضرب رقبته إن وجب عليه فهو فاسق عاص لله -تعالى-، وإما إن كان ذلك بباطل فمعاذ الله أن يأمر رسول الله - ﷺ - بالصبر على ذلك برهان هذا قول الله -- عز وجل {وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان} (سورة المائدة جزء الآية رقم ٢) وقد علمنا أن كلام رسول الله - ﷺ - لا يخالف كلام ربه -تعالى- ... فإذا كان هذا كذلك فيقين لا شك فيه يدري كل مسلم أن أخذ مال مسلم أو ذمي بغير حق وضرب ظهره بغير حق إثم وعدوان وحرام قال رسول الله - ﷺ -: إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم حرام عليكم فإذا لا شك في هذا ولا اختلاف من أحد من المسلمين فالمسلم ماله للأخذ ظلماً وظهره للضرب ظلماً وهو يقدر على الامتناع من ذلك بأي وجه أمكنه معاون لظالمه على الإثم والعدوان وهذا حرام بنص القرآن وأما سائر الأحاديث التي ذكرنا...". (الفصل في الملل والنحل لابن حزم ٤/ ١٣٣).

(١) المصادر السابقة.

(٢) الدارقطني هو: علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار بن عبد الله أبو الحسن الدارقطني البغدادي، ولد في بغداد بمحلة كبيرة تسمى دار القطن وإليها ينسب سنة ٣٠٥ هـ وقيل في ذي القعدة سنة ٣٠٦ هـ ، وتوفي في شهر ذي القعدة سنة ٣٨٥ هـ ودفن في مقبرة باب النير . (تاريخ بغداد للخطيب البغدادي ٤٨٧/١٣ ، سير أعلام النبلاء لابن قايماز ٤١٤/١٢ ، طبقات الشافعية لسبكي ٤٦٢/٣ وما بعدها ، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبه ١٦١/١ وما بعدها) .

مرسل، أبو سلام لم يسمع من حذيفة ولا من نظرائه الذين نزلوا بالعراق لأن حذيفة توفي بعد قتل عثمان بليال وقد قال فيه حذيفة فيدل على إرساله). (١)
يجاب على هذه المناقشة :

بأن الحديث صحيح بلا ريب ، قد اعتضد من غير وجه ، هذا على افتراض أن رواية " ابن سلام " عن حذيفة مرسله ؛ لأنه من المتقرر عند أئمة هذا الشأن أن المرسل إذا اعتضد من وجه آخر أنه يتقوى به ، فكيف إذا كان في الصحيح ؟ (٢)

قال الإمام النووي بعد أن ساق كلام الإمام الدارقطني : " وهو كما قال ، لكن المتن صحيح متصل بالطريق الأولى ، وإنما أتى مسلم بهذه متابعة كما ترى ، وقد قدمنا في الفصول وغيرها أن الحديث المرسل إذا روي من طريق آخر متصلاً تبيناً به صحة المرسل ، وجاز الاحتجاج به ، ويصير في المسألة حديثان صحيحان " (٣)

والحديث له شاهد عن طريق أبي سلام عن حذيفة بن اليمان - ﷺ -

بنفس

اللفظ (٤)، وله أيضاً شواهد من طرق أخرى متصلة بنفس المعني تدل على صحته وقوة الاحتجاج به عَنْ قَتَادَةَ، عَنْ نَصْرِ بْنِ عَاصِمٍ، عَنْ سُبَيْعِ بْنِ خَالِدِ الْيَشْكُرِيِّ، قَالَ: أَتَيْتُ الْكُوفَةَ فِي زَمَنِ فُتِحَتْ تُسْتَرٌ، أَجْلُبُ مِنْهَا بِغَالًا، فَدَخَلْتُ

(٣) الإلزامات والتتبع للدارقطني - ط دار الكتب العلمية - بيروت - ط ٢ / ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م - ص: ١٨١ - ١٨٢.

(٤) المصادر السابقة.

(٥) شرح النووي على مسلم ٢٣٧/١٢ وما بعدها.

(١) أخرجه الطبراني في معجمه الأوسط - ط دار الحرمين - القاهرة - (بدون) - ١٠٩/٣ رقم ٢٨٩٣ ، والبيهقي في سننه الكبرى ٢١٧/٨ رقم ١٦٦١٢ كتاب قتال أهل البغي - باب الصبر على أذى يصيبه من جهة إمامه ، وإنكار المنكر من أموره بقلبه ، وترك الخروج عليه ، والحديث صححه : ابن حجر في التلخيص الحبير ٢٢٧/٤ ، والسخاوي في المقاصد الحسنة في بيان كثير من الأحاديث المشتهرة على الألسنة - ط دار الكتاب العربي - بيروت - ط ١ / ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م - ص: ٥٢٤ ، والألباني في سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيء من فقهها وفوائدها - ط مكتبة المعارف - الرياض - ط ١ / ١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م - ٨٤٩/١٣.

المسجد، فإذا صدغ من الرجال، وإذا رجل جالس تعرف إذا رأيته أنه من رجال أهل الحجاز، قال: قلت: من هذا؟ فتجهمني القوم، وقالوا: أما تعرف هذا؟ هذا حذيفة بن اليمان صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال حذيفة: إن الناس كانوا يسألون رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الخير، وكنت أسأله عن الشر، فأخذته القوم بأبصارهم، فقال: إني أرى الذي تتكرون، إني قلت: يا رسول الله، أرأيت هذا الخير الذي أعطانا الله، أيكون بعده شر كما كان قبله؟ قال: «نعم» قلت: فما العصمة من ذلك؟ قال: «السيف» قلت: يا رسول الله، ثم ماذا يكون؟ قال: «إن كان لله خليفة في الأرض فضرب ظهرك، وأخذ مالك، فأطعته، وإلا فمت، وأنت عاص بجدل شجرة»، قلت: ثم ماذا؟ قال: «ثم يخرج الدجال معه نهر وتار، فمن وقع في ناره، وجب أجره، وخط وزره، ومن وقع في نهره، وجب وزره، وخط أجره»، قال: قلت: ثم ماذا؟ قال: «ثم هي قيام الساعة». (١)

وعن قتادة، عن نصر بن عاصم، عن خالد بن خالد الشكري، بهذا الحديث قال: قلت: بعد السيف، قال: «قال: قلت: وهل بعد هذا السيف بقية؟ قال: "نعم، تكون إمارة على أقداء وهذنة على دخن"، قال: قلت: ثم ماذا؟ قال: "ثم تنشأ دعاة»

الضلالة، «ثم ساق الحديث». (٢)

من المعقول:

أنه إذا كانت الصلاة خلف أئمة الجور جائزة عند جمهور الفقهاء (١)، ففي ذلك دلالة على عدم جواز عزلهم في هذه الحالة ولا الخروج عليه

(٢) أخرجه أبو داود في سننه ٩٥/٤ رقم ٤٢٤٤ كتاب الفتن والملاحم - باب ذكر الفتن ودلائلها، والحديث: صححه الألباني في سلسلة الأحاديث الصحيحة ٤٠/٤ وما بعدها .

(١) أخرجه أبو داود في سننه ٩٦/٤ رقم ٤٢٤٥ كتاب الفتن والملاحم - باب ذكر الفتن ودلائلها، وابن أبي شيبة في مصنفه ٤٤٧/٧ رقم ٣٧١١٣ كتاب الفتن - باب من كره الخروج في الفتنة وتعود عنها، وأحمد في مسنده ٤٢٤/٣٨ رقم ٢٣٤٢٩، والحاكم في مستدركه ٤٧٩/٤ رقم ٨٣٣٢ كتاب الفتن والملاحم - وقال: " هذا حديث صحيح الإسناد، ولم يخرجاه "، والحديث: صححه الألباني في سلسلة الصحيحة ٤٠/٤ وما بعدها .

بأي طريقة من الطرق السلمية أو المسلحة (٢)، ويعضده ما روي عن عَن أَبِي هُرَيْرَةَ - ﷺ - ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ - ﷺ - قَالَ: «صَلُّوا خَلْفَ كُلِّ بَرٍّ وَقَاجِرٍ ، وَصَلُّوا عَلَى كُلِّ بَرٍّ وَقَاجِرٍ، وَجَاهِدُوا مَعَ كُلِّ بَرٍّ وَقَاجِرٍ» (٣) ، وما صح أن

(٢) الصلاة خلف أئمة الجور والفساق فيها خلاف وتفصيل ما بين الفقهاء كالتالي : فذهب جمهور الحنفية والشافعية والحنابلة في رواية والظاهرية إلى: صحة الصلاة خلفهم مع الكراهة. (المبسوط للسرخسي ١ / ٤٠، تحفة الفقهاء للسمرقندي- ط دار الكتب العلمية - بيروت - ط ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م - ٢٢٩/١ ، بدائع الصنائع للكاتاني ١٥٦/١ وما بعدها، المحيط البرهاني لابن مازة البخاري ٤٠٥/١ وما بعدها، الاختيار للمودودي ٥٨/١ وما بعدها، تبين الحقائق للزيلعي ١٣٤/١، العناية للبابرتي ٣١٥/١ ، الجوهر النيرة للعبادي ٥٩/١، البناية للعينبي ٣٣٣/٢، البحر الرائق لابن نجيم ٣٦٩/١، مجمع الأنهر لداماد أفندي ١٠٨/١ وما بعدها، حاشية ابن عابدين ٥٤٨/١ وما بعدها، الحاوي للماوردي ٣٢٨/٢ وما بعدها، نهاية المطلب للجويني ٤٢٠/٢ وما بعدها ، البيان للعمراتي ٣٩٦/٢ وما بعدها، المجموع للنووي ٢٥٣/٤ وما بعدها، روضة الطالبين للنووي ٣٤٦/١ ما بعدها، أسنى المطالب للأصاري ٢١٩/١ وما بعدها، تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ٢٩٤/٢ وما بعدها، مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٤٨٥/١ وما بعدها، نهاية المحتاج للزملي ١٧٩/٢ وما بعدها، حاشيتا قلوبوي وعميرة ٢٥٥/١، حاشية الجمل للعجيلي ٥٣٠/١ وما بعدها، حاشية الجبرمي على الخطيب ١٣٦/٢ وما بعدها ، الكافي لابن قدامة ٢٩٤/١، المغني لابن قدامة ١٣٨/ ٢ وما بعدها ، المحرر لابن تيمية ١٠٤/١ وما بعدها ، الفروع لابن مفلح ٢٠/٣ وما بعدها، شرح الزركشي ٨٥/٢ وما بعدها، المبدع لابن مفلح ٤٧/٢ وما بعدها، الإتناف للمرداوي ٢٥٢/٢ وما بعدها، الإقناع للحجاوي ١٦٦/١، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢٧٢/١، كشاف القناع للبهوتي ٤٧٤/١ وما بعدها، مطالب أولي النهى للرحباني ٦٥٢/١ وما بعدها، منار السبيل لابن ضويان ١٢٥/١ وما بعدها، المحلى بالأثر لابن حزم ١٢٧/٣ وما بعدها). وذهب الحنفية في قول والمالكية في رواية والحنابلة في رواية : إلى عدم صحة الصلاة خلفهم، حيث = قال المالكية : بعدم جواز إمامة الفاسق سواء كان فاسقا بجارحة كزنى أو شرب خمر أو سرقة ... أو بارتكاب كبيرة كالتهاون في الصلاة... وقال الحنابلة : بعدم صحتها إلا أن يخاف فيصلي ثم يعيدها. (أحكام القرآن للجصاص ٨٤/١ وما بعدها، بداية المجتهد لابن رشد ١٥٤/١، الذخيرة للقرافي ٢٣٩/٢ وما بعدها، التاج والإكليل للمواق ٤١٢/٢ وما بعدها ، مواهب الجليل للخطاب ٩٢/٢ وما بعدها، شرح الخرشي ٢٢/٢ وما بعدها، حاشية الدسوقي ٣٢٦/١ وما بعدها، حاشية الصاوي ٣٤٢/٢ وما بعدها، منح الجليل لعليش ٣٥٩/١ وما بعدها، نفس مصادر الحنابلة السابقة) . وذهب المالكية في الرواية الثانية للتفصيل: حيث فرقوا بين الفسق بجارحة كزنى أو شرب خمر أو سرقة... وبين من يتعلق فسقه بالتهاون في الصلاة كالإخلال بأحد أركانها أو شروطها عمدا ... حيث صححوا الصلاة خلف الأول ، وأبطلوها خلف الثاني. (نفس مصادر المالكية السابقة).

(١) المصادر الفقهية في القول الثاني.

(٢) أخرجه الدار قطني في سننه - ط مؤسسة الرسالة- بيروت - ط ١ / ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٤ م- ٤٠٤/٢ رقم ١٧٦٨ كتاب العيدين - باب صفة من تجوز الصلاة معه والصلاة عليه ، والبيهقي في سننه الكبرى ٢٩/٤ رقم ٦٨٣٢ كتاب الجنائز - باب الصلاة على من قتل نفسه غير مستحل لقتلها ، والحديث: إسناده صحيح إلا أن فيه إرسالا بين مكحول وأبي هريرة - ﷺ - ، فمكحول لم يسمع من أبي هريرة - ﷺ - ، ومن دونه ثقات. (التنقيح لابن عبد الهادي لأحاديث التحقيق لابن الجوزي- ط أضواء السلف - الرياض- ط ١ / ١٤٢٨ هـ - ٢٠٠٧ م- ٤٧٦/٢ ، نصب الراية للزيلعي ٢٦/٢ وما بعدها ، البدر المنير لابن الملقن ٤٥٥/٤ وما بعدها ، التلخيص الحبير لابن حجر ٩٢/٢ وما بعدها).

ابن عمر - ﷺ - كان يصلي خلف الحجاج وكفى به فاسقا وظالما وجائرا
ومع ذلك لم يدعو إلى خلعه وعزل عن منصبه. (١)
أدلة القول الثالث :

استدل أصحاب القول الثالث والذي يرى التفصيل في الحكم : حيث
يرى عزل الحاكم في هذه الحالة من منصبه وتولية غيره إذا لم يترتب على
ذلك فتنة أو مضرة للعباد والبلاد ، أما إذا ترتب على عزله مضرة أو فتنة
فيرى عدم عزله ولكنه يبقى مستحقا للعزل طالما أمكن ذلك:

بأدلة القولين الأول والثاني على حسب الحالة المقتضية للعزل ،
فاستدل بأدلة القول الأول والتي تجيز عزل الحاكم من منصبه إذا لم يترتب
على ذلك فتنة أو مضرة للعباد والبلاد ، واستدل بأدلة القول الثاني والتي لا
تجيز عزل الحاكم من منصبه ولا الخروج عليه إذا ترتب على عزله مضرة
أو فتنة فيرى عدم عزله.

القول المختار :

هو القول الثالث والذي يرى التفصيل في الحكم : حيث يرى عزل
الحاكم في هذه الحالة من منصبه وتولية غيره إذا لم يترتب على ذلك فتنة أو
مضرة للعباد والبلاد ، أما إذا ترتب على عزله مضرة أو فتنة فيرى عدم
عزله ولكنه يبقى مستحقا للعزل طالما أمكن ذلك ؛ ذلك لأنه يضع مصلحة
العباد والبلاد نصب عينيه وفي بؤرة اهتمامه ، فوحدة الأمة وعدم تفرقها
وتماسك بنيانها وصيانة عرضها وأموالها وأرضيها مقصد من مقاصد
الشريعة الإسلامية ومطلب شددت عليه في وضوح تام، فأبي محاولة للمساس

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه ٢٧٥/٣ رقم ١٣٩٨٣ كتاب الحج - باب في الصلاة بمنى كم
هي ركعتان أم أربع؟ ، والبيهقي في سننه الصغرى - ط جامعة الدراسات الإسلامية - كراتشي -
باكستان - ط ١٤١٠/١هـ - ١٩٨٩م - ١٩٦/١ رقم ٥٠٣ كتاب الصلاة - باب صفة الأئمة في الصلاة
، والأثر: صححه ابن الملقن في البدر المنير ٥٢٠/٤ ، وابن حجر في التلخيص الحبير ٩٠/٢ .

بمصالح الأمة الداخلية والخارجية وتحطيم وحدتها وتفريق كلمتها يعتبر جريمة كبرى وخيانة عظمى تستوجب أقصى العقوبات.

أما عن كيفية عزله عن منصبه وتولية غيره ممن تجمع عليه الأمة وتختاره :

فتكون بكل طريقة وأي وسيلة وإن أدى الأمر إلى استعمال القوة والسلاح في ذلك لكن بشروط ؛حتى لا يترتب على ذلك فتنة أو مضرة للعباد والبلاد.

ومن هذه الشروط:

الشرط الأول: أن تتأكد الأمة تمام التأكد بالدليل الصادق والبرهان الساطع من أن الحاكم يستحق العزل شرعاً.

الشرط الثاني: أن يكونوا في قوة وشوكة ومنعة تمكنهم من تغيير هذا الحاكم وعزله.

الشرط الثالث: صيانة وحدة الأمة ووجوب تجنبها الفتن وإراقة الدماء وتخريب وتدمير المنشآت والمصالح العامة بلا ضرورة.

أما إذا ترتب على عزله مضرة أو فتنة: فلا يجوز عزله بأي طريقة ولكنه يبقى مستحقاً للعزل طالما أمكن ذلك ، كما إذا لم تتحقق هذه الشروط ولم يكونوا في قوة ومنعة تمكنهم من فعل ذلك؛ فيترك عزل الحاكم الظالم المستبد ويتوجه الأمر إلى نصحه وتوجيهه وإرشاده بالطريق السلمي؛ لترك منصبه وتخليه عنه لمن تختاره الأمة للقيام بشئونها ومصالحها. (١)

جاء في أحكام القرآن للإمام الجصاص ما نصه: "وكان مذهبه - الإمام أبو حنيفة - مشهوراً في قتال الظلمة وأئمة الجور... وكان من قوله:

(١) مصادر الفقهاء في القول الأول والثالث.

وجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فرض بالقول، فإن لم يؤتمر له
فبالسيف". (١)

وجاء في منح الجليل للشيخ عليش (٢) ما نصه: ".... فإن خرج
عليه - أي على الإمام الجائر - عدل وجب الخروج معه ليظهر دين الله -
تعالى-، وإلا وسعك الوقوف إلا أن يريد نفسك أو مالك فادفعه عنهما.....".
(٣)

وقد دلت على ذلك الأدلة من السنة النبوية المطهرة كالتالي:

١- ما روي عن عبد الله بن مسعود، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ
وَسَلَّمَ قَالَ: «مَا مِنْ نَبِيٍّ بَعَثَهُ اللَّهُ فِي أُمَّةٍ قَبْلِي إِلَّا كَانَ لَهُ مِنْ أُمَّتِهِ حَوَارِيُونَ،
وَأَصْحَابٌ يَأْخُذُونَ بِسُنَّتِهِ وَيَقْتَدُونَ بِأَمْرِهِ، ثُمَّ إِنَّهَا تَخْلَفُ مِنْ بَعْدِهِمْ خُلُوفٌ
يَقُولُونَ مَا لَا يَفْعَلُونَ، وَيَفْعَلُونَ مَا لَا يُؤْمَرُونَ، فَمَنْ جَاهَدَهُمْ بِيَدِهِ فَهُوَ مُؤْمِنٌ،
وَمَنْ جَاهَدَهُمْ بِلِسَانِهِ فَهُوَ مُؤْمِنٌ، وَمَنْ جَاهَدَهُمْ بِقَلْبِهِ فَهُوَ مُؤْمِنٌ، وَلَيْسَ وَرَاءَ
ذَلِكَ مِنَ الْإِيمَانِ حَبَّةُ خَرْدَلٍ». (٤)

٢- ما رواه أبو سعيد الخدري -رضي الله عنه- عن النبي -صلى الله عليه وسلم- أنه قال: "مَنْ
رَأَى مِنْكُمْ مُنْكَرًا فَلْيُغَيِّرْهُ بِيَدِهِ، فَإِنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَبِلِسَانِهِ، فَإِنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَبِقَلْبِهِ،
وَذَلِكَ أَوْضَعُ الْإِيمَانِ". (٥)

(٢) أحكام القرآن للجصاص ٨٥/١.

(٣) عليش: هو محمد بن أحمد بن محمد أبو عبد الله مغربي الأصل، ولد بالقاهرة سنة ١٢١٧ هـ
، وتعلم بالأزهر الشريف، وتوفي سنة ١٢٩٩ هـ. (شجرة النور الزكية لمخلوف ص: ٣٨٥ ، الأعلام
للزركلي ١٩/٦).

(١) منح الجليل شرح مختصر خليل لعليش ١٩٥/٩.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه ٦٩/١ رقم ٥٠ كتاب الإيمان - باب بيان كون النهي عن المنكر من
الإيمان، وأن الإيمان يزيد وينقص، وأن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر واجبان ، وابن حبان
في سننه - ط مؤسسة الرسالة- بيروت- ط ١/١٤٠٨ هـ- ١٩٨٨ م - ٤٠٣/١ رقم ١٧٧ كتاب
فروض الإيمان - باب ذكر إطلاق اسم الإيمان على من أتى جزءا من بعض أجزائه، والبيهقي في
سننه الكبرى ١٥٣/١٠ رقم ٢٠١٧٨ كتاب آداب القاضي- باب ما يستدل به على أن القضاء وسائر
أعمال الولاية مما يكون أمرا بمعروف، أو نهيا عن منكر من فروض الكفايات.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه ٦٩/١ رقم ٤٩ كتاب الإيمان -باب بيان كون النهي عن المنكر من
الإيمان ...، وأبو داود في سننه ٢٩٦/١ رقم ١١٤٠ كتاب الصلاة - باب خطبة العيد ، والنسائي

وجه الدلالة من الحديثين الشريفين :

أن الواجب على كل مسلم أن ينكر المنكر إذا لم يخف على نفسه عقوبة لا قبل له بها، فإن قدر على التغيير باليد والقوة تعين عليه ذلك ووجب عليه، فإن لم يكن من أهل التغيير باليد انتقل إلى اللسان حيث يكون قادراً عليه، ومتى خاف على نفسه: السيف، أو السوط، أو الحبس، أو القيد، أو النفي، أو أخذ المال، أو نحو ذلك من الأذى سقط عنه التغيير بهما، وإلا فقد بقى التغيير بالقلب وهو أضعف الإيمان أي أضعف الأعمال، وليس ذلك للذم ولكن ليعلم المكلف حقارة هذا الاختيار فيرتقي للأعلى من وسائل التغيير، وتغييره بالقلب يكن براهمة المنكر وحصول الأثر على القلب بسبب ذلك، فإن لم يفعل فليس وراء ذلك من الإيمان حبة خردل؛ لأن أدنى مراتب أهل الإيمان أن لا يستحسن المعاصي وينكرها بقلبه، فإن لم يفعل ذلك فقد خرج عن دائرة الإيمان ودخل فيمن استحل محارم الله - تعالى - واعتقد بطلان أحكامه.

وفي هذا دليل على مجاهدة الحكام وخلعهم وعزلهم بالقوة والسلاح بالشروط المذكورة سابقا وإلا توجه الأمر إلى اللسان بالنصح والإرشاد للحاكم لترك منصبه وتولييه غيره ممن تختاره الأمة بالطريق السلمي. (١)

في سننه ١١١/٨ رقم ٥٠٠٨ كتاب الإيمان وشرائعه - باب تفاضل أهل الإيمان ، وابن ماجه في سننه ٤٠٦/١ رقم ١٢٧٥ كتاب إقامة الصلاة والسنة فيها - باب ما جاء في صلاة العيدين.
(١) (خلف) : يضم الخاء جمع خلف بسكون اللام مع فتح الخاء: الرديء من الأعقاب، أو ولد السوء. (فهو مؤمن): قيل: التكرير في مؤمن للتزويج، فإن الأول دل على كمال الإيمان، والثالث على نقصانه، والثاني على القصد فيه. (شرح صحيح البخاري لابن بطال ٥١/١، التمهيد لابن عبد البر ٢٥٩/١٠ وما بعدها، شرح السنة للبغوي ٣٤٩/١٤ وما بعدها، شرح النووي على مسلم ٢٢/٢ وما بعدها، شرح الأربعين النووية في الأحاديث الصحيحة النبوية لابن دقيق العيد - ط مؤسسة الريان - ط ١٤٢٤/٦هـ - ٢٠٠٣م - ص: ١١١ وما بعدها، جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم لابن رجب - ط مؤسسة الرسالة - بيروت - ط ١٤٢٢/٧هـ - ٢٠٠١م - ٢٤٣/٢ وما بعدها، شرح العيني على سنن أبي داود ٤٨٦/٤ وما بعدها، فيض القدير للمناوي ١٣٠/٦ وما بعدها، شرح السيوطي على سنن النسائي - ط مكتب المطبوعات الإسلامية - حلب - ط ١٤٠٦/٢هـ - ١٩٨٦م - ١١١/٨ وما بعدها، مرقاة المفاتيح للملا الهروي ٣٢٠٨/٨ وما بعدها، حاشية السندي على ابن ماجه ٢: ٤٨٧ وما بعدها، نيل الأوطار للشوكاني ٣٦١/٣ وما بعدها، عون المعبود لشمس الحق آبادي ٢٨٣/١٢، تحفة الأحوذني للمباركفوري ٣٢٨/٦) .

جاء في شرح الأربعين النووية للإمام ابن دقيق العيد (١) ما نصه :
" وفي هذا الحديث دليل على أن من خاف القتل أو الضرب سقط عنه التغيير
وهو مذهب المحققين سلفاً وخلفاً وذهبت طائفة من الغلاة إلى أنه لا يسقط
وإن خاف ذلك". (٢)

وجاء في جامع العلوم والحكم للإمام ابن رجب (٣) ما نصه : " وهذا
يدل على جهاد الأمراء باليد... نعم، إن خشي في الإقدام على الإنكار على
الملوك أن يؤذي أهله أو جيرانه، لم ينبغ له التعرض لهم حينئذ، لما فيه من
تعدّي الأذى إلى غيره، كذلك قال الفضيل بن عياض وغيره، ومع هذا، فمتى
خاف منهم على نفسه السيف، أو السوط، أو الحبس، أو القيد، أو النفي، أو أخذ
المال، أو نحو ذلك من الأذى، سقط أمرهم ونهيبهم، وقد نص الأئمة على ذلك
". (٤)

يناقش الاستدلال بهذا الحديث:

بأن التغيير باليد المذكور في الحديث ليس المقصود منه قتالهم بالقوة
والسلاح ولا الخروج عليهم، وإنما المقصود منه جهاد الحكام بأن يزيل بيده
ما فعلوه من المنكرات، مثل: أن يريق خمورهم، أو يكسر آلات الملاهي
التي لهم، ونحو ذلك، أو يبطل بيده ما أمروا به من الظلم إن كان له قدرة
على ذلك، وكل هذا جائز، وليس هو من باب قتالهم، ولا من الخروج عليهم

(١) ابن دقيق العيد هو: تقي الدين أبو الفتوح محمد بن علي بن وهب بن مطيع القشيري المنفلوطي
، ولد في شعبان سنة ٦٢٥ هـ ، ولي قضاء الديار المصرية، وتوفي في صفر سنة ٧٠٢ هـ . (طبقات الحفاظ للسيوطي - ط دار الكتب العلمية - بيروت - ط ١٤٠٣/١ هـ - ١٤٠٣/١ هـ ، شذرات الذهب لابن العماد الحنبلي ١٥٣/٣).

(٢) شرح الأربعين النبوية لابن دقيق العيد ص: ١١٥.

(٣) ابن رجب: هو زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن البغدادي ثم النمشقي الحنبلي ، ولد ببغداد سنة ٧٠٦ هـ ، ومات في رجب سنة ٧٩٥ هـ . (طبقات المفسرين للسيوطي - ط مكتبة وهبة - القاهرة - ط ١٣٩٦/١ هـ - ٣٥٣/١ هـ ، طبقات الحفاظ للسيوطي ٥٤٠/١ ، المدارس في تاريخ المدارس لعبد القادر بن محمد النعيمي - ط دار الكتب العلمية - بيروت - ط ١٤١٠/١ هـ - ٦٠/٢).

(٤) جامع العلوم والحكم لابن رجب ٢٤٨/٢ وما بعدها.

الذي ورد النهي عنه خشية الفتن التي تؤدي إلى سفك الدماء وإهدار الأموال
... (١)

جاء في جامع العلوم والحكم للإمام ابن رجب ما نصه: "وقد يجاب
عن ذلك: بأن التغيير باليد لا يستلزم القتال. وقد نص على ذلك أحمد أيضا
في رواية صالح، فقال: التغيير باليد ليس بالسيف والسلاح، وحينئذ فجهاد
الأمرء باليد أن يزيل بيده ما فعلوه من المنكرات، مثل: أن يريق خمورهم،
أو يكسر آلات الملاهي التي لهم، ونحو ذلك، أو يبطل بيده ما أمروا به من
الظلم إن كان له قدرة على ذلك، وكل هذا جائز، وليس هو من باب قتالهم،
ولا من الخروج عليهم الذي ورد النهي عنه، فإن هذا أكثر ما يخشى منه أن
يقتل الأمر وحده، وأما الخروج عليهم بالسيف، فيخشى منه الفتن التي تؤدي
إلى سفك دماء المسلمين". (٢)

يجاب على هذه المناقشة :

بأن الخروج الذي يخشى منه الفتنة والمضرة على العباد والبلاد
ممنوع ونحن نتفق معكم في ذلك ويتوجه الأمر بعد ذلك إلى نصح الحاكم
وتوجيهه وإرشاده بالطريق السلمي؛ لترك منصبه وتخليه عنه لمن تختاره
الأمة للقيام بشئونها ومصالحها، أما ما لا يخشى منه الفتنة والمضرة
بالشروط المذكورة سابقا فلا بأس به، وإزالة ما يفعلونه من المنكرات فهو
نوع من أنواع التغيير باليد وقد يتعداه التغيير؛ لعدم الحصر في حديث النبي -
ﷺ - وتنوع سبل التغيير وتغير طرقه حيث يكون الرادع لهم في ذلك، وقد
يكون التغيير أيضا بالقوة والسلاح إن استلزم ذلك لشمول التغيير باليد ذلك
في حديث النبي - ﷺ - السابق، وإن سلمنا ما تقولون فإن استطاع الشخص
فعل ما تقولون به لا يسلم من الوقوع في الفتنة فيما بينه وبين الحاكم أو بين

(١) جامع العلوم والحكم لابن رجب ٢/٢٤٨ وما بعدها.

(٢) جامع العلوم والحكم لابن رجب ٢/٢٤٨ وما بعدها.

أصحاب هذه المستلزمات المهذرة، ثم كيف له أن يبطل ما أمر به الحاكم من الظلم دون أن يدخل معه في فتنة قد تنعكس مداها على المجتمع ، وبالتالي فإن التغيير باليد يستلزم ما ذكرتموه وغيره من استعمال القوة والسلاح؛ بشرط أمن الفتنة والمضرة على العباد والبلاد. (١)

جاء في شرح السيوطي (٢) على سنن النسائي ما نصه: "قال الشيخ عز الدين بن عبد السلام فيه سؤالان الأول: ما العامل في المجرورين الأخيرين، الثاني: قوله وذلك أضعف الإيمان مُشكِّلٌ لأنه يدل على ذم فاعله وأيضا فقد يعظم إيمانُ الشخص وهو لا يستطيع التَّغْيِيرُ بيده فلا يلزم من العجز عن التغيير ضعف الإيمان لكنه قد جعله أضعفَ الإيمانِ فما الجواب قال والجواب عن الأول: أنه لا يجوز أن يكون العامل يُغَيِّرُهُ الْمَنْطُوقُ بِهِ لأنه لو كان كذلك لكان المعنى فليغيره بلسانه وقلبه لكن التغيير لا يتأتى باللسان ولا بالقلب فَيَتَعَيَّنُ أن يكون العامل فَلْيُنْكِرُهُ بِلِسَانِهِ وَلْيُكْرَهُهُ بِقَلْبِهِ فَيُنْتَبِتُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْأَعْضَاءِ مَا يُنَاسِيُهُ. وعن الثاني: أن المراد بالإيمان هنا الإيمان المجازي الذي هو الأعمال ولا شك أن التقرب بالكراهة ليس كالتقرب بالذي ذَكَرَهُ قَبْلَهُوَلَمْ يُذَكِّرْ ذلك للذم وإنما ذَكَرَ لِيَعْلَمَ الْمُكَلَّفُ حَقَارَةَ مَا حَصَلَ فِي هَذَا الْقِسْمِ فَيُرْتَقِي إِلَى غَيْرِهِ". (٣)

مع الأخذ في الاعتبار بأمرين مهمين هما :

(١) شرح صحيح البخاري لابن بطال ٥١/١٠ ، التمهيد لابن عبد البر ٢٥٩/١٠ وما بعدها، شرح السنة للبيهقي ٣٤٩/١٤ وما بعدها، شرح النووي على مسلم ٢٢/٢ وما بعدها، شرح الأربعين النووية لابن دقيق العيد ص: ١١١ وما بعدها، شرح العيني على سنن أبي داود ٤٨٦/٤ وما بعدها، فيض القدير للمناوي ١٣٠/٦ وما بعدها، شرح السيوطي على سنن النسائي ١١١/٨ وما بعدها، مرقاة المفاتيح للملا الهروي ٨/ ٣٢٠٨ وما بعدها، حاشية السندي على ابن ماجه ٢:٤٨٧ وما بعدها، نيل الأوطار للشوكاني ٣/٣٦١ وما بعدها ، عون المعبود لشمس الحق آبادي ٢٨٣/١٢، تحفة الأحوذى للمباركفوري ٦/٣٢٨ .

(٢) السيوطي هو : عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد بن سابق الدين الخضيرى السيوطي جلال الدين ، وكنيته :أبو الفضل ، ولد في القاهرة سنة ٨٤٩ هـ ، وتوفي بها سنة ٩١١ هـ . (الأعلام للزركلي ٣/٣١٠ ، كشف الظنون لحاجي خليفة ١/٢٤٥) .

(٣) شرح السيوطي على سنن النسائي ١١٢/٨ وما بعدها.

الأمر الأول : أن الدولة ما دامت تلتزم في تصرفاتها- من حيث المبدأ ووسيلة التطبيق- نصوص الشريعة الإسلامية؛ فإن طاعتها تصبح فريضة دينية واجبة الأداء من قبل المواطن؛ تمشياً مع مبدأ المحافظة على وحدة الأمة الإسلامية وتماسك بنيانها والحفاظ على مصالحها الداخلية والخارجية.

الأمر الثاني : من حق الأمة كما اختارت حاكماً لها بإرادتها الحرة وفق شرع الله- تعالى - ومنهجه أن تعزله إذا قصر وأهمل في إدارة شئونها الداخلية والخارجية، بشرط صيانة الأمة وتماسكها وحفظ الأرواح والأعراض وحماية المنشآت والمصالح العامة من التخريب والتدمير والنهب والسلب.

الفرع الثاني

كفالة حق الأفراد في اختيار الحاكم ومراقبته وعزله

في النظم الدستورية والقانونية المعاصرة:

رئيس الدولة في النظم الدستورية والقانونية : أعلى مسئول حكومي فيها، وهو رأس الدولة الجمهورية، ويمثل الأداة الأساسية في السلطة التنفيذية في النظام الرئاسي ويبدو في حياتها السياسية صاحب الكلمة الأولى والإرادة المحركة لها، وتعتبره الدول البرلمانية رئيساً غير مسئول إلا في حالة الخيانة العظمي، ولعل وضعه العام وما يتمتع به من سلطات فعليه تجعله أداة أساسية في النظام بأسره إلى حد جعل النظام كله ينسب إليه فيسمى : " نظاماً رئاسياً " يقوم على أساس وجود رئيس دولة منتخب يجمع بين يديه السلطة التنفيذية، ويفصل بين السلطات وبالذات السلطتين التشريعية والتنفيذية، وهذا ما نصت عليه المادة (١٣٩) من دستور جمهورية مصر العربية والمنشور في الجريدة الرسمية - العدد ٣ مكرر (أ) في ١٨ يناير سنة ٢٠١٤م في الفصل الثاني: السلطة التنفيذية الفرع الأول: رئيس الجمهورية حيث نصت على: " رئيس

الجمهورية هو رئيس الدولة ورئيس السلطة التنفيذية يرعى مصالح الشعب ويحافظ على استقلال الوطن وسلامة أراضيه ويرعى

الحدود بين السلطات... " (١)

أما مصدر السيادة في انتخاب رئيس الجمهورية: فقد اختلفت النظم السياسية والدستورية المعاصرة في أسس انتخاب رئيس الجمهورية: فمنهم من جعل الأمة هي مصدر السياسة وهي أساس انتخابه ، ومنهم من جعل الشعب هو مصدر السيادة وهو الأساس في هذا الانتخاب .

وفيما يلي أعرض لمتعلقاتهما :

أولا : مبدأ سيادة الأمة :

تعريف مبدأ سيادة الأمة:

مبدأ سيادة الأمة يعني: أن الصفة الأمرة العليا في الدولة لا ترجع إلى فرد أو أفراد معينين بذواتهم ، أو إلى هيئة أو هيئات معينة ، بل إلى وحدة مجردة ترمز إلى جميع الأفراد ، هذه الوحدة التي تمثل المجموع بأفراده وهيئاته لا يمكن تجزئتها ولا التنازل عنها ولا التصرف فيها وهي مستقلة تماما عن الأفراد التي تمثلهم وترمز إليهم ، ولذلك فهي : سلطة عليا يخضع لها جميع الأفراد . (٢)

ويترتب على مبدأ سيادة الأمة ما يلي:

(١) الدستور المصري د.مصطفى أبو زيد فهمي ص: ٣٩٤ ، النظم السياسية د. حسين عثمان محمد ص: ٢٤٥ ، الموسوعة السياسية د.عبد الوهاب الكيالي ٨٠٩/٢ ، النظم السياسية في العالم المعاصر د.سعاد الشرفاوي ص: ١١٦ ، النظام الدستوري المصري في العهد الجمهوري د.محمد الشافعي أبو راس- ط / ٢٠٠٩ / ٢٠١٠م - (بدون)- ص: ٧٢ ، الوسيط في القانون الدستوري د. جابر جاد نصار ص: ٣١١ .

(٢) النظم السياسية د.ثروت بدوي ص: ١٧٢ ، الوسيط في النظم السياسية د.نعمان أحمد الخطيب ص: ٤٠ ، القانون الدستوري د. محسن خليل ص: ٤٦ ، النظم السياسية د. محمد كامل ليلة ص: ١٩٩ وما بعدها .

أولاً: النظام النيابي التقليدي؛ والذي يقوم على اختيار الشعب لممثليه الذين يمارسون السلطة بالنيابة عنه لفترة محدودة دون أن يكون له الحق في ممارسة السلطة أو المشاركة فيها.

ثانياً: الانتخاب وظيفية وليس حقاً، حيث لا يعد اختيار النواب الممثلين للأمة حقاً للأفراد والذين يستحيل عليهم ممارسة شئون السلطة بقدر ما هو وظيفة وواجب عليهم لاختيار من يمارسون شئونهم.

ثالثاً: الأخذ بالاعتراع المقيد، والذي تحدد فيه الأمة شروطاً في هيئة الناخبين كالتعليم أو توافر نصاباً مالياً معيناً، أو الانتماء إلى طبقة معينة من الطبقات...؛ وذلك لضمان حسن الاختيار لمن سيقومون بممارسة هذه السلطة.

رابعاً: النائب يكون ممثلاً عن الأمة بكاملها، حيث لا يقتصر تمثيله لدائرة انتخابية معينة، فهو وكيل عن الأمة وليس وكيلاً عن دائرته التي انتخبته.

خامساً: انتفاء الوكالة الإلزامية، حيث تتحرر إرادة النواب والذين يمارسون السلطة عن إرادة ناخبهم على نحو تام فلا يجوز لهم توكيلهم بأمر على سبيل الإلزام أو إخضاعهم لآرائهم أو معتقداتهم.

سادساً: الأخذ بنظام المجلسين، حيث تأخذ بعض الأنظمة السياسية والدستورية في تشكيلها للبرلمان بنظام المجلسين: مجلس تمثل فيه الاتجاهات المحافظة، ومجلس تمثل فيه الاتجاهات المتدفعّة أو المجددة؛ وذلك انطلاقاً من معنى سيادة الأمة لا يقتصر فقط على فترة زمنية محددة أو جيل معين بل يمتد ليعبر عن مجموع الأمة ماضيها وحاضرها ومستقبلها.

سابعاً: القانون يعتبر تعبيراً عن إرادة الأمة وليس مجرد تعبير عن
إرادة الناخبين أو النواب. (١)

نقد مبدأ سيادة الأمة :

أولاً : مبدأ سيادة الأمة يؤدي إلى الاعتراف للأمة بالشخصية
المعنوية وبالتالي إلى قيام شخصين معنويين يتنازعان السيادة هما الدولة
والأمة ، حيث باءت محاولات من أراد أن يزيل التناقض بين الدولة والأمة
باعتبارهما شخص معنوي واحد بعدم الجدوى ؛للعودة من جديد للسؤال عن
صاحب السيادة الفعلية داخل الدولة بعدما فقد مبدأ سيادة الدولة قيمته وقوته.

ثانياً : مبدأ سيادة الأمة يؤدي إلى السيادة المطلقة ، وإطلاق السيادة
يؤدي إلى الاستبداد وإهدار الحقوق والحريات ، وذلك لأن القانون ما هو إلا
تعبير عن إرادة الأمة والتي لا يجوز لأي فئة الاعتراض عليها وما دام
الحال هكذا فإن الحكام الذين يمارسون هذه السيادة قد يستغلون هذا الأمر
فسيبتدون بالبلاد والعباد وفي هذا تضيق للحقوق وللحريات.

ثالثاً: مبدأ سيادة الأمة لا يمثل نظاماً معيناً ؛فهو وإن كان يؤدي إلى
النظام الديمقراطي والذي يقوم على احترام الحقوق والحريات إلا أنه يتلاءم
أيضاً مع الأنظمة الديكتاتورية بالإضافة إلى انسجامه مع أنظمة متعارضة في
جوهرها كالأنظمة الملكية والأنظمة الجمهورية ، كما وإنه إن استخدم دفاعاً
عن حقوق الإنسان فقد استخدم أيضاً ليكون وسيلةً للتعسف والاستبداد. (٢)

ثانياً : مبدأ سيادة الشعب :

لقد كانت الانتقادات التي وجهت إلى نظرية سيادة الأمة سبباً كافياً
للتمثيل الحقيقي للشعب منظوراً إليه في حقيقته وتكوينه، لا بوصفه المجرّد

(١) النظم السياسية د. ثروت بدوي ص: ١٧٢ وما بعدها، الوسيط في النظم السياسية والقانون
الدستوري د. نعمان أحمد الخطيب ص: ٤١ وما بعدها، القانون الدستوري د. محسن خليل ص: ٤٦
وما بعدها، النظم السياسية د. محمد كامل ليلة ص: ٢٢١ وما بعدها.
(١) الوسيط في النظم السياسية د. نعمان أحمد الخطيب ص: ٤٥ وما بعدها، القانون الدستوري د.
محسن خليل ص: ٦٠ وما بعدها، النظم السياسية د. محمد كامل ليلة ص: ٢٠ ، ٢٠٨ وما بعدها.

كوحدة متجانسة مستقلة عن الأفراد المكونين له؛ لذا فقد هجرت نظرية سيادة الأمة ونودي بنظرية سيادة الشعب . (١)

مفهوم مبدأ سيادة الشعب :

مبدأ سيادة الشعب يعني : أن السيادة للجماعة بوصفها مكونة من عدد من الأفراد لا على أساس أنها وحدة مجردة مستقلة عن الأفراد المكونين لها كما نادى به نظرية سيادة الأمة ، وبالتالي فطبقاً لنظرية سيادة الشعب: تكون السيادة لكل فرد في الجماعة فهي تنظر إلى الأفراد ذاتهم وتجعل السيادة شركة بينهم، ومن ثم تنقسم وتتجزأ بحسب أفراد الجماعة السياسية. (٢)

مدلول مبدأ سيادة الشعب :

الأفراد الذين يتمتعون بالسيادة طبقاً لمبدأ سيادة الشعب ينبغي أن يشترط فيهم شرطان :

الشرط الأول: المدلول الاجتماعي: ينصرف إلى جميع الأفراد الذين يقيمون في إقليم الدولة وينتسبون إليها ويحملون جنسيتها.

الشرط الثاني: المدلول السياسي: ينصرف إلى جميع الأفراد الذين يتمتعون بالحقوق السياسية ؛ طبقاً للشروط العامة لممارستها. (٣)

النتائج المترتبة على مبدأ سيادة الشعب :

أولاً: تجزئة السيادة بين الأفراد: حيث يكون كل فرد من أفراد الشعب جزءاً من السيادة، وله حق ممارسة السلطة بإقرارها أو الاعتراض عليها، ولذلك قيل: إن مبدأ سيادة الشعب أكثر ديمقراطية من مبدأ سيادة الأمة؛ لأنه يفسح مجالاً للشعب لممارسة السلطة إما بنفسه في جميع شؤون الحكم)

(٢) الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري د.نعمان أحمد الخطيب ص:٤٧ .
(١) الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري د.نعمان أحمد الخطيب ص:٤٧ وما بعدها،
النظم السياسية د.ثروت بدوي ص:١٤ وما بعدها، النظم السياسية د. محمد كامل ليلة ص:٢٢٤ وما بعدها.

(٢) الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري د.نعمان أحمد الخطيب ص:٤٩ وما بعدها،
القانون الدستوري د. محسن خليل ص:٤٢ وما بعدها، النظم السياسية د. محمد كامل ليلة ص:١٢٥ وما بعدها.

الديمقراطية المباشرة)، وإما بممارسة بعض مظاهر السلطة إلى جانب المجالس النيابية (الديمقراطية شبه المباشرة) وذلك على خلاف مبدأ سيادة الأمة والذي لا يتناسب إلا مع النظام النيابي.

ثانيا :الانتخاب حق لا وظيفة :حيث يكون لكل فرد حق ممارسة الحقوق السياسية ومنها حق الانتخاب ، ولأن أهمية المجلس النيابية التي تشكل بالانتخاب نقل بسبب المشاركة السياسية المباشرة من أفراد الشعب .

ثالثا: الأخذ بالاقتراع العام :ففي ظل سيادة الشعب يسود الاقتراع العام ،فلكل فرد من أفراد الشعب ممارسته إذا استوفى الشروط التنظيمية العامة بدون قيود مالية أو علمية أو ثقافية ... بخلاف الاقتراع المقيد والذي يتطلب القيود السابقة .

رابعا :الوكالة الإلزامية ونشأة الأحزاب:حيث يصبح لجمهور الناخبين تأثير كبير على نوابهم ،ولم تعد العلاقة بين الناخب والنائب مجرد علاقة اختيار تنتهي بها عملية الانتخاب ،بل أصبح النائب يخضع لتعليمات ورغبات ناخبه الذين يباشرون عليه سلطة الرقابة والتوجيه ، ويتحمل هذا الدور أيضا الأحزاب السياسية في ضوء ما تمتلكه من خبرات فنية وقدرات مادية والتي تؤدي في النهاية إلى خضوع النائب لبرامج وآراء الحزب الذي يتبعه وإلا فقد ثقة الحزب وحرم من مساعدته في الانتخابات...

خامسا:الأخذ بنظام التمثيل النسبي:حيث يحفظ حق الأقليات السياسية في تمثيل نفسها في البرلمان من خلال توزيع المقاعد النيابية في كل دائرة انتخابية ؛طبقا لعدد أصوات الناخبين الذي تحصل عليه قائمة كل حزب في كل قائمة .

سادسا:القانون تعبير عن إرادة الأغلبية:والمتمثلة في إرادة الناخبين وما على الأقلية المعارضة إلا الإذعان لرأي الأغلبية دون أي اعتبار آخر

طالما بقي القانون قائما، وهذا بخلاف مبدأ سيادة الأمة والذي ينظر إلى القانون على أساس تعبير عن الإرادة العامة للأمة. (١)
نقد مبدأ سيادة الشعب :

أولا : تجسيد علاقة التبعية بين النائب والناخب بحيث يعود الأول ملتزما بآراء ومعتقدات الآخر ، ولذلك قيل إن ارتباط النواب بناخبهم بمثل هذا الارتباط يؤدي إلى إحياء الوكالة الإلزامية والتي من شأنها أن تغلب الصالح الخاص للناخبين على الصالح العام ؛ مما يؤدي إلى عواقب وخيمة على الحياة النيابية وعلى الدولة أيضا .

ثانيا : تجزئة السيادة وجعلها مقسمة بين أفراد الشعب ؛ مما يؤدي إلى الاضطراب وعدم الاستقرار والوضوح؛ لعدم تحديد صاحب السيادة الفعلي هل هو الفرد أو الشعب أم الدولة ؟ ولقد حاول البعض إزالة الغموض الذي يكتنف مبدأ السيادة في هذا المجال ففرق بين سيادة الأمة والسيادة في الدولة فقال: إن سيادة الدولة تعني: عدم خضوعها لسلطة أخرى عليا سواء في الداخل أم في الخارج ، أما السيادة في الدولة فتعود إلى ممارستها وصاحب الأمر فيها. (٢)

وعلى هذا فنقطة الخلاف بين مبدأي سيادة الأمة وسيادة الشعب : أن المبدأ الأول يعطي السيادة لمجموع الأفراد منظورا إليه كوحدة واحدة مجردة لا يقبل التجزئة ومستقلة عن الأفراد ذاتهم ، بينما لا ينظر مبدأ سيادة الشعب

(١) النظم السياسية د. ثروت بدوي ص: ١٤ ، ١٢٦ وما بعدها، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري د. نعمان أحمد الخطيب ص: ٥٢ وما بعدها، القانون الدستوري د. محسن خليل ص: ٥٤ وما بعدها، النظم السياسية د. محمد كامل ليلة ص: ٢٢٥ وما بعدها ، مبادئ الأنظمة السياسية د. مصطفى أبو زيد فهمي ص: ٧٦ ، مبادئ القانون الدستوري والنظم الدستورية د. كمال أبو غالي ص: ٤٢٥.

(٢) النظم السياسية د. ثروت بدوي ص: ٢٤، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري د. نعمان أحمد الخطيب ص: ٥٦ وما بعدها، القانون الدستوري د. محسن خليل ص: ٥٠ وما بعدها، النظم السياسية د. محمد كامل ليلة ص: ١٢٧ ، ٢٠٨ وما بعدها .

إلى هذا المجموع إلا من خلال الأفراد الذين تقرر لهم السيادة وتنقسم بينهم بحيث يكون لكل فرد جزء منها وبالتالي تصبح هذه السيادة مجزأة ومقسمة على الأفراد بحسب عددهم في

المجتمع السياسي . (١)

ونظرا لما تعرض له مبدأ سيادة الأمة من انتقادات فقد تنكر أغلب فقهاء القانون له وشايعوا مبدأ سيادة الشعب؛ ظنا منهم قدرته في تحقيق ما عجز مبدأ سيادة الأمة. (٢)

والحقيقة فإنه بالرغم من صحة الوقائع التي تعبر عن وضع الحالة الدستورية التي عاصرها مبدأ سيادة الأمة، وما عايشه من استبداد في أنظمة الحكم وانتهاك لحقوق الأفراد وحررياتهم، إلا أن ذلك لا يقوم دليلا ثابتا وواضحا على قصور هذا المبدأ في تحقيق الأهداف الأصلية التي نشأ لخدمتها؛ لأن ذلك إن دل فإنما يدل على سوء في التطبيق أكثر من قصور في المبدأ نفسه خاصة وأنه قد تعاصر مع انتشار المذهب الفردي التقليدي ذي الدور السلبي للدولة الذي كان يفتقر للكثير من الضمانات الفعلية والعملية لحقوق وحرريات الفرد رغم أنه ظهر أساسا لحماية الحقوق الطبيعية له وجعله غاية مقدسة للمجموع لا يجوز المساس بها، ولذلك يجب أن نفصل بين النظرية في ذاتها والنظرية في تطبيقاتها، ذلك أن سيادة الأمة إذا كانت مطلقة من حيث إنها السيادة العليا التي لا تعلوها سيادة أخرى في داخل الدولة فإن هذه السيادة المطلقة مقيدة من حيث هدفها، وهو هدف ديمقراطي مؤداه حماية حقوق الأفراد وحررياتهم والعمل لتحقيق النفع العام للأمة ولا يعقل أن يكون هذا هو هدف سيادة الأمة والقصد منها ثم توصف بعد ذلك بأنها تؤدي إلى

(١) الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري د.نعمان أحمد الخطيب ص: ٤٨.
(٢) النظم السياسية د.ثروت بدوي ص: ٣٤، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري د.نعمان أحمد الخطيب ص: ٥٧ وما بعدها، القانون الدستوري د. محسن خليل ص: ٦٠ وما بعدها، النظم السياسية د. محمد كامل ليلة ص: ٢٢٧ وما بعدها .

نظم استبدادية، إن النقد في هذه الحالة لا يلحق بمبدأ سيادة الأمة بل إلى القائمين على ممارسة وتطبيق هذه السيادة، والتطبيق السليم لها يدحض القول بأنها تؤدي إلى الاستبداد وأنها خطر على الحرية، ومما يحسب لمبدأ سيادة الأمة أنها تؤدي إلى حفظ وحدة الأمة، وترجيح الصالح العام على المصالح الشخصية أو الطائفية، بخلاف مبدأ سيادة الشعب والذي قد يؤدي إلى ضياع المصالح العامة مقابل المصالح الشخصية مما يؤدي إلى تفتت وحدة الأمة ويقضي على الاستقرار اللازم للعمل المثمر لخير المجتمع، كما أن مبدأ سيادة الشعب ليس مانعا للحكام من الاستبداد ولا عاصما لهم من الانحراف، صحيح أن مبدأ سيادة الشعب ذو مضمون أكثر واقعية وأدق تصورا لممارسة الديمقراطية إلا أن سبب انتشاره يعود بصفة أساسية لمعاصرته لسيطرة المبدأ الاجتماعي وانتشاره والذي اقتضى من الدولة تدخلا حقيقيا لتقرير حقوق الأفراد ليست الطبيعية فحسب بل الاجتماعية والاقتصادية كذلك وضمن حمايتها وتمتع الأفراد بها. (١)

وقد تبنى الدستور المصري مبدأ سيادة الشعب فنص في المادة (٤) منه على أن: "السيادة للشعب وحده يمارسها ويحميها، وهو مصدر السلطات... (٢)".

ومع تبني الدستور المصري مبدأ سيادة الشعب إلا أنه اعتبر الانتخاب وظيفة وعاقب من تخلف عن أداء تلك الوظيفة بتغريمه مبلغ خمسمائة جنيه؛ مما يعد مخالفة لمبدأ سيادة الشعب، فنص في المادة ٤٣ من قانون الانتخابات الرئاسية رقم ٢٢ لسنة ٢٠١٤ م على: "يعاقب بغرامة

(١) النظم السياسية د. محمد كامل ليلة ص: ٢٣١ وما بعدها، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري د. نعمان أحمد الخطيب ص: ٥٨.
(٢) الجريدة الرسمية - العدد ٣ مكرر (أ) الصادر في ١٨ يناير من عام ٢٠١٤ م - ص: ٧.

لا تجاوز خمسمائة جنيه من كان اسمه مقيدا بقاعدة بيانات الناخبين وتخلف
بغير عذر عن الإدلاء بصوته في انتخابات رئيس الجمهورية". (١)
ونص في المادة (٥٧) من قانون مباشرة الحقوق السياسية رقم ٤٥
لسنة ٢٠١٤م على: "يعاقب بغرامة لا تجاوز خمسمائة جنيه من كان اسمه
مقيدا بقاعدة بيانات الناخبين وتخلف بغير عذر عن الإدلاء بصوته في
الانتخاب أو الاستفتاء". (٢)

أما طرق انتخاب رئيس الجمهورية : فقد تعدد واختلفت باختلاف
الدساتير، فمن هذه الدساتير من جعلت هذا الانتخاب بواسطة الشعب ، ومنها
من جعلته بواسطة البرلمان ، ومنها من جعلته مشتركا بين الشعب والبرلمان
(٣) .

ويختار رئيس الجمهورية عن طريق الاقتراع السري العام المباشر
من الناخبين المقيدة أسماؤهم في جداول الانتخابات وذلك بالأغلبية المطلقة
لعدد الأصوات الصحيحة، وهذا ما نصت عليه المادة (١٤٣) من الدستور،
وكذلك المادة (١/١) من القرار بالقانون رقم ٢٢ لسنة ٢٠١٤م بتنظيم
الانتخابات الرئاسية والمنشور في الجريدة الرسمية العدد ١٠ مكرر في ٨
مارس سنة ٢٠١٤م ، والتي نصت على : " ينتخب رئيس الجمهورية عن
طريق الاقتراع السري العام المباشر في قاعدة بيانات الناخبين ، وعلى كل
ناخب أن يباشر بنفسه هذا الحق " .

ويشترط فيمن يترشح لرئاسة الجمهورية كما نصت المادة ١٤١ من
الدستور ، والمادة (١) من القرار بالقانون رقم ٢٢ لسنة ٢٠١٤م بتنظيم
الانتخابات الرئاسية: أن يكون من أبوين مصريين ، وألا يكون قد حمل أو أي
من والديه أو زوجه جنسية زوجة أخرى ، وأن يكون حاصلًا على مؤهل

(٣) الجريدة الرسمية - العدد ١٠ (مكرر) الصادر في ٨ مارس من عام ٢٠١٤م - ص: ١٧ .

(٤) الجريدة الرسمية - العدد ٢٣ (تابع) الصادر في ٥ يونيو من عام ٢٠١٤م - ص: ٣٢ .

(١) الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري د. نعمان أحمد الخطيب ص: ٢٠٢ وما بعدها.

عال، وأن يكون متمتعاً بحقوقه المدنية والسياسية ، وألا يكون قد حكم عليه في جناية أو جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة ولو كان قد رد إليه اعتباره ، وأن يكون قد أدى الخدمة العسكرية أو أعفي منها قانوناً ، وألا يقل سن المرشح يوم فتح باب الترشيح عن أربعين سنة ميلادية ، وألا يكون مصاباً بمرض بدني أو ذهني يؤثر على أدائه لمهام رئاسة الجمهورية

ويلزم لقبول الترشيح لرئاسة الجمهورية كما نصت المادة ١٤٢ من الدستور، والمادة ٢ من القرار بالقانون رقم ٢٢ لسنة ٢٠١٤م بتنظيم الانتخابات الرئاسية: أن يزكي المتقدم للترشيح عشرون عضواً على الأقل من أعضاء في مجلس النواب ، أو أن يؤيده ما لا يقل عن خمسة وعشرين ألف مواطن ممن لهم حق الانتخاب في خمس عشرة محافظة على الأقل وبحد أدنى ألف مؤيد من كل محافظة منها.

وقد نصت المادة (٣) من القرار بالقانون رقم ٢٢ لسنة ٢٠١٤م بتنظيم الانتخابات الرئاسية على أن تقدم طلبات الترشيح إلى لجنة تسمى: " لجنة الانتخابات الرئاسية " والتي تشكل برئاسة رئيس المحكمة الدستورية العليا وعضوية رئيس محكمة استئناف القاهرة، وأقدم نواب رئيس المحكمة الدستورية العليا، وأقدم نواب رئيس محكمة النقض؛ وأقدم نواب رئيس مجلس الدولة.

والتي تختص بالإشراف الكامل على الانتخابات من بدايتها إلى نهايتها، وتكون قراراتها نهائية وناقذة بذاتها غير قابلة للطعن عليها بأي طريق وأمام أية جهة، كما لا يجوز التعرض لقراراتها بالتأويل أو بوقف التنفيذ، كما نصت المادة (٧) من القرار بالقانون رقم ٢٢ لسنة ٢٠١٤م بتنظيم الانتخابات الرئاسية. (١)

(١) الدستور المصري د. مصطفى أبو زيد فهمي ص: ٣٩٧، النظم السياسية د. حسين عثمان محمد ص: ٢٤٦، النظام الدستوري المصري في العهد الجمهوري د. محمد الشافعي أبو راس ص: ٧٧، الوسيط في القانون الدستوري د. جابر جاد نصار ص: ٣١٨.

وطبقا للمادة (٢٠٨) وما بعدها من الدستور تؤول اللجنة العليا للانتخابات إلى الهيئة الوطنية للانتخابات وتكون هذه الهيئة هي المشرفة على كافة الاستفتاءات والانتخابات وكل ما يتعلق بها، والتي ستتكون طبقا للمادة (٢٠٩) من نفس الدستور من: " عشرة أعضاء ينتدبون ندبا كليا بالتساوي من بين نواب رئيس محكمة النقض ، ورؤساء محاكم الاستئناف ، ونواب مجلس الدولة ، وهيئة قضايا الدولة ، والنيابة الإدارية ، يختارهم مجلس القضاء الأعلى، والمجالس الخاصة للجهات والهيئات القضائية المتقدمة بحسب الأحوال، من غير أعضائها، ويصدر بتعيينهم قرار من رئيس الجمهورية. ويكون ندبهم للعمل بالهيئة ندبًا كليًا لدورة واحدة مدتها ست سنوات، وتكون رئاستها لأقدم أعضائها من محكمة النقض. ويتجدد نصف عدد أعضاء المجلس كل ثلاث سنوات. وللهيئة أن تستعين بمن ترى من الشخصيات العامة المستقلة، والمتخصصين، وذوى الخبرة في مجال الانتخابات دون أن يكون لهم حق التصويت. يكون للهيئة جهاز تنفيذي دائم يحدد القانون تشكيله، ونظام العمل به، وحقوق وواجبات أعضائه و ضماناتهم، بما يحقق لهم الحياد والاستقلال والنزاهة".

أما طرق عزل رئيس الجمهورية: فمن حق رئيس الجمهورية أن يتقدم باستقالته؛ لأي سبب خاص أم عام، وقد كفل له الدستور ذلك ،حيث نص عليه في المادة (١٥٨) منه على : " لرئيس الجمهورية أن يقدم استقالته إلى مجلس النواب ، فإذا كان المجلس غير قائم قدمها إلى الجمعية العامة للمحكمة الدستورية العليا".

وإذا استقال رئيس الدولة أو عجز عجزا بدنيا أو نفسيا أو إداريا، فقام به مانع من الموانع المؤقتة أو الدائمة يحول دون مباشرته لسلطاته وإدارة شئون الدولة فإن الدستور قد اتخذ معه عدة إجراءات بينها في المادة (١٦٠) منه حيث نصت على: " إذا قام مانع مؤقت يحول دون مباشرة رئيس

الجمهورية لسلطاته، حل محله رئيس مجلس الوزراء. وعند خلو منصب رئيس الجمهورية للاستقالة، أو الوفاة، أو العجز الدائم عن العمل، يعلن مجلس النواب خلو المنصب. ويكون إعلان خلو المنصب بأغلبية ثلثي الأعضاء على الأقل إذا كان ذلك لأي سبب آخر. ويخطر مجلس النواب الهيئة الوطنية للانتخابات، ويباشر رئيس مجلس النواب مؤقتاً سلطات رئيس الجمهورية. وإذا كان مجلس النواب غير قائم، تحل الجمعية العامة للمحكمة الدستورية العليا ورئيسها، محل المجلس ورئيسه، فيما تقدم. وفي جميع الأحوال، يجب أن يُنتخب الرئيس الجديد في مدة لا تجاوز تسعين يوماً من تاريخ خلو المنصب، وتبدأ مدة الرئاسة في هذه الحالة من تاريخ إعلان نتيجة الانتخاب. ولا يجوز لرئيس الجمهورية المؤقت أن يترشح لهذا المنصب، ولا أن يطلب تعديل الدستور، ولا أن يحل مجلس النواب، ولا أن يقبل الحكومة". وكذلك من حق الشعب أن يعزل رئيس الجمهورية : حيث أعطى الدستور الشعب هذا الحق في عزل رئيس الجمهورية متى فقد ثقتهم قبل انقضاء مدة الرئاسة التي انتخب لها ، ويتم ذلك بناء على طلب مسبب وموقع عليه من أغلبية أعضاء مجلس النواب على الأقل وموافقة ثلثي أعضائه وبعد موافقة مجلس النواب وموافقة الشعب في استفتاء عام . (١)

فقد نصت المادة (١٦١) من الدستور على أنه: "يجوز لمجلس النواب اقتراح سحب الثقة من رئيس الجمهورية، وإجراء انتخابات رئاسية مبكرة، بناءً على طلب مسبب وموقع من أغلبية أعضاء مجلس النواب على الأقل، وموافقة ثلثي أعضائه. ولا يجوز تقديم هذا الطلب لذات السبب خلال المدة الرئاسية إلا مرة واحدة. وبمجرد الموافقة على اقتراح سحب الثقة، يطرح أمر سحب الثقة من رئيس الجمهورية وإجراء انتخابات رئاسية مبكرة في

(١) مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية د.كمال الغالي ص: ٢٨٨، النظم السياسية د. محمود عاطف البنا ص: ٢٩٦ ،الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري د.نعمان أحمد الخطيب ص:

استفتاء عام، بدعوة من رئيس مجلس الوزراء، فإذا وافقت الأغلبية على قرار سحب الثقة، يُعفى رئيس الجمهورية من منصبه ويُعد منصب رئيس الجمهورية خالياً، وتجري الانتخابات الرئاسية المبكرة خلال ستين يوماً من تاريخ إعلان نتيجة الاستفتاء. وإذا كانت نتيجة الاستفتاء بالرفض، عُِد مجلس النواب منحلّاً، ويدعو رئيس الجمهورية لانتخاب مجلس جديد للنواب خلال ثلاثين يوماً من تاريخ الحل."

الفرع الثالث

الموازنة بين النظام الإسلامي والنظم القانونية والدستورية في

كفالة حق الأفراد في اختيار الحاكم ومراقبته وعزله
تتفق النظم القانونية والدستورية مع النظام السياسي الإسلامي في حق اختيار الحاكم ومراقبته وعزله فيما يلي :
أولاً: أهلية الحاكم وخلوه من الموانع التي تعيقه عن أداء مهمته في رعاية العباد وإدارة شئون البلاد .

ثانياً: جواز عزل الحاكم بضوابط وشروط معينة إذا أساء ولم يوفي حق رعيته وأخل بمسؤولياته تجاه وطنه وشعبه، فالنظام السياسي الإسلامي يتبع سياسية التدرج والنصح والإرشاد أولاً فإذا لم تجدي معه يتجه لعزله بشرط أمن الفتنة والمضرة على العباد والبلاد - على القول المختار في المسألة -، أما في النظم القانونية والدستورية المعاصرة فيجوز عزله بناءً على طلب مسبب وموقع من أغلبية أعضاء مجلس النواب على الأقل، وموافقة ثلثي أعضائه.

ثالثاً: جواز أن يعفي الحاكم نفسه من منصبه بالاستقالة إذا وجد من نفسه مانعاً يعوقه عن أداء مهام منصبه وخدمة شعبه ووطنه.

وتختلف النظم القانونية والدستورية مع النظام السياسي الإسلامي في صاحب السيادة على سلطات الدولة: ففي حين اختار النظام السياسي

الإسلامي مبدأ سيادة الأمة ، اختلفت النظم القانونية والدستورية في ماهية صاحب السيادة على سلطات الدولة ، فساد أولاً مبدأ سيادة الأمة ثم تنكر له معظم فقهاء القانون والدستور ومن ثم تبنت الدساتير مبدأ سيادة الشعب للأسباب السابقة ، ومنها الدستور المصري والذي تبني مبدأ سيادة الشعب .

الخاتمة

أولا : أهم النتائج

النتائج العامة بالبحث

﴿ الشريعة الإسلامية شريعة خالدة بحق ؛ فهي مرنة سهلة تواكب العصر وتساير أحدث النظم العالمية في كل مجال من مجالات الحياة ، لا تقف عند حد ولا تجمد عند حكم ، لاسيما في مجال السياسة والإدارة وشئون الحكم.

فلقد كان لأحكامها قصب السبق في تنظيم الحقوق السياسية باختيار الحاكم وتنصيبه على أمور العباد والبلاد، ومحاسبته وعزله، وتمكين الأمة من المشاركة في الحياة السياسية، وإدارة شئونها ومراعاة مصالحها، وإعطاء كل ذي حق حقه بما يتوافق ما أحكام الشريعة الإسلامية و بما يحقق العدل ويرفع الظلم عن الفرد والمجتمع .

أما النظم السياسية الأخرى ؛ وإن نظمت ذلك إلا أنها تهتم بأسلوب إدارة المؤسسات واتخاذ القرارات وكيفية الوصول إلى السلطة والحكم دون النظر إلى ما يترتب على فعل ذلك من ثواب أو عقاب في الآخرة، فهي تستمد أحكامها ونظرياتها وأعرافها من التجارب والمورثات الشخصية والجماعية عبر السنين بدون النظر إلى المرجعية الدينية.

النتائج الخاصة بالبحث

[١] الحقوق السياسية في النظام الإسلامي - في رأي- بمعناها الذي يتفق مع تعريف الحق والسياسة هي: " اختصاص يسمح لصاحبه بممارسة المشاركة في الحياة السياسية بإدارة شئون الأمة ورعاية مصالحها وتولي سلطاتها العامة ؛ وفق مرجعية الشريعة الإسلامية" ، أما الحقوق السياسية في النظم الدستورية والقانونية فهي " ما يقرر للفرد باعتباره مواطنا في دولة

معينة؛ يمكنه من ممارسة المشاركة في الحياة السياسية بالمساهمة في حكم هذه الدولة وإدارة شؤونها".

[٢] ممارسة الحقوق السياسية حق من الحقوق الأصيلة لكل فرد وجزء لا يتجزأ من صميم الدين، كفلتها جميع الأنظمة السياسية لكل من الراعي والرعية، وحثت عليها؛ لتحقيق مصالح الفرد والمجتمع على حد سواء في كل مجالات الحياة الاقتصادية والسياسية والاجتماعية؛ شريطة أن تتوافق في النظام السياسي الإسلامي مع أحكام الشريعة الإسلامية، ودورانها مع الأحكام الخمسة وجوداً وعدماً.

[٣] تتفق النظم الدستورية والقانونية مع النظام السياسي الإسلامي في أن: الحقوق السياسية تكون بممارسة المشاركة في إدارة شؤون البلاد وتولي سلطاتها العامة ورعاية مصالحها الداخلية والخارجية.

[٤] تتفق النظم الدستورية والقانونية مع النظام السياسي في أنواع الحقوق السياسية وهي: حق الترشيح وهو: الحق المقرر للفرد ليتقدم إلى هيئة الناخبين لاختياره نائباً عنهم في السلطة التشريعية أو السلطات المحلية، وحق الانتخاب وهو: الحق الثابت للفرد في اختيار من يمثلونه في السلطات المختلفة، وحق الاستفتاء وهو: الحق المقرر للأفراد في ابداء رأيهم فيما يخص الدولة وشؤونها، وحق تولي الوظائف العامة وهو: حق الفرد في أن يكون مكلفاً بالقيام بأعباء الوظيفة العامة في الدولة، وهذه الحقوق ينظمها القانون العام وبالأخص القانون الدستوري ولهذا تسمى هذه الحقوق أيضاً بالحقوق الدستورية، وهذه الحقوق هي واجب وحق بآن واحد.

[٥] لم تختلف النظم الدستورية والقانونية المعاصرة مع النظام السياسي الإسلامي في كفالة ممارسة الحقوق السياسية للأفراد عن طريق الانتخابات والاستفتاءات، فقد كفلت ذلك ونظمتها في الدساتير والقوانين المنظمة لذلك بضوابط وشروط، وإن كان النظام الإسلامي قد سبقها في ذلك؛

ففي الوقت الذي كانت تعج فيه أوروبا وغيرها في برك الظلام والديكتاتورية كان المسلمون في عهدهم الأول بعد موت النبي - ﷺ - يمارسون حراكا سياسيا يقوم على العدل والحرية والمساواة بين الناس جميعا .

[٦] تتفق النظم القانونية والدستورية مع النظام السياسي الإسلامي في التأكيد على أهلية الحاكم وخلوه من الموانع التي تعيقه عن أداء مهمته في رعاية العباد وإدارة شئون البلاد ، وكذلك في جواز عزله بضوابط وشروط معينة إذا أساء ولم يوفي حق رعيته وأخل بمسؤولياته تجاه وطنه وشعبه، فالنظام السياسي الإسلامي يتبع سياسية التدرج والنصح والإرشاد أولا فإذا لم تجدي معه يتجه لعزله بشرط أمن الفتنة والمضرة على العباد والبلاد - على القول المختار في المسألة -، أما في النظم القانونية والدستورية المعاصرة فيجوز عزله بناءً على طلب مسيب وموقع من أغلبية أعضاء مجلس النواب على الأقل، وموافقة ثلثي أعضائه، وأخيرا يتفان في جواز أن يعفي الحاكم نفسه من منصبه بالاستقالة إذا وجد من نفسه مانعا يعوقه عن أداء مهام منصبه وخدمة شعبه ووطنه.

وتختلف معه في صاحب السيادة على سلطات الدولة: ففي حين اختار النظام السياسي الإسلامي مبدأ سيادة الأمة ، اختلفت النظم القانونية والدستورية في ماهية صاحب السيادة على سلطات الدولة ، فساد أولا مبدأ سيادة الأمة ثم تنكر له معظم فقهاء القانون والدستور ومن ثم تبنت الدساتير مبدأ سيادة الشعب للأسباب السابقة ، ومنها الدستور المصري والذي تبنى مبدأ سيادة الشعب .

[٧] تختلف النظم الدستورية والقانونية المعاصرة مع النظام السياسي الإسلامي في مرجعية ممارسة الحقوق السياسية؛ فالنظم الدستورية والقانونية المعاصرة ترفض تماما دخول الدين في العمل السياسي عموما، فهي تقوم على جواز ممارسة الحقوق السياسية وعلى التعددية الحزبية لكنها لا تهتم

بالمرجعية الدينية بل وتحظر قيام هذه الممارسات على هذا الأساس وتجرمه قانوناً، وهذا بخلاف النظام السياسي الإسلامي والذي يجعل من المرجعية الدينية أساساً للعمل السياسي؛ لتحقيق مصالح العباد والبلاد بعيداً عن المصالح الشخصية؛ ونيل ثواب الله - تعالى - في الدنيا والآخرة، بدون فصل بين الدين والحقوق السياسية، فهو يربط بين الدين والسياسة معاً كأساس لشرعية الحكم، ومن ثم يعتبر مفهوم السياسة الشرعية مفهوماً مركباً، يجمع بين الفكر والحركة من جانب، وبين السياسة والدين من جانب آخر؛ باعتبار أن الإسلام شامل لكل مناحي الحياة.

ثانياً : أهم التوصيات

[١] تضمين المقررات التعليمية في المدارس العامة والخاصة بمراحلها المختلفة معلومات وإرشادات سياسية ميسرة على حسب عمر الطالب وفهمه، بعيدة عن التحزبية؛ تساعد على: توعيه الطالب بما يحدث في بلده، ومعرفته ما يضر بها من عادات سياسية سيئة وممارسات إدارية خاطئة من جانب الفرد والمجتمع، حتى إذا ما كبر كانت عنده الخبرة التفاعلية مع ما يحدث في المجتمع، والحكمة السياسية في الاختيار الصائب الذي يستفيد منه ويعود بالنفع والخير على البلاد والعباد.

[٢] تبني الإعلام المقروء والمسموع والمرئي نشر الوعي السياسي بين الناس بكل حيادية، وتبصير المجتمع بالمخاطر السياسية التي قد تعود عليه عند جهله السياسي بالأمر الداخلي والخارجية، وتقديم المشورة والنصيحة للراغبين في تعلم السياسة الشرعية والنظم الإدارية عن طريق متخصصين في هذا المجال .

[٣] عقد دورات تدريبية وتنقيفية من جانب الأحزاب السياسية تشترك فيها الحكومة وتدعمها، توضح للأمة الحقوق السياسية للحاكم والمحكومين وكيفية ممارستها تحت مظلة الأحكام الشرعية .

فهرسُ المصادر والمراجع (أبجدي)

كتبُ التفسيرِ وعلوم القرآن

١. أحكام القرآن: للإمام أبي أحمد بن علي الرازي الجصاص الحنفي ،
ت: ٣٧٠ هـ - ط دار الكتب العلمية - بيروت - ط ١/١٤١٥ هـ -
١٩٩٤م.
٢. إرشاد العقل السليم إلى مزايا القرآن الكريم :للإمام محمد بن محمد
العمراوي أبو السعود ، ت: ٩٥١ هـ - ط دار احياء التراث
العربي- بيروت- (بدون) .
٣. تفسير المنار : لمحمد رشيد رضا - ط الهيئة المصرية العامة
للكتاب- مصر- سنة ١٩٩٠م.
٤. تفسير فتح القدير الجامع بين فني الراوية والدراية من علم التفسير :
للإمام محمد بن علي الشوكاني ، ت : ١٢٥٥ هـ - ط دار ابن
كثير - دمشق - دار الكلم الطيب - بيروت - ط ١/١٤١٤ هـ.
٥. جامع البيان عن تأويل آي القرآن: للإمام أبي جعفر محمد بن جرير
الطبري ، ت : ٣١٠ هـ - ط مؤسسة الرسالة - بيروت - ط ١/
١٤٢٠ هـ / ٢٠٠٠م .
٦. الجامع لأحكام القرآن: للإمام أبي عبد الله محمد بن أحمد بن فرج
الأنصاري، ت : ٦٧١ هـ - ط دار الكتب المصرية - القاهرة - ط
١٣٨٤/٢ هـ - ١٩٦٤م.
٧. زاد المسير في علم التفسير: للإمام عبد الرحمن بن علي بن محمد
الجوزي ، ت: ٥٩٧ هـ ، - ط دار الكتاب العربي - بيروت -
ط ١/١٤٢٢ هـ.

٨. معالم التنزيل: للإمام الحسين بن مسعود الفراء أبو محمد البغوي ،
ت: ٥١٦ هـ - ط دار احياء التراث العربي - بيروت -
ط ١٤٢٠/١ هـ.

٩. مفاتيح الغيب أو التفسير الكبير : لأبي عبد الله محمد بن عمر بن
الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي خطيب
الري ، ت ٦٠٦ هـ - ط دار احياء التراث العربي - بيروت - ط
١٤٢٠/٣ هـ.

كُتُبُ الْحَدِيثِ وَعُلُومِهِ

١. إتحاف الخيرة المهرة بزوائد المسانيد العشرة: لأبي العباس شهاب
الدين أحمد بن أبي بكر بن إسماعيل بن قايماز بن عثمان البوصيري
الكناني ، ت: ٨٤٠ هـ - ط دار الوطن - الرياض - ط ١ / ١٤٢٠ هـ -
١٩٩٩ م.

٢. إتحاف المهرة بالفوائد المبتكرة من أطراف العشرة لابن حجر
العسقلاني، ت: ٨٥٢ هـ - ط مجمع الملك فهد لطباعة المصحف
الشريف (بالمدينة) - ومركز خدمة السنة والسيرة النبوية (بالمدينة) -
ط ١ / ١٤١٥ هـ - ١٩٩٤ م.

٣. الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان: للإمام محمد بن حبان بن أحمد
بن حبان بن معاذ بن مَعْبَد، التميمي، أبو حاتم، الدارمي، البُستِي ، ت:
٣٥٤ هـ - ط مؤسسة الرسالة - بيروت - ط ١ / ١٤٠٨ هـ -
١٩٨٨ م.

٤. الإلزامات والتتبع: للإمام أبي الحسن علي بن عمر بن أحمد بن
مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار الدارقطني، ت: ٣٨٥ هـ - ط
دار الكتب العلمية - بيروت - ط ٢ / ١٤٠٥ هـ / ١٩٨٥ م.

٥. البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير للرافعي: للإمام سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد ابن الملقن المصري، ت: ٨٠٤ هـ - ط دار الهجرة للنشر والتوزيع - الرياض - السعودية - ط ١ / ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م.
٦. تحفة الأحوزي بشرح جامع الترمذي: للإمام محمد بن عبد الرحيم أبو العلا المباركفوري، ت: ١٣٥٣ هـ - ط دار الكتب العلمية - بيروت - (بدون).
٧. تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير: للإمام ابن حجر العسقلاني، ت: ٨٥٢ هـ - ط مؤسسة قرطبة - مصر - ط ١ / ١٤١٦ هـ - ١٩٩٥ م.
٨. التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد: للإمام عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري، ت: ٤٦٣ هـ - ط وزارة عموم الأوقاف والشئون الإسلامية - المغرب - سنة ١٣٨٧ هـ.
٩. التنقيح: للإمام محمد بن أحمد بن عبد الهادي الحنبلي، ت: ٧٤٤ هـ - لأحاديث التحقيق لابن الجوزي - ط أضواء السلف - الرياض - ط ١ / ١٤٢٨ هـ - ٢٠٠٧ م.
١٠. جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم: للإمام ابن رجب الحنبلي، ت: ٧٩٥ هـ - ط مؤسسة الرسالة - بيروت - ط ٧ / ١٤٢٢ هـ - ٢٠٠١ م.
١١. جامع بيان العلم وفضله: للإمام ابن عبد البر، ت: ٤٦٣ هـ - ط دار ابن الجوزي - السعودية - ط ١ / ١٤١٤ هـ / ١٩٩٤ م.
١٢. حاشية السندي على سنن ابن ماجه - ط دار الجيل - بيروت - (بدون).
- .- (

١٣. حاشية السندي على سنن النسائي لجلال الدين السيوطي - مكتب المطبوعات الإسلامية - حلب - ط ١٤٠٦/٢هـ - ١٩٨٦م.
١٤. الدراية في تخريج أحاديث الهداية: للإمام ابن حجر العسقلاني، ت: ٨٥٢ هـ - ط دار المعرفة بيروت - (بدون) - .
١٥. سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام: للإمام محمد بن إسماعيل الصنعاني، ت: ١١٨٢ هـ - ط دار الحديث - القاهرة - ط ١/١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠م .
١٦. سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيء من فقهها وفوائدها: للإمام الألباني - ط مكتبة المعارف - الرياض - ط ١/١٤١٥ هـ - ١٩٩٥م.
١٧. سنن ابن ماجه: للإمام أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني، ت: ٢٧٣ هـ - ط دار الفكر - بيروت - (بدون) - .
١٨. سنن أبي داود: للإمام سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني، ت: ٢٧٥ هـ - ط دار الفكر - (بدون) - .
١٩. سنن الترمذي: للإمام محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي السلمي، ت: ٢٧٩ هـ - ط مطبعة مصطفى البابي الحلبي - مصر - ط ٢/١٣٩٥ هـ - ١٩٧٥م .
٢٠. السنن الصغرى: للإمام أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرُوْجَرْدِي الخراساني، أبو بكر البيهقي، ت: ٤٥٨ هـ - ط جامعة الدراسات الإسلامية - كراتشي - باكستان - ط ١/١٤١٠ هـ - ١٩٨٩م .
٢١. السنن الكبرى: للإمام أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرُوْجَرْدِي الخراساني، أبو بكر البيهقي، ت: ٤٥٨ هـ - ط دار الكتب العلمية - بيروت - ط ٣/١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣م .

٢٢. السنن الكبرى: للإمام أبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب الخراساني،
النسائي ت: ٣٠٣هـ - ط مؤسسة الرسالة - بيروت -
ط ١/١٤٢١هـ - ٢٠٠١م .
٢٣. سنن النسائي - للإمام أبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب الخراساني،
النسائي ت: ٣٠٣هـ - ط مكتب المطبوعات الإسلامية حلب - ط ٢
/ ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م .
٢٤. شرح الأربعين النووية في الأحاديث الصحيحة النبوية: للإمام تقي
الدين أبو الفتح محمد بن علي بن وهب بن مطيع القشيري، المعروف
بابن دقيق العيد، ت: ٧٠٢هـ - ط مؤسسة الريان - ط
٦/١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م .
٢٥. شرح السنة: للإمام الحسين بن مسعود الفراء أبو محمد البغوي ،
ت: ٥١٦هـ - ط المكتب الإسلامي - بيروت - ط ٢/١٤٠٣هـ -
١٩٨٣م .
٢٦. شرح السيوطي على سنن أبي ماجه - ط قديمي كتب خانة -
كراتشي - (بدون) .
٢٧. شرح النووي على مسلم: للإمام محي الدين النووي ، ت: ٦٧٦هـ
- ط دار احياء التراث العربي - بيروت - ط ٢/١٣٩٢هـ .
٢٨. شرح سنن أبي داوود: للإمام بدر الدين العيني - ط مكتبة الرشد -
الرياض - ط ١/١٤٢١هـ - ١٩٩٩م .
٢٩. شرح صحيح البخاري: للإمام ابن بطلال : أبو الحسن علي بن خلف
بن عبد الملك ، ت: ٤٤٩هـ - ط مكتبة الرشد - السعودية - ط
٢/١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م .
٣٠. صحيح البخاري : للإمام محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري
الجعفي ، ت: ٢٥٦هـ - ط دار طوق النجاة - ط ١/١٤٢٢هـ .

٣١. صحيح الترغيب والترهيب: للمحدث محمد ناصر الدين الألباني ت:
١٤٢٠هـ - ط مكتبة المعارف - الرياض - ط ٥ - (بدون) - .

٣٢. صحيح مسلم : للإمام مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري
النيسابوري ، ت : ٢٦١ هـ - ط دار احياء التراث العربي بيروت
- (بدون).

٣٣. عمدة القاري شرح صحيح البخار: للإمام بدر الدين العيني - ط دار
احياء التراث العربي - بيروت - (بدون) - .

٣٤. عون المعبود شرح سنن أبي داود: للإمام شمس الحق آبادي - ط
دار الكتب العلمية - بيروت - ط ٢ / ١٤١٥ هـ.

٣٥. فتح الباري بشرح صحيح البخاري : للإمام أحمد بن علي بن حجر
أبو الفضل العسقلاني ، ت: ٨٥٢ هـ - ط دار المعرفة - بيروت -
سنة ١٣٧٩هـ.

٣٦. فيض القدير شرح الجامع الصغير : للإمام عبد الرؤوف المناوي -
ط المكتبة التجارية - مصر - ط ١ / ١٣٥٦ هـ .

٣٧. مجمع الزوائد ومنبع الفوائد : للإمام علي بن أبي بكر الهيثمي أبو
الحسن، ت : ٨٠٧ هـ - ط مكتبة القدسي - القاهرة - سنة
١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.

٣٨. مرقاة المفاتيح: للإمام أبي الحسين نور الدين الملا الهروي القاري
ت : ١٠١٤هـ شرح مشكاة المصابيح للتبزي على المصابيح
للبنغوي - ط دار الفكر - بيروت - ط ١ / ١٤٢٢ هـ / ٢٠٠٢م .

٣٩. المستدرك على الصحيحين : للإمام أبي عبد الله محمد بن عبد الله
المعروف بالحاكم ، ت: ٤٠٥ هـ - ط دار الكتب العلمية - بيروت
- ط ١ / ١٤١١هـ - ١٩٩٠م.

٤٠. مسند أحمد: للإمام أبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني، ت: ٢٤١هـ - ط مؤسسة الرسالة - ط ١/١٤٢١هـ - ٢٠٠١م.

٤١. مصنف ابن أبي شيبة: للإمام أبي بكر بن أبي شيبة، عبد الله بن محمد بن خواسن العبسي، ت: ٢٣٥هـ - ط مكتبة الرشد - الرياض - ط ١/١٤٠٩هـ .

٤٢. معالم السنن لأبي سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب البستي المعروف بالخطابي (ت: ٣٨٨هـ) شرح سنن أبي داود - ط المطبعة العلمية - حلب - ط ١/١٣٥١هـ - ١٩٣٢م.

٤٣. المعجم الأوسط: للإمام سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي، أبو القاسم الطبراني، ت: ٣٦٠هـ - ط دار الحرمين - القاهرة - (بدون) -.

٤٤. المعجم الكبير : لسليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي، أبو القاسم الطبراني (ت: ٣٦٠هـ) - ط مكتبة ابن تيمية - القاهرة - ط ٢ - (بدون) -

٤٥. المقاصد الحسنة في بيان كثير من الأحاديث المشتهرة على الألسنة: للإمام شمس الدين أبو الخير محمد بن عبد الرحمن بن محمد السخاوي، ت: ٩٠٢هـ - ط دار

٤٦. الكتاب العربي - بيروت - ط ١/١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.

٤٧. المنتقى لأبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التجيبي القرطبي

٤٨. الباجي الأندلسي، ت: ٤٧٤هـ شرح الموطأ للإمام مالك - ط مطبعة السعادة - مصر - ط ١/١٣٣٢هـ.

٤٩. نصب الرأية في تخريج أحاديث الهداية : للإمام عبد الله بن يوسف أبو محمد الحنفي الزيلعي ، ت : ٧٤٣ هـ - ط مؤسسة الريان - بيروت، دار القبلة- السعودية - ط ١/١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م.
٥٠. نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخبار للشوكاني ، ت ١٢٥٥ هـ - ط دار الحديث - القاهرة - ط ١/١٤١٣ هـ - ١٩٩٣ م .

كتبُ أصولِ الفقه

١. الإبهاج : للإمام تقي الدين وولده تاج الدين السبكي شرح المنهاج للبيضاوي - ط دار الكتب العلمية - بيروت - ١٤١٦ هـ - ١٩٩٥ م .
٢. الإحكام في أصول الأحكام: للإمام سيف الدين الأمدي ، ت: ٦٣٢ هـ - ط المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق- لبنان - (بدون) - .
٣. إرشاد الأنام إلى معرفة الأحكام د. محمد إبراهيم الحنفائي - ١٤٢٢ هـ / ٢٠٠٢ م
٤. إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول: للإمام للشوكاني ، ت ١٢٥٥ هـ - ط دار الفكر - بيروت - ط ١/١٤١٢ هـ - ١٩٩٢ م .
٥. أصول الشاشي: لنظام الدين أبو علي أحمد بن محمد بن إسحاق الشاشي ، ت: ٣٤٤ هـ - ط دار الكتاب العربي - بيروت - (بدون) - .
٦. أصول الفقه الإسلامي د. وهبة الزحيلي - دار الفكر - دمشق - ط ١/ ١٤٠٦ هـ / ١٩٨٦ م.
٧. البحر المحيط : للإمام بدر الدين الزركشي، ت: ٧٩٤ هـ - ط دار الكتبي - ط ١/ ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م .

٨. البرهان في أصول الفقه: لإمام الحرمين الجويني، ت: ٤٧٨هـ - ط
دار الوفاء - المنصورة - مصر - ط ٤/١٨٤١هـ.
٩. التبصرة في أصول الفقه : للإمام أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن
يوسف الشيرازي، ت: ٤٧٦ - ط دار الفكر - دمشق -
١٤٠٣هـ.
١٠. تخريج الفروع على الأصول : محمود بن أحمد الزنجاني ، ت: ٦٥٦
هـ - ط مؤسسة الرسالة - بيروت - ط ٢/١٣٩٨هـ.
١١. لتقرير والتحرير: للإمام ابن أمير الحاج علي تحرير الكمال بن الهمام
- ط دار الكتب العلمية - ط ٢ / ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.
١٢. التمهيد في تخريج الفروع على الأصول : للإمام جمال الدين
الأسنوي ، ت : ٧٧٢ هـ - ط مؤسسة الرسالة - بيروت -
ط ١/١٤٠٠هـ.
١٣. روضة الناظر وجنة المناظر: للإمام ابن قدامة المقدسي، ت: ٦٢٠
هـ - ط مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع - ط ٢/
١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م .
١٤. شرح تنقيح الفصول : للإمام شهاب الدين القرافي ، ت: ٦٨٤ هـ -
شركة الطباعة الفنية المتحدة - ط ١ / ١٣٩٣ هـ / ١٩٧٣م.
١٥. الفوائد في اختصار المقاصد: لسultan العلماء العز بن عبد السلام ، ت
: ٦٦٠ هـ - ط دار الفكر المعاصر - دار الفكر - دمشق -
ط ١/١٤١٦هـ .
١٦. كشف الأسرار لعلاء الدين البخاري شرح أصول البزدوي ،
ت: ٧٣٠ هـ - ط دار الكتاب الإسلامي - (بدون) -
١٧. المحصول لعلم الأصول : للإمام فخر الدين الرازي ، ت: ٦٠٦ هـ
- ط مؤسسة الرسالة - بيروت - ط ٣ / ١٤١٨ هـ / ١٩٩٧م .

١٨. المحصول: للقاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري
الاشبيلي المالكي، ت: ٥٤٣هـ - ط دار اليبارق - عمان - ط ١ /
١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.
١٩. المدخل لعبد القادر بن بدران الدمشقي - ط مؤسسة الرسالة -
بيروت - ط ٢ / ١٤٠١م.
٢٠. المستصفي: للإمام محمد الغزالي أبو حامد - ط دار الكتب العلمية
- بيروت - ط ١ / ١٤١٣هـ .
٢١. الموافقات في أصول الشريعة: للإمام أبي إسحاق الشاطبي ، ت :
٧٩٠ هـ - ط دار الكتب العلمية - بيروت - ط سنة ١٤٢٢هـ -
٢٠٠١م .

كتب قواعد الفقه

١. أنوار البروق في أنواع الفروق: للإمام شهاب الدين أحمد القرافي ،
ت: ٦٨٤ هـ - ط عالم الكتب - (بدون) - .

كتب الفقه

أولاً : المذهب الحنفي

١. الاختيار لتعليل المختار : للإمام عبد الله بن محمود بن مودود بن
محمود أبي الفضل الموصلي ، ت : ٦٨٣ هـ - ط الحلبي -
القاهرة - سنة ١٣٥٦هـ - ١٩٣٧م.
٢. البحر الرائق: للإمام زين الدين بن إبراهيم بن محمود الشهير بابن
نجيم شرح كنز الدقائق للإمام النسفي، ت: ٩٧٠ هـ - ط دار
الكتاب الإسلامي - (بدون) - .
٣. بدائع الصنائع في ترتيب أحكام الشرائع : للإمام علاء الدين الكاساني
، ت: ٥٨٧ هـ - ط دار الكتب العلمية - بيروت ط ٢ / ١٤٠٦ هـ -
١٩٨٦م .

٤. البناية : لأبي محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين
الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني ، ت: ٨٥٥هـ — شرح الهداية
للمرغيناني — ط دار الكتب العلمية — بيروت — ط ١/ ١٤٢٠ هـ —
٢٠٠٠ م .
٥. تبين الحقائق: للإمام فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي ، ت: ٧٤٣
هـ شرح كنز الحقائق للإمام النسفي — ط المطبعة الكبرى الأميرية
— القاهرة — ط ١/ ١٣١٣ هـ .
٦. تحفة الفقهاء: للإمام محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء
الدين السمرقندي، (ت: نحو ٥٤٠ هـ) — ط دار الكتب العلمية —
بيروت — ط ٢/ ١٤١٤ هـ — ١٩٩٤ م .
٧. تكملة الطوري للبحر الرائق لابن نجيم شرح كنز الدقائق للإمام
النسفي — ط دار الكتاب الإسلامي — (بدون) .
٨. الجوهرة النيرة: لأبي بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي الزبيدي
اليمني على مختصر القدوري — ط المطبعة الخيرية — ط ١/ ١٣٢٢
هـ .
٩. حاشية رد المحتار: للإمام ابن عابدين على الدر المختار للإمام
الحصفي شرح تنوير الأبصار للإمام التمرتاش — ط دار الفكر —
بيروت — ط ٢/ ١٤١٢ هـ — ١٩٩٢ م .
١٠. درر الحكام شرح غرر الحكام منلا خسرو — ط دار احياء الكتب
العربية — (بدون) .
١١. العناية: للإمام محمد بن محمود البابر تي ، ت: ٧٨٦ هـ شرح
الهداية لبرهان الدين المرغيناني ت: ٥٩٣ هـ — ط دار الفكر —
(بدون) .

١٢. لسان الحكام في معرفة الأحكام لأحمد بن محمد بن محمد، أبو الوليد،
لسان الدين ابن الشَّحْنَة النَّقْفِي - ط البابي الحلبي - القاهرة - ط ٢ /
١٣٩٣ هـ / ١٩٧٣ م.

١٣. المبسوط : للإمام محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي أبو بكر ،
ت : ٤٩٠ هـ - ط دار المعرفة - بيروت - ١٤١٤ هـ / ١٩٩٣ م .

١٤. مجمع الأنهر: : للإمام عبد الله بن الشيخ محمد بن سليمان المعروف
بدماد افندي في شرح ملتقى الأبحر للإمام إبراهيم بن محمد
الحلبي- ط دار احياء التراث العربي - بيروت - (بدون) - .

١٥. المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة لأبي المعالي
برهان الدين

١٦. محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة البخاري الحنفي -
ط دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان - ط ١ / ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٤ م .

ثانياً : المذهب المالكي

١. بداية المجتهد ونهاية المقتصد : للإمام أبي الوليد محمد بن أحمد بن
محمد بن رشد القرطبي الحفيد ، ت: ٥٩٥ هـ - دار الحديث -
القاهرة- ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م.

٢. بلغة السالك لأقرب المسالك المعروفة بحاشية الصاوي على الشرح
الصغير : للإمام أبي العباس أحمد بن محمد بن محمد الخلوئي المعروف
بالصاوي ، ت : ١٢٤١ هـ - ط دار المعارف - ١٩٧٢ م.

٣. التاج والإكليل: للإمام أبو عبد الله محمد بن يوسف العبدري الشهير
بالمواق ، ت : ٨٩٧ هـ شرح مختصر خليل - ط دار الكتب
العلمية - ط ١ / ١٤١٦ هـ - ١٩٩٤ م.

٤. حاشية الدسوقي : للإمام محمد بن محمد بن عرفة الدسوقي ، ت: ٨٠٣ هـ على الشرح الكبير للدردير - ط دار الفكر - (بدون) .
٥. الذخيرة: للإمام شهاب الدين للقرافي ت: ٦٨٤ هـ - ط دار الغرب الإسلامي - بيروت - ط ١/١٩٩٤م.
٦. شرح مختص خليل لمحمد بن عبد الله الخرخشي المالكي أبو عبد الله - ط دار الفكر للطباعة - بيروت - (بدون) -.
٧. الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني لأحمد بن غانم بن سالم ابن مهنا، شهاب الدين النفراوي - ط دار الفكر - ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م.
٨. القوانين الفقهية لأبي القاسم محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزى الكلبي الغرناطي - بدون -.
٩. المدخل: لأبي عبد الله محمد بن محمد بن محمد العبدري الفاسي المالكي الشهير بابن الحاج، ت: ٧٣٧هـ - ط دار التراث - (بدون) -
١٠. المقدمات والممهديات : لابن رشد الوالد ، ت: ٥٢٠ هـ - ط دار الغرب الإسلامي - ط ١/١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م .
١١. منح الجليل: للإمام أبو عبد الله محمد بن أحمد المعروف بالشيخ عليش على شرح مختصر خليل - ط دار الفكر - ط ١/١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م .
١٢. مواهب الجليل: للإمام محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب ، ت: ٩٥٤ هـ شرح مختصر خليل - ط دار الفكر - ط ٢/١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.

ثالثاً : المذهبُ الشافعيُّ

١. أسنى المطالب : للإمام أبي يحيى زكريا الأنصاري ، ت: ٩٢٦ هـ
شرح الروض الطالب للإمام ابن المقري- ط دار الكتاب الإسلامي
- (بدون) - .
٢. البيان في مذهب الإمام الشافعي : للإمام أبي الحسن يحيى العمراني ،
ت : ٥٥٨ هـ - ط دار المنهاج - جدة - ط ١/١٤٢١هـ -
٢٠٠٠ م .
٣. تحفة المحتاج: للإمام أحمد بن حجر الهيتمي شرح المنهاج للإمام
النووي - ط المكتبة التجارية الكبرى - القاهرة - سنة ١٣٥٧هـ -
١٩٨٣ م .
٤. تكملة للإمام السبكي للمجموع للإمام النووي شرح المهذب للإمام
الشيرازي - ط دار الفكر - (بدون) - .
٥. جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود: لشمس الدين محمد
بن أحمد بن علي بن عبد الخالق، المنهاجي الأسبوطي ثم القاهري
الشافعي (ت: ٨٨٠هـ) - ط دار الكتب العلمية بيروت - ط ١/
١٤١٧ هـ - ١٩٩٦ م .
٦. حاشيتا قليوبي وعميره : على شرح الإمام جلال الدين المحلي
لمنهاج الطالبين للإمام النووي- ط دار الكتب العلمية - بيروت -
سنة ١٤١٧ هـ / ١٩٩٧ م .
٧. الحاوي الكبير: للإمام أبي الحسين للماوردي ، ت: ٤٥٠ هـ - ط
دار الكتب العلمية - بيروت- ط ١/١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م .
٨. روضة الطالبين وعمدة المفتين: للإمام محي الدين النووي، ت: ٦٧٦
هـ - ط المكتب الإسلامي- بيروت- دمشق- عمان - ط ٣/
١٤١٢ هـ / ١٩٩١ م .

٩. فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب المعروف بحاشية
الجمال: لسليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهرى، المعروف
بالجمال، ت: ١٢٠٤هـ، على منهج الطلاب لذكريا الأنصاري - ط
دار الفكر - (بدون) -.

١٠. مغني المحتاج: للإمام الخطيب الشربيني إلى معرفة ألفاظ المنهاج
للإمام النووي - ط دار الكتب العلمية - ط ١ / ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.

١١. المذهب في فقه الإمام الشافعي: للإمام أبي اسحاق إبراهيم بن علي
بن يوسف الشيرازي، ت: ٤٧٦هـ - ط دار الكتب العلمية -
(بدون) -.

١٢. نهاية المحتاج: للإمام شمس الدين محمد أحمد شهاب الدين الرملي،
ت: ١٠٠٤هـ - شرح منهاج الطالبين للإمام النووي - ط دار الفكر -
بيروت - - ط أخيرة - ١٤٠٤هـ / ١٩٨٤م.

١٣. نهاية المطلب في دراية المذهب: لعبد الملك بن عبد الله بن يوسف
بن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين
(ت: ٤٧٨هـ) - ط دار المنهاج - ط ١ / ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م.

١٤. الوسيط في المذهب: للإمام محمد بن حامد الغزالي، ت: ٥٠٥هـ -
ط دار السلام - القاهرة - ط ١ / ١٤١٧هـ .
رابعاً: المذهب الحنبليّ

١. إعلام الموقعين عن رب العالمين: للإمام محمد بن أبي بكر أيوب
الزرعي ابن القيم الجوزية، ت: ٧٥١هـ - ط دار الكتب العلمية
- بيروت - ط ١ / ١٤١١هـ - ١٩٩١م .

٢. الإقناع في فقه الإمام أحمد: للإمام موسى بن أحمد الحجاوي المقدسي
، ت: ٩٦٨هـ - ط دار المعرفة - بيروت - (بدون) -.

٣. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: لعلاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الدمشقي الصالحي الحنبلي، ت: ٨٨٥هـ - ط دار إحياء التراث العربي - ط ٢ - (بدون) - .
٤. دقائق أولي النهى: للإمام منصور بن يونس البهوتي شرح غاية المنتهى للكرمي المقدسي المعروف بشرح منتهى الإرادات - ط عالم الكتب - ط ١ / ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.
٥. شرح الزركشي: للإمام شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي ت: ٧٧٢هـ - على مختصر الخرقى - ط دار العبيكان - ط ١ / ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م .
٦. الطرق الحكيمة: للإمام محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي ابن القيم الجوزية ، ت: ٧٥١هـ - ط دار البيان - (بدون) - .
٧. العدة: للإمام بهاء الدين المقدسي، ت: ٦٢٤هـ شرح عمدة الفقه لابن قدامة - ط دار الحديث - القاهرة - سنة ١٤٢٤هـ / ٢٠٠٣م .
٨. الفتاوى الكبرى: للإمام تقي الدين أبي العباس عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد ابن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي، ت: ٧٢٨هـ - ط دار الكتب العلمية - ط ١ / ١٤٠٨هـ - ١٩٨٧م .
٩. الفروع: لمحمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، أبو عبد الله، المقدسي الراميني ثم الصالحي الحنبلي، ت: ٧٦٣هـ - ط مؤسسة الرسالة - ط ١ / ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.
١٠. الكافي في فقه الإمام أحمد : للإمام عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي ، ت: ٦٢٠هـ - ط دار الكتب العلمية - بيروت ط ١ / ١٤٢٤هـ - ١٩٩٤م.

١١. كشف القناع: للإمام منصور بن يونس البهوتي ، ت: ١٠٥١ هـ —
عن متن الإقناع للإمام الحجاوي - ط دار الكتب العلمية - بيروت -
سنة ١٤٠١ هـ / ١٩٨١ م.

١٢. المبدع : لإبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو
إسحاق، برهان الدين (ت: ٨٨٤هـ) شرح المقنع لابن قدامة - ط دار
الكتب العلمية - بيروت - ط ١٤١٨/١هـ - ١٩٩٧ م.

١٣. المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل: لعبد السلام بن
عبد الله بن الخضر بن محمد، ابن تيمية الحراني، أبو البركات، مجد
الدين ، ت: ٦٥٢هـ - ط مكتبة المعارف - الرياض - ط ١٤٠٤ هـ -
١٩٨٤ م.

١٤. مطالب أولي النهى: للإمام مصطفى بن سعد بن عبده الرحيباني
شرح غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى على مذهب الإمام
أحمد لأبي بكر الكرمي المقدسي - ط المكتبة الإسلامية - دمشق
١٩٦١ هـ .

١٥. المغني: للإمام عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي ، ت: ٦٢٠ هـ —
ط مكتبة القاهرة - سنة ١٣٨٨ هـ - ١٩٦٨ م .

١٦. منار السبيل: لإبراهيم بن محمد بن سالم ابن ضويان شرح دليل
الطالب لنيل المطالب لمرعي بن يوسف المقدسي - ط المكتب
الإسلامي - ط ١٤٠٩/٧ هـ - ١٩٨٩ م.

خامساً : المذهب الظاهري

١. المحلى بالآثار: للإمام أبي محمد علي بن أحمد الأندلسي ، ت: ٤٥٦ هـ
- ط دار الفكر - بيروت - (بدون) .

كتب الإجماع

١. مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات: للإمام ابن حزم الأندلسي ، ت: ٤٥٦ هـ - ط دار الكتب العلمية - بيروت - (بدون) -.

كتب السياسة الشرعية

١. الأحكام السلطانية والولايات الدينية: للإمام أبي الحسين للماوردي ، ت: ٤٥٠ هـ - ط دار الحديث - القاهرة - (بدون) -.
٢. الأحكام السلطانية: للإمام أبي يعلى ابن الفراء ، ت: ٤٥٨ هـ - ط دار الكتب العلمية - بيروت - ط ١٤٢١/٢ هـ - ٢٠٠٠ م .
٣. تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام: للإمام ابن فرحون اليعمري، ت: ٧٩٩ هـ - ط دار الكتب العلمية - (بدون) -.
٤. تحرير الأحكام في تدبير أهل الإسلام : للإمام أبي عبد الله، بدر الدين محمد بن إبراهيم بن سعد الله بن جماعة الكناني الحموي الشافعي - ط دار الثقافة بتفويض من رئاسة المحاكم الشرعية بقطر - قطر - الدوحة - ط ١٤٠٨ / ٣ هـ / ١٩٨٨ م.
٥. السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية: للإمام تقي الدين أبي العباس عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد ابن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي، ت: ٧٢٨ هـ - ط وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد - السعودية - ط ١٤١٨/١ هـ.
٧. غياث الأمم في التياث الظلم: لإمام الحرمين عبد الملك الجويني ت: ٤٧٨ هـ - ط مكتبة إمام الحرمين - ط ١٤٠١/٢ هـ .
٨. مآثر الإنافة في معالم الخلافة : أحمد بن علي بن أحمد الفزاري القلقشندي - ط مطبعة حكومة الكويت - الكويت - ط ١٩٨٥ م .

٩. معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام : للإمام علاء الدين الطرابلسي - ط دار الفكر - (بدون) -
كتب السياسة الشرعية المعاصرة
١. الاستفتاء الشعبي والشريعة الإسلامية د. ماجد راغب الطلو - ط دار المطبوعات الجامعية - ط ٢ / ١٤٠٢ هـ .
٢. الإسلام عقيدة وشريعة- الإمام محمود شلتوت - ط دار الشروق - القاهرة - ط ١٨ / ١٤٢١ هـ - ٢٠٠١ م.
٣. إسلامية الدولة والمدنية والقانون د . عبد الرازق السنهوري - ط دار السلام - القاهرة - ط ١ / ١٤٣٠ هـ - ٢٠٠٩ م .
٤. الانتخابات وأحكامها في الفقه الإسلامي - فهد بن صالح العجلان - ط دار كنوز إشبيليا - السعودية - ط ١ / ١٤٣٠ هـ / ٢٠٠٩ م.
٥. لحرية السياسية في الإسلام د. أحمد شوقي الفنجري - ط دار القلم - القاهرة - ط ٢ / ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م.
٦. الخلافة لمحمد رشيد رضا - ط الزهراء للإعلام العربي - القاهرة - (بدون) -
٧. الدولة الإسلامية بين العلمانية والسلطة الدينية د. محمد عمارة - ط دار الشروق - القاهرة - ط ١ / ١٤٠٩ هـ / ١٩٨٨ م .
٨. السياسة الشرعية في الشئون الدستورية والخارجية والمالية د. عبد الوهاب خلاف - ط دار القلم - ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م .
٩. الشورى بين التأثير والتأثر د. عبد الحميد الأنصاري - ط مطابع الشروق - القاهرة - سنة ١٤٠٢ هـ / ١٩٨٢ م .
١٠. الشورى في ظل نظام الحكم الإسلامي د. عبد الرحمن عبد الخالق - ط دار القلم -

الكويت - ط ١ / ١٤١٨ هـ / ١٩٩٧ م .

١١. فصل الدين عن الدولة د. إسماعيل الكيلاني - ط المكتب الإسلامي - بيروت - ط
١٢. ١٤٠٧/٢هـ - ١٩٨٧م .
١٣. في علم السياسة الإسلامي د. عبد الرحمن خليفة - ط دار المعرفة الجامعية - الإسكندرية - ط ١/ ١٩٨٨م .
١٤. كيف نحكم بالإسلام في دولة عصرية د. أحمد شوقي الفنجري - ط الهيئة المصرية العامة للكتاب - القاهرة - سنة ١٩٩٠م .
١٥. المال والحكومة في الإسلام لعبد القادر عودة - ط المختار الإسلامي للطباعة والنشر - القاهرة - ط ١٣٧٩/٥هـ - ١٩٧٧م .
١٦. المشاركات السياسية المعاصرة في ضوء السياسة الشرعية - الإصدار الثاني من
١٧. سلسلة إصدارات الهيئة الشرعية للحقوق والإصلاح د. محمد يسري إبراهيم - ط دار اليسر - القاهرة - ط ١/ ١٤٣٢هـ - ٢٠١١م .
١٨. من فقه الدولة في الإسلام د. يوسف القرضاوي - ط دار الشروق - القاهرة - ط ٣/ ١٤١٢هـ / ٢٠٠١م .
١٩. نظام الحكم في الإسلام - الإمامة ورياسة الأمة وما يتعلق بهما من بحوث د. محمد يوسف موسى - ط دار الفكر العربي - القاهرة - (بدون) - .
٢٠. النظام السياسي في الإسلام د. محمد سليم العواد. برهان غليون - ط دار الفكر - دمشق - ط ١/ ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م .
٢١. النظريات السياسية الإسلامية د. محمد ضياء الدين الريس - ط مكتبة التراث - القاهرة - ط ٧ - (بدون) -

كتب فقهية متنوعة

١. تاريخ التشريع الإسلامي د. مناع القطان - ط مكتبة وهبة - القاهرة - ط ٢٠٠١/٥ م.
٢. تاريخ التشريع الإسلامي لعلي محمد عوض، عادل أحمد عبد الموجود - ط دار الكتب العلمية - بيروت - ط ١٤٢٠/١ هـ - ٢٠٠٠ م.
٣. الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي لمحمد أبي زهرة - ط دار الفكر العربي - القاهرة - (بدون) - .
٤. الحق في الشريعة الإسلامية د. محمد طوموم - ط المكتبة المحمودية - القاهرة - ط ١٣٩٨/١ هـ.
٥. الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده د. فتحي الدريني - ط مؤسسة الرسالة - بيروت - ط ١٤٠٤/٣ هـ - ١٩٨٤ م.
٦. الفقه الإسلامي - مدخل لدراسة نظام المعاملات فيه - د. محمد يوسف موسى - سنة ١٩٥٦ م - (بدون) - .
٧. المدخل الفقهي العام للشيخ مصطفى الزرقا - ط مطبعة طربين - دمشق - ط ١٣٨٧/١٠ هـ - .
٨. المدخل الفقهي وتاريخ التشريع الإسلامي د. عبد الرحمن الصابوني وآخرون - ط دار التوفيق النموذجية للطباعة - ط ١٤٠٢/١ هـ - ١٩٨٢ م.
٩. المدخل إلى الفقه الإسلامي د. عبد العزيز الخياط - ط دار الفكر - ط ١٤١١/١ هـ - ١٩٩١ م.
١٠. المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه د. محمد مصطفى شلبي - ط دار النهضة العربية - بيروت - سنة ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م.

١١. المدخل لدراسة الفقه الإسلامي د. رمضان علي الشرنباصي - ط
مطبعة الأمانة - مصر - ط ٢ / ١٤٠٣ هـ .
١٢. المدخل لدراسة الفقه الإسلامي د. محمد الحسيني حنفي - ط دار
النهضة العربية - القاهرة - ط ٣ / ١٩٧٤ م .
١٣. المدخل لدراسة الفقه الإسلامي د. عبد الكريم زيدان - ط مؤسسة
الرسالة - بغداد - ط ٥ / ١٣٩٦ هـ .
١٤. الملكية في الشريعة الإسلامية د. عبد السلام العبادي - ط مكتبة
الأقصى - عمان - ط ١ / ١٣٩٤ هـ .
١٥. الملكية في الشريعة الإسلامية للشيخ علي الخفيف - ط معهد
الدراسات العربية - القاهرة - ط ١ / ١٩٦٧ م .
١٦. نظرية الحق للشيخ أحمد فهمي أبو سنة - بحث منشور ضمن كتاب
" الفقه الإسلامي أساس التشريع " - ط المجلس الأعلى للشئون
الإسلامية - القاهرة - ط سنة ١٣٩١ هـ .
- كتب السياسة العامة والنظم الدستورية
١. أبحاث في علم السياسة د. أحمد عبد الظاهر - ط مؤسسة حماد -
الأردن - سنة ١٩٩٤ م .
٢. الأساس في العلوم السياسية د. قحطان أحمد الحمداني - ط دار
مجدلاوي للنشر والتوزيع - الأردن - ط ١ / ١٤٢٥ هـ / ٢٠٠٤ م .
٣. أصول العلوم السياسية د. محمد علي العويني - ط عالم الكتب -
القاهرة - سنة ١٩٨١ م .
٤. إلى علم السياسة د. يوسف شعبان - ط دار ابن خلدون - غزة - ط ١
- (بدون) - .
٥. الانتخابات - ضمانات حريتها ونزاهتها - دراسة مقارنة د. سعد
العبدلي - ط دار دجلة - بغداد - ط ١ / ٢٠٠٩ م .

٦. الانتخابات البلدية د.علي بن عبد الله المزايذة - ط ١ سنة ١٤٢٦ هـ
- (بدون) -
٧. الأنظمة النيابية الرئيسية د. عفيفي كامل عفيفي - ط منشأة المعارف
- الإسكندرية - سنة ٢٠٠٢ م .
٨. أيديولوجية الصراع السياسي- دراسة نظرية القوة د. عبد الرحمن
خليفة- ط دار المعرفة الجامعية - الإسكندرية- ط ١/١٩٩٩ م .
٩. بادئ علم السياسة د. نظام بركات، د. عثمان الرواف ، د. محمد
الحولة - ط مكتبة العبيكان - السعودية - ط ١/١٩٩٩ م .
١٠. بحوث في السياسة د. أحمد سويلم العمري - ط جامعة القاهرة -
القاهرة - سنة ١٩٥٣ م .
١١. التربية السياسية للمرأة د.صفاء سيد الجميل- ط دار العلم والإيمان-
الإسكندرية - ط ١/ ٢٠٠٨ م .
١٢. جرائم الانتخابات د. ضياء عبد الله الأسدي - ط منشورات زين
الحقوقية - بيروت - ط ١/ ٢٠٠٩ م .
١٣. حق المشاركة في الحياة السياسية - دراسة تحليلية للمادة (٦٢) من
الدستور المصري مع النظام في فرنسا د. داود الباز - دار الفكر
الجامعي - الإسكندرية -
١٤. سنة ٢٠٠٨ م .
١٥. الحماية الجنائية للحقوق السياسية - دراسة مقارنة بين التشريعين
الفرنسي والمصري - د. حسني قمر - ط دار الكتب القانونية -
الإسكندرية - سنة ٢٠٠٦ م .
١٦. دراسات في الوظيفة العامة في النظام الفرنسي د. عبد الحميد كما
حشيش - ط مكتبة القاهرة الحديثة - القاهرة - سنة ١٩٧٤ م .

١٧. الدستور المصري. د. مصطفى أبو زيد فهمي - ط دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية - سنة ٢٠١٢ م .
١٨. السياسة بين النظرية والتطبيق د. محمد علي محمد ، د. علي عبد المعطي محمد - ط دار النهضة العربية - سنة ١٩٨٥ م.
١٩. السياسة بين النمذجة والمحاكاة د. عبد العزيز إبراهيم عيسى د. محمد جاب الله عمارة - ط المكتب الجامعي الحديث - الإسكندرية - سنة ٢٠٠٤ م.
٢٠. شرعية الاستفتاء الشعبي د. فاروق الكيلاني - ط ١ / ١٤١٢ هـ - (بدون) .
٢١. الشورى والديمقراطية النيابية د. داوود الباز - ط دار الفكر الجامعي - الإسكندرية - ط سنة ٢٠٠٤ م .
٢٢. الشورى والديمقراطية النيابية د. داوود الباز - ط دار الفكر الجامعي - الإسكندرية - سنة ٢٠٠٤ م .
٢٣. علم السياسة بين النظرية والمعاصرة د. محمد نصر مهنا ، د. عبد الرحمن الصالحي - ط منشأة المعارف الإسكندرية - سنة ١٩٨٥ م.
٢٤. علم السياسة د. إبراهيم درويش - ط دار النهضة العربية - القاهرة - سنة ١٩٧٥ م.
٢٥. علم السياسة د. حسن صعب - ط دار العلم للملايين - بيروت - سنة ١٩٩٧ م.
٢٦. مبادئ الأنظمة السياسية د. مصطفى أبو زيد فهمي - ط منشأة المعارف - الإسكندرية - سنة ١٩٨٤ م .
٢٧. مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية د. كمال الغالي - ط مطبعة الداودي -
٢٨. دمشق - سنة ١٩٨٥ م .

٢٩. مبادئ النظم السياسية د. محمد رفعت عبد الوهاب - ط منشورات الحلبي الحقوقية بيروت - سنة ٢٠٠٢ م .
٣٠. مدخل إلى علم السياسة د. عصام سليمان - ط دار النضال للنشر والتوزيع - بيروت - ط ١٩٨٩ / ٢ م .
٣١. المسؤولية الجنائية عن الجرائم الانتخابية للناخبين والمرشحين ورجال الإدارة - دراسة مقارنة في النظامين الانتخابيين المصري والفرنسي د. مصطفى محمود عفيفي - ط دار النهضة العربية - القاهرة - سنة ٢٠٠٢ م .
٣٢. مقدمة في علم السياسة د. هشام آل شاوي - ط مؤسسة دار الكتب - الموصل - سنة ١٩٧٠ م .
٣٣. النظام الدستوري المصري في العهد الجمهوري د. محمد الشافعي أبو راس - ط / ٢٠٠٩ / ٢٠١٠ م - (بدون) .
٣٤. النظام السياسي د. إبراهيم درويش - ط دار النهضة العربية - القاهرة - ط ١٩٨٧ / ٤ م .
٣٥. النظرية السياسية د. محمد طه بدوي - ط المكتب المصري الحديث - الإسكندرية - سنة ١٩٨٦ م .
٣٦. النظم الانتخابية د. عبدو سعد وآخرون - ط منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - ط ١ / ٢٠٠٥ م .
٣٧. النظم الدستورية والقانون الدستوري د. سليمان الطماوي - ط القاهرة - سنة ١٩٨٨ م .
٣٨. النظم السياسية - أسس التنظيم السياسي وصوره الرئيسية د. محمود عاطف البنا - ط دار الفكر العربي - سنة ١٩٨٥ م .
٣٩. النظم السياسية - الدولة والحكومة د. محمد كامل ليلة - ط دار النهضة العربية - بيروت - سنة ١٩٦٩ م .

٤٠. النظم السياسية القانون الدستوري د. عبد الغني بسيوني عبد الله - ط
 منشأة المعارف - الإسكندرية - سنة ١٩٩٧ م .
٤١. النظم السياسية د. ثروت بدوي - ط دار النهضة العربية- القاهرة -
 سنة ١٩٦٤م.
٤٢. النظم السياسية د. حسين عثمان محمد عثمان- ط دار الجامعة
 الجديدة - الإسكندرية - سنة ٢٠١٢ م .
٤٣. النظم السياسية والقانون الدستوري د. محسن خليل - ط دار النهضة
 العربية - بيروت - ط ١ / ١٩٧٢م.
٤٤. النظم القانونية للجرائم الانتخابية - دراسة مقارنة د. إبراهيم الوردي
 - ط دار الفكر الجامعي - الإسكندرية - سنة ٢٠٠٨ م .
٤٥. الوسيط في القانون الدستوري د. جابر جاد نصار - ط سنة
 ٢٠٠٧م - (بدون) - .
٤٦. الوسيط في القانون الدستوري د. زهير شكر - ط المؤسسة الجامعية
 للدراسات والنشر والتوزيع - ط ٣ / ١٩٩٤ م .
٤٧. الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري د. نعمان أحمد
 الخطيب - ط دار الثقافة - الأردن - ط ٧ / ١٤٣٢ هـ / ٢٠١١ م .
٤٨. الوظيفة العامة في دول عالمنا المعاصر د. عبد الله طلبة - ط
 مؤسسة الوحدة - سنة ١٤٠١ هـ - ١٩٨٠ م .
- كتب فقهية مقارنة بالقانون
١. التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي المستشار عبد
 القادر عودة - ط مكتبة دار التراث- القاهرة - (بدون) - .
٢. حقوق الإنسان والقانون الإنساني بين الشريعة والقانون د. إسماعيل
 الأسطل - ط ١ / ٢٠١٤م - (بدون) - .

٣. مبدأ الشرعية الجنائية دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقہ الجنائي الإسلامي د. عصام عفيفي عبد البصير- ط دار النهضة العربية- القاهرة - سنة ٢٠٠٣م.

٤. نظام التجريم والعقاب في الإسلام مقارنة بالقوانين الوضعية المستشار علي علي منصور- ط مؤسسة الزهراء- المدينة المنورة - ط ١ / ١٣٩٦ هـ / ١٩٧٦م.

كتب قانون متنوعة

١. أصول القوانين د. عبد الرازق السنهوري - ط منشأة المعارف - الإسكندرية - (بدون) . .

٢. دروس في المدخل لدراسة القانون - نظرية الحق د. ياسر أحمد الصيرفي - ط سنة ١٩٩٦م - (بدون) . -

٣. مبادئ القانون د. أحمد عبد الحميد عشوش د. سعيد فهمي صادق - ط سنة ٢٠٠١م - (بدون) . -

٤. المدخل إلى العلوم القانونية- نظرية الحق د. محمدي فريدة زواوي - ط المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية- الجزائر- سنة ١٩٩٨م.

٥. المدخل إلى القانون - نظرية الحق- د. نبيل سعد إبراهيم- ط منشورات الحلبي الحقوقية- بيروت - ط ١ / ٢٠١٠م .

٦. المدخل لدراسة العلوم القانونية د. عبد القادر الفار - ط دار الثقافة - عمان - ط

٧. ١ / ١٩٩٩م .

٨. المدخل لدراسة القانون - نظرية الحق د. جلال محمد إبراهيم - (بدون) . -

٩. المدخل لدراسة القانون - نظرية الحق د. نزيه المهدي- ط دار النهضة العربية - سنة ١٩٩٨م .

١٠. مدخل لدراسة القانون د. عبد الناصر العطار - ط مطبعة السعادات - القاهرة - سنة ١٤٠٠هـ .
١١. المدخل للعلوم القانونية - نظرية الحق - د. محمد أحمد المعداوي - (بدون) .
١٢. مقدمة الدراسات القانونية د. محمود جمال الدين زكي - ط دار النهضة العربية - القاهرة - سنة ١٩٩٥ م .
١٣. النظرية العامة للحق د. شكري سرور - ط دار النهضة العربية - القاهرة - سنة ١٩٩٠ م .
١٤. النظرية العامة للحق د. عمر السيد عبد الله - ط سنة ٢٠٠٤م - (بدون) .
١٥. النظرية العامة للحق د. فتحي عبد الرحيم عبد الله ، د. أحمد شوقي محمد الرحمن - ط منشأة المعارف - الإسكندرية - سنة ٢٠٠١م .
١٦. النظرية العامة للحق د. ياسين محمد يحيى - ط سنة ١٩٩٠م - (بدون) .
١٧. النظرية العامة للحق د. عبد المنعم البدر اوي - ط دار النهضة العربية - القاهرة - سنة ١٩٦٦ م .

بحوث فقهية

١. الحق في الشريعة الإسلامية - بحث منشور في مجلة البحوث الإسلامية - مجلة دورية - تصدرها الرئاسة العامة لإدارة البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد - السعودية - العدد الأربعون - الإصدار : من رجب إلى شوال لسنة ١٤١٤هـ .

بحوث سياسية فقهية معاصرة

١. حكم الممارسة السياسية - بحث منشور على موقع د. عبد الله الزبير عبد الرحمن - سنة ٢٠١٢م .

بحوث سياسية معاصرة

١. أزمة المشاركة السياسية في الوطن العربي د.جلال عبد الله معوض -
بحث منشور في مجلة المستقبل العربي - مركز دراسات الوحدة
العربية - العدد ٥٥ - سنة ١٩٨٣ م .
٢. العمل السياسي بين الواقع والمرئجي د. البير رحمة - بحث منشور
في مجلة الجيش اللبناني - العدد ٥١ - كانون الثاني - يناير -
٢٠٠٥ م .

كتب اللغة العربية والمعاجم العلمية المختلفة

١. تاج العروس من جواهر القاموس: للزبيدي - ط دار الهداية -
(بدون) - .
٢. التعريفات: لعلي بن محمد بن علي الجرجاني ، ت : ٨١٦ هـ - ط
دار الكتاب العربي - بيروت ط ١ / ١٤٠٥ هـ .
٣. تهذيب اللغة : لمحمد بن أحمد بن الأزهر الهروي - ط دار احياء
التراث العربي - بيروت - ط ١/٢٠٠١ م .
٤. الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية : لأبي نصر إسماعيل الفارابي -
ط دار العلم للملايين - بيروت - ط ٤ / ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م .
٥. العين: للخليل بن أحمد الفراهيدي - ط دار مكتبة الهلال - (بدون) -
.
٦. الفائق في غريب الحديث: للزمخشري - ط دار المعرفة - لبنان - ط
٢ - (بدون) -
٧. الفتح المبين في حل رموز مصطلحات الفقهاء والأصوليين د. محمد
إبراهيم الحفناوي - (بدون) - .
٨. القاموس المحيط: للفيروز أبادي - ط مؤسسة الرسالة - بيروت -
ط ٨ / ١٤٢٦ هـ - ٢٠٠٥ م .

٩. لسان العرب: لجمال الدين بن منظور - ط دار صادر - بيروت - ط ١٤١٤هـ.

١٠. مختار الصحاح للرازي : ط المطبعة الأميرية - القاهرة - ط وزارة المعارف المصرية - ط ٧ / ١٩٥٣م.

١١. المعجم الوجيز - صادر عن مجمع اللغة العربية - بالقاهرة - ط وزارة التربية والتعليم - القاهرة - ط سنة ١٤١١هـ - ١٩٩٠م.

١٢. معجم مقاييس اللغة : لأحمد بن فارس القزويني - ط دار الفكر - سنة ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩م .

كتب التاريخ والتراجم

١. أصول الفقه تاريخه ورجاله د. شعبان محمد إسماعيل - ط دار السلام - القاهرة - المكتبة المكية - ط ٢ / ١٤٢٣ هـ - ١٩٩٨م.

٢. الأعلام : للزركلي - ط دار العلم للملايين - بيروت - ط ١٥ / ٢٠٠٢م .

٣. البداية والنهاية: لابن كثير ت: ٧٧٤ هـ - ط دار احياء التراث العربي - بيروت - ط ١ / ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م .

٤. البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع : للإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني - ط / دار الكتاب الإسلامي - القاهرة - (بدون) -

٥. تاج التراجم لابن قطلوبغا - ط بغداد - سنة ١٩٦٢م.

٦. تاريخ الأمم والملوك: لمحمد بن جرير الطبري ت: ٣١٠ هـ - ط دار التراث - (بدون) - ط ٢ / ١٣٨٧هـ.

٧. تاريخ الخلفاء: لجلال الدين السيوطي ، ت: ٩١١ هـ - ط مكتبة نزار مصطفى الباز - ط ١ / ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م .

٨. تاريخ بغداد: لأحمد بن علي الخطيب البغدادي - ط دار الغرب الإسلامي بيروت - ط ١ / ١٤٢٢ هـ - ٢٠٠١ م .
٩. جوامع السيرة النبوية لابن حزم - ط دار المعارف - مصر - ط ١ / ١٩٠٠ م .
١٠. الجواهر المضية في طبقات الحنفية للقرشي - ط الحابي - سنة ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م .
١١. الدارس في تاريخ المدارس لعبد القادر بن محمد النعمي - ط دار الكتب العلمية -
١٢. بيروت - ط ١ / ١٤١٠ هـ .
١٣. الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة: لابن حجر العسقلاني - ط دار الكتاب الحديث - (بدون) - .
١٤. دلائل النبوة ومعرفة أحوال صاحب الشريعة للبيهقي - ط دار الكتب العلمية - بيروت - ط ١ / ١٤٠٥ هـ .
١٥. الرحيق الرحيق المختوم لصفي الدين المباركفوري - دار الهلال - بيروت - ط ١ - (بدون) - .
١٦. سير أعلام النبلاء : لمحمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز - ط مؤسسة الرسالة - بيروت - ط ٩ / ١٤١٣ هـ .
١٧. السيرة النبوية وأخبار الخلفاء لابن حبان - ط دار الكتب الثقافية - بيروت - ط ٣ / ١٤١٧ هـ .
١٨. سيرة النبي - ﷺ - : لابن هشام - ط دار الجيل - بيروت - ط ١ / ١٤١١ هـ .
١٩. شجرة النور الزكية: لمحمد مخلوف - ط دار الفكر - (بدون) - .

٢٠. شذرات الذهب في أخبار من ذهب : لعبد الحي بن أحمد بن محمد
ابن العماد العكري الحنبلي، أبو الفلاح - ط دار الكتب العلمية - (بدون) -
٢١. الشريعة للأجري- ط دار الوطن - الرياض - ط ٢ / ١٤٢٠هـ - /
١٩٩٩م.
٢٢. طبقات الحفاظ للسيوطي- ط دار الكتب العلمية - بيروت-
ط ١ / ١٤٠٣هـ.
٢٣. طبقات الشافعية الكبرى: للإمام تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين
السبكي، (ت: ٧٧١هـ) - ط هجر للطباعة والنشر والتوزيع - ط
٢ / ١٤١٣هـ.
٢٤. طبقات الشافعية: لأبي بكر بن أحمد بن محمد قاضي شهبة - ط عالم
الكتب - بيروت ط ١ / ١٤٠٧ هـ.
٢٥. طبقات الشافعية: لجمال الدين عبد الرحيم الأسنوي - ط بغداد -
سنة ١٣٩٠هـ .
٢٦. طبقات الفقهاء للشيرازي- ط دار القلم - بيروت - (بدون) - .
٢٧. طبقات المفسرين للسيوطي- ط مكتبة وهبة- القاهرة -
ط ١ / ١٣٩٦هـ.
٢٨. العبر في أخبار من ذهب لشمس الدين الذهبي - ط الكويت - سنة
١٣٨٦ هـ.
٢٩. فتح المبين في طبقات الأصوليين: للمراغي- ط عبد الحميد حفني -
القاهرة - (بدون) - .
٣٠. فضائل الخلفاء الأربعة وغيرهم لأبي نعيم الأصبهاني- ط دار
البيخاري- المدينة المنورة - ط ١ / ١٤١٧هـ / ١٩٩٧م.

٣١. فضائل الصحابة لأحمد بن حنبل - ط مؤسسة الرسالة - بيروت - ط
١ / ١٤٠٣ هـ / ١٩٨٣ م .
٣٢. الفوائد البهية في طبقات الحنفية للإمام عبد الحي الكنوي - ط دار
المعرفة - بيروت - ١٩٩٨ م .
٣٣. فوت الوفيات لمحمد بن شاكر - ط دار صادر - بيروت -
ط ١ / ١٩٧٤ م .
٣٤. الكامل في التاريخ: لابن الأثير، ت: ٦٣٠ هـ - ط دار الكتاب
العربي - بيروت - ط ١ / ١٤١٧ هـ - ١٩٩٧ م .
٣٥. الكامل في التاريخ: لمحمد بن محمد بن عبد الواحد الشيباني - ط
دار الكتب العلمية - بيروت - ط ٢ / ١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م .
٣٦. مختصر طبقات الحنابلة : لجميل أفندي الشطي - ط مطبعة الترقى -
دمشق - سنة ١٣٣٩ هـ .
٣٧. معجم المؤلفين لعمر كحالة - ط دار إحياء التراث العربي - بيروت
- (بدون) -
٣٨. المقصد الأرشد في ذكر أصحاب الإمام أحمد لابن مفلح - ط مكتبة
الرشد - الرياض - ط ١ / ١٩٩٠ م .
٣٩. المنتظم في تاريخ الأمم والملوك لابن الجوزي - ط دار الكتب
العلمية - بيروت - ط ١ / ١٤١٢ هـ / ١٩٩٢ م .
٤٠. نفع الطيب من غصن الأندلس الرطيب : لأحمد التلمساني - ط دار
صادر - بيروت - سنة ١٩٦٨ م .
٤١. وفيات الأعيان وأنباء الزمان : لابن خلكان - ط دار الثقافة -
بيروت - سنة ١٩٦٨ م .

كتب العقيدة

١. شرح المقاصد : للإمام مسعود بن عمر بن عبد الله الشهير بسعد الدين التفتازاني، ت: ٧٩٣ هـ - ط عالم الكتب - بيروت - ط ٣ / ١٤١٩ هـ / ١٩٩٨ م.
٢. الفصل في الملل والأهواء والنحل: للإمام ابن حزم الأندلسي - ط مكتبة الخانجي - القاهرة - (بدون) -.
٣. منهاج أهل السنة في نقض كلام الشيعة القدرية لابن تيمية - ط جامعة الإمام محمد بن سعود - ط ١/١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م.

كتب المعارف العامة

١. الإسلام والعلمانية وجهاً لوجه د. يوسف القرضاوي - ط مكتبة وهبة - القاهرة - ط ٧/١٩٩٧ م .
٢. بيان للناس الشيخ جاد الحق على جاد الحق - ط جامعة الأزهر الشريف - سنة ١٩٨٩ م .
٣. سبعة كتب مفيدة : السيد علوي السقاف - ط عيسى البابي الحلبي - مصر ١٣٥٨ هـ / ١٩٤٠ م.
٤. مقدمة ابن خلدون لابن خلدون - ط دار النهضة العربية - ط ٣ - (بدون) -.

الرسائل العلمية

١. أسباب سقوط الحقوق المالية في الشريعة الإسلامية - محمود عبد الحميد طهماز - رسالة ماجستير في الفقه الإسلامي - مقدمة لقسم الدراسات العليا الشرعية - كلية الشريعة - جامعة أم القرى - السعودية - سنة ١٤١١ هـ -
٢. ضمانات وآليات حماية حق الترشيح في المواثيق الدولية والمنظومة التشريعية الجزائرية لسهام عباسي - مذكرة مقدمة لنيل درجة

الماجستير - قسم القانون الدستوري - كلية الحقوق - جامعة الحاج
لخضر باتنة - الجزائر - ٢٠١٤م.

٣. الوظيفة العامة في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة للباحث. مختار
عيسى سليمان - رسالة دكتوراه - الجامعة الأردنية - عمان - سنة
١٩٩٨م .

الموسوعات

١. موسوعة السياسة: د. عبد الوهاب الكيالي - ط المؤسسة العربية
للدراسات والنشر بيروت - (بدون) - .
٢. موسوعة العلوم السياسية - منشورات جامعة الكويت - سنة ١٩٩٤م.
٣. الموسوعة الفقهية الكويتية: تصدرها وزارة الأوقاف والشئون
الإسلامية بالكويت - ط
٤. ذات السلاسل - الكويت - ط ١٤٠٨/٢هـ - ١٩٨٨م.
٥. الموسوعة القانونية المتخصصة - ط دار الفكر - دمشق - (بدون) -
٦. الموسوعة الميسرة للمصطلحات السياسية د. إسماعيل عبد الفتاح
عبد الكافي - (بدون) - .

**اختلاف الأصوليين مع المحدثين في المسائل الحديثية
وأثره من خلال ألفية الحديث وشرحها
للحافظ أبي الفضل عبد الرحيم العراقي**

الدكتور/ ياسر عجيل جاسم النشمي
الأستاذ المساعد في قسم الفقه وأصوله
كلية الشريعة بجامعة الكويت

المقدمة

الحمد لله، والصلاة والسلام على رسول الله، وآله، وصحبه، ومن والاه،
وبعد:

فإن جهابذة علماء أصول الفقه ممن قعدوا الأساسات لفهم الكتاب والسنة لم يألوا جهداً في إرساء معالم دلالات ألفاظ كلام الله جلّ وعلا، وكلام رسوله صلى الله عليه وسلم، بحثاً، وتدقيقاً، وتفناً، كما لم يفتؤوا ينظمون عقد ما يُظنُّ تعارضه بين منقولين أو معقولين أو منقول ومعقول، فكانت مباحث الجمع والترجيح والنسخ عقود جمانٍ على جيد الاجتهاد والإفتاء في دين الله جلّ وعلا، إلى غير ذلك من المباحث الدانية والقاصية، وعلى ضفاف ذِيَاك البحر الزاخر ينبثق إلى الأفاق نجم علماء الحديث الوهاج، وسط كهوف الأسانيد وتشابكها، ومدلهمات المتون وعلل غياهبها، فلم يبرحوا تلك الفيافي إلا وقد شيّدوا حصون المجد لتحفظ كلام سيد البشر صلى الله عليه وسلم من أن يتقول عليه متقولٌ، وتَحْرُسَ حياضه من مدلس أو كاذب أو سارب، فرحمهم الله رحمة واسعة، وأجزل لهم المثوبة.

هذا، وقد لحظتُ أن مسار ما خطته أنامل علماء أصول الفقه يُغَايِرُ مسار آثار خُطى علماء الحديث ومصطلحه بيدَ أن ثمة تقاطعات في الطرقات والسُّبُل كثر فيها النقاش، وتلاحت فيها الأذهان، فنجدُ أهل الأصول يتباحثون مع علماء مصطلح الحديث ويتبارون حول الاحتجاج بالحديث المرسل، والنظر فيما إذا تعارض المرسل والمسند، وزيادة الثقة، وماهية الحديث المشهور، وغير ذلك، مما كان له الأثر الأجلَى في الثروة العلمية في تلك المباحث وما أَرَدَها من ثمرات وتطبيقات على الساحة الفقهية وغيرها.

وإن من أهم المصنفات الحديثية التي جَلَّتْ تلك التقاطعات والسُّبُل الجامعة لعلماء الفريقين هو نظم "التبصرة والتذكرة" المشهور بألفية الحديث للحافظ أبي الفضل عبد الرحيم العراقي، فاستقصيتُ تلك الرياض إلى أن تحصّل لي

زهراء عشرين نادياً، فاضت منها معارف الأساطين العظام، فكانت على النحو التالي:

١. ماهية الحديث المشهور.
٢. ما يفيد خبر الواحد.
٣. الحديث المرسل.
٤. تعارض الحديث المرسل والمسند.
٥. مجهول العين ومجهول الحال.
٦. الموقوف الذي له حكم المرفوع.
٧. زيادة الثقة.
٨. رواية المبتدع.
٩. قول الصحابي: "كنا نرى كذا أو كذا نفعل..". هل يكون خبراً مرفوعاً؟
١٠. قول الصحابي: "من السنة كذا أو الراوية عنه والقول يرفعه أو يُنميه" هل يكون خبراً مرفوعاً؟
١١. الحديث الشاذ.
١٢. هل يُقبل الجرح مطلقاً؟
١٣. إذا تعارض الجرح والتعديل أيهما يقدم؟
١٤. القراءة من غير أصل الشيخ، والأصل ليس في يد الشيخ، هل هو سماع صحيح؟
١٥. القراءة على الشيخ مع سكوته، هل هو سماع صحيح؟
١٦. الراوي الذي ينسخ في حالة السماع، هل يصح سماعه؟
١٧. الإجازة، وأنواعها، وجواز الرواية بها.
١٨. هل المناولة سماع؟
١٩. هل تصح المكاتبه؟

٢٠. رواية الشيخ غير الحافظ من كتابه؛ هل تجوز روايته؟

هذه هي الوديان العلمية التي ذكرها الإمام وطافت بها أفهام علماء أصول الفقه، وحيث إن المجلة الموقرة تحدثنا بعدد من الصفحات فقد اكتفيت بذكر سبع مسائل، وأردفتها بثمرة الخلاف كما يَجْمَلُ التنظير بالتطبيق. سائلاً المولى القدير أن يجعلنا أسباباً لخدمة دينه وإعلاء كلمته، وأن يتقبل منا، ويتجاوز عن حظوظ أنفسنا.

سبب اختيار البحث:

كنت منذ أمدٍ أتلمس النقاط العلمية بين علماء أصول الفقه وعلماء الحديث من خلال مطالعاتٍ شتى في روضهم الأنف كتب الحديث ومصطلحه الثليدة منها والقشبية إلى أن مَنْ اللهُ جَلَّ وَعَلَا عَلِيٌّ بدراسة ألفية الحديث "التبصرة والتذكرة" للإمام الحافظ عبد الرحيم العراقي - رحمه الله - على شيخنا الهمام حبيب الله الجيلاني حفظه الله - مدة ثلاث سنين أو أكثر - فأفويت الإمام يذكر موافقة بعض علماء أصول الفقه طوراً، وطوراً يُبْدي معارضتهم، وتارة يُعَضِّدُ كلامه بهم، وَيَرْدُّ عليهم تارة، فتأكد عندي أن لهذا التلاحى الراقي ما بعده، وترسَّخَ لدي ما لعلماء أصول الفقه من حظوة لدى علماء الحديث، فطفقت أدون رؤوس أقلام تلك النوادي العامرة كلما سنج ذكرهم أو رُفِعَتْ أعلامهم أو بدت مناراتهم إلى أن غَدَتْ تلك المنابع تفيض بين يدي، فعزمت على جمع لآلئها في عقدٍ هذا البحث المتواضع.

مشكلة البحث:

يَرُومُ البحثُ جَنِي ثمرات عدة مسائل أسوقها تباعاً:

١. هل لعلماء أصول الفقه صلة بمسائل ومباحث علم الحديث ومصطلحه؟

٢. ما أسباب إيراد الحافظ العراقي آراء علماء أصول الفقه في ألفيته وشرحها المؤلف لبيان آراء المحدثين في المسائل الحديثية المتخصصة؟ كما أنه صنيع غيره من علماء الحديث.

٣. هل لاختلاف علماء أصول الفقه مع علماء الحديث وتجاذبههم تلاميذ المسائل الحديثية من آثار تتجلى، وثمرات يانعة تتهادى في حنايا قضايا الاجتهاد والإفتاء والفقه؟

أهم الدراسات السابقة:

لم أجد -فيما أطلعت عليه- من تناول أبعاد هذا البحث استخلاصاً من ألفية الحديث للحافظ العراقي، وإنما وجدت دراسات تناولت الموضوع بعمومه، فكان من أشهرها:

١. "اختلاف المحدثين والفقهاء في الحكم على الحديث" للأستاذ عبد الله شعبان علي، وقد طبعته دار الحديث عام ١٩٩٧م، وقد اقتنيتُ هذا السفر الماتع في طرحه، الثري بتطبيقاته، الشامل في مناقشاته، فاستفدتُ منه في الإمام ببعض المسائل، وتصور النقاش فيها، وكانت في غالبها تدور على رحي كلام الإمام العراقي تلميحاً أو تصريحاً، فكانه البذرة، والغراس المبارك، والنهر الماد.

٢. "القواعد والمسائل الحديثية المختلف فيها بين المحدثين والأصوليين وأثرها في قبول الأحاديث أو ردها" للدكتورة أميرة الصاعدي، طبعته مكتبة الرشد عام ٢٠٠٦م، وهذا الكتاب من الكتب التي قرأتها منذ زمن، ولخصته لجودة تناوله للمسائل وتبويبها، وعنوانتها، وذكر التطبيقات، وأفدت منه حيناً.

منهجية البحث:

إن البحث منصب على إيضاح نقاط اختلاف الأصوليين مع المحدثين وتطبيقات ذلك، ليكون القارئ على تصور واضح فيما يتقاطع فيه الفريقان،

وما ينتج عن ذلك، ولذلك لم يكن همي في البحث الترويج بين الأقوال،
وللوصول إلى هدف البحث ارتسمت المنهجية على الترتيب التالي:

١. ذكر عنوان المسألة.
٢. بيان التصور العام للمسألة، ومحل النزاع فيها.
٣. إيراد نص التبصرة والتذكرة.
٤. إيراد نص شرح الإمام العراقي للتبصرة والتذكرة.
٥. ذكر رأي الأصوليين مع الإشارة إلى الاختلاف مع المحدثين أو
الوفاق.
٦. ذكر أثر الاختلاف في هذه المسائل.

خطة البحث:

لقد قسمت البحث بعون الله وفضله إلى:

١. المقدمة.
٢. المبحث الأول: التعريفات العلمية.
٣. المبحث الثاني: المسائل الحديثية الخلافية بين الأصوليين والمحدثين
في "التبصرة والتذكرة" وشرحها وأثر الخلاف.
٤. الخاتمة والنتائج.

المبحث الأول: التعريفات العلمية:

وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الأصوليين.

أ- تعريف علم أصول الفقه لغة واصطلاحاً:

اعتنى الأصوليون بتعريف علم أصول الفقه عنايةً بالغةً، فعرفوه تعريفاتٍ شتى، فيها تنوعٌ في العبارة، وتفاوتٌ في القيود والمحتركات، لكن يجمع هذه التعريفات جميعاً الدورانُ حول معنى واحدٍ؛ هو: "معرفة القواعد التي يتوصل بها إلى استنباط الفقه"، وعرفه البيضاوي اصطلاحاً بأنه: "معرفة دلائل الفقه إجمالاً، وكيفية الاستفادة منها، وحال المستفيد" (١).

ب- تعريف الأصولي:

من تعريف أصول الفقه أخذَ تعريفُ الأصوليِّ؛ وهو: مَنْ عَرَفَ القواعدَ الَّتِي يُتَوَسَّلُ بِهَا إِلَى اسْتِنْبَاطِ الأحكام الشرعية الفرعية (٢).

قال السيوطي في الكوكب الساطع:

أدلة الفقه الأصول مُجْمَلَةٌ وَقِيلَ مَعْرِفَةٌ مَا يَدُلُّ لَهَا

وطرق الاستفادة والمستفيد وعارفٌ بِهَا الأصوليُّ العتيذ (٣).

المطلب الثاني: تعريف المحدثين:

أ- تعريف علم الحديث لغة واصطلاحاً:

الحديث لغة:

هو الخبر، ويطلق على القليل والكثير، والمراد من الخبر ههنا: اللفظ، سواءً أكان مركباً أو غيراً (٤).

(1) نهاية السؤل في شرح منهاج الوصول إلى علم الأصول لناصر الدين البيضاوي، تأليف

عبدالرحيم الأسنوي ٧/١، طبعة دار ابن حزم، ١٩٩٩م.

(2) شرح الكوكب المنير، لابن النجار الحنبلي: (٤٦/١) طبعة العبيكان.

(3) شرح الكوكب الساطع نظم جمع الجوامع لعبد الرحمن السيوطي ٣٩/١، طبعة دار السلام، ٢٠٠٨م.

(4) انظر: المختصر في علم الأثر، للكافيحي: (١١٠).

واصطلاحا:

أولى تعاريف علم الحديث أنه: معرفة القواعد التي يتوصل بها إلى معرفة حال الراوي والمروي^(١).

ب- تعريف المحدث:

المحدث هو: مَنْ تَصَلَّحَ فِي عِلْمِ الْحَدِيثِ رَوَايَةً وَدِرَايَةً، وَكَانَ مَا عِلْمُهُ مِنَ السُّنَّةِ أَكْثَرَ مِمَّا غَابَ عَنْهُ؛ لِذَلِكَ اشْتَرَطُوا فِي الْمَحْدُثِ أَنْ يَكُونَ مِمَّنْ اشْتَغَلَ بِعِلْمِ الْحَدِيثِ رَوَايَةً وَدِرَايَةً، وَأُطْلِعَ عَلَى كَثِيرٍ مِنَ الرِّوَايَاتِ، وَعَلَى أَحْوَالِ رَوَاتِهَا، فَجَعَلُوهُ بِذَلِكَ فِي مَرْتَبَةٍ أَرْفَعَ مِنْ مَرْتَبَةِ الْمَسْنِدِ^(٢).

المطلب الثالث: تعريف المسائل الحديثية:

أ- تعريف المسائل لغة واصطلاحا:

المسائل لغة: جمع مسألة، وهي من السؤال، وهو الطلب^(٣).
واصطلاحا: مطلوبٌ خيريٌّ يُبرهنُ عنه في العلمِ بدليل^(٤)، وقد جرى عُرْفُ العلماء في التصنيف على تقسيم قضايا كل فن أبوابا، وتقسيم الأبواب فصولا، وتقسيم الفصول مباحث، وتقسيم المباحث مطالب، وتقسيم المطالب مسائل؛ فتكون المسألة هي آخرَ منازل تقسيم الموضوعات؛ لتنتهي إلى الموضوع الجزئي الذي لا يَأْبَى القسمة، ويستعصي على التوزيع.
وتأسيسا على هذا تكون المسائل الحديثية: طائفة من العلم تُعنى بمعالجة فن الحديث المختص بتمييز المقبول من الأخبار من المردود.

(1) شرح الكوكب المنير، لابن النجار الحنبلي: (٤٦/١).

(2) تحفة أهل الفكر في مصطلح أهل الأثر، للمباركفوري: (٣٤).

(3) انظر: تاج اللغة وصحاح العربية، للجوهري: (١٧٢٣/٥)، لسان العرب، لابن منظور: (٣/١٩٠٦).

(4) التعريفات، للشريف الجرجاني: (٢٥٥)، الكليات لأبي البقاء الكفوي: (٨٥٧)، التقرير والتحبير لابن أمير الحاج: (٣٤/١، ٣٥)، حاشية الجمل على شرح المنهج: (٢٦/١)، وحاشية البجيرمي على الخطيب: (٩١/١).

المطلب الرابع: التعريف بالإمام العراقي^(١):

هو الإمام أبو الفضل زين الدين، عبد الرحيم بن الحسين بن عبد الرحمن بن أبي بكر بين إبراهيم الكردي الرازناتي الأصل، المهراني المصري الشافعي. ولد في الحادي والعشرين من جمادى الأولى سنة خمس وعشرين وسبعمائة، في مصر، فأقبل على طلب العلم منذ نعومة أظفاره، فانشغل بطلب العلم تحت إشراف والده، فحفظ القرآن وهو ابن ثمان سنوات، ثم أولع بحب العلم وطلب الاستزادة منه، والتبحر فيه، فبدأ بطلب علم القراءات وأتمه على الشيخ تقي الدين الواسطي، ثم أقبل على الفقه وأصوله؛ فحفظ "التنبيه"، وأكثر "الحاوي" في الفقه الشافعي، وأخذ الأصول عن جمال الدين الإسوي، وشمس الدين ابن اللبان.

إلى أن نصحة شيخه القاضي ابن جماعة بالتوجه إلى طلب علم الحديث؛ فأقبل عليه فأنفق فيه جمام ذهنه، وأخلصه بوافر جهده وتدبره، فاستقبله بهمة قوية وعزيمة فتيّة، فأسغفه فيه قريحة منقّدة، وعقل راجح، فاجتهد في تحصيله، ورحل ابتغاء تدوينه وجمعه.

وبعد رحلة طويلة من الطلب برز علم الحافظ العراقي، فانتقل من الاستفادة إلى الإفادة؛ فصنف التصانيف الجامعة، ووضع الكتب البديعة النافعة؛ ومنها: في الحديث الشريف: الأحاديث المخرّجة في الصحيحين التي تكلم فيها بضعف وانقطاع، والأربعون البلدانية، والأربعون التساعية، والباعث على الخلاص من حوادث القصّاص، والمغني عن حمل الأسفار في الأسفار في

(١) انظر ترجمة الحافظ العراقي في: إنباء الغمر بانباء العمر، للحافظ ابن حجر العسقلاني: (١٧٥-١٧٠/٥)، غاية النهاية في طبقات القراء: (٣٨٢/١-٣٨٣)، الدليل الصافي على المنهل الشافي، لابن تغري بردي: (٤٠٩/١)، النجوم الزاهرة، له: (٣٤/١٣)، شذراتان الذهب، لابن العماد الحنبلي: (٥٧-٥٥/٧)، الضوء اللامع، للسخاوي: (١٧٨-١٧١/٤)، التحفة اللطيفة في تاريخ المدينة الشريفة، له: (٥٧٠-٥٥٨/٢)، حسن المحاضرة في تاريخ مصر والقاهرة، للسيوطي: (٣٦٠/١)، البدر الطالع، للشوكاني: (٣٥٤/١-٣٥٦).

تخريج ما في الإحياء من الأخبار، وتقريب الأسانيد وترتيب المسانيد، وغيرها.

وفي علوم الحديث: التبصرة والتذكرة وهي ألفيته الشهيرة في علوم الحديث، وسيكون لهذا البحث وقفة في التعريف بها، والتقيد والإيضاح لما أطلق وأغلق من كتاب ابن الصلاح، وشرح الألفية، ونظم الاقتراح في علوم الحديث لابن دقيق العيد، وغيرها.

وفي الجرح والتعديل: ترتيب من له ذكر بتجريح أو تعديل في بيان الوهم والإيهام لابن القطان، ذيل ميزان الاعتدال، رجال سنن الدارقطني سوى ترجمة ما في التهذيب، رجال صحيح ابن حبان سوى ما في التهذيب، وغيرها.

وفي أصول الفقه: النجم الوهاج في نظم المنهاج للبيضاوي، نكت على المنهاج، وغيرها.

وفي الفقه: تتمات المبهمات وهي استدراقات على كتاب المهمات، تكملة شرح المهذب، وغيرها.

وفي الغريب: منظومة في غريب القرآن.

وفي السيرة النبوية: الدرر السنية في نظم السيرة الزكية.

وفي التراجم والمعاجم والمشیخات: ترجمة الإنشائي، ذيل أحمد بن أبيك الدمياطي على وفيات النقلة، ذيل على ذيل العبر، ذيل مشيخة القاضي أبي الحرم القلانسي، وذيل وفيات الأعيان، وغيرها.

عاش الحافظ العراقي عمراً حافلاً بالعطاء العلمي؛ تأليفاً وتدريسا، وإفتاءً، وتربيةً وتخريجاً للناهبين من طلاب العلم في عصره، إلى أن أتاه اليقين ووافته المنية في ليلة الأربعاء، اليوم الثامن من شعبان، سنة ست وثمانمائة من الهجرة، في مدينة القاهرة، ودفن بتربتها خارج باب البرقية.

المطلب الخامس: التعريف بألفية الحديث وشرحها: (شرح التبصرة والتذكرة) للإمام العراقي:

مر التصنيف في علوم الحديث - كغيره من العلوم الإنسانية - بمراحل طبيعية، تطوّرَ فيها، استفتحت هذه المراحل بإرهاصات النشأة، إلى استكمال المباحث، إلى النضج العلمي، ومر خلال هذه المراحل بأعلام كبار أثره بأرائهم، وغدوةً بلبان أفكارهم، فبدأ تدوين آرائهم مع رسالة الإمام الشافعي، ومرّ بعددٍ من المحطّات البارزة التي مثّلتها جهابذة المحدثين؛ من أمثال: الإمام أحمد، ويحيى بن معين، وابن المديني، والإمام البخاري، مروا بالخطيب البغدادي الذي اكتملت عليه يديه مباحث قوانين توثيق الأخبار، نهاية بالإمام الجهيز أبي عمرو ابن الصلاح الشّهزوري، الذي جمع شتات هذا العلم، وقرب متباعده، وذلّ قصيه، ورتّب مباحثه، فوضّع في هذه السبيل مقدمته التي غدت عمدة المصنّفين في علوم الحديث من بعده، حتى إنه لا يكاد يخلو مصنف في علوم الحديث بعدها من الاستفادة منها.

وكان الحافظ العراقي ممن اعتنى بمقدمة ابن الصلاح عناية بالغة، فشرحها ونظّمها:

وخرج نظمة المقدّمة في ألفيته الذائعة الصيت في مجال الدرس الحديثي، وأسمائها: **التبصرة والتذكرة:**

اشتهرت منظومة العراقي في علوم الحديث بعدة أسماء؛ منها: **ألفية الحديث**، و: **ألفية العراقي في المصطلح**، وإن لم يصرح مؤلفها باسم يخصّها في مطلع نظمه، إلا أن أشار إلى تسميتها بصفحتها؛ فقال في مقدمتها:

نَظَّمْتُهَا تَبْصِرَةً لِلْمُبْتَدِي * * * تَذَكُّرَةً لِلْمُنْتَهِي وَالْمُسْتَبْدِي

لكن أسعفتنا إجازة الحافظ العراقي لتلميذه النابه والإمام المحقق حزام الحدين الحافظ ابن حجر باسم الألفية؛ فصرح العراقي في هذه الإجازة

باسمها؛ فقال: «قرأ علي الألفية المسماة بـ: التبصرة والتذكرة، من نظمي»^(١).

وقد اعتنى العلماء بألفية الحافظ العراقي عناية كبيرة؛ فكثرت شروحها والتعليقات عليها؛ وكان من أهم شروحها: الحافظ العراقي نفسه؛ فقد شرحها شرحين: كبير وصغير، وشرحها ولده الإمام ولي الدين أبو زرعة العراقي، نكت الحافظ ابن حجر علي الألفية، وشرح أبي الفداء إسماعيل إبراهيم بن عبد الله بن جماعة الكناني، ويعد أبسط شروحها وأهمها شرح الإمام السخاوي الموسوم بـ: «فتح المغيث شرح ألفية الحديث»، للإمام شمس الدين محمد بن عبد الرحمن السخاوي المتوفى سنة (٩٠٢هـ).

المطلب السادس: التعريف بأهم أسباب مشاركة الأصوليين في علم الحديث:
إن الناظر في كتاب شرح التبصرة والتذكرة للإمام العراقي خاصة وكتب المصطلح عامة يلحظ إيراد آراء بعض علماء أصول الفقه موافقة أو معارضة لآراء أهل الحديث، ويمكن عزو هذا التداخل، والمناقشة، وتقبلها عند المحدثين إلى عدة أمور:

١. يكثر في علماء أصول الفقه القدامى الاهتمام بالحديث بل وُجد فيهم محدثون حفاظ، وأذكر على سبيل المثال:

كالإمام مالك والشافعي، ومحمد بن مفلح المقدسي، أحمد بن عبد الرحيم العراقي، عبد الله بن علاء الدين العرياني. علي بن إسماعيل الأبياري من شيوخ ابن الحاجب، محمد بن عبد الله الصيرفي. ومحمد بن عبد الله الأبهري المالكي، عبد الرحمن بن إسماعيل أبو شامة. وسليمان بن خلف الباجي محمد بن علي المازري، محمد بن عبد الله المعافري المعروف بابن العربي. ومحمد بن أحمد بن رشد القرطبي (الجد) والبيهقي ابن عبد البر ومحيي الدين يحيى بن شرف النووي. وأحمد بن علي العسقلاني المعروف بابن حجر،

(١) الجواهر والدرر للسخاوي: (٢٧١/١).

وزكريا بن محمد الأنصاري؛ وغيرهم كثير، وهذا الجمع بين هذين الفنين من أكبر أسباب ورود مناقشات أهل الأصول في كتب الحديث، فكان ذلك أمراً طبيعياً بل تجددت لهم نظرات في المسائل الحديثية، وزوايا تأمل قشبية، لم تتحصل لمن تخصص بالحديث فقط، وما ذاك إلا لتنازع ذلك العلم الجامع عاملان:

الأول: الأصول التي تعنى بمصادر التشريع، وما تحتج به وما لا يحتج، وما يمكن بناء الأحكام عليه والاستنباط منه وما لا يمكن.

والثاني: هو الصنعة الحديثية التي تعنى بالنظر في الأسانيد والمتون، صحة وضعفها، فأثمر هذا التنازع غوراً جديداً عبثياً في النظر الى المسائل، ولعل هذا سرٌّ من أسرار إيداع الإمام الشافعي في كتابه الأصول الماتع "الرسالة" الذي وُلد من رحم التحديث، والرواية، ومختلف الحديث؛ قال الإمام النووي: "[يقصد باب التعارض والترجيح] من أهم الأنواع، ويضطر إلى معرفته جميع العلماء من الطوائف، وهو أن يأتي حديثان متضادان في المعنى، فيوفق بينهما، وإنما يكمل له الأئمة الجامعون بين الحديث والفقهاء، والأصوليون الغواصون على المعاني" (1).

٢. تداخل بعض مباحث علم أصول الفقه بمباحث مصطلح الحديث مما للنظر والفكر أثر جلي في استجلاب القاعدة أو استتطاق العقل؛ كمبحث الجرح والتعديل، فإن أهل الأصول يتحدثون عنه في صنعتهم في باب التعارض والترجيح، وكذلك ما يفيد حديث الأحاد، وقول الصحابي، وغيرها من المسائل والمباحث التي درسها أهل كل فن حسب مقتضيات بحثهم وأهداف تفعيدهم مع تقاطع بينهم وتجادب صحيٍّ أورث نضجاً للثمار العلمية المبحوثة عند الطرفين؛ قال العلامة ابن دقيق العيد -

(1) تدريب الراوي في شرح تقريب النواوي للإمام السيوطي ١٩٦/٢، ط. المكتبة السلفية، مطبعة السعادة بمصر.

رحمه الله -في كلامه على حدّ الحديث الصحيح: "اللفظ الأول ومداره بمقتضى أصول الفقهاء والأصوليين على عدالة الراوي العدالة المشترطة في قبول الشهادة على ما قرر في الفقه، فمن لم يقبل المرسل منهم زاد في ذلك أن يكون مسنداً.

وزاد أصحاب الحديث أن لا يكون شاذاً ولا معللاً، وفي هذين الشرطين نظر على مقتضى نظر الفقهاء؛ فإن كثيراً من العلل التي يعلل بها المحدثون الحديث لا تجري على أصول الفقهاء .

وبمقتضى ذلك حد الحديث الصحيح بأنه: الحديث المسند الذي يتصل إسناده بنقل العدل الضابط إلى منتهاه ولا يكون شاذاً ولا معللاً ولو قيل في هذا الحديث الصحيح المجمع على صحته هو كذا وكذا إلى آخره لكان حسناً لأن من لا يشترط مثل هذه الشروط لا يحصر الصحيح في هذه الأوصاف ومن شرط الحد: أن يكون جامعاً مانعاً"⁽¹⁾.

٣. بعض المسائل الحديثية هي وليدة التقدير العقلي، والخبرة العلمية، والتجريد الذهني مما يسمح بأن يدلي به ذوا الأبواب والنهي؛ كتناول مسألة قبول الحديث المرسل أو عدمه، وكرواية المتبدع وزيادة الثقة، وصحة سماع الراوي الذي ينسخ في حالة السماع أو عدم صحتها، وأشباه ذلك، فإنها في كثير من حناياها خاضعة لصحيح العقل والتجريد لا ذات الصنعة الحديثية المحتاجة إلى إعمال الذهن -الذي عاش في كنف الكتاب والسنة- أكثر من كونها مختصة بأهل فن ما.

المسائل الحديثية الخلاقية بين الأصوليين والمحدثين في "التبصرة والتذكرة"

وشرحها

المسألة الأولى: ماهية الحديث المشهور:

(1) الاقتراح في بيان الاصطلاح وما أضيف إلى ذلك من الأحاديث المعدودة من الصحاح لابن دقيق العيد، ص ٧، طبعة شركة دار المشاريع، ٢٠٠٦م.

أولاً: تصوير المسألة: إن الحديث المشهور ما كان من الأحاد في الأصل؛ لأنه قصر عن صفة التواتر، لكنه مع ذلك انتشر، فصار ينقله قوم لا يتوهم تواطؤهم على الكذب، وهم القرن الثاني بعد الصحابة رضي الله عنهم ومن بعدهم، فهل يكون بذلك قسماً من الأحاد أو قسماً له؟
ثانياً: نص التبصرة والتذكرة:

٧٤٩. وَمَا بِهِ مُطْلَقاً الرَّأْيُ انْفَرَدَ *** فَهُوَ الْغَرِيبُ وَأَبْنُ مَنَدَةَ فَحَدَّ
٧٥٠. بِالْإِنْفِرَادِ عَنِ إِمَامٍ يُجْمَعُ *** حَدِيثُهُ فَإِنْ عَلَيْهِ يُتَّبَعُ
٧٥١. مِنْ وَاحِدٍ وَاثْنَيْنِ فَالْعَزِيزُ أَوْ *** فَوْقَ فَمَشْهُورٌ وَكُلُّ قَدْ رَأَوْا
٧٥٢. مِنْهُ الصَّحِيحُ وَالضَّعِيفُ ثُمَّ قَدْ *** يَغْرُبُ مُطْلَقاً أَوْ إِسْنَاداً فَقَدْ
ثالثاً: شرح التبصرة والتذكرة:

" قَالَ ابْنُ الصَّلَاحِ: "الحديثُ الذي ينفردُ به بعضُ الرواة، يوصفُ بالغريبِ، قال: وكذلك الحديثُ الذي ينفردُ فيه بعضهم بأمرٍ لا يذكره فيه غيره، إمَّا في متبِّه، وإمَّا في إسناده". وروينا عن أبي عبد الله بن منده قال: الغريبُ من الحديثِ كحديثِ الزهريِّ وقتادة وأشباههما من الأئمة ممن يُجمع حديثُهُم إذا انفردَ الرجلُ عنهم بالحديثِ يُسمَّى غريباً، فإذا روى عنهم رجلان، أو ثلاثة، واشتركوا يُسمَّى عزيزاً، فإذا روى الجماعةُ عنهم حديثاً، يُسمَّى مشهوراً، وهكذا قال محمد بن طاهر المقدسي، وكأنه أخذهُ من كلام ابن منده. وقولي: (وكلُّ قَدْ رَأَوْا، مِنْهُ الصَّحِيحُ وَالضَّعِيفُ) أي: إن وصِفَ الحديثُ بكونِهِ مشهوراً، أو عزيزاً، أو غريباً، لا ينافي الصِّحَّةَ، ولا الضعفَ، بل قد يكونُ مشهوراً صحيحاً، أو مشهوراً ضعيفاً، أو غريباً صحيحاً، أو غريباً ضعيفاً، أو عزيزاً صحيحاً، أو عزيزاً ضعيفاً. ولم يذكر ابن الصلاح كونَ العزيزِ يكونُ مِنْهُ الصحيحُ والضعيفُ، بل ذكَّرَ ذلكَ في المشهورِ والغريبِ فقط^(١).

(١) شرح التبصرة والتذكرة ج٢ ص٧٢-٧٣.

وسأذكر رأي الأصوليين ونقولاتهم بعد أن أذكر النص الثاني من التبصرة والتذكرة وشرحها لارتباطه بما قبله.

رابعاً: نص التبصرة والتذكرة:

٧٥٣. كَذَلِكَ الْمَشْهُورُ إِضَاءً قَسَمُوا *** لِشَهْرَةٍ مُطْلَقَةٍ كَ "الْمُسْلِمُ"
٧٥٤. مَنْ سَلِمَ الْحَدِيثَ وَالْمَقْصُورِ *** عَلَى الْمُحَدِّثِينَ مِنْ مَشْهُورٍ
٧٥٥. "قُوَّتُهُ بَعْدَ الرُّكُوعِ شَهْرًا" *** وَمِنْهُ ذُو تَوَاتُرٍ مُسْتَقَرًّا
٧٥٦. فِي طَبَقَاتِهِ كَمَنْ "مَنْ كَذَبَ" *** فَفَوْقَ سِتِّينَ رَوَاهُ وَالْعَجَبُ
٧٥٧. بِأَنَّ مِنْ رَوَاتِهِ لِلْعَشْرَةِ *** وَخَصَّ بِالْأَمْرَيْنِ فِيمَا ذَكَرَهُ
٧٥٨. الشَّيْخُ عَنِ بَعْضِهِمْ، قُلْتُ: بَلَى *** "مَسْحُ الْخِفَافِ" وَابْنُ مَدْدَةَ إِلَى
٧٥٩. عَشْرَتِهِمْ "رَفَعَ الْيَدَيْنِ" نَسَبًا *** وَتَيَقُّوْا عَنْ مِائَةٍ "مَنْ كَذَبَا"

خامساً: نص شرح التبصرة والتذكرة:

ثم إن المشهور أيضاً ينقسم باعتبار آخر إلى ما هو متواتر، وإلى ما هو مشهور غير متواتر. وقد ذكر المتواتر الفقهاء والأصوليون وبعض أهل الحديث. قال ابن الصلاح: "وأهل الحديث لا يذكرونه باسمه الخاص المشعر بمعناه الخاص، وإن كان الخطيب قد ذكره في كتابه "الكفاية" ففي كلامه ما يشعر بأنه أتبع فيه غير أهل الحديث". قلت: قد ذكره الحاكم، وابن حزم وابن عبد البر. وهو الخبر الذي ينقله عددٌ يحصل العلم بصدقهم ضرورة. وعبر عنه غير واحد بقوله: عددٌ يستحيل تواطؤهم على الكذب. ولا بد من وجود ذلك في روايته من أوله إلى منتهاه، وإلى ذلك أشرت بقولي: (في طبقاته)" (١)

سادساً: رأي الأصوليين مقارناً برأي المحدثين:

لقد اتجه الأصوليون ثلاثة اتجاهات (٢):

(١) شرح التبصرة والتذكرة للحافظ العراقي ج ٢ ص ٨١.
(٢) روضة الناظر: ٢٨٧/١ مؤسسة الريان الطبعة ٢، والإحكام للأدي ج ٢ ص ٣١، وإرشاد الفحول ج ١ ص ١٣٨، كنز الوصول إلى معرفة الأصول (أصول البيهقي): (١٥٢).

الاتجاه الأول: أن الحديث المشهور قسم من الأحاد، وهو قول جماهير أهل الأصول؛

قال ابن قدامة رحمه الله في روضة الناظر: "فصل: [في حد الخبر وأقسامه] وحد الخبر: هو الذي يتطرق إليه التصديق أو التكذيب.

وهو قسمان: تواتر وأحاد." (1) قال الأمدى رحمه الله في الأحكام: "وَالْأَقْرَبُ فِي ذَلِكَ أَنْ يُقَالَ خَبَرُ الْأَحَادِ مَا كَانَ مِنَ الْأَخْبَارِ غَيْرُ مُنْتَهٍ إِلَى حَدِّ التَّوَاتُرِ.

وَهُوَ مُنْقَسِمٌ: إِلَى مَا لَا يُفِيدُ الظَّنَّ أَصْلًا، وَهُوَ مَا تَقَابَلَتْ فِيهِ الاحْتِمَالَاتُ عَلَى السَّوَاءِ، وَإِلَى مَا يُفِيدُ الظَّنَّ وَهُوَ تَرَجُّحُ أَحَدِ الاحْتِمَالَيْنِ الْمُمَكِّنِينَ عَلَى الْآخَرِ فِي النَّفْسِ مِنْ غَيْرِ قَطْعٍ. فَإِنْ نَقَلَهُ جَمَاعَةٌ تَرِيدُ عَلَى الثَّلَاثَةِ وَالرَّابِعَةِ سُمِّيَ مُسْتَفِيضًا مَشْهُورًا" (2)؛ وقال الشوكاني رحمه الله في إرشاد الفحول:

"القِسْمُ الثَّلَاثُ: الْمَشْهُورُ، وَهُوَ مَا اشْتَهَرَ وَلَوْ فِي الْقَرْنِ الثَّانِي، أَوْ الثَّلَاثِ، إِلَى حَدِّ يَنْقَلُهُ بَقَاتٌ لَا يَتَوَهَّمُ تَوَاطُؤُهُمْ عَلَى الْكَذِبِ، وَلَا يُعْتَبَرُ الشُّهُرَةُ بَعْدَ الْقَرْنَيْنِ. هَكَذَا قَالَتْ قَالَ الْحَنْفِيَّةُ، فَاعْتَبَرُوا التَّوَاتُرَ فِي بَعْضِ طَبَقَاتِهِ، وَهِيَ الطَّبَقَةُ الَّتِي رَوَتْهُ فِي الْقَرْنِ الثَّانِي أَوْ الثَّلَاثِ فَقَطْ، فَبَيَّنَهُ وَبَيَّنَ الْمُسْتَفِيضَ عُمُومًا وَخُصُوصًا مِنْ وَجْهِ، لِصِدْقِهِمَا عَلَى مَا رَوَاهُ الثَّلَاثَةُ فَصَاعِدًا، وَلَمْ يَتَوَاتَرَ فِي الْقَرْنِ الْأَوَّلِ، ثُمَّ تَوَاتَرَ فِي أَحَدِ الْقَرْنَيْنِ الْمَذْكُورَيْنِ، وَانْفَرَدَ الْمُسْتَفِيضُ إِذَا لَمْ يَنْتَهَ فِي أَحَدِهِمَا إِلَى التَّوَاتُرِ وَانْفِرَادِ الْمَشْهُورِ فِيمَا رَوَاهُ اثْنَانِ فِي الْقَرْنِ الْأَوَّلِ ثُمَّ تَوَاتَرَ فِي الثَّانِي وَالثَّلَاثِ وَجَعَلَ الْجِصَّاصُ الْمَشْهُورَ قِسْمًا مِنَ الْمُتَوَاتِرِ وَوَافَقَهُ جَمَاعَةٌ مِنْ أَصْحَابِ الْحَنْفِيَّةِ. وَأَمَّا جُمْهُورُهُمْ فَجَعَلُوهُ قَسِيمًا لِلْمُتَوَاتِرِ لَا قِسْمًا مِنْهُ كَمَا نَقَّحُوا" (3).

(1) روضة الناظر: ٢٨٧/١ مؤسسة الريان الطبعة ٢ .

(2) الإحكام للأمدى ج ٢ ص ٣١ .

(3) إرشاد الفحول ج ١ ص ١٣٨ .

الاتجاه الثاني: أن الحديث المشهور قسيم للمتواتر والآحاد، وليس قسماً من أحدهما، وهو قول الحنفية؛ قال البيهقي رحمه الله في أصول البيهقي: "باب المشهور من الأخبار: قال الشيخ الإمام: المشهور: ما كان من الآحاد في الأصل، ثم انتشر؛ فصار ينقله قوم لا يتوهم تواطؤهم على الكذب؛ وهم القرن الثاني بعد الصحابة رضي الله عنهم ومن بعدهم، وأولئك قوم ثقافت أئمة لا يتهمون؛ فصار بشهادتهم وتصديقهم بمنزلة المتواتر حجةً من حُجَج الله تعالى؛ حتى قال الجصاص: إنه أحد قسمي المتواتر، وقال عيسى بن أبان: إن المشهور من الأخبار يضل جاحده ولا يكفر؛ مثل حديث المسح على الخفين وحديث الرجم وهو الصحيح عندنا؛ لأن المشهور بشهادة السلف صار حجة للعمل به كالمتواتر؛ فصحت الزيادة به على كتاب الله تعالى، وهو نسخ عندنا؛ وذلك مثل: زيادة الرجم والمسح على الخفين والتتابع في صيام كفارة اليمين، لكنه لما كان في الأصل من الآحاد ثبت به شبهة فسقط به علم اليقين ولم يستقم اعتباره في العمل فاعتبرناه في العلم" (١).

وجاء فيه أيضاً: "باب تقسيم الخبر من طريق المعنى: وهو خمسة أقسام ما هو صدق لا شبهة فيه وهو خبر الرسول عليه السلام وذلك هو المتواتر منه وقسم فيه شبهة وهو المشهور وقسم محتمل ترجح جانب صدقه وهو ما مر من أخبار الآحاد وقسم محتمل عارض دليل رجحان الصدق منه ما أوجب وقفه فلم يقم به الحجة وذلك مثل ما سبق من أنواع ما يسقط به خبر الواحد والقسم الخامس الخبر المطعون الذي رده السلف وأكروه" (٢).

الاتجاه الثالث: أن الحديث المشهور منه ما هو متواتر، ومنه ما هو آحاد، وهو رأي المحدثين (٣).

(1) كنز الوصول إلى معرفة الأصول (أصول البيهقي): (١٥٢)
(2) كنز الوصول إلى معرفة الأصول (أصول البيهقي): (١٩١). وانظر: أيضاً المغني في أصول الفقه للخبازي: (١٩١). أصول السرخسي: (٢٩٢/١)، وأصول الشاشي: (٢٦٩).
(3) شرح التبصرة والتذكرة للحافظ العراقي ج ٢ ص ٨١.

أثر الاختلاف في المسألة الأولى: الحديث المشهور.

آثار الاختلاف في هذه المسألة تظهر في أمرين:

الأول: ما يفيد الحديث المشهور:

فعلى الاتجاه الأول القائل بأن الحديث المشهور قسم من الآحاد؛ فإنه لا يفيد العلم مطلقاً إلا بقريضة.

وعلى الاتجاه الثاني القائل بأن الحديث المشهور قسيم للمتواتر؛ فمنهم من جعله مفيداً علم طمأنينة فهو عندهم دون المتواتر وفوق الآحاد، ومنهم من جعله مفيداً للعلم بطريق النظر والاستدلال.

وعلى الاتجاه الثالث القائل بأن الحديث المشهور منه ما هو متواتر، ومنه ما هو آحاد، فإنه يفيد العلم إن كان متواتراً، ويفيد الظن إن كان آحاداً.

وعلى هذا الخلاف تبني مسألة: هل يكفر جاحده أو لا؟ فما أوجب العلم كفر جاحده، وما أوجب علم طمأنينة أو ظناً فلا.

الثاني: جواز نسخ المتواتر به أو عدمه:

فعلى الاتجاه الأول فإن الحديث المشهور لا ينسخ المتواتر، لأنه يفيد الظن. وهذا ما ذهب إليه جماهير العلماء⁽¹⁾.

وعلى الاتجاه الثاني فإن الحديث المشهور ينسخ المتواتر سواء أفاد العلم اليقيني أو علم طمأنينة. وهذا رأي أهل الظاهر وبه أخذ الباجي⁽²⁾ والقاضي أبو بكر والإمام الغزالي⁽³⁾.

وعلى الاتجاه الثالث فإن ما كان منه متواتراً نسخ المتواتر، وما كان منه آحاداً لم ينسخه.

(1) الإحكام للأمدى ج ٣ ص ١٤٦، والمحصل للرازي ج ٣ ص ٣٢٣.
(2) إحكام الفصول للباجي ص ٤٣٢ دار الغرب الإسلامي بيروت الطبعة الثانية ١٩٩٥م
(3) المستصفي ص ١٠١، المؤلف: أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي (المتوفى: ٥٠٥هـ تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.

قال الآمدي رحمه الله في الإحكام:

"وَأَمَّا نَسْخُ الْمُتَوَاتِرِ مِنْهَا بِالْأَحَادِ، فَقَدْ اتَّفَقُوا عَلَى جَوَازِهِ عَقْلًا وَاخْتَلَفُوا فِي وَقُوعِهِ سَمْعًا، فَاتَّبَعْتُهُ دَاوُدُ وَأَهْلُ الظَّاهِرِ وَتَفَاهُ البَّاقُونَ.

وَقَدْ احْتَجَّ النَّافُونَ لِذَلِكَ بِالإِجْمَاعِ وَالْمَعْنَى.

أَمَّا الإِجْمَاعُ، فَمَا رُوِيَ عَنْ عُمَرَ بْنِ الخَطَّابِ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ: " لَأَنْ نَدْعُ كِتَابَ رَبِّنَا وَسُنَّةَ نَبِيِّنَا بِقَوْلِ امْرَأَةٍ لَأَنْ نَدْعِي أَصْدَقْتَ أَمْ كَذَبْتَ " وَأَيْضًا مَا رُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ: " لَأَنْ نَدْعُ كِتَابَ رَبِّنَا وَسُنَّةَ نَبِيِّنَا بِقَوْلِ أَعْرَابِيٍّ بِوَالٍ عَلَى عَيْبِهِ ". وَوَجْهُ الإِحْتِجَاجِ بِهِ أَنَّهُمَا لَمْ يَعْمَلَا بِخَبَرِ الوَاحِدِ وَلَمْ يَحْكَمَا بِهِ عَلَى القُرْآنِ، وَمَا ثَبَتَ مِنَ السُّنَّةِ تَوَاتُرًا، وَكَانَ ذَلِكَ مُشْتَهَرًا فِيمَا بَيْنَ الصَّحَابَةِ وَلَمْ يُنْكَرْ عَلَيْهِمَا مُنْكَرٌ، فَكَانَ ذَلِكَ إِجْمَاعًا.

وَأَمَّا الْمَعْنَى فَهُوَ أَنَّ الأَحَادَ ضَعِيفٌ وَالْمُتَوَاتِرَ أَقْوَى مِنْهُ، فَلَا يَقَعُ الأَضْعَفُ فِي مُقَابَلَةِ الأَقْوَى. وَلِقَائِلِ أَنْ يَقُولَ: عَدَمُ قَبُولِ خَبَرِ الوَاحِدِ فِيمَا ذُكِرَ لَأَنْ يَمْنَعُ مِنْ قَبُولِ خَبَرِ الوَاحِدِ مُطْلَقًا، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ لَأَنْ مَانِعٌ أَنْ يَكُونَ امْتِنَاعُ قَبُولِهِ لِعَدَمِ حُصُولِ الظَّنِّ بِصِدْقِهِ.

وَلِهَذَا قَالَ عُمَرُ: " لَأَنْ نَدْعِي أَصْدَقْتَ أَمْ كَذَبْتَ " وَقَالَ عَلِيٌّ فِي الأَعْرَابِيِّ مَا قَالَ، وَإِلَّا فَكَيْفَ يُمَكِّنُ القَوْلُ بِعَدَمِ قَبُولِ خَبَرِ الوَاحِدِ مَعَ مَا بَيَّنَّا مِنْ كَوْنِ خَبَرِ الوَاحِدِ حُجَّةً، وَمَعَ مَا بَيَّنَّاهُ مِنْ جَوَازِ تَخْصِيصِ التَّوَاتُرِ بِالْأَحَادِ. وَمَا ذَكَرُوهُ مِنَ الْمَعْنَى فَهُوَ بَاطِلٌ بِالتَّخْصِيصِ عَلَى مَا سَبَقَ.

يُفَ وَإِنَّهُ وَإِنْ كَانَ أضعفَ مِنَ المُتَوَاتِرِ مِنْ جِهَةِ كَوْنِهِ أَحَادًا إِلَّا أَنَّهُ أَقْوَى مِنْ المُتَوَاتِرِ مِنْ جِهَةِ كَوْنِهِ خَاصًّا وَالْمُتَوَاتِرُ عَامًّا. وَالظَّنُّ الحَاصِلُ مِنَ الخَاصِّ إِذَا كَانَ أَحَادًا أَقْوَى مِنَ الظَّنِّ الحَاصِلِ مِنَ العَامِّ المُتَوَاتِرِ ؛ لِأَنَّ تَطَرُّقَ الضَّعْفِ إِلَى الوَاحِدِ مِنْ جِهَةِ كَذِبِهِ وَاحْتِمَالِ غَلْطِهِ، وَتَطَرُّقَ الضَّعْفِ إِلَى العَامِّ مِنْ جِهَةِ تَخْصِيصِهِ وَاحْتِمَالِ إِرَادَةِ بَعْضِ مَا دَلَّ عَلَيْهِ دُونَ النُّبُوضِ وَاحْتِمَالِ

تَطْرُقُ التَّخْصِيسِ إِلَى الْعَامِّ - أَكْثَرُ مِنْ تَطْرُقِ الْخَطَا وَالْكَذِبِ إِلَى الْعَدْلِ،
فَكَانَ الظَّنُّ الْمُسْتَفَادُ مِنْ خَبَرِ الْوَاحِدِ أَقْوَى.
وَأَمَّا الْمُثْبِتُونَ فَقَدْ احْتَجُّوا بِالنَّقْلِ وَالْمَعْنَى.
أَمَّا النَّقْلُ فَمِنْ وَجْهَيْنِ:

الأوَّلُ: أَنَّ وُجُوبَ التَّوَجُّهِ إِلَى بَيْتِ الْمُقَدَّسِ كَانَ بِالسَّنَةِ الْمُتَوَاتِرَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ
يُوجَدْ فِي الْكِتَابِ مَا يَدُلُّ عَلَيْهِ، وَإِنَّ أَهْلَ قُبَاءٍ كَانُوا يُصَلُّونَ إِلَى بَيْتِ الْمُقَدَّسِ
بِنَاءٍ عَلَى السَّنَةِ الْمُتَوَاتِرَةِ، فَلَمَّا نُسِخَ «جَاءَهُمْ مُنَادِي رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ
عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَ لَهُمْ: (إِنَّ الْقَبِيلَةَ قَدْ حُوِّلتْ)» فَاسْتَدَارُوا بِخَبْرِهِ، وَالنَّبِيُّ صَلَّى
اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَمْ يُنْكَرْ عَلَيْهِمْ، فَدَلَّ عَلَى الْجَوَازِ.

الثَّانِي: أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كَانَ يُنْفِذُ الْأَحَادَ إِلَى أَطْرَافِ الْبِلَادِ لِتَبْلِيغِ
النَّاسِخِ وَالْمَنْسُوخِ، وَلَوْ لَمْ يَقْبَلْ خَبَرَ الْوَاحِدِ فِي ذَلِكَ لَمَا كَانَ قَبُولُهُ وَاجِبًا. وَأَمَّا
الْمَعْنَى فَمِنْ وَجْهَيْنِ:

الأوَّلُ: أَنَّ النَّسْخَ أَحَدَ الْبَيِّنَاتِ فَكَانَ جَائِزًا بِخَبَرِ الْوَاحِدِ كَالْتَّخْصِيسِ.

الثَّانِي: أَنَّ نَسْخَ الْقُرْآنِ بِخَبَرِ الْوَاحِدِ جَائِزٌ عَلَى مَا سَيَأْتِي بَيَانُهُ، فَنَسْخُ السَّنَةِ
الْمُتَوَاتِرَةِ بِهِ أَوْلَى.

وَلِقَائِلُ أَنْ يَقُولَ: أَمَّا قِصَّةُ أَهْلِ قُبَاءٍ فَمِنْ أَخْبَارِ الْأَحَادِ، وَلَا نُسَلِّمُ ثُبُوتَ مِثْلِ
هَذِهِ الْقَاعِدَةِ بِهِ، كَيْفَ وَإِنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ قَدْ اقْتَرَنَ بِقَوْلِهِ قَرَائِنُ أُوجِبَتِ الْعِلْمَ
بِصِدْقِهِ مِنْ قُرْبِهِمْ مِنْ مَسْجِدِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَسَمَاعِهِمْ
لِضَجَّةِ الْخَلْقِ فِي ذَلِكَ فَكَانَ نَازِلًا مَنزِلَةً الْخَبَرِ الْمُتَوَاتِرِ. وَأَمَّا تَنْفِذُ الْأَحَادِ
لِلتَّبْلِيغِ فَإِنَّمَا يَجُوزُ فِيمَا يُقْبَلُ فِيهِ خَبَرُ الْوَاحِدِ وَمَا لَا قَلَا. وَمَا ذَكَرُوهُ مِنَ الْمَعْنَى
الأوَّلِ فَحَاصِلُهُ يَرْجِعُ إِلَى قِيَاسِ النَّسْخِ عَلَى التَّخْصِيسِ، وَهُوَ إِنَّمَا يُفِيدُ فِي
الْأُمُورِ الظَّنِّيَّةِ فَلَمْ يَقَالُوا: إِنَّ مَا نَحْنُ فِيهِ مِنْ هَذَا الْقَبِيلِ. كَيْفَ وَالْفَرْقُ حَاصِلٌ،
وَذَلِكَ أَنَّ النَّسْخَ رَفَعَ لِمَا ثَبَتَ بِخِلَافِ التَّخْصِيسِ عَلَى مَا سَبَقَ مَعْرِفَتُهُ فَلِمَ

قَالُوا: بَأْنَهُ إِذَا قُبِلَ خَبَرُ الْوَاحِدِ فِيمَا لَا يَقْتَضِي الرَّفْعَ لِمَا تَبَيَّنَ؛ يُقْبَلُ فِي رَفْعِ مَا تَبَيَّنَ.

وَأَمَّا الْمَعْنَى الثَّانِي: فَلَا نُسَلِّمُ صِحَّةَ نَسْخِ الْقُرْآنِ بِخَبَرِ الْوَاحِدِ عَلَى مَا يَأْتِي"
(1).

المسألة الثانية: ما يفيد خبر الواحد:

أولاً: تصوير المسألة: إذا تقوى خبر الواحد بغيره، أفاد العلم النظري، ومن الأدلة والقرائن التي يتقوى خبر الواحد ليفيد العلم أن تتلقاه الأمة بالقبول، أو أن ينعقد الإجماع على العمل بمقتضاه؛ فإن إجماع الأمة معصوم من الخطأ.

ومن القرائن التي يتقوى بها خبر الواحد أيضاً أن يخرجها الشيخان في الصحيحين؛ لتلقي الأمة إياهما بالقبول، قال بهذا الحافظ أبو عمرو بن الصلاح، ونازع فيه النووي، وأيده الشيخ أحمد شاكر^(٢).

فإذا ورد خبر الواحد صحيحاً على وفق قواعد أصول الحديث، ولم يتقو بغيره من الأدلة التي ترفع إلى درجة ما يفيد العلم بمضمونه، فهذا الذي وقع الخلاف فيما يفيد، وهو موضوع هذه المسألة.

ثانياً: نص التبصرة والتذكرة في القرائن التي يفيد بها خبر الواحد العلم اليقيني:

النص الأول:

١٤. وَبِالصَّحِيحِ وَالضَّعِيفِ قَصَدُوا *** فِي ظَاهِرِ لَا الْقَطْعِ، وَالْمُعْتَمَدِ

١٥. إِمْسَاكُنَا عَنْ حُكْمِنَا عَلَى سَنَدٍ *** بَأْنَهُ أَصَحُّ مُطْلَقاً، وَقَدْ

١٦. خَاضَ بِهِ قَوْمٌ فَقِيلَ مَالِكٌ *** عَنْ نَافِعٍ بِمَا رَوَاهُ النَّاسِكُ

(1) الإحكام في أصول الأحكام للأمدى ج ٣ ص ١٤٦-١٤٧-١٤٨-١٤٩.
(2) الباعث الحثيث شرح اختصار علوم الحديث: (٣٠). وانظره مفصلاً في القواعد والمسائل الحديثية المختلف فيها بين المحدثين والأصوليين وأثرها في قبول الأحاديث أو ردها للدكتوراة أميرة الصاعدي، ٧٢-٨١، ط. مكتبة الرشد، ٢٠٠٦م.

١٧. مَوْلَاهُ وَاخْتَرْتُ حَيْثُ عَنْهُ يُسْنَدُ *** الشَّافِعِيُّ قُلْتُ: وَعَنْهُ أَحْمَدُ

ثالثاً: نص شرح التبصرة والتذكرة:

"أي: حيثُ قال أهل الحديث: هذا حديثٌ صحيحٌ، فمراؤهم فيما ظهرَ لنا عملاً بظاهر الإسناد، لا أنه مقطوعٌ بصحتهِ في نفسِ الأمرِ، لجوازِ الخطأ والنسيانِ على الثقة، هذا هو الصحيحُ الذي عليه أكثرُ أهلِ العلمِ، خلافاً لمن قال: إنَّ خبرَ الواحدِ يوجبُ العلمَ الظاهرَ، كحسين بن علي الكرابيسي وغيرِهِ. وحكاه ابنُ الصباغِ في " العُدَّة " عن قومٍ من أصحابِ الحديثِ. قال القاضي أبو بكرِ الباقلاني: "إنه قولٌ من لم يُحصَلْ علمُ هذا الباب"، انتهى. نعم ... إنَّ أخرجَهُ الشيخانِ أو أحدهما فاختارَ ابنُ الصلاحِ القطعَ بصحتهِ، وخالفهُ المحققونَ - كما سيأتي - وكذا قولهم: هذا حديثٌ ضعيفٌ فمراؤهم أنه لم يظهرَ لنا فيه شروطُ الصحةِ، لا أنه كذبٌ في نفسِ الأمرِ، لجوازِ صِدْقِ الكاذبِ، وإصابةِ مَنْ هو كثيرُ الخطأ. (١)

وسأذكر رأي الأصوليين بعد أن أذكر النص الثاني من التبصرة والتذكرة وشرحها لارتباطه بما قبله.

رابعاً: نص التبصرة والتذكرة:

النص الثاني: حُكْمُ الصَّحِيحِينَ، وَالتَّعْلِيْقُ:

٤٠. وَأَقْطَعُ بِصِحَّةِ لِمَا قَدْ أُسْنَدَا *** كَذَا لَهُ، وَقِيلَ ظَنًّا وَادَى

٤١. مُحَقِّقِيهِمْ قَدْ عَزَاهُ (النَّوَوِيُّ) *** وَفِي الصَّحِيحِ بَعْضُ شَيْءٍ قَدْ رُوِيَ

٤٢. مُضَعَّفًا وَلَهُمَا بِلَا سَنَدٍ *** أَشْيَاءٌ فَإِنْ يَجْزِمُ فَصَحَّحْ، أَوْ وَرَدَ

٤٣. مُمَرَّضًا فَلَا، وَلَكِنْ يُشْعِرُ *** بِصِحَّةِ الْأَصْلِ لَهُ كَ (يُنْذَرُ)

خامساً: نص شرح التبصرة والتذكرة:

"أي: ما أسنده البخاري ومسلم، يريدُ رَوِيَاهُ بِإِسْنَادِهِمَا الْمُتَّصِلِ، فهو مقطوعٌ بصحتهِ، كذا قال ابنُ الصلاحِ، قال: "والعلمُ اليقينيُّ النظريُّ واقعٌ به،

(1) شرح التبصرة والتذكرة للحافظ العراقي: (١٠٥/١-١٠٦).

خلافاً لقول مَنْ نَفَى ذلكَ مُحْتَجاً بأنه لا يَفِيدُ في أَصْلِهِ إلا الظنَّ وإنما تَلَقَّتْهُ الأُمَّةُ بالقبولِ؛ لأنَّهُ يَجِبُ عليهم العملُ بالظنِّ، والظنُّ قد يُخْطِئُ قال: وقد كنتُ أَمِيلُ إلى هذا، وأحسبُهُ قوياً، ثم بانَ لي أَنَّ المذهبَ الذي اخترناه أولاً هو الصحيحُ؛ لأنَّ ظنَّ مَنْ هو معصومٌ من الخطأ لا يُخْطِئُ، والأُمَّةُ بإجماعها معصومةٌ مِنَ الخطأ" ... إلى آخرِ كلامِهِ. وقد سبقَهُ إلى نحوِ ذلكَ محمدُ بنُ طاهرٍ المقدسيُّ، وأبو نصرٍ عبدُ الرحيمِ بنُ عبدِ الخالقِ بنِ يوسفَ. قال النوويُّ: "وخالفَ ابنُ الصلاحِ المحقِّقونَ والأكثرُونَ، فقالوا: يَفِيدُ الظنُّ ما لم يتواترَ".

وقولُهُ: (ظناً) منصوبٌ بفعلٍ محذوفٍ، أي: يَفِيدُ ظناً. وقولُهُ: (بعضُ شيءٍ)، إشارةٌ إلى تَقْلِيلِ ما ضَعُفَ من أحاديثِ الصحيحينِ.

ولمَّا ذَكَرَ ابنُ الصلاحِ: أَنَّ ما أسندهُ مقطوعٌ بصحَّتِهِ. قال: سوى أحرفٍ يسيرةٍ، تكلمَ عليها بعضُ أهلِ النقدِ، كالدارقطنيِّ وغيرِهِ، وهي معروفةٌ عندَ أهلِ الشأنِ. انتهى. وروينا عن محمدِ بنِ طاهرٍ المقدسيِّ، ومن خَطَّه نَقَلْتُ قال: سمعتُ أبا عبدِ اللهِ محمدَ بنَ أبي نصرٍ الحميديَّ ببغدادٍ يقولُ: قال لنا أبو محمدٍ بنُ حزمٍ: وما وجدنا للبخاريِّ ومسلمٍ في كتابيهما شيئاً لا يحتملُ مخرجاً إلا حديثينِ. لكلٍّ واحدٍ منهما حديثٌ، تمَّ عليه في تخريجِهِ الوهمُ مع إتقانِهِما وحفظِهِما وصحةِ معرفتِهِما، فذكرَ من عندِ البخاريِّ حديثَ شَرِيكَ، عن أنسٍ في الإسراءِ، أَنَّهُ قَبِلَ أن يُوحَى إليه، وفيهِ شقُّ صَدْرِهِ^(١).

سادساً: رأيُ الأصوليينِ مُقارناً برأيِ المحدثينِ:

للأصوليينِ فيما يَفِيدُهُ خبرُ الواحدِ المجرّدِ عن القرائنِ قولانُ^(٢):

القولُ الأولُ: أَنَّهُ يَفِيدُ العلمَ بنفسه - إن تحققت فيه الشروطُ العامةُ - وإن تجردَ عن القرائنِ، وهو رأيُ بعضِ الأصوليينِ كالظاهريَّةِ، ورواياتُ

(١) شرح التبصرة والتذكرة للحافظ العراقي: (١٣١/١-١٣٦).

(٢) الإحكام للأصمدي ج ٢ ص ٣٢، إرشاد الفحول ج ١ ص ١٣٤.

منسوبة إلى الإمام مالك وأحمد، وهو رأي أكثر المحدثين كما رأينا في شرح
التبصرة والتذكرة؛ قال الآمدي رحمه الله في الأحكام:

"المَسْأَلَةُ الْأُولَى الْوَاحِدِ الْعَدْلِ إِذَا أَخْبَرَ بِخَبْرٍ هَلْ يُفِيدُ خَبْرَهُ الْعِلْمُ
الْمَسْأَلَةُ الْأُولَى:

اختلفوا في الواحد العدل. إِذَا أَخْبَرَ بِخَبْرٍ، هَلْ يُفِيدُ خَبْرَهُ الْعِلْمَ، فَذَهَبَ
قَوْمٌ إِلَى أَنَّهُ يُفِيدُ الْعِلْمَ ثُمَّ اختلف هؤلاء.

فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: إِنَّهُ يُفِيدُ الْعِلْمَ بِمَعْنَى الظَّنِّ لَا بِمَعْنَى اليَقِينِ، فَإِنَّ الْعِلْمَ قَدْ
يُطْلَقُ وَيُرَادُ بِهِ الظَّنُّ كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: {فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ} أَي:
ظَنَنْتُمُوهُنَّ.

وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: إِنَّهُ يُفِيدُ الْعِلْمَ اليَقِينِيَّ مِنْ غَيْرِ قَرِينَةٍ، لَكِنْ مِنْ هَؤُلَاءِ مَنْ
قَالَ ذَلِكَ مُطَرِّدٌ فِي خَبْرٍ كُلِّ وَاحِدٍ، كَبَعْضِ أَهْلِ الظَّاهِرِ وَهُوَ مَذْهَبُ أَحْمَدَ بْنِ
حَنْبَلٍ فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ عَنْهُ.

وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: إِنَّمَا يُوجَدُ ذَلِكَ فِي بَعْضِ أَخْبَارِ الْأَحَادِ لَا فِي الْكُلِّ، وَإِلَيْهِ
ذَهَبَ بَعْضُ أَصْحَابِ الْحَدِيثِ.

وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: إِنَّهُ يُفِيدُ الْعِلْمَ، إِذَا اقْتَرَنْتَ بِهِ قَرِينَةً، كَالنِّظَامِ، وَمَنْ تَابَعَهُ
فِي مَقَالَتِهِ.

وَذَهَبَ الْبَاقُونَ إِلَى أَنَّهُ لَا يُفِيدُ الْعِلْمَ اليَقِينِيَّ مُطْلَقًا، لَا بِقَرِينَةٍ وَلَا بِغَيْرِ
قَرِينَةٍ.

وَالْمُخْتَارُ حُصُولُ الْعِلْمِ بِخَبْرِهِ، إِذَا احْتَفَّتْ بِهِ الْقَرَائِنُ.

وَيَمْتَنِعُ ذَلِكَ عَادَةً دُونَ الْقَرَائِنِ، وَإِنْ كَانَ لَا يَمْتَنِعُ خَرَقَ الْعَادَةَ بِأَنْ يَخْلُقَ

اللَّهُ تَعَالَى لَنَا الْعِلْمَ بِخَبْرِهِ مِنْ غَيْرِ قَرِينَةٍ " (1).

(1) الإحكام للآمدي ج ٢ ص ٣٢، وانظر شرح التبصرة والتذكرة للحافظ العراقي ج ١ ص ١٠٦،
١٣١ وما بعدها.

القول الثاني: أنه يفيد الظن إن تحققت فيه الشروط العامة وتجرد عن القرائن، وهو رأي جماهير الأصوليين؛ قال الشوكاني رحمه الله في إرشاد الفحول:

"القِسْمُ الثَّانِي: الْوَاحِدُ:

وَهُوَ خَبْرٌ لَا يُفِيدُ بِنَفْسِهِ الْعِلْمَ سِوَاءَ كَانِ لَا يُفِيدُ أَصْلًا، أَوْ يُفِيدُهُ بِالْقَرَائِنِ الْخَارِجَةِ عَنْهُ، فَلَا وَاسِطَةَ بَيْنَ الْمُتَوَاتِرِ وَالْوَاحِدِ، وَهَذَا قَوْلُ الْجُمْهُورِ.
وَقَالَ أَحْمَدُ بْنُ حَنْبَلٍ: إِنَّ خَبَرَ الْوَاحِدِ يُفِيدُ بِنَفْسِهِ الْعِلْمَ، وَحَكَاهُ ابْنُ حَزْمٍ فِي كِتَابِ "الْأَحْكَامِ" عَنْ دَاوُدَ الظَّاهِرِيِّ، وَالْحُسَيْنِ بْنِ عَلِيٍّ الكِرَابِيسِيِّ، وَالْحَارِثِ الْمَحَاسِبِيِّ. قَالَ: وَبِهِ نَقُولُ.

وحكاه ابن خريزمنداد عن مالك بن أنس واختاره، وأطال في تقريره، ونقل الشيخ في "التبصرة" عن بعض أهل الحديث أن منها ما يوجب العلم كحديث مالك، عن نافع عن ابن عمر، وما أشبهه. وحكى صاحب "المصادر" عن أبي بكر القفال أنه يوجب العلم الظاهر⁽¹⁾.

أثر الخلاف في المسألة الثانية:

مسألة ما يفيد خبر الواحد

يظهر أثر الاختلاف في هذه المسألة في أمرين⁽²⁾:

الأول: حكم تكفير منكر خبر الواحد:

فعلى القول الأول الذي يرى أن خبر الواحد يفيد العلم بنفسه - إن تحققت فيه الشروط العامة - وإن تجرد من القرائن فمنكره كافر، وهو رواية

(1) إرشاد الفحول ج ١ ص ١٣٤.
(2) التحيير شرح التحرير للمرداوي الحنبلي المتوفى (٨٨٥هـ) مكتبة الرشد الطبعة الأولى ١٤٢١هـ التقرير والتحيير لابن أمير حاج المتوفى (٨٧٩هـ) ج ٢ ص ٢٣٦ دار الكتب العلمية الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ والإحكام لابن حزم، ج ١ ص ١١٩ مختصر التحرير شرح الكوكب المنير لابن النجار الحنبلي (٩٧٢هـ) ج ٢ ص ٣٥٢ مكتبة العبيكان الطبعة الثانية ١٤١٨هـ إرشاد الفحول ج ١ ص ١٣٥، انظر القواعد والمسائل الحديثية للدكتورة أميرة الصاعدي ٨٢-٨٦.

عن الإمام أحمد⁽¹⁾، وحكاه الباجي عن ابن خويز منداد من المالكية، وهو مذهب الظاهرية. ونقل عن إسحاق بن راهويه⁽²⁾ وعلى القول الثاني الذي يرى أن خبر الواحد يفيد الظن إن تجرد عن القرائن فمنكره ليس كافراً. وهو قول عامة العلماء من المالكية والشافعية والحنفية⁽³⁾.

الثاني: قبول خبر الواحد في العقائد أو عدم قبوله:

فعلى القول الأول فإن خبر الواحد مقبول في العقائد؛ فيحتج به، ويعمل به، وهو قول الحنابلة وبعض العلماء⁽⁴⁾ وعلى القول الثاني: فإنه لا يحتج به في إثبات العقائد. وهو قول أبي الخطاب وابن عقيل، حكاه الماوردي عن الأصم وابن علية⁽⁵⁾ وجمهور العلماء.

أما الفروع الفقهية في الاحتجاج بخبر الواحد ووجوب العمل به فمحل إجماع.

المسألة الثالثة: الاحتجاج بالحديث المرسل:

أولاً: تصوير المسألة: الحديث المرسل هو الحديث الذي يضيفه التابعي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فإن هذه الإضافة مما يقطع الناظر بفقدان حلقة منها، بفقد الصلة بين التابعي والرسول صلى الله عليه وسلم؛ لهذا وقع الاختلاف بين المحدثين والأصوليين في الاحتجاج بالحديث المرسل.

ثانياً: نص التبصرة والتذكرة:

١٢٠. مرفوع تابع على المشهور *** مُرْسَلٌ أَوْ قَيِّدُهُ بِالْكَبِيرِ

(1) روضة الناظر وجنة المناظر لابن قدامة المقدسي ج ١ ص ٣٠٥ مؤسسة الريان الطبعة الثانية ١٤٢٣هـ

(2) التحرير شرح التحرير للمرداوي الحنبلي المتوفى (٨٨٥هـ) مكتبة الرشد الطبعة الأولى ١٤٢١هـ

(3) التقرير والتحرير لابن أمير حاج المتوفى (٨٧٩هـ) ج ٢ ص ٢٣٦ دار الكتب العلمية الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ والإحكام لابن حزم، ج ١ ص ١١٩

(4) مختصر التحرير شرح الكوكب المنير لابن النجار الحنبلي (٩٧٢هـ) ج ٢ ص ٣٥٢ مكتبة العبيكان الطبعة الثانية ١٤١٨هـ

(5) إرشاد الفحول ج ١ ص ١٣٥

١٢١. أو سَقَطَ رَأْيُ مَنْهُ ذُو أَقْوَالٍ *** وَالأَوَّلُ الأَكْثَرُ فِي اسْتِعْمَالِ
١٢٢. وَاحْتِجَّ مَالِكٌ كَذَا النِّعْمَانُ *** وَتَابِعُوهُمَا بِهِ وَدَانُوا
١٢٣. وَرَدَّهُ جَمَاهِرُ النُّقَادِ *** لِلجَهْلِ بِالسَّاقِطِ فِي الإِسْنَادِ
١٢٤. وَصَاحِبُ التَّمْهِيدِ عَنْهُمْ نَقَلَهُ *** وَمَسْلَمٌ صَدَرَ الكِتَابِ أَصْلُهُ
١٢٥. لَكِنْ إِذَا صَحَّ لَنَا مَخْرَجُهُ *** بِمُسْنَدٍ أَوْ مُرْسَلٍ يُخْرِجُهُ
١٢٦. مَنْ لَيْسَ يَرُوي عَنِ رِجَالِ الأَوَّلِ *** نَقَبْتُهُ قُلْتُ: الشَّيْخُ لَمْ يُفَصِّلِ
١٢٧. وَالشَّافِعِيُّ بِالكِبَارِ قَيِّدًا *** وَمَنْ رَوَى عَنِ الثَّقَاتِ أَبَدًا
١٢٨. وَمَنْ إِذَا شَارَكَ أَهْلَ الحِفظِ *** وَافْقَهُمْ إِلا بِنَقْصِ لَفْظِ
١٢٩. فَإِنْ يَقُلْ: فَالمُسْنَدُ المَعْتَمَدُ *** فَقُلْ: دَلِيلَانِ بِهِ يُعْتَصَدُ
١٣٠. وَرَسَمُوا مُنْقَطَعًا عَنِ رَجُلٍ *** وَفِي الأَصُولِ نَعْتُهُ بِالمُرْسَلِ
١٣١. أَمَّا الَّذِي أَرْسَلَهُ الصَّحَابِيُّ *** فَحُكْمُهُ الوَصْلُ عَلَى الصَّوَابِ

ثالثاً: نص شرح التبصرة والتذكرة:

"اختلف العلماء في الاحتجاج بالمرسل، فذهب مالك بن أنس وأبو حنيفة النعمان بن ثابت وأتباعهما في طائفة إلى الاحتجاج به؛ فقوله: (وتابعوهما) أي: التابعون لهما، (ودانوا) أي: جعلوه ديناً يدينون به، وذهب أكثر أهل الحديث إلى أن المرسل ضعيف لا يحتج به. وحكاه ابن عبد البر في مقدمة " التمهيد " عن جماعة من أصحاب الحديث. وقال مسلم في صدر كتابه " الصحيح ": "المرسل في أصل قولنا، وقول أهل العلم بالأخبار ليس بحجة". هكذا أطلق ابن الصلاح نقله عن مسلم. ومسلم إنما ذكره في أثناء كلام خصمه الذي ردَّ عليه اشتراط ثبوت اللقاء، فقال: "إِنْ قَالَ: قُلْتُهُ لِأَنِّي وَجَدْتُ رِوَاةَ الأَخْبَارِ قَدِيمًا وَحَدِيثًا يَرُوي أَحَدُهُمْ عَنِ الأَخْرِ الحَدِيثَ، وَلَمَّا يُعَايِنُهُ، وَمَا سَمِعَ مِنْهُ شَيْئًا قَطُّ، فَلَمَّا رَأَيْتُهُمْ اسْتَجَازُوا رِوَايَةَ الحَدِيثِ بَيْنَهُمْ هَكَذَا عَلَى الإِرْسَالِ مِنْ غَيْرِ سَمَاعٍ وَالمُرْسَلُ مِنَ الرِّوَايَاتِ فِي أَصْلِ قَوْلِنَا،

وقول أهل العلم بالأخبار، ليس بحجة احتجت لما وصفت من العلة إلى البحث عن سماع راوي كل خبر عن راويه، إلى آخر كلامه. فهذا كما تراه حكاية على لسان خصمه، ولكنة لما لم يرد هذا القدر منه حين ردّ كلامه، كان كأنه قائل به، فلهذا نسبه ابن الصلاح إليه.

وقوله: (للجهل بالساقط): هو تعليل لردّ المرسل، وذلك أنه تقدّم أن من شرط الحديث الصحيح ثقة رجاله. والمرسل سقط منه رجل لا نعلم حاله. فعدم معرفة عدالة بعض رواته، وإن اتفق أن الذي أرسله كان لا يروي إلا عن ثقة، فالتوثيق في الرجل المبهم غير كاف، كما سيأتي إن شاء الله تعالى^(١).

لكن إذا صحّ لنا مخرجه *** بمسند أو مرسل يُخرج من ليس يروي عن رجال الأول *** نقبله، قلت: الشيخ لم يفصل والشافعي بالكبار قيدا *** ومن روى عن الثقات أبداً ومن إذا شارك أهل الحفظ *** وأفقهم إلا بنقص لفظ هذا استدراك؛ لكون المرسل يُحتج به إذا أسند من وجه آخر، أو أرسله من أخذ العلم عن غير رجال المرسل الأول. وقوله: (نقبله)، هو مجزوم جواب للشرط على مذهب الكوفيين والأخفش كقول الشاعر:

وإذا تُصيّك مُصيّبةً فاصبر لها *** وإذا تُصيّك خصاصةً فتجمل
وقوله قلت الشيخ، إلى آخر الأبيات الأربعة، من الزوائد على ابن الصلاح، وهو اعتراض عليه في حكايته لكلام الشافعي - رضي الله عنه - قال ابن الصلاح اعلم أن حكم المرسل حكم الحديث الضعيف، إلا أن يصح مخرجه بمجيئه من وجه آخر، كما سبق بيانه في نوع الحسن، والذي ذكر أنه سبق أنه حكى هناك نص الشافعي في مراسيل التابعين أنه يُقبل منها المرسل الذي

(1) شرح التبصرة والتذكرة للحافظ العراقي: (٢٠٧-٢٠٥/١).

جاء نحوه مسنداً، وكذلك لو وافقه مرسل آخر أرسله من أخذ العلم عن غير رجال التابعي الأول في كلام له ذكر فيه وجوهاً من الاستدلال على صحة مخرج المرسل بمجيئه من وجه آخر، انتهى كلام ابن الصلاح.

ووجه الاعتراض عليه أنه أطلق القول عن الشافعي بأنه يقبل مطلق المرسل إذا تأكد بما ذكره الشافعي، والشافعي إنما يقبل مراسيل كبار التابعين، إذا تأكدت مع وجود الشرطين المذكورين في كلامي، كما نص عليه في كتاب الرسالة وممن روى كلام الشافعي كذلك أبو بكر الخطيب في الكفاية، وأبو بكر البيهقي في المدخل بإسناديهما الصحيحين إليه، أنه قال والمنقطع مختلف فمن شاهد أصحاب رسول الله - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - من التابعين فحدث حديثاً منقطعاً عن النبي - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - اعتبر عليه بأمر، منها أن ينظر إلى ما أرسل من الحديث فإن شركه فيه الحفاظ المأمونون فأسندوه إلى رسول الله - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -، بمثل معنى ما روي؛ كانت هذه دلالة على صحة ما قبل عنه وحفظه وإن انفرد بإرسال حديث لم يشركه فيه من يُسندُه قبل ما ينفرد به من ذلك ويُعتبر عليه بأن ينظر هل يوافقه مرسل غيره ممن قبل العلم من غير رجاله الذين قبل عنهم؟ فإن وجد ذلك كانت دلالة تقوي له مرسله، وهي أضعف من الأولى، وإن لم يوجد ذلك نظر إلى بعض ما يروى عن بعض أصحاب النبي - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قولاً له، فإن وجد ما يوافق ما روى عن رسول الله - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - كانت في هذا دلالة على أنه لم يأخذ مرسله إلا عن أصل يصح إن شاء الله تعالى، وكذلك إن وجد عوام من أهل العلم يفتنون بمثل معنى ما روي عن رسول الله - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -، ثم يُعتبر عليه بأن يكون إذا سمى من روى عنه لم يُسمَّ مجهولاً، ولا مرغوباً عن الرواية عنه، فيستدل بذلك على صحته فيما روى عنه ويكون إذا شرك أحداً من الحفاظ في حديثه لم يخالفه، فإن خالفه بأن وجد حديثه أنقص، كانت في هذه دلائل على صحة مخرج حديثه ومتى

خالف ما وصفتُ أضراًً بحديثه، حتى لا يسع أحداً قبولُ مرسله قال وإذا وجدتُ الدلائلُ بصحة حديثه بما وصفتُ أحببنا أن نقبلَ مرسله ثم قال فأما من بعد كبار التابعين، فلا أعلمُ واحداً يُقبلُ مرسله لأمرٍ أحدها أنهم أشدُّ تجوّزاً فيمن يروون عنه والآخر أنهم وجد عليهم الدلائلُ فيما أرسلوا لضعف مخرجه والآخر كثرة الإحالة في الأخبار وإذا كثرت الإحالة كان أمكن للوهم وضعف من يُقبلُ عنه قال البيهقي وقول الشافعي أحببنا أن نقبلَ مرسله أراد به اخترنا، انتهى.

فقولي: "ومن روى عن الثقات أبداً" أي: إذا أرسلَ وسمى من أرسلَ عنه لم يسم إلا ثقةً، فيكون المرادُ ومن روى ما أرسله عن الثقات ويحتملُ ومن روى مطلقاً عن الثقات المراسيلَ وغيرها وعبارة الشافعي محتملةٌ للأمرين فليحمل النظمُ على أرجح محملي كلام الشافعي - رضي الله عنه -.

فإن يُقل: فالمُسندُ المُعتمدُ *** فقل: دليلاً به يعتضدُ

أي: فإن قيل: قولكم يُقبلُ المرسلُ إذا جاء مسنداً من وجهٍ آخر، لا حاجة حينئذٍ إلى المرسل، بل الاعتمادُ حينئذٍ على الحديثِ المُسند. والجوابُ أنه بالمُسندِ تبيناً صحة المرسل، وصارا دليلين يُرجحُ بهما عند معارضة دليل واحد.

فقوله: "به"، أي: بالمُسندِ يعتضدُ المرسلُ.

١٣٠. ورسموا منقطعاً عن رجلٍ *** وفي الأصولِ نعتُهُ بالمرسلِ

أي: إذا قيلَ في إسناده عن رجلٍ، أو عن شيخٍ، ونحو ذلك فقال الحاكم لا يُسمى مرسلًا، بل منقطعاً وكذا قال ابن القطان في كتاب "بيان الوهم والإيهام": "إنه منقطع". وفي "البرهان" لإمام الحرمين قال: وقول الراوي: أخبرني رجلٌ، أو عدلٌ موثوقٌ به، من المرسلِ أيضاً. قال: وكذلك كُتِبَ رسولُ الله - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - التي لم يُسمَّ حاملها. وفي "المحصول": أن الراوي إذا سمى الأصلَ باسم لا يُعرفُ به، فهو كالمرسلِ. قلت: وفي

كلام غير واحد من أهل الحديث، أنه متصل في إسناده مجهول. وحكاة
الرشيد العطار في "الغرر المجموعة" عن الأكثرين، واختاره شيخنا الحافظ
أبو سعيد العلاءي في كتاب "جامع التحصيل".

١٣١. أما الذي أرسله الصحابي *** فحكمه الوصل على الصواب

أي: أما مراسيل الصحابة فحكمها حكم الموصول. قال ابن الصلاح: ثم إنا لم
نعد في أنواع المرسل، ونحوه، ما يسمّى في أصول الفقه: مرسل الصحابي.
مثل ما يرويه ابن عباس، وغيره من أحداث الصحابة عن رسول الله - صلى
الله عليه وسلم -، ولم يسموه منه، لأن ذلك في حكم الموصول المسند؛ لأن
روايتهم عن الصحابة، والجهالة بالصحابي غير قاذحة؛ لأن الصحابة كلهم
عدول. قلت: قوله: لأن روايتهم عن الصحابة، فيه نظر. والصواب أن يقال:
لأن غالب روايتهم، إذ قد سمع جماعة من الصحابة من بعض التابعين.
وسياتي في كلام ابن الصلاح في رواية الأكاير عن الأصاغر، أن ابن عباس،
وبقية العباللة رَوَوْا عن كعب الأخبار، وهو من التابعين، وروى كعب أيضاً
عن التابعين، ولم يذكر ابن الصلاح خلافاً في مرسل الصحابي، وفي بعض
كتب الأصول للحنفية أنه لا خلاف في الاحتجاج به، وليس بجيد؛ فقد قال
الأستاذ أبو إسحاق الإسفرايني: إنه لا يحتج به، والصواب ما تقدّم (1).

رابعاً: رأي الأصوليين مقارناً برأي المحدثين:

للأصوليين في الاحتجاج بالحديث المرسل ثلاثة أقوال (2):

(1) شرح التبصرة ج ١ ص ٢٠٧-٢١٤.
(2) الإحكام للأمدى ج ٢ ص ١٢٢، وإرشاد الفحول ج ١ ص ١٧٢-١٧٧، وشرح التبصرة
والتذكرة ج ١ ص ٢٠٧-٢١٤ وانظر للاستزادة: القواعد والمسائل الحديثية المختلف فيها
للكتورة أميرة الصاعدي ١٥٣-١٦٢، واختلافات المحدثين والفقهاء في الحكم على الحديث
للكتور عبدالله شعبان علي ١٢٢-١٥٠. ط. دار الحديث.

القول الأول: عدم الاحتجاج بالحديث المرسل، وهو رأي طائفة من الأصوليين كالباقلاني، والغزالي، والرازي، وغيرهم، وهو رأي جماهير المحدثين؛ قال الآمدي رحمه الله في الأحكام:

"اختلفوا في قبول الخبر المرسل وصورته، ما إذا قال من لم يلق النبي صلى الله عليه وسلم وكان عدلاً" قال رسول الله .

فقبله أبو حنيفة ومالك وأحمد بن حنبل في أشهر الروايتين عنه، وجماهير المعتزلة كأبي هاشم.

وفصل عيسى بن أبان فقبل مراسيل الصحابة والتابعين وتابعي التابعين، ومن هو من أئمة النقل مطلقاً، دون من عدا هؤلاء.

وأما الشافعي رضي الله عنه، فإنه قال: إن كان المرسل من مراسيل الصحابة أو مرسلًا قد أسنده غير مرسله أو أرسله راوٍ آخر يروي عن غير شيوخ الأول، أو عضده قول صحابي، أو قول أكثر أهل العلم، أو أن يكون المرسل قد عرف من حاله أنه لا يرسل ممن فيه علة من جهالة أو غيرها، كمراسيل ابن المسيب، فهو مقبول وإلا فلا.

ووافقته على ذلك أكثر أصحابه، والقاضي أبو بكر وجماعة من الفقهاء. والمختار قبول مراسيل العدل مطلقاً، ودليله الإجماع والمعقول⁽¹⁾.

القول الثاني: أن الاحتجاج بالحديث المرسل حجة يستتبط منه، ويعمل به، وهو رأي جماهير الأصوليين، وهم غالب الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة؛ قال الشوكاني رحمه الله في إرشاد الفحول:

"فصل: الحديث الصحيح والمرسل:

الصحيح من الحديث: هو ما اتصل بسنده بنقل عدل ضابط من غير شذوذ ولا علة قاذية.

(1) الإحكام للآمدي ج ٢ ص ١٢٣.

فَمَا لَمْ يَكُنْ مُتَّصِلًا لَيْسَ بِصَحِيحٍ، وَلَمَا تَقَوْمُ بِهِ الْحُجَّةُ. وَمِنْ ذَلِكَ الْمُرْسَلُ، وَهُوَ أَنْ يَتْرُكَ التَّابِعِيُّ. الْوَاسِطَةَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ. وَيَقُولُ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ هَذَا اصْطِلَاحُ جُمْهُورِ أَهْلِ الْحَدِيثِ. وَأَمَّا جُمْهُورُ أَهْلِ الْأَصُولِ فَقَالُوا: الْمُرْسَلُ، قَوْلُ مَنْ لَمْ يَلِقِ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، سَوَاءٌ كَانَ مِنَ التَّابِعِينَ أَوْ مِنْ تَابِعِي التَّابِعِينَ أَوْ مِمَّنْ بَعْدَهُمْ.

وَإِطْلَاقُ الْمُرْسَلِ عَلَى هَذَا وَإِنْ كَانَ اصْطِلَاحًا، وَلَا مُشَاحَّةَ فِيهِ لَكِنَّ مَحَلَّ الْخِلَافِ هُوَ الْمُرْسَلُ بِاصْطِلَاحِ أَهْلِ الْحَدِيثِ فَذَهَبَ الْجُمْهُورُ إِلَى ضَعْفِهِ، وَعَدَمَ قِيَامِ الْحُجَّةِ بِهِ لِإِحْتِمَالِ أَنْ يَكُونَ التَّابِعِيُّ سَمِعَهُ مِنْ بَعْضِ التَّابِعِينَ فَلَمْ يَتَّعِنِ أَنْ الْوَاسِطَةَ صَحَابِيٍّ لَمْ يَغَيَّرْ حَتَّى يُقَالَ قَدْ تَقَرَّرَ أَنَّ الصَّحَابَةَ عُدُولٌ فَلَا يَضُرُّ حَذْفُ الصَّحَابِيِّ، وَأَيْضًا يُحْتَمَلُ أَنَّهُ سَمِعَهُ مِنْ مُدَّعٍ يَدَّعِي أَنَّ لَهُ صُحْبَةً وَلَمْ تَصِحَّ صُحْبَتُهُ.

وَذَهَبَ جَمَاعَةٌ مِنْهُمْ أَبُو حَنِيفَةَ، وَجُمْهُورُ الْمُعْتَزِلَةِ، وَاخْتَارَهُ الْأَمْدِيُّ إِلَى قَبُولِهِ وَقِيَامِ الْحُجَّةِ بِهِ، حَتَّى قَالَ بَعْضُ الْقَائِلِينَ بِقَبُولِ الْمُرْسَلِ: إِنَّهُ أَقْوَى مِنَ الْمُسْنَدِ لِثِقَةِ التَّابِعِيِّ بِصِحَّتِهِ وَلِهَذَا أَرْسَلَهُ وَهَذَا غُلُوٌّ خَارِجٌ عَنِ الْإِنصَافِ. وَالْحَقُّ عَدَمُ الْقَبُولِ لِمَا ذَكَرْنَا مِنَ الْإِحْتِمَالِ.

قَالَ الْأَمْدِيُّ: وَفَصَلَ عَيْسَى بْنُ أَبَانَ، فَقَبِلَ مَرَّاسِيلَ الصَّحَابَةِ وَالتَّابِعِينَ وَتَابِعِي التَّابِعِينَ دُونَ مَنْ عَدَاهُمْ وَلَعَلَّهُ يَسْتَدِلُّ عَلَى هَذَا بِحَدِيثِ "خَيْرُ الْقُرُونِ قَرْنِي ثُمَّ الَّذِينَ يَلُونَهُمْ ثُمَّ الَّذِينَ يَلُونَهُمْ ثُمَّ يَفْشُو الْكُذْبُ، وَقِيلَ هَذَا مِنْ قَالَ بِهِ بَأْسٌ يَكُونُ ذَلِكَ الرَّاوي مِنْ أُمَّةِ النُّقْلِ، وَاخْتَارَهُ ابْنُ الْحَاجِبِ فَإِنَّهُ قَالَ: فَإِنْ كَانَ مِنْ أُمَّةِ النُّقْلِ قَبِلَ وَإِلَّا فَلَا.

قَالَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ: لَمْ يَخْلَفْ فِي أَنَّهُ لَمْ يَجُوزْ الْعَمَلُ بِالْمُرْسَلِ إِذَا كَانَ مُرْسَلُهُ غَيْرَ مُحْتَرَزٍ، يُرْسَلُ عَنْ غَيْرِ الثَّقَاتِ، قَالَ: وَهَذَا الْاسْمُ وَاقِعٌ بِالْإِجْمَاعِ عَلَى حَدِيثِ التَّابِعِيِّ الْكَبِيرِ عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مِثْلُ أَنْ يَقُولَ عُبَيْدُ اللَّهِ

بْنُ عَدِيٍّ بِنِ الْخِيَارِ أَوْ أَبُو أَمَامَةَ بِنُ سَهْلِ بْنِ حَنِيفٍ، أَوْ عَبْدُ اللَّهِ بِنُ عَامِرِ بْنِ رَبِيعَةَ وَمَنْ كَانَ مِثْلَهُمْ عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كَذَلِكَ مَنْ دُونَ هَؤُلَاءِ كَسَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ وَسَالِمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ وَأَبِي سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ وَالْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ وَمَنْ كَانَ مِثْلَهُمْ وَكَذَلِكَ عُلُقَمَةُ وَمَسْرُوقُ بْنُ الْأَجْدَعِ وَالْحَسَنِ وَابْنَ سِيرِينَ وَالشَّعْبِيَّ وَسَعِيدُ بْنُ جُبَيْرٍ وَمَنْ كَانَ مِثْلَهُمُ الَّذِينَ صَحَّ لَهُمْ لِقَاءُ جَمَاعَةٍ مِنَ الصَّحَابَةِ، وَمَجَالَسَتُهُمْ وَنَحْوُهُ مُرْسَلٌ مِنْ دُونِهِمْ كَحَدِيثِ الزُّهْرِيِّ وَقَنَادَةَ، وَأَبِي حَازِمٍ، وَيَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ عَنِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَيُسَمَّى مُرْسَلًا، كَمُرْسَلِ كِبَارِ التَّابِعِينَ، وَقَالَ آخَرُونَ: حَدِيثُ هَؤُلَاءِ عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يُسَمَّى مُنْقَطِعًا؛ لِأَنَّهُمْ لَمْ يَلْقَوْا مِنَ الصَّحَابَةِ إِلَّا الْوَاحِدَ وَالْبَاطِنِينَ وَأَكْثَرَ رَوَايَتِهِمْ عَنِ التَّابِعِينَ، انْتَهَى.

وَفِي هَذَا التَّمْتِيلِ نَظْرٌ فَأَبُو أَمَامَةَ بِنُ سَهْلِ بْنِ حَنِيفٍ وَعَبْدُ اللَّهِ بِنُ عَامِرٍ مَعْدُودَانِ فِي الصَّحَابَةِ.

وَأَيْضًا قَوْلُهُ فِي آخِرِ كَلَامِهِ: إِنَّ الزُّهْرِيَّ، وَمَنْ ذَكَرَ مَعَهُ لَمْ يَلْقَوْا إِلَّا الْوَاحِدَ وَالْبَاطِنِينَ مِنَ الصَّحَابَةِ غَيْرُ صَحِيحٍ فَقَدْ لَقِيَ الزُّهْرِيُّ أَحَدَ عَشَرَ رَجُلًا مِنَ الصَّحَابَةِ.

قَالَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ أَيْضًا، وَأَصْلُ مَذْهَبِ مَالِكٍ وَجَمَاعَةٍ مِنْ أَصْحَابِهِ أَنَّ مُرْسَلَ التَّقَةِ يَجِبُ بِهِ الْحُجَّةُ وَيَلْزَمُ بِهِ الْعَمَلُ كَمَا يَجِبُ بِالْمُسْنَدِ سَوَاءً، قَالَ طَائِفَةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا: مَرَايِلُ التَّقَاتِ مَقْبُولَةٌ بِطَرِيقِ أَوْلَى وَاعْتَلَوْا بِأَنَّ مَنْ أَسْنَدَ لَكَ فَقَدْ أَحَالَكَ عَلَى الْبَحْثِ عَنْ أَحْوَالِ مَنْ سَمَّاهُ لَكَ وَمَنْ أُرْسِلَ مِنَ الْأَيْمَةِ حَدِيثًا مَعَ عِلْمِهِ وَدِينِهِ وَتَقَاتِهِ فَقَدْ قَطَعَ لَكَ بِصِحَّتِهِ.

قَالَ: وَالْمَشْهُورُ أَنَّهُمَا سَوَاءٌ فِي الْحُجَّةِ؛ لِأَنَّ السَّلْفَ فَعَلُوا الْأَمْرَيْنِ قَالَ وَمِمَّنْ ذَهَبَ إِلَيْهِ أَبُو الْفَرَجِ عُمَرُ بْنُ مُحَمَّدٍ الْمَالِكِيُّ وَأَبُو بَكْرِ الْأَبْهَرِيُّ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي جَعْفَرِ الطَّبْرِيِّ، وَزَعَمَ الطَّبْرِيُّ أَنَّ التَّابِعِينَ بِأَسْرِهِمْ أَجْمَعُوا عَلَى قَبُولِ الْمُرْسَلِ وَلَمْ يَأْتِ عَنْهُمْ إِنكَارُهُ وَلَا عَنْ أَحَدٍ مِنَ الْأَيْمَةِ بَعْدَهُمْ إِلَى رَأْسِ الْمِائَتَيْنِ، انْتَهَى.

ويجاب عن قوله من أرسل مع علمه ودينه وثقته فقد قطع لك بصحته: إن الثقة قد يظن من ليس بثقة عملاً بالظاهر ويعلم غيره من حاله ما يفدح فيه والجرح مقدم على التعديل ويجاب عن قول الطبري إنه لم ينكره أحد إلى رأس المائتين بما رواه مسلم في مقدمته "صحيحه" عن ابن عباس أنه لم يقبل مرسل بعض التابعين مع كون ذلك التابعي ثقة محتجاً به في الصحيحين وبما نقله مسلم أيضاً عن ابن سيرين أنه قال: كانوا لا يسألون عن الإسناد فلما وقعت الفتنة قيل سموا لنا رجالكم فينظروا إلى أهل السنة فيؤخذ عنهم وإلى أهل البدع فلا يؤخذ عنهم.

ونقل الحافظ أبو عبد الله الحاكم: أن المرسل ليس بحجة عن إمام التابعين سعيد بن المسيب، وعن مالك بن أنس، وجماعة من أهل الحديث، ونقله غيره عن الزهري والأوزاعي. وصح ذلك عن عبد الله بن المبارك وغيره.

قال الخطيب: لا خلاف بين أهل العلم أن إرسال الحديث الذي ليس بتدليس هو رواية الراوي ممن لم يعاصره أو لم يلقه كرواية سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير ومحمد بن المنكدر والحسن البصري وقتادة وغيرهم من التابعين عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فإنه قيل: هو مقبول إذا كان المرسل ثقة عدلاً، وهو قول مالك وأهل المدينة وأبي حنيفة وأهل العراق وغيرهم.

وقال الشافعي: لا يجب العمل وعليه أكثر الأئمة.

واختلف مسقطو العمل بالمرسل في قبول رواية الصحابة خبراً عن النبي صلى الله عليه وسلم ولم يسمعه منه، كقول أنس بن مالك ذكر لي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لمعاذ: "من لقي الله لا يشرك به شيئاً دخل الجنة" الحديث ١، فقال بعض من لا يقبل مراسيل الصحابة: لا نشك في عدالتهم، ولكنة قد يروي الراوي عن تابعي أو عن أعرابي لاتعرف صحبته ولو قال: لا أروي لكم إلا من سماعي أو من صحابي لوجب علينا قبول مرسله.

وَقَالَ آخَرُونَ: مَرَّاسِيلُ الصَّحَابَةِ كُلِّهِمْ مَقْبُولَةٌ، لِكَوْنِ جَمِيعِهِمْ عُدُولًا، وَأَنَّ الظَّاهِرَ فِيمَا أُرْسِلُوهُ أَنَّهُمْ سَمِعُوهُ مِنَ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَوْ مِنْ صَحَابِيٍّ سَمِعَهُ مِنَ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَأَمَّا مَا رَوَاهُ عَنِ التَّابِعِينَ فَقَدْ بَيَّنَّوهُ، وَهُوَ أَيْضًا قَلِيلٌ نَادِرٌ لِمَا اعْتَبَارَ بِهِ، قَالَ: وَهَذَا هُوَ الْأَشْبَهُ بِالصَّوَابِ ثُمَّ رَجَّحَ عَدَمَ قَبُولِ مَرَّاسِيلِ غَيْرِ الصَّحَابَةِ فَقَالَ: وَالَّذِي نَخْتَارُهُ سُقُوطُ فَرَضِ اللَّهِ بِالْمُرْسَلِ بِجَهَالَةِ رَاوِيهِ وَلِمَا يَجُوزُ قَبُولُ الْخَبَرِ إِلَّا عَمَّنْ عُرِفَتْ عَدَالَتُهُ وَلَوْ قَالَ الْمُرْسِلُ: حَدَّثَنِي الْعَدْلُ النَّقَّةُ عِنْدِي بِكَذَا لَمْ يُقْبَلْ حَتَّى يَذَكَرَ اسْمَهُ" (1).

القول الثالث: أن الحديث المرسل حجة بشروط؛ كأن ينتهي إلى كبار التابعين أو أسند من طريق آخر أو تقوى بقول صحابي مثلاً أو غير ذلك، وهو رأي الإمام الشافعي وبعض أصحابه، وقريب منه لبعض الحنفية في قبولهم لمراسيل القرون الثلاثة الأولى (2).

أثر الاختلاف في المسألة الثالثة

مسألة قبول الحديث المرسل أو رده

يظهر أثر الاختلاف في هذه المسألة في أمرين (3):

الأول: نقض الموضوع بالتحقق:

فقد ورد حديث مرسل يفيد نقض الموضوع بالتحقق، وهو: روى أبو داود في المراسيل عن أبي العالية قال: جَاءَ رَجُلٌ فِي بَصْرِهِ ضَرْبٌ، فَدَخَلَ الْمَسْجِدَ وَرَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يُصَلِّي بِأَصْحَابِهِ، فَتَرَدَّى فِي حُفْرَةٍ كَانَتْ فِي الْمَسْجِدِ، فَضَحِكَ طَوَائِفُ مِنْهُمْ، فَلَمَّا قَضَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الصَّلَاةَ «أَمَرَ مَنْ كَانَ ضَحِكَ مِنْهُمْ أَنْ يُعِيدَ الْوُضُوءَ، وَيُعِيدَ الصَّلَاةَ». قَالَ أَبُو دَاوُدَ: رَوَى عَنِ الْحَسَنِ، وَإِبْرَاهِيمَ، وَالزُّهْرِيِّ، هَذَا الْخَبَرُ عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَمَخْرَجُهَا كُلُّهَا إِلَى أَبِي الْعَالِيَةِ، رَوَاهُ إِبْرَاهِيمُ،

(1) إرشاد الفحول ج 1 ص 172-177.

(2) الإحكام للأمدى ج 2 ص 123، وإرشاد الفحول ج 1، ص 172-177.

(3) انظر للاستزادة: القواعد والمسائل الحديثية للدكتورة أميرة الصاعدي 163-170.

عَنْ أَبِي هَاشِمٍ الرُّمَّانِيِّ. وَرَوَاهُ الزُّهْرِيُّ، عَنْ سَلِيمَانَ بْنِ أَرْقَمَ، عَنِ الْحَسَنِ، وَقَالَ حَفْصُ الْمِنْقَرِيِّ: أَنَا حَدَّثْتُ بِهِ الْحَسَنَ، عَنْ أَبِي الْعَالِيَةِ (1).

فعلى القول الأول الذي يرى عدم الاحتجاج بالحديث المرسل فلا يحتج بهذا الحديث، ولن تكون القهقهة ناقضة للوضوء. وهذا مذهب جمهور الفقهاء من المالكية (2) والشافعية (3) والحنابلة (4) فهم لا يعتبرون القهقهة حدثاً ينفض الوضوء.

وعلى القول الثالث الذي يرى أن الحديث المرسل حجة بشروط كأن ينتهي إلى كبار التابعين أو يوجد له عاضد من شاهد أو تابع أو غير ذلك، فإنه لن يحتج به هنا لعدم تحقق الشروط، فلن تكون القهقهة ناقضة للوضوء.

وعلى القول الثاني الذي يرى صحة الاحتجاج بالحديث المرسل فإنه سيعمل بالحديث، ويستتبط منه نقض الوضوء بالقهقهة، وهو مذهب الحنفية (5).

الثاني: قضاء صوم التطوع بعد الشروع فيه وإفساده:

قد ورد حديث مرسل يفيد وجوب قضاء صوم التطوع بعد الشروع فيه لمن أفسده، وهو:

روى الترمذي في سننه عن الزهري، عن عروة، عن عائشة، قالت: كُنْتُ أَنَا وَحَفْصَةُ صَائِمَتَيْنِ، فَعَرَضَ لَنَا طَعَامٌ فَاشْتَهَيْنَاهُ، فَأَفْطَرْنَا، فَدَخَلَ النَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فَبَادَرَتْ إِلَيْهِ حَفْصَةُ - وَكَانَتْ بِنْتُ أَبِيهَا - فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّا صُومْنَا الْيَوْمَ، فَعَرَضَ لَنَا طَعَامٌ فَاشْتَهَيْنَاهُ، فَقَالَ: «أَفْضِيَا يَوْمًا آخَرَ»،

(1) المراسيل لأبي داود ص ٧٥ رقم ٨ مؤسسة الرسالة - بيروت تحقيق شعيب الأرنؤوط الطبعة الأولى ١٤٠٨ هـ، والدار قطني ج ١ ص ٣١١ رقم ٦٣٥، قال الذهبي: هذا مرسل جيد. تنقيح التحقيق ج ١ ص ٧٠ دار الوطن - الرياض الطبعة: الأولى، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م.

(2) شرح زروق على متن الرسالة ج ١ ص ٣١٦.

(3) التهذيب في فقه الإمام الشافعي ج ١ ص ٣١٢، المؤلف: محيي السنة، أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي الشافعي (المتوفى: ٥١٦ هـ)، المحقق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م.

(4) المغني لابن قدامة ج ١ ص ١٣١.

(5) المبسوط ج ١ ص ٧٧، وبدائع الصنائع ج ١ ص ٣٢.

وَعَنْ مَعْمَرٍ، عَنِ الزُّهْرِيِّ أَنَّ عَائِشَةَ، وَحَفْصَةَ أَصْبَحَتَا صَائِمَتَيْنِ، فَأَهْدِي لِهَمَّا طَعَامًا. فَذَكَرَا مِثْلَهُ وَلَمْ يَذْكُرَا عُرْوَةَ، وَهَذَا الطَّرِيقُ بِدُونِ عُرْوَةَ هُوَ الصَّحِيحُ الرَّاجِحُ عِنْدَ الْمُحَدِّثِينَ؛ فَالْحَدِيثُ عَنْ جُمْهُرِهِمْ مَرْسَلٌ عَلَى مَا اصْطَلَحَ عَلَيْهِ الْأَصُولِيُّونَ فِي مَعْنَى الْمَرْسَلِ؛ قِيلَ لِابْنِ شِهَابٍ: أَحَدَّثَكَ عُرْوَةُ بْنُ الزُّبَيْرِ، عَنْ عَائِشَةَ عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: " أَنْ " مَنْ أَفْطَرَ فِي تَطَوُّعِهِ فَلْيَقْضِهِ فَقَالَ: لَمْ أَسْمَعْ مِنْ عُرْوَةَ فِي ذَلِكَ شَيْئًا، وَلَكِنْ حَدَّثَنِي فِي خِلَافَةٍ سَلِيمَانَ بْنَ عَبْدِ الْمَلِكِ نَاسٌ عَنْ بَعْضِ مَنْ كَانَ يَسْأَلُ عَائِشَةَ أَنَّهَا قَالَتْ: أَصْبَحْتُ أَنَا وَحَفْصَةُ صَائِمَتَيْنِ فَقُرَّبَ لَنَا طَعَامٌ فَأَبْتَدَرْنَا فَأَكَلْنَا، فَدَخَلَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَلَيْنَا فَبَدَرْتَنِي حَفْصَةُ وَكَانَتْ بِنْتُ أَبِيهَا فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لَهُ، فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: " صُومًا يَوْمًا مَكَانَهُ " (1).

فعلى القول الأول فإنه لن يعمل بالحديث، فلن يوجب قضاء صوم التطوع، وهو قول الشافعية (2) والحنابلة (3) : فإنه يُسْتَحَبُّ عندهم الإِتِمَامُ إِذَا شَرَعَ فِي صَوْمِ التَّطَوُّعِ وَلَا يَجِبُ، كَمَا أَنَّهُ يُسْتَحَبُّ الْقَضَاءُ إِذَا فَسَدَ.

وعلى القول الثاني فإنه سيعمل بالحديث، ويستنبط منه وجوب قضاء التطوع في هذه الحالة. وهذا ما عليه الحنفية (4) والمالكية (5) فقد قالوا: إِذَا شَرَعَ فِيهِ وَجِبَ إِتِمَامُهُ، وَإِذَا فَسَدَ وَجِبَ قَضَاؤُهُ.

وعلى القول الثالث فلن يحتج به هنا لعدم تحقق الشروط، فلن يوجب قضاء التطوع في هذه الحالة.

(1) سنن الترمذي ج 3 ص 103 رقم 735 مكتبة مصطفى البابي الحلبي الطبعة الثانية 1975م.

(2) روضة الطالبين وعمدة المفتين ج 2 ص 386.

(3) المغني لابن قدامة ج 3 ص 109.

(4) الجوهرية النيرة على مختصر القدوري ج 1 ص 143 المطبعة الخيرية الطبعة الأولى 1322هـ.

(5) مواهب الجليل ج 2 ص 430.

المسألة الرابعة: تعارض المرسل والمسند:

أولاً: تصوير المسألة: إذا اختلف رواة الحديث في نقله؛ فأسنده بعضهم، وأرسله آخرون، فهل يرجح أحدهما مطلقاً، أو في المسألة تفصيلاً؟.

ثانياً: نص التبصرة والتذكرة:

تَعَارُضُ الْوَصْلِ وَالْإِرْسَالِ أَوْ الرَّفْعِ وَالْوَقْفِ:

١٤٧. وَأَحْكَمُ لَوْصَلِ تَقَةٍ فِي الْأَظْهَرِ *** وَقِيلَ بَلْ إِرْسَالُهُ لِلْأَكْثَرِ

١٤٨. وَنَسَبَ الْأَوَّلَ لِلنُّظَارِ *** أَنْ صَحَّوهُ، وَقَضَى (البُخَارِيُّ)

١٤٩. بِوَصَلِ لَا نِكَاحَ إِلَّا بُولِي *** مَعَ كَوْنِ مَنْ أُرْسِلَهُ كَالْجَبَلِ

١٥٠. وَقِيلَ الْإِكْتِرَ، وَقِيلَ: الْإِحْفَظُ *** ثُمَّ فَمَا إِرْسَالُ عَدَلٍ يَحْفَظُ

١٥١. يَقْدَحُ فِي أَهْلِيَّةِ الْوَاصِلِ، أَوْ *** مُسْنَدِهِ عَلَى الْأَصْحَحِ، وَرَأَوْا

١٥٢. أَنَّ الْأَصْحَحَ: الْحُكْمُ لِلرَّفْعِ وَلَوْ *** مِنْ وَاحِدٍ فِي ذَا وَذَا، كَمَا حَكَوْا

ثالثاً: نص شرح التبصرة والتذكرة:

"إذا اختلف الثقات في حديث، فرواه بعضهم متصلاً، وبعضهم مرسلًا، فاختلف أهل الحديث فيه هل الحكم لمن وصل، أو لمن أرسل، أو للأكثر، أو للأحفظ؟ على أربعة أقوال:

أحدها: أن الحكم لمن وصل، وهو الأظهر الصحيح. كما صححه الخطيب،

وقال ابن الصلاح: إنه الصحيح في الفقه وأصوله. وهذا معنى قوله: (ونسب)

أي: ابن الصلاح الأول للنظار أن صححوه، فالنظار هم أهل الفقه والأصول.

وأن هنا مصدرية، أي: تصحيحه. وهو بدل من قوله: (الأول)؛ أي: ونسب

تصحيح الأول للنظار، وسئل البخاري عن حديث: لا نكاح إلا بولي، وهو

حديث اختلف فيه على أبي إسحاق السبعي فرواه شعبة والثوري عنه، عن

أبي بردة عن النبي (مرسلًا) ورواه إسرائيل بن يونس في آخرين، عن جدّه

أبي إسحاق، عن أبي بردة عن أبي موسى الأشعري، عن النبي (متصلاً،

فحكّم البخاري لمن وصله، وقال: الزيادة من الثقة مقبولة، هذا مع أن من أرسله شعبة وسفيان، وهما جبلان في الحفظ والإتقان.

والقول الثاني: أن الحكم لمن أرسل. وحكاة الخطيب عن أكثر أصحاب الحديث، وهذا معنى قوله: (وقيل بل إرساله للأكثر). وقوله: (لأكثر)، خبر مبتدأ محذوف، أي: وقيل الحكم لإرساله، وهذا للأكثر، أي: قول الأكثر.

والقول الثالث: أن الحكم للأكثر، فإن كان من أرسله أكثر ممن وصله، فالحكم للإرسال، وإن كان من وصله أكثر، فالحكم للوصل.

والقول الرابع: أن الحكم للأحفظ، فإن كان من أرسل أحفظ، فالحكم له، وإن كان من وصل أحفظ فالحكم له، وهذا معنى قوله: وقيل: الأكثر، وقيل: الأحفظ. وكلاهما خبر مبتدأ محذوف تقديره: وقيل: المعبر الأكثر، وقيل: الأحفظ.

وينبغي على هذا القول الرابع - وهو أن الحكم للأحفظ - ما إذا أرسل الأحفظ، فهل يقدح ذلك في عدالة من وصله، وأهليته، أو لا؟ فيه قولان: أصحهما، وبه صدّر ابن الصلاح كلامه أنه: لا يقدح. قال: ومنهم من قال: يقدح في مسنده، وفي عدالته، وفي أهليته، وهذا معنى قوله: (ثم فما إرسال عدل يحفظ ...) إلى آخره. وقوله: (أو مسنده) أي: وما أسنده من الحديث غير هذا الذي أرسله من هو أحفظ؛ لأن هذا بناء على أن الحكم للأحفظ، وقد أرسل، فلا شك في قدحيه في هذا المسند على هذا القول⁽¹⁾.

رابعاً: رأي الأصوليين مقارناً برأي المحدثين:

جماع أقوال الأصوليين والمحدثين في هذه القاعدة ينعقد في قولين⁽²⁾:

(1) شرح التبصرة والتذكرة للحافظ العراقي: (٢٢٧/١-٢٢٣).

(2) النكت على علوم الحديث، للحافظ ابن حجر: (٦٠٤/٢)، والإحكام للآمدي ج ٢ ص ١٢٩. وانظر للاستزادة: القواعد والمسائل الحديثية للدكتورة أميرة الصاعدي ١٧١-١٨١.

القول الأول: أن الحديث المتصل يرجح على الحديث المرسل مطلقاً، فيحتجون بالرواية المتصلة ولا يعتبرون الرواية المرسلة قاذحة، وهو رأي

الأصوليين، ومعهم المحدثون كذلك؛ قال الآمدي رحمه الله في الإحكام:

"وَإِذَا عُرِفَ أَنَّ الْمُرْسَلَ مَقْبُولٌ مِنَ الْعَدْلِ، فَمَنْ لَمْ يَقُلْ بِهِ كَالشَّافِعِيِّ، فَقَدْ قِيلَ إِنَّهُ لَا مَعْنَى لِقَوْلِهِ إِنَّهُ يَكُونُ مَقْبُولًا إِذَا أُسْنَدَهُ غَيْرُ الْمُرْسِلِ أَوْ أُسْنَدَهُ الْمُرْسِلُ مَرَّةً؛ لِأَنَّ الْإِعْتِمَادَ فِي ذَلِكَ إِنَّمَا هُوَ عَلَى الْإِسْنَادِ، لَا عَلَى الْإِرْسَالِ وَلَا مَعْنَى لِقَوْلِهِ: إِنَّهُ يَكُونُ مَقْبُولًا إِذَا أُرْسِلَ اثْنَانِ، وَكَانَتْ مَشَايِخُهُمَا مُخْتَلِفَةً؛ لِأَنَّ ضَمَّ الْبَاطِلِ إِلَى الْبَاطِلِ غَيْرُ مُوجِبٍ لِلْقَبُولِ، وَلَيْسَ بِحَقٍّ؛ لِأَنَّ الظَّنَّ الْخَاصِلَ بِصِدْقِ الرَّأْيِ مِنَ الْإِرْسَالِ مَعَ هَذِهِ الْأُمُورِ أَقْوَى مِنْهُ عِنْدَ عَدَمِهَا.

وعلى هذا، فلا يلزم من عدم الاحتجاج بأضعف الظنن عدم الاحتجاج بأقواهما، وإذا عُرِفَ الْخَبْرُ الْمَقْبُولُ وَغَيْرُ الْمَقْبُولِ، فَإِذَا تَعَارَضَ خَبْرَانِ مَقْبُولَانِ، فَالْعَمَلُ بِأَحَدِهِمَا يَتَوَقَّفُ عَلَى التَّرْجِيحِ. وَسَيَأْتِي فِي قَاعِدَةِ التَّرْجِيحَاتِ بِأَقْصَى الْمُمْكِنِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى" (1)؛ وقال الزركشي رحمه الله في البحر

المحيط:

الْمُسْنَدُ رَاجِحٌ عَلَى الْمُرْسَلِ إِنْ قَبِلَ الْمُرْسَلُ، لِلِاتِّفَاقِ عَلَى قَبُولِهِ، بِخِلَافِ الْمُرْسَلِ وَقَالَ قَوْمٌ - مِنْهُمْ عَيْسَى بْنُ أَبَانَ - الْمُرْسَلُ أَوْلَى. وَقَالَ قَوْمٌ - مِنْهُمْ عَبْدُ الْجَبَّارِ -: يَسْتَوِيَانِ (2)؛ وقال الفتوح رحمه الله في الكوكب

المنير:

فَيَقْدَمُ حَدِيثٌ "مُسْنَدٌ عَلَى" حَدِيثٍ "مُرْسَلٌ" عِنْدَ جَمَاهِيرِ الْعُلَمَاءِ؛ لِأَنَّ فِيهِ مَرِيَّةَ الْإِسْنَادِ، فَيَقْدَمُ بِهَا، وَلِأَنَّ الْمُرْسَلَ قَدْ يَكُونُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ

(1) الإحكام للآمدي ج ٢ ص ١٢٩.

(2) البحر المحيط ج ٨ ص ١٨٥، المؤلف: أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي (المتوفى: ٧٩٤هـ)، الناشر: دار الكتبي، الطبعة: الأولى، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.

مَجْهُولٌ، وَلِأَنَّهُ مُخْتَلَفٌ فِي كَوْنِهِ حُجَّةً، وَالْمُسْنَدُ مُتَّفَقٌ عَلَى حُجِّيَّتِهِ، وَكَذَا كُلُّ مُتَّفَقٍ عَلَيْهِ مَعَ كُلِّ مُخْتَلَفٍ فِيهِ مِنْ جِنْسِهِ (1).

القول الثاني: أن ترجيح الحديث المتصل على الحديث المرسل أو العكس خاضع للقرائن التي قررها الأصوليون في باب التعارض والترجيح بين المنقولين أو منقول ومعقول، فيما يتعلق بالسند أو المتن أو ما قرره المحدثون في هذا الشأن، وممن ذهب إلى هذا ابن دقيق العيد والعلائي، وغيرهما (2).

المطلب الرابع

أثر الاختلاف في المسألة الرابعة: مسألة تعارض المرسل والمسند يظهر أثر الاختلاف في هذه المسألة في عدة فروع فقهية نذكر على سبيل المثال التالي (3):

مسألة القضاء باليمين مع الشاهد:

مبنى الحكم بالقضاء باليمين مع الشاهد حديثان: حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنه وهو: أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - "قضى باليمين مع الشاهد" (4). وحديث ابن عباس رضي الله عنه وهو: أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - "قضى بيمين وشاهد" (5).

فقد روي حديث جابر رضي الله عنه من طرق مسنداً، ومن طرق مرسل، فعلى القول الأول الذي يرى أن الحديث المسند يرجح على الحديث المرسل مطلقاً فإنه سيعمل بالحديث، ويستتبط حكم جواز القضاء باليمين

(1) مختصر التحرير شرح الكوكب المنير ج 4 ص 649، المؤلف: تقي الدين أبو البقاء محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحى المعروف بابن النجار الحنبلي (المتوفى: 972هـ)، المحقق: محمد الزحيلي ونزيه حماد، الناشر: مكتبة العبيكان، الطبعة: الثانية 1418هـ - 1997م.

(2) شرح التبصرة والتذكرة للحافظ العراقي (233/1-227)، والإحكام للأمدى ج 2 ص 129، والبحر المحيط للزركشي ج 8 ص 185، ومختصر التحرير للفتوحى ج 4 ص 649.

(3) انظر القواعد والمسائل الحديثة للدكتورة أميرة الصاعدي 187-188.

(4) الترمذي ج 3 ص 620 رقم 1344، وابن ماجه ج 3 ص 454 رقم 2369 باب القضاء بالشاهد واليمين

(5) مسلم ج 3 ص 1337 رقم 1712 كتاب الأفضية باب القضاء باليمين والشاهد.

والشاهد. وهذا ما ذهب إليه مالك⁽¹⁾ والشافعي⁽²⁾ وأحمد⁽³⁾ وأبو ثور
والفقهاء السبعة المديون إلى أنه يُقضى باليمين مع الشاهد في الأموال وما
يؤول إليها دون غيرها.

وعلى القول الثاني الذي يرى أن الحديث المرسل يرجح على الحديث
المسند، فيعمل بالمرسل حتى لو لم يُرو متصلاً من طريق آخر، وعليه
سيعمل بالحديث كذلك.

المسألة الخامسة: مجهول العين ومجهول الحال:

أولاً: تصوير المسألة: من أسباب رد الأخبار خفاء حال الراوي على نقاد
الحديث، ومن أسباب هذا خفاء حال الرواة والجهل بهم؛ لهذا كانت الجهالة
بالراوي علة قادحة في صحة الخبر؛ فإن صحة الخبر مؤسسة على تحقق
عدالته وضبطه، وتحققهما مُتَعَدِّرٌ حال الجهل بالراوي، وللجهالة نوعان عند
المحدثين: جهالة العين وجهالة الحال، وقد خالف الحنفية جمهور المحدثين
والأصوليين في حدهما، وتخرج على خلافهم فيها خلاف في بعض الفروع
الفقهية.

ثانياً: نص التبصرة والتذكرة:

٢٨٦. واختلفوا: هل يُقبلُ المجهولُ؟ *** وهو - على ثلاثة - مَجْعُولُ
٢٨٧. مَجْهُولُ عَيْنٍ: مَنْ لَهُ رَأْوٍ فَقَطْ، *** وَرَدَّهُ الْأَكْثَرُ، وَالْقِسْمُ الْوَسْطُ:
٢٨٨. مَجْهُولُ حَالٍ بَاطِنٍ وَظَاهِرٍ *** وَحُكْمُهُ: الرَّدُّ لَدَى الْجَمَاهِرِ،
٢٨٩. وَالثَّلَاثُ: الْمَجْهُولُ لِلْعَدَالَةِ *** فِي بَاطِنٍ فَقَطْ. فَقَدْ رَأَى لَهُ
٢٩٠. حُجْبَةً فِي الْحُكْمِ بَعْضُ مَنْ مَنَعَ *** مَا قَبْلَهُ، مِنْهُمْ (سَلِيمٌ) فَقَطَّعَ
٢٩١. بِهِ، وَقَالَ الشَّيْخُ: إِنَّ الْعَمَلَا *** يُشْبِهُهُ أَنَّهُ عَلَى ذَا جُعْلَا
٢٩٢. فِي كُتُبٍ مِنَ الْحَدِيثِ اسْتَهْرَتْ *** خَيْرَةٌ بَعْضٍ مَنْ بِهَا تَعَدَّرَتْ

(1) بداية المجتهد ج٤ ص٢٥١.

(2) المذهب للشيرازي ج٣ ص٤٥٤.

(3) شرح الزركشي على مختصر الخرق ج٧ ص٣٠٦ دار العبيكان الطبعة الأولى ١٤١٣ هـ.

٢٩٣. في باطن الأمر، وبعض يشهر *** ذا القسم مستورا، وفيه نظر

ثانياً: شرح التبصرة والتذكرة:

"اختلف العلماء في قبول رواية المجهول، وهو على ثلاثة أقسام: مجهول العين، ومجهول الحال ظاهراً وباطناً، ومجهول الحال باطناً.

القسم الأول: مجهول العين، وهو من لم يرو عنه إلا راوٍ واحد. وفيه أقوال:

الصحيح الذي عليه أكثر العلماء من أهل الحديث، وغيرهم، أنه لا يقبل.

والثاني: يقبل مطلقاً. وهذا قول من لم يشترط في الراوي مزيداً على الإسلام.

والثالث: إن كان المنفرد بالرواية عنه لا يروي إلا عن عدل، كابن مهدي،

ويحيى بن سعيد، ومن ذكر معهما، واكتفينا في التعديل بواحد قبل، وإلا فلا.

والرابع: إن كان مشهوراً في غير العلم بالزهد، أو النجدة قبل، وإلا فلا. وهو

قول ابن عبد البر، وسيأتي نقله عنه.

والخامس: إن زكاه أحد من أئمة الجرح والتعديل مع رواية واحد عنه قبل،

وإلا فلا. وهو اختيار أبي الحسن بن القطان في كتاب "بيان الوهم والإيهام

".

قال الخطيب في "الكفاية": المجهول عند أصحاب الحديث: كل من لم يشتهر

بطلب العلم في نفسه، ولا عرفه العلماء به. ومن لم يعرف حديثه إلا من جهة

راوٍ واحد، مثل: عمرو ذي مر، وجبار الطائي، وعبد الله بن أعز الهمداني،

والهيثم بن حنش، ومالك بن أعز، وسعيد بن ذي خُدان، وقيس بن كركم،

وخمر بن مالك. قال: وهؤلاء كلهم لم يرو عنهم غير أبي إسحاق السبيعي.

ومثل: سمعان بن مشنج، والهزهاز بن ميزن، لا يعرف عنهما راوٍ إلا

الشعبي. ومثل: بكر بن قرواش، وحالم بن جزل، لم يرو عنهما إلا أبو

الطفيل عامر بن وائلة. ومثل: يزيد بن سحيم، لم يرو عنه إلا خلاس بن

عمرو. ومثل: جري بن كليب، لم يرو عنه إلا قتادة بن دعامة. ومثل: عمير

بن إسحاق، لم يرو عنه سوى عبد الله بن عون. وغير من ذكرنا. وروينا عن محمد بن يحيى الذهلي، قال: إذا روى عن المحدث رجلان ارتفع عنه اسم الجهالة. وقال الخطيب: أقل ما ترفع به الجهالة أن يروي عنه اثنان فصاعداً، من المشهورين بالعلم، إلا أنه لا يثبت له حكم العدالة بروايتهما عنه. واعترض عليه ابن الصلاح بأن الهزهاز روى عنه الثوري أيضاً. قلت: وروى عنه أيضاً الجراح بن مليح، فيما ذكره ابن أبي حاتم، وسمى أباه مازناً، بالألف لا بالياء. ولعل بعضهم أماله فكتبه بالياء. وخمر ابن مالك روى عنه أيضاً عبد الله بن قيس، وذكره ابن حبان في "الثقات"، وسماه خمير بن مالك، وذكر الخلاف فيه في التصغير والتكبير ابن أبي حاتم.

وكذلك الهيثم ابن حنش روى عنه أيضاً سلمة بن كهيل، قاله أبو حاتم الرازي. وأما عبد الله بن أعز، ومالك بن أعز، فقد جعلهما ابن ماکولا واحداً، اختلف على أبي إسحاق في اسمه. وبكر بن قرواش روى عنه أيضاً قتادة فيما ذكره البخاري، وابن حبان في "الثقات". وسمى ابن أبي حاتم أباه قريشاً. وحلام بن جزل ذكره البخاري في "تاريخه" فقال: حلاب، أي: بباء موحدة، وخطأه ابن أبي حاتم في كتاب جمع فيه أوامه في "التاريخ"، وقال: "إنما هو حلام"، أي: بالميم. ثم تعقب ابن الصلاح بعض كلام الخطيب المتقدم بأن قال: قد خرّج البخاري حديث جماعة ليس لهم غير راي واحد منهم: مرداس الأسلمي، لم يرو عنه غير قيس بن أبي حازم. وخرّج مسلم حديث قوم ليس لهم غير راي واحد منهم: ربيعة بن كعب الأسلمي، لم يرو عنه غير أبي سلمة بن عبد الرحمن. وذلك منهما مصير إلى أن الراوي قد يخرج عن كونه مجهولاً مردوداً، برواية واحد عنه. والخلاف في ذلك متجه، نحو اتجاه الخلاف المعروف في الاكتفاء بواحد في التعديل.

قلت: لم ينفرد عن مرداس قيس، بل روى عنه أيضاً زياد بن علاقة فيما ذكره المزني في "التهذيب"، وفيه نظر. ولم ينفرد عن ربيعة أبو سلمة، بل

رَوَى عَنْهُ أَيْضاً نَعِيمُ الْمُجْمِرِ وَحَنْظَلَةُ بْنُ عَلِيٍّ. وَأَيْضاً فَمِرْدَاسٌ وَرَبِيعَةُ مِنْ مَشَاهِيرِ الصَّحَابَةِ، فَمِرْدَاسٌ مِنْ أَهْلِ الشَّجْرَةِ، وَرَبِيعَةُ مِنْ أَهْلِ الصَّفَةِ. وَقَدْ ذَكَرَ أَبُو مَسْعُودٍ إِبرَاهِيمُ بْنُ مُحَمَّدٍ الدَّمَشْقِيُّ فِي "جُزْءٍ لَهُ أَجَابَ فِيهِ عَنْ اعْتِرَاضَاتِ الدَّارِقُطِيِّ عَلَى كِتَابِ مُسْلِمٍ"، فَقَالَ: لَا أَعْلَمُ رَوَى عَنْ أَبِي عَلِيٍّ عَمْرُو بْنُ مَالِكٍ الْجَنْبِيُّ أَحَدٌ غَيْرُ أَبِي هَانِيءٍ، قَالَ: وَبِرَوَايَةِ أَبِي هَانِيءٍ وَحَدَّثَهُ لَا يَرْتَفِعُ عَنْهُ اسْمُ الْجَهَالَةِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَعْرُوفاً فِي قَبِيلَتِهِ، أَوْ يَرُوي عَنْهُ أَحَدٌ مَعْرُوفٌ مَعَ أَبِي هَانِيءٍ، فَيَرْتَفِعُ عَنْهُ اسْمُ الْجَهَالَةِ. وَقَدْ ذَكَرَ ابْنُ الصَّلَاحِ فِي النُّوعِ السَّابِعِ وَالْأَرْبَعِينَ عَنْ ابْنِ عَبْدِ الْبَرِّ، قَالَ: كُلُّ مَنْ لَمْ يَرُوي عَنْهُ إِلَّا رَجُلٌ وَاحِدٌ، فَهُوَ عِنْدَهُمْ مَجْهُولٌ إِلَّا أَنْ يَكُونَ رَجُلًا مَشْهُورًا فِي غَيْرِ حَمْلِ الْعِلْمِ كَاشْتِهَارِ مَالِكِ بْنِ دِينَارٍ بِالزُّهْدِ، وَعَمْرُو بْنُ مَعْدِي كَرِبَ بِالنُّجْدَةِ. فَشَهْرَةٌ هَذَيْنِ بِالصُّحْبَةِ عِنْدَ أَهْلِ الْحَدِيثِ أَكْثَرُ فِي الثَّقَةِ بِهِ مِنْ مَالِكٍ وَعَمْرُو، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وَالْقِسْمُ الثَّانِي: مَجْهُولُ الْحَالِ فِي الْعَدَالَةِ فِي الظَّاهِرِ وَالْبَاطِنِ، مَعَ كَوْنِهِ مَعْرُوفَ الْعَيْنِ بِرَوَايَةِ عَدْلَيْنِ عَنْهُ، وَفِيهِ أَقْوَالٌ:

أَحَدُهَا: وَهُوَ قَوْلُ الْجَمَاهِيرِ، كَمَا حَكَاهُ ابْنُ الصَّلَاحِ أَنَّ رَوَايَتَهُ غَيْرُ مَقْبُولَةٍ. وَالثَّانِي: تَقْبَلُ مُطْلَقًا، وَإِنْ لَمْ تَقْبَلْ رَوَايَةُ الْقِسْمِ الْأَوَّلِ. قَالَ ابْنُ الصَّلَاحِ: وَقَدْ يَقْبَلُ رَوَايَةَ الْمَجْهُولِ الْعَدَالَةِ مَنْ لَا يَقْبَلُ رَوَايَةَ الْمَجْهُولِ الْعَيْنِ. وَالثَّلَاثُ: إِنْ كَانَ الرَّوَايَانِ، أَوْ الرَّوَاةُ عَنْهُ فِيهِمْ مَنْ لَا يَرُوي عَنْ غَيْرِ عَدْلٍ قَبْلَ، وَإِلَّا فَلَا.

وَالْقِسْمُ الثَّلَاثُ: مَجْهُولُ الْعَدَالَةِ الْبَاطِنَةِ، وَهُوَ عَدْلٌ فِي الظَّاهِرِ، فَهَذَا يَحْتَجُّ بِهِ بَعْضُ مَنْ رَدَّ الْقِسْمَيْنِ الْأَوَّلَيْنِ، وَبِهِ قَطَعَ الْإِمَامُ سُلَيْمُ بْنُ أَيُوبَ الرَّازِيُّ، قَالَ: لِأَنَّ الْإِخْبَارَ مَبْنِيٌّ عَلَى حُسْنِ الظَّنِّ بِالرَّوَايِ؛ لِأَنَّ رَوَايَةَ الْأَخْبَارِ تَكُونُ عِنْدَ مَنْ تَتَعَدَّرُ عَلَيْهِ مَعْرِفَةُ الْعَدَالَةِ فِي الْبَاطِنِ، فَاقْتَصِرَ فِيهَا عَلَى مَعْرِفَةِ ذَلِكَ فِي الظَّاهِرِ. وَتَفَارِقُ الشَّهَادَةَ، فَإِنَّهَا تَكُونُ عِنْدَ الْحُكَّامِ، وَلَا يَتَعَدَّرُ عَلَيْهِمْ ذَلِكَ،

فاعتُبرَ فيها العدالةُ في الظاهرِ والباطنِ. قالَ ابنُ الصَّلَاحِ: ويشبهُ أنْ يكونَ العملُ على هذا الرأيِ في كثيرٍ من كتبِ الحديثِ المشهورةِ في غيرِ واحدٍ من الرواةِ الذين تقادَمَ العهدُ بهم، وتعدَّرتِ الخيرةُ الباطنةُ بهم، واللهُ أعلمُ. وأطلقَ الشافعيُّ كلامَهُ في اختلافِ الحديثِ أنَّه لا يحتجُّ بالمجهولِ، وحكى البيهقيُّ في " المدخلِ ": " أنَّ الشافعيَّ لا يحتجُّ بأحاديثِ المجهولينِ. ولما ذكرَ ابنُ الصَّلَاحِ هذا القسمَ الأخيرَ، قالَ: وهو المستورُ، فقد قالَ بعضُ أئمَّتنا: المَسْتُورُ مَنْ يكونُ عدلاً في الظَّاهرِ، ولا تُعرَفُ عدالتُهُ باطناً. انتهى كلامُهُ. وهذا الذي نقلَ كلامَهُ آخرأ، ولم يسمِّه، هو البغويُّ، فهذا لفظُهُ بحروفِهِ في " التهذيبِ "، وتبَّعَهُ عليه الرافعيُّ. وحكى الرافعيُّ في الصومِ وجهينِ في قبولِ روايةِ المستورِ من غيرِ ترجيحِ. وقالَ النوويُّ في " شرحِ المهذبِ ": " إنَّ الأصحَّ قبولُ روايتهِ " (١).

رابعاً: رأيُ الأصوليينِ مُقارناً برأيِ المحدثينِ:

للأصوليينِ في قبولِ روايةِ مجهولِ العينِ أو عدمها قولانِ (٢):

القولُ الأولُ: أن روايةِ مجهولِ العينِ مردودة، وهو رأيُ جماهيرِ الأصوليينِ،

وهو ما عليه المحدثون؛ قالَ الشوكاتي رحمه الله في إرشادِ الفحولِ:

"فرع: الخلاف في عدالة المُبَّهَم:

اختلفَ أهلُ العِلْمِ في تعديلِ المُبَّهَمِ، كقولِهِم: حَدَّثَنِي النَّقَّةُ أَوْ حَدَّثَنِي الْعَدْلُ، فَذَهَبَ جَمَاعَةٌ إِلَى عَدَمِ قَبُولِهِ، وَمِنْهُمْ أَبُو بَكْرٍ الْقَفَّالُ الشَّاشِيُّ وَالْخَطِيبُ الْبَغْدَادِيُّ وَالصَّيْرَفِيُّ، وَالْقَاضِي أَبُو الطَّيِّبِ الطَّبْرِيُّ، وَالشَّيْخُ أَبُو إِسْحَاقَ الشَّيْرَازِيُّ، وَأَبْنُ الصَّبَّاحِ وَالْمَاورِدِيُّ، وَالرُّوْيَانِيُّ، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: يَقْبَلُ، وَالْأَوَّلُ أَرْجَحُ لِأَنَّهُ وَإِنْ كَانَ عَدْلًا عِنْدَهُ فَرَبَّمَا لَوْ سَمَّاهُ لَكَانَ مَجْرُوحًا عِنْدَ

(١) شرح التبصرة والتذكرة للحافظ العراقي: (١/٣٥٠-٣٥٦).

(٢) إرشاد الفحول ج١ ص١٨١. الإحكام للأمدى ج٢ ص٧٨-٨٣. والكافي شرح البيهقي ج١، ص١٨٣، وتقويم الأدلة للديوس ص١٨٤، وانظر للاستزادة: القواعد والمسائل الحديثية للدكتورة أميرة الصاعدي ١٩١-٢٠٢، واختلاف المحدثين والفقهاء في الحكم على الحديث للدكتور عبد الله شعبان علي ٣٧١-٣٨٦.

غَيْرِهِ، قَالَ الْخَطِيبُ: لَوْ صَرَخَ بِأَنَّ جَمِيعَ شُيُوخِهِ ثَقَاتٌ ثُمَّ رَوَى عَمَّنْ لَمْ يَسْمَعَهُ لَمْ نَعْمَلْ بِرِوَايَتِهِ لِحُجُوزِ أَنْ نَعْرِفَهُ إِذَا ذَكَرَهُ بِخِلَافِ الْعَدَالَةِ قَالَ نَعَمْ لَوْ قَالَ الْعَالِمُ كُلُّ مَا أُرْوِي عَنْهُ وَأَسْمِيهِ فَهُوَ عَدْلٌ رَضِيٌّ مَقْبُولٌ الْحَدِيثُ، كَانَ هَذَا الْقَوْلُ تَحْدِيثًا لِكُلِّ مَنْ رَوَى عَنْهُ وَسَمَّاهُ كَمَا سَبَقَ. انْتَهَى.

وَمِنْ هَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ فِي مَوَاضِعَ كَثِيرَةٍ: حَدَّثَنِي الثَّقَةُ، وَكَذَا كَانَ يَقُولُ مَالِكٌ، وَهَذَا إِذَا لَمْ يَعْرِفْ مَنْ لَمْ يُسَمِّهِ، أَمَا إِذَا عَرَفَ بِقَرِينَةٍ حَالٍ أَوْ مَقَالٍ كَانَ كَالْتَصْرِيحِ بِاسْمِهِ فَيَنْظُرُ فِيهِ^(١).

وقال الأمدى رحمه الله: «[المسألة الأولى مجهول الحال غير مقبول الرواية] المسألة الأولى:

مذهب الشافعي وأحمد بن حنبل وأكثر أهل العلم أن مجهول الحال غير مقبول الرواية، بل لا بُدَّ من خيرة باطنة بحاله ومعرفة سيرته، وكشف سيرته، أو تزكية من عرفت عدالته وتعديله له.

وقال أبو حنيفة وأتباعه: يُكتفى في قبول الرواية بظهور الإسلام والسلامة عن الفسق ظاهراً، وقد احتج النافون بحجج:

الأولى: أن الدليل ينفي قبول خبر الفاسق وهو قوله تعالى: {إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا} غير أننا خالفناه فيمن ظهرت عدالته بالاختيار بمعنى لا وجود له في محل النزاع، وهو ما اقتص به من زيادة ظهور الثقة بقوله، فوجب أن لا يُقبل.

ولقائل أن يقول: الآية إنما دلت على امتناع قبول خبر الفاسق، ومن ظهر إسلامه وسلم من الفسق ظاهراً، لا نسلم أنه فاسق حتى يندرج تحت عموم الآية.

واحتمال وجود الفسق فيه لا يوجب كونه فاسقاً ببديل العدل المتفق على عدالته.

(1) إرشاد الفحول ج ١ ص ١٨١، وشرح التبصرة والتذكرة ج ١ ص ٣٥٠-٣٥٦.

الْحُجَّةُ الثَّانِيَةُ: أَنَّهُ مَجْهُولُ الْحَالِ فَلَا يُقْبَلُ إِخْبَارُهُ فِي الرَّوَايَةِ؛ دَفْعًا لِاحْتِمَالِ مَفْسَدَةِ الْكُذِبِ، كَالشَّهَادَةِ فِي الْعُقُوبَاتِ.

وَلِقَائِلِ أَنْ يَقُولَ: وَإِنْ كَانَ احْتِمَالُ الْكُذِبِ قَائِمًا (ظَاهِرًا)، غَيْرَ أَنْ احْتِمَالِ الصِّدْقِ مَعَ ظُهُورِ الْإِسْلَامِ وَالسَّلَامَةِ مِنَ الْفِسْقِ ظَاهِرًا أَظْهَرَ مِنْ احْتِمَالِ الْكُذِبِ.

وَمَعَ ذَلِكَ، فَاحْتِمَالُ الْقَبُولِ يَكُونُ أَوْلَى مِنْ احْتِمَالِ الرَّدِّ، وَلَا يُمَكِّنُ الْقِيَاسُ عَلَى الشَّهَادَةِ؛ لِأَنَّ الْبَاحْتِيَاطَ فِي بَابِ الشَّهَادَةِ أَتَمُّ مِنْهُ فِي بَابِ الرَّوَايَةِ.

وَلِهَذَا كَانَ الْعَدَدُ وَالْحَرْبَةُ مُشْتَرَطًا فِي الشَّهَادَةِ دُونَ الرَّوَايَةِ، وَمُتَعَبِّدًا فِيهَا بِأَفْظٍ خَاصَّةٍ غَيْرِ مُعْتَبَرَةٍ فِي الرَّوَايَةِ، حَتَّى إِنَّهُ لَوْ قَالَ " أَعْلَمُ " بَدَلَ قَوْلِهِ " أَشْهَدُ " لَمْ يَكُنْ مَقْبُولًا.

وَعَلَى هَذَا، فَلَا يَلْزَمُ مِنْ اشْتِرَاطِ ظُهُورِ الْعَدَالَةِ فِي الشَّهَادَةِ بِالْخَيْرَةِ الْبَاطِنَةِ اشْتِرَاطُ ذَلِكَ فِي الرَّوَايَةِ.

الْحُجَّةُ الثَّلَاثَةُ: قَالُوا: أَجْمَعْنَا عَلَى أَنَّ الْعَدَالََةَ شَرْطٌ فِي قَبُولِ الرَّوَايَةِ عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وَعَلَى أَنَّ بُلُوغَ رُتْبَةِ الْجَاهِدِ فِي الْفِقْهِ شَرْطٌ فِي قَبُولِ الْفَنَوَى، فَإِذَا لَمْ يَظْهَرْ حَالُ الرَّاويِ بِالِاخْتِيَارِ، فَلَا تُقْبَلُ أَخْبَارُهُ دَفْعًا لِلْمَفْسَدَةِ اللَّازِمَةِ مِنْ فَوَاتِ الشَّرْطِ كَمَا إِذَا لَمْ يَظْهَرْ بِالِاخْتِيَارِ بُلُوغُ الْمُقْتِي رُتْبَةَ الْجَاهِدِ فَإِنَّهُ لَا يَجِبُ عَلَى الْمُقْلِدِ اتِّبَاعَهُ إِجْمَاعًا.

وَلِقَائِلِ أَنْ يَقُولَ: الْمُجْمَعُ عَلَى اشْتِرَاطِهِ فِي الرَّوَايَةِ الْعَدَالََةَ بِمَعْنَى ظُهُورِ الْإِسْلَامِ وَالسَّلَامَةِ مِنَ الْفِسْقِ ظَاهِرًا، أَوْ بِمَعْنَى آخَرَ، وَالْأَوَّلُ مُسَلَّمٌ، غَيْرَ أَنْ مَا هُوَ الشَّرْطُ مُتَحَقِّقٌ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ، وَالثَّانِي مَمْنُوعٌ.

كَيْفَ وَإِنَّ مَا ذَكَرْتُمُوهُ مِنَ الْوَصْفِ الْجَامِعِ غَيْرُ مُنَاسِبٍ لِمَا سَبَقَ فِي الْحُجَّةِ الْمُتَقَدِّمَةِ، وَبِتَقْدِيرِ ظُهُورِ مُنَاسَبَةِ الْوَصْفِ الْجَامِعِ، فَالِاخْتِيَارُ بِالْمُقْتِي غَيْرُ مُمَكِّنٍ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ بُلُوغَ رُتْبَةِ الْجَاهِدِ أْبْعَدُ فِي الْحُصُولِ مِنْ حُصُولِ صِفَةِ الْعَدَالَةِ.

وَلِهَذَا كَانَتْ الْعَدَالَةُ أَغْلَبَ وَتَوْعَا مِنْ رُبْنَةِ الْجَاهِدِ فِي الْأَحْكَامِ الشَّرْعِيَّةِ، وَعِنْدَ ذَلِكَ فَاحْتِمَالُ عَدَمِ صِفَةِ الْجَاهِدِ يَكُونُ أَغْلَبَ مِنْ عَدَمِ صِفَةِ الْعَدَالَةِ، فَلَا يَلْزَمُ مِنْ عَدَمِ قَبُولِ قَوْلِ الْمُفْتِي مَعَ الْجَهْلِ بِحَالِهِ الْقَبُولُ بِعَدَمِ قَوْلِ الرَّاوي مَعَ الْجَهْلِ بِحَالِهِ.

الْحُجَّةُ الرَّابِعَةُ: أَنَّ عَدَمَ الْفُسْقِ شَرْطٌ فِي قَبُولِ الرَّوَايَةِ، فَاعْتَبِرَ فِيهِ الْخَيْرَةُ الْبَاطِنِيَّةُ مُبَالَعَةً فِي دَفْعِ الضَّرَرِ، كَمَا فِي عَدَمِ الصَّبِيِّ وَالرَّقِّ وَالْكَفْرِ فِي قَبُولِ الشَّهَادَةِ.

وَلِقَائِلِ أَنْ يَقُولَ مَا ذَكَرْتُمُوهُ مِنَ الْوَصْفِ الْجَامِعِ غَيْرُ مُنَاسِبٍ لِمَا سَبَقَ تَقْرِيرُهُ فِي الْحُجَّةِ الثَّانِيَةِ، وَبِتَقْدِيرِ مُنَاسِبَتِهِ فَالْقِيَاسُ عَلَى الشَّهَادَةِ غَيْرُ مُمَكِّنٍ لِمَا تَقَدَّمَ. الْحُجَّةُ الْخَامِسَةُ: قَالُوا: رَدُّ عُمَرَ رَوَايَةَ فَاطِمَةَ بِنْتِ قَيْسٍ لَمَّا كَانَتْ مَجْهُولَةَ الْحَالِ، وَعَلِيٌّ عَلَيْهِ السَّلَامُ رَدُّ قَوْلِ الْأَشْجَعِيِّ فِي الْمُفَوَّضَةِ، وَاشْتَهَرَ ذَلِكَ فِيمَا بَيْنَ الصَّحَابَةِ، وَلَمْ يُنْكَرْهُ مُنْكَرٌ فَكَانَ إِجْمَاعًا.

وَلِقَائِلِ أَنْ يَقُولَ: أَمَّا رَدُّ عُمَرَ لِخَبَرِ فَاطِمَةَ إِنَّمَا كَانَ لِأَنَّهُ لَمْ يَظْهَرْ لَهُ صِدْقُهَا وَلِهَذَا قَالَ: كَيْفَ نَقْبَلُ قَوْلَ امْرَأَةٍ لَا نَدْرِي أَصْدَقَتْ أَمْ كَذَبَتْ.

وَمَا نَحْنُ فِيهِ لَيْسَ كَذَلِكَ، فَإِنَّ مَنْ ظَهَرَ إِسْلَامُهُ وَسَلَامَتُهُ مِنَ الْفُسْقِ ظَاهِرًا، فَاحْتِمَالُ صِدْقِهِ لَأَمْحَالَةً أَظْهَرَ مِنْ احْتِمَالِ كُذْبِهِ.

وَأَمَّا رَدُّ عَلِيٍّ عَلَيْهِ السَّلَامُ لِخَبَرِ الْأَشْجَعِيِّ فَإِنَّمَا كَانَ أَيْضًا لِعَدَمِ ظُهُورِ صِدْقِهِ عِنْدَهُ؛ وَلِهَذَا وَصَفَهُ بِكَوْنِهِ بَوَّالًا عَلَى عَقِيْبَتِهِ؛ أَي: غَيْرِ مُحْتَرِزٍ فِي أُمُورِ دِينِهِ. وَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ كَذَلِكَ، وَإِلَّا كَانَ مُخَالَفًا لِقَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «نَحْنُ نَحْكُمُ بِالظَّاهِرِ، وَاللَّهُ يَتَوَلَّى السَّرَائِرَ».

وَالْمُعْتَمَدُ فِي الْمَسْأَلَةِ أَنَا نَقُولُ: الْقَوْلُ بِوُجُوبِ قَبُولِ رَوَايَةِ مَجْهُولِ الْحَالِ يَسْتَدْعِي دَلِيلًا، وَالْأَصْلُ عَدَمُ ذَلِكَ الدَّلِيلِ، وَالْمَسْأَلَةُ اجْتِهَادِيَّةٌ ظَنِّيَّةٌ، فَكَانَ ذَلِكَ كَافِيًا فِيهَا.

فَإِنْ قِيلَ: بَيَانُ وُجُودِ الدَّلِيلِ مِنْ جِهَةِ النَّصِّ وَالْإِجْمَاعِ وَالْمَعْقُولِ.

أَمَّا النَّصُّ فَمِنْ جِهَةِ الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ، أَمَّا الْكِتَابُ فَقَوْلُهُ تَعَالَى: {إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا} أَمْرٌ بِالتَّبَيُّتِ مَشْرُوطًا بِالفِسْقِ فَمَا لَمْ يَظْهَرَ الفِسْقُ لَمْ يَجِبِ التَّبَيُّتُ فِيهِ.

وَأَمَّا السُّنَّةُ فَمِنْ وَجْهَيْنِ؛ الْأَوَّلُ: قَوْلُهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ: " «إِنَّمَا أَحْكُمُ بِالظَّاهِرِ، وَاللَّهُ يَتَوَلَّى السَّرَائِرَ» " وَمَا نَحْنُ فِيهِ فَالظَّاهِرُ مِنْ حَالِهِ الصِّدْقُ، فَكَانَ دَاخِلًا تَحْتَ عُمُومِ الْخَبَرِ. الثَّانِي: أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَمَّا جَاءَهُ الْأَعْرَابِيُّ، وَقَالَ: (أَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ) وَشَهِدَ بِرُؤْيَا الْهَلَالِ عِنْدَهُ، قَبْلَ شَهَادَتِهِ، وَأَمَرَ بِالنِّدَاءِ بِالصَّوْمِ لَمَّا تَبَيَّنَتْ عِنْدَهُ إِسْلَامُهُ وَلَمْ يَعْلَمْ مِنْهُ مَا يُوجِبُ فِسْقًا، فَالرَّوَايَةُ أَوْلَى.

وَأَمَّا الْجَمَاعُ فَهُوَ أَنَّ الصَّحَابَةَ كَانُوا مُتَّقِينَ عَلَى قَبُولِ أَقْوَالِ الْعَبِيدِ وَالنَّسْوَانِ وَالْأَعْرَابِ الْمَجَاهِلِ لَمَّا ظَهَرَ إِسْلَامُهُمْ وَسَلَامَتُهُمْ مِنَ الفِسْقِ ظَاهِرًا.

وَأَمَّا الْمَعْقُولُ فَمِنْ وَجْهَيْنِ؛ الْأَوَّلُ: أَنَّ الرَّاوِيَّ مُسْلِمًا لَمْ يَظْهَرَ مِنْهُ فِسْقٌ، فَكَانَ خَبْرُهُ مَقْبُولًا كَأَخْبَارِهِ بِكَوْنِ اللَّحْمِ (لَحْمًا) مُذَكِّيًّا، وَكَوْنِ الْمَاءِ طَاهِرًا أَوْ نَجِسًا، وَكَوْنِ الْجَارِيَةِ الْمَبِيْعَةِ رَقِيْقَةً، وَكَوْنِهِ مُنْطَهَرًا عَنِ الْحَدَثَيْنِ؛ حَتَّى يَصِيحَ الْإِقْتِدَاءُ بِهِ، وَنَحْوِهِ.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ لَوْ أُسْلِمَ كَافِرٌ، وَرَوَى عَقِيْبَ إِسْلَامِهِ خَبْرًا مِنْ غَيْرِ مُهْلَةٍ، فَمَعَ ظُهُورِ إِسْلَامِهِ وَعَدَمِ وُجُودِ مَا يُوجِبُ فِسْقَهُ بَعْدَ إِسْلَامِهِ، يَمْتَنِعُ رَدُّ رِوَايَتِهِ، وَإِذَا قُبِلَتْ رِوَايَتُهُ حَالَ إِسْلَامِهِ، فَطُولُ مُدَّتِهِ فِي الْإِسْلَامِ أَوْلَى أَنْ لَا تُوجِبَ رَدَّهُ.

وَالْجَوَابُ عَنِ الْآيَةِ أَنَّ الْعَمَلَ بِمُوجِبِهَا نَفْيًا وَإِثْبَاتًا مُتَوَقَّفٌ عَلَى مَعْرِفَةِ كَوْنِهِ فَاسِقًا أَوْ لَيْسَ فَاسِقًا، لَا عَلَى عَدَمِ عِلْمِنَا بِفِسْقِهِ، وَذَلِكَ لَا يَتِمُّ دُونَ الْبَحْثِ وَالْكَشْفِ عَنِ حَالِهِ.

وَعَنِ الْخَبَرِ الْأَوَّلِ، مِنْ ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ:

الْأَوَّلُ: أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، أَضَافَ الْحُكْمَ بِالظَّاهِرِ إِلَى نَفْسِهِ، وَلَا يَلْزَمُ مِثْلَهُ فِي حَقِّ غَيْرِهِ إِلَّا بِطَرِيقِ الْقِيَاسِ عَلَيْهِ، لَا بِنَفْسِ النَّصِّ الْمَذْكُورِ، وَالْقِيَاسُ عَلَيْهِ مُمْتَنِعٌ؛ لِأَنَّ مَا لِلنَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، مِنَ الْإِطْلَاعِ

وَالْمَعْرِفَةَ بِأَحْوَالِ الْمُخْبِرِ لِصَفَاءِ جَوْهَرِ نَفْسِهِ وَاخْتِصَاصِهِ عَنِ الْخَلْقِ بِمَعْرِفَةِ مَا لَا يَعْرِفُهُ أَحَدٌ مِنْهُمْ مِنَ الْأُمُورِ الْغَيْبِيَّةِ، غَيْرُ مُتَحَقِّقٍ فِي حَقِّ غَيْرِهِ .
الثَّانِي: أَنَّهُ رَتَّبَ الْحُكْمَ عَلَى الظَّاهِرِ، وَذَلِكَ وَإِنْ كَانَ يَدُلُّ عَلَى كَوْنِهِ عِلَّةً لِقَبُولِهِ وَالْعَمَلِ بِهِ، فَتَخَلَّفَ الْحُكْمُ عَنْهُ فِي الشَّهَادَةِ عَلَى الْعُقُوبَاتِ وَالْفُتُوى يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَيْسَ بِعِلَّةٍ.

الثَّلَاثُ، الْمُعَارَضَةُ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: {إِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا} وَلَيْسَ الْعَمَلُ بِعُمُومِ أَحَدِ النَّصِّينِ وَتَأْوِيلِ الْآخِرِ أَوْلَى مِنَ الْآخِرِ، بَلِ الْعَمَلُ بِالْآيَةِ أَوْلَى؛ لِأَنَّهَا مُتَوَاتِرَةٌ وَمَا ذَكَرُوهُ أَحَادًا.

وَعَنِ الْخَيْرِ الثَّانِي: لَا نُسَلِّمُ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، لَمْ يَعْلَمْ مِنْ حَالِ الْأَعْرَابِيِّ سِوَى الْإِسْلَامِ.

وَعَنِ الْجَمَاعِ، لَا نُسَلِّمُ أَنَّ الصَّحَابَةَ قَبَلُوا رِوَايَةَ أَحَدٍ مِنَ الْمَجَاهِيلِ فِيمَا يَتَعَلَّقُ بِأَخْبَارِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ.

وَلِهَذَا، رَكُّوا رِوَايَةَ مَنْ جَهَلُوهُ كَرَدُّ عُمَرَ شَهَادَةَ فَاطِمَةَ بِنْتِ قَيْسٍ، وَرَدَّ عَلِيٌّ شَهَادَةَ الْأَعْرَابِيِّ.

وَعَنِ الْوَجْهِ الْأَوَّلِ مِنَ الْمَعْقُولِ بِالْفَرْقِ بَيْنَ صُورِ الْإِسْتِشْهَادِ وَمَحَلِّ النَّزَاعِ. وَذَلِكَ مِنْ وَجْهَيْنِ؛ الْأَوَّلُ: أَنَّ الرِّوَايَةَ عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَعْلَى رُتْبَةً وَأَشْرَفُ مَنْصِبًا مِنَ الْإِخْبَارِ فِيمَا ذَكَرُوهُ مِنَ الصُّورِ، فَلَا يُلْزَمُ مِنَ الْقَبُولِ مَعَ الْجَهْلِ بِحَالِ الرَّاويِ فِيمَا هُوَ أَذْنَى الرُّتْبَتَيْنِ قَبُولُهُ فِي أَعْلَاهِمَا.

الثَّانِي: أَنَّ الْإِخْبَارَ فِيمَا ذَكَرُوهُ مِنَ الصُّورِ مَقْبُولٌ مَعَ ظُهُورِ الْفِسْقِ، وَلَا كَذَلِكَ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ.

وَعَنِ الْوَجْهِ الثَّانِي: مِنَ الْمَعْقُولِ بِمَنْعِ قَبُولِ رِوَايَتِهِ دُونَ الْخَيْرَةِ بِحَالِهِ، لِاحْتِمَالِ أَنْ يَكُونَ كَذُوبًا، وَهُوَ بَاقٍ عَلَى طَبْعِهِ.

وَإِنْ قُلْنَا: رِوَايَتُهُ فِي مَبْدَأِ إِسْلَامِهِ، فَلَا يُلْزَمُ ذَلِكَ فِي حَالَةِ دَوَامِهِ، لِمَا بَيْنَ ابْتِدَاءِ الْإِسْلَامِ وَدَوَامِهِ مِنْ رِقَّةِ الْقَلْبِ، وَشِدَّةِ الْأَخْذِ بِمُوجِبَاتِهِ، وَالْحِرْصِ عَلَى امْتِثَالِ

مَأْمُورَاتِهِ، وَاجْتِنَابِ مَنْهِيَّاتِهِ عَلَى مَا يَشْهَدُ بِهِ الْعُرْفُ وَالْعَادَةُ فِي حَقِّ كُلِّ مَنْ دَخَلَ فِي أَمْرِ مَحْبُوبٍ وَالتَّرَمَّةِ، فَإِنَّ غَرَامَهُ بِهِ فِي الْبَابِئِدَاءِ يَكُونُ أَشَدَّ مِنْهُ فِي دَوَامِهِ" (1).

القول الثاني: أن رواية مجهول العين مقبولة في حال ظهور الإسلام فيه، وسلامته من الفسق ظاهراً، وهو رأي الحنفية؛ قال الحسين السعفاي الحنفي رحمه الله في الكافي شرح البردوي:

"(وقدموا رواية المجهول) المراد من المجهول هو المجهول في الرواية بأن لم يُعرف في رواية الحديث إلا بحديث أو حديثين.

وذكر في ((شمائل النبي عليه السلام)): أن ابن أبي طارق لم يرو إلا حديثاً واحداً. وكذلك حطان السدي. وذكر في الكتاب من جملتهم معقل بن سنان.

فكان معنى قوله: ((وقدموا رواية المجهول على القياس))، أي قدم أصحابنا رواية المجهول على القياس، حتى قدموا رواية معقل بن سنان في قدم أصحابنا رواية المجهول على القياس، حتى قدموا رواية معقل بن سنان في وجوب مهر المثل في مسألة المفوضة التي مات عنها زوجها قبل الدخول على القياس، وهي في حديث بروع بنت واشق الأشجعية على ما يأتي بيانه في باب خبر الواحد في السنة - إن شاء الله تعالى - (2)؛ قال الدبوس رحمه الله في تقويم الأدلة:

"وأما المجهول فخبيره حجة إن نقل عنه السلف، وعملوا به لما ذكرنا في الباب الأول.

(1) الإحكام للأمدي ج ٢ ص ٧٨-٨٣.

(2) الكافي شرح البردوي ج ١ ص ١٨٣، المؤلف: الحسين بن علي بن حجاج بن علي، حسام الدين السعفاي (المتوفى: ٧١١ هـ)، المحقق: فخر الدين سيد محمد قانت (رسالة دكتوراه)، الناشر: مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، الطبعة: الأولى، ١٤٢٢ هـ - ٢٠٠١ م.

وكذلك إن سكتوا عن الرد وإن لم يظهر العمل به لأن النقل للعمل به في الأصل، ولو كان مما لا يجوز العمل به في الأصل لما كان يحل لهم السكوت عن بيانه والوقت وقت الحاجة إليه.

فأما قبل الظهور فيعمل به إن وافق القياس ولا يعمل به إن خالف لأنه في الرتبة دون أبي هريرة بكثير، بدليل ما روي أن معقل بن يسار روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في بروع بنت واشق الأشجعية بمثل قضاء عبد الله بن مسعود رضي الله عنه بمهر المثل لامرأة كان مات عنها زوجها قبل الدخول بها ولم يكن سمى لها مهراً، فسر عبد الله بذلك وقبله لما وافق رأيه، ورده علي رضي الله عنه لما خالف رأيه.

فإن قيل: كيف تقبل روايته وهو مجهول لم تظهر عدالته ولا ضبطه؟ قلنا: رواية المشهور بالعدالة عنه من غير رد عليه تعديل إياه، ولأن الأصل في العقلاء العدالة والضبط حتى يثبت غيره من واحد على الخصوص أو الجنس على العموم فيصير كل واحد منهم متهماً به وهذا المجهول ما عرف بذلك على الخصوص، وكان من قرن كان الغالب عليهم العدالة والضبط، وهو قرن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعلى هذا أمر التابعين والصالحين على ما قال النبي صلى الله عليه وسلم: "خير الناس رهنبي الذين أنا فيهم ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يفسحوا الكذب" فأما اليوم فرواية المجهول لا تقبل حتى تظهر عدالته لغلبة الفسق.

وعلى هذا تأويل قول أبي حنيفة رضي الله عنه في الشاهد أنه يقضى به قبل التعديل، لأنه كان في القرن الثالث.

على أن الخبر المحتمل للكذب والصدق لا يكون باطلاً بل يجب التثبت فيه ليتبين، فإذا وافق القياس ترجحت جهة صدقه فيكون حجة من الكل.

ويحتمل أن يقال: أن خبر المشهور حجة ما لم يخالف القياس، وخبر المجهول مردود ما لم يؤيد بالقياس ليقع الفرق بين الذي ظهرت عدالته

والذي لم يظهر ليكون رد العدل لعارض تهمة وقبول غير العدل بعارض دليل.

قال عيسى بن أبان في حديث عمر رضي الله عنه حين روت فاطمة بنت قيس أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يقض لها بنفقة ولا سكنى - وكانت طلبت النفقة في العدة عن طلاق بائن - قال عمر رضي الله عنه: لا ندع كتاب ربنا ولا سنة نبينا بقول امرأة، لا ندري أصدقت أم كذبت، أحفظت أم نسيت؟ أنه أراد بالكتاب والسنة القول بالقياس فإنه ثابت بالكتاب والسنة على ما نذكر، إذ لو كان عنده خبر يخالفه لروي، ولكان أيضاً يشتغل بالتاريخ ليعمل بأخرهما، وقد قبل هذا الحديث من وافق قياسه هذا الخبر.

فإن قيل: عمر رضي الله عنه إنما رد حديثها بتهمة الكذب والنسيان وبهما يرد كل خبر وإن وافق القياس!

قلنا: لو أراد به ذلك لقال: لا نقبل، ولما قال: لا ندع كتاب ربنا، فلما ذكر الكتاب - والمراد به القياس - علم أنه رد بسبب مخالفة القياس. ولأنه قال: لا ندري هذا من هذا، وهذا حكم الجهالة بحالها لا حكم العمل بالكذب، والله أعلم⁽¹⁾.

(تقويم الأهلّة في أصول الفقه ص ١٨٤، المؤلف: أبو زيد عبد الله بن عمر بن عيسى التّبوّسيّ الحنفيّ 1 (المتوفى: ٤٣٠هـ)، المحقق: خليل محيي الدين الميس، الناشر: دار الكتب العلميّة، الطبعة: الأولى، ١٤٢١هـ - ٢٠٠١م.

أثر الاختلاف في المسألة الخامسة

مسألة مجهول العين ومجهول الحال

يظهر أثر الاختلاف في هذه المسألة في حكم الأضحية المبني على حديث أبي رملة وهو⁽¹⁾:

روى أحمد وأبو داود وغيرهما عن ابن عون، عن أبي رملة، قال: حدثنا مخنف بن سليم، قال: ونحن مع النبي صلى الله عليه وسلم وهو واقف بعرفات، فقال: 'يا أيها الناس، إن على كل أهل بيت، - أو على كل أهل بيت - في كل عام أضحية وعتيرة'⁽²⁾، وهذا إسناد ضعيف لجهالة أبي رملة، واسمه عامر؛ قال الخطابي: (هذا الحديث ضعيف المخرج، وأبو رملة مجهول)⁽³⁾

فمدار الحديث على أبي رملة فهو مجهول العين، وعليه؛ فعلى القول الذي يرى أن رواية مجهول العين مردودة، فلن يأخذ بالحديث، ولن يوجب الأضحية كل عام. وهذا هو رأي جمهور الفقهاء، ومنهم الشافعية⁽⁴⁾ والحنابلة⁽⁵⁾، وهو أرجح القولين عند مالك⁽⁶⁾، وإحدى روايتين عن أبي يوسف إلى أن الأضحية سنة مؤكدة. وهذا قول أبي بكر وعمر وبلال وأبي مسعود البذري وسويد بن غفلة وسعيد بن المسيب وعطاء وعلقمة والأسود وإسحاق وأبي ثور وابن المنذر.

-
- (1) انظر للاستزادة: القواعد والمسائل الحديثية للدكتورة أميرة الصاعدي ٢٠٣-٢٠٥.
 - (2) مسند أحمد ج٢٩ ص٤١٩ رقم ١٧٨٨٩، وأبو داود ج٣ ص٩٣ رقم ٢٧٨٨ كتاب الضحايا - باب ما جاء في إيجاب الأضاحي.
 - (3) معالم السنن، وهو شرح سنن أبي داود ج٢ ص٢٢٦، المؤلف: أبو سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب البستي المعروف بالخطابي (المتوفى: ٣٨٨هـ)، الناشر: المطبعة العلمية - حلب، الطبعة: الأولى ١٣٥١ هـ - ١٩٣٢ م.
 - (4) بحر المذهب (في فروع المذهب الشافعي) ج٤ ص١٢٠، المؤلف: الروياتي، أبو المحاسن عبد الواحد بن إسماعيل (ت ٥٠٢ هـ، المحقق: طارق فتحي السيد دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى، ٢٠٠٩ م.
 - (5) كشف القناع ج٣ ص٢١.
 - (6) مواهب الجليل ج٣ ص٢٣٨.

المسألة السادسة: الموقوف الذي له حكم الرفع:

أولاً: تصوير المسألة: بحث الأصوليون قضية الاحتجاج بقول الصحابي، فقرر بعض الأصوليين حجية قول الصحابي وصلاحيه الاستدلال به على إثبات الأحكام الشرعية، ولم يكن للمحدثين بحث في حجية قول الصحابي لكون هذا المبحث مما خُصَّ لِنَظَرِ الْأَصُولِيِّ وَالْفَقِيهِ، إلا أن الأصوليين والمحدثين اشتركوا في بحث قول الصحابي الذي له حكم الرفع، ما مقومات هذا القول، وما شروطه، وما أحكامه؟

ولهذه المسألة تعلق بأدلة الأحكام؛ فإن قول الصحابي الذي له حكم الرفع معدود من أدلة السنة النبوية المعتبرة في الاستدلال الفقهي.

ثانياً: نص التبصرة والتذكرة:

١١٦. وَمَا أَتَى عَنْ صَاحِبٍ بِحَيْثُ لَا *** يُقَالُ رَأْيًا حُكْمُهُ الرَّفْعُ عَلَى

١١٧. مَا قَالَ فِي الْمَحْصُولِ نَحْوُ مَنْ أَتَى *** فَالْحَاكِمُ الرَّفْعُ لِهَذَا أُثْبِتْنَا

ثالثاً: نص شرح التبصرة والتذكرة:

"أي وما جاء عن صحابي موقوفاً عليه، ومثله لا يقال من قبل الرأي حكمه حكم المرفوع كما قال الإمام فخر الدين في المحصول فقال: إذا قال الصحابي قولاً، ليس للاجتهاد فيه مجال فهو محمول على السماع تحسناً للظن به.

وقوله نحو من أتى، أي كقول ابن مسعود من أتى ساحراً، أو عرفاً، فقد كفر بما أنزل على محمد - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -، ترجم عليه الحاكم في علوم الحديث معرفة المسانيد التي لا يذكر سندها عن رسول الله - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قال ومثال ذلك، فذكر ثلاثة أحاديث، هذا أحدها وما قاله في المحصول موجود في كلام غير واحد من الأئمة، كأبي عمر بن عبد البر، وغيره وقد أدخل ابن عبد البر في كتابه التقصي عدة أحاديث، ذكرها مالك في الموطأ موقوفة مع أن موضوع الكتاب لما في الموطأ من الأحاديث

المرفوعة، منها حديث سهل بن أبي حنمة في صلاة الخوف وقال في التمهيد هذا الحديث موقوف على سهل في الموطأ عند جماعة الرواة عن مالك - قال - ومثله لا يقال من جهة الرأي، وكثيراً ما شنع ابن حزم في المحلى على القائلين بهذا، فيقول عهدناهم يقولون لا يقال مثل هذا من قبل الرأي ولإنكاره وجه؛ فإنه وإن كان لا يقال مثله من جهة الرأي، فلعل بعض ذلك سمعه ذلك الصحابي من أهل الكتاب وقد سمع جماعة من الصحابة من كعب الأحمري، ورووا عنه كما سيأتي، منهم العبادلة، وقد قال - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - حدثوا عن بني إسرائيل، ولا حرج⁽¹⁾.

رابعاً: رأي الأصوليين مقارناً برأي المحدثين:

اتفق الأصوليون على أن قول الصحابي الذي ليس للرأي مجال فيه حجة إذا تحققت فيه شروط الصحة، فما كان من الغيبات كأشراط الساعة مثلاً، فهو حجة، وهو رأي المحدثين كذلك؛ قال الشوكاني رحمه الله في إرشاد الفحول:

"الفائدة الأولى: في قول الصحابي:

اعلم: أنهم قد اتفقوا على أن قول الصحابي في مسائل الجهاد ليس بحجة على صحابي آخر، وممن نقل هذا الاتفاق القاضي أبو بكر، والامدي، وابن الحاجب، وغيرهم.

واختلفوا هل يكون حجة على من بعد الصحابة من التابعين، ومن بعدهم، على أقوال:

الأول: أنه ليس بحجة مطلقاً، وإليه ذهب الجمهور.

الثاني: أنه حجة شرعية، مقدمة على القياس، وبه قال أكثر الحنفية، ونقل عن مالك، وهو قديم قول الشافعي.

الثالث: أنه حجة إذا انضم إليه القياس، فيقدم حينئذ على قياس ليس معه قول صحابي، وهو ظاهر قول الشافعي في "الرسالة".

(1) شرح التبصرة والتذكرة للحافظ العراقي: (١٩٨/١-٢٠٠).

قَالَ: وَأَقْوَالِ الصَّحَابَةِ إِذَا تَفَرَّقَا نَصِيرٌ مِنْهَا إِلَى مَا وَافَقَ الْكِتَابَ، أَوْ السَّنَةَ، أَوْ
الْإِجْمَاعَ، أَوْ كَانَ أَصَحَّ فِي الْقِيَاسِ، وَإِذَا قَالَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ الْقَوْلَ لَا يُحْقَظُ عَنْ غَيْرِهِ
مِنْهُمْ لَهُ فِيهِ مُوَافَقَةٌ وَلَا مُخَالَفَةٌ، صِرْتُ إِلَى اتِّبَاعِ قَوْلِ وَاحِدِهِمْ إِذَا لَمْ أَجِدْ كِتَابًا، وَلَا
سُنَّةً، وَلَا إِجْمَاعًا، وَلَا شَيْئًا يَحْكُمُ لَهُ بِحُكْمِهِ، أَوْ وَجِدَ مَعَهُ قِيَاسٌ. انْتَهَى.

وَحَكَى الْقَاضِي حُسَيْنٌ، وَغَيْرُهُ مِنْ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ عَنْهُ أَنَّهُ يَرَى فِي الْجَدِيدِ أَنَّ
قَوْلَ الصَّحَابِيِّ حُجَّةٌ، إِذَا عَضَّدَهُ الْقِيَاسُ، وَكَذَا حَكَاهُ عَنْهُ الْقَفَّالُ الشَّاشِيُّ، وَابْنُ
الْقَطَّانِ.

قَالَ الْقَاضِي فِي "التَّقْرِيبِ": إِنَّهُ الَّذِي قَالَهُ الشَّافِعِيُّ فِي الْجَدِيدِ، وَاسْتَقَرَّ عَلَيْهِ مَذْهَبُهُ،
وَحَكَاهُ عَنْهُ الْمُزَنِيُّ، وَابْنُ أَبِي هُرَيْرَةَ.

الرَّابِعُ: أَنَّهُ حُجَّةٌ إِذَا خَالَفَ الْقِيَاسَ؛ لِأَنَّهُ لَا مَحْمَلٌ لَهُ إِلَّا التَّوْقِيفُ، وَذَلِكَ أَنَّ الْقِيَاسَ
وَالْتَّحَكُّمَ فِي دِينِ اللَّهِ بَاطِلٌ، فَيَعْلَمُ أَنَّهُ لَمْ يَفْلِدْ إِلَّا تَوْقِيفًا.

قَالَ ابْنُ بَرَهَانَ فِي "الْوَجِيزِ": وَهَذَا هُوَ الْحَقُّ الْمُبِينُ، قَالَ: وَمَسَائِلُ الْإِمَامِينَ أَبِي
حَنِيْفَةَ، وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ تَدُلُّ عَلَيْهِ. انْتَهَى.

وَلَا يَخْفَاكَ أَنَّ الْكَلَامَ فِي قَوْلِ الصَّحَابِيِّ إِذَا كَانَ مَا قَالَهُ مِنْ مَسَائِلِ الْجَاهِلِيَّاتِ، أَمَا
إِذَا لَمْ يَكُنْ مِنْهَا، وَدَلَّ دَلِيلٌ عَلَى التَّوْقِيفِ، فَلَيْسَ مِمَّا نَحْنُ بِصَدَدِهِ. وَالْحَقُّ: أَنَّهُ
لَيْسَ بِحُجَّةٍ فَإِنَّ اللَّهَ سُبْحَانَهُ لَمْ يَبْعَثْ إِلَى هَذِهِ الْأُمَّةِ إِلَّا نَبِيًّا مُحَمَّدًا صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ
وَسَلَّمَ، وَلَيْسَ لَنَا إِلَّا رَسُولٌ وَاحِدٌ، وَكِتَابٌ وَاحِدٌ، وَجَمِيعُ الْأُمَّةِ مَأْمُورَةٌ بِاتِّبَاعِ كِتَابِهِ،
وَسُنَّةِ نَبِيِّهِ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الصَّحَابَةِ وَبَيْنَ مَنْ بَعْدَهُمْ، فِي ذَلِكَ، فَكُلُّهُمْ مُكَلَّفُونَ
بِالتَّكْلِيفِ الشَّرْعِيِّ، وَبِاتِّبَاعِ الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ، فَمَنْ قَالَ: إِنَّهَا تَقَوْمُ الْحُجَّةِ فِي دِينِ اللَّهِ
عَزَّ وَجَلَّ بِغَيْرِ كِتَابِ اللَّهِ، وَسُنَّةِ رَسُولِهِ، وَمَا يُرْجَعُ إِلَيْهِمَا، فَقَدْ قَالَ فِي دِينِ اللَّهِ
بِمَا لَمْ يَثْبُتْ، وَأَثْبَتَ فِي هَذِهِ الشَّرِيعَةِ الْإِسْلَامِيَّةِ شَرْعًا لَمْ يَأْمُرِ اللَّهُ بِهِ، وَهَذَا أَمْرٌ
عَظِيمٌ، وَقَوْلٌ بِالْبَلْغِ فَعِنَ الْحُكْمِ لِفَرْدٍ أَوْ أَفْرَادٍ مِنْ عِبَادِ اللَّهِ بَانَ قَوْلُهُ، أَوْ أَقْوَالُهُمْ
حُجَّةٌ عَلَى الْمُسْلِمِينَ يَجِبُ عَلَيْهِمُ الْعَمَلُ بِهَا وَتَصْيِيرُ شَرْعًا ثَابِتًا مُتَقَرَّرًا تَعُمُّ بِهِ
الْبُلُوعَى، مِمَّا لَا يُدَانُ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ بِهِ، وَلَا يَحِلُّ لِمُسْلِمٍ الرُّكُوعُ إِلَيْهِ، وَلَا الْعَمَلُ عَلَيْهِ،

فَإِنَّ هَذَا الْمَقَامَ لَمْ يَكُنْ إِلَّا لِرَسُولِ اللَّهِ، الَّذِينَ أُرْسِلَتْهُمْ بِالشَّرَائِعِ إِلَى عِبَادِهِ لَأِغْنِيَهُمْ، وَإِنْ بَلَغَ فَالْعِلْمَ وَالِدِينَ عِظَمَ الْمَنْزِلَةِ أَيْ مَبْلَغِهِ، وَلَمَّا شَكَّ أَنْ مَقَامَ الصُّحْبَةِ مَقَامٌ عَظِيمٌ، وَلَكِنَّ ذَلِكَ فِي الْفَضِيلَةِ، وَالرِّفَاعِ الدَّرَجَةِ، وَعَظَمَةِ الشَّانِ، وَهَذَا مُسَلَّمٌ لَأَنَّ شَكَّ فِيهِ، وَلِهَذَا صَارَ مَدُّ أَحَدِهِمْ لَأَنَّ تَبَلُّغَ إِلَيْهِ مِنْ غَيْرِهِمْ الصَّدَقَةُ بِأَمْثَالِ الْجِبَالِ، وَلَمَّا تَلَاوَزَ بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ جَعْلِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِمَنْزِلَةِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي حُجِّيَةِ قَوْلِهِ، وَالْإِزَامِ النَّاسِ بِاتِّبَاعِهِ، فَإِنَّ ذَلِكَ مِمَّا لَمْ يَأْذَنْ اللَّهُ بِهِ، وَلَمَّا ثَبَّتَ عَنْهُ فِيهِ حَرْفٌ وَاحِدٌ⁽¹⁾. وقال "قوله" وهو ما يروى عن الصحابة من أقوالهم وأفعالهم ولم يتجاوز به إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم [انتهى]، هذا التعريف غير صالح إذ ليس كل ما يروى عن الصحابي من قوله موقوفًا فقد تظهر قرينة تقتضي رفعه لكونه مما لا مجال للاجتهاد فيه وأنه لم يقله إلا توقيفًا كقول عائشة - رضي الله تعالى عنها - فرضت الصلاة ركعتين ركعتين ولهذا احتج الشافعي بمثل هذا في الجبدي وأعطاه حكم المرفوع مع نصه على أن قول الصحابي ليس بحجة.

قال أبو عمرو الداني قد يحكي الصحابي قولًا يوقفه على نفسه فيخرجه أهل الحديث في المسند لامتتاع أن يكون الصحابي قاله إلا بتوقيف كما رواه أبو صالح السمان عن أبي هريرة أنه قال نساء كاسيات عاريات مائلات مميلات فمثل هذا لا يقال بالرأي فيكون من جملة المسند.

وحكى ابن عبد البر إجماعهم على أن قول أبي هريرة - رضي الله تعالى عنه - وقد رأى رجلاً خارجاً من المسجد عند الأذان: "أما هذا فقد عصى أبا القاسم صلى الله عليه وسلم" أنه مسند.

وقال ابن العربي في القبس: "إذا قال الصحابي قولاً يقتضيه القياس فإنه محمول على المسند إلى النبي صلى الله عليه وسلم، ومذهب مالك وأبي حنيفة أنه كالمسند" انتهى.

(1) إرشاد الفحول ج 1 ص 187-188-189.

نعم استثنى بعض الأئمة من ذلك ما إذا كان الصحابي ممن أسلم وكان من علماء أهل الكتاب كسلمان وعبد الله بن سلام فلا يتحقق بالمرفوع لاحتمال أن يكون ميمًا رواه في الكتب السالفة ولما يُناقى الشريعة⁽¹⁾.

أثر الاختلاف المسألة السادسة:

قول الصحابي: "من السنة كذا أو الرواية عنه والقول يرفعه أو ينميه" هل يكون خبراً مرفوعاً؟

يظهر أثر الاختلاف في هذه المسألة في حكم قراءة الفاتحة في صلاة الجنازة⁽²⁾:

ورد حديث عن ابن عباس رضي الله عنه: عن طلحة بن عبد الله بن عوف، قال: صليت خلف ابن عباس - رضي الله عنه - على جنازة، فقرأ بفاتحة الكتاب، فقال: "ليعلموا أنها سنة"⁽³⁾.

فقول الصحابي: "أنها سنة، هو بمعنى قوله: "من السنة"، وعليه فعلى القول الأول الذي رأى أنه حجة، فسيعمل بالحديث ويستتبط منه أن قراءة الفاتحة في صلاة الجنازة سنة. وهذا ما ذهب إليه الشافعية⁽⁴⁾ والحنابلة⁽⁵⁾.

وعلى القول الثاني الذي يرى أنه ليس بمرفوع وإنما هو موقوف، فلن يعمل بالحديث، ولن تكون قراءة الفاتحة في صلاة الجنازة سنة. وهذا ما ذهب إليه ذهب الحنفية⁽⁶⁾ والمالكية⁽⁷⁾.

(1) الإحكام للأمدي ج ٢ ص ٩٧. وانظر عند الأصوليين: إحكام الفصول للباي: (٣٨٦)، نهاية

السؤل للإسنوي: (١٨٧/٣)، شرح الكوكب المنير، لابن النجار الفتحوي: (٤٨٤/٢-٤٨٥).

إرشاد الفحول ج ١ ص ١٨٧-١٨٨-١٨٩، شرح التبصرة والتذكرة، ج ١ ص ١٩٨-٢٠٠. انظر

للاستزادة: القواعد والمسائل الحديثية للدكتورة أميرة الصاعدي ٢١٤-٢٢٠.

(2) انظر للاستزادة: القواعد والمسائل الحديثية للدكتورة أميرة الصاعدي ٢٢٠-٢٢٣.

(3) البخاري ج ٢ ص ٨٩ رقم ١٣٣٥ كتاب الجنائز باب قراءة فاتحة الكتاب على الجنازة.

(4) مغني المحتاج ج ٢ ص ٢٢.

(5) المغني لابن قدامة ج ٢ ص ٣٦٢.

(6) بدائع الصنائع ج ١ ص ٣١٣.

(7) شرح زروق على متن الرسالة لابن أبي زيد القيرواني ج ١ ص ٤٢٧، المؤلف: شهاب الدين أبو

العباس أحمد بن أحمد بن محمد بن عيسى البرنسي الفاسي، المعروف بزروق (المتوفى:

وعلى القول الثالث الذي يرى أنه موقوف، فلن يعمل به كذلك.

المسألة السابعة: زيادة الثقة:

أولاً: تصوير المسألة:

قد يزيد الراوي شيئاً من متن الحديث مع اتحاد المجلس، ورواية غيره عن شيخه، ويكون لهذه الزيادة حالتان:

الحالة الأولى: أن لا تنافي ما رواه غيره من الثقات، فلا إشكال في قبولها.

الحالة الثانية: أن تنافي ما رواه غيره، وهو محل بحث الأصوليين والمحدثين⁽¹⁾.

ثانياً: نص التبصرة والتذكرة:

زِيَادَاتُ الثَّقَاتِ

١٧٨. وَأَقْبَلَ زِيَادَاتِ الثَّقَاتِ مِنْهُمْ *** وَمَنْ سِوَاهُمْ فَعَلَيْهِ الْمُعْظَمُ

١٧٩. وَقِيلَ: لَا، وَقِيلَ: لَا مِنْهُمْ وَقَدْ *** فَسَمَهُ الشَّيْخُ، فَقَالَ: مَا أَنْفَرَدُ

١٨٠. دُونَ الثَّقَاتِ بَقَّةً خَالَفَهُمْ *** فِيهِ صَرِيحاً فَهُوَ رَدٌّ عِنْدَهُمْ

١٨١. أَوْ لَمْ يُخَالِفْ، فَأَقْبَلْنَاهُ وَادَّعَى *** فِيهِ الْخَطِيبُ الْإِتِّفَاقَ مُجْمَعاً

١٨٢. أَوْ خَالَفَ الْإِطْلَاقَ نَحْوُ "جُعِلَتْ *** تَرْبَةُ الْأَرْضِ" فَهِيَ فَرْدٌ نُقِلَتْ

١٨٣. فَالْشَّافِعِيُّ وَأَحْمَدُ احْتِجَّأً بِذَا *** وَالْوَصْلُ وَالْإِرْسَالُ مِنْ ذَا أُخِذَا

١٨٤. لَكِنَّ فِي الْإِرْسَالِ جَرْحاً فَأَقْتَضَى *** تَقْدِيمَهُ وَرَدُّ أَنْ مَقْتَضَى

١٨٥. هَذَا قَبُولُ الْوَصْلِ إِذْ فِيهِ وَفِي *** الْجَرْحِ عِلْمٌ زَائِدٌ لِلْمَقْتَضَى

ثالثاً: نص شرح التبصرة والتذكرة:

"مَعْرِفَةُ زِيَادَاتِ الثَّقَاتِ مِنْ لَطِيفٍ، يُسْتَحْسَنُ الْعِنَايَةَ بِهِ. وَقَدْ كَانَ الْفَقِيهُ أَبُو بَكْرٍ عَبْدَ اللَّهِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ زِيَادِ النَّيْسَابُورِيِّ مُشْهُوراً بِمَعْرِفَةِ ذَلِكَ. قَالَ الْحَاكِمُ: كَانَ

٨٩٩هـ، أعتنى به: أحمد فريد المزبدي دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان الطبعة: الأولى،

١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦.

(1) انظر للاستزادة: اختلاف المحدثين والفقهاء في الحكم على الحديث للكاتب عبد الله شعبان علي ٢٩٩-٣١٤.

يعرف زيادات الألفاظ في المتن، وكذلك أبو الوليد حسّان بن محمد القرشي النيسابوري. تلميذ ابن سريج وغير واحد من الأئمة.

واختلف في زيادة الثقة على أقوال:

فذهب الجمهور من الفقهاء وأصحاب الحديث، كما حكاه الخطيب عنهم، إلى قبولها سواء تعلق بها حكم شرعي أم لا. وسواء غيرت الحكم الثابت، أم لا، وسواء أوجب نقصاً من أحكام ثبتت بخبر ليست فيه تلك الزيادة أم لا. وسواء كان ذلك من شخص واحد بأن رواه مرة ناقصاً، ومرة بتلك الزيادة، أو كانت الزيادة من غير من رواه ناقصاً. وهذا معنى قولي: (ومن سواهم) أي: ومن سوى من زادها بشرط كونه ثقة؛ لأن الفصل معقود لزيادة الثقة، لا أن المراد: ومن سوى الثقات. وقد ادعى ابن طاهر الاتفاق على هذا القول عند أهل الحديث، فقال في "مسألة الانتصار": لا خلاف تجده بين أهل الصنعة أن الزيادة من الثقة مقبولة انتهى. وشرط أبو بكر الصيرفي من الشافعية وكذلك الخطيب في قبول الزيادة كون من رواها حافظاً. وشرط ابن الصبّاغ في "العدة" منهم، ألا يكون من نقل الزيادة واحداً، ومن رواه ناقصاً جماعة لا يجوز عليهم الوهم، فإن كان كذلك سقطت الزيادة وقال ذلك فيما إذا رويها عن مجلس واحد، فإن رويها عن مجلسين كانا خبرين وعمل بهما. والقول الثاني: أنها لا تقبل مطلقاً لا ممن رواه ناقصاً ولا من غيره حكى ذلك عن قوم من أصحاب الحديث فيما ذكره الخطيب في "الكفاية" وابن الصبّاغ في "العدة".

والقول الثالث: أنها لا تقبل ممن رواه ناقصاً، وتقبل من غيره من الثقات، حكاه الخطيب عن فرقة من الشافعية. وهو المراد بقولي: (وقيل: لا منهم) أي: لا يقبل ممن رواه ناقصاً، ثم رواه بتلك الزيادة، أو رواه بالزيادة، ثم رواه ناقصاً. وذكر ابن الصبّاغ في "العدة" فيما إذا روى الواحد خبراً، ثم رواه بعد ذلك بزيادة، فإن ذكر أنه سمع كل واحد من الخبرين في مجلسين،

قُبِلَتِ الزيادةُ، وإنْ عَزَى ذَلِكَ إِلَى مَجْلِسٍ وَاحِدٍ وَتَكَرَّرَتْ رِوَايَتُهُ بِغَيْرِ زِيَادَةٍ ثُمَّ رَوَى الزيادةَ. فَإِنَّ قَالَ: كُنْتُ أَنْسَيْتُ هَذِهِ الزيادةَ قُبِلَ مِنْهُ، وَإِنْ لَمْ يَقُلْ ذَلِكَ وَجِبَ التَّوَقُّفُ فِي الزيادةِ.

وَفِي الْمَسْأَلَةِ قَوْلُ رَابِعٍ: أَنَّهُ إِنْ كَانَتِ الزيادةُ مَغْيِرَةً لِلإِعْرَابِ، كَانَ الْخَبْرَانِ مُتَعَارِضَيْنِ، وَإِنْ لَمْ تُغَيِّرِ الإِعْرَابَ قُبِلَتْ. حَكَاهُ ابْنُ الصَّبَّاحِ عَنْ بَعْضِ الْمُتَكَلِّمِينَ.

وَفِيهَا قَوْلُ خَامِسٍ: أَنَّهُ لَا تَقْبَلُ إِلَّا إِذَا أَفَادَتْ حِكْمًا.

وَفِيهَا قَوْلُ سَادِسٍ: أَنَّهُ لَا تَقْبَلُ فِي اللَّفْظِ دُونَ الْمَعْنَى، حَكَاهُمَا الْخَطِيبُ⁽¹⁾.

رَابِعًا: رَأَى الْأَصُولِيِّينَ مُقَارِنًا بِرَأْيِ الْمُحَدِّثِينَ:

وَلِلْأَصُولِيِّينَ وَالْمُحَدِّثِينَ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ أَرْبَعَةُ أَقْوَالٍ مَشْهُورَةٌ⁽²⁾:

الْقَوْلُ الْأَوَّلُ: أَنَّ زِيَادَةَ الثِّقَةِ مَقْبُولَةٌ مُطْلَقًا إِنْ تَحَقَّقَتِ الشُّرُوطُ الْعَامَّةُ، وَهَذَا رَأَى بَعْضُ الْأَصُولِيِّينَ كَالشَّيرَازِيِّ، وَالْجَوِينِيِّ، وَالغَزَالِيِّ، وَالنُّوَوِيِّ، وَالصِّيرْفِيِّ، وَغَيْرِهِمْ، وَهُوَ رَأَى جَمَاهُورَ الْمُحَدِّثِينَ؛ قَالَ الشُّوكَاةِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي إِرْشَادِ الْفُحُولِ:

"حُكْمُ زِيَادَةِ الثِّقَةِ: وَلَا يَضُرُّهُ كَوْنُ رَاوِيهِ انْفَرَدَ بِزِيَادَةٍ فِيهِ عَلَى مَا رَوَاهُ غَيْرُهُ إِذَا كَانَ عَدْلًا فَقَدْ يَحْفَظُ الْفَرْدُ مَا لَا يَحْفَظُهُ الْجَمَاعَةُ، وَبِهِ قَالَ الْجُمْهُورُ إِذَا كَانَتْ تِلْكَ الزِّيَادَةُ غَيْرَ مُنَافِيَةٍ لِلْمَزِيدِ. أَمَّا إِذَا كَانَتْ مُنَافِيَةً فَالْتَّرَجِيحُ وَرِوَايَةُ الْجَمَاعَةِ أَرْجَحُ مِنْ رِوَايَةِ الْوَاحِدِ، وَقِيلَ: لَا نَقْبَلُ رِوَايَةَ الْوَاحِدِ إِذَا خَالَفَتْ رِوَايَةَ الْجَمَاعَةِ بِزِيَادَةٍ عَلَيْهَا وَإِنْ كَانَتْ تِلْكَ الزِّيَادَةُ غَيْرَ مُنَافِيَةٍ لِلْمَزِيدِ إِذَا كَانَ مَجْلِسُ السَّمَاعِ وَاحِدًا وَكَانَتِ الْجَمَاعَةُ بِحَيْثُ لَا تَجُوزُ عَلَيْهِمُ الْغَفْلَةُ عَنْ مِثْلِ تِلْكَ الزِّيَادَةِ وَأَمَّا إِذَا تَعَدَّدَ مَجْلِسُ السَّمَاعِ فَتُقْبَلُ تِلْكَ الزِّيَادَةُ بِالِاتِّفَاقِ.

(1) شرح التبصرة والتذكرة للحافظ العراقي: (٢٦٢/١-٢٦٤).

(2) إرشاد الفحول ج ١ ص ١٥٤-١٥٥، والإحكام في أصول الأحكام للآمدي ج ٢ ص ١٠٨-١٠٩-١١٠-١١١، والتقرير والتحبير ج ٢، ص ٢٩٤-٢٩٥. واختلاف المحققين والفقهاء على الحكم على الحديث للدكتور عبد الله شعبان علي ٢٩٩-٣١٤، والقواعد والمسائل الحديثية للدكتورة أميرة الصاعدي ٢٢٧-٢٣٥.

وَمِثْلُ أَنْفِرَادِ الْعَدْلِ بِالزِّيَادَةِ أَنْفِرَادُهُ بِرَفْعِ الْحَدِيثِ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الَّذِي وَقَفَهُ الْجَمَاعَةُ وَكَذَا أَنْفِرَادُهُ بِإِسْنَادِ الْحَدِيثِ الَّذِي أُرْسِلُوهُ وَكَذَا أَنْفِرَادُهُ بِوَصْلِ الْحَدِيثِ الَّذِي قَطَعُوهُ فَإِنَّ ذَلِكَ مَقْبُولٌ مِنْهُ؛ لِأَنَّهُ زِيَادَةٌ عَلَى مَا رَوَوْهُ وَتَصْحِيحٌ لِمَا أَعْلَوْهُ.

وَلَا يَضُرُّهُ أَيْضًا كَوْنُهُ خَارِجًا مَخْرَجَ ضَرْبِ الْأَمْثَالِ. وَرَوَى عَنْ إِمَامِ الْحَرَمِيِّ أَنَّهُ مَوْضِعٌ تَجَوُّزٌ، فَأَجِيبَ عَنْهُ: بِأَنَّهُ وَإِنْ كَانَ مَوْضِعَ تَجَوُّزٍ، فَإِنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَا يَقُولُ إِلَّا حَقًّا لِمَكَانِ الْعِصْمَةِ⁽¹⁾.

القول الثاني: أن زيادة الثقة لا تقبل مطلقاً، وهو رأي حكاه الخطيب عن قوم، ونسبه إلى الحنفية نسبة لا تصح؛ قال ابن أمير الحاج رحمه الله في التقرير والتحرير:

(وَإِنْ لَمْ يَتَعَدَّرْ) الْجَمْعُ (مَعَ جَهْلِ الْإِتِّحَادِ) لِلْمَجْلِسِ وَمَعَ وَحْدَةِ الرَّأْيِ (وَمَرَّاتٍ رِوَايَتِهَا) أَيِ الزِّيَادَةِ (لَيْسَتْ أَقْلٌ مِنْ تَرْكِهَا قُبِلَتْ وَإِلَّا لَمْ تُقْبَلْ إِلَّا أَنْ يَقُولَ سَهَوْتُ فِي مَرَّاتِ الْحَدْفِ) وَلَا يَخْفَى مَا فِي هَذَا مِنَ الزِّيَادَةِ عَلَى مَا نَقَلَهُ النَّقَّازِيُّ عَنِ الْكُتُبِ الْمَشْهُورَةِ

قَالَ الْمُصَنِّفُ (وَالْمَعْرُوفُ أَنَّ) أَيِ هَذَا (مَذْهَبٌ فِي قُبُولِهَا) أَيِ الزِّيَادَةِ (مُطْلَقًا) أَيِ سِوَاءَ كَانَتْ مُخَالَفَةً أَوْ لَا (مِنْ) الرَّأْيِ (الْوَاحِدِ لَا بِقَيْدِ مُخَالَفَتِهَا) وَهُوَ مَا ذَكَرَهُ ابْنُ الصَّبَّاحِ فِي الْعِدَّةِ حَيْثُ قَالَ: إِذَا رَوَى الْوَاحِدُ خَبْرًا ثُمَّ رَوَاهُ بَعْدَ ذَلِكَ بِزِيَادَةٍ فَإِنْ ذَكَرَ أَنَّهُ سَمِعَ كُلًّا مِنَ الْخَبْرَيْنِ فِي مَجْلِسٍ قُبِلَتْ الزِّيَادَةُ وَإِنْ عَزَا ذَلِكَ إِلَى مَجْلِسٍ وَاحِدٍ وَتَكَرَّرَتْ رِوَايَتُهُ بِلَا زِيَادَةٍ ثُمَّ رَوَى الزِّيَادَةَ فَإِنْ قَالَ كُنْتُ أَنْسِيْتُ هَذِهِ الزِّيَادَةَ قَبْلَ مِنْهُ وَإِنْ لَمْ يَقُلْ ذَلِكَ وَجَبَ التَّوَقُّفُ فِي الزِّيَادَةِ قَالَ الْمُصَنِّفُ وَلَيْسَ هَذَا قَدْحًا صَرِيحًا فِي نَقْلِ هَذَا الْمَذْهَبِ فَإِنَّ النَّقْلَ كَثِيرًا (ثُمَّ مُوجِبُ الدَّلِيلِ السَّابِقِ) وَهُوَ قَوْلُنَا ثِقَةٌ جَازِمَةٌ.

(1) إرشاد الفحول ج 1 ص 104-105، وشرح التبصرة والتذكرة ج 1 ص 262-264.

(وَالِإِطْلَاقُ) الْمَذْكُورُ فِي نَقْلِ مَذْهَبِ الْجُمْهُورِ كَمَا نَقَلَهُ الْخَطِيبُ وَغَيْرُهُ (قَبُولُ) الزِّيَادَةَ (المُعَارِضَةَ) مُطْلَقًا وَإِنْ تَعَدَّرَ الْجَمْعُ (أَوْ يُسْتَلَكُ التَّرْجِيحُ) أَمَا كَوْنُ هَذَا مُقْتَضَى الدَّلِيلِ الْمَذْكُورِ فَظَاهِرٌ إِذْ لَا شَكَّ فِي أَنَّهُ يَتَنَاوَلُ الْمُعَارِضَةَ وَغَيْرَهَا وَأَمَا أَنَّهُ مُقْتَضَى إِطْلَاقِ نَقْلِ هَذَا الْمَذْهَبِ فَكَذَلِكَ وَقَدْ ذَكَرَهُ ثُمَّ لَيْسَ يَلْزَمُ مِنْ قَبُولِهَا عَدَمُ الْعَمَلِ بِمَا يَتَرَجَّحُ ظَنُّ خِلَافِهِ لِمُعَارِضَةِ النَّقَاتِ وَإِنَّمَا يَلْزَمُ لَوْ التَّرَمُّنًا مِنْ قَبُولِهَا الْعَمَلُ بِهَا لَكِنَّا أَنْزَلْنَاهَا حَدِيثًا مُعَارِضًا لِغَيْرِهِ فَيُطْلَبُ التَّرْجِيحُ بِخِلَافِ مَا لَوْ رَدَدْنَاهَا فَإِنَّا حِينئِذٍ لَا نَطْلُبُ تَرْجِيحًا بَيْنَهَا وَبَيْنَ مَا عَارِضَتَهُ فَكَانَ الْوَجْهُ الْقَبُولُ كَمَا هُوَ ظَاهِرٌ إِطْلَاقِ الْجُمْهُورِ ثُمَّ النَّظَرُ فِي التَّرْجِيحِ ذِكْرَةَ الْمُصْتَفَى - رَحِمَهُ اللَّهُ - (وَمِنْهُ) أَيِ الْمَزِيدِ الْمُعَارِضِ الزِّيَادَةَ (الْمُوجِبَةَ نَقْصًا مِثْلُ) رِوَايَةِ «وَتُرِيَّتُهَا طَهُورًا» بَعْدَ قَوْلِهِ «وَجُعِلَتْ لِي الْأَرْضُ مَسْجِدًا» بَدَلُ قَوْلِهِ وَطَهُورًا وَنَقَدَّمْ تَخْرِيجُ الْحَدِيثِ فِي مَسْأَلَةِ إِفْرَادِ فَرْدٍ مِنَ الْعَامِّ بِحُكْمِ الْعَامِّ لَا يُخَصِّصُهُ ثُمَّ لِمَا تَوَجَّهَ أَنْ يُقَالَ فَلَا يُرَدُّ الشَّاذُّ الْمُخَالَفُ لِمَا رَوَتْهُ النَّقَاتُ التَّرَمُّنَةَ

وَقَالَ (وَالشَّاذُّ الْمَمْنُوعُ) أَيِ الْمَرْدُودُ هُوَ (الْأَوَّلُ) أَيِ مَا انْفَرَدَ بِمَزِيدٍ فِي مَجْلِسٍ مُتَّحِدٍ لَهُ وَلَهُمْ وَالْمَزِيدُ (مَا لَا يَغْفُلُ مِثْلُهُمْ) أَيِ مَنْ مَعَهُ فِيهِ (عِنْدَهُ) أَيِ ذَلِكَ الْمَزِيدِ (وَعَلَيْهِ) أَيِ قَبُولِ الزِّيَادَةَ الْمُعَارِضَةَ (جَعَلَ الْحَنَفِيَّةُ إِيَّاهُ) أَيِ الْمَزِيدِ إِذَا كَانَ هُوَ وَالْأَصْلُ (مِنْ اثْنَيْنِ خَبْرَيْنِ «كُنْهِيهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - عَنِ بَيْعِ الطَّعَامِ قَبْلَ الْقَبْضِ» كَمَا ثَبَتَ فِي الصَّحِيحَيْنِ وَغَيْرِهِمَا بِلَفْظِ مَنْ ابْتِنَاعَ طَعَامًا فَلَا يَبِيعُهُ حَتَّى يَقْبِضَهُ وَفِي رِوَايَةٍ حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ.

«وَقَوْلُهُ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - لِعَتَّابِ بْنِ أُسَيْدٍ لَمَّا بَعَثَهُ إِلَى أَهْلِ مَكَّةَ أَنَّهُمْ عَنِ بَيْعِ مَا لَمْ يَقْبِضُوا» رَوَاهُ أَبُو حَنِيفَةَ بِلَفْظِ مَا لَمْ يَقْبِضْ وَفِي سَنَدِهِ مَا لَمْ يُسَمَّ (أَجْرًا) أَيِ الْحَنَفِيَّةُ (المُعَارِضَةَ) بَيْنَهُمَا (وَرَجَّحُوا) قَوْلُهُ الْمَذْكُورَ لِعَتَّابِ لِأَنَّ فِيهِ (زِيَادَةَ الْعُمُومِ) لِتَنَاوُلِهِ الطَّعَامَ وَغَيْرَهُ غَايَتُهُ أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ وَأَبَا يُوسُفَ لَمْ يَعْمَلَا بِهَا فِي حَقِّ الْعَقَارِ لِكُونِ النَّصِّ مَعْلُومًا بِغَرَرِ الْإِنْفِيسَاخِ بِالْهَلَاكِ وَهُوَ مُنْتَفٍ فِي الْعَقَارِ لِأَنَّ هَلَاكَهُ

نادرٍ والنَّادِرُ لَمْ يَعْزَرَهُ بِهِ وَكَأَيُّنِّي الْفَقْهُ بِاعْتِبَارِهِ وَإِنَّمَا رَجَّحُوا قَوْلَهُ لِعَتَابِ عَلَى نَهْيِهِ
 عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ قَبْلَ الْقَبْضِ وَلَمْ يُعَيِّنُوهُ بِهِ (إِذْ لَمْ يَحْمِلُونَ الْمَطْلُوقَ عَلَى الْمُقَيَّدِ) فِي مِثْلِهِ
 كَمَا عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ (وَالْوَجْهُ فِيهِ) أَيُّ فِي حَدِيثِ النَّهْيِ عَنْ بَيْعِ مَا لَمْ يُقْبَضْ
 (وَفِي تَرْبِيئِهَا) أَيُّ فِي هَذَا الْحَدِيثِ (تَعَيَّنُ الْعَامُّ) وَهُوَ النَّهْيُ عَنْ بَيْعِ مَا لَمْ يُقْبَضْ
 وَاللَّرْضُ لِلْجَزَاءِ الْمُعَارَضَةِ ثُمَّ التَّرْجِيحُ بِالْعُمُومِ كَمَا يُرْجَّحُ الْعِلَّةُ بِزِيَادَةِ الْمَحَالِّ لِأَنَّ
 الزِّيَادَةَ صَيَّرَتْ كُلًّا مِنْ قَبِيلِ إِفْرَادٍ فَرْدٍ مِنَ الْعَامِّ وَهُوَ لَيْسَ تَخْصِيصًا لِأَنَّ حَاصِلَهُ
 إِنْبَاتُ عَيْنِ الْحُكْمِ الَّذِي أُثْبِتَهُ الْعَامُّ لِبَعْضِ أَفْرَادِهِ وَكَأَيُّ مَنَاقَاةٍ فَلَا يَخْرُجُ عَنِ الْعُمُومِ الَّذِي
 اقْتَضَاهُ الْمَتْرُوكُ فَلَا يُعَارَضُ لِتَرْجِيحِ فَإِنَّ التَّرْجِيحَ عِنْدَ الْمُعَارَضَةِ يَكُونُ كَمَا أَشَارَ
 إِلَيْهِ بِقَوْلِهِ (وَيَلْزَمُ الشَّافِعِيَّةَ مِثْلُهُ لِأَنَّهُ مِنْ قَبِيلِ إِفْرَادٍ فَرْدٍ مِنَ الْعَامِّ) بِحُكْمِهِ (وَمِنْ
 الْوَاحِدِ) أَيُّ وَجَعَلَ الْحَنْفِيَّةُ الزِّيَادَةَ وَالْأَصْلَ بِذَوْنِهَا إِذَا كَانَ رَاوِيَهُمَا وَاحِدًا خَبْرًا
 (وَاحِدًا وَكَزِمَ اعْتِبَارُهَا) أَيُّ وَحَكَمُوا بِأَنَّهَا مُرَادَةٌ فِي الْأَصْلِ (كَابْنِ مَسْعُودٍ) أَيُّ كَمَا
 فِي رِوَايَةٍ عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - يَقُولُ «إِذَا
 اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمَا بَيِّنَةٌ وَالسَّلْعَةُ قَائِمَةً فَالْقَوْلُ مَا قَالَ الْبَائِعُ أَوْ يَتَرَادَانِ»
 (وَفِي أُخْرَى) عَنْهُ (لَمْ تُذَكَّرْ) السَّلْعَةُ رَوَاهُمَا أَبُو حَنِيفَةَ لَكِنْ بِلَفْظِ التَّبَايَعَانِ وَالْحَدِيثُ فِي
 السُّنَنِ وَغَيْرِهَا وَهُوَ بِمَجْمُوعِ طُرُقِهِ حَسَنٌ يُحْتَجُّ بِهِ لَكِنْ فِي لَفْظِهِ اخْتِلَافٌ ذَكَرَهُ ابْنُ
 عَبْدِ الْهَادِي (فَقِيَّتُوا) أَيُّ الْحَنْفِيَّةُ جَرِيانَ التَّخَالُفِ بَيْنَ الْمُتَبَايِعِينَ إِذَا اخْتَلَفَا فِي الْمَبِيعِ أَوْ
 الثَّمَنِ (بِهَا) أَيُّ بِالزِّيَادَةِ الَّتِي فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ وَهِيَ قِيَامُ السَّلْعَةِ (حَمَلًا عَلَى حَذْفِهَا
 فِي الْأُخْرَى نِسْبَانًا بِمَا ذَلِكَ التَّفْصِيلُ) الْمَتَّقَمُ وَهُوَ أَنَّهُ إِذَا كَانَ مَرَّاتٌ تَرَكَ الزِّيَادَةَ أَقَلَّ
 مِنْ مَرَّاتٍ رَوَايَتِهَا لَمْ تُقْبَلْ إِلَّا أَنْ يَقُولَ سَهَوْتُ فِي مَرَّاتٍ الْحَذْفِ (وَهُوَ) أَيُّ قَوْلُهُمْ
 هَذَا هُوَ (الْوَجْهُ) لِأَنَّ عَدَالَتَهُ وَبِقَتَّتَهُ تُعْبَرُ عَنِ الرَّوَايَةِ بِهَذَا الْمَعْنَى الَّذِي ذَكَرَهُ الْمُفْصَلُ
 شَرْطًا لِلْقَبُولِ بِمَا حَاجَةَ إِلَى أَنْ يُعْبَرَ عَنْهُ بِلِسَانِهِ صَرِيحًا (فَلَيْسَ) هَذَا مِنْهُمْ (مِنْ حَمَلِ
 الْمَطْلُوقِ عَلَى الْمُقَيَّدِ" (1).

(1) التقرير والتحرير ج ٢ ص ٢٩٤-٢٩٥، المؤلف: أبو عبد الله، شمس الدين محمد بن محمد بن محمد بن
 محمد المعروف بابن أمير حاج ويقال له ابن الوقت الحنفي (المتوفى: ٨٧٩هـ) الناشر: دار
 الكتب العلمية الطبعة: الثانية، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.

القول الثالث: إن قبول زيادة الثقة أو ردها مبني على القرائن، فلا تقبل مطلقاً ولا ترد مطلقاً، وهو قول متقدمي أئمة الحديث كحيي بن معين، والبخاري، وأحمد، وغيرهم (1).

القول الرابع: إن زيادة الثقة مقبولة إن اتحد المجلس وتصور غفلة من فيه من الرواة وإلا لم يقبل، وعلى هذا جماهير الأصوليين، وقد نقل الأمدى اتفاق الفقهاء والمتكلمين على وجوب قبول الزيادة في هذه الحالة؛ قال الأمدى رحمه الله في الأحكام:

"[الْمَسْأَلَةُ الثَّلَاثَةُ إِذَا رَوَى جَمَاعَةٌ مِنَ الثَّقَاتِ حَدِيثًا وَانْفَرَدَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ بِزِيَادَةٍ]

الْمَسْأَلَةُ الثَّلَاثَةُ:

إِذَا رَوَى جَمَاعَةٌ مِنَ الثَّقَاتِ حَدِيثًا، وَانْفَرَدَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ بِزِيَادَةٍ فِي الْحَدِيثِ لَا تُخَالَفُ الْمَزِيدَ عَلَيْهِ، كَمَا لَوْ رَوَى جَمَاعَةٌ، أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ دَخَلَ الْبَيْتَ، وَانْفَرَدَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ بِزِيَادَةٍ، فَقَالَ: دَخَلَ الْبَيْتَ وَصَلَّى، فَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ مَجْلِسُ الرَّوَايَةِ مُخْتَلَفًا بِأَنْ يَكُونَ الْمُنْفَرِدُ بِالزِّيَادَةِ رِوَايَتُهُ عَنْ مَجْلِسٍ غَيْرِ مَجْلِسِ الْبَاقِينَ، أَوْ أَنْ مَجْلِسَ الرَّوَايَةِ مُتَّحِدٌ، وَيُجْهَلُ الْأَمْرَانِ.

فَإِنْ كَانَ الْمَجْلِسُ مُخْتَلَفًا، فَلَا نَعْرِفُ خِلَافًا فِي قَبُولِ الزِّيَادَةِ، لِاحْتِمَالِ أَنْ يَكُونَ النَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَدْ فَعَلَ الزِّيَادَةَ فِي أَحَدِ الْمَجْلِسَيْنِ دُونَ الْآخَرِ، وَالرَّوَايَةُ عَدْلٌ بَقَّةً، وَلَمْ يُوْجَدْ مَا يَقْدَحُ فِي رِوَايَتِهِ، فَكَانَتْ رِوَايَتُهُ مَقْبُولَةً.

وَلِهَذَا فَإِنَّهُ لَوْ رَوَى حَدِيثًا لَمْ يَنْقُلْهُ غَيْرُهُ مَعَ عَدَمِ حُضُورِهِ لَمْ يَقْدَحْ ذَلِكَ فِي رِوَايَتِهِ، وَكَذَلِكَ لَوْ شَهِدَ اثْنَانِ عَلَى شَخْصٍ بِالْفِي دِرْهَمٍ لَزِيدٍ فِي مَجْلِسٍ، وَشَهِدَتْ بَيِّنَةٌ أُخْرَى عَلَيْهِ فِي مَجْلِسٍ آخَرَ بِالْفِي، لَأَيْسَرُ ذَلِكَ قَائِحًا فِي الْأَلْفِ الزَّلَّةِ، مَعَ أَنَّ بَابَ الشَّهَادَةِ أَضْيَقُ مِنْ بَابِ الرَّوَايَةِ كَمَا قَرَّرْنَا.

(1) شرح التبصرة والتنكرة للحافظ العراقي ج 1/ 264-262.

وَأَمَّا إِنْ اتَّخَذَ الْمَجْلِسُ، فَإِنْ كَانَ مَنْ لَمْ يَرَوْا الزِّيَادَةَ قَدْ انْتَهَوْا إِلَى عَدَدٍ لَمْ يَتَصَوَّرْ فِي الْعَادَةِ غَفْلَةً مِثْلَهُمْ عَنِ سَمَاعِ تِلْكَ الزِّيَادَةِ وَفَهْمِهَا، فَلَا يَخْفَى أَنَّ تَطَرُّقَ الْغَلْطِ وَالسَّهْوِ إِلَى الْوَاحِدِ فِيمَا نَقَلَهُ مِنَ الزِّيَادَةِ، يَكُونُ أَوْلَى مِنْ تَطَرُّقِ ذَلِكَ إِلَى الْعَدَدِ الْمَفْرُوضِ فَيَجِبُ رُدُّهَا وَإِنْ لَمْ يَنْتَهَوْا إِلَى هَذَا الْحَدِّ، فَقَدْ اتَّفَقَ جَمَاعَةُ الْفُقَهَاءِ وَالْمُتَكَلِّمِينَ عَلَى وُجُوبِ قَبُولِ الزِّيَادَةِ، خِلَافًا عَنْهُ لَجَمَاعَةٍ مِنَ الْمُحَدِّثِينَ، وَلِأَحْمَدَ بْنِ حَنْبَلٍ فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ عَنْهُ.

وَدَلِيلُ ذَلِكَ أَنَّ الرَّاويَ عَدْلٌ بَقَّةً، وَقَدْ جَزَمَ بِالرَّوَايَةِ، وَعَدَمُ نَقْلِ الْغَيْرِ لَهَا فَلِاحْتِمَالِ أَنْ يَكُونَ مَنْ لَمْ يَنْقُلِ الزِّيَادَةَ قَدْ دَخَلَ فِي أَثْنَاءِ الْمَجْلِسِ وَسَمِعَ بَعْضَ الْحَدِيثِ أَوْ خَرَجَ فِي أَثْنَاءِ الْمَجْلِسِ لِطَارِيٍّ أَوْجَبَ لَهُ الْخُرُوجَ قَبْلَ سَمَاعِ الزِّيَادَةِ.

وَبِتَقْدِيرِ أَنْ يَكُونَ حَاضِرًا مِنْ أَوَّلِ الْمَجْلِسِ إِلَى آخِرِهِ، فَلِاحْتِمَالِ أَنْ يَكُونَ قَدْ طَرَأَ مَا شَغَلَهُ عَنْ سَمَاعِ الزِّيَادَةِ وَفَهْمِهَا مِنْ سَهْوٍ أَوْ أَلَمٍ أَوْ جُوعٍ أَوْ عَطَشٍ مُفْرِطٍ، أَوْ فِكْرَةٍ فِي أَمْرِ مِهِمْ، أَوْ اشْتِغَالٍ بِحَدِيثٍ مَعَ غَيْرِهِ وَالتَّفَاتِ إِلَيْهِ، أَوْ أَنَّهُ نَسِيَهَا بَعْدَ مَا سَمِعَهَا.

وَمَعَ تَطَرُّقِ هَذِهِ الْإِحْتِمَالَاتِ وَجَزَمِ الْعَدْلِ بِالرَّوَايَةِ، لَمْ يَكُنْ عَدَمُ نَقْلِ غَيْرِهِ لِلزِّيَادَةِ قَادِحًا فِي رَوَايَتِهِ.

فَإِنْ قِيلَ: هَذِهِ الْإِحْتِمَالَاتُ وَإِنْ كَانَتْ مُنْقَدِحَةً فِي حَقِّ مَنْ لَمْ يَرَوْا الزِّيَادَةَ، فَاحْتِمَالُ الْغَلْطِ وَالسَّهْوِ عَلَى النَّاقِلِ لِلزِّيَادَةِ أَيْضًا مُنْقَدِحٌ.

وَذَلِكَ بِأَنْ يَتَوَهَّمُ أَنَّهُ سَمِعَ تِلْكَ الزِّيَادَةَ، وَلَمْ يَكُنْ قَدْ سَمِعَهَا، أَوْ أَنَّهُ سَمِعَهَا مِنْ غَيْرِ الرَّسُولِ، وَتَوَهَّمَ سَمَاعَهَا مِنَ الرَّسُولِ، أَوْ أَنَّهُ ذَكَرَهَا عَلَى سَبِيلِ التَّفْسِيرِ وَالتَّوَابُلِ، فَظَنَّ السَّمَاعُ أَنَّهَا زِيَادَةٌ فِي الْحَدِيثِ الْمَرْوِيِّ، وَذَلِكَ كَمَا رَوَى ابْنُ عَبَّاسٍ عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، «أَنَّهُ نَهَى عَنِ بَيْعِ الطَّعَامِ قَبْلَ أَنْ يُسْتَوْفَى».

قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ: وَلَا أَحْسَبُ غَيْرَ الطَّعَامِ إِلَّا كَالطَّعَامِ، فَأَذْرَجَهُ بَعْضُ الرُّوَاةِ فِي الْحَدِيثِ.

وَكَذَلِكَ مَا رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنَّهُ قَالَ: «فَإِذَا زَادَتْ الْبَابِلُ عَلَى مِائَةِ وَعِشْرِينَ اسْتَوْفَيْتِ الْفَرِيضَةَ» " فَظَنَّ الرَّاوي أَنَّ السَّيْتِنَانَفَ إِعَادَةً لِلْفَرَضِ الْأَوَّلِ فِي الْمِائَةِ الْأُولَى، فَقَالَ: فِي كُلِّ خَمْسِ شَاةٍ، وَأَذْرَجَ ذَلِكَ فِي كَلَامِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وَمَعَ تَعَارُضِ الْإِحْتِمَالَاتِ، فَلَيْسَ الْعَمَلُ بِالزِّيَادَةِ أَوْلَى مِنْ تَرْكِهَا، بَلِ التَّرْجِيحُ بِجَانِبِ التَّرْكِ لَوْجْهَيْنِ: الْأَوَّلُ: أَنَّ احْتِمَالَ تَطَرُّقِ الْغَلْطِ وَالسَّهْوِ عَلَى الْوَاحِدِ أَكْثَرُ مِنْ احْتِمَالِ تَطَرُّقِهِ إِلَى الْجَمَاعَةِ.

الثَّانِي: أَنَّ التَّرْكَ عَلَى وَفْقِ النَّفْيِ الْأَصْلِيِّ، وَالْإِثْبَاتِ عَلَى خِلَافِهِ، فَكَانَ أَوْلَى، وَلِهَذَا فَإِنَّهُ لَوْ اجْتَمَعَ الْمُقَوِّمُونَ عَلَى قِيَمَةٍ مُتْلَفٍ، وَخَالَفَهُمْ وَاحِدٌ بِزِيَادَةٍ فِي تَقْوِيمِهِ فِي الْقِيَمَةِ فَإِنَّ الزِّيَادَةَ تُلغَى بِالْإِجْمَاعِ.

وَالْجَوَابُ عَمَّا عَارَضُوا بِهِ مِنَ السَّهْوِ فِي حَقِّ رَاوِي الزِّيَادَةِ، أَنَّهُ وَإِنْ كَانَ مُتَّفِحًا، غَيْرَ أَنَّ مَا ذَكَرْنَاهُ مِنَ الْإِحْتِمَالَاتِ فِي حَقِّ مَنْ لَمْ يَرَوْهُ الزِّيَادَةَ أَكْثَرُ، وَإِنَّ سَهْوَ الْإِنْسَانِ عَمَّا سَمِعَهُ يَكُونُ أَكْثَرَ مِنْ سَهْوِهِ فِيْمَا لَمْ يَسْمَعْهُ أَنَّهُ سَمِعَهُ. وَمَا ذَكَرُوهُ مِنَ الزِّيَادَةِ بِنَاءً عَلَى احْتِمَالِ التَّفْسِيرِ وَالتَّأْوِيلِ، وَإِنْ كَانَ قَائِمًا، غَيْرَ أَنَّهُ فِي غَايَةِ الْبُعْدِ، إِذِ الظَّاهِرُ مِنْ حَالِ الْعَدْلِ النَّقَّةِ أَنَّهُ لَا يَذْرَجُ فِي كَلَامِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مَا لَيْسَ فِيهِ لِمَا فِيهِ مِنَ التَّدْلِيْسِ وَالتَّلْبِيْسِ، وَلَوْ جَوَزَ مِثْلَ ذَلِكَ فَمَا مِنْ حَدِيثٍ إِلَّا وَيُمْكِنُ أَنْ يَتَطَرَّقَ إِلَيْهِ هَذَا الْإِحْتِمَالُ، وَيَلْزَمُ مِنْ ذَلِكَ إِطْالُ جَمِيعِ الْأَحَادِيثِ.

وَمَا ذَكَرُوهُ مِنَ التَّرْجِيحِ الْأَوَّلِ فَغَيْرُ مُطَرِّدٍ فِيْمَا إِذَا كَانَ عَدَدُ النَّاقِلِ لِلزِّيَادَةِ مُسَاوِيًا لِعَدَدِ الْآخَرِينَ، وَهُوَ مِنْ جُمْلَةِ صُورِ النَّزَاعِ، وَبِتَقْدِيرِ أَنْ يَكُونَ أَكْثَرُ، فَقَدْ بَيَّنَّا أَنَّ التَّرْجِيحَ بِجَانِبِ الْوَاحِدِ.

وَمَا ذَكَرُوهُ مِنَ التَّرْجِيحِ الثَّانِي فَهُوَ مُعَارِضٌ بِمَا إِذَا كَانَتْ الزِّيَادَةُ مُقْتَضِيَةً لِنَفْيِ حُكْمِ لَوْلَاهَا لَثَبَتْ، وَأَمَّا التَّقْوِيمُ فَحَاصِلُهُ يَرْجِعُ إِلَى ظَنِّ وَتَحْمِينِ بِطَرِيقِ اللَّاجِئِهِادِ، وَلَا يَخْفَى أَنَّ تَطَرُّقَ الْخَطَأِ فِي ذَلِكَ إِلَى الْوَاحِدِ أَكْثَرُ مِنْ تَطَرُّقِهِ إِلَى الْجَمْعِ، بِخِلَافِ الرَّوَايَةِ، فَإِنَّهَا لَا تَكُونُ إِلَّا بِنَقْلِ مَا هُوَ مَحْسُوسٌ بِالسَّمْعِ، وَتَطَرُّقُ الْخَطَأِ إِلَيْهِ بَعِيدٌ.

وَأَمَّا إِنْ جُهِلَ الْحَالُ فِي أَنَّ الرَّوَايَةَ عَنِ مَجْلِسٍ وَاحِدٍ أَوْ مَجَالِسٍ مُخْتَلِفَةٍ، فَالْحُكْمُ عَلَى مَا سَبَقَ فِيمَا إِذَا اتَّخَذَ الْمَجْلِسُ، وَقَبُولُ الزِّيَادَةِ فِيهِ أَوْلَى، نَظْرًا إِلَى اِحْتِمَالِ اخْتِلَافِ مَجْلِسِ الرَّوَايَةِ.

هَذَا كُلُّهُ فِيمَا إِذَا لَمْ تَكُنْ الزِّيَادَةُ مُخَالَفَةً لِلْمَزِيدِ عَلَيْهِ وَأَمَّا إِنْ كَانَتْ مُخَالَفَةً لَهُ، بِحَيْثُ لَا يُمَكِّنُ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا، فَالظَّاهِرُ التَّعَارُضُ خِلَافًا لِبَعْضِ الْمُعْتَرِزَةِ، وَعَلَى هَذَا لَوْ رَوَى الْوَاحِدُ الزِّيَادَةَ مَرَّةً، وَأَهْمَلَهَا مَرَّةً، فِي حَدِيثٍ وَاحِدٍ، فَالْتَفْصِيلُ وَالْحُكْمُ عَلَى مَا تَقَدَّمَ فِيمَا إِذَا تَعَدَّدَتِ الرَّوَاةُ، فَعَلَيْكَ بِالِاعْتِيَارِ.

وَكَذَلِكَ الْخِلَافُ فِيمَا إِذَا أُسْنَدَ الْخَبَرُ وَاحِدًا، وَأُرْسِلَتْ الْبَاقُونَ، أَوْ رَفَعَهُ إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وَأَوْفَقَهُ الْبَاقُونَ عَلَى بَعْضِ الصَّحَابَةِ" (1).

أثر الاختلاف في المسألة السابعة:

مسألة زيادة الثقة

يظهر أثر الاختلاف في هذه المسألة فيمن تجب عليه زكاة الفطر (2): فقد

ورد في ذلك حديث ابن عمر رضي الله عنه : "فرض رسول الله زكاة الفطر من رمضان على الناس صاعا من تمر، أو صاعا من شعير، على كل حر أو عبد، ذكر أو أنثى، من المسلمين" (3)، فقله : "من المسلمين" زيادة من

(1) الإحكام في أصول الأحكام للأمدي ج ٢ ص ١٠٨-١٠٩-١١٠-١١١.

(2) انظر للاستزادة: القواعد والمسائل الحديثية للدكتورة أميرة الصاعدي ٢٣٦-٢٣٧.

(3) البخاري ج ٢ ص ١٣١ رقم ١٥١١ كتاب الزكاة باب: صدقة الفطر على الحر والمملوك بدون (من المسلمين) ومسلم، ج ٢ ص ٦٧٧ رقم ٩٨٤ كتاب الزكاة باب زكاة الفطر على المسلمين من التمر والشعير. مع زيادة (من المسلمين).

ثقة، رواها بعضهم، ولم يروها آخرون، وهي زيادة فيها نوع منافاة مع الروايات غير المزيدة، فعلى القول الأول الذي يرى قبول زيادة الثقة مطلقاً إن تحققت الشروط العامة، فإنه سيعمل بهذه الزيادة، ويستتنبط منها حكم اشتراط كون من يجب عليه زكاة الفطر مسلماً، وهو ما عليه جمهور العلماء من الحنفية⁽¹⁾ والمالكية والحنابلة⁽²⁾ وعلى القول الثاني الذي يرى أن زيادة الثقة لا تقبل مطلقاً، فإنه لن يشترط الإسلام بل يوجب زكاة الفطر على المسلم وغير المسلم. وهذا ما ورد عن الشافعية في الأصح عندهم أنه يجب على الكافر أن يؤدّيها عن أقاربه المسلمين⁽³⁾. عمر بن عبد العزيز، وعطاء، ومجاهد، وسعيد بن جبّير، والنخعي، والثوري، وإسحاق، وأصحاب الرأي، أن على السيّد المسلم أن يخرج الفطرة عن عبده الذمي⁽⁴⁾.

وعلى القول الثالث الذي يرى أن قبول زيادة الثقة أو ردها حسب القرائن فسيبحث عن القرائن.

وعلى القول الرابع الذي يرى أن زيادة الثقة مقبولة إن اتحد المجلس وتصور غفلة من فيه من الرواة وإلا لم تقبل، فإنهم سيعملون بالحديث ويستتنبطون منه اشتراط الإسلام فيمن وجبت عليه الزكاة.

(1) المبسوط ج ٣ ص ١٠٢.

(2) المغني لابن قدامة ج ٣ ص ٨٠.

(3) مغني المحتاج ج ٢ ص ١١٢.

(4) المغني لابن قدامة ج ٣ ص ٨٠.

الخاتمة والنتائج

أحمد الله جل وعلا على تمام بدر نعمته، وإسباغ أنوار كرمه، فبعد التتقيب في بساتين التبصرة والتذكرة، وشرحها، والتطواف بين أروقة أقوال الأصوليين والمحدثين وفاقاً وخلافاً في المسائل الحديثية، وبُعيد التأمل في آثار ذلك، فقد حان القطاف:

١. من أهم أسباب مشاركات علماء أصول الفقه في علم الحديث:

أ- أن كثيراً من علماء أصول الفقه لهم اهتمام بعلوم الحديث ومشاركات بل وُجد منهم محدثون وحفاظ.

ب- أن بعض المباحث فيها تداخل بين الأصوليين والمحدثين، ويدرس كل أهل فنّ هذه المباحث بحسب مقتضيات بحثهم وأهداف تعييدهم مع تقاطع بينهم وتجاذب صحيٍّ أورث نضجاً للثمار العلمية المبحوثة عند الطرفين.

ت- أن بعض المسائل الحديثية هي وليدة التقديرات العقلية، والخبرة العملية، والتجريد الذهني مما يوجد مدخلاً لأن يُدلي أهل الأصول والألباب والنهي بدلائهم.

٢. رأي الأصوليين في ماهية الحديث المشهور "مقارناً برأي المحدثين:

لقد اتجه الأصوليون ثلاثة اتجاهات:

الاتجاه الأول: أن الحديث المشهور قسم من الأحاد، وهو قول جماهير أهل الأصول.

الاتجاه الثاني: أن الحديث المشهور قسيم للمتواتر والآحاد، وليس قسماً من أحدهما، وهو قول الحنفية.

الاتجاه الثالث: أن الحديث المشهور منه ما هو متواتر، ومنه ما هو آحاد، وهو رأي المحدثين.

٣. رأي الأصوليين في " ما يفيد خبر الواحد " مقارناً برأي المحدثين:

للأصوليين فيما يفيد خبر الواحد المجرد عن القرائن قولان:
القول الأول: أنه يفيد الظن العلم بنفسه - إن تحققت فيه الشروط العامة-،
وإن تجرد عن القرائن، وهو رأي بعض الأصوليين كالظاهرية، وروايات
منسوبة إلى الإمام مالك وأحمد، وهو رأي أكثر المحدثين.
القول الثاني: أنه يفيد الظن إن تحققت فيه الشروط العامة وتجرد عن
القرائن، وهو رأي جماهير الأصوليين.

٤. رأي الأصوليين في "الاحتجاج بالحديث المرسل" مقارنة برأي
المحدثين:

للأصوليين في الاحتجاج بالحديث المرسل ثلاثة أقوال:
القول الأول: عدم الاحتجاج بالحديث المرسل، وهو رأي طائفة من
الأصوليين كالباقلاني، والغزالي، والرازي، وغيرهم، وهو رأي جماهير
المحدثين.

القول الثاني: أن الاحتجاج بالحديث المرسل حجة يستتبط منه، ويعمل به،
وهو رأي جماهير الأصوليين، وهم غالب الحنفية، والمالكية، والشافعية،
والحنابلة.

القول الثالث: أن الحديث المرسل حجة بشروط؛ كأن ينتهي إلى كبار التابعين
أو أسند من طريق آخر أو تقوى بقول صحابي مثلاً أو غير ذلك، وهو رأي
الإمام الشافعي وبعض أصحابه، وقريب منه لبعض الحنفية في قبولهم
لمراسيل القرون الثلاثة الأولى.

٥. رأي الأصوليين في "تعارض المرسل" والمسند" مقارنة برأي المحدثين:

جماع أقوال الأصوليين والمحدثين في هذه القاعدة ينعقد في قولين:
القول الأول: أن الحديث المتصل يرجح على الحديث المرسل مطلقاً، فيحتجون
بالرواية المتصلة ولا يعتبرون الرواية المرسله قاذحة، وهو رأي الأصوليين، ومعهم
المحدثون كذلك.

القول الثاني: أن ترجيح الحديث المتصل على الحديث المرسل أو العكس خاضع للقرائن التي قررها الأصوليون في باب التعارض والترجيح بين المنقولين أو منقول ومعقول، فيما يتعلق بالسند أو المتن أو ما قرره المحدثون في هذا الشأن، وممن ذهب إلى هذا ابن دقيق العيد والعلائي، وغيرهما.

٦. رأي الأصوليين في "مجهول العين ومجهول الحال" مقارناً برأي المحدثين:

للأصوليين في قبول رواية مجهول العين أو عدمها قولان: القول الأول: أن رواية مجهول العين مردودة، وهو رأي جماهير الأصوليين، وهو ما عليه المحدثون.

القول الثاني: أن رواية مجهول العين مقبولة في حال ظهور الإسلام فيه، وسلامته من الفسق ظاهر، وهو رأي الحنفية.

٧. رأي الأصوليين في "الموقوف الذي له حكم الرفع" مقارناً برأي المحدثين:

اتفق الأصوليون على أن قول الصحابي الذي ليس للرأي مجال فيه إذا تحققت حجة فيه شروط الصحة، فما كان من الغيبات كأشراط الساعة مثلاً، فهو حجة، وهو رأي المحدثين كذلك.

٨. رأي الأصوليين في "زيادة الثقة" مقارناً برأي المحدثين:

للأصوليين والمحدثين في هذه المسألة أربعة أقوال مشهورة: القول الأول: أن زيادة الثقة مقبولة مطلقاً إن تحققت الشروط العامة، وهذا رأي بعض الأصوليين كالشيرازي، والجويني، والغزالي، والنووي، والصيرفي، وغيرهم، وهو رأي جمهور المحدثين.

القول الثاني: أن زيادة الثقة لا تقبل مطلقاً، وهو رأي حكاة الخطيب عن قوم، ونسبه إلى الحنفية نسبة لا تصح.

القول الثالث: إن قبول زيادة الثقة أو ردها مبني على القرائن، فلا تقبل مطلقاً ولا ترد مطلقاً، وهو قول متقدمي أئمة الحديث كبحي بن معين، والبخاري، وأحمد، وغيرهم.

القول الرابع: إن زيادة الثقة مقبولة إن اتحد المجلس وتُصور غفلة من فيه من الرواة وإلا لم يقبل، وعلى هذا جماهير الأصوليين، وقد نقل الآمدي اتفاق الفقهاء والمتكلمين على وجوب قبول الزيادة في هذه الحالة.

هذا، وإن مما أوصى به الباحثين -بعد تقوى الله - التالي:

١. عمل دراسات حديثة لعلماء أصول الفقه ممن لهم مشاركات في علم الحديث رواية أو دراية، وإبراز ذلك الجانب وآثاره في أطروحات العالم وما يتبناه من آراء واتجاهات وتقعيدات في علم أصول الفقه.

٢. دراسة بعض مسائل علم مصطلح الحديث وقواعده المبنية على التقديرات الذهنية، والنظرات العقلية، والتجربة الميدانية فإن تجلية مثل ذلك يضيف بُعداً جديداً وهو البعد العقلي الأعمى والحصافة عند علماء الحديث.

٣. البحث في أثر البيئة الاجتماعية والعلمية للمحدث، والطبيعة الشخصية، والأوضاع السياسية والعلاقات المجتمعية في طريقة تعامله بمعادلات النظر إلى الأحاديث سنداً وامتناً والحكم على الرجال جرحاً وتعديلاً، والحديث صحة وحسناً وضعفاً.

٤. تتبع الفروع الفقهية المبنية على الخلافات الحديثية، واستخلاصها من طيات "المغني" لابن قدامة المقدسي - مثلاً -.

أسأل الله القبول عنده وبين خلقه،
والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات،

التعاقد من الباطن وأحكامه في الفقه الإسلامي

الدكتور

هشام يسري محمد العربي

أستاذ الفقه المقارن المشارك

بكلية الشريعة وأصول الدين - جامعة نجران

المملكة العربية السعودية

ملخص البحث

التعاقد من الباطن من أنواع التعاقدات التي شاعت بين المسلمين في الآونة الأخيرة.

وتدور فكرته حول قيام شخص ثالث بتنفيذ التزامات المتعاقد الأصلي أو جزء منها، كما في عقود المقاوله مثلا، فالمقاول الذي يتعاقد مع هيئة أو مؤسسة على إنشاء مشروع مبانٍ أو مستشفى مثلا ونحو ذلك قد يتعاقد مع مقاول ثانٍ أو مقاولين على إنشاء المبنى كاملا دون أن يقوم المقاول الأصلي بجزء من العمل، أو يتعاقد المقاول الأصلي مع غيره على إنجاز جزء من العمل، كأن يتعاقد مع مقاول للقيام بأعمال الكهرباء، ومع آخر للقيام بأعمال السباكة، ومع ثالث للقيام بأعمال النجارة ... وهكذا.

ومن المقرر في الفقه الإسلامي أن الأصل أن يقوم كل متعاقد بعمل ما التزم به بنفسه، إلا أن هناك أسبابا قد تدفع بعض المتعاقدين إلى أن يتعاقدوا مع آخرين من جانبهم - سواء بإذن الطرف الآخر (صاحب العمل) أو بغير إذنه - لتنفيذ ما تعاقدوا عليه.

ولذا فإن من الواجب تناول هذا الموضوع بالبحث والدرس للوصول إلى الأحكام الفقهية الخاصة به، ومعرفة أسبابه، وأركانه وشروطه، وحكمه العام، وما هي الضوابط التي لا بد منها لجوازه من الناحية الفقهية؟ وهل يدخل التعاقد من الباطن جميع العقود، أم أن هناك عقودا لا يمكن أن يجري فيها؟ وما هي صورته فيما يدخله من عقود؟ وما حكمه في كل عقد من العقود التي يدخلها؟ وما حكم اشتراط قبول المتعاقد الأول للتعاقد من الباطن؟ وعلى من يكون الضمان في هذا التعاقد؟ وغير ذلك من التساؤلات التي تجيب عنها الدراسة التي جاءت في سبعة مباحث، ونتج عنها ست وستون نتيجة، ورجعت لنحو مائة وسبعين مرجعا.

Abstract:

Subcontracting In Islamic jurisprudence

Subcontracting of types of contracts that have been common among Muslims in recent times.

Its truth is that a third person has performed the obligations of the original contractor or part thereof, As in contracting, for example, A contractor who contracts with an organization or institution to construct a building project or a hospital, for example, may contract with a second contractor or contractors to construct the entire building without the original contractor doing part of the work. With a contractor to do electrical work, and another to do plumbing, and with a third to do carpentry work ... and so on.

In Islamic jurisprudence, the principle is that each contractor must do what he has committed himself. However, there are reasons that may lead some contractors to contract with others, either with the permission of the other party (the employer) or without his permission, to carry out what they have contracted for.

Therefore, it is necessary to address this subject research and study to reach the jurisprudence of its own, and knowledge of its causes, and its provisions and conditions, and general governance, and what are the necessary controls for his passport in terms of jurisprudence? Does subcontracting enter into all contracts, or are there contracts that can not be entered? What are the forms of contracts entered into? What is the ruling in each of the contracts that enter it? What is the provision for acceptance of the first contractor for subcontracting? Whom is the guarantee in this contract? And other questions answered by the study, which came in seven investigations, resulting in sixty-six result, and returned to about one hundred and seventy references.

* * *

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين سيدنا محمد وآله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد؛ فإن أبواب العقود هي لب المعاملات، وجوهرها، وقد صاغها الفقهاء حديثاً فيما عرف بنظرية العقد، تلك النظرية التي تنتظم الكلام عن العقود من حيث تعريفها وأقسامها وأركانها وشروطها ومبطلاتها وكل ما يتعلق بها من أحكام.

والناظر في الفقه الإسلامي يجد مدرستين في النظر إلى العقود المستحدثة: مدرسة ترى أن للمتعاقدين أن يعقدوا ما شاءوا من العقود، ما داموا لا يخالفون نصاً شرعياً ولا قاعدةً فقهيةً مقررةً. ومدرسة ترى أن هناك عقوداً مسماةً ذكرها فقهاؤنا الأقدمون في كتبهم، ولا بد أن ندور في فلکها وأن لا نخرج عنها.

والتعاقد من الباطن من أنواع التعاقدات التي شاعت بين المسلمين في الآونة الأخيرة. وتدور فكرته حول قيام شخص ثالث بتنفيذ التزامات المتعاقد الأصلي أو جزء منها، كما في عقود المقاوله مثلا، فالمقاول الذي يتعاقد مع هيئة أو مؤسسة على إنشاء مشروع مبانٍ أو مستشفى مثلا ونحو ذلك يحتاج إلى مقاول من الباطن للقيام بأعمال الخراسانات، وآخر للقيام بأعمال البناء، وثالث لأعمال النجارة، ورابع لأعمال الدهانات، وخامس لأعمال الكهرباء، وهكذا.

ومن المقرر في الفقه الإسلامي أن الأصل أن يقوم كل متعاقد بعمل ما التزم به بنفسه، إلا أن هناك أسباباً قد تدفع بعض المتعاقدين إلى أن يتعاقدوا

مع آخرين من جانبهم - سواء بإذن الطرف الآخر (صاحب العمل) أو بغير إذنه - لتنفيذ ما تعاقدوا عليه.

ولذا فإن من الواجب تناول هذا الموضوع بالبحث والدرس للوصول إلى الأحكام الفقهية الخاصة به، ومعرفة أسبابه، وأركانه وشروطه، وحكمه العام، وما هي الضوابط التي لا بد منها لجوازه من الناحية الفقهية؟ وهل يدخل التعاقد من الباطن جميع العقود، أم أن هناك عقودًا لا يمكن أن يجري فيها؟ وما هي صورته فيما يدخله من عقود؟ وما حكمه في كل عقد من العقود التي يدخلها؟ وما حكم اشتراط قبول المتعاقد الأول للتعاقد من الباطن؟ وعلى من يكون الضمان في هذا التعاقد؟ وغير ذلك من التساؤلات التي تجيب عنها الدراسة.

الدراسات السابقة:

هناك بعض الدراسات التي تناولت موضوع التعاقد من الباطن، لكنها قليلة، وكثير منها تعرض للتعاقد من الباطن في بعض العقود، وليس بشكل مستوعب. وأهم تلك الدراسات:

- التعاقد من الباطن للباحث/ محمد عبدالعزيز العمرو، وهو بحث مقارنة بين الفقه والقانون، مقدم لمعهد الإدارة العامة، برنامج دراسات الأنظمة سنة ١٤٠٠هـ، ولم يتناول من صور التعاقد من الباطن سوى الإجارة والمقاولة^(١).
- عقد المقاولة من الباطن دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي للدكتور/ مصطفى عبدالسيد الجارحي، دراسة منشورة بدار النهضة العربية بالقاهرة سنة ١٩٨٨م.

(١) انظر: العقد من الباطن في الفقه الإسلامي للدكتور/ سامي بن عبدالعزيز الماجد، رسالة دكتوراه بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية سنة ١٤٢٩هـ ص(٥-٦).

- عقد المقابلة في الشريعة والقانون، رسالة دكتوراه بكلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر بالقاهرة للباحث/ أحمد عبدالحكيم العناني سنة ١٤٠٩هـ / ١٩٨٩م.
- الإيجار من الباطن والتنازل عن الإيجار في كل من القانون الأردني والمصري والعراقي دراسة مقارنة، للباحث/ مضر مزهر أحمد المطلق، رسالة ماجستير بكلية الحقوق بالجامعة الأردنية سنة ١٩٩٣م.
- عقد المقابلة من الباطن في الفقه والنظام للباحث/ محمد بن عبدالعزيز ناصر الماجد، بحث تكميلي للمجستير بالمعهد العالي للقضاء سنة ١٤١٦هـ.
- التأجير من الباطن دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، رسالة ماجستير بكلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر للباحث/ إبراهيم حسن بكير يوسف، ولم أقف على تاريخها.
- عقد المقابلة للدكتور/ عبدالرحمن بن عايد العايد، وهو رسالة دكتوراه بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية نوقشت سنة ١٤٢١هـ، وطبعتها الجامعة الطبعة الأولى سنة ١٤٢٥هـ / ٢٠٠٤م، وعقد مؤلفها فصلاً فيها للمقابلة من الباطن.
- عقد المقابلة حقيقته، تكييفه، صورته: مجموعة بحوث قدمت للدورة الرابعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، المنعقدة في الدوحة في ذي القعدة ١٤٢٣هـ / يناير ٢٠٠٣م للأساتذة الدكاترة: عجيل النشمي، وجاسم الشامسي، وجبر الألفي، وقطب سانو، ووهبة الزحيلي. وكلهم تعرض للمقابلة من الباطن في مبحث أو مطلب ضمن بحثه عن عقد المقابلة.

- عقد المقابلة في الفقه الإسلامي وما يقابله في القانون المدني، رسالة ماجستير بجامعة النجاح الوطنية بنابلس- فلسطين، للباحث/ زياد شفيق حسن قرارية سنة ٢٠٠٤م.
- عقد الإجارة من الباطن دراسة مقارنة للباحث/ فهد بن سواد مطلق المطيري، بحث تكميلي للماجستير بالمعهد العالي للقضاء سنة ١٤٢٢هـ.
- آثار التعاقد من الباطن في العقود الإدارية دراسة مقارنة، للباحث/ سلطان بن حسن سلطان آل يحيى، رسالة جامعية بكلية الاقتصاد والإدارة بجامعة الملك عبدالعزيز سنة ١٤٢٨هـ.
- التعاقد من الباطن وتطبيقاته في بعض العقود المدنية، رسالة ماجستير بكلية القانون بالجامعة المستنصرية بالعراق سنة ٢٠٠٨م، للباحث/ قيس جبار مصطفى.
- العقد من الباطن في الفقه الإسلامي للدكتور/ سامي بن عبدالعزيز الماجد، رسالة دكتوراه بكلية الشريعة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية سنة ١٤٢٩هـ. وهي من أكثر الدراسات استيعابًا للموضوع، ولم يمكنني مطالعتها، اللهم إلا المقدمة والفهرس وملخص الرسالة.
- ضوابط التأجير من الباطن للخدمات المعينة في المصارف الإسلامية، بحث للدكتورة/ أسماء فتحي عبدالعزيز، مقدم إلى مؤتمر المصارف الإسلامية بين الواقع والمأمول، المنعقد بدبي سنة ٢٠٠٩م.
- المقابلة الفرعية، رسالة ماجستير بكلية الحقوق بجامعة الجزائر سنة ٢٠٠٩م، للباحثة/ بارجم صليحة.
- المقابلة من الباطن في ضوء أحكام القضاء والتشريع دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي، للدكتور/ غازي خالد أبو عرابي، دراسة منشورة

سنة ٢٠٠٩م. وهي دراسة قانونية في المقام الأول لعقد المقاولة من الباطن.

• عقد المقاولة في الفقه الإسلامي، بحث منشور بمجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد (٢٦) العدد الثاني سنة ٢٠١٠م للباحث/ إبراهيم شاشو، وتعرض فيه للمقاولة من الباطن في صفحة واحدة من بحثه.

• العقود المضافة إلى مثلها، رسالة ماجستير بالمعهد العالي للقضاء للباحث/ عبدالله بن عمر بن حسين بن طاهر، مطبوعة سنة ١٤٣٤هـ/ ٢٠١٣م.

• أحكام عقدي المقاولة والصيانة من الباطن في الفقه الإسلامي والقانون الكويتي، رسالة ماجستير للباحث/ سلطان مبارك معطش الرشيد، بكلية دار العلوم جامعة المنيا، نوقشت سنة ١٤٣٥هـ/ ٢٠١٤م.

تلك هي الدراسات التي وقفتُ عليها مما تناول موضوع التعاقد من الباطن، ولم أطلع على سائرهما، وكثير منها تناول التعاقد من الباطن في بعض العقود، ولم يستوعبها كلها بالدراسة، ولم ينظرُ لقضية التعاقد من الباطن ويستوعب جوانبها.

ولذلك كانت هذه الدراسة التي كنتُ أترقبُ تفرغي لها من عدة سنوات، والتي أرجو أن تسهم في بيان أحكام التعاقد من الباطن في الفقه الإسلامي، وتقدم تصوراً وافياً عنه بما يسهم في تكوين نظرية عامة له.

خطة البحث:

قسّمتُ البحثُ إلى مقدمة وسبعة مباحث، ثم خاتمة بالنتائج، وثبّتُ بمراجع البحث يليه فهرس الموضوعات، وذلك على النحو التالي:

المقدمة، بينتُ فيها أهمية الموضوع والهدف من دراسته، وذكرتُ التساؤلات البحثية التي تمثل إشكالية البحث، والدراسات السابقة، وخطة البحث، ومنهجه.

المبحث الأول: المقصود بالتعاقد من الباطن والتفرقة بينه وبين ما يشبهه.

المبحث الثاني: أسباب التعاقد من الباطن.

المبحث الثالث: أركان التعاقد من الباطن وشروطه.

المبحث الرابع: حكم التعاقد من الباطن في الفقه الإسلامي.

المبحث الخامس: ضوابط التعاقد من الباطن في الفقه الإسلامي.

المبحث السادس: العقود التي يجري فيها التعاقد من الباطن.

المبحث السابع: أحكام التعاقد من الباطن فيما يجري فيه من عقود.

ويشمل تسعة مطالب:

المطلب الأول: عقد الإجارة من الباطن.

المطلب الثاني: عقد الاستصناع من الباطن.

المطلب الثالث: عقد المقاولة من الباطن.

المطلب الرابع: عقد التوريد من الباطن.

المطلب الخامس: عقد الصيانة من الباطن.

المطلب السادس: عقد الإعارة من الباطن.

المطلب السابع: عقد الوديعة (الإيداع) من الباطن.

المطلب الثامن: عقد المضاربة من الباطن.

المطلب التاسع: عقد الوكالة من الباطن.

وتناولتُ كل عقد من تلك العقود من خلال عدة فروع أبين فيها تعريفه، ومشروعيته وتكليفه الفقهي، وصورته، وحكمه، وحكم اشتراط قبول المتعاقد الأصلي الأول للتعاقد من الباطن في هذا العقد، وعلى من يكون الضمان فيه؟ الخاتمة، وفيها نتائج البحث وما توصل إليه.

مراجع البحث مرتبة حسب الحروف الهجائية، وأخيراً فهرس موضوعات البحث.

منهج البحث:

اعتمدتُ في بحثي على عدة مناهج للوصول إلى النتائج المرجوة، من أهمها المنهج الاستقرائي، والمنهج الاستنباطي، والمنهج الوصفي، والمنهج التحليلي.

وحاولتُ الرجوع للمصادر الأصيلة في الأعم الأغلب مكتفياً بالمذاهب الأربعة السنية، غير مغفلٍ الدراسات المعاصرة مما استطعتُ الوقوف عليه، مع التزامي بعزو النقول لمصادرها، ونسبة الأقوال لقائلها، وعزو الآيات القرآنية إلى سورها ومواضعها، وتخريج الأحاديث النبوية من مظانها، مع نقل أقوال أهل الحديث فيها تصحيحاً وتضعيفاً إذا كانت في غير الصحيحين ما أمكن، مبيناً ما أراه راجحاً في كل خلاف أعرض له.

وبعد، فهذا البحث محاولةٌ لاستجلاء موضوع التعاقد من الباطن والوقوف على أحكامه وصوره في الفقه الإسلامي في كل ما يدخله من عقود؛ فإنَّ حقَّ أهدافه فبتوفيق الله سبحانه، وإنَّ أخفق في شيء من ذلك فحسبي شرف المحاولة والاجتهاد، واللهُ المسئولُ أن ينفع به؛ إنه ولي ذلك والقادر عليه. والحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلم وبارك على سيدنا محمد وآله وصحبه أجمعين.

* * *

المبحث الأول: المقصود بالتعاقد من الباطن

والترفة بينه وبين ما يشبهه

ويشمل مطلبين:

المطلب الأول: المقصود بالتعاقد من الباطن.

المطلب الثاني: التفرقة بين التعاقد من الباطن وما يشبهه.

المطلب الأول: المقصود بالتعاقد من الباطن:

التعاقد: تفاعل من العقد، والتفاعل يقتضي المشاركة بين أكثر من شخص، كالتقابل والتصادم. والعقد لغةً يطلق على عدة معانٍ، منها: الربط والشد والتوثيق والإحكام والجمع بين شيئين، ومنه: عقد طرفي الحبل، وعقد العهد، وعقد اليمين، وعقد العزم. وجمعه عقود^(١).

قال الزبيدي: «والذي صرح به أئمة الاشتقاق أن أصل العقد نقيض الحل، عقده يعقده عقداً وتعقداً، وعقده، وقد انعقد وتعقد، ثم استعمل في أنواع العقود من البيوعات والعقود وغيرها»^(٢).

وفي اصطلاح الفقهاء: له إطلاقان: الأول: عام، وهو قريب من المعنى اللغوي، ويفيد معنى الالتزام، سواء نشأ الالتزام عن اتفاق بين طرفين، أو عن إرادة منفردة، ويجمع العقد بهذا المعنى ما يعزم المرء على إيقاعه بإرادته أو بالاتفاق عليه مع غيره، وطبقاً لهذا المعنى العام فإن ما يطلق عليه العقد هو كل تصرف ينشأ عنه حكم شرعي، سواء كان صادراً من طرف واحد كالنذر والطلاق والصدقة، أم صادراً من طرفين متقابلين كالبيع والإجارة.

(١) راجع: تاج العروس للزبيدي (٨/ ٣٩٤ وما بعدها) مادة (عقد)، ولسان العرب لابن منظور (٣/ ٢٩٦) مادة (عقد)، والقاموس المحيط للفيروزآبادي (١/ ٣١٢-٣١٣) مادة (باب الدال، فصل العين)، والمصباح المنير للفيومي ص (٤٢١) مادة (عقد).

(٢) تاج العروس (٨/ ٣٩٤).

أما الإطلاق الثاني: وهو المعنى الخاص للعقد، وهو يقتصر على الالتزام الناشئ عن اتفاق بين طرفين، وهذا المعنى هو المتداول والمتبادر من إطلاقات الفقهاء^(١).

وبهذا الإطلاق جاءت تعريفات الفقهاء للعقد؛ فقد جاء في فتح القدير: «هو المجموع المركب من الإيجاب والقبول مع الارتباط الشرعي الحاصل بينهما»^(٢)، وعرفه الدسوقي بأنه «ما يتوقف على إيجاب وقبول»^(٣)، وجاء في مجلة الأحكام العدلية أن «العقد التزام المتعاقدين أمرًا وتعهدهما به، وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول»^(٤)، وأن «الانعقاد تعلق كل من الإيجاب والقبول بالآخر على وجه مشروع يظهر أثره في متعلقهما»^(٥)، وقريب منه ما جاء في مرشد الحيران: أن «العقد هو عبارة عن ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه»^(٦).

وقد اتفق الفقهاء على أن العقد لا يوجد ولا يُصور إلا إذا وُجدَ عاقدان وصيغة (إيجاب وقبول) ومحلُّ يردُّ العقد عليه (معقود عليه). وقد أطلق الجمهور على تلك الثلاثة أركان العقد^(٧)، بينما حصر الحنفية أركان العقد في الصيغة وحدها، واعتبروا العاقدين والمعقود عليه مما يستلزمه وجود

(١) انظر: نظرية العقد للدكتور/ محمد سراج ص(١٢-١٣)، وراجع: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية للشيخ/ محمد أبي زهرة ص(١٩٩-٢٠١)، والأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي للدكتور/ محمد يوسف موسى ص(٢٢٩-٢٣٠).

(٢) فتح القدير للكمال بن الهمام (٨٠/٨).

(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/٥).

(٤) مجلة الأحكام العدلية مع شرحها درر الحكام لعلي حيدر (١/١٠٥) مادة رقم (١٠٣).

(٥) مجلة الأحكام العدلية مع درر الحكام (١/١٠٥) مادة رقم (١٠٤).

(٦) مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان لمحمد قنري باشا مادة رقم (١٦٨) ص(٢٧).

(٧) الركن هو: ما يكون به قوام الشيء ووجوده بحيث يعد جزءًا داخلاً في ماهيته. انظر: المدخل الفقهي العام للزرقي (١/٣٠٠، فقرة ١٣٨)، وراجع: المصباح المنير ص(٢٣٧) مادة (ركن)، والتعريفات للجرجاني ص(١٤٩)، وأصول الفقه للدكتور/ أبي النور زهير (١/١٦٠).

الصيغة؛ على اعتبار أنهما ليسا جزءاً من حقيقة العقد وإن كان يتوقف وجوده عليهما^(١).

والباطن: خلاف الظاهر، ويجمع على بواطن، وهو داخل كل شيء، والبطن من كل شيء جوفه، والباطن من أسماء الله تعالى، كما جاء في قوله سبحانه: ﴿هُوَ الْأَوَّلُ وَالْآخِرُ وَالظَّاهِرُ وَالْبَاطِنُ وَهُوَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾^(٢)، وهناك أقوال عديدة في تأويل معناها في حقه تعالى ليس هذا محل سردها. وكل معاني الباطن تدور حول المخفي والغامض والداخل وكل ما هو خلاف الظاهر^(٣).

والتعاقد من الباطن: يقصد به عقد يتم إبرامه بين متعاقد في عقد سابق مع متعاقد جديد (ثالث) لإتمام الأعمال التي تم التعاقد عليها في العقد الأول أو بعضها، مع سريان العقد الأول.

وعرفه بعض الباحثين بقوله: «عقد بين طرفين ناشئ عن عقد سابق مترتب عليه، يكون أحد طرفيه هو نفسه أحد طرفي العقد السابق، مقتضاه انتقال ما لزم هذا الطرف بموجب العقد الأول من مسؤوليات بعضها أو كلها، أو ما له من حق ومنفعة إلى طرف آخر ليس طرفاً في العقد السابق، مع بقاء مسؤولية الطرف الأول في ذلك العقد»^(٤).

فهو مرتبط بالعقد الأول (الأصلي) وجوداً وعمداً، ومضاف إليه، ومشارك معه في محل العقد. فلا يتصور عقد من الباطن بدون عقد أصلي

(١) انظر: نظرية العقد للدكتور/ سراج ص(٣٩)، ونظرية العقد في الفقه الإسلامي للدكتور/ عبدالفتاح إدريس ص(٥٢-٥٣). وراجع: المدخل الفقهي العام (١/ ٣١٨، فقرة ١٥٠)، والأموال ونظرية العقد ص(٢٣٣)، وراجع كذلك: فتح القدير (٦/ ٢٤٨)، وحاشية ابن عابدين (٤/ ٥٠٤)، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/ ٢)، ومغني المحتاج للشربيني (٢/ ٣٢٣)، وشرح منتهى الإرادات للبهوتي (٢/ ٥-٦).

(٢) سورة الحديد: آية رقم (٣).

(٣) راجع: تاج العروس (٣٤/ ٢٦٠-٢٧١) مادة (بطن)، ولسان العرب (١٣/ ٥٤-٥٥) مادة (بطن)، والقاموس المحيط (٤/ ١٩٨-١٩٩) مادة (باب النون، فصل الباء).

(٤) العقد من الباطن في الفقه الإسلامي للدكتور/ سامي الماجد ص(٣٤).

يصلح لأن يُنتجَه، كما لا يُتصورُ عقد من الباطن بدون متعاقد مشترك بين العَقدَين.

ولذلك فإن العقد من الباطن يدخل فيما يطلق عليه العقود التبعية، في مقابلة العقود الأصلية، والعقد الأصلي - كما يعرفه الدكتور السنهوري - «ما كان مستقلاً في وجوده غير تابع لعقد آخر»، أما العقد التبعي فيعرفه بقوله: «ما كان تابعاً لعقد أصلي وجد قبله»^(١).

ويوضح الدكتور السنهوري الفرق بينهما بأن العقد الأصلي له وجود مستقل، أما العقد التبعي فيتبع في وجوده وصحته العقد الأصلي الذي يستند إليه؛ فيكون صحيحاً أو باطلاً، ويبقى أو ينقضي تبعاً للعقد الأصلي^(٢).

(١) نظرية العقد للدكتور/ عبدالرزاق السنهوري ص(١٤٣).
(٢) انظر: المرجع السابق. وقد مثل للعقد الأصلي بعقد البيع والإجارة باعتبار كل منهما قائماً بذاته، وللعقد التبعي بعقد الكفالة والرهن باعتبارهما من عقود التوثيقَات لضمان حقوق الغير الناتجة عن عقد بيع أو إجارة ونحوهما.

المطلب الثاني: التفرقة بين التعاقد من الباطن وما يشبهه:

وفيه فرعان:

الفرع الأول: التفرقة بين التعاقد من الباطن والتنازل عن العقد.

الفرع الثاني: التفرقة بين التعاقد من الباطن والعقد المشترك.

الفرع الأول: التفرقة بين التعاقد من الباطن والتنازل عن العقد:

يختلف التعاقد من الباطن بالمعنى الذي بينته عن التنازل عن العقد؛ فالتنازل عن العقد هو «اتفاق يراد به نقل حقوق أحد المتعاقدين والتزاماته الناشئة عن عقد ما إلى طرف ثالث يسمى المتنازل له»^(١).

فالتنازل عن العقد ينتهي به العقد الأول، وتتحول حقوق أحد طرفيه والتزاماته إلى شخص آخر (المتنازل له) حيث يحل محله. وهذا هو الفرق الجوهرى بين التعاقد من الباطن والتنازل عن العقد؛ فالتعاقد من الباطن لا ينتهي به العقد الأول، بل يظل سارياً وتنشأ بجواره علاقة تعاقدية أخرى بين أحد طرفيه وطرف جديد للقيام بالتزامات الطرف المشترك أو بعضها، ولا تكون هناك علاقة مباشرة بين الطرف الجديد والمتعاقد الأصلي الأول (الدائن أو صاحب المنفعة). أما التنازل عن العقد فيخرج فيه أحد طرفي العقد الأول من العلاقة التعاقدية ليحل طرف جديد محله؛ ومن ثم لا يكون هناك إلا عقد واحد. كما أن المتنازل له تكون علاقته بالطرف الباقي (المتنازل لديه) علاقة مباشرة، بخلاف التعاقد من الباطن.

وإن كانا يتفقان في أن كلا منهما لا يمكن تصوّره إلا مع وجود عقد سابق ينبنيان عليه. وأنها يسمحان بإحلال الغير محل أحد طرفي العقد في تنفيذ المتعاقد عليه، وأنها يجب أن يتمّان في خلال مدة العقد الأول وحال

(١) انظر: العقد من الباطن في الفقه الإسلامي للدكتور/ سامي الماجد ص(٤١). وراجع أيضاً: عقد المقاول من الباطن دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي للدكتور/ مصطفى عبدالسيد الجارحي ص(٢٥)، والمقاول من الباطن في ضوء أحكام القضاء والتشريع للدكتور/ غازي أبو عرابي ص(٢٧).

استمراره. وكذلك يتفقان في أن كلا منهما يمكن أن يرد على جزء من العقد الأول، وليس بالضرورة أن يرد عليه كلّه^(١).

الفرع الثاني: التفرقة بين التعاقد من الباطن والعقد المشترك:

العقد المشترك هو اتفاق بين شخص من جهة و عدة أشخاص من جهة أخرى لتنفيذ أعمال معينة؛ حيث يتم التعاقد مع كل واحد منهم بصفة مستقلة. فيكون كل متعاقد منهم مرتبطاً بالطرف الأول بواسطة رابطة عقدية (أصلية) تسمح لأي منهما بالرجوع على صاحبه مباشرة.

وقد يكون العقد المشترك اتفاقاً بين الشخص الأول من جهة والأشخاص الآخرين من جهة أخرى، ولكن بصورة تضامنية بينهم في مواجهة الطرف الأول.

وقد يكونون جميعاً في عقد واحد، لكن باعتبار أن كلا منهم مسئولٌ بصفة شخصية عما أسند إليه من أعمال.

هذا هو العقد المشترك. ومثاله عقود التأمين التي تجريها شركات التأمين مع عدد كبير من الأشخاص (المستأمنين)؛ حيث يقوم كل شخص على حدة بالتعاقد مع شركة التأمين (المؤمن) بعقد مستقل. كما توجد صور له في عقود المقاوله فيما إذا تعاقد صاحب العمل مع عدد من المقاولين لإنجاز عمل معين يشترك فيه جميع المقاولين^(٢).

والعقد المشترك بهذا المعنى الذي بينتهُ يختلف اختلافاً واضحاً عن التعاقد من الباطن كما أوضحتهُ من قبل؛ ففي المقاوله من الباطن مثلاً يقوم صاحب العمل بالتعاقد مع مقاول واحد على العمل كله، ثم يقوم هذا المقاول بدوره بالتعاقد مع مقاولين آخرين من الباطن لتنفيذ ما اتفق عليه مع صاحب العمل.

(١) راجع: المقاوله الفرعية للباحثة/ بروج صليحة، رسالة ماجستير بكلية الحقوق جامعة الجزائر سنة ٢٠٠٨ / ٢٠٠٩ م ص (٢٤). وراجع أيضاً: المقاوله من الباطن للدكتور/ غازي أبو عرابي ص (٣٠-٣٢)، وعقد المقاوله للدكتور/ عبدالرحمن العايد ص (٢٥١-٢٥٣).

(٢) راجع: المقاوله الفرعية ص (٢٦-٢٧).

فلا تكون هناك علاقة تعاقدية مباشرة بين الطرفين وبين أولئك المقاولين، بخلاف العقد المشترك الذي يقوم الطرف الأول بنفسه بالتعاقد معهم واحدًا واحدًا، ويكون له حق الرجوع عليهم بشكل مباشر، وتتعلق حقوقهم به، وليس بشخص آخر.

كما أن المتعاقدين في العقد المشترك لا يتأثر أحدهم بموقف بقية الشركاء، إلا إذا كانوا متضامنين، أو كان الالتزام لا يقبل الانقسام^(١). بخلاف التعاقد من الباطن الذي يرتبط فيه العقد الثاني (من الباطن) بالعقد الأصلي الأول وجودًا وعدمًا.

لكن قد يلتقي ويتداخل كلٌّ من العقد المشترك والعقد من الباطن فيما إذا تعاقد صاحب عمل مثلاً مع مقاول كبير لإنجاز عمل ضخ كبناء مجمع سكني، ثم يقوم هذا المقاول بالتعاقد من الباطن مع عدد من المقاولين الصغار للقيام بمختلف الأعمال من خلال عقد مشترك بينه من جهة وبين كل واحد منهم من جهة أخرى؛ فيكون قد عقد معهم عقوداً من الباطن وهي في الوقت نفسه عقد مشترك. فهي في مواجهة المقاول الكبير عقود مشتركة، وفي مواجهة الطرف الأول (صاحب العمل) عقود من الباطن^(٢).

فالتكييف يختلف بحسب الجهة الملاحظة، لكن يبقى الفرق بين طبيعة كلا العقدين.

* * *

المبحث الثاني: أسباب التعاقد من الباطن

لم يكن التعاقد من الباطن باعتباره صورة من صور التعاقد معروفاً قديماً لعدم الداعي إليه؛ فقد كانت الحياة بسيطة وغير معقدة، وإنما ظهر في العصر

(١) راجع: المقابلة الفرعية ص(٢٧).

(٢) راجع: المرجع السابق.

الحديث؛ نتيجة التطور والتعقد في المعاملات المالية، مع ما تتطلبه من سرعة في الأداء والإنجاز.

وإن كان الفقهاء عرفوا صوراً منه، وتكلموا عنها أثناء بيانهم لأحكام العقود التي ظهر فيها، مثل دفع المضارب مال المضاربة لآخر ليضارب به، وكذلك إجارة المستأجر العين المستأجرة لآخر، وأيضاً توكيل الوكيل غيره فيما وكّل فيه. وتلك الصور الثلاثة ما هي إلا تعاقد من الباطن، كما سيأتي في موضعه إن شاء الله.

لكن ظهور مصطلح التعاقد من الباطن باعتباره صورة من صور التعاقد كان أولاً في الغرب، ولعله كان في فرنسا تحديداً حيث نشأت القوانين بمعناها الحديث، وأسبقها القانون الفرنسي، ثم انتقل المصطلح بعد ذلك إلى القوانين العربية^(١).

ويمكن إجمال الأسباب التي تؤدي إلى التعاقد من الباطن فيما يلي:

١- أن يتحمل المتعاقد الأول (المشترك) في العقد الأول تبعات ومسئوليات لا يمكنه القيام بها وحده؛ فيضطر إلى الاستعانة بآخرين من خلال التعاقد معهم من الباطن للقيام ببعض ما تعاقد عليه. وهذا يظهر في عقود المقاولات والاستصناع والوكالة التي تكون على أعمال كبيرة ومتعددة.

٢- دخول بعض شركات المقاولات والتوريد والاستصناع في عقود ليست مؤهلة للقيام بأعمالها؛ ومن ثم تلجأ لمقاولين وموردين من الباطن للقيام بها.

٣- رغبة المتعاقد الأول (المشترك) في التخفف من بعض الأعمال المتعاقد عليها في العقد الأول؛ فيقوم بالتعاقد عليها مع أشخاص من الباطن. كما يحدث في عقود الوكالة.

(١) انظر: العقد من الباطن في الفقه الإسلامي للدكتور/ سامي الماجد ص(٣٦-٣٧).

٤- خشية المتعاقد الأول (المشترك) في فوات بعض الأعمال المتعاقد عليها في العقد الأول؛ فيلجأ إلى التعاقد من الباطن مع آخرين لإنجازها وعدم فواتها أو حلول الآجال المتفق عليها وتعرضه لشروط جزائية ونحو ذلك. كما يحدث في عقود المقاولات والاستصناع ونحوهما.

٥- أن يجد المتعاقد الأول (المشترك) من هو أقدر وأحذق منه فيما تعاقد عليه في العقد الأول؛ فيلجأ إلى التعاقد معه من الباطن طلباً في القيام بالعمل بشكل أفضل إما لربح أزيد أو غير ذلك. كما يحدث في المضاربة من الباطن في بعض صورها.

٦- أن يطمع بعض المقاولين ونحوهم في الظفر بشيء من العقود التي يعقدها غيرهم فيطلبوا الدخول في تلك العقود من الباطن، كما يحدث كثيراً في أعمال المقاولات والتوريدات أو الصيانة، خاصة إذا كان المتعاقد من الباطن أقل شهرة، أو لا تنطبق عليه شروط الدخول في المناقصات الكبرى.

٧- أن يكون المتعاقد من الباطن (الطرف الثالث) غير مرضي عنه عند رب المال لأي سبب من الأسباب؛ فيجعل بينه وبين رب المال وسيطاً (المتعاقد المشترك) يتستر به، في مقابلة جزء من المال، ويقوم هو بالعمل، من غير علم الطرف الأول. كما يحدث في بعض عقود المقاوله، أو الإجارة من الباطن^(١).

وقد يكون هناك أسباب أخرى لا تبعد كثيراً عما ذكرته.

* * *

(١) انظر: العقد من الباطن في الفقه الإسلامي للدكتور/ سامي الماجد ص(٥٠-٥٢).

المبحث الثالث: أركان التعاقد من الباطن وشروطه

ويشمل مطلبين:

المطلب الأول: أركان التعاقد من الباطن.

المطلب الثاني: شروط التعاقد من الباطن.

المطلب الأول: أركان التعاقد من الباطن:

التعاقد من الباطن شأنه شأن أي تعاقد لابد له من أركان؛ لكي يكون عقدًا صحيحًا ينتج آثارًا.

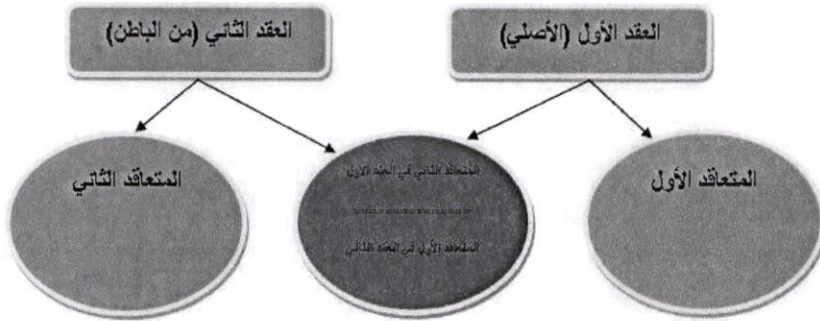
وأركان العقد - كما سبقت الإشارة: العاقدان، والصيغة (الإيجاب والقبول)، والمعقود عليه. وهذا على مذهب الجمهور من غير الحنفية.

والحنفية يحصرونها - كما سبق - في الصيغة وحدها، ويعتبرون العاقدَيْن والمعقود عليه مما يستلزمه وجود الصيغة.

وفي التعاقد من الباطن يوجد العاقدان: أحدهما العاقد المشترك بين هذا العقد الثاني (من الباطن) والعقد الأول الذي هو الأساس للتعاقد من الباطن، والثاني هو الطرف الجديد (المتعاقد من الباطن).

ويلاحظ أن المتعاقد الثاني (الطرف الجديد) لا علاقة له بالمتعاقد الآخر في العقد الأول، إنما علاقته بالمتعاقد المشترك فقط.

ولعل الشكل التالي يوضح تلك العلاقة:



وتوجد الصيغة التي يتفق عليها المتعاقدان، ويتم بها التعاقد، والتي تتضمن الإيجاب والقبول أيًا كانت صورتها لفظية أو كتابية أو غير ذلك مما يدل على تلاقى إرادة كل من العاقدين على إنشاء العقد^(١).

ويوجد المعقود عليه، وهو العمل أيًا كان نوعه مقاولّة أو توريدًا أو استصناعًا أو مضاربةً أو غير ذلك - كما سألين عند الحديث عن العقود التي يجري فيها التعاقد من الباطن - والمقابل المادي له.

وبهذا يكون التعاقد من الباطن تعاقدًا مستوفي الأركان.

المطلب الثاني: شروط التعاقد من الباطن:

التعاقد من الباطن - كما سبقت الإشارة - عقد مبني على عقد سابق (العقد الأصلي)، ومرتبطة به وجودًا وعدمًا، ومشارك معه في محل العقد أو جزء منه.

ولذلك يمكن أن أجمل شروط التعاقد من الباطن في شرطين:

الشرط الأول: أن يتبع العقد من الباطن عقدًا أصليًا سابقًا له:

وذلك لأن العقد الأصلي - كما سبق - هو أصل العقد من الباطن، وسبب وجوده.

ولذلك فإنه يشترط وجود عقد سابق ابتداءً صالح لأن يُنتج عقدًا من الباطن، بمعنى أن يوجد عقد سابق صحيح مستكمل الأركان والشروط العامة للعقود؛ لكي يُتصور وجود عقدٍ آخر تابع له.

وهذه التبعية إنما جاءت بسبب وحدة المعقود عليه، واشتراك أحد العاقدين في كلا العقدين.

(١) راجع في طرق التعبير عن الإرادة في التعاقد: بحثي «التعاقد عن طريق الإنترنت من وجهة الفقه الإسلامي» بحث محكم ومنشور بمجلة مركز البحوث والدراسات الإسلامية بكلية دار العلوم جامعة القاهرة، العدد الثامن والأربعين رجب ١٤٣٥هـ / مايو ٢٠١٤م ص(٣٢٤-٣٣٣).

ولا يشترط أن يرد العقد من الباطن على كل المعقود عليه في العقد الأصلي، وإنما يصح أن يكون على جزء منه، فإذا تعاقدت شركة على بناء خمسة أبراج سكنية مثلا مع جهة معينة؛ ثم تعاقدت هذه الشركة مع مقاول من الباطن ليبنى ثلاثة منها مثلا صح العقد من الباطن، وكان تابعا للعقد الأصلي.

وهذه التبعية أيضا تقتضي اتحاد العقدين مبدئيا في طبيعة العقد، بمعنى أن العقد الأصلي إذا كان عقد مقاوله مثلا؛ فإن العقد من الباطن الناتج عنه يكون عقد مقاوله كذلك، وإذا كان العقد الأول إجارة كان الثاني إجارة كذلك، وهكذا.

ومن مقتضيات التبعية أيضا اتحاد العقدين في الالتزامات والحقوق بشكل عام، فالالتزام المتعاقد المشترك في العقد الأول بشيء ينتج عنه الالتزام نفسه في حق المتعاقد الثاني (من الباطن).

وكذلك من الطبيعي ألا يكون للمتعاقد الثاني (من الباطن) حق أكثر من حق المتعاقد الأول (المشترك) نفسه؛ فمثلا في الإجارة من الباطن لا يحق للمتعاقد الفرعي (من الباطن) أن يغير الغرض الذي أعدت له العين المستأجرة عما اتفق عليه المتعاقد الأصلي (المشترك)، ولا أن يستأجرها مدة أكثر مما استأجرها الأول، ونحو ذلك.

وأخيرا فإن هذه التبعية تقتضي أن العقد الأصلي متى انقضى بانتهاء مدته أو فسخه أو بأي سبب من أسباب انقضاء العقود؛ فإن ذلك يؤدي حتماً إلى انقضاء العقد الفرعي (من الباطن)؛ لأنه لا وجود له بدون العقد الأصلي، ويرتبط به وجوداً وهدماً - كما قررت أنفاً^(١).

(١) راجع: عقد المقاوله من الباطن دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي للدكتور/ مصطفى الجارحي ص(٣-١٠)، والمقاوله الفرعية ص(١٨-١٩)، والمقاوله من الباطن للدكتور/ غازي أبو عرابي ص(٢٣).

الشرط الثاني: قبول المتعاقد الأصلي الأول بالتعاقد من الباطن عند

الاعتبار الشخصي:

فمجرد وجود عقد أصلي سابق للعقد من الباطن ليس كافيًا وحده دائمًا وفي كل الحالات لكي يَنْتُجَ عنه تعاقدٌ من الباطن.

ففي بعض العقود من الباطن لا يرضى المتعاقد الأصلي الأول بغير مَنْ تعاقد معه للقيام بالالتزام محل التعاقد، وهو ما يعرف بالاعتبار الشخصي.

فالعقود القائمة على الاعتبار الشخصي هي العقود التي يعتد فيها بشخصية أحد المتعاقدين أو صفة من صفاته؛ فتكون شخصيته أو صفته عنصرًا جوهريًا في التعاقد ومحل اعتبار؛ بحيث يعتبر إسناده التنفيذ لغيره إخلالًا بالمتعاقد عليه.

ولذلك لا يجوز التعاقد من الباطن في مثل تلك العقود إلا بإذن صريح من المتعاقد الأصلي الأول (الدائن)، كما لا يجوز التنازل عنها أيضًا^(١).

ويمكن التمثيل لذلك بعقد الوكالة إذا اختار الموكل وكيلًا بعينه ذا صفات خاصة واسم وخبرة في مجاله؛ فليس لهذا الوكيل أن يوكل غيره فيما وُكِّلَ فيه، إلا بإذن الموكل - على ما سيأتي تفصيله في موضعه.

لكن قابلية العقود للتعاقد من الباطن دون قبول المتعاقد الأصلي الأول تختلف من عقد إلى عقد، بل تختلف في العقد الواحد من حالة إلى حالة أخرى بحسب ما أُشِرْتُ إليه من الاعتبار الشخصي.

وأحيانًا يكون المنع من التعاقد من الباطن في بعض العقود أو الحالات مصدره النصوص القانونية التي لا تسمح به ابتداءً؛ ومن ثَمَّ فلا بد من النص على استثنائه في العقد الأول بشكل صريح^(٢).

(١) راجع: المقالة الفرعية ص(٢٠).

(٢) راجع: المرجع السابق ص(٢٠-٢١).

ولذلك سيأتي تفصيل هذا الشرط عند بيان أحكام التعاقد من الباطن فيما يدخله من عقود في كل عقد على حدة بحسب طبيعته.

* * *

المبحث الرابع: حكم التعاقد من الباطن في الفقه الإسلامي

من المقرر في الفقه الإسلامي أن الأصل أن يقوم كلُّ متعاقد بتنفيذ ما التزم به بنفسه، إلا أنه يشرع إنابة الغير في ذلك التنفيذ. والتعاقد من الباطن يرجع أساسه إلى مبدأ إنابة الغير في القيام بما وجب على الشخص نفسه.

ومبدأ النيابة مشروع في الجملة، وقد استدل عليه الفقهاء بالعديد من النصوص، منها قوله تعالى: ﴿فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ﴾^(١)، وقوله عز وجل: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا﴾^(٢)، وغيرها من الآيات والأحاديث العديدة التي تدل على مشروعية النيابة بوجه عام^(٣).

ولذلك فإن التعاقد من الباطن طالما استوفى أركانه وشروطه التي بينتها فيما سبق فهو تعاقد صحيح، تترتب عليه آثاره.

وهو أيضاً يستند إلى مبدأ حرية التعاقد، وأن الأصل في العقود الجواز والصحة، ما دامت لا تصادم نصاً ولا قاعدة شرعية مقررّة؛ أخذاً من قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٤)، وقوله سبحانه: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾^(٥)، وقول النبي صلى الله عليه وسلم:

(١) سورة الكهف: آية رقم (١٩).
(٢) سورة التوبة: آية رقم (٦٠).
(٣) راجع: المدخل للفقه الإسلامي للدكتور/ محمد سلام مذكور ص(٦٢٥)، والوكالة في الشريعة والقانون للدكتور/ محمد رضا عبدالجبار العاني ص(٤٩ - ٥٤).
(٤) سورة المائدة: آية رقم (١).
(٥) سورة الإسراء: آية رقم (٣٤).

«المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً حرمّ حلالاً أو أحلّ حراماً»^(١)، وهو المتفق مع روح الدين ومراعاته لمصلحة الناس ما دامت لا تخالف نصّاً وتتفق ومقاصد الشريعة^(٢).

ويمكن تخريجه أيضاً على مسألة جواز أن يكون الوفاء من غير المدين، وليس للدائن حينئذ الاعتراض على ذلك، إلا إذا استوجبت طبيعة الدين أو نص الاتفاق على ضرورة أن ينفذ المدين التزامه بنفسه. والتعاقد من الباطن ليس إلا وسيلة لتنفيذ الالتزام.

كذلك فإن مبدأ الاستعانة بالبدلاء كالمقاول من الباطن وغيره لا يختلف من وجهة نظر الدائن عن الاستعانة بعمال أو مساعدين، بغض النظر عن طبيعة العلاقة بينهم وبين المدين (التعاقد المشترك)؛ إذ يبقى المدين في جميع الحالات هو المسئول أمام الدائن عن تنفيذ العقد.

كما أن التعاقد من الباطن من قبيل حقوق الشخصية التي يجوز التصرف فيها بنقلها أو استغلالها إذا كانت قابلة لذلك؛ فهي أموال وينطبق عليها مبدأ حرية التداول^(٣).

ويضاف إلى ذلك أيضاً أن أصل التعاقد من الباطن مشروع، ونص الفقهاء على صور منه، كما في إجارة المستأجر العين المستأجرة لآخر، ودفع المضارب مال المضاربة لآخر ليضارب به، وتوكيل الوكيل غيره فيما وكّل فيه - على ما سيأتي بيانه عند الحديث عن تلك العقود.

وهناك مجموعة من الضوابط التي لا بد منها لجواز التعاقد من الباطن، وهو ما أبينه في المبحث التالي.

(١) رواه البخاري تعليقا في كتاب الإجارة من صحيحه، باب أجر السمسة، ورواه أبو داود موصولا في الأفضية، باب في الصلح، رقم (٣٥٩٤)، والترمذي في الأحكام عن رسول الله، باب ما ذكر عن رسول الله في الصلح بين الناس، رقم (١٣٥٢)، وقال: حديث حسن صحيح.
(٢) راجع: كتابي «التيسير في المعاملات المالية دراسة نظرية تطبيقية مقارنة بين الفقه الحنفي والفقه الحنبلي» وهو رسالة دكتوراه بجامعة القاهرة ص(٢٨١)، وما بعدها.
(٣) انظر: عقد المقاول من الباطن للدكتور/ مصطفى الجارحي ص(١٤).

المبحث الخامس: ضوابط التعاقد من الباطن في الفقه الإسلامي

هناك عدة ضوابط لابد منها لصحة التعاقد من الباطن في الفقه الإسلامي،

وهذه الضوابط يمكن إجمالها فيما يلي:

أولاً: أن يكون المتعاقد من الباطن (الطرف الجديد) مؤهلاً للقيام بالعمل المعقود عليه. فإذا كان غير مؤهل لذلك لم تجز إنابته والتعاقد معه من المتعاقد الأصلي؛ لأنه سيخل لا محالة بتنفيذ الالتزام؛ ومن ثم يتضرر صاحب العمل الأصلي، والقاعدة الفقهية تقضي بأنه «لا ضرر ولا ضرار».

ثانياً: أن يلتزم المتعاقد من الباطن (الطرف الجديد) بتنفيذ العمل المعقود عليه بالكيفية المتفق عليها في العقد الأصلي (الأول).

ثالثاً: أن يلتزم المتعاقد من الباطن (الطرف الجديد) بتنفيذ العمل المعقود عليه في المدة المحددة والمتفق عليها في العقد الأصلي (الأول).

رابعاً: ألا يكون العقد من الباطن متعارضاً مع غاية العقد الأصلي^(١)؛ وإلا صار باطلاً.

خامساً: ألا يكون صاحب العمل في العقد الأصلي (الأول) قد اشترط على المتعاقد معه أن يقوم باستيفاء المنفعة أو تنفيذ العمل المتعاقد عليه بنفسه^(٢). لأن الشرط هنا يكون ملزماً؛ لأنه شرط صحيح وفيه مصلحة لمشترطه^(٣)، وذلك

(١) راجع: عقد المقاوله من الباطن للدكتور/ مصطفى الجارحي ص(١٦).

(٢) راجع: المرجع السابق، وأيضاً: المقاوله الفرعية ص(٢٠).

(٣) وهذا حسب ما رجحته في دراستي عن «التيسير في المعاملات المالية» حينما تعرضت لقضية مدى سلطان الإرادة العقدية لدى الفقهاء، وتوصلت إلى أن أشد المذاهب تضييقاً لحرية التعاقد والاشتراط هم الظاهرية، يليهم الشافعية، وأن أكثرهم توسعاً في هذا الباب هم الحنابلة، يليهم المالكية فالحنفية. فالحنابلة يعتبرون أن الأصل في الشروط الصحة، فيجوز للعاقد أن يشترط ما يشاء من الشروط التي هي من مقتضى العقد أو مصلحته، وأنه يجب الوفاء بكل ما تراضى عليه المتعاقدان والتزما به ما دام لا يصادم نصاً ولا قاعدة مقررّة؛ وإلا منع بخصوصه استثناء من القاعدة الأصلية. وأن الشارع الحكيم فوّض المتعاقدين في تحديد مقتضيات العقود وشروطها ضمن نطاق حقوقهما في كل ما لا يصادم نصوص الشريعة ولا ينقض أصلاً من أصولها. وهم يقررون أن ما كان من مصلحة العاقد المشروعة فهو من مصلحة العقد. وإنما يبطل الشرط إذا كان منافياً ومناقضاً لمقصود العقد؛ لأنه حينئذ يكون جامعاً بين متناقضين:

عملاً بحديث «المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحلاً حراماً»^(١).

سادساً: ألا يكون هناك قانون يمنع من التعاقد من الباطن في ذلك النوع من العقود^(٢).

وذلك لأن ما يقرره ولي الأمر من قوانين ملزم لرعيته؛ بما أوجبه الله عز وجل عليهم من طاعته في نحو قوله: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾^(٣)، ما لم يكن ذلك مخالفاً لقطعيات الشريعة. بل إن لولي الأمر أن يقيد المباح وأن يرفع الخلاف إذا رأى في ذلك مصلحة - على ما رجحته من قولي الفقهاء في ذلك بضوابطه^(٤).

وما نحن بصدد من التعاقد من الباطن لا ضرر أبداً في منعه؛ فيجب الامتنال لما ورد بشأنه من قوانين.

سابعاً: ألا يكون العقد الأصلي قائماً على الاعتبار الشخصي، إلا أن يقبل صاحب العمل في العقد الأصلي بالتعاقد من الباطن. وصحيح أن الاعتبار الشخصي لا يكاد يخلو منه عقد ولو بصورة ما؛ إلا أن المقصود هو أن يكون الاعتبار الشخصي أمراً جوهرياً في العقد، وهذا يعتمد على العرف

إثبات المقصود ونفيه؛ فلا يحصل شيء. ولا شك أن هذه الحرية في سلطان الإرادة هي التي تتفق وروح الدين؛ فالدين شرع لمصلحة الناس وتنظيم حياتهم، ومن مصلحتهم إطلاق الحرية لهم في عقد واشترط ما شاءوا، ما داموا لا يخلون حراماً ولا يحرمون حلالاً. ومن الحق أن أقول إن اعتبار الحنفية للعرف العام والخاص قد اقترب بهم كثيراً من نظرية حرية التعاقد والاشترط التي يأخذ بها الحنابلة، وكذلك المالكية بسبب اعتبارهم الشديد للمصالح. راجع ذلك مفصلاً في الدراسة المشار إليها ص (٢٦١ - ٢٩٦).

(١) رواه البخاري تعليقاً، ووصله أبو داود والترمذي. وسبق تخريجه.

(٢) راجع: عقد المفاوضة من الباطن للدكتور/ مصطفى الجارحي ص (١٤ - ١٥).

(٣) سورة النساء: آية رقم (٥٩).

(٤) راجع: بحثي «تقنين الفقه الإسلامي بين المؤيدين والمعارضين دراسة تأصيلية» بمجلة روح القوانين الصادرة عن كلية الحقوق جامعة طنطا، العدد السابع والستين، يوليو ٢٠١٤م، الجزء الثاني، ص (٨٤٤ - ٨٦١).

بشكل كبير، ويختلف من تعاقد لآخر؛ ولذلك يجب أن تبحث كل حالة على حدة بشكل خاص^(١).

تلك هي ضوابط مشروعية التعاقد من الباطن، التي إن توفرت مع ما سبق من أركان وشروط كان التعاقد من الباطن مشروعاً وجائزاً؛ وإلا لم يجز.

المبحث السادس: العقود التي يجري فيها التعاقد من الباطن

العقود في الفقه الإسلامي - بل المعاملات كلها - شرعت لقضاء مصالح الناس وسد حاجاتهم ورفع الحرج عنهم^(٢)، ولكل عقد من العقود غرض وغاية يحققها، وقد قسم الفقهاء المعاصرون العقود المسماة (المعروفة في الفقه الإسلامي) بحسب الغاية والغرض المقصود من كل عقد إلى ست مجموعات على النحو التالي^(٣):

أولاً: عقود التملكيات، التي غرضها تملك عين أو منفعة. والبعض يقسمها إلى معاوضات (مبادلات) وتبرعات بالنظر إلى وجود عوض وعدمه. وأولها: البيوع بأنواعها، والإجارة، والجعالة، والصلح، والشفعة، والمسابقة، وقسمة المنافع، والهبة، والقرض، والعارية.

ثانياً: عقود التوثيق أو الضمانات، التي يكون الغرض منها ضمان الحقوق لأصحابها. وهي الرهن، والحوالة، والضمان، والكفالة.

(١) راجع: عقد المقاوله من الباطن للدكتور/ مصطفى الجارحي ص(١٥).
(٢) راجع: التيسير في المعاملات المالية ص(٥٥-٥٦).
(٣) راجع: الانتزاعات في الشرع الإسلامي للشيخ/ أحمد إبراهيم بك ص(٤٨-٥١)، والمدخل الفقهي العام (٥٦٧/١)، وما بعدها، فقرة (٥٨٣)، والمدخل للفقه الإسلامي للدكتور/ محمد سلام مذکور ص(٥٩٦-٦٠١)، والمدخل لدراسة الشريعة الإسلامية للدكتور/ عبدالكريم زيدان ص(٣١٢-٣١٣)، والشريعة الإسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود للدكتور/ بدران أبو العينين ص(٤٨٩-٤٩٢)، وبحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية للدكتور/ عبدالستار أبي غدة ص(١٥٠-١٥٥)، ودراسات في المعاملات الإسلامية لأستاذنا الدكتور/ إبراهيم عبدالرحيم ص(٨٢-٨٣)، والمدخل لدراسة الفقه الإسلامي: القسم الثاني النظريات العامة في الفقه الإسلامي للدكتور/ محمود بلال مهران ص(٣٥٣-٣٥٦)، والتيسير في المعاملات المالية ص(٦٧-٧٠).

ثالثاً: عقود الحفظ أو الاستحفاظ، التي غرضها حفظ المال. وهي الوديعة (أو الإيداع).

رابعاً: عقود المشاركات، التي يكون غرضها الاشتراك في تنمية المال، أو ما يخرج عن العمل. وتشمل الشركات بأنواعها كالمضاربة وشركات الأموال وشركات الأعمال والوجه^(١)، والعقود الواردة على الزراعة كالمساقاة والمغارسة والمزارعة.

خامساً: عقود الإطلاقات، التي غرضها تفويض الغير وإطلاق يده في التصرف. وهي الوكالة.

سادساً: عقود التقييدات، التي يكون الغرض منها منع أو تقييد شخص من تصرف كان مباحاً له من قبل. وهي الحجر.

وطبيعة التعاقد من الباطن التي تتطلب وجود عقد سابق (أصلي) ينبني عليه عقد آخر (فرعي) يقوم فيه المتعاقد من الباطن (الطرف الجديد) بالقيام بالتزامات المتعاقد المشترك التي تعاقد عليها في العقد الأصلي مع الطرف الأول - أقول: هذه الطبيعة تقتضي ألا يجري التعاقد من الباطن في جميع العقود، وإنما في بعضها دون البعض الآخر.

وهذه العقود التي يُتصور جريان التعاقد من الباطن فيها لا بد أن تكون مما يولّد حقوقاً والتزاماتٍ تقبل إنابة الغير في ممارستها أو تنفيذها، وتكون هذه الممارسة أو ذلك التنفيذ مما يتطلب فترة من الزمن للقيام به؛ بحيث يتسنى للطرف المشترك أن يسند القيام بتنفيذ الالتزامات إلى الغير^(٢)، وهو التعاقد من الباطن كما أوضحته من قبل.

(١) شركة الوجه هي: الشركة التي تقوم على أساس الثقة المالية بالشركاء من قبل تجار الجملة، فيشتركون في التجارة ويقسمون الأرباح فيما بينهم حسب الاتفاق. انظر: المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي للدكتور/ محمد عثمان شبيب ص(٣٣٣).

(٢) راجع: عقد المقاولة من الباطن للدكتور/ مصطفى الجارحي ص(١٠)، والمقاولة الفرعية ص(١٦)، والعقد من الباطن في الفقه الإسلامي للماجد ص(٦٣).

أخلص من هذا إلى أن لدينا ضابطين لجريان التعاقد من الباطن في العقود:

أولهما: أن يكون العقد مما ينتج عنه حقوق والتزامات تقبل الإنابة في القيام بها.

وثانيهما: أن يكون هذا القيام مما يتطلب فترة من الزمن. وعلى ذلك إذا عرضنا العقود بالتقسيم الذي ذكرته آنفاً على هذين المعيارين نجد أن عقود التملكيات لا يدخل منها سوى الإجارة، والعارية. فالبيع لا يدخل؛ لأنه لا يتطلب فترة من الزمن للقيام به، وإنما هو نقل ملكية عين أو منفعة من شخص لآخر مقابل عوض، وينعقد بمجرد تلاقي القبول مع الإيجاب، ومثله الهبة وإن خلت عن العوض. وكذلك القرض لا يتطلب فترة من الزمن. والجمالة لا تحتاج إليه؛ لعدم اشتراط تعيين العامل فيها؛ فالقيام بالعمل فيها يقوم مقام القبول^(١). والصلح والشفعة يشترعان لأطراف معينين، وهم أصحاب المصلحة في كل منهما. ومثلها قسمة المنافع.

والمسابقة قد تكون كالجمالة، وقد يحدد فيها المتسابق؛ ومن ثم فلا ترد فيها الإنابة.

كذلك فإن بعض صور إجارة الأعمال كعقد العمل لا يدخلها التعاقد من الباطن؛ إذ يراعى فيه الاعتبار الشخصي للمتعاقد بصفاته ومؤهلاته وخبراته، كما أنه يخضع لإشراف ورقابة المتعاقد الآخر (صاحب العمل)^(٢).

(١) راجع: شرح الخرشي على خليل (٦٣ / ٧)، وأسنى المطالب لذكريا الأنصاري وحاشية الرملي الكبير عليه (٤٤٠ / ٢)، والروض المربع للبهوتي (١٧٢ - ١٧٣)، وأحكام المعاملات الشرعية للشيخ/ علي الخفيف ص(٤٥٦ - ٤٥٧).

(٢) راجع: عقد المقاوله من الباطن للدكتور/ مصطفى الجارحي ص(١١)، والمقاوله الفرعية ص(١٧).

لكن عقد الاستصناع يجري فيه التعاقد من الباطن، والاستصناع فيه شبه من البيع ومن الإجارة، على الخلاف الوارد في تكيفه- كما سيأتي في موضعه- وهو عقد يتطلب فترة من الزمن للقيام بالالتزام فيه.

أما عقود التوثيق فلا يمكن أن يجري فيها التعاقد من الباطن؛ فالرهن يكون من المدين ليستوثق الدائن من دينه، والحوالة نقل للحق من ذمة إلى ذمة أخرى، ويبرأ بها المحيل، ولا يمكن للمحال أن يرجع على المحيل بعد عقد الحوالة^(١). وكل من الضمان والكفالة متعلق بشخص الضامن أو الكفيل؛ فلا يتصور فيهما التعاقد من الباطن.

وأما عقود الحفظ وهي الوديعة فيجري فيها التعاقد من الباطن؛ حيث يتصور فيها أن يستودع الوديعة عند غيره- كما سيأتي في الحديث عنها.

وعقود المشاركات يدخل التعاقد من الباطن بعض أنواعها، وبخاصة عقد المضاربة فيما إذا قام المضارب بإعطاء مال المضاربة لآخر يضارب به، وهذه الصورة ذكرها الفقهاء قديماً. كما يتصور دخوله عقود المزارعة والمساقاة والمغارسة. وإن كان كثير من أنواع من الشركات لا يتصور فيها التعاقد من الباطن للاعتبار الشخصي كشركات الأموال والأعمال والوجوه، وكذا الشركات التجارية المعاصرة كالتضامن، والتوصية البسيطة، والمحاصة، والمساهمة، وذات المسؤولية المحدودة، والتوصية بالأسهم^(٢).

فإذا انتقلنا لعقود الإطلاقات وهي الوكالة وجدنا أن التعاقد من الباطن يجري فيها، وقد تكلم الفقهاء فيما إذا وكل الوكيل غيره فيما وكل فيه.

(١) راجع: بدائع الصنائع للكاساني (١٧/٦)، والعناية شرح الهداية للبايرتي (٧/٢٤١)، وشرح الخرشى على مختصر خليل (١٩/٦)، والشرح الصغير للدردير مع حاشية الصاوي (٣/٤٢٧)، وأسنى المطالب (٢/٢٣٢)، وشرح المحلى على المنهاج (٢/٤٠١)، والروض المربع (٢/٨٥-٨٦)، ومطالب أولي النهى للرحبياني (٣/٣٢٨).

(٢) راجع في تعريف هذه الشركات: الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي للدكتور/ عبدالعزيز الخياط (٢/٧١-٨٦)، وشركة الأعمال وأحكامها في الفقه الإسلامي دراسة فقهية مقارنة بالقوانين الوضعية للدكتور/ عماد عبدالحفيظ الزيادات ص(٥٧-٦٠).

أما عقود التقييدات كالحجر بأنواعه فلا يدخلها التعاقد من الباطن، ولا يتصور فيها لتعلقها بالأشخاص المعنيين بها.

أخلص من ذلك إلى أن التعاقد من الباطن يجري في العقود التالية:

- عقد الإجارة.
 - عقد الاستصناع.
 - عقد العارية.
 - عقد الوديعة.
 - عقد المضاربة.
 - عقود المزارعة والمساقاة والمغارسة.
 - عقد الوكالة.
- ويضاف إليها من العقود الحديثة: عقود المقاوله، والتوريد، والصيانة، على ما سيأتي بعدُ من تكييفها وبيان حقيقتها.

* * *

المبحث السابع: أحكام التعاقد من الباطن فيما يجري فيه من عقود
وأتناول ذلك من خلال تسعة مطالب تشمل العقود التي يجري فيها التعاقد من الباطن على النحو التالي:

- المطلب الأول: عقد الإجارة من الباطن.
- المطلب الثاني: عقد الاستصناع من الباطن.
- المطلب الثالث: عقد المقاوله من الباطن.
- المطلب الرابع: عقد التوريد من الباطن.
- المطلب الخامس: عقد الصيانة من الباطن.
- المطلب السادس: عقد الإعارة من الباطن.
- المطلب السابع: عقد الوديعة (الإيداع) من الباطن.

المطلب الثامن: عقد المضاربة من الباطن^(١).

المطلب التاسع: عقد الوكالة من الباطن.

المطلب الأول: عقد الإجارة من الباطن:

وأتناوله من خلال عدة فروع:

الفرع الأول: تعريف الإجارة.

الفرع الثاني: مشروعية الإجارة.

الفرع الثالث: صورة الإجارة من الباطن.

الفرع الرابع: حكم الإجارة من الباطن.

الفرع الخامس: حكم اشتراط قبول المؤجر للإجارة من الباطن.

الفرع السادس: التأجير من الباطن بمثل الأجرة أو بأقل أو أكثر منها.

الفرع السابع: على من يكون الضمان في الإجارة من الباطن؟

الفرع الأول: تعريف الإجارة:

الإجارة في اللغة: اسم من أَجَرَ يَأْجُرُ، وهي ما أعطيتَ من أجرٍ في عمل، ويقال فيها: الأجارة بالضم أيضاً، وحكي الأجارة بالفتح. والأجر هو الجزاء على العمل، والأجر هو الثواب، والأجير: المستأجر (اسم مفعول)، والمؤجر: هو من استأجر غيره (اسم فاعل).

وفي القرآن: ﴿عَلَىٰ أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حَجَّاجٍ﴾^(٢)، أي: تكون أجيراً تعمل على غنمي ثمانية أعوام^(٣).

وفي اصطلاح الفقهاء: وردت عدة تعريفات لها، وكلها متقاربة؛ فعرفها الحنفية بأنها «بيع منفعة معلومة بأجر معلوم»^(٤).

(١) سأكتفي ببيان أحكام المضاربة من الباطن دون أحكام بقية الشركات التي يجري فيها التعاقد من الباطن كالمزارعة والمساقاة والمغارة؛ لأهميته، ولأن كثيراً مما ينطبق عليه لا يختلف كثيراً عن الشركات الأخرى.

(٢) سورة القصص: آية رقم (٢٧).

(٣) انظر: لسان العرب (٤/ ١٠-١١) مادة (أجر).

(٤) انظر: تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي (٥/ ١٠٥).

وعرّفها المالكية بأنها «تمليك منافع شيءٍ مباحةً مدةً معلومةً بعوض»^(١).
وقال الشافعية: هي «عقد على منفعة مقصودة معلومة قابلة للبدل والإباحة
بعوض معلوم»^(٢).

وعرّفها الحنابلة بأنها «عقد على منفعة مباحة معلومة مدة معلومة من
عين معينة أو موصوفة في الذمة أو عمل معلوم بعوض معلوم»^(٣).
فتلك التعريفات تدور كلها حول كون الإجارة بيع منفعة معلومة مباحة
لمدة معلومة بعوض معلوم. وهي إما إجارة أعيان (ويسمىها البعض إجارة
منافع)، وإما إجارة أعمال. فإجارة الأعيان كإجارة الدور والعقارات
والأراضي والسيارات ونحوها، وإجارة الأعمال كاستئجار أصحاب الحرف
والصناعات والموظفين ونحوهم^(٤).
الفرع الثاني: مشروعية الإجارة:

الإجارة مشروعية بالكتاب والسنة والإجماع^(٥). فمن الكتاب قوله تعالى: ﴿
فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ﴾^(٦)، ومن السنة حديث أبي هريرة رضي
الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ثَلَاثَةٌ أَنَا
خَصْمُهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ: رَجُلٌ أَعْطَى بِي ثُمَّ غَدَرَ، وَرَجُلٌ بَاعَ حُرًّا فَأَكَلَ ثَمَنَهُ،
وَرَجُلٌ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَاسْتَوْفَى مِنْهُ وَلَمْ يُعْطِهِ أَجْرَهُ»^(٧)، وثبت عن النبي
صلى الله عليه وسلم أنه استأجر هو وأبو بكر رجلا هاديًا خريئًا ليكون دليلًا
لهما في الهجرة إلى المدينة^(٨).

(١) انظر: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢ / ٤).
(٢) انظر: مغني المحتاج (٢ / ٣٣٢).
(٣) انظر: شرح منتهى الإرادات (٢ / ٢٤١).
(٤) انظر: التيسير في المعاملات المالية ص (٤٤٨ - ٤٤٩).
(٥) راجع: بدائع الصنائع (٤ / ١٧٣ - ١٧٤)، وشرح الخرخشي (٧ / ٢)، ومغني المحتاج (٢ / ٣٣٢)،
والمغني لابن قدامة (٨ / ٥ - ٦)، وكشاف القناع عن متن الإقناع للبهوتي (٣ / ٥٤٦).
(٦) سورة الطلاق: آية رقم (٦).
(٧) رواه البخاري في الإجارة، باب من منع أجر الأجير، رقم (٢٢٧٠).
(٨) رواه البخاري في الإجارة، باب استئجار المشركين عند الضرورة أو إذا لم يوجد أهل الإسلام،
رقم (٢٢٦٣).

والحاجة تدعو إليها؛ إذ تلبى حاجات الناس وتحقق مصالحهم، وفيها رفع للحرص عنهم؛ فليس كل أحد يملك بيتاً يسكنه، ولا سيارة يركبها، وليس كل أحد يقدر على جميع احتياجاته من خياطة ثوب أو إصلاح ثالف أو حمل شيء، ونحو ذلك.

الفرع الثالث: صورة الإجارة من الباطن:

أكثر ما يدخل التعاقد من الباطن عقد الإجارة يكون في إجارة الأعيان، كأن يستأجر شخص من آخر داراً لمدة معلومة وبأجرة معلومة، ثم يعمد المستأجر إلى شخص ثالث (مستأجر جديد) فيؤجر له العين المستأجرة لمدة معلومة وبأجرة معلومة تأجيراً من الباطن.

وعادة ما تكون مدة الإجارة من الباطن مقيدة بمدة الإجارة الأصلية؛ حيث إنه من أهم التزامات المستأجر تسليم العين المستأجرة عند انتهاء المدة المتفق عليها مع المؤجر.

ويمكن أن يدخل التعاقد من الباطن إجارة الأعمال في مثل الأجير المشترك كالخياط والميكانيكي والكهربائي ونحوهم من أصحاب الحرف بأن يدفع أحدهم ما تعاقد عليه من عمل إلى غيره للقيام به، على أن يظل هو المتعاقد مع المستأجر (طالب العمل).

الفرع الرابع: حكم الإجارة من الباطن:

لما كانت الإجارة بيعاً لمنفعة العين وتملياً لها؛ فإن المستأجر - وهو مالك المنفعة في إجارة الأعيان - يملكها في المدة المتفق عليها؛ ومن ثمّ قلّه أن يستوفي منفعته بنفسه أو بغيره.

ولذلك ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يجوز للمستأجر أن يؤجر العين المستأجرة للغير^(١).

(١) راجع: بدائع الصنائع (٤/ ٢٠٦)، والكافي في فقه أهل المدينة لابن عبد البر ص(٣٧٠)، وشرح الخرشني (٧/ ١٠)، ومغني المحتاج (٣/ ٤٤٧)، وحاشية ابن قاسم العبادي على تحفة المحتاج

وخالف في ذلك الزركشي من الشافعية؛ حيث ذهب إلى أن المستأجر ليس له أن يؤجر العين المستأجرة لآخر إلا بإذن المالك، أو جريان العرف بذلك^(١).

وهذا الذي ذهب إليه الزركشي من اشتراط الإذن من المالك أو جريان العرف بذلك يُجاب عليه بأن هذا حق للمستأجر؛ لما سبق من كونه مالكا للمنفعة؛ فله أن يستوفيه بنفسه أو بغيره.

وإذا كان تصرف المستأجر فيما يملكه وهو المنفعة في المدة المحددة؛ فلا يتوقف على شيء آخر.

كما أن عقد الإجارة ليس من العقود التي يراعى فيها الاعتبار الشخصي غالباً؛ حيث إن لجوء المتعاقد الأصلي في مثل إجارة الأعمال إلى غيره لتنفيذ ما تعاقد عليه لا يعتبر عند طالب العمل إخلالاً بما تم التعاقد عليه.

كما أنه لا يخرج من دائرة التعاقد، ويبقى ملتزماً تجاه صاحب العمل^(٢).

ولكن من الحق أن أقول: إن الرجوع إلى المالك هنا يقطع مادة النزاع فيما بعد، ولربما كره المؤجر استيفاء منفعة عينه من شخص بعينه، فيعمد هذا الشخص إلى توسيط ثالث وهو المستأجر الأصلي ليتوصل بذلك إلى ما لا سبيل له إليه مباشرة من المؤجر.

وكذلك فإن جريان العرف بشيء يقطع النزاع فيه.

والشريعة تتشوف إلى قطع مادة النزاع وتقليله ما أمكن.

وفي جميع الأحوال فإنه يجب على المستأجر الأصلي إذا أراد تأجير العين المستأجرة لآخر من الباطن أن يلتزم بالقيود التي تم الاتفاق عليها مع المؤجر، فمثلاً إذا كان مستأجراً لدار للسكنى؛ فلا يجوز له أن يؤجرها

(١٣٢ / ٦)، وشرح الزركشي على مختصر الخرقى (٤ / ٢٣٤ - ٢٣٥)، وكشاف القناع (٣ / ٥٦٥).

(١) راجع: نهاية المحتاج (٥ / ٢٧٠ - ٢٧١).

(٢) راجع: المقالة الفرعية ص (١٩).

لأعمال تجارية، وإذا كانت السكنى لعائلة؛ فلا يؤجرها لعزاب، وإذا كانت محلاً مستأجرًا لنشاط تجاري معين؛ فلا يصرفه إلى غيره، وهكذا^(١).

بل إن الحنفية منعوا من بعض صور تأجير العين المستأجرة لآخر، وذلك في مثل من استأجر دابة ليركبها، أو استأجر ثوبًا ليلبسه. قالوا: لأن الناس متفاوتون في الركوب واللبس.

فليس له أن يركب غيره أو يلبسه لا عن طريق الإجارة ولا عن طريق الإعارة، وإذا فعل كان ضامنًا^(٢)؛ لما في ذلك من الاعتبار الشخصي.

ولذلك ذكر بعض الباحثين مجموعة من الضوابط يجب التقيد بها عند التأجير من الباطن، وهي^(٣):

- ١- أن تكون الإجارة من الباطن خلال مدة الإجارة الأصلية؛ فلا يؤجر المستأجر الأصلي لغيره أكثر من المدة التي أجرها هو من المالك.
- ٢- أن يكون المستأجر من الباطن مثل المستأجر الأصلي في استعماله للعين المستأجرة، وألا يضر بها لئلا يؤدي إلى ضرر المالك الأصلي.
- ٣- أن يلتزم المستأجر من الباطن بإعادة العين المستأجرة كما أخذها، وأن يستخدمها في الغرض الذي أجرها من أجله المستأجر الأول.
- ٤- أن يتحمل المستأجر الأصلي أية أضرار قد تنشأ عن المستأجر من الباطن.

وهذا فضلًا عما سبق ذكره في ضوابط التعاقد من الباطن من عدم وجود قانون يمنع من ذلك؛ وإلا وجب التقيد به ولم تجز مخالفته.

(١) راجع في هذا المعنى: بدائع الصنائع (٤/ ٢٠٦)، ومواهب الجليل في شرح مختصر خليل للحطاب (٥/ ٤١٧)، وشرح الزركشي على مختصر الخرقى (٤/ ٢٣٤).

(٢) راجع: بدائع الصنائع (٤/ ٢٠٧).

(٣) انظر: ضوابط التأجير من الباطن للدكتورة/ أسماء فتحي عبدالعزيز ص (٢٦) بحث مقدم لمؤتمر «المصارف الإسلامية بين الواقع والمأمول» المنعقد بدبي في الفترة (٣١ مايو- ٣ يونيو ٢٠٠٩م).

الفرع الخامس: حكم اشتراط قبول المؤجر للإجارة من الباطن:

إذا اشترط المالك على المستأجر ألا يؤجر العين المستأجرة لآخر، وأن يستوفي المنفعة بنفسه، فقد نص الحنفية على أن هذا الشرط لا يلزم المستأجر إلا فيما يختلف باختلاف المستعمل كركوب الدابة ولبس الثوب^(١). وذكر الحطّاب من المالكية أن رب الدابة لو شرط على المكتري ألا يكرها لغيره أن هذا الشرط باطل، وله أن يكرها لمثله أو أخف؛ لأن ما يستوفى به لا يتعين ولو عيّن^(٢).

وبطلان الشرط هو مذهب الشافعية أيضاً، قياساً على ما لو باعه عيناً وشرط عليه ألا يبيعهها^(٣).

ونص عليه الحنابلة كذلك، فقالوا: للمستأجر استيفاء المنفعة بنفسه وبمثله؛ لأنه ملك المنفعة بالعقد، فكان له التسلط على استيفائها بنفسه ونائبه، ولو شرط عليه استيفاءها بنفسه فسد الشرط ولم يلزم الوفاء به؛ لأنه شرط ينافي مقتضى العقد؛ إذ مقتضاه الملك، ومن ملك شيئاً استوفاه بنفسه وبنايبه^(٤).

إلا أنني أرى أن هذا الشرط شرط صحيح، وإذا قبله المستأجر صار ملزماً له، ولا يجوز له أن يؤجر العين المستأجرة لغيره.

وذلك لأن هذا الشرط ليس منافياً لمقتضى العقد - كما يقول الحنابلة - لأن مقتضى العقد استيفاء المنفعة، والأصل في الاستيفاء أن يكون بالنفس، وليس بالغير.

فهذا الشرط لا يمنع المستأجر من استيفاء منفعته التي ملكها بالعقد لمدة محددة، وإنما يمنعه من تصرف زائد على الانتفاع وهو التصرف في هذه المنفعة للغير.

(١) راجع: حاشية ابن عابدين (٢٨ / ٦).

(٢) انظر: مواهب الجليل (٤١٧ / ٥).

(٣) انظر: مغني المحتاج (٤٧٤ / ٣).

(٤) انظر: كشاف القناع (١٥ / ٤)، وأيضاً: مطالب أولي النهى (٣ / ٦٤٤).

يدل على ذلك منع الفقهاء التأجير من الباطن فيما إذا كانت العين المستأجرة مما يتفاوت استعمالها باختلاف المستعمل، كما نص الحنفية وغيرهم في استئجار الدابة والثوب- وسيأتي في مسألة الضمان مزيد بيان لتأكيد الفقهاء على ذلك، ولم يقل أحدٌ إن هذا ينافي مقتضى العقد وحرية المستأجر في استيفاء المنفعة التي ملكها بنفسه وبغيره!

وقياسه على ما لو باعه عيناً وشرط عليه ألا يبيعها- كما يقول الشافعية- قياس مع الفارق؛ لأن مقتضى البيع تملك العين؛ ومن ثمَّ حرية التصرف فيها بشئى أنواع التصرف، بخلاف تملك المنفعة دون العين، وهو أيضاً تملك مؤقت ومحدد بمدة معينة، ففارق البيع.

ولأن في هذا الشرط مصلحةً للمؤجر، وما كان من مصلحة العاقد فهو من مصلحة العقد.

وقد يكون للمؤجر غرض في التأجير لشخص بعينه، وعدم التأجير لغيره، وهذه منفعة معتبرة لا يسوغ إلغاؤها.

وهذا الذي أراه هو المنفق مع مبدأ حرية العقود والشروط الذي أخذ به الحنابلة- كما سبقت الإشارة إليه- وإن خالفوا في هذا الشرط! وقد لاحظ هذا ابن تيمية، فقال: «قياس المذهب فيما أراه أنها شروط صحيحة»^(١).

وقد ألمحتُ إلى أن الشارع الحكيم فوّض المتعاقدين في تحديد مقتضيات العقود وشروطها ضمن نطاق حقوقهما في كل ما لا يصادم نصوص الشريعة ولا ينقض أصلاً من أصولها. وأنه لا يبطل من الشروط إلا ما كان منافياً ومناقضاً لمقصود العقد؛ لأنه حينئذ يكون جامعاً بين متناقضين، وهذا ليس متحققاً فيما نحن فيه.

(١) الفتاوى الكبرى (٥/ ٤٠٨).

وأن هذه الحرية في سلطان الإرادة هي التي تتفق وروح الدين الذي اعتبر مصالح الناس واحترام إرادتهم في اشتراط ما يشاؤون، ما داموا لا يحلون حراماً ولا يحرمون حلالاً^(١).

وهو أيضاً المتفق مع قول النبي صلى الله عليه وسلم: «المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً»^(٢).

الفرع السادس: التاجير من الباطن بمثل الأجرة أو بأقل أو أكثر منها:

إذا كان للمستأجر أن يؤجر العين المستأجرة لآخر من الباطن؛ فهل يؤجرها بمثل الأجرة التي أجرها بها، أو بأقل أو بأكثر منها؟

أولاً: لا خلاف بين الفقهاء في جواز أن يؤجر المستأجر العين المستأجرة لآخر (من الباطن) بمثل الأجرة التي أجرها بها، أو بأقل طالما أنه رضي بذلك؛ لأنه ملك المنفعة، ولا يحجر على الشخص في التصرف في ملكه بالعوض الذي يراه^(٣).

ثانياً: أما التاجير بأكثر مما أجرها به؛ فقد اختلف فيه الفقهاء على النحو التالي:

يرى الحنفية أنه لا يجوز التاجير من الباطن بأكثر من الأجرة الأولى، إلا أن يكون المستأجر الأصلي قد أحدث في العين المستأجرة زيادةً تقابل مقدار التفاوت، أو إذا كان جنس الأجرة مختلفاً.

وإن أجرها بأكثر دون زيادة فيها أو بجنس الأجرة الأولى صح العقد وتصدق بالفضل.

(١) راجع: التيسير في المعاملات المالية ص(٢٩٤ - ٢٩٦).

(٢) سبق تخريجه.

(٣) انظر: ضوابط التاجير من الباطن ص(٢٤). وراجع: المبسوط للسرخسي (١٣٠ / ١٥)، وبدائع الصنائع (٢٠٦ / ٤)، ومواهب الجليل (٤١٧ / ٥)، والحاوي الكبير للماوردي (٢٢٨ / ٩)، والبيان في مذهب الإمام الشافعي للعمرائي (٣٥٤ / ٧)، وكشاف القناع (٥٦٦ / ٣)، ومطالب أولي النهى (٦١٧ / ٣).

وعللوا ذلك بأن المنافع لم تدخل في ضمان المستأجر الأصلي حتى مع قبضه لها؛ لأنها لو كانت داراً فانهدمت لم تلزمه الأجرة؛ فتكون الزيادة في الأجرة ربحاً حصل لا على ضمانه، وهو داخل في نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ربح ما لم يضمن^(١).

وقياساً على المستعير فإنه ليس له أن يؤجر العين المستعارة وإن كان مالكاً لمنافعها.

أما عند اختلاف جنس الأجرة؛ فلأن الفضل عند اختلاف الجنس لا يظهر إلا بالتقوّم، والعقد لا يوجب ذلك^(٢).

والتقييد بعدم التأجير بأزيد من الأجرة الأولى رواية عن أحمد. وكذا عنه رواية أخرى بما إذا زاد في العين المستأجرة أو عمل فيها شيئاً. وفي رواية ثالثة إن أذن له المؤجر^(٣).

ويرى الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة في المذهب أن المستأجر الأصلي له أن يؤجر العين المستأجرة بالأجرة التي يراها وإن زادت؛ لأنه ملك المنفعة بالعقد فله أن يتصرف فيها كما شاء^(٤).

ولأن «من ملك الإجارة في حق نفسه لم تتقدر عليه الأجرة كالمالك، ولأن كل قدر صح أن يؤجر به المؤجر صح أن يؤجر به المستأجر كالمثل، ولأن كل حال جاز له العقد فيها بقدر جاز له الزيادة عليه، كما لو أحدث عمارة،

(١) رواه أبو داود في كتاب البيوع، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، رقم (٣٥٠٤)، والترمذي في كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، رقم (١٢٣٤)، والنسائي في كتاب البيوع، باب شرطان في بيع، رقم (٤٦٣٠)، وابن ماجه في كتاب التجارات، باب النهي عن بيع ما ليس عندك وعن ربح ما لم يضمن، رقم (٢١٨٨)، وأحمد في مسنده (١٧٤/٢، ١٧٨، ٢٠٥) من حديث عبدالله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما.

(٢) راجع: المبسوط (١٣٠-١٣١)، وبدائع الصنائع (٢٠٦/٤)، والدر المختار (٢٩/٦).

(٣) راجع: شرح الزركشي (٢٣٥-٢٣٦)، والإنصاف للمرداوي (٣٤/٦).

(٤) راجع: بداية المجتهد لابن رشد الحفيد (١٤/٤)، والتاج والإكليل لمختصر خليل للمواق (٧/٥٢٢)، ومواهب الجليل (٤١٧/٥)، والحاوي الكبير (٢٢٨/٩-٢٢٩)، والبيان في مذهب الإمام الشافعي (٣٥٤-٣٥٥)، وشرح الزركشي (٢٣٥/٤)، والإنصاف (٣٤/٦)، وكشاف القناع (٥٦٦/٣)، ومطالب أولي النهي (٦١٧/٣).

ولأنها منفعة ملكها بعوض؛ فصح أن يزيل ملكه بأكثر من ذلك العوض، كالزوج يجوز أن يخالع بأكثر من الصداق، ولأنها معاوضة على ملك نفسه فيما لا تراعى فيه المماثلة؛ فوجب أن يكون تقدير العوض إليه كالبيع^(١).

والراجح عندي مذهب الجمهور بجواز أن يؤجر المستأجر العين المستأجرة بالأجرة التي يرضى بها، سواء كانت مثل الأجرة الأولى أو أقل منها أو أكثر منها؛ لأن المعاوضات المالية، بل المعاملات كلها مبناه على التراضي، وطالما أنه جاز له تأجيرها لأنه يملك منفعتها؛ فيجوز له تأجيرها بما يراه من أجرة.

وما ذهب إليه الحنفية من التعليل بأن الزيادة داخلة في ربح ما لم يضمن غير مسلم؛ فإن المنافع قد دخلت في ضمانه من وجه؛ فإنها لو فاتت من غير استيفائه كانت من ضمانه^(٢).

وتجوزهم تأجيرها بأكثر إذا زاد في العين المستأجرة يناقض قولهم بالمنع استناداً إلى كونه داخلاً في ربح ما لم يضمن؛ لأن المستأجر الأصلي إذا زاد شيئاً في العين المستأجرة فإنها لا تكون داخلةً في ضمانه كذلك.

وهم مختلفون فيما يعد من الزيادة المعتبرة في العين المستأجرة، وهذا باب لا ينضب.

وإذا جاز بالزيادة جاز بغيرها.

وما ذكره الحنفية من القياس على المستعير وأنه لا يجوز له أن يؤجر العين المستعارة وإن كان مالكاً لمنافعها؛ فهو قياس مع الفارق؛ لأن المستعير إنما لا يؤجر ما استعاره لما فيه من إلحاق الضرر بالغير من حيث إن المعير مستحق لعينه في كل وقت، والإعارة عقد غير لازم فله المطالبة بها مطلقاً، بخلاف الإجارة^(٣).

(١) الحارثي الكبير (٩/ ٢٢٨ - ٢٢٩).

(٢) انظر: المغني (٨/ ٥٦).

(٣) راجع: المبسوط (٧/ ٢٥).

كذلك فإن التقييد بإذن المؤجر، أو زيادة شيء في العين المستأجرة، أو كون الأجرة من جنس مختلف تقييد بغير مقيد، وينافي حرية المستأجر في استيفاء ما ملكه من منفعة بالشكل الذي يرتضيه.

بل إن الفقهاء ذهبوا إلى أكثر من ذلك؛ فأجازوا أن يأخذ المستأجر الأصلي بدل خلو من المستأجر الآخر؛ لكي يؤجر له العين المستأجرة، وذلك فيما إذا كانت العين المستأجرة محلاً مثلاً، وحقق له المستأجر الأصلي سمعة وشهرة، فيأخذ مقابلها فيما يدخل في الحقوق المعنوية، أو يكون المستأجر الأصلي قد دفع بدل خلو للمالك (المؤجر) ولا زالت مدة إجارته سارية، فيستعويض عن بقيتها بمبلغ من المال قل أو كثر، أو يكون بدل الخلو مقابل التنازل عن جزء من المنفعة كبقية مدة العقد، ونحو ذلك من الصور التي يجوز فيها بدل الخلو^(١)، حسب ما قرره مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الرابعة، المنعقدة في جدة سنة ١٤٠٨هـ / ١٩٨٨م^(٢).

الفرع السابع: على من يكون الضمان في الإجارة من الباطن؟

الأصل في المستأجر أن يده على العين المستأجرة يد أمانة؛ فلا يضمن تلفها إلا بالتعدي أو التصغير^(٣).

هذا هو الأصل؛ وعليه فيدُّ المستأجر الأول (الأصلي) يدُ أمانة في مقابلة المؤجر، ويدُّ المستأجر الثاني يدُ أمانة أيضاً في مقابلة مؤجره الذي هو المستأجر الأول.

(١) راجع: المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي للدكتور/ محمد عثمان شبير ص(٧٥-٧٧)، وبحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة: بحث بدل الخلو للدكتور/ محمد سليمان الأشقر (٦٠-٦١).

(٢) راجع: قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي- جدة للدورات (١ - ١٠) القرارات (١ - ٩٧): قرار رقم (٣١ - ٦ / ٤) بشأن بدل الخلو ص(٧٢-٧٣).

(٣) راجع: بدائع الصنائع (٤ / ٢١٠)، ومواهب الجليل (٥ / ٤٢٧)، وأسنى المطالب (٢ / ٤٢٤-٤٢٥)، والمغني (٨ / ١١٣ - ١١٤)، وكشاف القناع (٤ / ٣٧).

والأصل كذلك أن يستوفي المستأجر الأصلي منفعته بنفسه. لكن هل إذا استوفى منفعته بغيره بأن أجر العين المستأجرة لآخر - بغض النظر عن كون تأجيرها من الباطن بمثل الأجرة الأولى أو بأقل منها أو بأكثر - تتغير صفة يده على العين المستأجرة؟

بعد البحث وجدت أن كلام الفقهاء ينطلق من كون العين المستأجرة مما يتفاوت الناس في استعمالها أو لا، فإذا كانت مما يتفاوت الناس في استعمالها، وقام المستأجر بتأجيرها من الباطن فإن يده تتحول من يد أمانة إلى يد ضمان.

وعلى هذا وردت نصوص الحنفية حيث نصوا على أن من استأجر دابةً ليركبها، أو استأجر ثوباً ليلبسه؛ فإنه يُمنع أن يُركبها غيره أو يلبسه غيره. قالوا: لأن الناس متفاوتون في الركوب واللبس، فليس له أن يُركب غيره أو يلبسه، وإذا فعل كان ضامناً^(١).

ومثل ذلك ورد عند المالكية في الثوب^(٢).

ونص الشافعية على أنه يشترط في كراء البهائم تعيين الراكب بالمشاهدة دون الصفة، فإن وُصف الراكب دون تعيين ولا مشاهدة لم تجز الإجارة؛ لاختلاف حال الراكب في بدنه وحركاته التي لا تُضبط بالصفة.

ثم قالوا: فإن أراد الراكب بعد تعيينه في العقد أن يبدل غيره بنفسه ليركب؛ فإن كان مثله في الثقل والحركة أو أخف منه جاز، وإلا لم يجز^(٣).

ومقتضى ذلك أنه لا يجوز التأجير من الباطن فيما يُركب ويتأثر بالراكب إذا كان المستأجر الثاني أزيد وزناً ونحوه من المستأجر الأول.

(١) راجع: بدائع الصنائع (٤/ ٢٠٧)، ومجمع الضمانات لابن غانم البغدادي ص(١٣).
(٢) راجع: التاج والإكليل (٧/ ٥٢١)، وحاشية العدوي على شرح الخرشي (٧/ ١٩)، وحاشية الصاوي على الشرح الصغير (٤/ ٦٥ - ٦٦).
(٣) انظر: الحاوي الكبير (٩/ ٢٣٣).

وهو مفهوم كلام الحنابلة أيضاً؛ حيث نصوا على أنه لا يجوز للمستأجر أن يؤجر العين المستأجرة لمن هو أكثر ضرراً منه؛ لأنه لا يستحقه، ولا إيجارها لمن يخالف ضرره ضررَ المستأجر الأول^(١).

بل صرحوا بذلك حينما نصوا على أنه تعتبر مماثلة راكب لمأجور في طول وقصر، وفي خفة وتقل، فلا يركبها أطول ولا أثقل منه، معللين ذلك بأنه لا يملك أكثر مما عقد عليه^(٢).

وعلى ذلك يمكنني القول بأنه إذا كانت العين المستأجرة مما يُركب أو يُلبس، ومثلها كل ما يتأثر بحسب الاستعمال ويتفاوت من شخص لآخر؛ فإنه لا يجوز تأجيره من الباطن إلا لشخص مساوٍ أو دون المستأجر الأصلي، وإن حدث التأجير من الباطن هنا فيكون المستأجر الأصلي ضامناً للعين المستأجرة بعدما كان أميناً.

وعليه فإذا تلفت العين المستأجرة هنا ولو بغير تقريط أو تعدٍ فإنه يضمنها لمالكها (المؤجر)؛ لأنه استعملها بواسطة الغير على غير الصفة التي أجرها عليها.

أما إذا كانت العين المستأجرة مما لا يتأثر عادة بحسب الاستعمال، ولا يتفاوت المستعملون لها كسكنى الدار، أو استعمال جهاز من الأجهزة الكهربائية أو الإلكترونية مثلاً فلا يضمن المستأجر الأصلي إلا في حالة التعدي أو التقصير.

وإذا كان التعدي أو التقصير من المستأجر الثاني فإنه يضمنها في مواجهة المستأجر الأول، ويضمنها المستأجر الأول بدوره في مواجهة المؤجر.

وإذا كانت العين المستأجرة سيارة مثلاً فإن ذلك يخضع في الغالب لقوانين المرور، التي تمنع أن يقود السيارة شخص غير المصرح له بذلك في عقد

(١) راجع: كشاف القناع (٣/ ٥٦٥ - ٥٦٦).

(٢) انظر: مطالب أولي النهى (٣/ ٦٤٤).

الإجارة. ولذلك يكون ضامناً في مثل هذه الحال؛ لمخالفته مقتضى عقد الإجارة المتفق عليه بحسب ما يسمح به القانون، غير ما قد يتعرض له من عقوبة تعزيرية بحسب القانون.

المطلب الثاني: عقد الاستصناع من الباطن:

وأتناوله من خلال عدة فروع:

الفرع الأول: تعريف عقد الاستصناع.

الفرع الثاني: التكيف الفقهي لعقد الاستصناع.

الفرع الثالث: صورة الاستصناع من الباطن.

الفرع الرابع: حكم الاستصناع من الباطن.

الفرع الخامس: حكم اشتراط قبول المستصنع الأصلي للاستصناع من

الباطن.

الفرع السادس: على من يكون الضمان في الاستصناع من الباطن؟

الفرع الأول: تعريف عقد الاستصناع:

الاستصناع لغة: طلب الصنعة. واستصنع الشيء: دعا إلى صنعه.

والصناعة حرفة الصانع، وعمله الصنعة^(١).

وفي اصطلاح الفقهاء نجد أنه لم يُفرد عقد الاستصناع بتعريف مستقل سوى الحنفية؛ حيث إن الجمهور اعتبروه صورة من صور السلم؛ ولذلك لم يضعوا له تعريفاً خاصاً^(٢).

وعرفه بعض الحنفية بأنه «عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل»^(٣).

وعرفه ابن عابدين بقوله: «طلب العمل منه في شيء خاص على وجه مخصوص»^(٤). وبمثله عرفه صاحب مرشد الحيران، غير أنه زاد «مادته

(١) انظر: لسان العرب (٢٠٩ / ٨) مادة (صنع)، والمعجم الوسيط ص (٥٢٥ - ٥٢٦) مادة (صنع).

(٢) راجع: مواهب الجليل (٤ / ٥٣٩ - ٥٤٠)، وحاشية قليوبي على شرح المحلي (٢ / ٣١٦ - ٣١٧)، والإنصاف (٤ / ٢٩٩ - ٣٠٠).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٥ / ٢).

(٤) انظر: حاشية ابن عابدين (٥ / ٢٢٣).

من الصانع»^(١). وعرفته مجلة الأحكام العدلية بأنه «عقد مقاوله مع أهل الصناعة على أن يعملوا شيئاً»^(٢).

وعرفه الأستاذ مصطفى الزرقا من المعاصرين بقوله: «عقد يشتري به في حال شيء مما يصنع صنفاً يلزم البائع بتقديمه مصنوعاً بمواد من عنده بأوصاف مخصوصة وبثمن محدد»^(٣).

وأرى أن أولى التعريفات أن نقول: «عقد على مبيع في الذمة، يشترط فيه العمل على وجه مخصوص، وأن تكون مادته من الصانع».

وهذا التعريف قريب مما اختاره بعض المعاصرين^(٤)، مع زيادة «أن تكون مادته من الصانع»؛ لأن هذا أمر جوهري فيه؛ إذ لو كانت المادة من المشتري فإنه يكون إجارة أعمال، وليس استصناعاً.

الفرع الثاني: التكيف الفقهي لعقد الاستصناع:

يوجد اتجاهان في الفقه الإسلامي في تكيف عقد الاستصناع:

الاتجاه الأول: وهو رأي الحنفية، وهم يعتبرون أن الاستصناع عقد

مستقل^(٥).

وهو مستثنى عندهم من بيع المعدوم المنهي عنه، كالسلم؛ وذلك للحاجة إليه والمصلحة العامة استحساناً^(٦).

وقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم اصطنع خاتماً نقش عليه «محمد

رسول الله» ليختم به رسائله^(١).

(١) انظر: مرشد الحيران مادة رقم (٤٦٢) ص (٧٤).

(٢) انظر: مجلة الأحكام العدلية مع درر الحكام (١/١١٤) مادة رقم (١٢٤).

(٣) انظر: عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة ص (١٧).

(٤) انظر: عقد الاستصناع أو عقد المقاوله في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة للدكتور/ كاسب البدران ص (٥٩-٦٠)، وعقد الاستصناع للدكتور/ ناصر النشوي ص (١٤٩).

(٥) راجع: بدائع الصنائع (٥/٢)، وأيضاً: بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة للدكتور/ علي محيي الدين القره داغي ص (١٣٠)، وفقه المعاملات المالية المعاصرة للدكتور/ سعد الخثلان ص (١٣٥)، وعقد الاستصناع للدكتور/ النشوي ص (٢٣٠).

(٦) انظر: عقد الاستصناع للزرقا ص (٢٢)، وعقود المعاوضات المالية في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية لأستاذنا الدكتور/ أحمد يوسف ص (١١٨-١١٩).

وقد فسروه بأنه أوصى بصنعه فصنع له^(٢).

كما استدلت الحنفية على مشروعيتها بالإجماع العملي^(٣)، وهو تعارف الناس وتعاملهم به دون تكبر، وقد رُوِيَ: «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن، وما رآه المسلمون قبيحاً فهو عند الله قبيح»^(٤).

الاتجاه الثاني: وهو رأي الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة، ويعتبرون أن الاستصناع من قبيل السلم^(٥).

وبما أنهم اعتبروا الاستصناع صورة من صور السلم؛ فقد اشترطوا له ما يشترط للسلم من شروط، ومن أهمها تعجيل الثمن، وانضباط صفاته وإمكانية تحديدها بالمقادير.

ولذلك فهم يصرحون بعدم جواز الاستصناع إذا فقد شرطاً من شروط السلم^(٦).

(١) رواه البخاري في كتاب اللباس، باب من جعل فص الخاتم في بطن كفه، رقم (٥٨٧٦)، وكتاب الأيمان والنذور، باب من حلف على الشيء وإن لم يحلف، رقم (٦٦٥١)، ومسلم في كتاب اللباس والزينة، باب لبس النبي صلى الله عليه وسلم خاتماً من ورق نقشه محمد رسول الله وليس الخلفاء له من بعده، رقم (٢٠٩١).

(٢) راجع: تبیین الحقائق (٤/ ١٢٣)، وأيضاً: عقد الاستصناع للزرقا ص (٢٢).

(٣) راجع: بدائع الصنائع (٥/ ٢-٣)، وتبیین الحقائق (٤/ ١٢٣)، وأيضاً: عقد الاستصناع للزرقا ص (٢٢-٢٣)، وعقد الاستصناع للنشوي ص (٢٥٥-٢٦١).

(٤) رواه أحمد (١/ ٣٧٩)، والطبراني في الأوسط (٤/ ٥٨) رقم (٣٦٠٢) عن ابن مسعود موقفاً بلفظ: «إن الله نظر في قلوب العباد بعد قلب محمد صلى الله عليه وسلم فوجد قلوب أصحابه خير قلوب العباد، فجعلهم وزراء نبيه، يقاتلون على دينه، فما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن، وما رآه سيئاً فهو عند الله سيئ». وإسناده حسن، ولم يثبت مرفوعاً. انظر: نصب الراية للزبيدي (٥/ ٢٨٨-٢٨٩)، والدراية في تخريج أحاديث الهداية لابن حجر العسقلاني (٢/ ١٨٧).

(٥) راجع: المقدمات الممهدة لابن رشد (٢/ ٣٢)، ومواهب الجليل (٤/ ٥٣٩-٥٤٠)، وشرح الخرشبي (٥/ ٢٢٣-٢٢٤)، وحاشية قليوبي على شرح المحلي (٢/ ٣١٦-٣١٧)، والإنصاف (٤/ ٢٩٩-٣٠٠، ٥/ ٨٧)، وكشاف القناع (٣/ ٢٩٧). وأيضاً: بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة للدكتور/ القره داغي ص (١٢٠)، وبحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة: بحث عقد الاستصناع للدكتور/ محمد الأشقر (١/ ٢٢٥)، وفقه المعاملات المالية المعاصرة للدكتور/ سعد الخثلان ص (١٣٥)، وعقد الاستصناع للدكتور/ النشوي ص (٢٢٩-٢٣٠).

(٦) راجع: تكملة المجموع للشيخ محمد نجيب المطيعي (١٢/ ٢٠٧-٢٠٨)، والفروع (٤/ ٢٤)، والإنصاف (٤/ ٣٠٠)، وكشاف القناع (٣/ ١٦٥). وأيضاً: عقد الاستصناع للزرقا ص (١٧).

فهو سلم في الصناعات، وهو جائز على مقتضى مذهب الجمهور، لكن بشرط معلومية الخامات الداخلة في المنتج؛ إذ لا بد أن تكون منضبطة يمكن وصفها وتحديدها تحديداً دقيقاً.

والفقهاء حينما منعوا بعض السلع من جواز السلم فيها فإنما كان ذلك بناء على عدم قدرتهم على ضبط صفاتها، وتكلموا عن السلم في المختلط، ومنعوا منه.

لكن الآن أي سلعة يمكن الوقوف على محتوياتها وبأدق النسب، حتى أن جميع السلع يُدَوَّن عليها مكوناتها بمنتهى الدقة؛ ومن ثمَّ يجوز السلم فيها لانضباط صفاتها وإمكانية تحديدها بشكل دقيق.

كذلك فإن طريقة الإنتاج نفسها وبعد وجود المصانع ودخول التكنولوجيا في الصناعات بشكل كبير ودقيق يوفر إمكانية تحديد المنتج بمقاييس محددة تجعلنا نجيز السلم في الصناعات بلا إشكال^(١).

وهناك أقوال أخرى في اعتبار الاستصناع بيعاً، أو إجارةً، أو إجارةً ابتداءً وبيعاً انتهاءً، أو جعالةً، أو مواعدةً وليس عقداً^(٢).

وما أرجحه هو مذهب الحنفية في اعتبار الاستصناع عقداً مستقلاً، مع التأكيد على أن الاستصناع عقد على العين والعمل معاً من الصانع - كما مرَّ في تعريفه - وبذلك يفارق البيع الذي محله العين، والإجارة التي محلها العمل، والسلم الذي محله الذمة أو العين الموصوفة في الذمة^(٣).

(١) راجع: التطبيق المعاصر لعقد السلم للأستاذ/ محمد عبدالعزيز حسن زيد ص(٥٠ - ٥٢). وراجع أيضاً: تكملة المجموع للشيخ المطيعي (٢١٧/١٢)، والعرف والعادة في رأي الفقهاء للدكتور/ أحمد فهمي أبو سنة ص(١٣٢ - ١٣٣).

(٢) راجع: فتح القدير للكمال بن الهمام (١١٥ - ١١٧)، وعقد الاستصناع للدكتور/ كاسب البدران ص(١٢٧ - ١٣٤)، وبحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة للدكتور/ القره داغي ص(١٢٤ - ١٣٤)، وبحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة: بحث عقد الاستصناع للدكتور/ محمد الأشقر (١/ ٢٢٥ - ٢٢٦)، وعقود المعاوضات المالية ص(١٢١)، وعقد الاستصناع للنشوي ص(٣٠٦ وما بعدها).

(٣) راجع: بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة للدكتور/ القره داغي ص(١٣٦ - ١٣٧).

وهذا ما قرره مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته السابعة المنعقدة في
جدة سنة ١٤١٢هـ / ١٩٩٢م^(١).

الفرع الثالث: صورة الاستصناع من الباطن:

لا شك أن لعقد الاستصناع أركاناً كسائر العقود، وهي: الصيغة،
والعاقدان: المستصنع والصانع، والمعقود عليه، وهو المستصنع، والثلث.

وبناءً على ما رجحته من كون الاستصناع عقدًا مستقلًا لا يخضع لشروط
السلم فإنه يجوز تأجيل الثمن كله أو بعضه، وهو ما قرره مجمع الفقه
الإسلامي الدولي في دورته المشار إليها آنفاً.

كما أن الاستصناع عقد على العين والعمل معاً - كما أشرت قبل - وإن
كان هناك خلاف بين فقهاء الحنفية في ذلك^(٢).

وقد اعتبر بعض المعاصرين أن القول بأن محل العقد هو العين دون
العمل يفتح الباب لاستثمار عقد الاستصناع في المصارف الإسلامية، على
اعتبار أن الصانع هنا يمكنه دفع العمل لغيره، طالما أن المعقود عليه هو
العين الموصوفة، وليس الصنعة نفسها والعمل الذي يقدمه الصانع، والذي قد
يكون هو أساس اختياره^(٣).

والحق أن ذلك لا تأثير له غالباً؛ إذ العمل يكون موصوفاً وصفاً دقيقاً نافيًا
للجهالة، وخاصة مع التقدم والتطور التكنولوجي في مجال الصناعات؛ حيث
تم أغلبها آلياً فلا يكون هناك تفاوت يذكر بحسب الصانع نفسه، وقد أصبحت
للمصانع شخصية معنوية اعتبارية مستمرة ما استمر المصنع، وأن
الأشخاص بذواتهم ليس لهم تأثير في شخصية المصنع^(٤).

(١) انظر: قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي - جدة
للدورات (١ - ١٠) القرارات (١ - ٩٧): قرار رقم (٦٥ - ٧/٣) بشأن عقد الاستصناع
ص (١٤٤ - ١٤٥).

(٢) راجع: المبسوط (١٢ / ١٣٩)، وفتح القدير (٧ / ١١٥ - ١١٧)، وأيضاً: عقد الاستصناع للزرقا
ص (٣٠ - ٣١)، وعقد الاستصناع للدكتور/ كاسب البدران ص (١٥٦ - ١٦٠).

(٣) راجع: عقد الاستصناع للزرقا ص (٣١ - ٣٢).

(٤) راجع: بحث في فقه المعاملات المالية المعاصرة للدكتور/ القره داغي ص (١٤٥).

اللهم إلا في بعض الصناعات القليلة، مثل تلك التي تعتمد على شخص الصانع نفسه، وهي الصناعات اليدوية، كالتعاقد مع خطاط مثلاً أو رسام ونحوهما.

وفي كلتا الحالتين فإن للمستصنع خيار الرؤية بعد تمام العمل، وله كذلك خيار الوصف وخيار العيب، فيمكنه عند حلول أجل التسليم ومعاينة المعقود عليه ألا يقبله إذا وجده مختلفاً عما تم الاتفاق عليه، أو وجد به عيباً أو خللاً. وعلى أية حال فإن الصانع إذا دفع العين المعقود عليها وما يرتبط بها من عمل وصنعة مطلوبة إلى غيره من الصناعات للقيام بالعمل المطلوب حسب المواصفات المحددة بينه وبين المستصنع فإن هذا يعتبر استصناعاً من الباطن.

وهو ما يعرف عند فقهاء المعاملات المالية والاقتصاديين الإسلاميين بالاستصناع الموازي، أو المتوازي - كما يعبر عنه البعض^(١).

وهو صيغة من صيغ الاستثمار والتمويل تلجأ إليها المصارف الإسلامية، وفيه يقوم البنك بالتعاقد مع مستصنع وهو المحتاج للسلع الصناعية، سواء أكان مستهلكاً أو تاجراً، باعتبار البنك هنا صانعاً، وذلك لصناعة سلع معينة بأوصاف محددة. ثم يقوم البنك بتعاقد آخر يكون فيه هو المستصنع (من الباطن) فيتعاقد مع صانع آخر أو مجموعة من الصانعين يتولون إنجاز السلع المطلوبة منه بنفس المواصفات التي اتفق عليها مع المستصنع الأول (المستهلك أو التاجر)، دون أن يكون هناك ارتباط بين العقدین، فلا توجد علاقة حقوقية أو مالية بين طالب السلعة الأول وبين الصانع الفعلي لها.

(١) راجع: المعاملات المالية المعاصرة للدكتور/ وهبه الزحيلي ص(٣٠٤-٣٠٥)، وبحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة: بحث عقد الاستصناع للدكتور/ الأشقر (١/ ٢٤٠-٢٤١)، والمعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية: معيار رقم (١١) بشأن الاستصناع والاستصناع الموازي ص(١٥٠).

ومن هنا كانت تسميته بالاستصناع الموازي؛ لدخول البنك في علاقة استصناع أخرى موازية للعلاقة الأولى وناتجة عنها. وبعد استلام البنك للسلع من الصناع الفعليين بمقتضى التعاقد الثاني يقوم بتسليمها للمستصنع الأول بمقتضى التعاقد الأول. ويربح البنك هنا عن طريق تعجيل الثمن أو بعضه في التعاقد الأول، وتأجيله كله أو بعضه في التعاقد الثاني؛ فتكون مدة التمويل مضاعفة بالنسبة له.

كما أنه يضيف ما يراه لنفسه من ربح ينتج له من فارق الربح بين المعاملتين بعد حساب التكلفة. وهذا إذا أحسن استغلاله يكون باباً مهماً من أبواب الاستثمار للمصارف الإسلامية⁽¹⁾.

الفرع الرابع: حكم الاستصناع من الباطن:

ينبغي ونحن بصدد بيان حكم الاستصناع من الباطن (أو ما يعرف بالاستصناع الموازي) أن نميز بين نوعين من أنواع الصناعة: النوع الأول: الصناعة الآلية. والنوع الثاني: الصناعة اليدوية.

أما الصناعة الآلية، وهي الغالبة على كثير من الصناعات اليوم، وتتم من خلال الآلات الصناعية والأجهزة والماكينات المتطورة، والتي يتلاشى معها أي أثر لشخص الصانع ومؤهلاته الشخصية، بحيث يستوي فيها قيام صانع معين بمتابعة الصنع أو قيام غيره من الصناع- فهذه لا إشكال فيها؛ إذ المطلوب تسليم سلعة صناعية بمواصفات محددة. وهذه المواصفات لا تتأثر بشخص الصانع. ومن ثمَّ يكون تعيين صانع معين نوعاً من العبث.

(1) راجع: المراجع السابقة.

وهذا ما يحدث فيما تقوم به المصارف الإسلامية من الاستثمار عن طريق الاستصناع الموازي - كما سبق بيانه.

لكن ينبغي الحذر عند تطبيق الاستصناع الموازي من الربط بين العقدین، أو توكيل المستصنع الأول بالتعاقد على استصناعها أو قبضها أو الإشراف على صناعتها أو القيام بأي دور من شأنه أن يقلص دور البنك في عملية الاستصناع^(١).

لأن هذا قد يؤدي بالعملية إلى الصورية؛ ومن ثمَّ تتحول إلى مجرد إقراض بفائدة في صورة استصناع - كما يحدث للأسف في العديد من صيغ التمويل الإسلامية في النواحي التطبيقية في العديد من المصارف الإسلامية. ولذلك يجب أن يأخذ البنك بزمام المبادرة، فيكون لديه دائرة خاصة بالعمليات الاستصناعية، يأتي إليها طالبو السلع الصناعية (المستصنعون) لنحو بناء مبانٍ أو صيانتها أو تعبيد طرق أو مد سلك حديدية أو إنشاء مطارات ونحو ذلك، ويكون لتلك الدائرة الخاصة بالاستصناع علاقات مع الصناعيين والمقاولين ممن يستطيع تنفيذ مثل تلك الأعمال والصناعات، فيساومهم البنك عليها ويغقد معهم باعتباره مستصنعاً (من الباطن) وعلى مسؤوليته الشخصية^(٢).

وأما الصناعة اليدوية التي تكون فيها المؤهلات الشخصية للصانع موضع اعتبار، كأن يكون مثلاً خطاطاً معروفاً بمهارته وإتقانه، أو فناناً يقصد لذاته، ويختلف ثمن صناعته عن ثمن صناعة غيره ممن يشاركه في الصناعة نفسها؛ فهنا لا يجوز الاستصناع من الباطن^(٣).

(١) انظر: بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة: بحث عقد الاستصناع للدكتور/ الأشقر (١/ ٢٤١)، والمعايير الشرعية: معيار رقم (١١) بشأن الاستصناع والاستصناع الموازي ص (١٥٠) معيار فرعي (٣/٧، ٤/٧).

(٢) انظر: بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة: بحث عقد الاستصناع للدكتور/ الأشقر (١/ ٢٤١).

(٣) راجع: المرجع السابق (١/ ٢٣٤).

لأنه ستكون هناك اختلافات لا محالة بين الصانع المتعاقد معه وبين غيره، وبعض الصانع في بعض الحرف والصناعات يكون لوضع اسمه على العمل قيمة في ذاته، ولعل هذا مشاهد في مشاهير الخطاطين والرسامين ونحوهم.

أما لو كانت الصناعة اليدوية لا تتفاوت من صانع وآخر، أو لا يقصد الصانع فيها لذاته ومهاراته الشخصية الخاصة فيجوز التعاقد فيها من الباطن مع صانع آخر يقوم بها؛ إذ العبرة ستكون هنا للمواصفات المطلوبة، وليس لشخص الصانع^(١).

ويبقى بعد ذلك كله للمستصنع الأول خيار الرؤية حينما يسلمه الصانع المعقود عليه، فإذا رآه مختلفاً عما تم الاتفاق عليه فيحق له عدم قبوله بمقتضى خيار الرؤية، إضافة لخيار العيب في حال ظهور عيب في المعقود عليه.

الفرع الخامس: حكم اشتراط قبول المستصنع الأصلي للاستصناع من الباطن:

إذا اشترط المستصنع على الصانع أن يصنع الشيء بنفسه، أو حدد صانعاً معيناً فهو شرط صحيح يجب الالتزام به، وبخاصة في الصناعات التي تتفاوت بتفاوت الصانعين، وذلك في الصناعات اليدوية التي يعتبر فيها شخص الصانع ومهاراته الخاصة - كما سبق قريباً^(٢).

ولا شك أن هذا الشرط فيه مصلحة لأحد العاقدين، وقد سبق تقرير أن ما كان من الشروط من مصلحة العاقد فهو من مصلحة العقد، وهو شرط صحيح يجب الوفاء به؛ وإلا يحق للطرف الآخر طلب الفسخ.

(١) راجع: المعاملات المالية المعاصرة للدكتور/ وهبه الزحيلي ص(٣٠٧).
(٢) راجع: بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة: بحث عقد الاستصناع للدكتور/ الأشقر (١/ ٢٣٤)، وراجع أيضاً: المقالة الفرعية ص(٢٠).

ولأنه شرط لا يصادم نصوص الشريعة ولا ينقض أصلاً من أصولها،
ولا ينافي مقصود العقد ومقتضاه.

الفرع السادس: على من يكون الضمان في الاستصناع من الباطن؟

إذا كان الاستصناع عقدًا على العين والعمل معًا من الصانع - كما قررته
أنفًا - فإن الصانع يكون ضامنًا ومسئولاً عن خطأه فيما تعاقد عليه مع
الطرف الأول (المستصنع)، فإذا خالف الشروط أو المواصفات المتفق عليها،
أو انحرف عن تقاليد الصنعة المتعارف عليها، أو قصر في العمل، أو حدث
أي خلل به أو عيب فإنه يكون ضامنًا له.

وهو ضامن أيضًا لأي خلل يتسبب به الصانع الفعلي الذي استصنعه (من
الباطن) في مواجهة المستصنع الأصلي؛ لأنه يعتبر بديلاً له.
ويتحمل كذلك تبعات تملك العين المستصنعة وقبضها ونفقات صيانتها قبل
تسليمها للمستصنع الأصلي^(١).

ويحق للمستصنع الأصلي خيار الرؤية عند تسلمه العين المستصنعة؛
حيث له عدم قبولها إذا ظهرت بخلاف المتفق عليه.
كما أن الصانع الفعلي (من الباطن) يكون ضامنًا ومسئولاً بدوره عما
تعاقد عليه في مواجهة المستصنع من الباطن، وإن كان ليس مسئولاً ولا
ضامنًا في مواجهة المستصنع الأصلي؛ حيث لا تعاقد ولا علاقة مباشرة
بينهما.

وإذا كان المتسبب هو الصانع (من الباطن)؛ فإن للمستصنع من الباطن أن
يرجع عليه بما تحمله في مواجهة المستصنع الأصلي.

* * *

(١) انظر: العقود المضافة إلى مثلها لعبدالله بن عمر بن حسين بن طاهر ص (١٢٢).

المطلب الثالث: عقد المقاولة من الباطن:

وأتناوله من خلال عدة فروع:

الفرع الأول: تعريف عقد المقاولة.

الفرع الثاني: التكيف الفقهي لعقد المقاولة.

الفرع الثالث: صورة المقاولة من الباطن.

الفرع الرابع: حكم المقاولة من الباطن.

الفرع الخامس: حكم اشتراط قبول المتعاقد الأصلي الأول للمقاولة من

الباطن.

الفرع السادس: على من يكون الضمان في المقاولة من الباطن؟

الفرع الأول: تعريف عقد المقاولة:

المقاولة لغة: مفاعلة من القول، فتقتضي مشاركة أكثر من شخص،

وتقاولا: أي تفاوضا وتجادلا^(١).

واصطلاحاً: المقاولة مصطلح حديث لم يكن معروفاً قديماً، وقد استعمله

القانونيون، وعرفه القانون المدني المصري: مادة رقم (٦٤٦) بأنه: «عقد

يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر

يتعهد به المتعاقد الآخر»^(٢).

وهناك تعريفات أخرى لا تختلف كثيراً عن هذا التعريف^(٣)، منها ما عرفه

به بعضُ المعاصرين بأنه «عقد على القيام بعمل موصوف وصفاً ناقياً

للجهالة مقابل أجر معلوم»^(٤).

(١) راجع: لسان العرب (١١/ ٥٧٧) مادة (قول)، والمصباح المنير ص(٥٢٠) مادة (قول).

(٢) انظر: الوسيط في شرح القانون المدني للدكتور/ عبدالرزاق السنهوري (٥/ ٧).

(٣) راجع: عقد المقاولة للدكتور/ عبدالرحمن العايد ص(٤٩- ٥٠).

(٤) انظر: عقد المقاولة في الشريعة والقانون للدكتور/ أحمد عبدالحكيم العناني، رسالة دكتوراه بكلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر بالقاهرة سنة ١٤٠٩هـ / ١٩٨٩م ص(٢٨) نقلاً عن: الرشوة في عقود المقاولات العامة في النظام السعودي، رسالة ماجستير بجامعة نايف العربية للعلوم الأمنية بالرياض سنة ١٤٣١هـ / ٢٠١٠م للباحث/ عبدالله بن نايف الجبلي المطيري ص(١٣).

والأول أشهر وأشمل، واختاره كثير من المعاصرين^(١).
والارتباط واضح بين المعنى اللغوي والمعنى الاصطلاحي؛ فلا يتم عقد
المقابلة إلا بعد تفاوض حول العمل والأجر^(٢).
الفرع الثاني: التكيف الفقهي لعقد المقابلة:
للقوف على التكيف الفقهي لعقد المقابلة لابد أن نذكر صورته أولاً.
وعقد المقابلة له صورتان:

الأولى: أن يقدم المقاول العمل والأدوات، كما في أغلب مقاولات البناء.
والثانية: أن يقدم المقاول العمل فقط دون الأدوات، كما في عقود الصيانة
التي يتكفل فيها صاحب العمل بتقديم قطع الغيار.
ومن هذه الصورة ما إذا قام صاحب العمل بتوكيل المقاول في شراء
الأدوات اللازمة وإحضارها^(٣).

وبالنظر إلى هاتين الصورتين نجد أن أولاهما تتفق مع عقد الاستصناع،
وقد سبق تعريفه بأنه «عقد على مبيع في الذمة، يشترط فيه العمل على وجه
مخصوص، وأن تكون مادته من الصانع».

صحيح هناك بعض الفروق المبنية على بعض الآراء فيما يتعلق
بالاستصناع، ككونه ينقلب سلماً عند أبي حنيفة إذا تم تحديد مدة معينة للتسليم
خلاً للصاحبين وما عليه مجلة الأحكام العدلية^(٤)، وككونه غير لازم

(١) راجع: عقد المقابلة للدكتور/ العايد ص(٥٠)، وعقد المقابلة للدكتور/ عجيل النشمي، بحث
بمجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الرابعة عشرة، الجزء الثاني ص(١٤)، وعقد
المقابلة «الإنشاء والتعمير» حقيقته، تكيفه، صورته للدكتور/ محمد جبر الأنفي، بحث بالمجلة
نفسها والعدد ذاته ص(١٤٤)، وقرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم (١٢٩-١٤/٣)، وعقد
الاستصناع للدكتور/ النشوي ص(٣٧٤).

(٢) راجع: عقد المقابلة للدكتور/ عجيل النشمي ص(١٩-٢٠)، وعقد الاستصناع للدكتور/ النشوي
ص(٣٧٤).

(٣) انظر: عقد المقابلة للدكتور/ العايد ص(١٠١).

(٤) راجع: بدائع الصنائع (٣/٥)، وتبيين الحقائق (٤/١٢٤)، ودرر الحكام في شرح مجلة الأحكام
(١/٤٢٤).

للطرفين عند بعضهم خلافاً لأبي يوسف والمجلة كذلك^(١) - إلا أن الراجح في ذلك عندي هو جواز تحديد الأجل منعاً للنزاع، وكذلك القول بلزوم عقد الاستصناع للطرفين دفعا للضرر عن أي منهما^(٢).

وبذلك يكون عقد الاستصناع متفقاً مع هذه الصورة من صور المقاوله، والتي يقدم فيها المقاول العمل والأدوات معاً.

أما الصورة الثانية للمقاوله فتتفق مع إحدى نوعي الإجارة، وهي إجارة الأعمال، ومع صورة الأجير المشترك على وجه التحديد؛ حيث يكون محل التعاقد عمل موصوف في الذمة، دون أن يلتزم المقاول بتقديم الأدوات، ودون أن يكون لصاحب العمل الحق في تملك نفع المقاول في جميع مدة العقد. وهذه هي إجارة الأجير المشترك^(٣).

وعلى ذلك فإن عقد المقاوله دائر في تكييفه الفقهي بين الاستصناع وإجارة الأجير المشترك، فإذا قَدِّمَ المقاولُ العملَ والأدواتِ كان استصناعاً، وإذا قَدِّمَ العملَ فقط كان إجارةً أجيرٍ مشترك^(٤).

وقد اعتبر بعضُ الفقهاء أن عقد المقاوله هو نفسه عقدُ الاستصناع^(١).

(١) راجع: بدائع الصنائع (٥/ ٣ - ٤)، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم (٦/ ١٨٦)، ودرر الحكام في شرح مجلة الأحكام (١/ ٤٢٤ - ٤٢٥). أيضاً: عقد المقاوله للدكتور/ العايد ص(١٢٧ - ١٣١).

(٢) وهو ما قرره مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته السابعة المنعقدة في جدة سنة ١٤١٢ هـ/ ١٩٩٢م راجع: قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي - جدة للدورات (١ - ١٠) القرارات (١ - ٩٧): قرار رقم (٦٥ - ٧/٣) بشأن عقد الاستصناع ص(١٤٤ - ١٤٥). وقررت كذلك هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية في معاييرها الشرعية: معيار رقم (١١) بشأن الاستصناع والاستصناع الموازي ص(١٤٦) معيار فرعي (١/٢/٢). وراجع كذلك في ترجيح القول بلزوم عقد الاستصناع: عقد المقاوله للدكتور/ العايد ص(١٢٧ - ١٣١)، وعقد الاستصناع للدكتور/ النشوي ص(٤٧٦ - ٤٨٢).

(٣) انظر: عقد المقاوله للدكتور/ العايد ص(١٠٧، ١١٩).

(٤) انظر: الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي للدكتور/ الصديق محمد الأمين الضرير ص(٤٦٧ - ٤٦٨)، وعقد المقاوله للدكتور/ العايد ص(١١٩ - ١٢٠)، وعقد المقاوله للدكتور/ وهبة الزحيلي، بحث بمجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الرابعة عشرة، الجزء الثاني ص(٢١٥)، وعقد الاستصناع للدكتور/ النشوي ص(٣٨٨)، وعقد المقاوله في الفقه الإسلامي لإبراهيم شاشو، بحث بمجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد (٢٦) العدد الثاني ص(٧٤٧ - ٧٤٨)، وأيضاً: المعايير الشرعية: ملحق المعيار رقم (١١) بشأن الاستصناع والاستصناع الموازي ص(١٥٨).

والحقيقة أنهم نظروا إلى أحد نوعي المقاولة دون الآخر، فعقد المقاولة أعم وأشمل من عقد الاستصناع، فالاستصناع أحد نوعي المقاولة الذي يقدم فيه المقاول العمل والأدوات - كما مر^(٢).

الفرع الثالث: صورة المقاولة من الباطن:

وصورته أن يتعاقد طالب العمل (الطرف الأول) مع مقاول على عمل معين كإنشاء مبنى، فيتعاقد المقاول (الأصلي) مع مقاول ثان أو مقاولين على إنشاء المبنى كاملاً دون أن يقوم المقاول الأصلي بجزء من العمل، أو يتعاقد المقاول الأصلي مع غيره على إنجاز جزء من العمل، كأن يتعاقد مع مقاول للقيام بأعمال الكهرباء، ومع آخر للقيام بأعمال السباكة، ومع ثالث للقيام بأعمال النجارة ... وهكذا.

فقد تكون المقاولة من الباطن كلية أو جزئية^(٣).

ولابد هنا من التفرقة بين المقاولة من الباطن بالصورة التي بينتها، وبين تنفيذ العقد الأصلي من قبيل المقاول الأصلي، ولكن بواسطة مساعدين له.

فالمساعد شخص يتعاون مع المقاول الأصلي في تنفيذ التزاماته، وينطبق هذا على كل التابعين للمقاول الأصلي الذين يستخدمهم في تنفيذ التزاماته، والمساعد وإن كان قريباً من المقاول من الباطن؛ إلا أن الفرق الجوهرى بينهما يكمن في طبيعة العلاقة التي تربطه بالمقاول الأصلي، فالمساعد أو المستخدَم يرتبط بالمقاول الأصلي بواسطة عقد عمل، مما يجعله خاضعاً لإشرافه ورقابته، ويكون تابعاً له، وهو أشبه بالأجير الخاص. أما المقاول

(١) راجع: المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الفقه والشريعة للدكتور/ محمد رواس قلعه جي ص(١٣٨).

(٢) راجع: عقد المقاولة للدكتور/ العايد ص(١١٩)، وعقد المقاولة للدكتور/ النشمي ص(٤٤)، وعقد الاستصناع للدكتور/ النشمي ص(٣٨٨).

(٣) راجع: المقاولة من الباطن للدكتور/ غازي أبو عرابي ص(١٦ - ٢٠)، وعقد المقاولة للدكتور/ العايد ص(٢٤٩)، وعقد المقاولة «الإشياء والتعمير» للدكتور/ محمد جبر الألفي ص(١٥٣)، وعقد المقاولة في الفقه الإسلامي وما يقابله في القانون المدني لزياد شفيق قرارية ص(٧٥)، والعقود المضافة إلى مثلها ص(١٢٥).

من الباطن فيعمل مستقلاً، ولا وجود لعلاقة تبعية بينه وبين المفاوض الأصلي، ويعتبر بديلاً عنه، وهو أشبه بالأجير المشترك.

ويد الأجير الخاص كيد المفاوض الأصلي، وليست كذلك يد الأجير المشترك^(١).

وقد استقر التمييز عرفاً بين المساعد والبديل؛ فالأول يشارك في تنفيذ الالتزامات باعتباره جزءاً وتابعاً للمفاوض الأصلي، والثاني يتولى تنفيذ الالتزامات بدلاً من المفاوض الأصلي، ولكن دونما علاقة مباشرة مع صاحب العمل^(٢).

الفرع الرابع: حكم المفاوضة من الباطن:

التعاقد في المفاوضة يكون على إنجاز عمل معين؛ ولذلك يجوز للمفاوض أن يتعاقد مع مقاولين من الباطن للقيام بالعمل المتفق عليه كله أو بعضه؛ لأنه تعاقدٌ توافرت فيه أركانه وشروطه فجاز كالعقد الأول.

ولأن عقد المفاوضة دائر بين الإجارة والاستصناع، وقد سبق تقرير جواز التعاقد فيهما من الباطن؛ فجاز في المفاوضة كذلك.

إلا إذا كانت شخصية المفاوض ومؤهلاته الشخصية معتبرة بحسب العرف؛ فهنا لا يجوز للمفاوض الأصلي أن يتعاقد من الباطن مع آخرين لإنجاز ما تعاقد عليه مع الطرف الأول^(٣). ولا يلزم صاحب العمل قبوله لتفاوت العمل والصنعة بين المفاوض الأصلي وغيره^(٤).

(١) انظر: عقد المفاوضة للدكتور/ النشمي ص(٧٠).

(٢) انظر: المفاوضة الفرعية ص(١٥).

(٣) راجع: الوسيط في شرح القانون المدني (٧/ ٢٠٨ - ٢٠٩)، وعقد المفاوضة «الإنشاء والتعمير» للدكتور/ محمد جبر الألفي ص(١٥٤)، وعقد المفاوضة في الفقه الإسلامي لإبراهيم شاشو ص(٧٥٠)، والعقود المضافة إلى مثلها ص(١٢٥ - ١٢٦).

(٤) راجع: الشرح الكبير على المقنع لابن أبي عمر المقدسي (٤٦٢ / ١٤).

ويعرف ذلك بالنظر في إرادة صاحب العمل، فإذا كانت إرادته قد اتجهت إلى أن يتم التنفيذ من المفاوض الأصلي فيتعين احترام هذه الإرادة، ويمتنع هنا عقد المفاوضة من الباطن.

ويتم التحقق من ذلك بالنظر إلى المؤهلات الشخصية للمفاوض، كما لو تعاقد شخص مع رسام لرسم لوحات فنية؛ فإن ذلك يتعين على ذلك الرسام (المفاوض الأصلي)؛ فلا تجوز فيه المفاوضة من الباطن.

أما إذا ظهر أن إرادة صاحب العمل إنما كانت متجهة إلى مجرد تنفيذ العقد دون اعتبار لشخص المنفذ - وهذا هو الغالب على أكثر المقاولات، وبخاصة في مجال البناء والتشييد وما يرتبط بها من أعمال - فإن المنفذ (المفاوض الأصلي) في هذه الحالة يمكن إبداله بالمفاوض من الباطن^(١).

على أن يكون كل من العقدین مستقلا عن الآخر؛ لئلا يؤول الأمر إلى أن يكون وجود المفاوض الأصلي صورياً فقط؛ فيكون تحايلاً على الربا المحرم^(٢).

وأيضاً إذا لم يكن صاحب العمل قد اشترط على المفاوض الأصلي أن ينفذ العمل بنفسه - على ما سأبينه في الفرع التالي.

الفرع الخامس: حكم اشتراط قبول المتعاقد الأصلي الأول للمفاوضة من الباطن:

إذا اشترط الطرف الأول على المفاوض أن يقوم بالعمل المتفق عليه بنفسه فإنه يلزمه ويجب الوفاء بهذا الشرط^(٣). وقد صرح بذلك الحنفية^(١).

(١) انظر: المفاوضة من الباطن للدكتور/ غازي أبو عرابي ص(٤٢-٤٣).

(٢) انظر: العقود المضافة إلى مثلها ص(١٢٦).

(٣) راجع: الوسيط في شرح القانون المدني (٧/٢٠٨-٢١١)، وعقد المفاوضة للدكتور/ عجيل النشمي ص(٦٩)، وعقد المفاوضة «الإنشاء والتعمير» للدكتور/ محمد جبر الألفي ص(١٥٤)، وعقد المفاوضة للدكتور/ وهبة الزحيلي ص(٢١٨)، وعقد المفاوضة «الإنشاء والتعمير» حقيقته، تكييفه، صورته للدكتور/ جاسم علي سالم الشامسي، بحث بمجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الرابعة عشرة، الجزء الثاني ص(١١٣)، والعقود المضافة إلى مثلها ص(١٢٥-١٢٦).

ولا شك أن مثل هذا الشرط يهدف إلى حماية مصلحة مشروعة لرب العمل، أو لحماية ثقته بالمقاول الأصلي، خاصة حينما يتم التعاقد معه على أساس مؤهلاته الشخصية من الأمانة والخبرة والكفاءة وغيرها^(٢).

ولعل هذا يتضح فيما إذا تعاقد شخص مع خطاط معين لعمل لوحة إعلانات، أو طبيب معين لإجراء عملية جراحية، أو مهندس حاذق لتصميم بناء معين، ونحو ذلك مما يُقصد المقاول فيه بعينه، وليس مجرد أداء العمل^(٣).

ولزوم هذا الشرط هو ما قرره مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الرابعة عشرة^(٤)، وأطبقت عليه كلمة المعاصرين^(٥).

الفرع السادس: على من يكون الضمان في المقاولة من الباطن؟

لا شك أن المقاول الأصلي يكون ضامناً ومسئولاً عن خطأه فيما تعاقد عليه مع الطرف الأول (صاحب العمل) مسئولية عقديّة^(٦)، فإذا خالف الشروط أو المواصفات المتفق عليها، أو انحرف عن تقاليد الصناعة المتعارف عليها، أو قصر في العمل، أو حدث أي خلل به أو عيب فإنه يكون ضامناً له^(٧).

(١) انظر: الهداية مع فتح القدير (٩/ ٢٨٨).

(٢) انظر: المقاولة من الباطن للدكتور/ غازي أبو عرابي ص(٤٠)، وعقد المقاولة للدكتور/ النشمي ص(٦٩).

(٣) انظر: عقد المقاولة للدكتور/ النشمي ص(٦٩).

(٤) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع عشر (٢/ ٢٨٨ - ٢٨٩)، قرار رقم (١٢٩ - ٣/ ١٤).

(٥) راجع: المراجع والبحوث السابقة.

(٦) المقصود بالمسئولية العقدية: مسئولية المدين (المقاول الأصلي) في التزام عقدي عن فعل الأشخاص الذين يحلهم محله في تنفيذ الالتزام، أو الأشخاص الذين يستعين بهم في التنفيذ. فإذا ارتكب شخص منهم أي خطأ يترتب عليه عدم التنفيذ أو خلل فيه لم يكن بوسع الدائن (صاحب العمل) أن يرجع عليهم؛ لأنه غير متعاقد معهم، وإنما يرجع على المدين الذي استعان بهم فهو المتعاقد معهم. وهذه المسئولية تفرض وجود علاقة تعاقدية بين الدائن والمدين. راجع: المقاولة من الباطن للدكتور/ غازي أبو عرابي ص(١٣٠ - ١٣١).

(٧) والقول بتضمين المقاول يستند - فيما يستند إليه - إلى مسألة تضمين الصناع، وهي مسألة مشهورة في كتب الفقه، والصانع أجبر مشترك؛ فهو مقاول أيضاً بحسب ما بيناه سابقاً. وقد اختلف الفقهاء في تضمينه على أقوال، فذهب أبو حنيفة وزفر وهو المفتي به عند الحنفية - كما

كذلك فإنه مسئول وضامن لتسليم العمل المتفق عليه للطرف الأول،
والقيام بصيانتة حسب المتفق عليه.

وهو مسئول وضامن أيضاً بموجب مسؤوليته العقدية في مقابلة الطرف
الأول (صاحب العمل) للمقاول من الباطن، وما قد ينتج عن عمله من خلال أو
تقصير؛ لأن المقاول من الباطن يعتبر بديلاً له.

كما أن المقاول من الباطن يكون ضامناً ومسئولاً بدوره عما تعاقد عليه
في مقابلة المقاول الأصلي، وإن كان ليس مسئولاً ولا ضامناً في مواجهة
الطرف الأول (صاحب العمل) حيث لا تعاقد ولا علاقة مباشرة بينهما^(١).

صرح ابن عابدين- وهو مذهب الشافعية في الأظهر ومذهب الحنابلة أنه أمين ولا يضمن هلاك
ما بيده إلا بالتعدي أو التقصير، ونص أبو حنيفة والحنابلة على أنه يضمن ما تلف بعمله ولو
بغير قصد. وذهب الصحابان وهو قول عند الشافعية ورواية عند الحنابلة إلى القول بتضمينه
ولو بغير تعد ولا تقصير، إلا إذا هلك بما لا يمكن التحرز منه كحريق ونحوه. وذهب المالكية
وهو قول لبعض الحنابلة إلى أنه يضمن حيث كانت تهمة وإن لم يكن بتعد أو تقصير، فإن
انتفت التهمة فلا ضمان عليه إلا أن يثبت تعديه أو تقصيره. وعدد المالكية شروطاً لتضمينه
استناداً إلى مراعاة المصلحة العامة وسد فرائع الفساد. والحق أن الأصل في الصانع أنه أمين
لا يضمن إلا ما تعدى فيه أو قصر؛ لأنه مأنون له في قبض العين المستصنعة، إلا أن هذا
الحكم الأصلي كان صالحاً حينما كانت الاستقامة وتقوى الله هي الغالبة على المجتمع، فلما
تغيرت الأحوال والظروف وغلب على الناس عدم الأمانة وانتشر الإهمال والتقصير تغير
الحكم ليكون ملائماً ومناسباً لما جُد من ظروف- والأحكام تتغير بتغير الأحوال والأزمان
والظروف- فقتضى عمر وعلي رضي الله عنهما بتضمين الصانع صيانة لأموال الناس، وسدًا
للذرائع، وتقديمًا للمصلحة العامة على المصلحة الخاصة، ولما كان مناط تغير الحكم هو تغير
أحوال الناس وعدم الاطمئنان إلى أمانتهم فقد دل ذلك على أن العلة في تضمينهم هي التهمة؛
فحيثما وجدت التهمة حكماً بتضمينهم، وحيثما انتفت التهمة حكماً بأمانتهم وعدم تضمينهم،
وهو ما ذهب إليه المالكية وورد في قول عند الحنابلة. والمتأمل فيما ذهب إليه كثير من الفقهاء
القائلين بالتضمين في الجملة يجد أن اختلافهم كان تبعاً لما يغلب على ظنهم من وجود التهمة أو
انتفانها، وإن لم يصرحوا بذلك. وهذا القول الذي رجحته هو أكثر الأقوال انضباطاً، وما عداه
من أقوال في تضمين الصانع بُيئت على مصاديق مظنونة لقيام التهمة بالصانع، ولا تستند إلى
حجة قوية. راجع: بدائع الصنائع (٤/ ٢١٠)، وتبيين الحقائق (٥/ ١٣٤)، وحاشية ابن عابدين
(٦١٠-٦١٦)، والفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني للنفرأوي (٢/ ١١٧)،
وحاشية السوقي (٤/ ٢٨-٢٩)، وكشف القناع عن تضمين الصانع لابن رحال المعداني
المالكي ص(٧٦-٧٩)، وتحفة المحتاج (٦/ ١٨٠)، والمغني (٨/ ١٠٣)، والإنصاف (٦/ ٧٢-
٧٥)، وكشاف القناع (٤/ ٣٣-٣٥). وقد بحثت هذه المسألة بشيء من التوسع في كتابي
«التيسير في المعاملات المالية» ص(٥٢٧-٥٣٥).

(١) راجع: الوسيط في شرح القانون المدني (٧/ ٧٥-٧٦)، وعقد المقاول من الباطن للدكتور/
مصطفى الجارحي ص(٧٦-٧٨، ١١٤-١١٦)، وعقد المقاول للدكتور/ العايد ص(٢٦١-
٢٦٤)، والمقاول من الباطن للدكتور/ غازي أبو عرابي ص(٦٧ وما بعدها، ١٢٤-١٢٩،

وضمان المقاول الأصلي عند التعدي أو التقصير أو مخالفة الشروط، وكذلك ضمانه للعيوب والأخطاء التي يتسبب فيها، ومسئوليته عن عمل المقاول من الباطن هو ما قرره مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الرابعة عشرة^(١).

* * *

المطلب الرابع: عقد التوريد من الباطن:

وأتناوله من خلال عدة فروع:

الفرع الأول: تعريف عقد التوريد.

الفرع الثاني: التكيف الفقهي لعقد التوريد.

الفرع الثالث: صورة التوريد من الباطن.

الفرع الرابع: حكم التوريد من الباطن.

الفرع الخامس: حكم اشتراط قبول المتعاقد الأصلي الأول للتوريد من

الباطن.

الفرع السادس: على من يكون الضمان في التوريد من الباطن؟

الفرع الأول: تعريف عقد التوريد:

التوريد لغة: مصدر وَرَدَ يُورِدُ، وَوَرَدَ فُلَانٌ وَرُودًا: حضر، وأورده غيره واستورده: أحضره. ومنه الوِرْد: الماء الذي يُورِد، والإبل الواردة، والوَرَاد الذين يردون الماء. وأصل المادة يدل على معنيين: الموافاة إلى الشيء، ولون من الألوان^(٢). فالتوريد يعني إحضار الشيء.

ومواضع أخرى)، وعقد المقاوله للدكتور/ الزحيلي ص(٢١٨-٢١٩)، والعقود المضافة إلى مثلها ص(١٢٦)، وأيضًا: عقد المقاوله للدكتور/ النشمي ص(٧٠، ٧٣).

(١) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع عشر (٢/ ٢٨٨-٢٨٩)، قرار رقم (١٢٩-٣/ ١٤).

(٢) راجع: معجم مقاييس اللغة لابن فارس (٦/ ١٠٥) مادة (ورد)، ولسان العرب (٣/ ٤٥٦-٤٥٩) مادة (ورد).

واصطلاحاً: عقد التوريد من العقود المستحدثة؛ ولذلك لا نجد له تعريفاً لدى الفقهاء القدامى. وقد عرفه المعاصرون بعدد من التعريفات، من أهمها: ما عرفته به القوانين الحديثة بأنه «عقد يتعهد بمقتضاه شخص بأن يسلم بضائع أو خدمات معينة بصفة دورية أو منتظمة خلال فترة معينة لشخص آخر نظير مبلغ معين»^(١). وأخذ عليه أنه قيده بأن يكون بصفة دورية أو منتظمة، وهذا يخرج بعض صور التوريد.

ولعل هذا هو ما يؤخذ كذلك على تعريف مجمع الفقه الإسلامي الدولي أيضاً؛ حيث عرفه بأنه «عقد يتعهد بمقتضاه طرف أول بأن يسلم سلعاً معلومةً مؤجلةً، بصفة دورية خلال فترة معينة لطرف آخر، مقابل مبلغ معين مؤجل كله أو بعضه»^(٢).

وعرفه الدكتور/ عبدالله المطلق بأنه «عقد يتعهد بمقتضاه أحد العاقدين تسليم الطرف الآخر أشياء منقولة بثمن معين»^(٣).

ورجحه بعض من كتب في عقد التوريد^(٤)؛ لشموله جميع صور التوريد. وإن كان يؤخذ عليه أنه غير مانع؛ فقد يدخل فيه ما ليس منه.

ولذلك جاء تعريف الدكتور/ رفيق المصري جامعاً مانعاً؛ حيث عرفه بأنه «اتفاق يتعهد فيه أحد الطرفين بأن يورّد إلى الآخر سلعاً موصوفة، على دفعة

(١) انظر: عقود التوريد والمناقصات للدكتور/ رفيق المصري، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الثانية عشرة، الجزء الثاني ص(٤٧٧) نقلاً عن القانون التجاري السعودي لمحمد حسن الجبر ص(٦٧).

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة الثانية عشرة، الجزء الثاني ص(٥٧١) قرار رقم (١٠٧- ١/ ١٢).

(٣) انظر: عقد التوريد دراسة شرعية، بحث بمجلة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، العدد العاشر ١٤١٤هـ/ ١٩٩٣ ص(٢٥).

(٤) انظر: عقد التوريد والمقابلة في ضوء التحديات الاقتصادية المعاصرة «رؤية شرعية» للدكتور/ أحمد ذياب شويح، وعاطف أبو هرييد ص(٤).

واحدة أو عدة دفعات، في مقابل ثمن محدد، غالبًا ما يكون مقسطاً على أقساط بحيث يدفع قسطاً من الثمن كلما تم قبض قسط من المبيع»^(١). وهو أفضل تعريف لعقد التوريد من وجهة نظري؛ لاستيفائه أركان التعريف الجيد.

وأياً ما كان الأمر فإن هذه التعريفات تفيد تحديد التزامات المورد بتقديم السلع أو الخدمات، وكذلك التزامات المورد إليه بدفع البذل (الثمن)، وترك تحديد زمن دفع البذل إلى الاتفاق أو العرف، وإن كان غالب الأحوال يكون دفع الثمن عند قبض المبيع^(٢).

وسمّي التوريد توريداً لأن العنصر الجوهرى فيه هو قيام المورد بإحضار السلعة إلى المورد إليه^(٣).

وعقد التوريد يشمل عقود التوريد الموحدة التي يمكن أن نسميها عقود الإذعان، كعقود توريد خدمات المياه والكهرباء والغاز والهواتف الثابتة ونحوها، وعقود التوريد الحرة التي يكون لكلا الطرفين فيها حرية إنشاء العقد وتحديد مضمونه وشروطه.

كما يشمل أيضاً عقود التوريد الإدارية التي يكون أحد الطرفين فيها شخصية معنوية، وعقود التوريد الخاصة التي يكون الطرفان فيها أفراداً أو مؤسسات خاصة^(٤).

ويشمل كذلك عقود التوريد الدولية التي يكون المورد فيها من خارج حدود الدولة، وعقود التوريد المحلية التي يكون فيها كل من المورد والمستورد من داخل الدولة^(٥).

(١) عقود التوريد والمناقصات ص (٤٧٧).

(٢) انظر: عقد التوريد في الفقه الإسلامى دراسة مقارنة لمر صالح دراغمه ص (٩).

(٣) انظر: المرجع السابق ص (٧).

(٤) انظر: عقد التوريد للدكتور/ المطلق ص (٣١ - ٣٢)، وعقد التوريد والمقولة في ضوء التحديات الاقتصادية المعاصرة ص (٤ - ٥).

(٥) انظر: عقود التوريد والمناقصات للدكتور/ المصرى ص (٤٧٧).

الفرع الثاني: التكيف الفقهي لعقد التوريد:

صورة عقد التوريد أن يتعاقد شخص (المورّد) مع آخر (المستورد) أو (المورّد له) على أن يقوم بتوريد سلع معينة وفق مواصفات محددة، في تاريخ محدد. وعادة لا يكون المورّد مالكا لتلك السلع قبل التعاقد مع المستورد، فإذا تعاقد معه عليها فإنه يكون قد باع ما لا يملك. كما أن كلا العوضين مؤجلان فيدخل في بيع الكالئ بالكالئ المنهي عنه^(١)(٢).

ولذلك عند محاولة التكيف الفقهي لعقد التوريد نجد أن المعقود عليه في عقد التوريد لا يخلو إما أن يكون سلعةً تتطلب صناعة، أو لا، فإن كانت تتطلب صناعةً؛ فلا بأس أن يتم التعاقد بينهما؛ لأنه يكون على سبيل الاستصناع^(٣). وقد سبق بيان جوازه وأنه لا يشترط فيه تعجيل الثمن.

أما إذا لم يكن محل عقد التوريد سلعةً تتطلب صناعة، وهي موصوفة في الذمة، ويلتزم المورد بتسليمها في الأجل المحدد؛ فإن ذلك يكون من قبيل السلم. ولا بد فيه من تعجيل الثمن كاملا في مجلس العقد^(٤).

وهذا ما قال به بعض المعاصرين^(١)، وقرره مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الثانية عشرة^(٢).

(١) بيع الكالئ بالكالئ صورة من صور بيع الدين بالدين، والكالئ: هو الشيء المؤخر الذي لم يُقبض، كما لو أسلم شيئا في شيء في الذمة، وكلاهما مؤخر، فُشغل فيه الذمتان بغير فائدة. انظر: إعلام الموقعين (١/ ٢٩٣ - ٢٩٤).

وقد ورد النهي عنه في حديث ابن عمر رضي الله عنهما الذي رواه عبدالرزاق في مصنفه (٨/ ٩٠)، والحاكم في المستدرک (٢/ ٦٥، ٦٦)، والدارقطني في سننه (٣/ ٧١، ٧٢)، والبيهقي في السنن الكبرى (٥/ ٢٩٠)، وضعف إسناده أحمد والنووي وابن حجر وغيرهم، وإن كان معظم الفقهاء يستدلون به. راجع: المجموع (٩/ ٥٠٠)، ونصب الرأية (٤/ ٥١٣)، والتلخيص الحبير (٣/ ٦٢)، وسبل السلام شرح بلوغ المرام للصنعاني (٢/ ٦٢).

(٢) انظر: فقه المعاملات المالية المعاصرة للخللان ص(١٤٠ - ١٤١)، وأيضا: عقود التوريد والمناقصة لمحمد تقي العثماني، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الثانية عشرة، الجزء الثاني ص(٢١٣)، وهو منشور كذلك ضمن كتابه «بحوث في قضايا فقهية معاصرة» (٢/ ١٠٥).

(٣) انظر: بحوث في قضايا فقهية معاصرة للعثماني (٢/ ١٠٥ - ١٠٦)، وفقه المعاملات المالية المعاصرة للخللان ص(١٤٠)، وعقد المقاولة للدكتور العايد ص(٣٥٣).

(٤) انظر: فقه المعاملات المالية المعاصرة للخللان ص(١٤١).

وإن كان الواقع أن أكثر الناس لا يعجلون للمورد الثمن كاملاً عند العقد وقبل توريد البضاعة^(٣).

ولذلك قالوا: يمكن أن يتم ذلك عن طريق الوعد غير الملزم؛ حيث يبدي المستورد رغبته للمورد في شراء سلعة معينة، ويعدده وعداً غير ملزم بشرائها إذا ما قام المورد بتوفيرها^(٤). وهذا ما قرره مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته المشار إليها آنفاً^(٥).

وهذا يمكن تخريجه على بيع المرابحة للأمر بالشراء، وهو جائز إذا كان الوعد غير ملزم، وبشرط تملك المورد للسلعة تملكاً حقيقياً^(٦).

ويرى البعض أنه لا إشكال في ابتداء عقد التوريد على المواعدة الملزمة من الطرفين؛ فإن المواعدة ليست عقدًا باتاً، إنما هي موافقة الطرفين على إنجاز العقد في تاريخ لاحق، وهو يحتاج في ذلك التاريخ اللاحق إلى استكمال أركان العقد وشروطه، وأولها تلاقي الإيجاب والقبول؛ ومن ثم فلا تترتب على المواعدة ولو كانت ملزمة أية آثار للعقد إلا بعد انعقاده.

غاية الأمر أن للقاضي أن يجبر كلا الطرفين على الوفاء بوعده؛ وإلا كان مخالفاً، ويحق للطرف المتضرر المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر فعليٍّ جرّاء خُلف الوعد.

ولا شك أن ورود الأعدار الحقيقية لأيٍّ من الطرفين وارد هنا ومانع من مطالبته بالتعويض^(٧).

(١) انظر: التكييف الفقهي للوقائع المستجدة وتطبيقاته الفقهية للدكتور/ محمد عثمان شبيب ص (١٣٥)، وفقه المعاملات المالية المعاصرة للختلان ص (١٤٠-١٤٢).

(٢) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد الثاني عشر (٢ / ٥٧١-٥٧٢)، قرار رقم (١٠٧ / ١٢).

(٣) انظر: فقه المعاملات المالية المعاصرة للختلان ص (١٤١).

(٤) انظر: المرجع السابق.

(٥) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد الثاني عشر (٢ / ٥٧٢)، قرار رقم (١٠٧ / ١٢).

(٦) انظر: فقه المعاملات المالية المعاصرة للختلان ص (١٤١).

(٧) راجع: بحوث في قضايا فقهية معاصرة للعثماني (٢ / ١١٠-١١١).

وقد التمس بعض الفقهاء المعاصرين ما يشبه عقد التوريد من المعاملات التي عرفها الفقهاء قديماً، وذكروا من ذلك ما يعرف ببيع الاستجرار، أو الشراء المستمر^(١).

كأن يتفق مع خباز على أن يشتري منه كل يوم عددًا معينًا من الأرغفة لمدة معينة، وهذا أجازته المالكية واعتبروه بيعًا؛ فلم يشترطوا تعجيل الثمن، وسموه بيعة أهل المدينة لاشتهاره بينهم، لكنهم يشترطون أن يكون البائع دائم العمل؛ وإلا صار سلمًا^(٢).

وأجازته كذلك الحنابلة، لكنهم اعتبروه سلمًا، واشترطوا تعجيل الثمن^(٣). وأيًا ما كان التكليف الفقهي لعقد التوريد فإن إشكاليته تكمن أولاً في أن المعقود عليه فيه لا يكون موجودًا وقت التعاقد، بل يُعتمد فيه على الصفة، وبذلك يكون داخلًا في بيع المعلوم الذي يؤدي إلى الغرر؛ ومن ثمّ التنازع^(٤).

والحقيقة أن عقد التوريد في جوهره عقد من عقود المعاوضات ينتهي بتمليك السلعة للمشتري، وتمليك الثمن للبائع. وهو من قبيل البيع بالصفة؛ إذ الوصف المحدد أو الأنموذج أو الرؤية السابقة غالبًا تكون هي وسيلة التعريف بالمبيع، وليس الرؤية التي تتم بعد تسليم المبيع^(٥).

(١) انظر: عقد التوريد للدكتور/ عبدالله المطلق ص(٣٥-٣٦)، وقضايا فقهية معاصرة للدكتور/ عبدالفتاح إدريس ص(١٧٠).

(٢) راجع: مواهب الجليل (٤/٥٣٨-٥٣٩)، والشرح الصغير (٣/٢٨٦)، ومنح الجليل لعليش (٥/٣٨٤-٣٨٥).

(٣) راجع: المبدع لبرهان الدين بن مفلح (٤/١٨٢)، وكشاف القناع (٣/٣٠٠).

(٤) راجع: عقد التوريد دراسة فقهية تحليلية للدكتور/ عبدالوهاب إبراهيم أبو سليمان، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الثانية عشرة، الجزء الثاني ص(٣٤٠).

(٥) راجع: عقد التوريد للدكتور/ عبدالوهاب أبو سليمان ص(٣٤٩-٣٥٠).

وما عليه الجمهور من الحنفية والمالكية والحنابلة وخلاف الأظهر عند الشافعية هو جواز بيع الغائب على الصفة إن ذُكرت أوصافه بما يدفع الغرر ويمنع التنازع^(١).

وعليه فلا يكون عقد التوريد داخلًا في بيع المعدوم المنهي عنه، وهو الذي لا يُدرى يحصل أو لا؛ فهذا هو المنهي عنه لما يتضمنه من الغرر الذي لا يغتفر^(٢)؛ فإن المورد لا يبرم عقد التوريد إلا وهو واثق بحصوله على المبيع وفق الالتزامات الواردة في العقد^(٣).

والمستورد بالخيار على كل حال عند رؤيته - كما نص الحنفية والمالكية^(٤).

ومن قبيل المساواة ألا يلزم بدفع الثمن قبل استلام المبيع ولزوم البيع^(٥). وفي هذا يقول ابن القيم بحق: «ليس في كتاب الله ولا في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا في كلام أحد من الصحابة أن يبيع المعدوم لا يجوز، لا بلفظ عام ولا بمعنى عام، وإنما في السنة النهي عن بيع بعض الأشياء التي هي معدومة، كما فيها النهي عن بيع بعض الأشياء الموجودة؛ فليست العلة في المنع لا العدم ولا الوجود، بل الذي وردت به السنة النهي عن بيع الغرر، وهو ما لا يقدر على تسليمه، سواء كان موجودًا أو معدومًا»^(٦).

(١) راجع: البناية شرح الهداية للعيني (٨/ ٨٣-٨٤)، والاختيار لتعليل المختار للموصلي (٢/ ٥)، ومواهب الجليل (٤/ ٢٩٦)، وشرح الزرقاني على خليل (٥/ ٦٧-٦٨)، ومغني المحتاج (٢/ ٣٥٧)، وكشاف القناع (٣/ ١٦٣). وراجع أيضًا: عقد التوريد للدكتور/ عبدالوهاب أبو سليمان ص (٣٥٧-٣٩١) ففيه استقصاء جيد، وكذلك: قضايا فقهية معاصرة للدكتور/ عبدالفتاح إدريس ص (١٧٧)، وعقد التوريد والمقولة في ضوء التحديات الاقتصادية المعاصرة ص (١١-١٢).

(٢) راجع في ذلك: عقد التوريد للدكتور/ عبدالوهاب أبو سليمان ص (٤٠٤-٤٠٧)، وعقد التوريد والمقولة في ضوء التحديات الاقتصادية المعاصرة ص (١٤-١٥).

(٣) انظر: عقد التوريد والمقولة في ضوء التحديات الاقتصادية المعاصرة ص (١٥).

(٤) راجع: المبسوط (١٣/ ٦٩-٧١)، والعناية (٦/ ٣٣٥)، ومواهب الجليل (٤/ ٢٩٦).

(٥) راجع: بدائع الصنائع (٥/ ٢٣٧).

(٦) إعلام الموقعين (٢/ ٧).

والإشكالية الأخرى في عقد التوريد هي غياب كلا العوضين عن مجلس العقد^(١)؛ مما يجعله يدخل في بيع الكالئ بالكالئ- كما سبق.

وقد ذهب بعض المعاصرين إلى أن عقد التوريد وإن كان داخلا في بيع الكالئ بالكالئ الممنوع منه في قول سائر أهل العلم؛ إلا أنه يستثنى من ذلك المنع ما إذا كانت هناك حاجة عامة أو خاصة؛ إذ الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة، كما هو مقرر في القاعدة الفقهية^(٢)، وأن الغرر هنا يغتفر، ويعتبر سائعا في النظر الفقهي^(٣).

ونازع البعض في دخول عقد التوريد في بيع الكالئ بالكالئ، منطلقاً من تفسير بيع الكالئ بالكالئ كما ذكره الفقهاء، وهو أن يشتري الرجل شيئاً إلى أجل فإذا حل الأجل لم يجد ما يقضي به، فيقول: بعنيه إلى أجل آخر بزيادة شيء، فيبيعه ولا يجري بينهما تقابض، أو أن يبيع الرجل ديناً على رجل بدين له على رجل آخر^(٤).

وهذا لا ينطبق على عقد التوريد، ولا يدل عليه منطوقاً ولا مفهوماً^(٥). وفي الحقيقة فإن إشكالية بيع الكالئ بالكالئ التي هي شغل كلتا الذمتين بلا فائدة غير متحققة في عقد التوريد؛ ذلك أن المستورد يفيد من عقد التوريد ضمان وصول البضائع التي يريدتها في الوقت المطلوب، بدلا من أن ينتظر إلى وقت وجودها فعلياً فترتفع أسعارها، وفي الوقت نفسه لا يرهق بدفع ثمنها مقدماً. وكذلك المورد يضمن توزيع بضائعه وتصريفها بمجرد

(١) راجع: عقد التوريد للدكتور/ عبدالوهاب أبو سليمان ص(٣٥٢-٣٥٣).
(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص(٨٨)، والأشباه والنظائر لابن نجيم مع غمز عيون البصائر للحموي (١/٢٩٣)، ومجلة الأحكام العدلية مع شرحها درر الحكام (١/٤٢) مادة رقم (٣٢)، وشرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقا ص(٢٠٩).
(٣) انظر: بحث في قضايا فقهية معاصرة للعثماني (٢/١٠٦)، والتكليف الفقهي للوقائع المستجدة وتطبيقاته الفقهية ص(١٣٥-١٣٦)، وأيضا: عقد التوريد والمقاول في ضوء التحديات الاقتصادية المعاصرة ص(١٢).

(٤) انظر: المنتقى شرح الموطأ للباقي (٥/٣٣)، وسبل السلام (٢/٦٢).

(٥) انظر: عقد التوريد للدكتور/ عبدالوهاب أبو سليمان ص(٤٠٣).

حصولها عنده. ومع سرعة الحركة التجارية والصناعية وما تشهده من منافسة شديدة يصبح التعامل بعقود التوريد من ضروريات الحياة. فهنا لا يسوغ أن نقول إن الذمتين قد شغلنا بلا فائدة؛ بل شغلنا بفائدة، وهي فائدة معتبرة، ونجد نظائر لها في بعض العقود المسماة، كعقد الإجارة الذي يعقد مثلا على الأعمال، أو على المنافع التي توجد شيئا فشيئا، فكأن المنفعة فيه مؤجلة، وكذا الأجرة التي قد تؤجل، وكذا عقد الجعالة^(١).

يقول الدكتور/ الصديق الضيرير: «ودعوى عدم الفائدة في ابتداء الدين بالدين غير مسلمة؛ فإن المشتري يصبح بالعقد مالكا للمبيع، والبائع يصبح مالكا للثمن، وكون التسليم يتأخر إلى أمد لا يذهب بفائدة العقد، ثم إن العاقل لا يقدم على عقد لا مصلحة له فيه، فلو لم يكن للعاقدين غرض صحيح في ابتداء الدين بالدين لما أقدموا عليه، والغرض الصحيح في هذا العقد متصور، فقد يعمد التجار لهذا النوع من البيع لضمان تصريف بضائعهم»^(٢).

ومع اشتداد الحاجة، بل الضرورة إلى عقود التوريد وقيام أغلب الصناعات والزراعات عليها، مع انتفاء الموانع من تعذر التسليم والجهل والخطر^(٣)، مع عدم المخالفة للنصوص - حسب ما انتهت إليه وانتهى إليه الكثيرون - وأن عقد التوريد يحقق منفعة لكلا الطرفين، ولا يتضمن غررا ولا غشا ولا ربا - فإن القول بمشروعيته هو الراجح كما قرره جميع المعاصرين، وإن تباينت تكييفاتهم الفقهية وطرقهم لإثبات تلك المشروعية.

الفرع الثالث: صورة التوريد من الباطن:

التوريد من الباطن: هو اتفاق بين المورد الأصلي ومورد آخر على أن يقوم الثاني بتنفيذ الأعمال المسندة إلى الأول أو جزء منها بعوض.

(١) راجع: عقود التوريد والمناقصات للدكتور/ المصري ص(٤٨٤ - ٤٨٥).

(٢) الغرر وأثره في العقود ص(٣٣٤).

(٣) راجع: عقد التوريد للدكتور/ عبدالوهاب أبو سليمان ص(٣٩٣ - ٤٠٠).

والمورد من الباطن: هو من يتقبل من المورد الأصلي تنفيذ عقد التوريد أو بعضه بعقد يبرمه معه، ويعمل مستقلاً عن المورد الأصلي، ثم يسلم العمل بعد إنجازه^(١).

الفرع الرابع: حكم التوريد من الباطن:

الأصل أن يقوم المورد بتنفيذ العمل الذي تعهد به مع المستورد، وبالطريقة التي اتفق معه عليها في العقد، وطبقاً للشروط الواردة فيه^(٢).

فإذا كان عقد التوريد من قبيل الاستصناع، وهو عقد على العين والعمل معاً - كما سبق - فقد قررت سابقاً أنه إذا كانت الصناعة آلية - وهي الغالبة على كثير من الصناعات اليوم - فإنه لا إشكال فيها؛ إذ المطلوب تسليم سلعة صناعية بمواصفات محددة.

وهذه تتم من خلال الآلات الصناعية والأجهزة والماكينات المتطورة، والتي يتلشى معها أي أثر لشخص الصانع ومؤهلاته الشخصية. وهذا هو الغالب على عقود التوريد التي محل العقد فيها سلعة تتطلب صناعة.

أما إذا كانت الصناعة يدوية مما تكون فيها المؤهلات الشخصية للصانع موضع اعتبار؛ فهذه لا يجوز فيها الاستصناع من الباطن؛ وبالتالي لا يجوز فيها التوريد من الباطن.

لأنه ستكون هناك اختلافات لا محالة بين الصانع المتعاقد معه وبين غيره، وبعض الصانع في بعض الحرف والصناعات يكون لوضع اسمه على العمل قيمة في ذاته.

إلا إذا كانت الصناعة اليدوية لا تتفاوت من صانع وآخر، أو لا يقصد الصانع فيها لذاته ومهاراته الشخصية الخاصة؛ فيجوز التعاقد فيها من الباطن

(١) انظر: عقد التوريد للدكتور/ عبدالله المطلق ص(٥١).

(٢) انظر: عقد التوريد للدكتور/ المطلق ص(٥١).

مع صانع آخر يقوم بها؛ إذ العبرة ستكون هنا للمواصفات المطلوبة، وليس لشخص الصانع^(١).

أما إذا كان عقد التوريد من قبيل السلم، أو الوعد غير الملزم، أو الملزم على ما بينت سابقاً؛ فإن التعاقد هنا يكون على توريد سلع موصوفة في الذمة؛ ومن ثم فمحل التعاقد هنا تسليم تلك السلع، وهذا يعني أن شخص المورد ليس مراداً أصالةً في التعاقد؛ ولذلك فإنه إذا تعاقد مع مورد آخر من الباطن لتوريد السلع المطلوبة وفق المواصفات المحددة، وفي الوقت المحدد فلا بأس بذلك؛ بناءً على ما قررتُه في المطالب السابقة.

الفرع الخامس: حكم اشتراط قبول المتعاقد الأصلي الأول للتوريد من الباطن:

إذا اشترط المستورد على المورد الأصلي أن يقوم بالتوريد بنفسه فهو شرط صحيح، وبخاصة إذا كان التوريد من قبيل الاستصناع، وبصورة أخص في الصناعات التي تتفاوت بتفاوت الصانعين. فهذا شرط صحيح معتبر؛ لما فيه من مصلحة لأحد العاقدين، وقد سبق تقرير أن ما كان من مصلحة العاقدين فهو من مصلحة العقد، ويجب الوفاء به.

وهو شرط لا يصادم نصوص الشريعة ولا ينقض أصلاً من أصولها، ولا ينافي مقصود العقد ومقتضاه؛ فكان شرطاً صحيحاً - كما سبق تقريره. أما إذا لم تكن السلع المطلوب توريدها مستنعة، وإنما كانت سلعة موصوفة بمواصفات محددة؛ فإن هذا الشرط لا يكون مؤثراً حينئذ؛ إذ يكون وجوده كعدمه؛ لأن المورد هنا ملتزم أولاً وأخيراً بتوريد السلع المتفق عليها وحسب المواصفات إلى المستورد في الأجل المحدد، فسواء حصلها بنفسه أو

(١) راجع: المعاملات المالية المعاصرة للدكتور/ وهبه الزحيلي ص(٣٠٧)، وأيضاً: عقد التوريد للدكتور/ المطلق ص(٥١-٥٢).

بغيره فلن يؤثر ذلك على المستورد في شيء، طالما أن المورد الأصلي هو من وردّها له بحسب الاتفاق؛ إذ الغالب أن العقد لا ينعقد إلا عند التوريد الفعلي، حيث يقوم المورد بتسليم المبيع ويقوم المستورد بتسليم الثمن. ومن ثمّ فلا أثر هنا لاشتراط قبول المستورد للتوريد من الباطن؛ لأنه لا علاقة مباشرة بين كلٍّ من المستورد والمورد من الباطن.

الفرع السادس: على من يكون الضمان في التوريد من الباطن؟

لا شك أن المورد يكون ملتزماً تجاه المستورد بتنفيذ العمل الذي تعهد به، وتسليمه بعد إنجازه في الوقت المحدد، وكذلك ضمانه بعد تسليمه^(١). ويكون ضمانه في حالتي التعدي والتقصير فيما تم التعاقد عليه، فإذا سلم السلعة المتعاقد عليها مخالفةً للمواصفات المحددة ضمنها، ولا يلزم المستورد قبولها.

وقد سبق بيان أنه يحق للمستورد خيار الرؤية في هذه الحال. وكذلك يكون المورد ضامناً للعيوب التي تنقص بها قيمة السلعة عرفاً^(٢). وفي حال دفع المورد الأصلي المتعاقد عليه لمورد من الباطن يظل المورد الأصلي ضامناً لما سبق في مواجهة المستورد؛ لأن المورد من الباطن أجنبيٌّ عن المستورد، ولا علاقة مباشرة بينهما - كما هو مقرر. وفي الوقت نفسه يكون المورد من الباطن ضامناً في مواجهة المورد الأصلي، على اعتبار أن المورد الأصلي يكون بمثابة المستورد بالنسبة للمورد من الباطن.

* * *

المطلب الخامس: عقد الصيانة من الباطن:

وأتناوله من خلال عدة فروع:

(١) انظر: عقد التوريد للدكتور/ المطلق ص(٥٠)، وراجع أيضاً: عقد المقاوله للدكتور/ العايد ص(٣٥٥-٣٦١).

(٢) انظر: عقد التوريد للدكتور/ المطلق ص(٥٣).

الفرع الأول: تعريف عقد الصيانة.
الفرع الثاني: التكيف الفقهي لعقد الصيانة.
الفرع الثالث: صورة الصيانة من الباطن.
الفرع الرابع: حكم الصيانة من الباطن.
الفرع الخامس: حكم اشتراط قبول المتعاقد الأصلي الأول للصيانة من الباطن.

الفرع السادس: على من يكون الضمان في الصيانة من الباطن؟
الفرع الأول: تعريف عقد الصيانة:

الصيانة لغة: الحفظ والوقاية، يقال: صَانَ الشيءَ يَصُونُهُ صَوْنًا وَصِيَانَةً وَصِيَانًا، إِذَا حَفَظَهُ، وَصَانَ الرَّجُلُ عَرَضَهُ: أَي وَقَاهُ مِمَّا يَعْيبُهُ^(١).
وإصطلاحًا: لا نجد تعريفًا للصيانة لدى الفقهاء القدامى، إنما تكلموا عن بعض صورها، وذلك كبيانهم للأعمال اللازمة لبقاء العين المؤجرة صالحة للانتفاع بها. وأطلقوا عليها العِمارة، والمَرْمَنة، والتجديد والترميم، والإصلاح^(٢).

أما في الفقه المعاصر فالصيانة: مجموعة الأعمال اللازمة لبقاء عين على الحالة التي تصلح فيها لأداء الأعمال المرادة منها^(٣).

(١) راجع: معجم مقاييس اللغة (٣/ ٣٢٤) مادة (صون)، ولسان العرب (١٣/ ٢٥٠) مادة (صون)، والمعجم الوسيط ص(٥٣٠) مادة (صان).

(٢) انظر: صيانة الأعيان المؤجرة وتطبيقاتها في معاملات المصارف للدكتور/ محمد عثمان شبير، بحث ضمن كتاب «بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة» (٢/ ٧٤١-٧٤٢)، وعقد الصيانة في الفقه الإسلامي دراسة فقهية مقارنة بالقانون للأستاذ/ محمد يونس البيرقدار ص(٤٠-٤١)، وراجع: حاشية ابن عابدين (٦/ ٤٣)، ومواضع أخرى، وشرح الخرشي على خليل (٧/ ٤٧)، والإنصاف (٦/ ٦٧).

(٣) انظر: معجم لغة الفقهاء للدكتور/ محمد رواس قلعه جي وآخرين ص(٢٥٠)، وصيانة الأعيان المؤجرة وتطبيقاتها في معاملات المصارف (٢/ ٧٤١)، وعقد المقالة للدكتور/ العايد ص(٣٣١).

وعقد الصيانة عُرِّفَ بأنه: «عقد يلتزم فيه الخبير الفني بالقيام على الآلات والأجهزة في مدة محددة قِيَامًا يحقق أداءها لوظائفها بكفاءة، ويلتزم فيه صاحبها بدفع ما اتفقا عليه إن لم تكن ملتزمةً من البائع»^(١).

وعرفه مجمع الفقه الإسلامي الدولي بأنه «عقد معاوضة يترتب عليه التزام طرف بفحص وإصلاح ما تحتاجه آلة أو أي شيء آخر، من إصلاحات دورية أو طارئة لمدة معلومة، في مقابل عوض معلوم»^(٢).

ومن أفضل تعريفاته تعريف المرحوم الأستاذ/ محمد يونس البيرقدار، حيث عرفه بأنه «اتفاق على الأعمال اللازمة لبقاء عين صالحة لأداء وظيفتها مقابل عوض»^(٣).

ولا شك أن عقود الصيانة صارت الآن ضروريةً ولا غنى عنها، خاصة مع تعدد سبل الحياة ومعطياتها، ومع ما أفرزه التقدم التكنولوجي من آلات ومعدات وأجهزة متنوعة ودقيقة، بحيث صار كل منها تخصصًا قائمًا بذاته، وله المختصون به.

ومع ما تتطلبه الحياة المعاصرة من سرعة؛ فإن تعطل تلك الآلات أو المعدات ونحوها قد يسبب خسائر كبيرة؛ ولذلك فإن عقود الصيانة تعتبر في غاية الأهمية في عصرنا الحاضر^(٤).

وهي تشمل الصيانة الطارئة، والصيانة الوقائية أو الدورية^(٥).

(١) انظر: عقود الصيانة وتكييفها الشرعي للشيخ محمد المختار السلامي، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الحادية عشرة، الجزء الثاني ص(١٣-١٤).

(٢) انظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الحادية عشرة رقم (٩٤-٦/١١) بالجزء الثاني ص(٢٧٩).

(٣) عقد الصيانة في الفقه الإسلامي ص(٤٤).

(٤) راجع: عقود الصيانة وتكييفها الشرعي للشيخ المختار السلامي ص(١٢-١٥)، وعقد المعاوضة للدكتور/ العايد ص(٣٣١-٣٣٢).

(٥) انظر: عقود الصيانة وتكييفها الشرعي للدكتور/ محمد أنس الزرقا والدكتور/ سامي السويلم، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الحادية عشرة، الجزء الثاني ص(١٩٣)، وعقد المعاوضة للدكتور/ العايد ص(٣٣٢).

الفرع الثاني: التكيف الفقهي لعقد الصيانة:

عقد الصيانة إما أن يكون تابعًا لعقد آخر، وإما أن يكون عقدًا مستقلًا: فإن كان تابعًا لعقد آخر، كما هو معروف الآن من وجود فترة ضمان تلتزم الشركة المنتجة للسلعة أو البائع بأعمال الصيانة خلالها؛ فهذا من قبيل الشرط في العقد^(١)، وهو جائز على مذهب الحنابلة، وكذا المالكية، وعلى مقتضى مذهب الحنفية أيضًا لجريان العرف به^(٢).

وإن كان عقد الصيانة مستقلًا فهناك عدة أقوال في تكيفه: **القول الأول:** أنه من قبيل إجارة الأعمال، والصائن بمثابة الأجير المشترك؛ لأن صاحب العمل لا يملك منفعته طيلة مدة العقد^(٣). واعتبره البعض من قبيل الأجير الخاص؛ لأنه يستحق أجره بمجرد مضي المدة ولو لم يعمل^(٤).

القول الثاني: أنه من قبيل الجعالة؛ وذلك لجهالة المعقود عليه في بعض صور الصيانة؛ حيث لا يمكن تحديد العمل المطلوب بشكل دقيق^(٥). **القول الثالث:** أنه من قبيل التامين التجاري على الأشياء^(١).

(١) راجع: عقود الصيانة وتكيفها الشرعي للدكتور/ الصديق محمد الأمين الضرير، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الحادية عشرة، الجزء الثاني ص(١١٥-١١٧)، وعقود الصيانة للدكتور/ منذر قحف، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الحادية عشرة، الجزء الثاني ص(١٦١)، وعقد المقاوله للدكتور/ العايد ص(٣٣٣).

(٢) راجع: حاشية ابن عابدين (٥/ ٨٧-٨٨)، ومواهب الجليل (٤/ ٢٨١، ٥/ ٣٩٦-٣٩٧)، والعقود لابن تيمية ص(٢٢٦)، وكشاف القناع (٥/ ٩١)، والممدخل الفقهي العام للزرقا (١/ ٤٨٠-٤٨١)، وأيضًا: عقود الصيانة للدكتور/ منذر قحف ص(١٧٣-١٧٤)، وراجع بتوسع الكلام عن الشروط في العقد في كتابي «التيسير في المعاملات المالية» ص(٢٦٥-٢٩٤).

(٣) راجع: عقود الصيانة وتكيفها الشرعي للدكتور/ الصديق الضرير ص(١١١-١١٢)، وعقود الصيانة وتكيفها الشرعي للشيخ المختار السلامي ص(٢٣-٢٤)، وعقد الصيانة في الفقه الإسلامي للبيرقدار ص(٧٢)، وعقد المقاوله للدكتور/ العايد ص(٣٣٤).

(٤) راجع: عقود الصيانة وتكيفها الشرعي للدكتور/ الضرير ص(١١٢)، وعقد المقاوله للدكتور/ العايد ص(٣٣٤).

(٥) راجع: عقود الصيانة وتكيفها الشرعي للدكتور/ الضرير ص(١١٨-١٢١)، وعقود الصيانة وتكيفها الشرعي للشيخ السلامي ص(٢١)، وعقود الصيانة للدكتور/ منذر قحف ص(١٥٠-١٥٢، ١٧٨-١٨١)، وعقد الصيانة في الفقه الإسلامي للبيرقدار ص(٦٢-٦٣)، وعقد المقاوله للدكتور/ العايد ص(٣٣٤).

وحاول القائلون بهذا القول إيجاد أوجه الشبه بين عقد الصيانة وعقد التأمين؛ حيث إن التأمين «عقد يلتزم فيه المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراداً مرتباً أو أي عوض مالي آخر في حال وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد، وذلك في نظير قسط أو أية دفعة مالية يؤديها المؤمن له للمؤمن»^(٢).

فقالوا: إن الصائن يلتزم بإصلاح الأعطال وتبديل الأجزاء التالفة حيثما لزم ذلك مقابل مبلغ مالي يدفعه طالب الصيانة، وهذا يشبه التأمين حيث يدفع طالب التأمين مبلغاً مالياً مقابل التزام المؤمن بدفع تعويض عن الضرر أو الخطر في حال وقوعه للمستأمين^(٣).

وذهب البعض إلى أن عقد الصيانة قد يكون إجارة أعمال، وقد يكون جعالة بحسب صورته ومدى العلم بالمعقود عليه بشكل دقيق^(٤).

وقد اعتبر بعض الفقهاء المعاصرين أن الأولى أن يُكَيَّف عقد الصيانة على أنه عقد مستقل، من صنف إجارة الأعمال، مع تمييزه ببعض الخصائص، وفي مقدمتها جهالة العمل بشكل دقيق في بعض الصور، والتي تشبه جهالة العمل في الجعالة^(٥).

(١) راجع: عقود الصيانة وتكييفها الشرعي للدكتور/ أنس الزرقا والدكتور/ السويلم ص(١٩٧-١٩٨)، وعقد المقاولة للدكتور/ العايد ص(٣٣٥).

(٢) انظر: الوسيط في شرح القانون المدني (٧/ ١٠٨٤)، وعقد التأمين في الفقه الإسلامي والقانون المقارن للدكتور/ عباس حسني ص(٩-١١)، وحكم الشريعة الإسلامية في عقد التأمين للدكتور/ حسين حامد حسان، بحث منشور ص(٤٢١)، والمعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي للدكتور/ محمد عثمان شبير ص(٨٩)، ومعجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء للدكتور/ نزيه حماد ص(١٢٤-١٢٥).

(٣) راجع: عقود الصيانة وتكييفها الشرعي للدكتور/ أنس الزرقا والدكتور/ السويلم ص(١٩٧-١٩٨)، وعقد المقاولة للدكتور/ العايد ص(٣٣٥-٣٣٦).

(٤) راجع: صيانة الأعيان المؤجرة وتطبيقاتها في معاملات المصارف (٢/ ٧٤٤).

(٥) انظر: عقود الصيانة وتكييفها الشرعي للدكتور/ أنس الزرقا والدكتور/ السويلم ص(٢٠٠).

والذي يبدو لي أن عقد الصيانة من قبيل إجارة الأعمال، وأن الصائن فيه بمثابة الأجير المشترك^(١)؛ لأنه لا يمكن أن يكون من قبيل الأجير الخاص لعدم ملكية طالب الصيانة لمنفعة الصائن طيلة مدة العقد.

ويمكن أن يستشهد لذلك بقول الله تعالى: ﴿فَوَجَدَا فِيهَا جِدَارًا يُرِيدُ أَنْ يَنْقُضَ فَاقَامَهُ قَالَ لَوْ شِئْتَ لَاتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا﴾^(٢)؛ حيث قال موسى عليه السلام للخضر: لو شئت لاتخذت على بناء الجدار المنهدم أجرًا. وهذا يدل على أن الصيانة من قبيل الإجارة^(٣).

ولا يشكل عليه ما يوجد في بعض الصور من حصول الصائن على أجرته ولو لم يعمل؛ لأنها تكون حينئذ مقابل الصيانة الدورية وهي معلومة مسبقًا، وقد يقتصر العمل فيها على مجرد الكشف عن حالة الآلة أو الجهاز، ثم إذا وجدت أعطال أو قطع تحتاج لاستبدال فإن ذلك يكون بحسابه بعد ذلك^(٤).

وإذا تضمنت أعمال الصيانة إبدال بعض الأجزاء أو القطع؛ فإن هذا يكون إما من قبيل الوكالة؛ حيث وكل طالب الصيانة الصائن في شراء ما يحتاج إليه، ويراعى فيه سعر السوق، أو إن كانت تلك القطع موجودة أصلاً عند الصائن فتكون من قبيل البيع، وهو عقد مستقل عن عقد الصيانة، ولا إشكال في ذلك.

أما القول بتكليف عقد الصيانة على أنه جعالة فلا يمكن قبوله؛ لما بينهما من فروق واضحة، أهمها عدم لزوم الجعالة بخلاف الصيانة، وعدم استحقاق

(١) والقانونيون يعتبرون عقد الصيانة صورة من صور عقد المقاولة، وقد مر بنا أن عقد المقاولة إما أن يكون استصناعًا أو إجارة أجير مشترك. راجع: عقود الصيانة وتكليفها الشرعي للدكتور/ الصديق الضيرير ص(١٠٦-١٠٩).

(٢) سورة الكهف: آية رقم (٧٧).

(٣) انظر: صيانة الأعيان المؤجرة وتطبيقاتها في معاملات المصارف (٢/ ٧٤٥).

(٤) راجع: عقد المقاولة للدكتور/ العايد ص(٣٣٤، ٣٣٧).

الجعل إلا بتمام العمل، وليس كذلك الصيانة في أغلب صورها، كذلك عدم اشتراط تحديد الأجل في الجعالة خلافاً للصيانة^(١).

وليست الجعالة التي قد ترد في بعض صور الصيانة مما تخرجها عن حد الإجارة، وإنما المعقود عليه يمكن تقديره في كل حال.

كذلك فإن القول بتكليف عقد الصيانة على أنه عقد تأمين تجاري لا يمكن قبوله؛ لأنه ربما لا ينطبق ذلك إلا في حال الصيانة الطارئة^(٢). ومع وجود فروق أيضاً؛ فإن موضوع عقد التأمين التعويض المالي عما يطرأ من ضرر أو تلف، أما موضوع عقد الصيانة فهو إصلاح ما يطرأ من عطل أو خلل^(٣). كما أن التأمين التجاري غير جائز عند جمهور المعاصرين؛ لما فيه من غرر فاحش^(٤)، وهو ما قرره المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة، ومجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة التعاون الإسلامي^(٥).

وأياً ما كان الأمر فإن عقد الصيانة عقد جائز، وهو لا يخرج في مجموعه وفي صورته كلها عن العقود المسماة التي لا خلاف في جوازها في الجملة،

(١) راجع: عقود الصيانة وتكييفها الشرعي للدكتور/ الضيرير ص(١٢١-١٢٢)، وعقود الصيانة وتكييفها الشرعي للشيخ السلامي ص(٢١-٢٣)، وعقود الصيانة وتكييفها الشرعي للدكتور/ أنس الزرقا والدكتور/ السويلم ص(١٩٦-١٩٧)، وعقد الصيانة في الفقه الإسلامي للبيرقدار ص(٦٦-٧٠)، وعقد المقاولة للدكتور/ العايد ص(٣٣٤-٣٣٥).

(٢) انظر: عقود الصيانة وتكييفها الشرعي للدكتور/ أنس الزرقا والدكتور/ السويلم ص(١٩٨)، وعقد المقاولة للدكتور/ العايد ص(٣٣٦).

(٣) انظر: عقود الصيانة للدكتور/ منذر قحف ص(١٥٤). وراجع أيضاً: عقد الصيانة في الفقه الإسلامي للبيرقدار ص(١٣٣-١٣٥).

(٤) راجع: الغرر وأثره في العقود ص(٦٤٣-٦٥٨)، وعقد التأمين في الفقه الإسلامي والقانون المقارن ص(٦٨-٧٢)، وحكم الشريعة الإسلامية في عقد التأمين ص(٤٤٦)، وما بعدها، وعقود التأمين من وجهة الفقه الإسلامي «دراسة مستوعبة لكافة وجهات النظر في عقدي التأمين التجاري والتعاوني» لأستاذنا المرحوم الدكتور/ محمد بلتاجي ص(٤٢-٤٣، ٥٣)، والمعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي ص(٩٨-١٠٤، ١١٠)، وفقه المعاملات المالية المعاصرة للختلان ص(١٦٩).

(٥) انظر: القرار الخامس الصادر عن المجمع الفقهي الإسلامي في دورته الأولى سنة ١٣٩٨ هـ بشأن التأمين بشتى صورته وأشكاله بمجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة الرابعة، العدد السادس ص(٣٦٩-٣٧٧)، وقرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الثانية، المنعقدة بجدة سنة ١٤٠٦ هـ / ١٩٨٥ م، قرار رقم (٢/٩).

ويُغتفر فيه بعض المخالفات لمقتضى تلك العقود، وخاصة إجازة الأجير المشترك في بعض الصور - كما سبق - وذلك لجريان العادة به، ولأن الحاجة داعية إليه بحسب مستجدات العصر، ولا يتضمن مخالفةً لنص من النصوص ولا قاعدة من القواعد المقررة، ولا يشتمل على غرر فاحش أو جهالة مفضية إلى النزاع^(١).

الفرع الثالث: صورة الصيانة من الباطن:

الصيانة من الباطن واردة وبكثرة في مثل أن يتفق طالب الصيانة مع الصائن الأصلي، سواء في حال كون عقد الصيانة تابعًا لعقد آخر، أو في حال كونه عقدًا مستقلًا على أعمال الصيانة، ثم يقوم الصائن الأصلي بالتعاقد من الباطن مع صائن آخر ليقوم بالتزامه كله أو بعضه تجاه طالب الصيانة، وقد يكون ذلك لصيانة دورية واحدة، أو لصيانة طارئة لمرة واحدة أو عدد من المرات، كأن يتعذر قيام الصائن الأصلي أو يشق عليه القيام بها بنفسه. وسبق ترجيح كون عقد الصيانة من قبيل إجازة الأعمال، وقد قررت أنفاً دخول التعاقد من الباطن في عقود الإجازة بنوعها إجازة الأعيان وإجازة الأعمال.

الفرع الرابع: حكم الصيانة من الباطن:

إذا كان عقد الصيانة - كما قررت - من قبيل إجازة الأعمال؛ فإن حكم الصيانة من الباطن يكون هو نفسه حكم الإجازة من الباطن، وقد سبق تقرير جوازها في الإجازة بنوعها.

كما أن عقد الإجازة ليس من العقود التي يراعى فيها الاعتبار الشخصي غالبًا، وأن لجوء الأجير إلى غيره لتنفيذ ما تعاقد عليه لا يعتبر عند طالب

(١) راجع: عقود الصيانة وتكييفها الشرعي للدكتور/ أنس الزرقا والدكتور/ السويلم ص(٢٠٧-٢٠٨)، وأيضًا تعقيب الشيخ محمد تقي العثماني ص(٢٤٥).

العمل إخلالاً؛ لأن الملاحظ هنا والمعتبر إنما هو العمل، وليس شخص المتعاقد (الصائن).

فقط يجب أن يكون الصائن من الباطن مؤهلاً للقيام بالعمل كالصائن الأصلي.

وعادةً أعمال الصيانة لا سيما للألات والأجهزة ونحوها تكون محددة الإجراءات واضحة الكيفية بما لا يجعلها غالباً تتفاوت بحسب الصائن.

كما أن الصائن الأصلي يحرص على التعاقد مع صائن آخر (من الباطن) في نفس مستواه وخبرته ومهارته؛ حفاظاً على اسمه وسمعته ومصداقيته لدى العملاء؛ وإلا خسرهم واحداً واحداً.

فإن كانت أعمال الصيانة مما يتفاوت أو كان الصائن من الباطن دون الصائن الأصلي في الخبرة والمهارة لم تجز الصيانة من الباطن هنا؛ لأنها حينئذ تكون إخلالاً بما تم الاتفاق عليه مع طالب الصيانة.

الفرع الخامس: حكم اشتراط قبول المتعاقد الأصلي الأول للصيانة من الباطن:

إذا اشترط طالب الصيانة على الصائن في عقد الصيانة أن يقوم بأعمال الصيانة بنفسه (ويدخل في ذلك كما سبق التنويه أن يقوم بالعمل بتابعيه من الموظفين والعمال ونحوهم) فلا يسعه أن يتعاقد من الباطن مع صائن آخر؛ لأن هذا شرط صحيح، ولا منافاة فيه لمقتضى العقد، بل إن فيه مصلحة معتبرة لطالب الصيانة، وقد سبق تقرير أن ما كان من مصلحة العاقد فهو من مصلحة العقد، وهو المتفق مع ما قررتُه آنفاً من اعتبار سلطان الإرادة وأنها تتفق مع مقاصد الشريعة، ومع النصوص والقواعد التي جاءت باحترام إرادة العاقدَيْن ووجوب الوفاء بشروط كل منهما^(١).

(١) راجع: فرع حكم اشتراط قبول المؤجر للإجارة من الباطن، وأيضاً: التيسير في المعاملات المالية ص(٢٩٤-٢٩٦).

لا سيما إذا كنا نتحدث عن مراكز متخصصة ولها سمعتها في مجال الصيانة، كمراكز صيانة السيارات بأنواعها، أو بعض الأجهزة الكهربائية كالغسالات والثلاجات ونحوها؛ فإن من يتعامل معها يدرك أن هناك فرقاً واضحاً بينها وبين سواها ممن ليس لهم نفس درجة التخصص.

وإن كان الواقع يشهد بأن قيام مثل تلك المراكز المتخصصة في الصيانة بالتعاقد من الباطن مع غيرها يكاد يكون غير موجود؛ فإن هذا مجال واسع للمنافسات وكسب السمعة والمصداقية لدى العملاء.

الفرع السادس: على من يكون الضمان في الصيانة من الباطن؟

لا شك أن الصائن يجب عليه إصلاح الخلل والأعطال، وإبدال المتفاسات، إضافة إلى التفتد الدوري لاكتشاف أية مشكلات^(١).

فإذا لم ينبه طالب الصيانة إلى الخلل المتوقع؛ فإنه ضامنٌ لما يترتب على تقصيره في أداء ما التزم به؛ لأنه لم يتعاقد مع طالب الصيانة إلا ليساعده على دوام قيام الأجهزة والآلات بوظائفها بشكل سليم، فإذا أخلَّ بواجبه فلم يحسن التأمل في جميع التجهيزات، أو لم يكن جاداً في تفقده الدوري، أو اطلع على خلل ولم ينبه عليه؛ فإنه يكون مقصراً ومخلاً بالتزاماته؛ ولذلك يكون ضامناً^(٢).

وبناءً على ذلك فإن الصائن إذا عهد بالصيانة لصائن من الباطن يباشر عمله بدلا منه فإنه يتحمل كل ما يتحملة الصائن الأصلي. وهذا يكون في مواجهة الصائن الأصلي.

أما طالب الصيانة فإنه يطالب من تعاقد معه وهو الصائن الأصلي؛ إذ لا علاقة مباشرة بين كل من طالب الصيانة والصائن من الباطن - كما سبق تقريره في أكثر من موضع.

(١) راجع: عقد المقولة للدكتور/ العايد ص(٣٣٩، وما بعدها).
(٢) انظر: عقود الصيانة وتكليفها الشرعي للشيخ السلامي ص(٣٣).

المطلب السادس: عقد الإعارة من الباطن:

وأتناوله من خلال عدة فروع:

الفرع الأول: تعريف عقد الإعارة.

الفرع الثاني: مشروعية عقد الإعارة.

الفرع الثالث: صورة الإعارة من الباطن.

الفرع الرابع: حكم الإعارة من الباطن.

الفرع الخامس: حكم اشتراط قبول المتعاقد الأصلي الأول للإعارة من

الباطن.

الفرع السادس: على من يكون الضمان في الإعارة من الباطن؟

الفرع الأول: تعريف عقد الإعارة:

الإعارة لغة: مصدر أعار يعير، مأخوذ من التعاور وهو التداول، يقال: تعاورته الأيدي وتداولته، أي: أخذته هذه مرة، وهذه مرة. والمعير: من أعار غيره، والمستعير: من طلب الإعارة من غيره، والشيء المستعار: ما يُعار، ويسمى عارية، بتخفيف الياء وتشديدها، وعارة. كأنها منسوبة إلى العار؛ لأن طلبها عار وعيب^(١).

واصطلاحاً: عرفها الحنفية بأنها «تمليك المنفعة بغير عوض»^(٢). وقريب

منهم تعريف المالكية؛ حيث قالوا: «تمليك منفعة مؤقتة لا بعوض»^(٣).

وعرفها الشافعية بأنها «إباحة الانتفاع بما يحل الانتفاع به مع بقاء

عينه»^(٤).

(١) راجع: لسان العرب (٤/ ٦١٨ - ٦٢٠) مادة (عور)، والمصباح المنير ص(٤٣٧) مادة (عور)، والمعجم الوسيط ص(٦٣٦) مادة (عار).

(٢) انظر: الهداية مع العناية (٣/ ٩)، وتبيين الحقائق (٥/ ٨٣).

(٣) انظر: شرح حدود ابن عرفة للرصاص ص(٣٤٥)، والفواكه الدواني (٢/ ١٦٨)، والشرح الصغير (٣/ ٥٦٩).

(٤) انظر: أسنى المطالب (٢/ ٣٢٤)، وتحفة المحتاج (٥/ ٤٠٩).

وقال الحنابلة: الإعارة «إباحة نفع عين بغير عوض»^(١).

وأرى أن اتجاه كلٍّ من الشافعية والحنابلة في التعبير بالإباحة هو الأولى؛ فثمة فرق بين تملك المنفعة وإباحتها؛ فتمليك المنفعة تصرف يفيد ملك المنفعة، والملك حق يخول صاحبه الانتفاع به والتصرف فيه إلا لمانع، ويمنع غيره من الانتفاع به والتصرف فيه إلا لمسوّغ، وملك المنفعة يثبت إما تبعاً لملك العين، وإما لوجود سبب من الأسباب التي تفيد ملك المنفعة دون عينها.

أما إباحة المنفعة فتحول صاحبها حق الانتفاع بها فقط، دون التصرف فيها.

فتمليك المنفعة إذن أقوى من إباحتها، فمن يملكها يملك حق الانتفاع والتصرف كإعارة العارية لآخر، بينما لا يُملك بالإباحة سوى حق الانتفاع فقط، فالمستعير ليس له الحق إلا في مجرد الانتفاع بالعارية بنفسه فقط^(٢).

وهذا سينبني عليه حكم الإعارة من الباطن - كما سيأتي.

وقد زاد بعض المعاصرين قيلاً حسناً في التعريف، وهو «حال حياة المملّك»^(٣)؛ لإخراج الوصية بالمنافع؛ فإنها تكون بعد الموت، والوقف؛ إذ الأصل فيه التأييد والدوام^(٤).

ومن ثمّ يمكن تعريف الإعارة بأنها «إباحة منفعة عين بغير عوض حال حياة المملّك».

(١) انظر: كشاف القناع (٤/ ٦٢)، ومطالب أولي النهى (٣/ ٧٢٢).
(٢) انظر: عقد العارية في الفقه الإسلامي لعبدالله بن صالح العلي ص (٦٢-٦٣). وفيه بسط لأدلة الفريقين في كون العارية تملكاً للمنفعة أو إباحة لها ص (٧٧-٨٤).
(٣) انظر: المعاملات الشرعية المالية للأستاذ الشيخ/ أحمد إبراهيم بك ص (٢٣٢)، لكنه يرى كالحنفية أن العارية تملك للمنفعة، وتبعه عليه الأستاذ الشيخ/ علي الخفيف في أحكام المعاملات الشرعية ص (٤٦١)، وانظر كذلك: عقد العارية دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وموازنة بالقانون الوضعي في البلاد العربية للدكتور/ عبد الحميد البعلبي ص (٢٧).
(٤) انظر: عقد العارية للدكتور/ عبد الحميد البعلبي ص (٣٦).

الفرع الثاني: مشروعية عقد الإعارة:

الإعارة مشروعية ومدنوب إليها لعموم قول الله تعالى: ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى ﴾^(١)، وقوله عز وجل: ﴿ وَافْعَلُوا الْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴾^(٢)^(٣).
وقوله سبحانه: ﴿ وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ ﴾^(٤)، حيث فسرها كثير من السلف بأنها ما يتعاوره الناس بينهم من الدلو والقدر والفأس ونحو ذلك^(٥).

واستعار النبي صلى الله عليه وسلم دروعاً من صفوان بن أمية يوم حُنين، فقال: أغضب يا محمد؟ قال عليه الصلاة والسلام: «بل عارية مضمونة»^(٦).
وهناك نصوص أخرى^(٧). وهو إجماع العلماء^(٨).

الفرع الثالث: صورة الإعارة من الباطن:

صورة الإعارة من الباطن واضحة، وتعرض لها الفقهاء قديماً عند حديثهم عن إعارة المستعير العارية لآخر، حيث يقوم المستعير هنا بدور المعير مع عدم ملكيته للعارية.

الفرع الرابع: حكم الإعارة من الباطن:

اختلف الفقهاء في حكم الإعارة من الباطن على قولين:
القول الأول: أن المستعير له أن يعير العارية إذا كانت استعارته مطلقة؛ لأن العارية تملك للمنفعة فلما لكها أن يستوفيه بنفسه أو بغيره ما لم يكن

(١) سورة المائدة: آية رقم (٢).

(٢) سورة الحج: آية رقم (٧٧).

(٣) راجع: شرح الخرشي على خليل (٦ / ١٢١)، والإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع للخطيب الشرييني (٣ / ١٥٥)، وكشاف القناع (٤ / ٦٢).

(٤) سورة الماعون: آية رقم (٧).

(٥) تفسير الطبري «جامع البيان عن تأويل أي القرآن» (٢٤ / ٦٧٠ - ٦٧٧).

(٦) رواه أبو داود في البيوع، باب في تضمين العور، رقم (٣٥٦٢)، وأحمد (٣ / ٤٠٠)، (٦ / ٤٦٥)، والحاكم (٢ / ٥٤)، (٣ / ٥١) وقال: صحيح الإسناد ولم يخرجاه. وانظر: نصب الرأية (٤ / ٢٢٢، ٢٤٥ - ٢٤٧).

(٧) راجع: عقد العارية للدكتور/ البعلبي ص (٢٨ - ٣٠).

(٨) راجع: المغني (٧ / ٣٤٠)، والإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع (٣ / ١٥٤)، ونيل الأوطار للشوكاني (٥ / ٣٥٤).

هناك تفاوت في الاستعمال. أما إذا كانت مقيدة، أو كانت مما يختلف باختلاف المستعمل لها كركوب الدابة وليس الثوب؛ فليس له ذلك. وهو مذهب الحنفية والمالكية^(١).

القول الثاني: أن المستعير لا يملك إعارة العارية إلا بإذن صاحبها، دون تفرقة بين أن تكون العارية مما يختلف باختلاف المستعملين أو لا؛ لأن عقد الإعارة عقد يقصد منه إياحة المنفعة فقط، وليس تمليكها، والمالك إنما أباح للمستعير الانتفاع؛ فلا يملك المستعير أن يبيع ذلك لغيره. وهذا قول الشافعية في الصحيح والحنابلة^(٢).

وعليه لو أعارها المستعير لغيره (من الباطن) يكون متصرفاً فيما ليس له حق التصرف فيه، ومخالفاً لمقتضى العقد.

ولصاحب العارية في كل حال أن يطالب بها من شاء منهما، أي المستعير الأصلي والمستعير من الباطن؛ لأنه ملكه وله المطالبة به متى شاء وممن شاء.

وما أراه راجحاً هو مذهب الشافعية والحنابلة؛ لما سبق من كون العارية إياحةً للانتفاع، وليس تملياً للمنفعة، كما أن الاعتبار الشخصي مراعى فيها بشكل ظاهر، فقد يعير الإنسان لشخص بعينه لاعتبارات شخصية ولتقته به، ولا يرضى أن يعير غيره.

كما أن الناس يتفاوتون في الاستعمال. كذلك فإن حق المعير في العارية لا ينقطع؛ إذ هي ملكه، وله المطالبة بها في كل وقت^(٣).

(١) راجع: بدائع الصنائع (٦/ ٢١٥ - ٢١٦)، والدر المختار مع حاشية ابن عابدين (٥/ ٦٧٩ - ٦٨٠)، والشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه (٣/ ٤٣٣ - ٤٣٤)، ومنح الجليل (٧/ ٥٠).
(٢) راجع: الحاوي الكبير (٨/ ٤٠٦)، والبيان (٦/ ٥١٧ - ٥١٨)، وحاشية الرملي الكبير على أسنى المطالب (٢/ ٣٣٠)، وحاشية قليوبي على شرح المحلي (٣/ ١٩)، والفروع مع تصحيح الفروع (٤/ ٤٧٤ - ٤٧٦)، وكشاف القناع (٤/ ٧٢)، ومطالب أولي النهى (٣/ ٧٣٩).
(٣) راجع: العقود المضافة إلى مثلها ص (١٩٣ - ١٩٤).

ويمكن الاستدلال كذلك بحديث «لا يحل مالُ امرئٍ مسلمٍ إلا بطيب نفسٍ منه»^(١)، والمال يشمل الأعيان والمنافع، والمعير هنا لم تطب نفسه بإعارة ماله للغير بغير إذنه^(٢).

وقياسها على الإجارة غير مسلم؛ لأن المستأجر يملك المنفعة من كل وجه فله أن يملكها غيره، بخلاف المستعير فلا يملك المعار من كل وجه، وإنما من الوجه المأذون له فيه فقط^(٣).

الفرع الخامس: حكم اشتراط قبول المتعاقد الأصلي الأول للإعارة من الباطن:

إذا اشترط المعير على المستعير ألا يعير العارية لغيره إلا بإذنه فقد اتفق الفقهاء على أنه لا يجوز للمستعير هنا أن يعيرها للغير دون إذن المعير، وأنه يجب عليه أن ينتفع بها بنفسه دون غيره؛ فليس هناك اعتبار للدلالة في مقابلة التصريح^(٤).

واشترط المعير هنا اشتراط صحيح وملزم، حتى عند الحنفية والمالكية الذين أجازوا الإعارة من الباطن - كما سبق.

الفرع السادس: على من يكون الضمان في الإعارة من الباطن؟

اختلف الفقهاء في صفة يد المستعير على ما بيده من العارية على ثلاثة أقوال:

(١) رواه أحمد في مسنده (٥ / ٧٢)، والدارقطني في سننه (٣ / ٢٦)، والبيهقي (٦ / ١٠٠، ٨ / ١٨٢)، ورواه أيضًا ابن حبان والحاكم، وبعض أسانيدهم جيدة. انظر: نصب الرأية (٥ / ٤٠٥ - ٤٠٦)، والتلخيص الحبير (٣ / ١٠١).

(٢) راجع: العقود المضافة إلى مثلها ص (١٩٣ - ١٩٤).

(٣) راجع: عقد المقالة للدكتور العابد ص (٢٥٨)، والعقود المضافة إلى مثلها ص (١٩٣).

(٤) راجع: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام (٢ / ٣٦٧)، والشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه (٣ / ٤٣٣ - ٤٣٤)، والبيان (٦ / ٥١٧ - ٥١٨)، وكشاف القناع (٤ / ٧٢). وراجع أيضًا: العقود المضافة إلى مثلها ص (١٩١).

القول الأول: أن العارية أمانة لا يضمنها المستعير إلا إذا تعدى أو قصر في حفظها. وهو مذهب الحنفية^(١).

قالوا: لأنه لم يوجد من المستعير سبب لوجوب الضمان؛ فلا يجب عليه، كالوديعة والإجارة.

ولأنه ورد في بعض روايات حديث صفوان بن أمية قوله: «عارية مؤداة»^(٢).

القول الثاني: أن العارية مضمونة على كل حال، وهو مذهب الشافعية والحنابلة^(٣).

واستدلوا بقول النبي صلى الله عليه وسلم لصفوان بن أمية: «بل عارية مضمونة»^(٤)، وبحديث سمرة بن جندب مرفوعاً: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»^(٥).

ولأن المستعير أخذ ملك غيره لنفع نفسه منفرداً بنفعه من غير استحقاق ولا إذن في الإلتلاف؛ فكان مضموناً كالغصب، والمقبوض على سوم الشراء^(٦).

واستثنى الشافعية حالة الاستعمال المأذون فيه؛ لحدوث التلف عن سبب مأذون فيه فلا يضمن. ومثلوا لذلك بما إذا تعسرت دابة من ثقل حمل مأذون فهلكت بسببه^(٧).

(١) راجع: بدائع الصنائع (٦/٢١٧)، والعناية شرح الهداية (٩/٧-٨).

(٢) سبق تخريجه، وانظر: نصب الراية (٤/٢٢٢، ٥/٢٤٥-٢٤٧).

(٣) راجع: نهاية المحتاج وحاشية الرشيدي عليه (٥/١٢٦-١٢٧)، ومغني المحتاج (٣/٣١٩-٣٢٠)، وشرح منتهى الإرادات (٢/٢٩٣)، وكشاف القناع (٤/٧٠).

(٤) سبق تخريجه قريباً.

(٥) رواه أبو داود في البيوع، باب في تضمين العور، رقم (٣٥٦١)، والترمذي في البيوع، باب ما جاء في أن العارية مؤداة، رقم (١٢٦٦)، وابن ماجه في الأحكام، باب العارية، رقم (٢٤٠٠)، وأحمد (٥/٨، ١٢، ١٣) من حديث سمرة بن جندب مرفوعاً، ورواه الحاكم (٢/٥٥) وقال: صحيح الإسناد على شرط البخاري، ولم يخرجاه.

(٦) انظر: المغني (٧/٣٤٢)، وكشاف القناع (٤/٧٠).

(٧) راجع: حاشية الرشيدي على نهاية المحتاج (٥/١٢٦-١٢٧).

القول الثالث: وهو التفريق بين ما يغاب عليه (أي يمكن إخفاؤه وتغييبه) وما لا يغاب عليه؛ فإن كان المقبوض مما لا يغاب عليه كالعقار والدابة لا يضمه، وإن كان مما يغاب عليه كالعروض ونحوها فيضمنها، إلا أن تقوم بينة على أن التلف ليس بتعد منه ولا تقصير. وهذا مذهب المالكية^(١).

وقد حاولوا الجمع بين النصوص، وهي حديث صفوان السابق، وما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً: «ليس على المستعير غير المغلّ ضمان، ولا على المستودع غير المغلّ ضمان»^(٢).

ولأن المستعير متهم في العواري التي يمكن إخفاؤها؛ فالضمان فيها عندهم ضمان تهمة، ينفي بإقامة البينة على أن الهلاك كان بلا تعد منه أو تقصير^(٣).

وما أراه راجحاً هو مذهب الحنابلة القائل بإطلاق كون العارية مضمونة؛ إذ هو المتفق مع طبيعة العارية وكونها تبرعاً على وجه إباحة المنفعة للمستعير^(٤).

كما أن القول بعدم التضمنين يفتح الباب للتلاعب من قبل المستعير، خاصة مع فساد الزمان وتدهور الأخلاق وقلة الديانة.

ويجاب عن حديث عمرو بن شعيب «ليس على المستعير...» بأنه حديث ضعيف مرفوعاً، وإنما صح من قول شريح؛ فهو يعبر عن رأيه

(١) راجع: شرح الخرشي على خليل (٦/ ١٢٣ - ١٢٤)، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/ ٤٣٦).

(٢) رواه الدارقطني (٣/ ٤١)، والبيهقي (٦/ ٩١)، وفي إسناده ضعيفان كما قال الدارقطني، ورواه عبدالرزاق في مصنفه (٨/ ١٧٨) والبيهقي (٦/ ٩١) مقطوعاً من قول شريح. قال البيهقي: هذا هو المحفوظ عن شريح القاضي من قوله. وراجع: نصب الراية (٥/ ٢٣٨ - ٢٣٩)، والدرية في تخريج أحاديث الهداية لابن حجر (٢/ ١٨١).

(٣) انظر: عقد العارية في الفقه الإسلامي لعبدالله العلي ص (٤٤٠).

(٤) انظر: عقد العارية للدكتور/ البعلبي ص (٩٣).

الفقهي، وعلى فرض صحته مرفوعاً فيحتمل أنه أراد ضمان المنافع والأجزاء^(١).

كذلك ما ورد في بعض الروايات من أنها عارية مؤداة ليس صريحاً في كونها أمانة، وقد استدل به كذلك من ضمن المستعير، كما فعل صاحب المغني^(٢).

وقياس العارية على الوديعة والإجارة قياس مع الفارق؛ فإن الوديعة من وسائل الحفظ لمصلحة المودع فكانت أمانة بيد الوديع، بخلاف العارية فإنها تكون لنفع المستعير منفرداً، والإجارة تملك للمنفعة من كل وجه مقابل عوض، وليس كذلك العارية - كما سبق.

فإذا كانت العارية مضمونة على المستعير الأصلي؛ فإن المستعير من الباطن الذي أعار ما لا يملك بالمخالفة لمقتضى العقد - حسب ما رجحته - يكون ضامناً بلا شك، بغض النظر عن كونه قصر أو اعتدى أو لا.

ولو كان المستعير مأذوناً له في إعارة العارية للغير (من الباطن) فإن كليهما يكون ضامناً لها في مواجهة صاحبيها، ولصاحبها أن يضمّن من شاء منهما. ولو ضمّن الأول؛ فله أن يرجع على الثاني بما ضمنه إن تلفت عنده.

المطلب السابع: عقد الوديعة (الإيداع) من الباطن:

وأتناوله من خلال عدة فروع:

الفرع الأول: تعريف الوديعة.

الفرع الثاني: مشروعية عقد الوديعة.

الفرع الثالث: صورة الوديعة (الإيداع) من الباطن.

الفرع الرابع: حكم الوديعة (الإيداع) من الباطن.

الفرع الخامس: حكم اشتراط قبول المودع الأصلي للإيداع من الباطن:

(١) انظر: المغني (٧/ ٣٤٢).

(٢) انظر: (٧/ ٣٤٠).

الفرع السادس: على من يكون الضمان في الوديعة (الإيداع) من الباطن؟
الفرع الأول: تعريف الوديعة:

الوديعة لغة: على وزن فعيلة، من ودَعَ الشيءُ يَدَعُ إذا استقر مكانه وسكن؛ لأنها تكون مستقرة وساكنة عند الوديع.

وتعني كذلك: الدعة والخفض، ومنه: توديع المسافر أهله إذا أراد سفرًا، أي: تخليفه إياهم خافضين وادعين وهم يودعونهم إذا سافر تفاقولا بالدعة التي يصير إليها إذا قفل. فكأن الوديعة تكون في دعة وراحة عند الوديع.

وقيل: الوديعة فعيلة بمعنى مفعولة، من الودع وهو الترك، فهي متروكة عند الوديع لحفظها، ومنه قول النبي صلى الله عليه وسلم: «لِيُنْتَهَيْنَ أَقْوَامٌ عَنْ وَدْعِهِمُ الْجُمُعَاتِ أَوْ لِيَخْتَمَنَّ اللَّهُ عَلَى قُلُوبِهِمْ ثُمَّ لِيَكُونَنَّ مِنَ الْغَافِلِينَ»^(١). وجمعها: ودائع. واستودعه مالا: دفعه إليه ليكون عنده وديعة. وأودعه: قبل منه الوديعة. وقيل: أودعه مالا واستودعه مالا، والمستودع: مكان الوديعة^(٢).

أما اصطلاحًا:

فعرفها الحنفية بقولهم: «تسليط الغير على حفظ ماله»^(٣). وعرفها بعضهم بأنها «ترك الأعيان مع من هو أهل للتصرف في الحفظ مع بقائها على حكم ملك المالك»^(٤).

وعرفها المالكية بأنها «توكيل بحفظ مال»^(٥).

(١) رواه مسلم في الجمعة، باب التغليظ في ترك الجمعة، رقم (٨٦٥).

(٢) راجع: لسان العرب (٣/ ٣٨٠-٣٨٧) مادة (ودع)، والمصباح المنير (٢/ ٦٥٣)، والمعجم الوسيط ص (١٠٢١) مادة (ودع).

(٣) راجع: العناية شرح الهداية (٨/ ٤٨٤)، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق (٧/ ٢٧٣)، والدر المختار (٥/ ١٦٢).

(٤) انظر: الجوهرة النيرة للعبادي (١/ ٣٤٦).

(٥) انظر: مختصر خليل مع الشرح الكبير وحاشية الدسوقي (٣/ ٤١٩)، ومنح الجليل (٧/ ٣).

وعند الشافعية الوديعة: «توكيل في حفظ مملوكٍ أو محترمٍ مختصاً على وجهٍ مخصوصٍ»^(١). أو هي: «العقد المقتضي للاستحفاظ أو العين المستحفظة»^(٢).

أما الحنابلة فقالوا: «المال المدفوع إلى من يحفظه بلا عوض»^(٣). وقال بعضهم: «ويتجه ولو بعوض»^(٤).

وهذه التعريفات بعضها للوديعة وبعضها للإيداع، وكلها يدور حول توكيل الغير في حفظ مالٍ وتسليطه عليه، على سبيل الأمانة والتبرع، مع الخلاف في حكم أخذ العوض عليه^(٥).

ومن أفضل التعريفات تعريف الشيخ علي الخفيف؛ حيث قال: «عقد يفيد تسليط المالك غيره على حفظ عينٍ من ماله»^(٦).

الفرع الثاني: مشروعية عقد الوديعة:

عقد الوديعة أو الإيداع مشروع بلا خلاف.

يدل على ذلك قول الله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾^(٧)، وقوله سبحانه: ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلَیْؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ﴾^(٨)، والوديعة من جملة الأمانات المأمور بأدائها.

وفي هذا المعنى أيضاً قول النبي صلى الله عليه وسلم: «أدَّ الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خاتك»^(٩).

(١) انظر: مغني المحتاج (٤/ ١٢٥).

(٢) انظر: نهاية المحتاج (٦/ ١١٠)، وتحفة المحتاج (٧/ ٩٨)، وحاشية البجيرمي على المنهج (٣/ ٢٩٠).

(٣) انظر: شرح منتهى الإرادات (٢/ ٣٥٢).

(٤) انظر: مطالب أولي النهى (٤/ ١٤٧).

(٥) راجع: قواعد التبعية وأثرها في فقه المعاملات المالية للدكتور/ محمد علي محمد بني طه ص (٢٨٨ - ٢٨٩).

(٦) أحكام المعاملات الشرعية ص (٤٦٥).

(٧) سورة النساء: آية رقم (٥٨).

(٨) سورة البقرة: آية رقم (٢٨٣).

(٩) رواه أبو داود في البيوع، باب في الرجل يأخذ حقه من تحت يده، رقم (٣٥٣٤، ٣٥٣٥)، والترمذي في البيوع، باب ما جاء في النهي للمسلم أن يدفع إلى الذمي الخمر، رقم (١٢٦٤)،

كذلك ثبت عنه صلى الله عليه وسلم أنه كانت عنده ودائع، فلما أراد الهجرة أودعها عند أم أيمن، وأمر عليًا أن يردها إلى أهلها^(١). كما دل الإجماع على مشروعيتها بلا خلاف^(٢).

الفرع الثالث: صورة الوديعة (الإيداع) من الباطن:

تحدث الفقهاء عن الوديعة (الإيداع) من الباطن عند حديثهم عن حفظ الوديع للوديعة، والأشخاص الذين يجوز للوديع أن يحفظ الوديعة عندهم، وحكم إيداعه إياها عند أجنبي.

الفرع الرابع: حكم الوديعة (الإيداع) من الباطن:

يختلف حكم الإيداع من الباطن تبعًا لصورته؛ ولذلك أتاول حكم كل صورة على حدة، مع بيان اختلاف الفقهاء فيه كما يلي:
أولاً: إيداع الوديع الوديعة عند مَنْ يحفظ ماله عادة:

يرى الجمهور من الحنفية والمالكية والحنابلة أنه يجوز للوديع أن يحفظ الوديعة عند من يحفظ عنده ماله عادة ممن يمونه ويسكن معه كزوجته وأبنائه وخدمه، ومن يحفظ عنده مال نفسه عادة كشريكه، وأن ذلك بمثابة حفظه بنفسه^(٣). واعتبر الحنابلة من ذلك أيضًا حفظها بوكيله^(٤).

وذلك لأن الملتزم بالعقد هو الحفظ، والإنسان لا يلتزم بحفظ مال غيره عادة إلا بما يحفظ به مال نفسه، وإنه يحفظ مال نفسه بيده مرة وبيد هؤلاء

وأحمد (٣/ ٤١٤)، والحاكم (٢/ ٥٣)، وغيرهم، من طرق لم تسلم من الضعف، حتى قال الشافعي: هذا الحديث ليس بثابت. وقال ابن الجوزي: لا يصح من جميع طرقه. انظر: التلخيص الحبير (٣/ ٢٠٩ - ٢١٠).

(١) انظر: السنن الكبرى للبيهقي (٦/ ٢٨٩)، والمغني (٩/ ٢٥٦)، والتلخيص الحبير (٣/ ٢١١).

(٢) انظر: المغني (٩/ ٢٥٦).

(٣) راجع: بدائع الصنائع (٦/ ٢٠٨)، والتاج والإكليل (٧/ ٢٧٩ - ٢٨٠)، وشرح الخرشبي (٦/ ١١٢)، والمغني (٩/ ٢٦٠)، وكشاف القناع (٤/ ١٦٨).

(٤) راجع: كشاف القناع (٤/ ١٦٨).

أخرى؛ فله أن يحفظ الوديعة بيدهم أيضاً، فكان الحفظ بأيديهم داخلاً تحت العقد دلالة^(١).

وخالف الشافعية في ذلك فاعتبروا أن حفظ الوديع للوديعة عند زوجته أو أحد أبنائه كحفظها عند غيرهما، وأن ذلك يعتبر تقصيراً يضمن به^(٢).

لأن المودع لم يرض بأمانة غيره ولا يده^(٣)، ولأن العقد تناوله دون غيره؛ فلا يملك الإيداع عند غيره، كما لا يملك الإيداع عند أجنبي^(٤).

وفي الحقيقة رأي الجمهور هو الأولى لجريان العرف بذلك، ولأن حفظ الوديعة عادةً يكون في بيت الوديع وتحت يد من يسكن معه من زوجته وأولاده؛ فكان الحفظ بأيديهم في معنى الحفظ بيده.

والضابط في ذلك أن يحفظ الوديع مال غيره بما يحفظ به مال نفسه، فإذا فعل ذلك لم يكن مقصراً.

وعلى ذلك فهذه الصورة لا تعتبر من الإيداع من الباطن، بل هي صورة من صور حفظ الوديع للوديعة.

ثانياً: إيداع الوديع الوديعة عند أجنبي (من الباطن):

وهذا قد يكون لعذر، أو لا، فإن كان لعذر فذهب الحنفية إلى جوازه وأنه لا يضمن؛ لأن إيداع الوديعة لدى آخر هنا تعين طريقاً للحفظ؛ فيعتبر كأنه بإذن المالك دلالة، وذلك كأن يقع في داره حريق، أو كان في سفينة مثلاً فخشي الغرق، ونحو ذلك، وليس منه السفر؛ فالسفر ليس بعذر^(٥).

وقريب منهم ما ذهب إليه المالكية؛ حيث رأوا أنه جائز ولا يضمن به الوديع، ولكن بشرط أن يحدث ذلك بعد الإيداع، وليس قبله، ويكون إيداعه عند ثقة.

(١) انظر: بدائع الصنائع (٦/٢٠٨).

(٢) راجع: مغني المحتاج (٤/١٢٩).

(٣) انظر: مغني المحتاج (٤/١٢٩).

(٤) انظر: بدائع الصنائع (٦/٢٠٨).

(٥) راجع: بدائع الصنائع (٦/٢٠٨).

كما أنهم اعتبروا السفر عند العجز عن رد الوديعة لصاحبها عذراً يسوغ للوديع أن يودع الوديعة عند آخر^(١).

وذهب الشافعية إلى أنه إذا أودعها لعذر كمرض أو سفر فإنه لا يضمن، بشرط أن يكون ثقة. وقالوا: إذا أراد سفرًا وجب عليه ردها لصاحبها أو وكيله، فإن تعذر فللقاضي، فإن فقده فلأمين، ويشهد^(٢).

ويتفق الحنابلة في الجملة مع الحنفية والمالكية؛ حيث نصوا على أنه إن دفعها لأجنبي أو حاكم لعذر لم يضمن، ومثلوا بمن حضره الموت، أو أراد سفرًا وخاف على الوديعة^(٣).

وأرى أن ما ذهب إليه المالكية والحنابلة ووافقهم في بعضه الحنفية والشافعية هو الراجح؛ فإن إيداع الوديع الوديعة لدى الغير (من الباطن) قد يكون هو الطريق الأوضح لحفظ الوديعة لنشوب حريق في داره، أو خشية غاصب أو سارق، أو لسفر طراً يخشى معه على الوديعة. بل إن الوديع إذا لم يودعها عند غيره عند الخطر لعداً مقصراً؛ لأن العبرة بالقصود والمعاني، لا بالألفاظ والمباني^(٤).

لكن يجب أن يقيد ذلك - كما صرحوا - بأن يكون الوديع من الباطن ثقة مأموناً.

وإن لم يكن الإيداع من الباطن لعذر فقد ذهب الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلى أنه يضمن لمخالفته لمقتضى عقد الوديعة؛

(١) راجع: التاج والإكليل (٧/ ٢٨٠)، وشرح الخرشي (١١٢/١).

(٢) راجع: مغني المحتاج (٤/ ١٢٩ - ١٣٠).

(٣) راجع: كشاف القناع (٤/ ١٧٣).

(٤) انظر: العقود المضافة إلى مثلها ص (٢٠١)، وراجع في هذه القاعدة: معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام للطرابلسي ص (١٤٧)، ودرر الحكام شرح غرر الأحكام لمنلا خسرو (٢/ ٢٠٧)، ودرر الحكام في شرح مجلة الأحكام (١/ ٢١)، وشرح القواعد الفقهية للزرقا ص (٥٥) القاعدة الثانية.

لأن المالك ما رضي بيده، ولو كان قاضياً - كما نص عليه الشافعية والحنابلة^(١).

وفي قول عند الشافعية أنه يجوز دفعها للقاضي الأمين؛ لأن أمانة القاضي أظهر من أمانة الوديع^(٢).

ويدخل في الإيداع من الباطن بلا عذر عند المالكية إذا كان لخوف عورة منزله أو جار سوء إذا كان ذلك قبل الإيداع؛ لأنه ليس عذراً؛ فكان عليه عدم قبولها ابتداءً^(٣).

أخلص من هذا إلى أن الوديع إذا أودع الوديعة من الباطن عند أجنبي لم تجر العادة بحفظ ماله عنده، وكان ذلك بلا عذر فإنه يكون مخالفاً لمقتضى الحفظ؛ لأن المالك لم يرض بغير يده؛ وعليه فإن ذلك لا يجوز، ويؤدي إلى تحول يد الوديع من الأمانة إلى الضمان.

أما إذا كان ذلك لعذر مما سبق فإنه يكون من قبيل حفظ الوديعة، وإن أخذ صورة الإيداع من الباطن، وهو جائز بلا إشكال، والفقهاء بين موسع ومضيق فيما يعد عذراً وما لا يعد، شريطة أن يودعها عند ثقة مأمون.

كما انتهت أنفاً من اعتبار إيداع الوديع الوديعة عند من جرت العادة بحفظ ماله عنده كزوجته وعياله ونحوهم أن ذلك ليس من قبيل الإيداع من الباطن، وإنما هو صورة من صور حفظ الوديعة.

الفرع الخامس: حكم اشتراط قبول المودع الأصلي للإيداع من الباطن:

إذا كنت قد قررت - فيما سبق - عدم جواز الإيداع من الباطن، وهو إيداع الوديعة عند أجنبي لم تجر العادة بحفظ الوديع ماله عنده، إلا لعذر، وهذا بغير شرط؛ فلا شك أن المنع بالشرط أولى.

(١) راجع: بدائع الصنائع (١/٢٠٨)، والتاج والإكليل (٧/٢٧٨)، ومغني المحتاج (٤/١٢٩)، وكشاف القناع (٤/١٧٣).

(٢) راجع: مغني المحتاج (٤/١٢٩ - ١٣٠).

(٣) راجع: التاج والإكليل (٧/٢٨٠).

ولا خلاف في لزوم هذا الشرط حينئذ.

الفرع السادس: على من يكون الضمان في الوديعة (الإيداع) من الباطن؟
أجمع الفقهاء على أن الوديعة أمانة في يد الوديع؛ فلا يضمنها إلا إذا
تعدى أو قصر في حفظها.

واستدلوا بحديث «ليس على المستعير غير المغلِّ ضمان، ولا على
المستودع غير المغلِّ ضمان»^(١).

وحديث «من أودع وديعةً فلا ضمان عليه»^(٢).

ولأن الوديع قبضها بإذن صاحبها، وليحفظها له؛ فهي من قبيل الإحسان
منه، فلا ينقلب عليه إحسانه، ما دام لم يتعد أو يفرط؛ وإلا لتعطلت مصالح
الناس^(٣).

وعلى الوديع أن يحفظ الوديعة بما يناسبها، وفي حرز مثلها بحسب
العرف والعادة^(٤).

وقد سبق تقرير أن إيداع الوديع الوديعة من الباطن عند أجنبي بغير عذر
لا يجوز؛ لمخالفته لمقتضى الحفظ، ويؤدي إلى تحول يد الوديع من يد الأمانة
إلى يد الضمان؛ لأن ذلك من التفريط، فيضمن كل ما أصاب الوديعة، سواء
أكان بسبب منه أو لا.

أما الوديع من الباطن فعقده مفسوخ أبدأ؛ لأنه قبض الوديعة بغير إذن
مالكها، فلا قرار لها عنده، وليس له صفة عليها، بل ينقلب غاصباً ويخرج
عن كونه أميناً^(١).

(١) سبق تخريجه عند الكلام عن عقد الإعارة.

(٢) رواه ابن ماجه في الأحكام، باب الوديعة، رقم (٢٤٠١) من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه
عن جده، وفيه المثنى بن الصباح وهو متروك، وتابعه ابن لهيعة فيما ذكره البيهقي. انظر:
التلخيص الحبير (٣/ ٢١١)، ونيل الأوطار (٥/ ٣٥٥).

(٣) راجع: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (٥/ ٧٦-٧٧)، والتاج والإكليل (٧/ ٢٦٨)، وأسنى
المطالب (٣/ ٧٦)، والمغني (٩/ ٢٥٧-٢٥٨)، وكشاف القناع (٤/ ١٧٨)، وراجع كذلك:
ضمان العقد في الفقه الإسلامي ص (٢٠٨).

(٤) راجع: ضمان العقد في الفقه الإسلامي ص (٢١٤-٢١٥).

وقد قرر الفقهاء هنا أن لمالك الوديعة أن يضمّن أيّهما شاء، الوديعة الأصلي أو الوديعة من الباطن، حتى وإن كان الثاني (الوديعة من الباطن) جاهلاً بالحال، بأن لم يعلم أنها وديعة، وفي هذه الحال له أن يرجع على الأول (الوديعة الأصلي) إذا ضمّنه المالك.

أما إن كان الوديعة من الباطن عالماً بأنها وديعة؛ فلا عذر له في قبولها من غير مالكتها، فإذا ضمّنه المالك ابتداءً لم يرجع على الوديعة الأصلي إن كان التلف منه.

وإلا يكن عالماً بأنها وديعة لا عذر في إيداعها فلا يستقر عليه الضمان، فإن ضمّن المالك الوديعة الأصلي ابتداءً لم يرجع عليه، وإن ضمّنه رجوع على الوديعة الأصلي؛ لأنه غرّه^(٢).

* * *

المطلب الثامن: عقد المضاربة من الباطن:

وأتناوله من خلال عدة فروع:

الفرع الأول: تعريف عقد المضاربة.

الفرع الثاني: مشروعية عقد المضاربة.

الفرع الثالث: صورة المضاربة من الباطن.

الفرع الرابع: حكم المضاربة من الباطن.

الفرع الخامس: حكم اشتراط قبول صاحب المال للمضاربة من الباطن.

الفرع السادس: على من يكون الضمان في المضاربة من الباطن؟

(١) راجع: مغني المحتاج (٤/ ١٢٩)، وكشاف القناع (٤/ ١٧٤)، والسيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار للشوكانى (٣/ ٣٤٢-٣٤٣).

(٢) راجع: بدائع الصنائع (٦/ ٢٠٨)، ودرر الحكام في شرح مجلة الأحكام (٢/ ٢٧٧-٢٧٨)، ومغني المحتاج (٤/ ١٢٩)، وكشاف القناع (٤/ ١٧٣-١٧٤).

الفرع الأول: تعريف عقد المضاربة:

المضاربة لغة: مشتقة من الفعل ضرب، الذي يستخدم في معان عديدة، من أكثرها شيوعاً السير في الأرض بغرض التجارة وطلب الرزق، ومنه قوله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمُ الْأَرْضَ ذُلُولًا فَامْشُوا فِي مَتَابِعِهَا وَكُلُوا مِنْ رِزْقِهِ﴾^(١).

وسمي هذا العقد مضاربة؛ لأن المضارب يسير في الأرض ويسعى فيها لابتغاء الفضل والرزق. وهي بوزن مُفَاعَلَةٌ؛ لأنها تكون بين اثنين صاحب المال، والعامل أو المضارب- كما سيوضح من التعريف الاصطلاحي. ويطلق على المضاربة أيضاً القراض أو المقارضة، من القرض وهو القطع؛ حيث يقطع صاحب المال جزءاً من ماله لدفعه للعامل للمضاربة والاتجار به. والمضاربة لغة أهل العراق، وهو استعمال الحنفية والحنابلة، والقراض لغة أهل الحجاز، وهو استعمال المالكية والشافعية. والبعض يطلق عليها كذلك المعاملة^(٢). وهي إحدى أنواع الشركات المعروفة في الفقه الإسلامي. واصطلاحاً: شركة بين اثنين بمال من أحدهما وعمل من الآخر، على أن يكون الربح بينهما على ما يتفقان عليه^(٣).

(١) سورة الملك: آية رقم (١٥).
(٢) راجع: لسان العرب (١/ ٥٤٣-٥٤٥) مادة (ضرب)، وأيضاً: تبين الحقائق (٥/ ٥٢)، وأسنى المطالب (٢/ ٣٨٠)، والمغني (٧/ ١٣٢-١٣٣).
(٣) راجع: الهداية مع العناية (٨/ ٤٤٦-٤٤٧)، ومجمع الضمانات ص(٣٠٣)، والشرح الكبير للدردير (٣/ ٥١٧)، وأسنى المطالب (٢/ ٣٨٠)، والمغني (٧/ ١٣٢-١٣٣)، وأيضاً: الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي للدكتور/ عبدالعزيز الخياط (٢/ ٥٠)، وأصول المضاربة الإسلامية للدكتور/ الهادي السعيد عرفة ص(١٨-٢١)، والمضاربة في الشريعة الإسلامية لعبدالله بن حمد الخويطر ص(٢٤-٢٩)، والمعايير الشرعية: معيار رقم (١٣) بشأن المضاربة ص(١٨٤) معيار فرعي (٢).

فحقيقتها اتفاق بين شخصين لاستثمار المال، يقدم أحدهما بموجبه هذا المال، ويقوم الآخر بالعمل به مستغلا خبرته ومهارته في تنمية وتحقيق الربح، الذي يشتركان فيه حسبما يتفقان عليه^(١).

الفرع الثاني: مشروعية عقد المضاربة:

المضاربة مشروعّة بالإجماع. واستدل لها الفقهاء بقول الله تعالى: ﴿وَآخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾^(٢).

كما أنها تدخل في عموم أدلة مشروعية الشركات، كقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَثِيرًا مِنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْتَغِي بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ إِلَّا الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ﴾^(٣)، وقول النبي صلى الله عليه وسلم: «يقول الله عز وجل: أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه، فإذا خانته خرجت من بينهما»^(٤). وقد تعامل بها الصحابة والناس في كل عصرٍ ومصرٍ، دون إنكار^(٥). ولا تتم مصالح الناس إلا بها؛ فليس كل من يملك مالا يحسن التجارة، ولا كل من يحسنها له مال^(٦).

الفرع الثالث: صورة المضاربة من الباطن:

المضاربة من الباطن معروفة عند الفقهاء، وتناولوها في مسألة إعطاء المضارب مال المضاربة لآخر، وبينوا صورها وما يتعلق بها من أحكام- كما سيأتي.

(١) انظر: نحو تطوير نظام المضاربة في المصارف الإسلامية للدكتور/ محمد عبدالمنعم أبو زيد ص(١٠).

(٢) سورة المزمل: آية رقم (٢٠).

(٣) سورة ص: آية رقم (٢٤).

(٤) رواه أبو داود في البيوع، باب في الشركة، رقم (٣٣٨٣)، والدارقطني في سننه (٣/ ٣٥)، والبيهقي (٦/ ٧٨)، والحاكم في المستدرک (٢/ ٦٠) وقال: صحيح الإسناد ولم يخرجاه. وانظر: التلخيص الحبير (٣/ ١٠٩).

(٥) راجع: بدائع الصنائع (٦/ ٧٩).

(٦) انظر: كشاف القناع (٣/ ٥٠٧).

وصورتها: أن يدفع صاحب مالٍ ماله إلى مضارب ليعمل به، على أن يكون الربح بينهما، ثم يقوم المضارب بدفع هذا المال إلى مضارب آخر للعمل به، فيكون المضارب الأول في المضاربة الثانية (من الباطن) في مقام صاحب المال، والمضارب الثاني هو من يقوم بالعمل.

والمضاربة من الباطن قد تكون بإذن صاحب المال، وقد لا تكون بإذنه، كما أن الإذن قد يكون صريحاً أو لا كأن يفوضه مثلاً بنحو قوله: اعمل برأيك، أو بما تراه ...

ويترتب على ذلك مسألة توزيع الربح بين صاحب المال والمضارب الأول والمضارب الثاني (من الباطن)، وهل تُقسَّم حصة العامل بين المضارب الأول والمضارب الثاني، أو يستأثر بها المضارب الثاني دون الأول، أو لا يستحق كلاهما شيئاً من الربح ويرجع المضارب الثاني على الأول بأجرة مثله؟

وهذا ما أبينه في الفرع التالي.

الفرع الرابع: حكم المضاربة من الباطن:

اتفق الفقهاء على أن رب المال إذا لم يأذن للمضارب أن يدفع مال المضاربة مضاربةً إلى آخر أنه لا يجوز ذلك للمضارب؛ لأنه يعتبر مخالفة لمقتضى العقد الذي رضي فيه رب المال بعمل المضارب لا بعمل غيره، ولأن المضاربة مثل المضاربة، والشيء لا يستتبع مثله، كما أنه لا يجوز إيجاب حق في مال إنسان دون إذنه وموافقته^(١).

وهذه المخالفة تقتضي تضمين المضارب؛ لأن ضمانه إنما هو بالتعدي أو التفريط، وفعله ما لم يؤذن له فيه تعدٍ يوجب الضمان، بل يصيره غاصباً.

(١) راجع: المبسوط (٢٢/٩٨)، وبدائع الصنائع (٦/٩٥-٩٦)، والتاج والإكليل (٧/٤٥٥)، وأسنن المطالب (٢/٣٨٦)، والمغني (٧/١٥٦)، ومطالب أولي النهى (٣/٥١٩).

ويكون رب المال بالخيار إن شاء ضمن المضارب الأول، وإن شاء ضمن المضارب الآخر؛ لأنه قبض ماله بغير إذنه وتصرف فيه، ثم يرجع المضارب الآخر بما ضمن من ذلك على المضارب الأول؛ لأنه مغرور من جهته، فيرجع عليه بما يلحقه من الضمان، ولأنه كان عاملاً للمضارب الأول فيرجع عليه بما يلحقه من العهدة، ثم الربح بين المضاربين على ما اشترطا عند الحنفية^(١).

وقال المالكية: إن الربح يقسم بين صاحب المال والمضارب الثاني، ولا شيء للمضارب الأول؛ لأن القراض جعل فلا يصح إلا بالعمل^(٢).

وذهب الشافعية إلى أن الربح يكون كله لرب المال، ولا شيء للمضارب الأول؛ لأنه تصرف كالغاصب، وللمضارب الثاني أجر المثل على رب المال؛ لأنه لم يعمل مجاناً، وإذا كان تصرف المضارب الأول بالشراء في الذمة فإن البيع يقع له ويملك جميع الربح^(٣).

وقال الحنابلة: الربح كله لصاحب المال، ولا شيء للمضارب الأول؛ لأنه لم يوجد منه مال ولا عمل، ولا يستحق الربح في المضاربة إلا بواحد منهما، والمضارب الثاني (من الباطن) عمل في مال غيره بغير إذنه ولا شرطه فلم يستحق ما شرطه له غيره؛ كما لو دفعه إليه الغاصب مضاربة. وله على المضارب الأول أجر مثله؛ لأنه غره واستعمله بعوض لم يحصل له، فوجب أجره عليه إن جهل الحال؛ لأنه قبض المال على وجه الأمانة، وإن علم فلا أجر له؛ لقبضه مال غيره على سبيل العدوان^(٤).

(١) انظر: المبسوط (٩٨ / ٢٢).

(٢) راجع: التاج والإكليل (٤٥٥ / ٧)، وشرح الخرشي (٢١٤ / ٦).

(٣) راجع: أسنى المطالب (٣٨٦ / ٢).

(٤) انظر: مطالب أولي النهى (٥١٩ / ٣ - ٥٢٠).

والأولى مذهب الحنفية في توزيع الربح بين المضاربين على ما اشترط؛ لأن فعل المضارب الثاني واقع للمضارب الأول وإن لم يعمله بنفسه. كما أن المضارب الأول باشر العقد، فكان كما لو أْبضع^(١) المال مع غيره. وهو أشبه بدور «المنظم» عند الاقتصاديين الآن^(٢).

وهذا يدخل في فكرة الوساطة المالية التي تعتمد عليها المؤسسات المالية ونظام العمل المصرفي الإسلامي؛ حيث يكون المصرف وسيطاً بين أصحاب الأموال من جهة والمستثمرين من جهة أخرى، فيقوم بتلقي الأموال من المدخرين وتوجيهها إلى المستثمرين طالبي التمويل من المصرف، ويستحق جزءاً من الربح باعتبار دوره الوسيط^(٣).

ولا شك أن دخول المصرف في مثل ذلك له أهمية كبرى؛ لما له من ثقة لدى كلا الطرفين، إضافة إلى دوره الإشرافي الذي يستمر حتى تصفية المضاربة عند انتهائها^(٤).

أما ما ذهب إليه البعض من اعتبار المضارب الأول كالغاصب فغير مسلم؛ لأن المضارب مدفوع إليه المال من صاحبه لتقليبه؛ فلا يشبه الغاصب. وقد اتضح أن له دوراً مهماً في الوساطة بين صاحب رأس المال والمضارب الفعلي (المستثمر)، ولولاه ما التقيا.

أما إذا أذن رب المال للمضارب بالمضاربة برأس ماله (من الباطن) بشكل صريح فقد أجاز ذلك جمهور الفقهاء^(٥).

(١) الإْبضاع: أن يعطي إنساناً مالا ليشتري له بضاعة، دون عوض أو مقابل للعامل (المستْبضِع)، فيكون الربح كله لصاحب المال (المْبضِع)، ويكون العامل متبرعاً بعمله. انظر: معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء للدكتور/ نزيه حماد ص(١٥) مادة (إْبضاع)، والمعاملات المالية المعاصرة للدكتور/ وهبه الزحيلي ص(٤٤٢).

(٢) انظر: المضاربة الشرعية وتطبيقاتها الحديثة للدكتور/ حسن الأمين ص(٥٠).

(٣) انظر: نحو تطوير نظام المضاربة في المصارف الإسلامية للدكتور/ محمد أبو زيد ص(١٥٤).

(٤) راجع: نحو تطوير نظام المضاربة في المصارف الإسلامية ص(١٥٦-١٥٧).

(٥) راجع: بدائع الصنائع (٩٥/٦)، والبحر الرائق (٢٦٦/٧)، والتاج والإكليل (٤٥٥/٧)، ومطالب أولي النهى (٥١٨/٣).

وخالف في ذلك الشافعية؛ حيث رأوا أنه لا يصح؛ لأن المضاربة جُوزت على خلاف القياس؛ فلا يجوز أن تكون بين عاملين، إلا إذا صار المضارب الأول وكيلا لرب المال^(١).

ومذهب الجمهور أرجح؛ فإن الحق دائر بين رب المال والمضارب، وقد أذن رب المال في حقه، والمضاربة جائزة^(٢).

والكلام في أن المضاربة جُوزت على خلاف القياس فيه نظر؛ فإنها من جنس المشاركات، وليس المعاوضات وإن شابها شيء منها^(٣).

وإن فوض ربُّ المال المضاربَ بنحو قوله له: اعمل برأيك، أو بما أراك الله، ونحو ذلك فقد اختلف الفقهاء، فذهب الحنفية والحنابلة إلى الجواز^(٤)، على اعتبار أن صاحب المال رضي بما يراه المضارب وفوضه في التصرف بالوجه الذي يراه محققاً للمصلحة.

ومنه الشافعية من باب أولى؛ حيث منعوا المضاربة من الباطن ولو بإذن صريح من رب المال - كما سبق^(٥).

والمنع هو مقتضى كلام المالكية، وإن لم يصرحوا به؛ حيث نصوا على ضرورة إذن رب المال، وإلا لم يجز^(٦).

ولا أرى مانعاً من الجواز؛ فإن رب المال فوضَّ عامله ورضي بتصرفه بما يراه أنسب وأصلح لتحقيق الربح المرجو، وقد يرى المضارب أن غيره أحذق منه في شئون التجارة وأنه لو دفع المال إليه لتحقق قدر أكبر من الربح، فتكون المصلحة في أن يفعل ذلك^(٧).

(١) راجع: أسنى المطالب (٢/ ٣٨٦).
(٢) انظر: العقود المضافة إلى مثلها ص(٨٨-٨٩).
(٣) انظر: العقود المضافة إلى مثلها ص(٨٩)، وراجع في مسألة تجويز شيء على خلاف القياس كلام ابن القيم في إعلام الموقعين (١/ ٢٨٩)، وما بعدها.
(٤) راجع: بدائع الصنائع (٦/ ٩٥-٩٧)، ومطالب أولي النهى (٣/ ٥١٨).
(٥) راجع: أسنى المطالب (٢/ ٣٨٦).
(٦) راجع: التاج والإكليل (٧/ ٤٥٥)، ومنح الجليل (٧/ ٣٤٨-٣٤٩).
(٧) انظر: نحو تطوير نظام المضاربة في المصارف الإسلامية ص(١٥٣).

وإن كان الأوكلى طلب الإذن صريحاً منعاً لمادة النزاع وخروجاً من الخلاف، ويتأكد هذا فيما إذا كان المصرف هو المضارب الأول، فينبغي له أن ينص على ذلك في عقود مضارباته.

الفرع الخامس: حكم اشتراط قبول صاحب المال للمضاربة من الباطن: بينتُ سابقاً أنه لا يجوز للمضارب أن يدفع مال المضاربة إلى مضارب آخر من الباطن إلا بإذن صاحب المال بشكل صريح، أو بتفويض كما رجحته مع تقرير أن طلب الإذن الصريح أولى دفعاً لمادة النزاع وخروجاً من الخلاف.

ولذلك فإن صاحب المال إذا اشترط على المضارب أن يعمل بنفسه وألا يدفع مال المضاربة إلى آخر إلا بإذنه فإن هذا الشرط يكون شرطاً صحيحاً وملزماً للمضارب، ولا تجوز له مخالفته؛ وإلا عدَّ مخالفاً لمقتضى العقد ومتعدياً بما يوجب الضمان عليه بعدما كان أميناً، بل إنه يصير بذلك غاصباً. وقد ذكرتُ فيما سبق أن الفقهاء متفقون على عدم جواز المضاربة من الباطن إذا لم يأذن صاحب المال للمضارب بذلك، وهذا يقتضي من باب أولى أنه إذا اشترط عليه عدم فعل ذلك إلا بإذنه أن ذلك يلزمه ويصير أكد في عدم التجاوز والمخالفة.

ولا شك أن عقد المضاربة من العقود التي يراعى فيها الاعتبار الشخصي؛ حيث تعتبر شخصية المضارب الذي يسلمه رب المال ماله للتجار به واستثماره ومؤهلاته وخبراته عنصراً جوهرياً في العقد، لا يمكن تجاهله^(١)، لا سيما والمضارب أمين على ما في يده من مال المضاربة، لا يضمنه إلا في حالتي التعدي والتقصير - كما سيأتي.

(١) راجع: المقالة الفرعية ص(٢٠-٢١).

الفرع السادس: على من يكون الضمان في المضاربة من الباطن؟

اتفق الفقهاء على أن المضارب أمين على مال المضاربة؛ لأنه قبضه بإذن صاحبه، لا على وجه البذل والوثيقة، ولا يختص بنفسه؛ فكان أميناً كالوكيل^(١).

فلا يضمن إلا إذا تعدى أو قصر، ومن التعدّي مخالفة شروط رب المال، وكل ما يفسد المضاربة^(٢)، ومنه - كما سبقت الإشارة - المضاربة من الباطن دون إذن رب المال.

فإذا دفع المضارب مال المضاربة إلى آخر دون إذن رب المال فإن رب المال يكون بالخيار إن شاء ضمّن المضارب الأول، وإن شاء ضمّن المضارب الآخر؛ لأنه قبض ماله بغير إذنه وتصرف فيه، ثم يرجع المضارب الآخر بما ضمن من ذلك على المضارب الأول؛ لأنه مغرور من جهته، فيرجع عليه بما يلحقه من الضمان، ولأنه كان عاملاً للمضارب الأول فيرجع عليه بما يلحقه من العهدة. هذا في حال عدم علمه بأن المضارب الأول ليس هو صاحب المال الحقيقي.

أما إن كان يعلم فليس له الرجوع عليه حينئذ؛ لأنه قبض مال غيره على سبيل العدوان، وتلف في يده، فيستقر الضمان عليه^(٣).

أما إذا كانت المضاربة من الباطن بإذن رب المال؛ فإن المضارب الأول هنا ليس متعدداً ولا مخالفاً لشروط صاحب رأس المال؛ ومن ثم فلا تنتقل يده عن الأمانة. ويكون بمثابة صاحب المال في مقابلة المضارب الثاني (من الباطن) الذي يكون أميناً هو الآخر، ولا يضمن إلا بالتعدي أو التفريط.

(١) راجع: تبيين الحقائق (٥/ ٥٣)، والفواكه الدواني (٢/ ١٢٣)، والبيان للعمرائي (٧/ ٢١٩)، وشرح منتهى الإرادات (٢/ ٢٢٦)، وراجع أيضاً: ضمان العقد في الفقه الإسلامي ص (٢٦٩).
(٢) انظر: ضمان العقد في الفقه الإسلامي ص (٢٦٩)، والمعايير الشرعية: معيار رقم (١٣) بشأن المضاربة ص (١٨٤) معيار فرعي (٤/٤).
(٣) راجع: المغني (٧/ ١٥٦ - ١٥٧).

فإذا تعدَّى المضارب الثاني أو فرط ضمن في مواجهة المضارب الأول،
وصار المضارب الأول ضامناً في مواجهة صاحب المال الأصلي.

المطلب التاسع: عقد الوكالة من الباطن:

وأتناوله من خلال عدة فروع:

الفرع الأول: تعريف عقد الوكالة.

الفرع الثاني: مشروعية عقد الوكالة.

الفرع الثالث: صورة الوكالة من الباطن.

الفرع الرابع: حكم الوكالة من الباطن.

الفرع الخامس: حكم اشتراط قبول الموكل للوكالة من الباطن.

الفرع السادس: على من يكون الضمان في الوكالة من الباطن؟

الفرع الأول: تعريف عقد الوكالة:

الوكالة لغة: تعني التفويض والتسليم والاكتفاء. يقال: وَكَّلَ يَكِلُ وَكَلًا
وَوَكُولًا، يعني فَوَّضَ، وَوَكَّلَ إِلَيْهِ الْأَمْرَ: فَوَّضَهُ إِلَيْهِ وَاكْتَفَى بِهِ، وَتَوَكَّلَ
بِالْأَمْرِ: قَبِلَ الْوَكَالَاتِ، وَضَمَّنَ الْقِيَامَ بِهِ، وَتَوَكَّلَ عَلَى اللَّهِ وَاتَّكَلَّ عَلَيْهِ: اسْتَسَلِمَ
إِلَيْهِ. وَالتُّكْلَانُ بِمَعْنَى التَّوَكُّلِ. وَالْوَكِيلُ: مِنْ أَسْمَاءِ اللَّهِ تَعَالَى، وَيَعْنِي الْكَفِيلَ
بِأَرْزَاقِ عِبَادِهِ، وَيَعْنِي أَيْضًا: الْحَافِظَ وَالْكَفِيلَ، وَيَطْلُقُ عَلَى الذَّكَرِ وَالْأُنْثَى،
وَالْجَمْعُ: وَكَلَاءٌ. وَوَكَّلَ فُلَانٌ فُلَانًا: فَوَّضَهُ فِي الْأَمْرِ. وَالْوَكَالَاتُ بِالْفَتْحِ وَالْكَسْرِ:
أَنْ يَعْهَدَ إِلَى غَيْرِهِ أَنْ يَعْمَلَ لَهُ عَمَلًا. وَوَكِيلُ الرَّجُلِ: مَنْ يَقُومُ بِأَمْرِهِ، سَمِيَ
وَكَيْلًا؛ لِأَنَّ مَوْكَلَهُ قَدْ وَكَّلَ إِلَيْهِ الْقِيَامَ بِأَمْرِهِ، فَهُوَ مَوْكُولٌ إِلَيْهِ الْأَمْرُ، فَهُوَ فَعِيلٌ
بِمَعْنَى مَفْعُولٍ^(١).

واصطلاحاً: الوكالة من عقود الإطلاقات والتفويض.

وعرفها الفقهاء بعدة تعريفات:

(١) راجع: لسان العرب (١١/ ٧٣٤-٧٣٦) مادة (وكل)، والمعجم الوسيط ص(١٠٥٤-١٠٥٥) مادة (وكل).

فقال الحنفية: هي «إقامة الغير مقام نفسه في تصرف جائز معلوم»^(١).
وعرفها المالكية بأنها «نيابة ذي حق غير ذي إمرة ولا عبادة لغيره فيه
غير مشروط بموته»^(٢).

وعرفها الشافعية بأنها «تفويض شخص لغيره ما يفعله عنه في حياته مما
يقبل النيابة شرعاً»^(٣).

وقال الحنابلة: هي «استتابة جائز التصرف مثله فيما تدخله النيابة»^(٤)،
وزاد صاحب غاية المنتهى «في الحياة»؛ لإخراج الوصية^(٥).

وفي الحقيقة كل هذه التعريفات وغيرها^(٦) متفقة في الجملة، وإن كان بينها
تفاوت يفسره اختلاف الفقهاء في بعض أحكامها^(٧)، وأرى أن أولها هو
تعريف الحنابلة بزيادة صاحب الغاية.

والوكالة تنقسم باعتبار محل التصرف الموكل به إلى وكالة عامة ووكالة
خاصة، فالوكالة العامة هي الإنابة العامة والتفويض بالتصرف في كل
الأمر والحقوق من غير استثناء، كما إذا قال الشخص لمن يوكله: أنت
وكيلي في كل شيء، أو: وكلتك في كل قليل وكثير. وهي بهذا تشمل
التصرف في جميع الأملاك والأموال حتى بالتبرع والإسقاط كالهبة والطلاق
والعتاق ونحو ذلك.

(١) انظر: تبين الحقائق (٤/ ٢٥٣)، والدر المختار (٥/ ٥١٠)، ومرشد الحيران مادة (٧٩٩) ص (١٣١).

(٢) انظر: مواهب الجليل (٥/ ١٨١)، وشرح الخرخشي (٦/ ٦٨)، والفواكه الدواني (٢/ ٢٢٩).

(٣) انظر: تحفة المحتاج (٥/ ٢٩٤)، ونهاية المحتاج (٥/ ١٥).

(٤) انظر: شرح منتهى الإرادات (٢/ ١٨٤)، وكشاف القناع (٣/ ٤٦١).

(٥) انظر: مطالب أولي النهى (٣/ ٤٢٨).

(٦) راجع لمزيد من التعريفات: الوكالة في الشريعة والقانون للدكتور/ محمد رضا العاني ص (٣٢-٤٥).

(٧) راجع: عقد الوكالة في الفقه الإسلامي للباحث/ سيد محمد صادق الأنصاري ص (٢٢-٢٣)،
وشروط الوكالة في الفقه الإسلامي للدكتور/ زيد بن عبد الكريم الزيد ص (١٧-١٨).

أما الوكالة الخاصة- وهي الأصل في الوكالة- فهي أن ينيب الشخصُ غيره في تصرف معين، كبيع أو شراء أو إجارة، أو يوكله في الدفاع عنه في قضية أو خصومة معينة، وما شابه ذلك^(١).

الفرع الثاني: مشروعية عقد الوكالة:

الوكالة مشروعية بالكتاب والسنة والإجماع، فمن ذلك قول الله تعالى: ﴿فَابْتَغُوا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا﴾^(٢)، وقوله سبحانه: ﴿فَابْتَغُوا أَحَدَكُمْ بَوَارِقَكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ﴾^(٣).

وما رواه جابر بن عبدالله رضي الله عنهما قال: أردتُ الخروجَ إلى خيبر، فأُتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فسلمتُ عليه وقلتُ له: إنني أردتُ الخروجَ إلى خيبر، فقال: «إذا أُتيتَ وكيلي فخذْ منه خمسةَ عشرَ وسقًا، فإن ابْتَغى منك آيةً فضع يدك على تَرَاقُوتِهِ»^(٤).

وهو إجماع الفقهاء، حكاه غير واحد، ولدعاء الحاجة إليها^(٥).

الفرع الثالث: صورة الوكالة من الباطن:

الوكالة من الباطن هي أن يقوم الوكيل بتوكيل غيره فيما وكّل فيه كُله أو بعضه، وهي مسألة معروفة تُحدث عنها الفقهاء قديمًا، وعرضت لها القوانين الوضعية^(٦).

(١) راجع: الوكالة في الشريعة والقانون ص(١٥٩-١٦٢)، ومسئولية الوكيل في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالقانون الوضعي للدكتور/ إسماعيل عبدالنبي شاهين ص(٦٦-٦٧)، وشروط الوكالة في الفقه الإسلامي ص(٣٠).

(٢) سورة النساء: آية رقم (٣٥).

(٣) سورة الكهف: آية رقم (١٩).

(٤) رواه أبو داود في الأفضية، باب في الوكالة، رقم (٣٦٣٢)، والدارقطني في سننه (٤/ ١٥٤)، والبيهقي في السنن الكبرى (٦/ ٨٠). وإسناده حسن كما قال ابن حجر. انظر: التلخيص الحبير (٣/ ١١٢)، ونيل الأوطار (٥/ ٣٢٢).

(٥) راجع: المغني (٧/ ١٩٦، ١٩٧)، ومغني المحتاج (٣/ ٢٣١).

(٦) راجع: الوكالة في الشريعة والقانون ص(٢٢٦-٢٢٨)، ومسئولية الوكيل في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالقانون الوضعي ص(١٥١-١٥٥).

الفرع الرابع: حكم الوكالة من الباطن:

الوكالة من الباطن قد تكون بإذن الموكل، وقد تكون بغير إذنه، وقد اختلف الفقهاء في حكم ذلك على النحو التالي:

أولاً: حكم الوكالة من الباطن إذا كانت بإذن الموكل:

إذا أذن الموكل لوكيله إنفاً صريحاً بأن يوكل غيره فلا خلاف في جواز توكيله لغيره^(١).

وذلك لأن الإذن بالتوكيل كالإذن بالتصرف، فهو تصرف من جملة التصرفات.

أما إذا لم يكن الإذن صريحاً وكان إنفاً عاماً، كنهو قوله: وكلتكم في بيع سيارتي فاصنع ما شئت، فذهب الجمهور إلى الجواز^(٢)، استناداً إلى أدلة ابتناء المعاملات على التراضي، نحو قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾^(٣)، وقول النبي صلى الله عليه وسلم: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه»^(٤)، وقياساً على الإذن الصريح؛ فإن كلا منهما دليل على الرضا بتصرف الوكيل^(٥).

وخالف الشافعية في الوجه المنصوص وقالوا بعدم الجواز إلا أن يكون الإذن صريحاً^(٦).

(١) راجع: العناية شرح الهداية (١٥٩ / ٨)، ومنح الجليل (٦ / ٣٩١ - ٣٩٢)، ومغني المحتاج (٣ / ٢٤٧ - ٢٤٨)، وتكملة المجموع (١٤ / ٢١٤)، والمغني (٧ / ٢٠٨)، وكشاف القناع (٣ / ٤٦٦، ٤٦٧).

(٢) راجع: المبسوط (١٩ / ١٥٩)، والعناية شرح الهداية (٨ / ٩٩ - ١٠٠)، ومواهب الجليل (٥ / ٢٠١)، ومنح الجليل (٦ / ٣٩٠ - ٣٩١)، والمغني (٧ / ٢٠٨)، وكشاف القناع (٣ / ٤٦٦).

(٣) سورة النساء: آية رقم (٢٩).

(٤) رواه أحمد والدارقطني والبيهقي، وسبق تخريجه عند الحديث عن الإعارة من الباطن.

(٥) راجع: العقود المضافة إلى مثلها ص (١٧٧).

(٦) راجع: الحاوي الكبير (٨ / ٢١٢)، والبيان (٦ / ٤١٢ - ٤١٣).

لأن التوكيل يقتضي تصرفاً يتولاه الوكيل بنفسه، والإذن العام نحو قوله: اصنع ما شئت ينصرف إلى ما يقتضيه التوكيل من تصرف بالنفس، ولا يشمل توكيل غيره^(١)، اللهم إلا فيما يعجز عنه الوكيل لكثرتة، أو يكون مما لا يليق بمثله عادة، أو كان لا يحسنه^(٢) - كما سيأتي بتفصيل أكثر.

والحق مع الجمهور؛ لشمول الإذن العام لكل تصرف، ومنه توكيل الغير، ولأن الأصل الجواز والصحة إلا لمانع، ولا مانع هنا.

ثانياً: حكم الوكالة من الباطن إذا كانت بغير إذن الموكل:

إذا لم يأذن الموكل لوكيله بتوكيل غيره، ولم ينهه عن ذلك، وإنما أطلق الوكالة بنحو قوله: وكلتك في بيع سيارتي، ونحو ذلك؛ فقد اختلف الفقهاء في حكم توكيل الوكيل غيره (من الباطن)، ويمكن إرجاع أقوالهم إلى قولين: القول الأول: عدم جواز الوكالة من الباطن هنا؛ وذلك لأنه مأذون في التصرف بنفسه لا بوكيله، والموكل رضي برأيه وخبرته وتصرفه، ولم يرض برأي غيره ولا خبرته ولا تصرفه، والناس متفاوتون في ذلك.

ولا يستثنى من ذلك إلا الوكيل بقبض الدين؛ فله أن يوكل من في عياله لقبض الدين، وكذا إذا وكل آخر وقدر له الثمن؛ لأن الرأي يحتاج إليه في خصوص تقدير الثمن وهو حاصل، وكذلك إذا وكله في دفع زكاة فدفعها. وهذا مذهب الحنفية^(٣).

والقول الثاني: وفيه تفصيل؛ حيث يرى القائلون به أن الوكيل لا يجوز له توكيل غيره من الباطن فيما يمكن أن يتولاه بنفسه بحسب العادة والإمكان؛ لأن الموكل ما رضي إلا بتصرفه.

(١) راجع: الحاروي الكبير (٨ / ٢١٢)، والمغني (٧ / ٢٠٨).
(٢) راجع: مغني المحتاج (٣ / ٢٤٧ - ٢٤٨)، ونهاية المحتاج (٥ / ٣٨ - ٣٩).
(٣) راجع: العناية شرح الهداية (٨ / ٩٩ - ١٠٠)، والدر المختار مع حاشية ابن عابدين (٥ / ٥٢٧ - ٥٢٨). وأيضاً: الوكالة في الشريعة والقانون ص (٢٢٠ - ٢٢١).

أما ما يعجز عنه لكثرتة، أو يكون مما لا يليق بمثله اجتماعيًا بحسب العادة والعرف، كالأعمال الدنيئة مثلا في حق أشرف الناس المرتفعين عن فعلها عادة؛ فهذه يجوز أن يوكل غيره فيها.

لأن التوكيل فيها ينصرف إلى ما جرت به العادة، وتفويض مثل ذلك إليه القصد منه الاستنابة دون التعيين.

وهذا قول جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة^(١).

ونص المالكية على أن من يكثر الموكل فيه عليه له أن يوكل من يعينه فيه ولا يستقل به، ويكون له النظر عليه. كما اشترطوا علم الموكل بأن الوكيل لا يليق به ما وكل فيه، أو يكون ذلك مشهوراً عنه معروفاً بين الناس^(٢).

كما ألحق الشافعية بجواز التوكيل فيما لا يليق بالوكيل التوكيل فيما لا يحسنه، ككونه لا يدخل في اختصاصه مثلا أو يحتاج إلى دراية ومهارة مثلا. ونصوا على أنه في حالة العجز عن الموكل فيه لكثرتة يجوز التوكيل فيما زاد عن الممكن فقط؛ لأن الضرورة دعت إليه فيما لا يمكن، بخلاف الممكن.

وقالوا فيما إن كان العجز عنه لمرض أو سفر: إن صدر التوكيل من الموكل في حال علمه بالمرض أو السفر جاز للوكيل أن يوكل غيره، وإن طرأ العجز فلا يجوز، وكذا إن جهل^(٣).

وأعتقد أن القول بالتفصيل هو الأولى؛ فإن الوكيل قد يعجز عن الموكل فيه لكثرتة أو مشقته عليه، ويكون توكيله لغيره من الباطن خيرا من الإخلال

(١) راجع: مواهب الجليل (٥/ ٢٠١-٢٠٢)، وشرح الخرشني (٦/ ٧٨)، ومغني المحتاج (٣/ ٢٤٧-٢٤٨)، ونهاية المحتاج (٥/ ٣٨-٣٩)، وكشاف القناع (٣/ ٤٦٦)، ومطالب أولي النهى (٣/ ٤٤٧-٤٤٨). وأيضا: الوكالة في الشريعة والقانون ص (٢١٩-٢٢٠).

(٢) راجع: مواهب الجليل (٥/ ٢٠١-٢٠٢)، وشرح الخرشني (٦/ ٧٨). وأيضا: الوكالة في الشريعة والقانون ص (٢١٩-٢٢٠).

(٣) راجع: مغني المحتاج (٣/ ٢٤٧-٢٤٨)، ونهاية المحتاج (٥/ ٣٨-٣٩).

بالعمل الموكل فيه. وكذلك فإن الشريعة تراعي عادات الناس وأعرافهم فيما يتعلق بتعاطي بعض الأعمال لبعض الفئات من الناس.

وما نص عليه المالكية والشافعية من عدم استقلال الوكيل بالباطن بالتصرف عند كثرة العمل على الوكيل الأصلي حسن ودقيق؛ لأنه يبقى أن الموكل ما رضي إلا بتصرف وكيله الأصلي، وإذا كان اللجوء لوكيل آخر للضرورة التي ألجأت إليها كثرة العمل؛ فإن الضرورة تقدر بقدرها- كما هو مقرر عند الفقهاء جميعاً.

وأرى أن يلحق العجز لطارئ كالمرض أو السفر أو غير ذلك بالعجز لكثرة العمل، بجامع العجز فيهما، دون التقييد بعلم الموكل كما نص الشافعية؛ فهذا أيضاً من قبيل الضرورة.

وفي جميع الأحوال فإن الوكيل الأصلي لا يوكل بالباطن إلا أميناً، كما هو منصوص جميع الفقهاء؛ لأن تصرف الوكيل- ومنه توكيل الغير- منوط بالمصلحة، ولا مصلحة في توكيل غير أمين^(١).

الفرع الخامس: حكم اشتراط قبول الموكل للوكالة من الباطن:

سبق تقرير أن الوكالة من الباطن لا تجوز إلا بإذن الموكل الصريح أو العام، أو في حالات محددة يجمعها عدم تمكن الوكيل الأصلي من القيام بالعمل الموكل فيه إما لعدم مناسبته له، أو لأنه لا يحسنه، أو يعجز عنه. ولذلك فإن الأصل في الوكيل أنه يقوم بما وُكِّل فيه بنفسه، ولا يوكل غيره من الباطن إلا بمسوغ من إذن أو عجز عن الفعل- وهذا محل اتفاق بين الفقهاء.

ولذلك فإن الموكل إذا اشترط على وكيله ألا يوكل غيره من الباطن إلا بموافقة؛ فإن ذلك يلزمه، ويجب الالتزام به؛ لأن هذا حق للموكل، وله مطلق الحرية في تحديد نطاقه ومن يقوم به ... إلى آخر تفصيلاته.

(١) راجع: الوكالة في الشريعة والقانون ص(٢٢٢-٢٢٣).

لا سيما أن الوكالة من العقود التي تقوم غالبًا على الاعتبار الشخصي^(١). كما أن ذلك قبل كل شيء شرط صحيح، فيه مصلحة لأحد العاقدين؛ فيكون ملزمًا للطرف الآخر، ولا تجوز مخالفته - كما سبق بيانه في أكثر من موضع - وإلا عدُّ تعديًا من الوكيل.

الفرع السادس: على من يكون الضمان في الوكالة من الباطن؟
أطبقت كلمة الفقهاء على أن الوكيل أمين على ما بيده من مال الموكل، ولا يضمن إلا إذا تعدى أو قصر^(٢)؛ وذلك لأن الموكل أقامه مقام نفسه، كما أن الوكالة في أصلها عقد إرفاق ومعونة، حتى وإن كانت بأجر^(٣).
فإذا خالف الوكيل شيئًا من شروط الوكالة، أو تعدى في تصرف من تصرفاتها صار ضامنًا.

وعلى ذلك فإن الوكيل إذا وكلَّ غيره من الباطن فإن كانت الوكالة بإذن الموكل الصريح أو العام، أو في حالة من الحالات التي قررت أنه يجوز فيها أن يوكل غيره بلا إذن الموكل، والتي يجمعها عدم تمكن الوكيل من القيام بالعمل الموكل فيه إما لعدم مناسبته له، أو لأنه لا يحسنه، أو يعجز عنه - فإن الوكيل لا يعد مخالفًا هنا، وعليه فلا ضمان عليه؛ حيث قد تصرف بمقتضى التفويض الممنوح له من الموكل. ويكون الوكيل من الباطن أمينًا هو الآخر فلا يضمن إلا في حالتي التعدي والتقصير؛ لأنه قد توكَّل وكالة صحيحة.
فإذا حصل منه تعدٍ أو تقصير ضمن. وللموكل مطالبة أي من الوكيل الأصلي والوكيل من الباطن، فإذا طالب الوكيل الأصلي، فإنه يرجع على

(١) راجع: المقالة الفرعية ص(٢١-٢٢).
(٢) راجع: المبسوط (٥٩/١٩)، ومواهب الجليل (٢١٠/٥)، والحاوي الكبير (١٩٢/٨)، ومطالب أولي النهى (٤٨٠/٣). وأيضًا: الوكالة في الشريعة والقانون ص(١٨٥-١٨٦)، ومسئولية الوكيل في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالقانون الوضعي ص(٨٠-٨١).
(٣) راجع: الحاوي الكبير (١٩٢/٨)، وأيضًا: الوكالة في الشريعة والقانون ص(١٨٥-١٨٦).

وكيله من الباطن. وإذا طالب الوكيل من الباطن لم يرجع على الوكيل الأصلي؛ لأنه المتسبب.

أما إذا قام الوكيل الأصلي بتوكيل غيره من الباطن دون إذن الموكل؛ فإنه يكون بذلك مخالفاً ومتعدياً، وتتحول يده من الأمانة إلى الضمان بكل حال، فيضمن تصرفاته وتصرفات وكيله من الباطن كما لو كانت صادرة منه.

* * *

خاتمة البحث:

انتهى البحث إلى عدد من النتائج أجمالها فيما يلي:
أولاً: أن التعاقد من الباطن يقصد به عقد يتم إبرامه بين متعاقد في عقد سابق مع متعاقد جديد (ثالث) لإتمام الأعمال التي تم التعاقد عليها في العقد الأول أو بعضها، مع سريان العقد الأول. وهو من العقود التبعية.
ثانياً: أن التعاقد من الباطن يختلف عن التنازل عن العقد، وعن العقد المشترك، وإن كان بينه وبين كل منهما أوجه تشابه.
ثالثاً: أن الفقهاء قديماً عرفوا صوراً من التعاقد من الباطن وإن لم يسموه كذلك.

رابعاً: أن هناك أسباباً للتعاقد من الباطن نتجت عن التطور الحديث وتعقد أساليب الحياة وسرعتها.
خامساً: للتعاقد من الباطن أركان كسائر العقود، لكن أحد عاقديه مشترك بينه وبين العقد الأصلي.
سادساً: يشترط للتعاقد من الباطن أن يتبع عقداً أصلياً سابقاً له، وأن يقبل المتعاقد الأصلي الأول به عند الاعتبار الشخصي.
سابعاً: تختلف قابلية العقود للتعاقد من الباطن دون قبول المتعاقد الأصلي الأول من عقد إلى عقد.
ثامناً: قد يكون المنع من التعاقد من الباطن في بعض العقود أو الحالات مصدره النصوص القانونية التي لا تسمح به ابتداءً.
تاسعاً: إذا استوفى التعاقد من الباطن أركانه وشروطه وانتفت موانعه فهو تعاقد صحيح، تترتب عليه آثاره.
عاشراً: هناك مجموعة من الضوابط لابد منها لصحة التعاقد من الباطن في الفقه الإسلامي كأهلية المتعاقد من الباطن للقيام بالعمل، والتزامه بتنفيذه

في مدته المحددة بالعقد الأصلي، وألا يتعارض مع العقد الأصلي، وعدم وجود شرط مانع، أو قانون يمنعه، وألا يكون قائماً على الاعتبار الشخصي. **حادي عشر:** ليست كل العقود يجري فيها التعاقد من الباطن، بل لابد أن يكون العقد مما ينتج عنه حقوق والتزامات تقبل الإنابة في القيام بها، وأن يكون هذا القيام مما يتطلب فترة من الزمن.

ثاني عشر: التعاقد من الباطن يجري في عقود الإجارة والاستصناع والعارية والوديعة والمضاربة والمزارعة والمساقاة والمغارسة والوكالة، إضافة إلى عقود المقاوله والتوريد والصيانة.

ثالث عشر: الإجارة بيع منفعة معلومة مباحة لمدة معلومة بعوض معلوم، وهي مشروعة بنوعها إجارة الأعيان وإجارة الأعمال.

رابع عشر: الإجارة من الباطن جائزة بمجموعة من الضوابط.

خامس عشر: إذا اشترط المالك على المستأجر ألا يؤجر العين للمستأجرة لآخر، وأن يستوفي المنفعة بنفسه فهو شرط صحيح وملزم.

سادس عشر: يجوز للمستأجر أن يؤجر العين للمستأجرة لآخر بالأجرة التي يرضى بها، سواء كانت مثل الأجرة الأولى أو أقل منها أو أكثر منها.

سابع عشر: يد المستأجر على العين المستأجرة يد أمانة؛ فلا يضمن تلفها إلا بالتعدي أو التقصير.

ثامن عشر: إذا كانت العين المستأجرة مما يتأثر بحسب الاستعمال وينفاوت من شخص لآخر؛ فإنه لا يجوز تأجيره من الباطن إلا لشخص مساوٍ أو دون المستأجر الأصلي، وإن حدث التأجير من الباطن هنا فيكون المستأجر الأصلي ضامناً للعين المستأجرة.

تاسع عشر: الاستصناع عقد على مبيع في الذمة، يشترط فيه العمل على وجه مخصوص، وأن تكون مادته من الصانع.

عشرون: الاستصناع عقد مستقل، وارد على العين والعمل معاً من الصانع.

واحد وعشرون: لا إشكال في الاستصناع من الباطن في الصناعات الآلية التي يتلاشى معها أي أثر لشخص الصانع ومؤهلاته الشخصية.

ثان وعشرون: الاستصناع من الباطن (الاستصناع الموازي) من أهم صيغ التمويل والاستثمار لدى المصارف الإسلامية، وله أهمية كبرى.

ثالث وعشرون: لا يجوز الاستصناع من الباطن في الصناعات اليدوية التي تكون فيها المؤهلات الشخصية للصانع موضع اعتبار، إلا إذا كانت الصناعة اليدوية لا تتفاوت من صانع وآخر، أو لا يقصد الصانع فيها لذاته ومهاراته الشخصية الخاصة.

رابع وعشرون: اشتراط المستصنع على الصانع أن يصنع الشيء بنفسه شرط صحيح يجب الالتزام به، وبخاصة في الصناعات التي تتفاوت بتفاوت الصانعين.

خامس وعشرون: الصانع ضامن ومسئول عن خطأه فيما تعاقده عليه مع المستصنع، وكذلك الصانع في الاستصناع من الباطن يكون ضامناً ومسئولاً بدوره عما تعاقده عليه في مواجهة المستصنع من الباطن.

سادس وعشرون: عقد المقاوله عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر.

سابع وعشرون: عقد المقاوله دائر في تكييفه الفقهي بين الاستصناع وإجارة الأجير المشترك، فإذا قَدِّمَ المقاولُ العملَ والأدواتِ كان استصناعاً، وإذا قَدِّمَ العملَ فقط كان إجارةً أجيرٍ مشترك.

ثامن وعشرون: يجوز للمقاول أن يتعاقد مع مقاولين من الباطن للقيام بالعمل المتفق عليه كله أو بعضه، إلا إذا كانت شخصية المقاول ومؤهلاته الشخصية معتبرةً بحسب العرف.

تاسع وعشرون: إذا اشترط الطرف الأول على المقاول أن يقوم بالعمل المتفق عليه بنفسه فإنه يلزمه ويجب الوفاء بهذا الشرط.

ثلاثون: المقاول الأصلي ضامن ومسئول عن خطأه فيما تعاقد عليه مع صاحب العمل، كما أن المقاول من الباطن ضامن ومسئول بدوره عما تعاقد عليه في مقابلة المقاول الأصلي.

واحد وثلاثون: عقد التوريد اتفاق يتعهد فيه أحد الطرفين بأن يورد إلى الآخر سلعة موصوفة، على دفعة واحدة أو عدة دفعات، في مقابل ثمن محدد، غالبًا ما يكون مقسطًا على أقساط بحيث يدفع قسطًا من الثمن كلما تم قبض قسط من المبيع.

ثان وثلاثون: عقد التوريد في جوهره عقد من عقود المعاوضات، وهو من قبيل البيع بالصفة.

ثالث وثلاثون: عقد التوريد به بعض الإشكاليات في تكييفه الفقهي، لكنه مشروع عند جميع المعاصرين لاشتداد الحاجة والضرورة إليه، وقيام أغلب الصناعات والزراعات عليها، مع انتفاء الموانع من تعذر التسليم والجهل والخطر، وعدم تضمينه غررًا ولا غشًا ولا ربًا.

رابع وثلاثون: إذا كان عقد التوريد من قبيل الاستصناع في الصناعات الآلية كما هو الغالب على عقود التوريد التي محل العقد فيها سلعة تتطلب صناعة فلا إشكال في عقده من الباطن. أما إذا كان في صناعة يدوية مما تكون فيها المؤهلات الشخصية للصانع موضع اعتبار؛ فلا يجوز فيها التوريد من الباطن، إلا إذا كانت الصناعة اليدوية لا تتفاوت من صانع وآخر، أو لا يقصد الصانع فيها لذاته ومهاراته الشخصية الخاصة فيجوز.

خامس وثلاثون: إذا كان عقد التوريد من قبيل السلم، أو الوعد غير الملزم، أو الملزم؛ فإن التعاقد هنا يكون على توريد سلع موصوفة في الذمة، ومحل التعاقد تسليم تلك السلع؛ فلا مانع من التوريد من الباطن فيها.

سادس وثلاثون: إذا اشترط المستورد على المورد الأصلي أن يقوم بالتوريد بنفسه فهو شرط صحيح، وبخاصة إذا كان التوريد من قبيل الاستصناع، وبصورة أخص في الصناعات التي تتفاوت بتفاوت الصانعين، أما إذا لم تكن السلع المطلوب توريدها مستنعة، وإنما كانت سلعاً موصوفةً بمواصفات محددة؛ فلا يكون لهذا الشرط أثر هنا، ويكون وجوده كعدمه.

سابع وثلاثون: المورد ضامن لتنفيذ العمل تجاه المستورد ولأي عيب أو نقص به، حتى وإن دفعه لمورد من الباطن، ويكون المورد من الباطن ضامناً في مواجهة المورد الأصلي.

ثامن وثلاثون: عقد الصيانة اتفاق على الأعمال اللازمة لبقاء عين صالحة لأداء وظيفتها مقابل عوض، وهو عقد مهم وضروري خاصة مع تعقد سبل الحياة ومعطياتها.

تاسع وثلاثون: إذا كان عقد الصيانة تابعاً لعقد آخر فهو من قبيل الشرط في العقد، وهو جائز.

أربعون: إذا كان عقد الصيانة مستقلاً فهو من قبيل إجارة الأعمال، والصائن فيه بمثابة الأجير المشترك، وهو عقد جائز، وتغفر فيه بعض المخالفات لجريان العرف به، ولدعاء الحاجة إليه، وعدم تضمنه مخالفةً لنص من النصوص ولا قاعدة من القواعد المقررة، وعدم اشتماله على غرر فاحش أو جهالة مفضية إلى النزاع.

واحد وأربعون: تجوز الصيانة من الباطن بشرط أن يكون الصائن من الباطن مؤهلاً للقيام بالعمل كالصائن الأصلي.

ثان وأربعون: اشترط طالب الصيانة على الصائن في عقد الصيانة أن يقوم بأعمال الصيانة بنفسه شرط صحيح يجب الوفاء به.

ثالث وأربعون: الصائن ضامن لما يترتب على تقصيره فيما يجب عليه من إصلاح الخلل والأعطال، وإبدال المتلفات، إضافة إلى التفقد الدوري لاكتشاف أية مشكلات، حتى وإن عهد بالصيانة لصائن من الباطن. رابع وأربعون: الإعارة إباحة منفعة عين بغير عوض حال حياة المملك، وليست تملكاً للمنفعة، وهي مشروعة بلا خلاف.

خامس وأربعون: لا تجوز الإعارة من الباطن لأنها إباحة للانتفاع، وليس تملكاً للمنفعة، ولأن الاعتبار الشخصي مراعى فيها بشكل ظاهر. سادس وأربعون: اشتراط المعير على المستعير ألا يعير العارية لغيره إلا بإذنه اشتراط صحيح وملزم.

سابع وأربعون: العارية مضمونة على المستعير بكل حال، ولو أعارها لغيره يكون مخالفاً، ولو كان مأذوناً له في إعارتها للغير فإن كليهما يكون ضامناً لها في مواجهة صاحبها، ولصاحبها أن يضمّن من شاء منهما. ثامن وأربعون: الإيداع عقد يفيد تسليط المالك غيره على حفظ عين من ماله، وهو مشروع.

تاسع وأربعون: إيداع الوديعة عند من جرت العادة بحفظ ماله عنده كزوجته وعياله ونحوهم ليس من قبيل الإيداع من الباطن، وإنما هو صورة من صور حفظ الوديعة.

خمسون: إذا أودع الوديعة من الباطن عند أجنبي لم تجر العادة بحفظ ماله عنده فإنه يكون مخالفاً لمقتضى الحفظ، وتتحوّل يده من الأمانة إلى الضمان، إلا إذا كان ذلك لعذر وأودعها عند ثقة مأمون. واحد وخمسون: اشتراط المودع على الوديعة ألا يودع الوديعة عند غيره اشتراط صحيح ويجب الوفاء به من باب أولى.

ثان وخمسون: الوديعة أمانة في يد الوديع، وإيداعها عند الغير من الباطن بلا عذر مخالف لمقتضى الحفظ، ويؤدي إلى تحول يد الوديع من الأمانة إلى الضمان، أما الوديع من الباطن فعقده مفسوخ أبدأ، وهو بمثابة الغاصب.

ثالث وخمسون: المضاربة شركة بين اثنين بمال من أحدهما وعمل من الآخر، على أن يكون الربح بينهما على ما يتفقان عليه، وهي مشروعة بلا خلاف.

رابع وخمسون: إذا لم يأذن رب المال للمضارب أن يدفع مال المضاربة مضاربةً إلى آخر فلا يجوز ذلك للمضارب، وإذا فعله يكون ضامناً.

خامس وخمسون: الربح في المضاربة من الباطن يكون بين المضاربين على ما اشترطوا، وهذا يؤصل لفكرة الوساطة المالية التي تعتمد عليها المؤسسات المالية الإسلامية.

سادس وخمسون: إذا أذن رب المال للمضارب بالمضاربة برأس ماله من الباطن بشكل صريح جازت المضاربة من الباطن، وكذلك إذا فوّضه، وإن كان التصريح أولى.

سابع وخمسون: اشتراط رب المال على المضارب أن يعمل بنفسه وألا يدفع مال المضاربة إلى آخر إلا بإذنه اشتراط صحيح وملزم للمضارب، ولا تجوز له مخالفته.

ثامن وخمسون: المضارب أمين على مال المضاربة، ودفعه مال المضاربة إلى آخر دون إذن رب المال يعتبر تعدياً يوجب الضمان عليه.

تاسع وخمسون: إذا دفع المضارب مال المضاربة إلى آخر دون إذن رب المال فإن رب المال يكون بالخيار إن شاء ضمّن المضارب الأول، وإن شاء ضمّن المضارب الآخر، وإذا كان ذلك بإذن رب المال فإن المضارب يظل أميناً، ويكون بمثابة صاحب المال في مقابلة المضارب من الباطن الذي يكون أميناً هو الآخر، ولا يضمن أحدهما إلا بالتعدي أو التفريط.

ستون: الوكالة استتابة جائز التصرف مثله فيما تدخله النيابة في الحياة، وهي مشروعة.

واحد وستون: إذا أذن الموكل لوكيله إذنًا صريحًا بأن يوكل غيره فلا خلاف في جواز توكيله لغيره، وكذلك على الراجح إذا كان الإذن عامًا.

ثان وستون: إذا لم يأذن الموكل لوكيله بتوكيل غيره، ولم ينهه عن ذلك، وإنما أطلق الوكالة فلا يجوز له توكيل غيره من الباطن فيما يمكن أن يتولاه بنفسه بحسب العادة والإمكان، أما ما لا يتمكن الوكيل الأصلي من القيام به إما لعدم مناسبته له، أو لأنه لا يحسنه، أو يعجز عنه؛ فيجوز أن يوكل فيه أمينًا.

ثالث وستون: اشتراط الموكل على وكيله ألا يوكل غيره من الباطن إلا بموافقته اشتراط صحيح وملزم.

رابع وستون: الوكيل أمين على ما بيده من مال الموكل.

خامس وستون: إذا وكل الوكيل غيره من الباطن بإذن الموكل الصريح أو العام، أو عند عدم تمكنه من القيام بالعمل الموكل فيه فإنه لا يعد مخالفًا، ولا ضمان عليه، ويكون الوكيل من الباطن أمينًا هو الآخر.

سادس وستون: إذا قام الوكيل الأصلي بتوكيل غيره من الباطن دون إذن الموكل؛ فإنه يكون بذلك مخالفًا ومتعديًا، وتتحول يده من الأمانة إلى الضمان بكل حال، فيضمن تصرفاته وتصرفات وكيله من الباطن كما لو كانت صادرة منه.

* * *

مراجع البحث

- ١- القرآن الكريم.
- ٢- أحكام المعاملات الشرعية للشيخ علي الخفيف، ط. دار الفكر العربي بالقاهرة، سنة ١٤٢٩هـ / ٢٠٠٨م.
- ٣- الاختيار لتعليل المختار للموصلي، ط. دار الكتب العلمية- بيروت، بدون تاريخ.
- ٤- أسنى المطالب شرح روض الطالب، للشيخ زكريا الأنصاري، ومعه حاشية الرملي الكبير، ط. دار الكتاب الإسلامي، بدون تاريخ.
- ٥- الأشباه والنظائر للسيوطي، ط. دار الكتب العلمية- بيروت، الطبعة الأولى ١٤١١هـ / ١٩٩٠م.
- ٦- الأشباه والنظائر لابن نجيم، مطبوع مع شرحه غمز عيون البصائر للحموي، ط. دار الكتب العلمية- بيروت، الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ / ١٩٨٥م.
- ٧- أصول الفقه للدكتور/ محمد أبي النور زهير، ط. دار البصائر بالقاهرة، الطبعة الأولى ١٤٢٨هـ / ٢٠٠٧م.
- ٨- أصول المضاربة الإسلامية للدكتور/ الهادي السعيد عرفة، ط. مكتبة الجلاء بالمنصورة، الطبعة الأولى ١٤١٠هـ / ١٩٨٩م.
- ٩- إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم، ط. دار الكتب العلمية- بيروت، الطبعة الأولى ١٤١١هـ / ١٩٩١م.
- ١٠- الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع للخطيب الشربيني، مع حاشية الجبرمي المسماة «تحفة الحبيب على شرح الخطيب»، ط. دار الفكر، ١٤١٥هـ / ١٩٩٥م.
- ١١- الالتزامات في الشرع الإسلامي للشيخ أحمد إبراهيم بك، ط. دار الأنصار بالقاهرة، بدون تاريخ.

- ١٢- الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي للدكتور/ محمد يوسف موسى، ط. دار الفكر العربي بالقاهرة سنة ١٤١٧هـ / ١٩٩٦م.
- ١٣- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف لعلاء الدين المرداوي، بتحقيق محمد حامد الفقي، ط. دار إحياء التراث العربي- بيروت، بدون تاريخ.
- ١٤- البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم، ط. دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية، بدون تاريخ.
- ١٥- بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة للدكاترة/ محمد سليمان الأشقر، وماجد أبو رخية، ومحمد عثمان شبير، وعمر سليمان الأشقر، ط. دار النفائس بالأردن، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ / ١٩٩٨م.
- ١٦- بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة للدكتور/ علي محيي الدين القره داغي، ط. دار البشائر الإسلامية- بيروت، الطبعة الأولى ١٤٢٢هـ / ٢٠٠١م.
- ١٧- بحوث في قضايا فقهية معاصرة لمحمد تقي العثماني، ط. وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بقطر، ودار القلم بدمشق، سنة ١٤٣٤هـ / ٢٠١٣م.
- ١٨- بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية للدكتور/ عبدالستار أبي غدة، ط. بيت التمويل الكويتي سنة ١٤١٣هـ / ١٩٩٣م.
- ١٩- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني، ط. دار الكتب العلمية- بيروت، الطبعة الثانية ١٤٠٦هـ / ١٩٨٦م.
- ٢٠- بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد، ط. دار الحديث بالقاهرة، سنة ١٤٢٥هـ / ٢٠٠٤م.
- ٢١- البناية شرح الهداية لبدر الدين العيني، ط. دار الكتب العلمية- بيروت، الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ / ٢٠٠٠م.

- ٢٢- البيان في مذهب الإمام الشافعي للعمرائي، بعناية قاسم النوري، ط. دار المنهاج- لبنان، الطبعة الأولى ١٤٢١هـ/ ٢٠٠٠م.
- ٢٣- تاج العروس من جواهر القاموس للزبيدي، بتحقيق عبدالستار أحمد فراج، ط. الكويت، الطبعة الثانية ١٤١٤هـ/ ١٩٩٤م.
- ٢٤- التاج والإكليل لمختصر خليل للمواق، ط. دار الكتب العلمية- بيروت، بدون تاريخ.
- ٢٥- تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي، وبهامشه حاشية الشلبي، ط. دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية، بدون تاريخ.
- ٢٦- تحفة المحتاج في شرح المنهاج لابن حجر الهيتمي، وحاشية ابن قاسم العبادي، وحاشية الشرواني، ط. دار إحياء التراث العربي- بيروت، بدون تاريخ.
- ٢٧- التطبيق المعاصر لعقد السلم في المصارف الإسلامية للأستاذ/ محمد عبدالعزيز حسن زيد، ط. المعهد العالمي للفكر الإسلامي بالقاهرة، الطبعة الأولى ١٤١٧هـ/ ١٩٩٦م.
- ٢٨- التعاقد عن طريق الإنترنت من وجهة الفقه الإسلامي للدكتور/ هشام يسري العربي، بحث محكم ومنشور بمجلة مركز البحوث والدراسات الإسلامية بكلية دار العلوم جامعة القاهرة، العدد الثامن والأربعين رجب ١٤٣٥هـ/ مايو ٢٠١٤م.
- ٢٩- التعريفات للجرجاني، بتحقيق إبراهيم الإبياري، ط. دار الريان للتراث بالقاهرة، بدون تاريخ.
- ٣٠- تفسير الطبري «جامع البيان عن تأويل آي القرآن»، بتحقيق الدكتور/ عبدالله بن عبدالمحسن التركي بالتعاون مع مركز البحوث والدراسات العربية والإسلامية بدار هجر بالقاهرة، ط. هجر- القاهرة، الطبعة الأولى ١٤٢٢هـ/ ٢٠٠١م.

- ٣١- تقنين الفقه الإسلامي بين المؤيدين والمعارضين «دراسة تأصيلية»
للدكتور/ هشام يسري العربي، بحث محكم ومنشور بمجلة روح القوانين
الصادرة عن كلية الحقوق جامعة طنطا، العدد السابع والستين، يوليو
٢٠١٤م، الجزء الثاني.
- ٣٢- التكيف الفقهي للوقائع المستجدة وتطبيقاته الفقهية للدكتور/ محمد
عثمان شبير، ط. دار القلم بدمشق، الطبعة الثانية ١٤٣٥هـ / ٢٠١٤م.
- ٣٣- التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير لابن حجر
العسقلاني، ط. مؤسسة قرطبة بالقاهرة، بدون تاريخ.
- ٣٤- التيسير في المعاملات المالية «دراسة نظرية تطبيقية مقارنة بين
الفقه الحنفي والفقه الحنبلي» للدكتور/ هشام يسري العربي، رسالة دكتوراه
بجامعة القاهرة، ط. دار البشائر الإسلامية- بيروت، الطبعة الأولى ١٤٣٣هـ/
٢٠١٢م.
- ٣٥- الجوهرة النيرة للعبادي، ط. المطبعة الخيرية سنة ١٣٢٢هـ.
- ٣٦- حاشية البجيرمي على المنهج (التجريد لرفع العيب) لسليمان
البجيرمي، ط. دار الفكر العربي سنة ١٣٦٩هـ / ١٩٥٠م.
- ٣٧- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، ط. دار إحياء الكتب
العربية بالقاهرة، بدون تاريخ.
- ٣٨- حاشية ابن عابدين على الدر المختار، ط. دار الكتب العلمية-
بيروت ١٤١٢هـ / ١٩٩٢م.
- ٣٩- الحاوي الكبير للماوردي، ط. دار الفكر- بيروت، سنة ١٤٢٤هـ/
٢٠٠٣م.
- ٤٠- حكم الشريعة الإسلامية في عقد التأمين للدكتور/ حسين حامد
حسان، بحث منشور بإحدى المجلات (لم أهدأ إلى اسم المجلة، ورقم العدد!)،
وله نشرة أخرى بدار الاعتصام بالقاهرة سنة ١٩٧٦م.

- ٤١- دراسات في المعاملات الإسلامية لأستاذنا الدكتور/ إبراهيم عبدالرحيم، ط. دار الثقافة العربية بالقاهرة، بدون تاريخ.
- ٤٢- الدراية في تخريج أحاديث الهداية لابن حجر العسقلاني، بتحقيق السيد عبدالله هاشم اليماني، ط. دار المعرفة- بيروت، بدون تاريخ.
- ٤٣- درر الحكام شرح غرر الأحكام لمنلا خسرو، ط. دار إحياء الكتب العربية بالقاهرة، بدون تاريخ.
- ٤٤- درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر، تعريب المحامي فهمي الحسيني، ط. دار الجيل- بيروت، الطبعة الأولى ١٤١١هـ/ ١٩٩١م.
- ٤٥- الدر المختار شرح تنوير الأبصار للحصكفي، مع حاشية ابن عابدين، ط. دار الكتب العلمية- بيروت ١٤١٢هـ/ ١٩٩٢م.
- ٤٦- الرشوة في عقود المقاولات العامة في النظام السعودي للباحث/ عبدالله بن نايف الجبلي المطيري، رسالة ماجستير بجامعة نايف العربية للعلوم الأمنية بالرياض سنة ١٤٣١هـ/ ٢٠١٠م.
- ٤٧- الروض المربع للبهوتي، ط. أضواء السلف بالرياض، ومعه حاشية عبدالله أبي بطين، بدون تاريخ.
- ٤٨- سبل السلام شرح بلوغ المرام للصنعاني، ط. دار الحديث بالقاهرة، بدون تاريخ.
- ٤٩- سنن أبي داود، بتحقيق محمد محيي الدين عبدالحميد، ط. دار الفكر، بدون تاريخ.
- ٥٠- سنن الترمذي، بتحقيق وشرح أحمد محمد شاكر، ط. المكتبة الثقافية- بيروت، بدون تاريخ.
- ٥١- سنن الدارقطني، بتحقيق السيد عبدالله هاشم يماني، ط. دار المعرفة- بيروت ١٣٨٦هـ/ ١٩٦٦م.

- ٥٢- السنن الكبرى للبيهقي، بتحقيق محمد عبدالقادر عطاء، ط. مكتبة دار
الباز بمكة المكرمة ١٤١٤هـ / ١٩٩٤م.
- ٥٣- سنن ابن ماجه، بتحقيق محمد فؤاد عبدالباقي، ط. دار إحياء الكتب
العربية- القاهرة ١٣٧٣هـ / ١٩٥٤م.
- ٥٤- سنن النسائي، بتحقيق الشيخ عبدالفتاح أبي غدة، ط. مكتب
المطبوعات الإسلامية- حلب، الطبعة الثانية ١٤٠٦هـ / ١٩٨٦م.
- ٥٥- السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار للشوكاني، بتحقيق
محمود إبراهيم زايد، ط. دار الكتب العلمية- بيروت، الطبعة الأولى، بدون
تاريخ.
- ٥٦- شرح حدود ابن عرفة لمحمد بن قاسم الرصاع، ط. المكتبة
العلمية، الطبعة الأولى سنة ١٣٥٠هـ.
- ٥٧- شرح الزرقاني على مختصر خليل، بتصحيح عبدالسلام محمد
أمين، ط. دار الكتب العلمية- بيروت، الطبعة الأولى ١٤٢٢هـ / ٢٠٠٢م.
- ٥٨- شرح الزركشي على مختصر الخرقى، بتحقيق عبدالله بن
عبدالرحمن الجبرين، ط. مكتبة العبيكان بالرياض، الطبعة الأولى
١٤١٣هـ / ١٩٩٣م.
- ٥٩- الشرح الصغير على مختصر خليل للدردير، مع حاشية الصاوي،
ط. دار المعارف، بدون تاريخ.
- ٦٠- شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقا، بتعليق وتقديم وتذييل
الأستاذ مصطفى الزرقا، ومراجعة الدكتور/ عبدالستار أبي غدة، ط. دار القلم
بدمشق، الطبعة الثانية ١٤٠٩هـ / ١٩٨٩م.
- ٦١- الشرح الكبير على المقنع لابن أبي عمر المقدسي، بتحقيق الدكتور/
عبدالله بن عبدالمحسن التركي، ط. دار هجر بالقاهرة، الطبعة الأولى
١٤١٥هـ / ١٩٩٥م.

- ٦٢- شرح المحلي على المنهاج لجلال الدين المحلي، مع حاشيتي قلوبوي وعميرة، ط. دار الفكر- بيروت، سنة ١٤١٥هـ / ١٩٩٥م.
- ٦٣- شرح مختصر خليل للخرشي، وحاشية العدوي عليه، ط. دار صادر- بيروت، بدون تاريخ.
- ٦٤- شرح منتهى الإرادات للبهوتي، ط. عالم الكتب- بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ / ١٩٩٣م.
- ٦٥- الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي للدكتور/ عبدالعزيز الخياط، ط. مؤسسة الرسالة- بيروت، الطبعة الرابعة ١٤١٤هـ / ١٩٩٤م.
- ٦٦- شركة الأعمال وأحكامها في الفقه الإسلامي دراسة فقهية مقارنة بالقوانين الوضعية للدكتور/ عماد عبدالحفيظ الزيادات، ط. دار النفائس بالأردن، الطبعة الأولى ١٤٢٨هـ / ٢٠٠٨م.
- ٦٧- شروط الوكالة في الفقه الإسلامي للدكتور/ زيد بن عبدالكريم الزيد، ط. دار إمام الدعوة بالرياض، الطبعة الأولى ١٤٢٧هـ / ٢٠٠٦م.
- ٦٨- الشريعة الإسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود للدكتور/ بدران أبو العينين بدران، ط. مؤسسة شباب الجامعة بالإسكندرية، بدون تاريخ.
- ٦٩- صحيح البخاري، ط. دار طوق النجاة- بيروت، الطبعة الأولى ١٤٢٢هـ.
- ٧٠- صحيح مسلم، بتحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية- القاهرة ١٣٧٤هـ / ١٩٥٤م.
- ٧١- صيانة الأعيان المؤجرة وتطبيقاتها في معاملات المصارف للدكتور/ محمد عثمان شبير، بحث ضمن كتاب «بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة»، الجزء الثاني، ط. دار النفائس بالأردن، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ / ١٩٩٨م.

- ٧٢- ضمان العقد في الفقه الإسلامي للدكتور/ محمد نجدات المحمد، ط. دار المكتبي بدمشق، الطبعة الأولى ١٤٢٧هـ / ٢٠٠٧م.
- ٧٣- ضوابط التأجير من الباطن للدكتورة/ أسماء فتحي عبدالعزيز، بحث مقدم لمؤتمر «المصارف الإسلامية بين الواقع والمأمول» المنعقد بدبي في الفترة (٣١ مايو - ٣ يونيو ٢٠٠٩م).
- ٧٤- العرف والعادة في رأي الفقهاء للدكتور/ أحمد فهمي أبو سنة، ط. مطبعة الأزهر سنة ١٩٤٧م.
- ٧٥- عقد الاستصناع «التكليف الشرعي والقانوني لحكم التعامل به- دراسة فقهية تأصيلية مقارنة» للدكتور/ ناصر أحمد إبراهيم النشوي، ط. دار الفكر الجامعي بالإسكندرية، الطبعة الأولى ٢٠٠٧م.
- ٧٦- عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة للأستاذ/ مصطفى الزرقا، ط. المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب بجدة سنة ١٤٢٠هـ.
- ٧٧- عقد التأمين في الفقه الإسلامي والقانون المقارن للدكتور/ عباس حسني، ط. مكتبة وهبة بالقاهرة سنة ١٩٧٨م.
- ٧٨- عقد التوريد «دراسة شرعية» للدكتور/ عبدالله المطلق، بحث بمجلة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، العدد العاشر، جمادى الآخرة ١٤١٤هـ / ديسمبر ١٩٩٣م.
- ٧٩- عقد التوريد «دراسة فقهية تحليلية» للدكتور/ عبدالوهاب إبراهيم أبو سليمان، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الثانية عشرة، المنعقدة بالرياض سنة ١٤٢١هـ / ٢٠٠٠م، الجزء الثاني.
- ٨٠- عقد التوريد في الفقه الإسلامي «دراسة مقارنة» لمر صالح محمود دراغمة، رسالة ماجستير بجامعة النجاح الوطنية سنة ١٤٢٥هـ / ٢٠٠٤م.

- ٨١- عقد التوريد والمقاولة في ضوء التحديات الاقتصادية المعاصرة
«رؤية شرعية» للدكتور/ أحمد نيا ب شوي دح، وعاطف أبو هري ب، بحث مقدم
إلى مؤتمر «الإسلام والتحديات المعاصرة» المنعقد بكلية أصول الدين في
الجامعة الإسلامية بغزة، في الفترة (٢- ٣ / ٤ / ٢٠٠٧م).
- ٨٢- عقد الصيانة في الفقه الإسلامي «دراسة فقهية مقارنة بالقانون»
للأستاذ/ محمد يونس عمر البيرقدار، رسالة ماجستير بجامعة الكويت سنة
٢٠٠٢م، ط. شركة شوري للاستشارات الشرعية بالكويت.
- ٨٣- عقد العارية دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وموازنة بالقانون
الوضعي في البلاد العربية للدكتور/ عبد الجيميد محمود البعلي، مطبوعات
الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية، بدون تاريخ.
- ٨٤- عقد العارية في الفقه الإسلامي لعبدالله بن صالح بن حسين العلي،
رسالة ماجستير بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية بمكة المكرمة سنة
١٣٩٩هـ / ١٩٧٩م بإشراف الدكتور/ محمد شعبان حسين.
- ٨٥- عقد المقاولة «الإنشاء والتعمير» حقيقته، تكييفه، صورته للدكتور/
جاسم علي سالم الشامسي، بحث بمجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي في
دورته الرابعة عشرة، المنعقدة بالدوحة سنة ١٤٢٣هـ / ٢٠٠٣م، الجزء
الثاني.
- ٨٦- عقد المقاولة «الإنشاء والتعمير» حقيقته، تكييفه، صورته للدكتور/
محمد جبر الألفي، بحث بمجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته
الرابعة عشرة، المنعقدة بالدوحة سنة ١٤٢٣هـ / ٢٠٠٣م، الجزء الثاني.
- ٨٧- عقد المقاولة في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة للدكتور/ كاسب
عبدالكريم البدران، ط. دار صالح للنشر والتوزيع بالدمام، الطبعة الثانية
١٤٠٤هـ / ١٩٨٤م.

- ٨٨- عقد المقالة في الفقه الإسلامي لإبراهيم شاشو، بحث بمجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد (٢٦) العدد الثاني، سنة ٢٠١٠م.
- ٨٩- عقد المقالة في الفقه الإسلامي وما يقابله في القانون المدني لزياد شفيق حسن قرارية، رسالة ماجستير بجامعة النجاح الوطنية سنة ٢٠٠٤م.
- ٩٠- عقد المقالة للدكتور/ عبدالرحمن بن عايد العايد، رسالة دكتوراه بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، مطبوعة بالجامعة سنة ١٤٢٥هـ/ ٢٠٠٤م.
- ٩١- عقد المقالة للدكتور/ عجبل جاسم النشمي، بحث بمجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الرابعة عشرة، المنعقدة بالدوحة سنة ١٤٢٣هـ/ ٢٠٠٣م، الجزء الثاني.
- ٩٢- عقد المقالة للدكتور/ وهبة الزحيلي، بحث بمجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الرابعة عشرة، المنعقدة بالدوحة سنة ١٤٢٣هـ/ ٢٠٠٣م، الجزء الثاني.
- ٩٣- عقد المقالة من الباطن دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي للدكتور/ مصطفى عبدالسيد الجارحي، ط. دار النهضة العربية بالقاهرة، الطبعة الأولى سنة ١٩٨٨م.
- ٩٤- العقد من الباطن في الفقه الإسلامي للدكتور/ سامي بن عبدالعزيز الماجد، رسالة دكتوراه بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية سنة ١٤٢٩هـ.
- ٩٥- عقد الوكالة في الفقه الإسلامي للباحث/ سيد محمد صادق الأنصاري، رسالة ماجستير بجامعة الملك عبدالعزيز، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بمكة المكرمة بإشراف الدكتور/ عبدالوهاب أبو سليمان، سنة ١٣٩٩هـ/ ١٩٧٩م.

- ٩٦- عقود التأمين من وجهة الفقه الإسلامي «دراسة مستوعبة لكافة وجهات النظر في عقدي التأمين التجاري والتعاوني» لأستاذنا المرحوم الدكتور/ محمد بلتاجي حسن، ط. دار السلام بالقاهرة، الطبعة الأولى ١٤٢٩هـ/ ٢٠٠٨م.
- ٩٧- عقود التوريد والمناقصات للدكتور/ رفيق المصري، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الثانية عشرة، المنعقدة بالرياض سنة ١٤٢١هـ/ ٢٠٠٠م، الجزء الثاني.
- ٩٨- عقود التوريد والمناقصة لمحمد تقي العثماني، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الثانية عشرة، المنعقدة بالرياض سنة ١٤٢١هـ/ ٢٠٠٠م، الجزء الثاني.
- ٩٩- عقود الصيانة للدكتور/ منذر قحف، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الحادية عشرة، المنعقدة بالمنامة- البحرين سنة ١٤١٩هـ/ ١٩٩٨م، الجزء الثاني.
- ١٠٠- عقود الصيانة وتكييفها الشرعي للدكتور/ الصديق محمد الأمين الضير، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الحادية عشرة، المنعقدة بالمنامة- البحرين سنة ١٤١٩هـ/ ١٩٩٨م، الجزء الثاني.
- ١٠١- عقود الصيانة وتكييفها الشرعي للدكتور/ محمد أنس الزرقا والدكتور/ سامي السويلم، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الحادية عشرة، المنعقدة بالمنامة- البحرين سنة ١٤١٩هـ/ ١٩٩٨م، الجزء الثاني.
- ١٠٢- عقود الصيانة وتكييفها الشرعي للشيخ محمد المختار السلامي، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الحادية عشرة، المنعقدة بالمنامة- البحرين سنة ١٤١٩هـ/ ١٩٩٨م، الجزء الثاني.

- ١٠٣- العقود لابن تيمية، بتحقيق محمد حامد الفقهي، ط. مكتبة السنة
المحمدية بالقاهرة، بدون تاريخ.
- ١٠٤- العقود المضافة إلى مثلها لعبدالله بن عمر بن حسين بن طاهر،
رسالة ماجستير بالمعهد العالي للقضاء بالرياض، مطبوعة بدار كنوز إشبيليا
بالرياض، الطبعة الأولى ١٤٣٤هـ / ٢٠١٣م.
- ١٠٥- عقود المعاوضات المالية في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية
لأستاذنا الدكتور/ أحمد يوسف سليمان، ط. دار الهاني للطباعة والنشر
بالقاهرة سنة ١٤٣٠هـ / ٢٠٠٩م.
- ١٠٦- العناية للبابرتي على الهداية للمرغيناني، ط. دار الفكر- بيروت،
بدون تاريخ.
- ١٠٧- الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي للدكتور/ الصديق محمد
الأمين الضرير، الطبعة الثانية ١٤١٦هـ / ١٩٩٥م.
- ١٠٨- الفتاوى الكبرى لابن تيمية، ط. دار الكتب العلمية- بيروت، الطبعة
الأولى ١٤٠٨هـ / ١٩٨٧م.
- ١٠٩- فتح القدير على الهداية للكمال بن الهمام، ط. دار الفكر- بيروت،
بدون تاريخ.
- ١١٠- الفروع لابن مفلح، بمراجعة عبدالستار أحمد فراج، ط. عالم
الكتب- بيروت، الطبعة الرابعة ١٤٠٥هـ / ١٩٨٥م.
- ١١١- فقه المعاملات المالية المعاصرة للدكتور/ سعد بن تركي الخثلان،
ط. دار الصميعي بالرياض، الطبعة الثانية ١٤٣٣هـ / ٢٠١٢م.
- ١١٢- الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني للنفراوي، ط.
دار الفكر- بيروت ١٤١٥هـ / ١٩٩٥م.

- ١١٣- القاموس المحيط للفيروزآبادي، ط. الهيئة المصرية العامة للكتاب
بالقاهرة سنة ١٣٩٨هـ / ١٩٧٨م (مصورة عن الطبعة الثالثة للطبعة الأميرية
سنة ١٣٠١هـ).
- ١١٤- قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي المنبثق من منظمة
المؤتمر الإسلامي- جدة للدورات (١ - ١٠) القرارات (١ - ٩٧)، ط. دار
القلم بدمشق، الطبعة الثانية ١٤١٨هـ / ١٩٩٨م.
- ١١٥- قضايا فقهية معاصرة للدكتور/ عبدالفتاح إدريس، طبع المؤلف،
الطبعة الأولى ١٤٢٦هـ / ٢٠٠٥م.
- ١١٦- قواعد التبويض وأثرها في فقه المعاملات المالية (رسالة دكتوراه)
للدكتور/ محمد علي محمد بني طه، ط. دار النفائس بالأردن، الطبعة الأولى
١٤٣٠هـ / ٢٠١٠م.
- ١١٧- الكافي في فقه أهل المدينة لابن عبدالبر النمري، ط. دار الكتب
العلمية- بيروت، الطبعة الثانية ١٤١٣هـ / ١٩٩٢م.
- ١١٨- كشف القناع عن متن الإقناع للبهوتي، ط. عالم الكتب سنة
١٤٠٣هـ / ١٩٨٣م.
- ١١٩- كشف القناع عن تضمين الصناعات لابن رحال المعداني المالكي،
بتحقيق ودراسة الدكتور/ محمد أبو الأجنان، ط. دار البشائر الإسلامية-
بيروت، الطبعة الأولى ١٩٩٦م.
- ١٢٠- لسان العرب لابن منظور، ط. دار صادر- بيروت، الطبعة
الأولى.
- ١٢١- المبدع في شرح المقنع لبرهان الدين بن مفلح، بتحقيق محمد حسن
إسماعيل، ط. دار الكتب العلمية- بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ /
١٩٩٧م.

- ١٢٢- المبسوط للسرخسي، ط. دار المعرفة- بيروت سنة ١٤٠٩هـ /
١٩٨٩م.
- ١٢٣- مجلة الأحكام العدلية مع شرحها درر الحكام لعلي حيدر، ط. دار
الجيل- بيروت، الطبعة الأولى ١٤١١هـ / ١٩٩١م.
- ١٢٤- مجلة المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، السنة
الرابعة، العدد السادس، الطبعة الثانية ١٤٢٦هـ / ٢٠٠٥م.
- ١٢٥- مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، التابع لمنظمة التعاون الإسلامي
(المؤتمر الإسلامي سابقاً)، الدورة الثانية عشرة، المنعقدة بالرياض سنة
١٤٢١هـ / ٢٠٠٠م، الجزء الثاني، والدورة الرابعة عشرة، المنعقدة بالدوحة
سنة ١٤٢٣هـ / ٢٠٠٣م، الجزء الثاني، ط. المجمع.
- ١٢٦- مجمع الضمانات لابن غانم البغدادي، ط. دار الكتاب الإسلامي،
الطبعة الأولى ١٣٠٨هـ.
- ١٢٧- المجموع شرح المهذب للنووي وتكملته لمحمد نجيب المطيعي، ط.
مكتبة الإرشاد بجدة، بدون تاريخ.
- ١٢٨- المدخل الفقهي العام للأستاذ/ مصطفى أحمد الزرقا، ط. دار الفكر-
دمشق، الطبعة التاسعة سنة ١٩٦٧- ١٩٦٨م.
- ١٢٩- المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية للدكتور/ عبدالكريم زيدان، ط.
مؤسسة الرسالة- بيروت، الطبعة السادسة عشرة سنة ١٩٩٩م.
- ١٣٠- المدخل لدراسة الفقه الإسلامي: القسم الثاني النظريات العامة في
الفقه الإسلامي للدكتور/ محمود بلال مهران، ط. دار الثقافة العربية بالقاهرة
سنة ١٤٢٢هـ / ٢٠٠١م.
- ١٣١- المدخل للفقه الإسلامي (تاريخه ومصادره ونظرياته العامة)
للدكتور/ محمد سلام مذكور، ط. دار الكتاب الحديث- الكويت سنة ١٤٢٥هـ /
٢٠٠٥م.

- ١٣٢- مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان لمحمد قدرى باشا، ط. المطبعة الأميرية ببولاق، الطبعة الثانية ١٣٠٨هـ / ١٨٩١م.
- ١٣٣- المستدرك على الصحيحين لأبي عبد الله الحاكم، بتحقيق مصطفى عبدالقادر عطا، ط. دار الكتب العلمية- بيروت، الطبعة الأولى ١٤١١هـ / ١٩٩٠م.
- ١٣٤- مسند الإمام أحمد بن حنبل، ط. مؤسسة قرطبة- القاهرة، بدون تاريخ.
- ١٣٥- مسئولية الوكيل في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالقانون الوضعي للدكتور/ إسماعيل عبدالنبي شاهين، ط. مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، الطبعة الأولى ١٩٩٩م.
- ١٣٦- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للفيومي، ط. دار الفكر- بيروت، بدون تاريخ.
- ١٣٧- المصنف لعبدالرزاق بن همام الصنعاني، بتحقيق حبيب الرحمن الأعظمي، ط. المكتب الإسلامي- بيروت، الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ.
- ١٣٨- المضاربة الشرعية وتطبيقاتها الحديثة للدكتور/ حسن الأمين، ط. المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية بجدة، الطبعة الثالثة سنة ١٤٢١هـ / ٢٠٠٠م.
- ١٣٩- المضاربة في الشريعة الإسلامية لعبدالله بن حمد الخويطر، ط. دار المسير بالرياض، الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ / ١٩٩٩م.
- ١٤٠- مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى للشيخ مصطفى الرحيباني، ط. المكتب الإسلامي بدمشق، الطبعة الثانية ١٤١٥هـ / ١٩٩٤م.
- ١٤١- المعاملات الشرعية المالية، ويليه: ملحق وجيز في المهر وبدل الخلع وتصرفات المريض والهبة والوصية والميراث والوقف (ضمن

- الأعمال الكاملة) للأستاذ الشيخ/ أحمد إبراهيم بك، ط. دار الأنصار بالقاهرة
سنة ١٣٥٥هـ / ١٩٣٦م.
- ١٤٢- المعاملات المالية المعاصرة (بحوث وفتاوى وحلول) للدكتور/
وهبه الزحيلي، ط. دار الفكر - دمشق، الطبعة الثامنة ١٤٣٢هـ / ٢٠١١م.
- ١٤٣- المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الفقه والشريعة للدكتور/
محمد رواس قلعه جي، ط. دار النفائس - بيروت، الطبعة الثالثة ١٤٢٨هـ /
٢٠٠٧م.
- ١٤٤- المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي للدكتور/ محمد
عثمان شبير، ط. دار النفائس - الأردن، الطبعة السادسة سنة ١٤٢٧هـ /
٢٠٠٧م.
- ١٤٥- المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية
الإسلامية، طبعة سنة ١٤٣١هـ / ٢٠١٠م.
- ١٤٦- المعجم الأوسط للطبراني، بتحقيق طارق عوض الله وعبدالمحسن
إبراهيم الحسيني، ط. دار الحرمين بالقاهرة سنة ١٤١٥هـ.
- ١٤٧- معجم لغة الفقهاء للدكتور/ محمد رواس قلعه جي، والدكتور/ حامد
صادق قنبيي، وقطب مصطفى سانو، ط. دار النفائس - بيروت، الطبعة
الأولى ١٤١٦هـ / ١٩٩٦م.
- ١٤٨- معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء للدكتور/
نزيه حماد، ط. دار القلم - دمشق، الطبعة الثانية ١٤٣٥هـ / ٢٠١٤م.
- ١٤٩- معجم مقاييس اللغة لابن فارس، بتحقيق الأستاذ/ عبدالسلام هارون،
ط. دار الفكر - بيروت ١٣٩٩هـ / ١٩٧٩م.
- ١٥٠- المعجم الوسيط لمجمع اللغة العربية بالقاهرة، الطبعة الرابعة سنة
١٤٢٥هـ / ٢٠٠٤م، ط. مكتبة الشروق الدولية بالقاهرة.

- ١٥١- معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام للطرابلسي، ط. دار الفكر، بدون تاريخ.
- ١٥٢- المغني شرح مختصر الخرقى لموفق الدين بن قدامة، بتحقيق د/ عبدالله التركي، ود/ عبدالفتاح الحلو، ط. دار عالم الكتب بالرياض، الطبعة الثالثة ١٤١٧هـ/ ١٩٩٧م.
- ١٥٣- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج للخطيب الشربيني، ط. دار الكتب العلمية- بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٥هـ/ ١٩٩٤م.
- ١٥٤- المقالة الفرعية للباحثة/ برجم صليحة، رسالة ماجستير بكلية الحقوق جامعة الجزائر سنة ٢٠٠٨/ ٢٠٠٩م.
- ١٥٥- المقالة من الباطن في ضوء أحكام القضاء والتشريع دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي للدكتور/ غازي خالد أبو عرابي، ط. دار وائل للنشر بالأردن، الطبعة الأولى ٢٠٠٩م.
- ١٥٦- المقدمات الممهديات لابن رشد، بتحقيق الدكتور/ محمد حجي، وسعيد أحمد أعراب، ط. دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ/ ١٩٨٨م.
- ١٥٧- الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية للشيخ محمد أبي زهرة، ط. دار الفكر العربي بالقاهرة سنة ١٩٩٦م.
- ١٥٨- المنتقى شرح الموطأ لأبي الوليد الباجي، ط. دار الكتاب الإسلامي بالقاهرة، الطبعة الثانية، بدون تاريخ.
- ١٥٩- منح الجليل شرح مختصر خليل للشيخ عيش، ط. دار الفكر- بيروت ١٤٠٩هـ/ ١٩٨٩م.
- ١٦٠- مواهب الجليل في شرح مختصر خليل للحطاب، ط. دار الفكر- بيروت، الطبعة الثالثة ١٤١٢هـ/ ١٩٩٢م.

- ١٦١- نحو تطوير نظام المضاربة في المصارف الإسلامية للدكتور/
محمد عبدالمنعم أبو زيد- رحمه الله، ط. المعهد العالمي للفكر الإسلامي،
الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ/ ٢٠٠٠م.
- ١٦٢- نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية للزليعي، ط. دار الحديث
بالقاهرة، الطبعة الأولى ١٤١٥هـ/ ١٩٩٥م.
- ١٦٣- نظرية العقد للدكتور/ عبدالرزاق السنهوري، ط. مطبعة دار الكتب
المصرية سنة ١٣٥٣هـ/ ١٩٣٦م.
- ١٦٤- نظرية العقد في الفقه الإسلامي للدكتور/ عبدالفتاح إدريس، ط.
المؤلف، الطبعة الأولى ١٤٢٨هـ/ ٢٠٠٧م.
- ١٦٥- نظرية العقد والتسلف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي
لأستاذنا الدكتور/ محمد أحمد سراج، ط. دار المطبوعات الجامعية
بالإسكندرية سنة ١٩٩٨م.
- ١٦٦- نهاية المحتاج إلى شرح ألفاظ المنهاج لمحمد بن شهاب الدين
الرملي، وحاشية الرشيدي عليه، ط. دار الفكر، الطبعة الأخيرة سنة
١٤٠٤هـ/ ١٩٨٤م.
- ١٦٧- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار للشوكاني، ط. دار الحديث
بالقاهرة، الطبعة الأولى ١٤١٣هـ/ ١٩٩٣م.
- ١٦٨- الوسيط في شرح القانون المدني للدكتور/ عبدالرزاق السنهوري،
ط. دار إحياء التراث العربي- بيروت سنة ١٩٦٤م.
- ١٦٩- الوكالة في الشريعة والقانون للدكتور/ محمد رضا عبدالجبار
العاني، ط. دار الكتب العلمية- بيروت، الطبعة الأولى ١٤٢٨هـ/ ٢٠٠٧م.

**الرجوع في الهبة بين استقرار ملكية الموهوب له وحق
الواهب في استرداد أملاكه
(دراسة في التشريع الجزائري و المصري و الفرنسي)**

الدكتور

أزوا عبد القادر

جامعة أحمد دراية بأدرار (الجزائر)

EMAIL : azoua01@yahoo.com

ملخص البحث

باللغة العربية:

يعتبر عقد الهبة من العقود الناقلة للملكية، فإذا انتقلت الملكية فإن الإشكال يطرح حول ضوابط تحقيق التوازن بين ضرورة استقرار الحقوق الناشئة للموهوب له وحق الواهب في الرجوع عن الهبة؟ هذا الإشكال موضوع هذا البحث سنعالجه من خلال المقارنة بين التشريع الجزائري و المصري و الفرنسي، متبعين في ذلك تقسيماً ثنائياً من مبحثين يتضمن الأول ضوابط تحقيق التوازن من حيث موانع الرجوع. و يتضمن الثاني ضوابط تحقيق التوازن من حيث شكل الرجوع.

باللغة الإنجليزية:

The donation contract is a contract that transfers the property. If the property is transferred to the donor, the problem arises about reconciling the stability of the rights of the donor to him, and the right of the donor to return in the donation?

This problem is the subject of research; we will address it through studying in the Algerian, Egyptian and French legislation. The research was divided into two sections. The first is to study the restrictions of return on donation. The second is assigned to the form of return in the donation.

مقدمة:

يعتبر عقد الهبة من عقود التبرع بوجه عام إلا أنه ينشأ في ذمة الواهب التزامات تشابه تلك التي تنشأ في عقود المعاوضة إذ هو يلتزم بنقل الملكية كما يلتزم بالتسليم و يلتزم بالضمان، رغم أن التزاماته تنشأ في ظروف مخصوصة و أن مسؤوليته أخاف من المتعاقد في عقود المعاوضة. و لما كانت الهبة تبرعاً ناقلاً للملكية فإن جوهرها يشتمل على عنصرين أحدهما مادي و الآخر معنوي. فالعنصر المادي فيتحقق بانتقال الحق من ذمة المتصرف إلى ذمة المتصرف إليه بأن يحدث افتقار في ذمة الواهب نتيجة إثراء الموهوب له و بقدره. أما العنصر المعنوي فهو انصراف نية الواهب إلى التجرد من الحق محل العقد دون الحصول على عوض يساويه.

فلا يعد الافتقار كافياً وحده بل لابد من قيام نية التبرع بالألا يكون التصرف في المال بقصد الوفاء بالتزام طبيعي أو منح مكافأة للإثابة عن خدمة أو نظير الإخلاص في العمل، أو بقصد منفعة مادية أو أدبية كما في حالة الوقف لبناء مسجد و يشترط الواقف أو يدفن فيه أو أن يسمى المستشفى أو المدرسة باسمه.

و الهبة بهذا المفهوم مكانها الطبيعي هو القانون المدني، وهو ما أخذ به التشريع المصري، وكذلك التشريع الفرنسي حيث تندمج الأحوال الشخصية ضمن القانون المدني، أما المشرع الجزائري فقد أورد عقد الهبة ضمن قانون الأسرة مخالف بذلك كل من التشريعين المصري و الفرنسي.

ومن حيث طبيعة الهبة فقد اختلف الفقه الاسلامي بين من يرى ضرورة القبول لانعقادها وبين من يرى أن الإيجاب يكفي لصحتها. فذهب الإمام أبو حنيفة إلى أن الهبة اسم لإيجاب ملك من جانب و احد وهو الواهب المالك، فتتعد بإيجابه و لا حاجة لقبول الموهوب له. أما جمهور الفقهاء من

الشافعية و الحنابلة و بعض الحنفية فاعتبروا قبول الموهوب له شرط لتمام الهبة، فالهبة عقد فلا بد من ايجاب وقبول شأنها في ذلك شأن كل العقود. أما على المستوى التشريعي فنجد أن القبول ركن أساسي في الهبة في كل من التشريع المصري و الجزائري و الفرنسي. حيث نصت المادة ١/٤٨٧ قانون مدني مصري على ألا تتم الهبة إلا إذا قبلها الموهوب له أو نائبه. أما المادة ٢٠٦ من قانون الأسرة الجزائري فنصت على أن الهبة تتعقد بالإيجاب و القبول وتم بالحيازة مع مراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات و الإجراءات الخاصة بالمنقولات. أما المشرع الفرنسي فقد عرف الهبة باعتبارها تصرفا قانونا يتنازل بمقتضاه الواهب عن الشيء الموهوب في الحال وبشكل قاطع لصالح الموهوب له الذي يقبلها.

و بالنتيجة تكون الهبة قائمة على توافق الإرادتين في كل من الفقه الإسلامي و التشريعات الوضعية، وهو ما يؤثر على الرجوع فيها، فالهبة من جهة عقد ناقل للملكية بين الأحياء، ومن جهة أخرى تتم بتوافق الإرادتين فتخضع بذلك لمبدأ استقرار التعاملات وهو ما يجعل من حق الرجوع مسألة جديرة بالمعالجة و التنظيم.

ومن حيث أهمية البحث فإن موضوع الرجوع في الهبة في التشريع الجزائري لم يحظى بالقدر الكافي من التنظيم لا من الناحية الموضوعية و لا من الناحية الإجرائية حتى اقتصر على مادتين في قانون الأسرة الجزائري وهو ما ألقى العيب على الفقه و القضاء لاستكمال هذا النقض استنادا لما تقضي به الفقه الإسلامي. لذلك كما من الأهمية إجراء مقارنة مع الوضع في التشريع المصري حيث تحظى الهبة في القانون المدني المصري الجديد بتنظيم لأغلب أحكامها. أما من حيث التشريع الفرنسي و إن كان القانون المدني الفرنسي لا يعد مرجعاً لأحكام الهبة في التشريعين الجزائري و المصري، فإن الغاية من دراسة الرجوع في الهبة في إطاره هي الوقوف

على ما استحدثه المشرع من أحكام من خلال قانون ٢٦ جوان ٢٠٠٦ المتعلق بالمواريث و الهبات، وكذا التعديل الجديد للقانون المدني لسنة ٢٠١٦.

و من هذا المنطلق فإن إشكالية البحث تهدف إلى عرض وتحليل المنهج التشريعي في التوفيق بين مبدأ استقرار المعاملات أي ضرورة استقرار الحقوق الناشئة عن الهبة و بين حق الواهب في الرجوع عنها. فهل تكون الأولوية لحق الواهب في الرجوع أم لاحترام حقوق الموهوب له و الغير احترام لمبدأ استقرار المعاملات؟.

و قد اعتمد البحث منهجاً تحليلياً مقارناً وذلك من خلال تحليل الأحكام التشريعية و الاجتهادات القضائية ذات الصلة بموضوع البحث ومقارنتها بين كل من التشريع الجزائري و المصري و الفرنسي.

أما حيث التقسيم فقد اعتمد البحث تقسيماً ثنائياً يتضمن مبحثين، سنعرض في الأول إلى ضوابط تحقيق التوازن من حيث موانع الرجوع في الهبة، ونعالج في الثاني ضوابط تحقيق التوازن من حيث شكل الرجوع في الهبة.

المبحث الأول

التوازن من حيث موانع الرجوع في الهبة

لقد اقرت غالبية التشريعات حق الواهب في الرجوع عن الهبة، إلا أنها اختلفت في كونه أصلاً أو استثناء، كما أنها قيدت هذا الحق بجملة من الموانع والقيود.

وسنعرض في هذا المبحث لموقف التشريعات محل المقارنة من خلال تحليل المادتين ٢١١ و ٢١٢ قانون الأسرة الجزائري (المطلب الأول)، ثم عرض و تحليل نصوص القانون المدني المصري (المطلب الثاني). و أخيراً عرض وتحليل نصوص القانون المدني الفرنسي (المطلب الثالث).

المطلب الأول

عرض وتحليل المادتين ٢١١ و ٢١٢ قانون الأسرة الجزائري

لقد عالج قانون الأسرة الجزائري موضوع الرجوع في الهبة في مادتين فقط هما المادة ٢١١ والمادة ٢١٢. أما المادة ٢٢٢ من القانون نفسه فقد نصت على أن يتم الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيما لا نص فيه. و أمام هذا الفراغ القانوني كان لازماً على القضاء الجزائري أن يساهم في ضبط أحكام الرجوع على الهبة خاصة ما تعلق بموانع الرجوع. و حسب نص المادة ٢١١ السالفة الذكر^٢ فإن الأصل في الهبة أنها عقد ملزم ولا يجوز الرجوع فيه إلا استثناءً، حيث يكون للأبوين فقط حق الرجوع عن الهبة لولدهما مهما كانت سنه، ما لم تكن الهبة من أجل زواج الموهوب له، أو كانت لضمان قرض أو قضاء دين، أو إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيعه أو تبرع به أو أدخل عليه ما غير طبيعته. فالأصل عدم جواز الرجوع في الهبة، وحتى بالنسبة للأبوين يبقى ذلك مشروطاً بعدم تحقق الموانع.

فمتى كانت الهبة من الاب لابنه بغرض زواج الابن فليس للأب الرجوع عنها ولو لم يتزوج الولد. أما في حالة الهبة بقصد ضمان قرض أو قضاء دين فإن الشيء الموهوب يصبح ضامناً لهذا القرض أو الدين وأصبح الواهب بمثابة الكفيل الضامن ما دام قد التزم بإرادته. وإذا تصرف الموهوب له في الشيء محل الهبة بأن رتب عليه حقوق للغير، أو أدخل عليه ما غير من

١- قانون رقم ٨٤-١١ مؤرخ في ٠٩ رمضان عام ١٤٠٤ الموافق لـ ٠٩ يونيو ١٩٨٤ والمضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم: بالأمر رقم ٠٥-٠٢ المؤرخ في ١٨ محرم عام ١٤٢٦ الموافق ٢٧ فبراير سنة ٢٠٠٥ (ج ر ١٥ مؤرخة في ٢٧ فبراير ٢٠٠٥)

٢- المادة ٢١١ قانون الأسرة الجزائري " للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنه إلا في الحالات التالية:

١ إذا كانت الهبة من أجل جواز الموهوب له،

٢- إذا كانت لضمان قرض أو قضاء دين،

٣- إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيع أو تبرع منه أو أدخل عليه ما غير طبيعته."

طبيعته كأن قام بالبناء على القطعة الأرضية محل الهبة، فليس للواهب الرجوع على الهبة، ويستوي في ذلك ضياع الهبة أو هلاكها.¹ ويلاحظ أن المشرع الجزائري لم يشترط توفر العذر المقبول لرجوع الوالد الواهب في هبته لولده، ولعل ذلك يعود إلى أن الأب لا يتهم في رجوعه لشفقته على ابنه فهو لا يرجع إلا لضرورة ملحة أو من أجل تحقيق مصلحة يقدرها هو، ومن ثم لا يعقل أن يطلب منه تبرير رجوعه عن هبته بتقديم عذر مقبول.²

و قد استمد المشرع الجزائري أحكام المادة ٢١١ قانون الأسرة من المذهب المالكي حيث يثبت الملك في الهبة بمجرد العقد و يصبح لازماً بالقبض، أما قبل القبض أو بعده فلا يصح الرجوع إلا للوالد فيما وهبه لابنه مالم يترتب عليه حق للغير كأن يتزوج مثلاً أو يستحدث ديناً.

فالأصل في العقد للزوم لأن العقد إنما شرع لتحصيل المقصود من المعقود عليه ودفع الحاجات فيناسب ذلك للزوم دفعاً للحاجة و تحصيلاً للمقصود. غير أن مع هذا الأصل انقسمت العقود قسمين أحدهما يستلزم للزوم كالبيع و الإجارة و النكاح و الهبة و الصدقات لأن التصرف المقصود بالعقد يحصل عقب العقد.³

وقد استند المالكية وجمهور علماء المدينة و الشافعية و أحمد استناداً إلى الأحاديث الآتية:

1- محمد بن أحمد تقي، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، ٢٠٠٣، ص ٢٥٩ وما يليها.

2- شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، الهبة الوصية- الوقف، دراسة قانونية مدعمة بالأحكام الفقهية والاجتهاد القضائي، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، ٢٠١٢، ص ١٠٩.

3- الفروق، القرافي، الجزء الرابع، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣، ص ٢٩.

- الحديث الثابت وهو قوله صلى الله عليه وسلم " العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه". وفي رواية أخرى " العائد في هبته كالعائد في قيئه. " وفي رواية ثالثة " العائد في هبته كالكلب يقئ ثم يعود في قيئه".

- ما روى عن طاووس أنه قال عليه الصلاة و السلام " لا يحل للواهب أن يرجع في هبته إلا الولد" وفي رواية " لا يحل للرجل أن يعطي عطية أو يهب هبة و يرجع في هبته إلا الولد فيما يهب لولده ".

ويسمى رجوع الوالد عن الهبة لوده عند المالكية اعتصاراً أي أنه يأخذ قهراً ما وهبه لولده. وليس لغير الأبوين أن يعتصر هبة لا جد و لا جدة و لا غيرهما إلا الأبوان من الولد.¹

أما إذا أريد بالهبة ثواب الآخرة فلا رجوع للأب و لا للأُم و لا لغيرهما، ولا يرجعان أيضاً إذا أرادا من الهبة الصلة و الحنان لكون الولد محتاجاً أو بعيداً عن أبيه، و ذلك كالصدقة فلا يجوز الرجوع فيها.²

فذهب الإمام مالك وجمهور علماء المدينة إلى أن للأب أن يعتصر ما وهبه لابنه مالم يتزوج الابن أو لم يستحدث ديناً و بالجملة مالم يترتب عليه حق للغير.³ ويبقى هذا الحق قائماً و لو كان الولد صغيراً و إن لم تكن له أم لأن اليتيم من قبل الأب.⁴

أما هبة الأم لولدها فيراعى فيها حالة الولد عند الهبة، فإن كان كبيراً جاز لها الرجوع، أما إن كان صغيراً فلها الرجوع في الهبة متى كان للصغير أب

¹- التهذيب في اختصار المدونة. أبي سعد الراذعي، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، دار البحوث للدراسات الإسلامية و إحياء التراث، الإمارات العربية المتحدة، دبي ٢٠٠٦، ص ٣٥٧. المدونة الكبرى، الإمام مالك بن أنس، المجلد السادس، مؤسسة الحلبي و شركائه للنشر و التوزيع، دون سنة النشر، ص ١٣٧.

²- محمد علي أحمد، بحث في الهبة و الشفعة و الغصب و الصيد و الذبائح في الفقه الإسلامي، دار الهدى للطباعة، مصر ١٩٧٨، ص ٣٧.

³- بداية المجتهد و نهاية المقتصد، للإمام ابن رشد، الجزء الثاني، دار الفكر. مكتبة الخانجي، ص ٢٧٩.

⁴- أبي سعد البراذعي، التهذيب في اختصار المدونة، الجزء الرابع، دار البحوث للدراسات الإسلامية و إحياء التراث، الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى ٢٠٠٦، ص ٣٥٧.

تجب نفقته عليه و لو كان الأب مجنوناً جنوناً مطلقاً، فإذا لم يكن للصغير أب وقت الهبة لم يكن لها الاعتصار لأن الهبة في اليتيم تأخذ حكم الصدقة.¹ و بالرغم من أن قانون الأسرة الجزائري لم يورد جميع موانع الرجوع أو الاعتصار في المذهب المالكي و بصفة خاصة حالة زيادة الشيء الموهوب أو نقصانه في ذاته، وكذا حالة فقر الموهوب له وقت الهبة إذ يدل ذلك على قرينة الصدقة والتي لا يجوز معها الرجوع. إلا أنه و بموجب المادة ٢٢٢ قانون أسرة و التي نصت على أن كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية يمكن استناداً إليها الأخذ ببقية الموانع الواردة في المذهب المالكي.

أما المادة ٢١٢ من قانون الأسرة الجزائري فقد أكدت على لزوم الهبة متى كانت بقصد المنفعة العامة إذا يمنع الرجوع بمناسبة.² على أن المنع الوارد في المادة ٢١٢ يشمل فقط الرجوع بالإرادة المنفردة للواهب دون حالة طلب الفسخ القضائي متى كان الواهب قد اشترط على الموهوب له القيام بعمل للمنفعة العامة ولم ينفذ هذا الشرط، ففي هذه الحالة نكون أمام هبة بعوض تقبل الفسخ لعدم أداء العوض المشروط، كأن يهب شخص مبلغاً من المال إلى جمعية خيرية لإقامة مستشفى، فعدم قيام الجمعية الموهوب لها بتنفيذ شرط الواهب يبرر طلب الفسخ.³

كما لم يتضمن قانون الأسرة الجزائري أثر التنفيذ الاختياري على الهبة الباطلة من حيث الشكل ومدى إمكانية الرجوع فيها.

1 - أبي سعد البراذعي، التهذيب في اختصار المدونة، المرجع السابق، ص ٣٥٥. السهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص ١٧٧. أنظر أيضاً سعدي حسين علي جابر، الخلافات المالية وطرق حلها في الفقه الإسلامي " أحكام استرداد المال"، الطبعة الأولى، دار النفائس للنشر و التوزيع، الأردن، ٢٠٠٣، ص ٤٣٢ وما يليها. محمد يوسف عمرو، الميراث و الهبة، دراسة مقارنة، دار الحامد للنشر و التوزيع، الأردن، ٢٠٠٨، ص ٢٨١.

2- المادة ٢١٢ قانون الأسرة الجزائري " الهبة للمنفعة العامة لا رجوع فيها "

3 - محمد حسنين، الهبة في التشريع الجزائري، ص ٥١٩ من المجلة الجزائرية للعلوم القانونية عدد ١٩٨٤/٢، نقلاً عن محمد بن أحمد تقيّة، المرجع السابق، ص ٢٥٩ هاش ١.

و لقد حرصت المحكمة العليا الجزائرية على تطبيق نص المادة ٢١١ قانون الأسرة تطبيقاً صحيحاً يتماشى وطبيعة الهبة من جهة وطبيعة الرجوع فيها من جهة أخرى. ولعل من أهم المسائل التي طرحت أمام القضاء الجزائري هي مسألة تحديد موانع الرجوع، وكذا مسألة من له الحق في فالرجوع.

فالنسبة لمسألة تحديد موانع الرجوع فقد اعتبرت المحكمة العليا عقد الهبة عقد لازماً لا يجوز الرجوع فيه بالإرادة المنفردة باستثناء هبة الوالدين لولدهما. فقضت في أحد قراراتها بقبول الدعوى الرامية إلى إلغاء الهبة لأن اللواهب حق الرجوع في الهبة للأبناء إلا في الحالات المذكورة في المادة ٢١١ قانون الأسرة، واعتبرت أن ما ورد ضمن هذا المادة من حالات قد ورد على سبيل الحصر و لا يجوز التوسع فيه، و أن هذا النص يعطي الحرية المطلقة للوالد في الرجوع عن الهبة لولده ما لم يوجد أحد الموانع المنصوص عليها.^١

كما اعتبرت المحكمة العليا حق الوالدين في الرجوع حقاً شخصياً فلا يجوز لغيرهما رفع دعوى الرجوع، كما أن الوالد ليس ملزماً بتقديم عذر يبرر رجوعه.^٢

و إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيع أو تبرع يسقط حق الواهب في الرجوع، فتصرف الموهوب له في الشيء الموهوب بموجب عقد هبة لصالح أبنائه يجعل الرجوع غير مؤسس إذ أن الشيء الموهوب تعلق به حق للغير.^٣

^١- قرار رقم ١٧٧٤٢٨ صادر بتاريخ ١٧ مارس ١٩٩٩ عن الغرفة المدنية غير منشور. نقلا عن ضريفي الصادق، الرجوع في الهبة، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير فرع العقود و المسؤولية، كلية الحقوق جامعة الجزائر، ٢٠٠١-٢٠٠٢، ص ٤٦.

^٢- نقض مدني رقم ١٠٧٥٤١ بتاريخ ٠٥ جانفي ١٩٩٤. وفي نفس المعنى نقض مدني رقم ١٠٨٠٩٨ بتاريخ ١٩/٠١/١٩٩٤. نقلا عن ضريفي الصادق، المرجع السابق، ص ٤٦.

^٣- نقض أحوال شخصية رقم ٢٢٣٣٥١ بتاريخ ١٥/٠٦/١٩٩٩ غير منشور. نقلا عن ضريفي الصادق، المرجع نفسه، ص ٤٧.

كما قضت المحكمة العليا بأن التغييرات التي يجريها الموهوب له في العين الموهوبة لا تمنع الوالد من الرجوع مالم تغير من طبيعة الشيء الموهوب. فيحق للوالد طبقاً للمادة ٢١١ قانون الأسرة الرجوع في هبته و الطاعن في قضية الحال لم يثبت أن التغييرات من شأنها تغيير العقار محل الهبة وكل ما في الأمر أن ما قام به الموهوب له هو إدخال تحسينات و أعمال فلاحية زادت من قيمة العقار دون طبيعته.^١

وفي قرار آخر للمحكمة العليا جاء فيه حيث أن الواهبة تراجعت عن الهبة الأولى التي وهبت بموجبها العقار المتنازع عليه لكل من الطاعن و المطعون ضده في القضية، ثم وهبت إلى المطعون ضده وحده بموجب عقد توثيقي مسجل. حيث يتبين من وقائع الدعوى أن التصرف الثاني جاء مطابقاً للمادة ٢١١ قانون الأسرة و أن الطاعن لم يدخل تغييرات من شأنها تغيير طبيعة العقار وعليه قررت المحكمة رفض الدعوى.^٢

كما أكدت المحكمة العليا لزوم الهبة للمصلحة العامة حتى و إن لم تخصص لما وهبت من أجله حيث جاء قرارها أنه ليس من حق ورثة الواهب استرجاع أرض وهبها مورثهم للبلدية لبناء مدرسة حتى و إن لم تستغل لما وهبت من أجله لأن الهبة بعد إبرام العقد ملك للبلدية.^٣

كما قضت أيضاً بأن رجوع الواهب عن الهبة لعدم تنفيذ الموهوب له للالتزامات يستوجب النص على هذه الالتزامات في عقد الهبة^٤ وجاء في القرار أنه بالفعل فقد جاء في القرار المنتقد بأنه من حق الواهب التراجع عن

١- نقض أحوال شخصية رقم ١٧٠٨٥٩ بتاريخ ١٦/٩/١٩٩٨. نقلا عن ضريفي الصادق، المرجع نفسه، ص ٤٧.

٢- نقض منفي رقم ١٠٨٠٩٨ بتاريخ ١٩/١٠/١٩٩٤. نقلا عن ضريفي الصادق، المرجع نفسه، ص ٤٧.

٣- نقض أحوال شخصية رقم ١١٦١٩١ بتاريخ ٧/١٠/١٩٩٧. نقلا عن ضريفي الصادق، المرجع نفسه، ص ٤٧.

٤- المادة ٢٠٢/٢٠٢ قانون الأسرة الجزائري " و يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف على إنجاز الشرط"

الهيئة مادامت على قيد الحياة لأنها معلقة على شرط العناية بها مدة حياتها، حيث أن عقد الهبة المشار إليه لا يتضمن شرط العناية بالواهبية أو أي التزام نحوها من طرف الطاعن كما جاء في الحكم المستأنف وعليه فالوجه مؤسس مما يتعين معه نقض القرار المطعون فيه.¹

أما بالنسبة لمسألة تحديد من له الحق في الرجوع و نظرا لأن للمادة ٢١١ قانون الأسرة استعملت لفظ الأبوين فقد طرح الإشكال حول مدى أحقية الجد والجددة في الرجوع خاصة إذا أخذنا بعين الاعتبار ١٦٩ قانون الأسرة والتي تنص على أن من توفي وله أحفاد وقد مات مورثهم قبله أو معه وجب تنزيلهم منزلة أصلهم في التركة. يضاف إلى ذلك نص المادة ١٠٨ و ١٠٩ من القانون المدني.²

فبالنسبة للمادة ١٠٨ قانون مدني فإن أثر العقد ينصرف إلى المتعاقدين و الخلف العام ما لم يتبين من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث. أما حسب المادة ١٠٩ من القانون نفسه فإنه إذا أنشأ العقد التزامات و حقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص فإن هذه الالتزامات و الحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته و كان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه.

ولقد استقرت المحكمة العليا على أن الحق في الرجوع عن الهبة هو حق مقرر للأبوين فقط مالم تتحقق الموانع، وأن لفظ الأبوين في المادة ٢١١ قانون أسرة يقتصر على الأب والأم دون غيرهما، وهو ما يتفق مع السائد في الفقه المالكي و سنعرض لبعض القرارات في هذا المجال:

¹ - نقض أحوال شخصية بتاريخ ١٦/٠٦/١٩٩٨ غير منشور. نقلا عن ضريفي الصادق، المرجع نفسه، ص ٤٨.

² - الأمر ٧٥-٥٩ المؤرخ في ٢٠ رمضان ١٣٩٥ الموافق ٢٦ سبتمبر ١٩٧٥ المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم.

- في قرر للمحكمة العليا بتاريخ ٢٠٠٠/١١/٢١ أُلزمت المحكمة العليا قضاة الموضوع بضرورة التعرف على الأسباب الحقيقية التي دفعت إلى التراجع عن الهبة، كما يجب التأكد أيضاً من كون الموهوب له قد أدخل فعلاً ما غير من طبيعة الأرض موضوع الهبة، وإلا كان القرار معيباً بالقصر في التسبيب.

- في قرارها الصادر بتاريخ ٢٠٠١/٠٢/٢١ أيد قضاة المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والمواريث المبدأ القاضي بأن الرجوع في الهبة يشمل الابن وابن الابن التابع لأبيه ما لم يحصل مانع من بين الموانع المنصوص عليها في المادة ٢١١ قانون الأسرة. واعتبرت المحكمة في هذا القرار أن الهبة التي ما دامت قد قامت لصالح الابن والحفيد فإن هذا الأخير يعتبر تابعاً لأبيه ولم يكن مقصوداً في ذاته فيأخذ حكم أبيه، وبالتالي يعتبر الرجوع صحيحاً وليس مخالفاً لنص المادة ٢١١ قانون الأسرة والتي قصرت الرجوع على الأولاد دون الأحفاد.

- في قرار صادر عن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ ٢٠٠٥ /٠٥/١٨ أكد القضاة أن تصرف الموهوب له في الهبة قبل رفع دعوى الرجوع يحول دون رجوع الأب عن الهبة طبقاً للمادة ٣/٢١١ قانون الأسرة.

1 - قرار صادر بتاريخ ٢٠٠٠/١١/٢١ ملف رقم ٢٥٢٩٨٥ ، المجلة القضائية العدد الثاني ٢٠٠١.
2 - قرار صادر بتاريخ ٢٠٠١/٠٢/٢١ ملف رقم ٢٥٢٣٥٠ ، المجلة القضائية العدد الأول ٢٠٠٢.
3 - قرار صادر بتاريخ ٢٠٠٥/٠٥/١٨ ملف رقم ٣٣٠٢٥٨ ، مجلة المحكمة العليا العدد ٠٢ السنة ٢٠٠٥.

- في قرارها الصادر بتاريخ ٢٠٠٧/٠٣/٢١ قضت المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية بأن حق الرجوع في الهبة بمفهوم المادة ٢١١ قانون الأسرة ينحصر في الأبوين فقط ويقتصر مفهوم الأبوين على الأم والأب دون غيرهما وهي ما يعني استبعاد الجدة من إمكانية الرجوع. وأشارت المحكمة إلى أن نص المادة ٢١١ واضح ولا يحتاج إلى أي تفسير أو اجتهاد ولا يمكن اعتبار الجدة بمثابة الأم لأن المشرع منح حق الرجوع للأبوين فقط.

- في قرار آخر بتاريخ ٢٠١٠/٠٧/١٥ قضت فيه بأنه لا يمكن للجدة الرجوع عن الهبة في مواجهة الورثة على أساس تنزيل الفرع بمنزلة الأصل قياساً على المادة ١٦٩ من قانون الأسرة أو اعتبارهم خلفاً عاماً ينطبق عليهم حق الرجوع كما ينطبق على أبيهم قياساً على المادتين ١٠٨ و ١٠٩ قانون مدني، بل إن اجتهاد المحكمة العليا جرى على أن ما ورد في المادة ٢١١ خاص بالأب و الأم فقط دون الجد و الجدة.

- وفيما يخص الرجوع في الهبة بين الزوجين قضت المحكمة العليا في حكمها الصادر بتاريخ ٢٠١٠/٠٩/١٦^٢ أن المادة ٢١١ قانون الأسرة تجيز للأبوين العدول عن الهبة لمصلحة الأبناء فقط، وبذلك يكون العدول جائزاً في حقهم دون أن يمتد إلى الزوجة.

1 - قرار صادر بتاريخ ٢٠٠٧/٠٣/٢١ ملف رقم ٣٥٧٥٤٤، مجلة المحكمة العليا العدد ٠١ السنة ٢٠٠٧.

2 - قرار صادر بتاريخ ٢٠١٠/٠٧/١٥ ملف رقم ٥٥٤٣٤٧، مجلة المحكمة العليا العدد ٢، ص ٢٥٥. جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، منشورات كليك، الجزء الثالث، الطبعة الأولى ٢٠١٣، ص ١٥٠٠.

3 - قرار صادر بتاريخ ٢٠١٠ /٠٩/١٦ ملف رقم ٥٧٧١٩١، كجلة المحكمة العليا العدد ٢ ٢٠١٠، ص ٢٨١. جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص ١٥١٦..

- في قرار آخر للمحكمة العليا بتاريخ ٢٠١٢/٠٦/١٤ قضت فيه بأن وفاة الموهوب له يترتب عنها انتقال الشيء الموهوب إلى الورثة وبالتالي لا يجوز لوالدته الواهبة الرجوع عن الهبة لأن حق الورثة أقوى من حقها في الرجوع، ولا ينبغي الاقتصار هنا على المادة ٢١١ من قانون الأسرة وحدها بل يجب أيضاً مراعاة المادة ١٢٧ من القانون نفسه والتي تنص على أن الميراث يستحق بموت المورث حقيقة أو باعتباره ميتاً بحكم القاضي.

المطلب الثاني

عرض وتحليل نصوص القانون المدني المصري

لقد عرفت المادة ٤٨٦ من القانون المدني المصري الجديد^٢ الهبة على أنها عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال دون عوض. ويرى جانب من الفقه المصري أن هذا التعريف قاصر من ناحيتين: حيث خلى من الإشارة إلى أن الهبة تكون بين الأحياء وليست مضافة لما بعد الموت وهو فرق جوهرى بينها وبين الوصية. كما لم يخصص التصرف بنتيجته وهي اغتناء المتصرف إليه أي انتقال حق إلى ذمته وبذلك يشمل الكفالة العينية

١ - قرار صادر بتاريخ ٢٠١٢/٠٦/١٤ ملف رقم ٦٩٢٣١٦ مجلة المحكمة العليا العدد ٠٢ السنة ٢٠١٢، ٢١

٢ - لقد اقتصر التفتين المدني المصري القديم على الأحكام الخاصة بشكل الهبة وعلى جانب يسير من أحكامها الموضوعية على أن يتم الرجوع فيما نص فيه إلى قانون الأحوال الشخصية على أساس أن الهبة ملحقة بالأحوال الشخصية، وذلك على عكس القانون المدني الجديد الذي اعتبر عقد الهبة عقد مدني كسائر العقود ووضع أحكامه الشكلية والموضوعية ضمن العقود الأخرى. محمد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، ٢٠٠٣، ص ٤. السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد ٥٥ العقود التي تقع على الملكية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، الطبعة الثالثة ٢٠١١، ص ٢٢ وما يليها.

وهي رهن مال لدين على آخر، فالكفيل يتصرف في مال له دون عوض و لكنه ليس واهباً رغم كونه متبرعاً.¹

ومن حيث موانع الرجوع فقد حددها التقنين المدني المصري الحالي تحديداً دقيقاً، حيث عدتها المادة ٥٠٢ منه كالآتي:

- إذا حصل للشيء الموهوب زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمته.
- إذا مات أحد طرفي عقد الهبة.
- إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب تصرفاً نهائياً، فإذا اقتصر على التصرف على بعض الموهوب جاز للواهب أن يرجع في الباقي.
- إذا كانت الهبة من أحد الزوجين للآخر ولو أراد الواهب الرجوع بعد انقضاء الزوجية.
- إذا كانت الهبة لذوي رحم محرم.
- إذا هلك الموهوب في يد الموهوب له، سواء كان الهالك بفعله أو بحادث أجنبي لا يد له فيه أو بسبب الاستعمال. فإذا لم يهلك إلا بعض الشيء جاز الرجوع في الباقي.
- إذا قدم الموهوب له عوضاً عن الهبة.
- إذا كانت الهبة صدقة أو عملاً من أعمال البر.

وحسب المادة ٥٠٢ من التقنين المدني المصري فإن موانع الرجوع إما أن تكون قائمة منذ صدور الهبة، وإما أن تطرأ بعدها. فالنسبة للموانع التي قد تقوم وقت الهبة فتتمثل في الهبة بعوض، الهبة على سبيل الصدقة، الهبة بين الزوجين، الهبة لذو الأرحام. أما الموانع الطارئة فهي موت أحد المتعاقدين، زيادة الموهوب له زيادة متصلة، هلاك الشيء الموهوب، تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب.

¹- ومع ذلك فقد ورد في المذكرة الإيضاحية أن الهبة تشترك مع سائر التبرعات في أنها تجعل الموهوب له يثري دون عوض ولكنها تنفرد بخاصية أنها من أعمال التصرف. فالواهب يلتزم بنقل ملكية دون مقابل. كما أوردت المذكرة الإيضاحية أن الهبة تتم حال الحياة تمييز لها عن الوصية.

وما تجب ملاحظته حول المادة ٥٠٢ من التقنين المدني المصري أنها أوردت لفظ الواهب على إطلاقه دون أن تقصر حق الرجوع على الأبوين فقط.

ولقد استمد التقنين المدني المصري موانع الرجوع في الهبة من المذهب الحنفي، حيث أن ثبوت الملك للموهوب له غير لازم فيصح الرجوع أو الفسخ لقوله عليه الصلاة والسلام " الواهب أحق بهبته مالم يثب منها." أي مالم يعوض عنها، فجعل الرسول صلى الله عليه وسلم الواهب أولى بهبته مالم يصل إليه العوض. كما اعتبر الحنفية أن حديث العائد في هبته مقصود به تقبيح الرجوع قياساً على أن القياء تشمئز منه النفوس و تنفر. و أن حديث لا يحل للواهب أو يرجع له تأويلان أحدهما محمول على الرجوع بغير قضاء و لا قضاء وهو ما يجوز إلا فيما وهب الوالد لولده، فيحل للوالد أن يأخذ بغير قضاء الولد و لا قضاء إذا احتاج إلى الانفاق على نفسه. أما التأويل الثاني فيحمل على مالم يقصد به العوض.

كما استدلوا بقوله تعالى " و إذا حبيتم بتحبة فحيوا بأحسن منها أو ردوها" فالتحبة إضافة إلى دلالتها على السلام و الثناء فإنها تحمل معنى الهدية بالمال، وهذا هو المراد في الآية الكريمة لأن الرد يتحقق في الأعيان لا في الأعراض لأنه عبارة عن إعادة الشيء.¹

فيصح الرجوع ما لم يقبض الواهب عوضاً عن هبته، فإذا عوض امتنع الرجوع. و إذا كان العوض مشروطاً في العقد كأن يقول الواهب وهبت لك هذا القلم على أن تعوضني هذا الثواب فالشرط صحيح و كذلك العقد. وقد ذهب جمهور الحنفية إلى أن العقد في هذه الحالة هبة ابتداءً و بيع انتهاءً فتطبق أحكام الهبة قبل القبض، أما بعد ذلك يعد العقد بمنزلة البيع. و قال

¹ - عبد الوهاب البندي، شرح العقود المدنية، الهبة، دار النهضة العربية، ١٩٧٣، ص ١٦٩

زفر أن العقد في هذه الحالة عقد بيع ابتداء و انتهاء لأن معنى البيع موجود في العقد إذ البيع تملك العين بعوض.¹

ولا يصح الرجوع أيضاً متى كان العوض معنوياً كما في حالة الهبة لوجه الله تعالى و التي تأخذ حكم الصدقة. أو صلة الرحم كما في هبة ذو الأرحام المحارم. أو صلة الزوجية لأن الصلة في هذه الحالة تجري مجرى القرابة الكاملة إذ يتعلق بها التوارث.²

كما لا يصح الرجوع في حالة الزيادة المتصلة بالمال الموهوب سواء تمت بفعل الموهوب له أو غيره، كأن يكون الموهوب داراً فيبني عليها الموهوب له بناءً، أو كان أرضاً فغرس فيها أشجاراً، لأن المال الموهوب اختلط بغيره و الرجوع لا يكون في غير الموهوب. أما إذا كانت الزيادة منفصلة فلا تحول دون الرجوع لأن الزوائد المنفصلة لم يرد عليها العقد فلا يرد عليها الفسخ و إنما يرد على الأصل. أما نقصان المال الموهوب فلا يمنع من الرجوع، فمادام للواهب حق الرجوع في الكل فالأولى الرجوع في الجزء، على الموهوب له لا يضمن النقصان لأن قبض الهبة ليس قبضاً مضموناً.

و لا يصح الرجوع أيضاً متى خرج الملك من يد الموهوب له بأي سبب كان. و كذا موت أحد العاقدين لأن الملك ينتقل إلى الورثة فيأخذ حكم الانتقال في حياة الموهوب له. كما لا سبيل للرجوع متى هلك المال الموهوب أو استهلك.³

1- محمد علي أحمد، المرجع السابق، ص ٢٨-٢٩.

2- محمد علي أحمد، المرجع نفسه، ص ٣٠-٣١.

3- محمد علي أحمد، المرجع السابق، ص ٣١ وما يليها.

المطلب الثالث

عرض وتحليل نصوص القانون المدني الفرنسي

حسب نص المادة ٨٩٤ من القانون المدني الفرنسي فإن الأصل في الهبة بين الأحياء عدم جواز الرجوع،^١ أما الاستثناءات عن قاعدة عدم الرجوع في الهبة بين الأحياء فقد حددها المادة ٩٥٣ من القانون المدني الفرنسي وتتمثل في عدم تنفيذ الموهوب له للشروط والالتزامات المفروضة عليه بموجب الهبة. أو بسبب العقوق أو الحجود. أو بسبب ولادة أولاد للواهب.^٢

فيحق للواهب الرجوع في الهبة متى تخلف الموهوب له عن تنفيذ الالتزامات التي يفرضها عليه عقد الهبة، ولما كانت الهبة عقداً رسمياً فإن إثبات الالتزامات لا يكون إلا في سند الهبة إذ لا يمكن التمسك بالالتزامات أو التكاليف غير الواردة العقد الرسمي. أما الهبات غير الخاضعة للشكل الرسمي فيمكن إثبات التكاليف غير المذكورة في السند بطرق الإثبات العادية.

وإذا لم يقم الموهوب له بالتنفيذ جاز لأجنبي أن يقوم بذلك متى كان له مصلحة في منع إبطال الهبة كما هو الحال بالنسبة لدائني الموهوب له ومن

¹ - Article 894 :Modifié par Loi n°2006-728 du 23 juin 2006 - art. 9 JORF 24 juin 2006 en vigueur le 1er janvier 2007 " La donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée en faveur du donataire qui l'accepte."

² - Article 953 : Modifié par Loi n°2006-728 du 23 juin 2006 - art. 9 JORF 24 juin 2006 en vigueur le 1er janvier 2007 " La donation entre vifs ne pourra être révoquée que pour cause d'inexécution des conditions sous lesquelles elle aura été faite, pour cause d'ingratitude, et pour cause de survenance d'enfants

انتقل المال الموهوب إليهم، بشرط ألا يكون الالتزام مما يجوز للغير تنفيذه، أي ألا يكون قصد الواهب أن ينفذ الالتزام من الموهوب له شخصياً.¹ و يجوز للواهب أن ينزل صراحة أو ضمناً عن التكاليف المشتركة لمصلحته، غير أنه إذا كان التكاليف مشترطاً لمصلحة الغير وقبل، فلا يجوز للواهب النزول عن هذا التكاليف بغير رضاء ذلك الغير أو على الأقل لا يكون النزول ذا أثر بالنسبة للغير، و الحكم نفسه لو كان التكاليف مشروطاً لمصلحة الموهوب له.²

وبالنسبة لحالة العقوق أو الجحود فلا يمكن بمناسبة الرجوع عن الهبة إلا في الأحوال التي يتعدى الموهوب له على حياة الواهب، أو كان مسؤولاً عن سوء معاملة الواهب أو عن جنحة بحقه أو عن إهانة جسيمة تجاهه كما في حالة الخيانة الزوجية،³ أو رفض إعطائه نفقة.⁴ كما لا يمكن الرجوع عن الهبات بمناسبة الزواج بسبب العقوق.⁵ و يستند الرجوع في هذه الحالة إلى أن الهبة تنشأ في ذمة الواهب التزام أديباً بعدم نكران الجميل، بأن يعترف بفضل الواهب عليه.

¹ - محمد كامل مرسى باشاء، المرجع السابق، ص ١٣٤.

² - محمد كامل مرسى باشاء، المرجع السابق، ص ١٣٥.

³ - Cass. Civ. 1re, 25 octobre 2017, pourvoi n°16-21136, Bull. civ.

Publié au bulletin des arrêts des chambres civiles .

⁴ - المادة ٩٥٥ قانون مدني فرنسي.

Article 955 : Modifié par Loi n°2006-728 du 23 juin 2006 - art. 9 JORF 24 juin 2006 en vigueur le 1er janvier 2007 "La donation entre vifs ne pourra être révoquée pour cause d'ingratitude que dans les cas suivants :

1° Si le donataire a attenté à la vie du donateur ;

2° S'il s'est rendu coupable envers lui de sévices, délits ou injures graves;

3° S'il lui refuse des aliments."

⁵ - المادة ٩٥٩ قانون مدني فرنسي.

Article 959 : Modifié par Loi n°2006-728 du 23 juin 2006 - art. 9 JORF 24 juin 2006 en vigueur le 1er janvier 2007 " Les donations en faveur de mariage ne seront pas révocables pour cause d'ingratitude."

وعلى خلاف حالة الرجوع لعدم تنفيذ التكاليف حيث يسترد الواهب أملاكه خالية من أي عبء¹، فإن الرجوع عن الهبة بسبب العقوق أو الحجود لا يمس بالتصرفات التي يقوم بها الموهوب له ولا بالرهن العقاري وسائر الأعباء العينية التي يكون قد أنقل بها موضوع الهبة، شرط أن تكون سابقة لتاريخ نشر طلب الرجوع عن الهبة في مكتب الرهونات في مكان وجود الأموال. وفي حال حصول الرجوع عن الهبة يلزم الموهوب له برد قيمة الأشياء التي يكون قد تصرف بها بعد الأخذ بعين الاعتبار وقت الطلب، كما يلزم بالثمار اعتباراً من تاريخ تقديم طلب الرجوع.²

أما بالنسبة لحالة الرجوع بسبب ولادة أولاد للواهب فتعني أن الهبات المقدمة من أشخاص ليس لهم أولاد أو فرع حي وقت إجراءها ومهما كانت قيمة هذه الهبات ومهما كان الأساس الذي تم الاستناد إليه لعقدها، وحتى ولو كانت متبادلة أو بعوض، وحتى تلك الحاصلة بمناسبة الزواج من قبل غير أصول الزوجين أو من قبل الزوجين الواحد لصالح الآخر، يمكن الرجوع فيها إذا ولد للواهب ولد شرعي ولو بعد

¹ - المادة 954 قانون مدني فرنسي.

Article 954 :Modifié par Loi n°2006-728 du 23 juin 2006 - art. 9 JORF 24 juin 2006 en vigueur le 1er janvier 2007 " Dans le cas de la révocation pour cause d'inexécution des conditions, les biens rentreront dans les mains du donateur, libres de toutes charges et hypothèques du chef du donataire ; et le donateur aura, contre les tiers détenteurs des immeubles donnés, tous les droits qu'il aurait contre le donataire lui-même"

² - المادة 958 قانون مدني فرنسي.

Article 958 :Modifié par Ordonnance n°2010-638 du 10 juin 2010 - art. 11" La révocation pour cause d'ingratitude ne préjudiciera ni aux aliénations faites par le donataire, ni aux hypothèques et autres charges réelles qu'il aura pu imposer sur l'objet de la donation, pourvu que le tout soit antérieur à la publication, au fichier immobilier, de la demande en révocation.

Dans le cas de révocation, le donataire sera condamné à restituer la valeur des objets aliénés, eu égard au temps de la demande, et les fruits, à compter du jour de cette demande."

وفاة الواهب، أو تبنائه وفق الأشكال وضمن الشروط المقررة قانوناً.¹ ودون أن يكون لوفاة الولد أي أثر على إلغاء الهبة.²

المبحث الثاني

التوازن من حيث شكل الرجوع

إن أهم ما يميز الهبة عن العقود الملزمة لجانب واحد خاصة الوصية أنه يلزم لإنشائها توافق إرادة كل من الواهب والموهوب له، بينما تعتبر الوصية تصرف انفرادي يعتمد على إرادة الموصي المنفردة وحدها. كما أن الهبة تشترط الرسمية لصحتها كأصل عام.³

فالرسمية تجد مبررها في أن الهبة وعلى خلاف البيع الذي يعتبر من عقود المعاوضة فإن الواهب يتجرد من ماله دون مقابل فهو بذلك أشد الحاجة إلى التدبر و تعيينه الشكلية على ذلك. فالرسمية و ما تستلزمه من إجراءات تجعل الواهب يأمن شر الاندفاع وراء انفعالات عارضة.⁴

¹ - المادة 960 قانون مدني فرنسي.

Article 960 :Modifié par Loi n°2006-728 du 23 juin 2006 - art. 15 JORF 24 juin 2006 en vigueur le 1er janvier 2007. Loi n°2006-728 du 23 juin 2006 - art. 9 JORF 24 juin 2006 en vigueur le 1er janvier 2007 "Toutes donations entre vifs faites par personnes qui n'avaient point d'enfants ou de descendants actuellement vivants dans le temps de la donation, de quelque valeur que ces donations puissent être, et à quelque titre qu'elles aient été faites, et encore qu'elles fussent mutuelles ou rémunératoires, même celles qui auraient été faites en faveur de mariage par autres que par les conjoints l'un à l'autre, peuvent être révoquées, si l'acte de donation le prévoit, par la survenance d'un enfant issu du donateur, même après son décès, ou adopté par lui dans les formes et conditions prévues au chapitre 1er du titre VIII du livre 1er."

² - Article 964 :Modifié par Loi n°2006-728 du 23 juin 2006 - art. 15 JORF 24 juin 2006 en vigueur le 1er janvier 2007 .Loi n°2006-728 du 23 juin 2006 - art. 9 JORF 24 juin 2006 en vigueur le 1er janvier 2007 " La mort de l'enfant du donateur est sans effet sur la révocation des donations prévue à l'article 960."

³ - المادة ٢٠٦ قانون الأسرة الجزائري. المادة ٤٨٨ قانون مدني مصري. المادة ٩٣١ قانون مدني فرنسي.

⁴ - السنهوري، الوسيط، الجزء الخامس، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٣٨.

وفي حالة التنفيذ الاختياري للهبة الباطلة لعيب في الشكل فإن المشرع الجزائري لم ينص على حكم هذه الحالة، على خلاف المشرع المصري الذي نص في المادة ٤١٩ قانون مدني مصري "إذا قام الواهب أو رثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة في الشكل فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه" وقد عللت المذكرة الايضاحية لمشروع تنقيح القانون المدني هذا الموقف بأن الهبة الباطلة يتخلف عنها التزام طبيعي إذا نفذ لا يجوز استرداده.

ولقد ذهب جانب من الفقه المصري^١ في البداية إلى تأييد الفكرة السائدة عند وضع مشروع القانون المدني المصري الجديد و التي مفادها أن الهبة الباطلة لعيب في الشكل يتخلف عنها التزام طبيعي في ذهب الواهب و ينتقل هذا الالتزام إلى الورثة فإذا نفذ الالتزام اختياريًا كان التنفيذ وفاء لا يجوز استرداده. و لا يعني ذلك أن الهبة الباطلة أصبحت صحيحة بل لأن الهبة الباطلة يترتب عنها التزام طبيعي. غير أن الاتجاه عدل عن رأيه السابق و اعتبر الهبة الباطلة من حيث الشكل ترد عليها الاجازة مادام القانون نص على ذلك (المادة ٤١٩ قانون مدني مصري) ونص في الوقت نفسه على الطريقة التي تجاز بها و هي التنفيذ الاختياري للهبة الباطلة. ويترتب عن الإجازة أن تصبح الهبة صحيحة فتنتقل بها ملكية المال الموهوب و لا يستطع الواهب رده.

وعلى خلاف ذلك يرى اتجاه آخر أن الهبة الباطلة لا يمكن تصحيحها بإجازة الواهب بل لا بد لتصحيحها من عمل محرر آخر يكون رسمياً و لو قام الواهب بتنفيذ العقد من جهته. و إذا تم تسليم المنقولات الموهوبة فتكون الهبة في هذه الحالة صحيحة من غير حاجة إلى عمل عقد رسمي بها . لكن في

^١- أنظر: السنهوري، الوسيط المرجع السابق، ص ٥٦ وما يليها.

هذه الحالة يجب أن يلاحظ أن الهبة الباطلة لم تصحح بالإجازة و إنما وجدت هبة جديدة.¹

فالهبة التي لم تستوفي الرسمية تعتبر باطلة أو منعدمة لأن الشكل ركن للانعقاد و ليس شرط صحة أو دليل إثبات، فيجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان و لا يزول بالإجازة و للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها. فالواقع أن نص المادة ٤٨٩ لا يسلم من النقد ذلك أن الرسمية إما أن تكون متعلقة بالنظام العام فلا يمكن أن يترتب عن مخالفتها أي التزام. و إما أن تكون متعلقة بمصلحة خاصة فيكون جزاء مخالفتها بطلاناً نسبياً لمصلحة من تعلقت به. كما أن ما ورد في المادة ٤٨٩ يؤدي إلى إحباط أثر المادة ١/٤٨٨ إذ يكفي أن تبرم الهبة دون مراعاة الشكل الذي فرضه القانون ثم ينفذها الواهب بعد برهة طويلة أو قصيرة.²

أما المشرع الفرنسي فقد نص في المادة 1-931 قانون مدني (المستحدثة بموجب تعديل ١٠ فيفري ٢٠١٦)³ على أن تخلف الشكل الرسمي في الهبة بين الأحياء يوجب إعادة إفراغها في محرر رسمي. غير أنه إذا نفذت الهبة

¹ - محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني العقود المسماة(الهبة. العارية. القرض. الدخل الدائم. المرتب مدى الحياة. المقامرة. الرهان. الشركة) ، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٣٦٨-١٩٤٩، ص ٦٨.

يلاحظ في الفقه المصري أنه إلى جانب الاتجاه التقليدي الذي أن أساس التمييز بين نوعي البطلان يستند إلى التمييز بين أركان العقد و شروط صحته، فتي تخلف الركن كان البطلان مطلقاً كما حالة تخلف الرضى أو المحل أو السبب أو تخلف الشكل للآزم لانعقاد العقد. و يكون البطلان نسبياً متى كان مقررًا كجزاء لتخلف شرط من شروط صحة العقد على الرغم من تحقق أركانه كما في حالة نقص الأهلية أو حالة عيوب الإرادة. هناك اتجاه يؤيد النظرية الحديثة و التي تعتمد معيار المصلحة المراد حمايتها، متى كان القاعدة تهدف لحماية مصلحة عامة أو النظام العام كان البطلان مطلقاً، و متى كانت تهدف لحماية مصلحة خاصة كان البطلان نسبياً. محمد حسن قاسم، القانون المدني الالتزامات المصادر(١) العقد المجلد الأول، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية ٢٠١٧، ص ٣٦٠ وما يليها.

²- محمود كمال الدين زكي، العقود المسماة، مطابع دار الكتاب العربي، ص ٩٦.

³ - Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. JORF n°0035 du 11 février 2016

اختياراً من طرف الورثة فإن ذلك يعد تنازلاً عن حقهم في التمسك بعيب الشكل أو أي سبب آخر للبطلان.¹

فعلى خلاف المشرع المصري فإن المشرع الفرنسي يميز بين الواهب وورثته، فالبنسبة للواهب فإن عيب الشكل يوجب التصحيح بأن تفرغ الهبة من جديد في محرر رسمي، أما الورثة فيمكنهم التنازل عن حقهم في التمسك بالبطلان بتنفيذ الهبة.

و يستنتج من هذا النص أن البطلان المطلق الذي يشوب العقد يصبح بوفاة الواهب بطلاناً نسبياً، فقد اعتبر المشرع أن الأوضاع الرسمية في الهبة إنما اشترطت لمصلحة أسرة الواهب فإذا أرادت هذه الأسرة التغاضي عنها فلا يمكن الدفاع عن حقوقها بالرغم عنها، و لذلك أمكنت الإجازة الحاصلة بعد وفاة الواهب.²

ونحن نرى أن نص المادة 1-931 المستحدثة في القانون المدني الفرنسي تجد سندها في المادة 1179 من القانون نفسه و المعدلة سنة 2016، حيث اعتمدت المادة الأخير الاتجاه الحديث في نظرية البطلان من حيث التمييز بين البطلان النسبي و البطلان المطلق. حيث يكون البطلان مطلقاً متى كانت المصلحة المراد مخالفتها تتعلق بالنظام العام، و يكون البطلان نسبياً متى تعلق بمصلحة خاصة.³

¹ - Article 931-1 Créé par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 5 "En cas de vice de forme, une donation entre vifs ne peut faire l'objet d'une confirmation. Elle doit être refaite en la forme légale. Après le décès du donateur, la confirmation ou exécution volontaire d'une donation par les héritiers ou ayant cause du donateur emporte leur renonciation à opposer les vices de forme ou toute autre cause de nullité."

² - محمد كامل مرسى باشا، المرجع السابق، ص 69.

³ - Article 1179: Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2 " La nullité est absolue lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde de l'intérêt général.

و استناداً لذلك يمكن القول أن مصلحة الورثة هي مصلحة خاصة و بالتالي يكون البطلان نسبياً.

ولما كانت الرسمية شرطاً لصحة الهبة فهل يتم الرجوع عنها بالشكل الرسمي الذي نشأت فيه باعتبارها عقداً يقوم على توافق الإرادتين فلا يصح الرجوع إلا بتوافق إرادتي الواهب والموهوب له على ذلك؟ أم أنه تكفي إرادة الواهب وحده على اعتبار أن حقه في الرجوع مقرر قانوناً؟
ومن جهة أخرى أين يتجلى دور القضاء بمناسبة الرجوع في الهبة، أي هل يمكن القول بأن الرجوع في الهبة هي مسألة يكون القضاء أقدر على الفصل فيها على أساس أن اختصاصه الأصلي هو الفصل في المنازعات وأن الرجوع في الهبة يكون أقرب إلى المنازعة القضائية، وبالتالي يكون حكم القاضي هو الأنسب لتقدير الرجوع في الهبة؟.

المطلب الأول: شكل الرجوع حسب قانون الأسرة الجزائري

بالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة فإن المشرع الجزائري لم يحدد طبيعة الرجوع في الهبة هل يتم في شكل تصرف قانوني يختص به الموثق، أم هو إجراء قضائي يستدعي رفع دعوى قضائية. فالمادة ٢١١ قانون أسرة نصت فقط على حق الأبوين في الرجوع والحالات التي يمنع فيها الرجوع

Elle est relative lorsque la règle violée a pour seul objet la sauvegarde d'un intérêt privé."

C. François, « Présentation des articles 1178 à 1185 de la nouvelle sous-section 1 "La nullité" », La réforme du droit des contrats présentée par l'IEJ de Paris 1, <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap2/sect4/sssect1-nullite/> .Article publié le 28/06/2016. [Consulté le 12/01/2018].

لقد تبنى المشرع الفرنسي صراحة المفهوم الحديث لنظرية البطلان على الرغم من عدم وضوح معيار المصلحة المحمية ضمن نصوص التعديل الجديد. فالقاعدة و إن كانت تهدف إلى مصلحة حماية مصلحة خاصة فقد تهدف إلى حماية المصلحة العامة. فالإكراه مثلاً باعتباره من عيوب الإرادة فإن مجازاته تعني أولاً حماية المتعاقد، وفي الوقت نفسه تهدف للحد من اللجوء إلى التهديد في المجتمع. فعلى الرغم من كون البطلان نسبياً في هذه الحالة إلا أن ذلك لا ينفي وجود المصلحة العامة. أكثر تفصيلاً أنظر: محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص ٣٦٠ وما يليها.

دون الإشارة إلى شكل الرجوع، و السائد في الفقه المالكي كما سبقت الإشارة أن رجوع الأبوين في الهبة لا يشترط رضا الموهوب له و لا حكم القاضي. وفي هذا الإطار أصدرت المديرية العامة للأموال الوطنية مذكرة تحت رقم ٦٢٦ بتاريخ ١٤/٢/١٩٩٤ اعتبرت بموجبها أن حق الأبوين في الرجوع عن الهبة التي يقررونها لأبنائهم مهما كان سنهم هو حق مقرر على سبيل الاستثناء بالشروط المقررة في المادة ٢١١ من قانون الأسرة وهذا دون الرجوع إلى القضاء إذ يكفي التصريح بالرجوع في الهبة أمام الموثق بإرادة منفردة ويتم بهذه الصفة إلغاء الحق بنفس الشكل الذي نشأ فيه. وقد أكدت المديرية العامة للأموال الوطنية هذا الاتجاه في مذكرة أخرى تحت رقم ٦٨٩ بتاريخ ١٢ فيفري ١٩٩٥.

وقد أشار الدكتور حمدي باشا عمر في معرض تعليقه على مذكرة أملاك الدولة أن هذه المذكرة قد جانبت الصواب فيما ذهبت إليه على أساس ما يلي:

- إن المذكرة أشارت إلى أن رجوع الأبوين عن الهبة بإرادة منفردة أمام الموثق هو إلغاء للحق الذي نشأ للموهوب بنفس الشكل الذي نشأ فيه، غير أن الهبة لا تنشأ بالإرادة المنفردة للواهب بل من تطابق إرادتي الواهب والموهوب له.

- ما ذهبت إليه المذكرة ٦٢٦ ينطبق على الرجوع في الوصية والتي تعتبر تصرف قانوني من جانب واحد مضاف لما بعد الموت، إذ هي تبرم بإرادة الموصي وحده ودون الرجوع إلى القضاء.

- إن حق الرجوع في الهبة بالشروط والقيود الواردة في المادة ٢١١ من قانون الأسرة هو حالة استثنائية، والمنطق يقتضي أن يلجأ الواهب بمناسبة إلى القضاء قصد استرداد العين الموهوبة، لأن مراقبة مدى توفر القيود الواردة في المادة ٢١١ يجب التأكد منها من قبل هيئة

قضائية تقوم ببسط رقابتها على ملف الدعوى قبل التصريح بأحقية الواهب بالرجوع في الهبة، وهذا يعد من صميم عمل القاضي.¹

ورغم وجهة ما ذهب إليه الأستاذ حمدي باشا عمر، خاصة من ناحية كون القضاء هو الأقدر على التحقق فعلاً من تحقق الموانع المشار إليها في المادة ٢١١ قانون الأسرة بالمقارنة مع الموثق، إلا أنه وفي ظل على وجود نص صريح، وأن المادة ٢١١ قانون الأسرة منحت الأبوين حق الرجوع في الهبة دون تحديد شكل هذا الرجوع، ولم تشترط أيضاً قبول الموهوب له عند الرجوع، فإن ذلك لا يمنع من القول بصحة الرجوع في الهبة متى تم بإرادة منفردة أمام الموثق.

كما يمكن القول إن مديرية أملاك الدولة بموجب المذكرة ٦٢٦ قصدت بأن الرجوع عن طريق التصريح أمام الموثق يتم بموجبه إلغاء حق الموهوب له بنفس الشكل الذي نشأ فيه، هو توازي الأشكال من حيث طابع الرسمية، فمادامت الهبة عقداً توثيقياً فيكون الرجوع بمناسبة تصرفاً قانونياً توثيقياً دون الرجوع إلى القضاء.

وعلى النقيض من ذلك ذهبت المحكمة العليا-الغرفة التجارية والبحرية-في قرارها الصادر بتاريخ ٢٠٠٥/٠٤/١٣ إلى أن التراجع عن عقد الهبة الرسمي لا يكون إلا أمام الجهة القضائية المختصة وأن العقد الرسمي الذي يحرر الموثق بمناسبة الرجوع عن الهبة لا يعد كافياً لإزالة آثار عقد الهبة الأصلي.

فقد ذهبت المحكمة العليا في قرارها هذا إلى أن الرجوع في الهبة هو إجراء قضائي وليس تصرفاً قانونياً.

1 - حمدي باشا عمر، عقود التبرعات الهبة-الوصية-الوقف، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، ٢٠١٤، ص ٣١ وما يليها.

2- قرار المحكمة العليا-الغرفة التجارية و البحرية-ملف رقم ٣٤٢٩١٥ بتاريخ ٢٠٠٥/٠٤/١٣، مجلة المحكمة العليا، ٢٠٠٥، عدد ١، ص ١٧٩. جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في المادة التجارية و البحرية، الجزء الثالث، منشورات كليك، الطبعة الأولى ٢٠١٣، ص ٩٩٠.

غير أن المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ ٢٣/٠٢/٢٠٠٩^١-الغرفة
المجتمعة-اعتبرت أن ما ذهبت إليه الغرفة التجارية والبحرية في قرارها
بتاريخ ١٣/٠٤/٢٠٠٥ لم تراعي قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال
الشخصية المواريث بتاريخ ١٧/١٠/٢٠٠٠ والذي أشار إلى أن المادة ٢١١
من قانون الأسرة لا تشترط على الأبوين أية طريقة يتعين عليهما انتهاجها
عن الرجوع في الهبة لأولاهما، كما كرس نهائياً حق الرجوع في الهبة عن
طريق العقد التوثيقي ، و أن قرار الغرفة التجارية و البحرية يتنافى و
التأويل السليم للمادة ٢١١ قانون الأسرة التي تضمنت أحكاماً عامة دونما
تحديد للإجراء الواجب اتباعه لإثبات الرغبة في الرجوع عن الهبة للولد.
ويلاحظ رغم أن المحكمة العليا و إن أقرت بأن الرجوع في الهبة هو
تصرف قانوني بالإرادة المنفردة للأبوين إلا أن ذلك لا يمنع الموهوب له
متى توفرت موانع الرجوع أن يرفع دعوى أمام القضاء بقصد إبطال
الرجوع في الهبة

المطلب الثاني

شكل الرجوع حسب القانون المدني المصري

على عكس المشرع الجزائري لم يكتفي المشرع المصري بالأحكام
الموضوعية للرجوع في الهبة بل نص أيضاً على جوانبه الشكلية. فقرر أن
الأصل جواز الرجوع عن الهبة بالتراضي شأن الهبة في ذلك شأن أي عقد
آخر، غير أنه يجوز للواهب أن يرجع في الهبة دون رضاء الموهوب له إذا
استند في ذلك إلى عذر مقبول يقره القضاء ولم يوجد مانع من الرجوع. و
القاعدة أن الرجوع هو تقايل إذا تم بالتراضي و فسخ إذا تم بالتقاضي.^٢

^١- قرار المحكمة العليا-الغرفة المجتمعة-بتاريخ ٢٣ فيفري ٢٠٠٩ ملف رقم ٤٤٤٤٩٩، قرار غير منشور.

^٢- محمد المنجى، مدى سلطة الولي الطبيعي في الرجوع في الهبة عند الرزق بمولود، دون دار الشر، ١٩٨٠، ص ٣٢.

فيجوز للواهب الرجوع في الهبة إذا قبل الموهوب له ذلك،^١ وفي هذه الحالة تعتبر الهبة كأن لم تكن، ولا يشترط عدم تحقق الموانع، أو وجود عذر مقبول، ولكن يجب مراعاة الغير حسن النية متى كسب حقاً عينياً من الموهوب له قبل الرجوع عن الهبة.^٢ ولا يلزم أن يفرع الرجوع في عقد رسمي ذلك أن الرسمية إنما اشترطت في حالة الإبرام و لم تشترط لدى الرجوع فيها، كما أن الرسمية هي استثناء من الأصل العام في التصرفات القانونية فلا يجوز التوسع في تفسيرها أو القياس على ما وضعت له.^٣ غير أنه إذا كان الالتزام في الهبة معلقاً على شرط فاسخ و تحقق هذا الشرط جاز للواهب أن يسترد ما وهبه و لا يشترط في ذلك وجود عذر مقبول بل يكفي تحقق الشرط. كما لا يجوز للموهوب له أن يتمسك بقيام مانع من موانع الرجوع في الهبة لأن العقد شريعة المتعاقدين و يجب تنفيذ ما اشتمل عليه.^٤ وإذا حصل الواهب على قبول من الموهوب له بشأن الرجوع عن الهبة جاز للواهب أن يطلب من القضاء الترخيص له بالرجوع متى كان يستند في ذلك إلى عذر مقبول ولم يوجد مانع من الرجوع.^٥

و من أمثلة الأعدار المقبولة أن يخل الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب أو اقاربه فيكون هذا الإخلال حجوداً من جانبه، أو أن يصبح الواهب عاجزاً عن أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق و مكانته الاجتماعية، أو أن يصبح غير قادر على الوفاء بما يفرضه عليه القانون من النفقة على الغير، أو أن يرزق بعد الهبة ولداً يظل حياً إلى وقت الرجوع، أو أن يكون للواهب ولد يظنه ميتاً فإذا به حي. و يفترض في الحالة الأخيرة أن الواهب لم يكن

١- المادة ١/٥٠٠ من التقنين المدني المصري.

٢- السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص ١٨٠.

٣- عبد الوهاب البندري، شرح العقود المدنية، الهبة، دراسة مقارنة في القوانين الوضعية و الشريعة الإسلامية وفقاً لأحدث آراء الفقه و أحكام القضاء، دار النهضة العربية، ١٩٧٣، ص ٩٢،

٤- مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي، أحكام الرجوع القضائي في الهبة، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى ٢٠٠٠-٢٠٠١، ص ١٠٤.

٥- المادة ٢/ ٥٠٠ من التقنين المدني المصري.

لديه ولد وقت الهبة ثم رزق الولد بعدها. أما إذا كان له ولد وقت الهبة ثم رزق ولدا بعد ذلك فليس له الرجوع.¹

ويلاحظ هنا أن المشرع المصري لم يترك مسألة الرجوع للحرية المطلقة للواهب، فإذا لم يحصل على رضا الموهوب له بالرجوع، فلا يمكنه الرجوع بإرادته المنفردة متى وجد مانع من موانع الرجوع، وحتى في الأحوال التي لا يقوم بمناسبتها مانع من موانع الرجوع يتقيد حق الواهب في الرجوع بضرورة وجود عذر مقبول لا يترك تقديره للواهب وحده بل يخضع في ذلك لرقابة القاضي.

فالمشرع المصري من خلال التقنين المدني الجديد ضيق من إطلاق المذهب الحنفي في الرجوع في الهبة، حيث أن الواهب لا يستقل بتقدير العذر في الرجوع بل يكون القاضي رقيباً عليه في ذلك فقد يجيبه إلى طلبه وقد يرفض، وبذلك أكسب المشرع المصري عقد الهبة قوة في الإلزام لم تكن له على الظاهر من المذهب الحنفي.²

وعلى العكس من ذلك ذهب جانب من الفقه المصري إلى أن التقنين المدني المصري الجديد لم يكتفي بالقواعد الشرعية بل أدخل على نظام الرجوع تغيير جوهرياً اقتبس من القوانين الغربية و قيده بوجود عذر مقبول و أورد أمثلة عن العذر المقبول مما يقرب الشريعة الإسلامية من القوانين الأجنبية. وبقى في الوقت نفسه على موانع الرجوع التي نقلت من الشريعة الإسلامية. وحسب هذا الرأي فإن واضعوا القانون الجديد اعتقدوا أن هذا المسلك يكسب الهبة قوة في الإلزام باعتبارها عقد ملزماً للمتعاقدين، غير أن إقحام مبادئ القوانين الغربية في قواعد مستقرة منذ قرون ليست فيه مصلحة واضحة.³

1- محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص. ١٦٠.

2- السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص. ١٨٤-١٨٥.

3- محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص. ١٦٦.

فتقييد الرجوع بالعدر المقبول يجعل لزم العقد تحت رحمة القاضي بدلاً من أن يكون مرتبطاً بإرادة الواهب. و يكون ما أكسبه التقنين من قوة في الالتزام لعقد الهبة ضئيلاً مما كان متوقفاً خاصة و أن المشرع أطلق حق الرجوع من كل قيد متى رضى الموهوب له بذلك، و الرجوع في هذه الحالة أولى بالتقييد حفظاً لحقوق الغير و حماية لاستقرار المعاملات. فتراضي الطرفين على الرجوع يعتبر صحيحاً و لو مع أحد موانع الرجوع القضائي، كما أن الرجوع في هذه الحالة يعتبر فسخاً للهبة يرتب أثره في مواجهة المتعاقدين و الغير بأثر رجعي، فتكون بذلك الحقوق العينية المترتبة للغير باستثناء الرهن- معلقة إلى حد كبير بإرادة طرفي الهبة و متى قررا الرجوع ضاع حق الغير، وقد كان على المشرع أن يحد من الأثر الرجعي للرجوع، أو احتفظ بالحماية المقررة في المشرع التمهيدي للغير حسن النية.¹

و من حيث طبيعة الرجوع عن طريق التقاضي فالراجح في الفقه المصري أن الرجوع في الهبة بحكم القاضي هو فسخ للهبة فمتى أقر القاضي العذر قضى بفسخ الهبة، و إلا امتنع من إجابة الطلب و أبقى الهبة قائمة، و من هنا يكون الرجوع في الهبة بالتقاضي هو فسخ قضائي بناء على طلب الواهب يسوغه عذر مقبول متروك إلى تقدير القاضي.² و يستند ذلك إلى أن المادة ١/٥٠٣ اعتبرت أن من آثار الرجوع في الهبة اعتبارها كأن لم تكن.³ ومع ذلك يرى جانب من الفقه المصري⁴ أن نظام الفسخ يختلف عن نظام الرجوع في نواحي عدة رغم اشتراكهما في الأثر الرجعي:

1 - محمود جمال الدين زكي، المرجع نفسه، ص ١٦١.

2- السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص ١٨٤-١٨٥.

3- مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي، أحكام الرجوع القضائي في الهبة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى ٢٠٠٠-٢٠٠١، ص ٣١.

4- ياسر أحمد كامل الصيرفي، إلغاء التصرف القانوني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥، بند ١٧٦، ص ٢٦٣-٢٦٦. نقلاً عن مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي، المرجع السابق، ص ٣٢-

- الفسخ يختلف عن الرجوع من حيث الغاية إذ هو جزاء للإخلال بالالتزامات في حين أن الرجوع ليس جزاءً في بل هو حق مقرر لاعتبارات خاصة.
- إن الفسخ لا يكون إلا في العقود الملزمة للجانبين و بالتالي لا يتصور أن تكون الهبة محلاً للفسخ لأنها في الغالب ملزمة لجانب واحد، وحتى حالة كونها ملزمة للجانبين- الهبة بعوض- فإنه لا يجوز الرجوع فيها لأن العوض يعد من موانع الرجوع .
- القول بأن الرجوع في الهبة فسخ يجعل من حق الواهب أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر وهو ما يمكن تصوره.
- حكم القاضي هو في حقيقته كاشف لحق الواهب و ليس منشأ له على خلاف حكم الفسخ الذي يعد منشأ.
- يمكن للمدين أن يتفادى الحكم بالفسخ إذا نفذ ما عليه من التزام، بينما لا يستطيع الموهوب له أن يتفادى الحكم بالرجوع في الهبة.
- الحق في الرجوع لا يمكن التنازل عنه مسبقاً، على خلاف الفسخ حيث يجوز التنازل عنه.

المطلب الثالث

شكل الرجوع حسب القانون المدني الفرنسي

لقد سبقت الإشارة إلى أن القانون المدني الفرنسي يجيز الرجوع عن الهبة في أحوال ضيقة هي عدم تنفيذ الشروط، أو الجود، أو ولادة مولود للواهب. فبالنسبة لحالتي الرجوع بسبب عدم تنفيذ التكاليف و الجود فإن الرجوع لا يقع بقوة القانون بل لا بد من رفع دعوى قضائية و يترك للقاضي تقدير مدى انعدام التنفيذ أو جسمته، أو تحقق الجود أو العقوق.¹

¹ - Article 956 : Modifié par Loi n°2006-728 du 23 juin 2006 - art. 9 JORF 24 juin 2006 en vigueur le 1er janvier 2007 " La révocation pour cause d'inexécution des conditions, ou pour cause d'ingratitude, n'aura jamais lieu de plein droit."

ففي حالة عدم تنفيذ الموهوب له للشروط أو لالتزامات الملقاة على عاتقه فإن للواهب أو لورثته تقديم طلب إلى القضاء بقصد إلغاء الهبة، وإذا حكمت الجهة القضائية بإبطال أو فسخ الهبة تعاد الأملاك إلى الواهب أو ورثته خالية من الحقوق العينية التي يكون الموهوب له قررهما للغير على الشيء الموهوب.

ويلاحظ في هذه الحالة إلى طلب الرجوع في الهبة لعدم تنفيذ التكاليف إنما يستند للقواعد العامة في العقود الملزمة للجانبين و التي تقضي بأنه إذا لم يتم أحد الطرفين بالتنفيذ كان للأخر إما إلزامه بالتنفيذ أو طلب الفسخ مع التعويض.¹ كما يلاحظ أيضاً أنه يجوز للواهب أن يدرج ضمن الهبة شرط فسخ الهبة بقوة القانون إذا لم ينفذ الموهوب له الالتزامات التي على عاتقه، وفي هذه الحالة لم يعد للقاضي سلطة تقديرية بشأن فسخ الهبة.²

أما في حالة الرجوع عن الهبة بسبب العقوق أو الجحود فيجب أن تقديم طلب الرجوع إلى القضاء خلال سنة من تاريخ حصول الجرم الذي اسنده الواهب إلى الموهوب له، أو اعتباراً من اليوم الذي كان بإمكان الواهب أن يعلم بالجرم. على أن طلب الرجوع هذا لا يمكن تقديمه من قبل الواهب

¹ - محمد كامل مرسى باشا، المرجع السابق، ص ١٣٦.

² - cass.civ. 25 septembre 2013, n° 12-13747

لقد ذهبت محكمة الاستئناف إلى وجود شرط الفسخ بقوة القانون لعدم تنفيذ التكاليف لا يحول دون السلطة التقديرية للقاضي في تقدير مدى جسامته الإخلال من جانب الموهوب، وقد قضت برفض طلب الرجوع استناداً إلى سلطتها التقديرية. غير أن محكمة النقض نقضت هذا الحكم و قضت بصحة الشرط و بالتالي تنطبق أحكام المادة ١١٨٣ قانون مدني فرنسي.

« il est loisible aux parties de déroger aux dispositions de l'article 956 du code civil en stipulant, dans l'acte de donation, que la révocation aura lieu de plein droit par le seul fait de l'inexécution des conditions et que, dans ce cas, le principe posé par l'article 1183 du même code est applicable ».

MAITRE ANTHONY BEM .Possibilité de prévoir la révocation de plein droit d'une donation pour inexécution des conditions .Article juridique publié le 28/10/2013 à 10:16.

<https://www.legavox.fr/blog/maitre-anthony-bem/possibilite-prevoir-revocation-plein-droit-12839.htm>

بوجه ورثة الموهوب له و لا من قبل ورثة الواهب بوجه الموهوب له مالم يكن الواهب في الحالة الأخيرة هذه قد أقام الدعوى أو توفي خلال السنة التي حصل فيها الجرم.¹ و هذا الأجل لا يخضع للوقف أو الانقطاع.² و إذا أتخذ فعل الجحود أو العقوق شكل فعل معاقب عليه جنائياً كما في حالات الاعتداء الجسدي فقد طرح الإشكال حول الأجل الذي يجب فيه طلب الرجوع، هل من تاريخ ارتكاب الفعل أو من تاريخ صيرورة الحكم الجنائي نهائياً احتراماً لقرينة البراءة؟.

و حسب الرأي الغالب فإن مدة السنة في هذه الحالة تحتسب من التاريخ الذي يصبح فيه الحكم الجنائي نهائياً احتراماً لقرينة البراءة، وهو ما أيده الاجتهاد القضائي.³

¹ - المادة 957 قانون مدني فرنسي.

Article 957 Modifié par Loi n°2006-728 du 23 juin 2006 - art. 9 JORF 24 juin 2006 en vigueur le 1er janvier 2007 " La demande en révocation pour cause d'ingratitude devra être formée dans l'année, à compter du jour du délit imputé par le donateur au donataire, ou du jour que le délit aura pu être connu par le donateur.

Cette révocation ne pourra être demandée par le donateur contre les héritiers du donataire, ni par les héritiers du donateur contre le donataire, à moins que, dans ce dernier cas, l'action n'ait été intentée par le donateur, ou qu'il ne soit décédé dans l'année du délit."

² - Cass 1^{er} Civ, 1er février 2012, "le délai de prescription de l'action en révocation de donation pour cause d'ingratitude, édicté par l'article 957, alinéa 1er, du code civil n'est susceptible ni de suspension, ni d'interruption" Sabine HADDAD .Révocation d'une donation pour ingratitude. Publié le 10/04/2014.

<http://www.documentissime.fr/actualites-juridiques/vie-familiale/revocation-d-une-donation-pour-ingratitude-1945.html>

³ - Cass 1^{er} Civ ; 19 mars 2014 pourvoi N° 13-15.662 " Mais attendu, que la cour d'appel a retenu, à bon droit, que l'article 957 du code civil, qui fixe le point de départ du délai d'exercice de l'action en révocation pour cause d'ingratitude au jour du délit civil imputé au donataire ou au jour où ce délit aura pu être connu du disposant, n'exclut pas que, lorsque le fait invoqué constitue une infraction pénale, ce point de départ soit retardé jusqu'au jour où la condamnation pénale établit la réalité de ce fait, c'est à dire au jour où elle devient définitive ; qu'ayant relevé que M. Y... avait commis des

و يعود للجهة القضائية تقدير الجحود أو العقوق بالنظر إلى طبيعة العلاقة بين الموهوب له و الواهب. و من أمثلة ذلك قضت محكمة النقض الفرنسية برفض طلب الرجوع عن هبة مقدمة من أم لابنتها على الرغم من إساءة هذه الأخيرة لأمها حيث أخذت المحكمة في الاعتبار عدم مودة الأم لابنتها لرفض طلب الرجوع.^١ أما في حالة ولادة مولود للواهب فقد أورد المشرع الفرنسي تعديلاً جوهرياً بخصوصه بموجب قانون ٢٣ جوان ٢٠٠٦ المتعلق بالمواريث و التبرعات.^٢ حيث ألغى هذا القانون الإلغاء التلقائي للهبّة في حالة ولادة ولد للواهب و الذي كان سائداً من قبل و الذي كان من آثاره أن الواهب إذا أراد الإبقاء على حق الموهوب له في الهبة أن يعيد إبرامها من جديد في الشكل الرسمي.

و بموجب التعديل الجديد فإنه يجب أن يكون إلغاء الهبة منصوصاً عليه في العقد، و أن دعوى الرجوع تنقضي بمضي خمس سنوات من ولادة الطفل الأخير أو تبنيه، على أن ترفع الدعوى من طرف الواهب وحده.^٣

violences sur sa mère le 21 mars 2010, que le donataire avait été condamné par un tribunal correctionnel le 23 mars suivant, alors que la victime était hospitalisée, la cour d'appel, retenant que le point de départ du *délai d'un an* devait être reporté au jour où la condamnation pénale était devenue définitive, le 3 avril 2010, en a exactement déduit que l'action révocatoire engagée le 25 mars 2011 était recevable ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches "

¹ - arrêt du 4 mars 2015 (arrêt n° 14-13.329)

² - La loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités.

³ - Article 966: Modifié par Loi n°2006-728 du 23 juin 2006 - art. 15 JORF 24 juin 2006 en vigueur le 1er janvier 2007. Loi n°2006-728 du 23 juin 2006 - art. 9 JORF 24 juin 2006 en vigueur le 1er janvier 2007 " L'action en révocation se prescrit par cinq ans à compter de la naissance ou de l'adoption du dernier enfant. Elle ne peut être exercée que par le donateur."

Révocation des donations : une affaire étrangère à la HADDAD Sabine volonté du donateur... Article juridique publié le 05/08/2011 à 14:26.
<https://legavox.fr/blog/maitre-haddad-sabine/revocation-donations-affaire-etrangere-volonte-6064.htm>

و بهذا التعديل أصبحت كل موانع الرجوع مستقلة عن إرادة الواهب، إذ لا بد من رفع دعوى قضائية في كل الأحوال.

الخاتمة:

من خلال بحث إشكالية البحث توصلنا إلى النتائج الآتية:

- إن الهبة باعتبارها عقداً قد حرصت التشريعات على ضمان إلزاميتها و تنفيذ آثارها، و لا يمكن الرجوع عنها إلا في حالات استثنائية.
- في الفقه الاسلامي إذا تمت الهبة مستوفية أركانها و شروطها ترتب عليها حكمها و هو انتقال الملكية إلى الموهوب و هذا باتفاق العلماء، و لكنهم اختلفوا حول صفة الملك على قولين: الأول يرى عدم جواز الرجوع في الهبة بأي حال من الأحوال فالهبة عقد تملك منجز كالبيع، فكما أن البيع يكون لازماً بعد تمامه فكذلك الهبة و لا يضر كون أحدهما بعوض و الآخر بلا عوض. أما الثاني فيرى عدم جواز الرجوع إلا ما ورد النص باستثنائه وهو هبة الوالد لولده، فيجوز الرجوع دون رضا الولد عملاً بالنص وهو " لا يحل للرجل أن يعطي العطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده" وهذا هو مذهب الجمهور.
- يرى المالكية و جمهور علماء المدينة و المعتمد عن الإمامين الشافعي و أحمد أن الملك في الهبة ملك لازم في الأصل إلا في هبة الوالد لولده، و لا يتوقف الرجوع على رضا الموهوب له أو على قضاء القاضي. أما الحنفية فيرون أن الرجوع جائز برضاء الموهوب له أو بقضاء القاضي، فعدم رضا الموهوب له يجعل من الرجوع متوقفاً على

القضاء لأن غرض الواهب فيه خفاء و لأن جواز الرجوع مختلف فيه بين العلماء. ويبقى الموهوب له مالاً بعد القبض و بعد إعلان الواهب إرادته في الرجوع حتى يحكم القاضي به للواهب. أما هبة الوالد لولده فيجوز الرجوع فيها من غير رضاء الولد وبدون حكم القاضي.

- استتدت المادة ٢١١ من قانون الأسرة الجزائري إلى الثابت عند جمهور الفقهاء حيث تعتبر الهبة عقداً لازماً ماعدا حالة رجوع الوالد فيما وهبه لوالده. وذلك وحفاظاً على حقوق الموهوب له.

- إن المشرع الفرنسي يربط بين الهبة و الميراث برباط وثيق فالمالك لا يكون له الحرية المطلقة في التصرف فيما يملك لأنه مقيد بمصلحة العائلة. ففي حالة الهبة الباطلة لمخالفة الشكل الرسمي ميز المشرع بين الواهب و الورثة، فالواهب لا يمكنه تصحيح الهبة إلا بعقد رسمي جديد، أما الورثة فيعتبر تنفيذهم الاختياري تنازلاً عن التمسك بالبطان. ونرى أن هذا المسلك يستند إلى الاتجاه الحديث في نظرية البطان الذي تبناه التعديل الجديد للقانون المدني الفرنسي لسنة ٢٠١٦، فتعتبر مصلحة الورثة مصلحة خاصة يكون البطان بمناسبة بطاناً نسبياً.

- بموجب التعديلات التي أدخلها قانون المواريث و الهبات لسنة ٢٠٠٦ على أحكام الهبة في القانون المدني الفرنسي أصبحت كل حالات الرجوع خارجة عن ارادة الواهب باعتبارها تشتتت رفع دعوى قضائية و تخضع تقدير القاضي بما في ذلك حالة ولادة مولود للوهاب. مع الإشارة إلى أنه إذا تضمن عقد الهبة التزامات في ذمة الموهوب فإنه يمكن النص في العقد أن الإلغاء يقع بقوة القانون حالة عدم تنفيذ هذه الالتزامات.

- لم يبين المشرع الجزائري شكل الرجوع في الهبة على خلاف المشرع المصري الذي حدد شكل الرجوع في التراضي دون اشتراط عذر مقبول ودون الزامية الرسمية. أ و بالتقاضي إذا لم يتم التراضي متى وجد عذر مقبول يقدره القاضي و انتفت موانع الرجوع. فالمشرع المصري لم يدع تقدير العذر لمحض إرادة الواهب بل اعتبر القاضي رقيباً عليه في ذلك، فالواهب و إن كان متبرعاً إلا أن الموهوب له قد أضحى مالاً للهبة، و الهبة عقد و الأصل في العقود لزومها، فضلاً عن أن رقابة القاضي من شأنها إضفاء صفة اللزوم على الهبة.
- إن القانون المدني المصري و إن كان يتفق مع المذهب الحنفي في أن الرجوع في حالة عدم التراضي لا يكون إلا بحكم القاضي، إلا أن القانون المدني المصري قيد من إطلاق المذهب الحنفي باشتراط العذر المقبول الذي يقره القاضي.
- إن التفسير الضيق للمادة ٢١١ من قانون الأسرة الجزائري و التي منحت الحق للولدين في الرجوع متى انتفت الموانع دون أن تحدد شكل الرجوع ترتب عنه أن الرجوع في النظام القانوني الجزائري يستند إلى الإرادة المنفردة للواهب و يتخذ الشكل الرسمي باللجوء إلى الموثق. وهو المسلك الذي تبناه الاجتهاد القضائي الجزائري، بالرغم من أن الرسمية في الرجوع لم يرد النص ضمن المادة السالفة الذكر، أو حتى في الفقه المالكي.
- يلاحظ أنه رغم كون الهبة من التشريع الجزائري من الأحوال الشخصية إلا أن أحكام النقص بمناسبة خاصة في مسألة الرجوع تارة تصدر عن غرفة الأحوال الشخصية و تارة أخرى عن الغرفة المدنية و تارة أخرى عن الغرفة التجارية و البحرية وهو ما ترتب عدم استقرار الاجتهاد القضاء الجزائري حول موضوع الرجوع في الهبة . وهو ما

دفع المحكمة العليا إلى أن تصدر في سنة ٢٠٠٩ حكماً بإجماع الغرف الثلاثة- الأحوال الشخصية. الغرفة المدنية. الغرفة التجارية و البحرية- لتوحيد الموقف القضائي من الرجوع و اعتبرت أنه يستند إلى الإرادة المنفردة للواهب.

- لقد حاولت المحكمة العليا الجزائرية في حكمها الصادر سنة ٢٠٠٩ التوفيق بين حق الواهب في الرجوع وحق الموهوب له في طلب إبطال الهبة، حيث يكون للواهب الرجوع بإرادته المنفردة أمام الموثق ويبقى للموهوب له رفع دعوى قضائية لطلب إبطال الرجوع في الهبة.
- لم ينظم المشرع الجزائري أثار الرجوع في الهبة وهو ما يؤثر على الحقوق المكتسبة خاصة و أن الرجوع يكون في غالباً بالإرادة المنفردة للواهب، وذلك على خلاف الوضع في كل من التشريعين المصري و الفرنسي.

فبالرجوع إلى التشريع المصري فإن للرجوع في الهبة أثر رجعي بين الطرفين سواء تم الرجوع بالتراضي أو التقاضي حيث يجب على الموهوب له رد المال الموهوب إلى الواهب بأثر رجعي مع مراعاة قواعد التسجيل بالنسبة للعقارات. و للواهب أيضاً المطالبة بثمار الشيء من وقت التراضي أو رفع دعوى الرجوع القضائي، كما يسأل الموهوب له عن هلاك الشيء الموهوب و لو كلن لسبب أجنبي إذا تم الرجوع و بقي الشيء الموهوب في حيازة الموهوب له رغم اعداره بسليمه.

و بالمقابل يحتفظ الموهوب له بالثمار التي جناها قبل التراضي على الرجوع أو رفع الدعوى، كما يستحق الموهوب له المصروفات التي أنفقاها على الشيء الموهوب متى كانت ضرورية. و إذا استولى الواهب على الشيء الموهوب بغير التراضي أو التقاضي كان مسؤولاً عن هلاكه في يده و لو كان ذلك بسبب أجنبي.

أما بالنسبة لأثر الرجوع على الغير فإن هذه المسألة لم ينظمها القانون المدني المصري غير أن الراجح في الفقه المصري أنه يجب مراعاة الغير حسن النية متى اكتسب حقاً عينياً على الشيء الموهوب متى سجل هذا الحق قبل تسجيل صحيفة دعوى الرجوع أو قبل تسجيل التراضي في الرجوع، أما إذا كان الموهوب منقولاً فإن الحائز حسن النية يحمى بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية.

أما المشرع الفرنسي فقد نص على أنه في الرجوع لعدم تنفيذ التكاليف يسترد الواهب أملاكه خالياً من أي عبئ رتبة الموهوب له، على خلاف الرجوع بسبب العقوق أو الجحود حيث لا يمس الرجوع الحقوق التي رتبها الموهوب له للغير متى كانت سابقة لتاريخ تقديم طلب الرجوع. أما حيث المقترحات أو التوصيات فهي كالآتي:

- ضرورة النص على الهبة و أحكامها ضمن القانون المدني في التشريع الجزائري قياساً على التشريع المصري.
- ضرورة النص على شكل الرجوع في التشريع الجزائري.
- ضرورة وضع مذكرة إيضاحية للقانون المدني أو قانون الأسرة في التشريع الجزائري.
- اشتراط الرسمية في حالة الرجوع بالتراضي متى كان الموهوب عقاراً في التشريع المصري.
- ضرورة إدراج حالات الجحود أو العقوق ضمن حالات الرجوع في الهبة في التشريعين الجزائري و المصري.
- النص على آثار الرجوع في الهبة بالنسبة للغير في التشريعين المصري و الجزائري.

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية

المؤلفات:

- حمدي باشا عمر، عقود التبرعات الهبة- الوصية-الوقف، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، ٢٠١٤.
- جمال سايس: الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، منشورات كليك، الطبعة الأولى ٢٠١٣.
- الاجتهاد الجزائري في المادة التجارية والبحرية، منشورات كليك، الجزء الثالث، الطبعة الأولى ٢٠١٣.
- سعدي حسين علي جابر، الخلافات المالية وطرق حلها في الفقه الإسلامي" أحكام استرداد المال"، الطبعة الأولى، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠٣.
- شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، الهبة- الوصية- الوقف، دراسة قانونية مدعمة بالأحكام الفقهية والاجتهاد القضائي، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، ٢٠١٢.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد ٥ العقود التي تقع على الملكية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، الطبعة الثالثة ٢٠١١.
- عبد الوهاب البندري، شرح العقود المدنية، الهبة، دراسة مقارنة في القوانين الوضعية و الشريعة الاسلامية وفقاً لأحدث آراء الفقه و أحكام القضاء، دار النهضة العربية، ١٩٧٣.

- محمد بن أحمد نقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، ٢٠٠٣.

- محمد حسن قاسم، القانون المدني الالتزامات المصادر (١) العقد المجلد الأول، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية

- محمد علي أحمد، بحوث في الهبة و الشفعة و الغصب و الصيد و الذبائح في الفقه الإسلامي، دار الهدى للطباعة، مصر ١٩٧٨.

- ٢٠١٧.

- محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني العقود المسماة (الهبة. العارية. القرض. الدخل الدائم. المرتب مدى الحياة. المقامرة. الرهان. الشركة) ، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٣٦٨-١٩٤٩٠.

- محمد يوسف عمرو، الميراث و الهبة، دراسة مقارنة، دار الحامد للنشر و التوزيع، الأردن ٢٠٠٨.

- محمود جمال الدين زكي، العقود المسماة (الصلح، الهبة، القرض، الدخل الدائم، العارية) مطابع دار الكتاب العربي بمصر.

- مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي، أحكام الرجوع القضائي في الهبة، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى ٢٠٠٠-٢٠٠١.

الرسائل العلمية:

- خالد سماحي، النظرية العامة لعقود التبرعات دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، ٢٠١٢-٢٠١٣.

- ضريفي الصادق، الرجوع في الهبة، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير فرع العقود و المسؤولية، كلية الحقوق جامعة الجزائر، ٢٠٠١-٢٠٠٢.

- محمد محمد سليمان بدر، الرجوع في الهبة و أثره في القانون المصري مقارناً بالفقه الاسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة المنوفية، ٢٠٠٥.

المراجع الفقهية:

- المدونة الكبرى، الإمام مالك بن أنس، المجلد السادس، مؤسسة الحلبي وشركائه للنشر و التوزيع، دون سنة النشر.
- بداية المجتهد و نهاية المقتصد، للإمام ابن رشد، الجزء الثاني، دار الفكر. مكتبة الخانجي.
- الفروق، القرافي، الجزء الرابع، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣.
- التهذيب في اختصار المدونة— أبي سعد الراذعي، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، دار البحوث للدراسات الإسلامية و إحياء التراث، الإمارات العربية المتحدة، دبي ٢٠٠٦.

ثانياً: باللغة الفرنسية:

- B. Anthony. Possibilité de prévoir la révocation de plein droit d'une donation pour inexécution des conditions .Article juridique publié le 28/10/2013 à 10:16.
<https://www.legavox.fr/blog/maitre-anthony-bem/possibilite-prevoir-revocation-plein-droit-12839.htm>
- C. François, « Présentation des articles 1178 à 1185 de la nouvelle sous-section 1 “La nullité” », La réforme du droit des contrats présentée par l'IEJ de Paris 1, <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap2/sect4/ssect1-nullite/> .Article publié le 28/06/2016. [Consulté le 12/01/2018].
- H .Sabine :
 - Révocation des donations : une affaire étrangère à la volonté du donateur... Article juridique publié le 05/08/2011 à 14:26.
<https://legavox.fr/blog/maitre-haddad-sabine/revocation-donations-affaire-etrangere-volonte-6064.htm>
 - Révocation d'une donation pour ingratitude. Publié le 10/04/2014.
- <http://www.documentissime.fr/actualites-juridiques/vie-familiale/revocation-d-une-donation-pour-ingratitude-1945.html>

الأحكام القانونية الناظمة لرهن العقار رهناً تأمينياً في إطار مشروع قانون الملكية العقارية لعام ٢٠١٧ الأردني - دراسة تحليلية ناقدة^١

د. نعيم علي العتوم؛ أستاذ القانون المدني المساعد

كلية القانون؛ جامعة اليرموك.

د. عبد السلام علي الفضل؛ أستاذ القانون المدني المساعد

كلية القانون؛ جامعة اليرموك.

^١ . أقره مجلس الوزراء بجلسته التي عقدها يوم الأربعاء ٨ آذار ٢٠١٧. ومن المتوقع أن يناقشه مجلس الأمة خلال دورته العادية الثانية.

مُلخَص

خصَّص واضع مشروع قانون المِلْكِيَّة العقارية لعام ٢٠١٧ الأردنيُّ الفصل الثامن منه، لمعالجة الأحكام النازمة لرهن العقار رهناً تأمينياً. بيد أنَّ هذه المعالجة أتت مجتزأة؛ إذ اقتصر واضع المشروع على تنظيم بعض الأحكام القانونيَّة المتعلِّقة بهذا النوع من الرهن.

ويبتي على ذلك، أنَّ الأحكام التي أتى واضع المشروع على معالجتها في الفصل الثامن تُعتبر ناسخة لما جاء في القانون المدني. أمَّا تلكم الأحكام المسكوت عنها، فتبقى خاضعة للقواعد العامَّة الواردة في إطار المدونة المدنيَّة.

تهدف هذه الدراسة إلى سبر النصوص القانونيَّة النازمة لأحكام رهن العقار رهناً تأمينياً، في إطار مشروع قانون المِلْكِيَّة العقارية لعام ٢٠١٧ الأردني؛ لبيان ما اعتور هذه النصوص من خلل وقصور، وصولاً إلى تهذيبها؛ لتخرج بصورة مثلى.

وقد جاءت هذه الدراسة مشفوعة بمُلحق، وُضِع فيه نصُّ المشروع بصيغته الأصليَّة ويقابله التعديل بصورته المُقترحة.

الكلمات المفتاحيَّة: مشروع قانون المِلْكِيَّة العقاريَّة الأردني؛ رهن؛ رهن العقار رهناً تأمينياً.

Abstract

Chapter eight of the Jordanian real estate bill of 2017 is designed

to deal with the provisions governing real estate mortgages. This treatment, however, was fragmentary; the drafter limited to regulate some legal provisions relating to this type of mortgage. As a result of this approach, the rules provided by chapter eight of the said bill are the same rules provided by the civil law. However, the unmentioned rules in this regard are still governed by rules in the civil laws..

The governing

This study is aiming at studying the provisions of law governing the real state mortgage in the light of the real estate bill of 2017 in order to show the weakness of these rules and then, proposing a reform to these rules to be in the best correct legal form.

The study was accompanied by an annex, in which the text of the draft was drafted in its original form and offset by the amendment as proposed

Keywords: Real estate property bill Jordanian; mortgage; mortgage subject to first class.

مُقدِّمة

يعتني مشروع قانون المِلْكِيَّة العقاريَّة لعام ٢٠١٧ الأردنيُّ بمعالجة الأحكام القانونيَّة المتعلِّقة بالمِلْكِيَّة العقاريَّة، وجمع شتاتها التشريعيَّة في صعيد تشريع واحد؛ إذ عمد واضع المشروع إلى إلغاء ثلاثة عشر قانوناً خاصاً، كان يعالج كلُّ واحد منها بعض الأحكام الناظمة للمِلْكِيَّة العقاريَّة، على ما بين هذه القوانين، أحياناً، من تداخل، وتكرار، وتناقض. خاصَّة أن بعض هذه القوانين يعود إلى عهد الدولة العثمانيَّة^٢، ولم يعد ينسجم البتَّة مع الواقع المعاصر للتنظيم التشريعيِّ للدولة.

وبالمحصلة، سيسهم هذا المشروع، وبشكل ملموس، في تعزيز الأمن الاقتصاديِّ والاجتماعيِّ والسياسيِّ: من خلال زيادة الثقة في السجلات العقاريَّة، ودعم الطمأنينة في استقرار المِلْكِيَّات العقاريَّة؛ وتوطيد ثقة المستثمرين في القطاع العقاريِّ؛ إضافة إلى تهذيب التنظيم التشريعيِّ المتعلِّق بالمِلْكِيَّة العقاريَّة، إذ سنُضحي جميع الأحكام القانونيَّة المتعلِّقة بالمِلْكِيَّة العقاريَّة مننظمة في إطار تشريع موحد، يُنقِّي ما اعتور القانون المدني والقوانين الخاصَّة ممَّا شابها من نقص أو قصور أو خلل.

١. تنصُّ المادة (٢٢٣) ملكيَّة عقاريَّة) على أنه: "عند نفاذ أحكام هذا القانون تلغى القوانين التاليَّة: ١ - قانون الأراضي العثمانيُّ. ٢ - قانون تسوية الأراضي والمياه، رقم (٤٠) لسنة ١٩٥٢. ٣ - قانون تحويل الأراضي من نوع الميري إلى ملك، رقم (٤١) لسنة ١٩٥٣. ٤ - قانون تحديد الأراضي، ومسحها، وتأمينها، رقم (٤٢) لسنة ١٩٥٣. ٥ - قانون وضع الأموال غير المنقولة تأميناً للدين، رقم (٤٦) لسنة ١٩٥٣. ٦ - قانون تقسيم الأموال غير المنقولة المشتركة، رقم (٤٨) لسنة ١٩٥٣. ٧ - قانون التصرُّف في الأموال غير المنقولة، رقم (٤٩) لسنة ١٩٥٣. ٨ - قانون تصرُّف الأشخاص المعنويين في الأموال غير المنقولة، رقم (٥١) لسنة ١٩٥٨. ٩ - قانون مُعكِّل للأحكام المتعلِّقة بالأموال غير المنقولة، رقم (٦١) لسنة ١٩٥٣. ٩ - قانون تسجيل الأموال غير المنقولة التي لم يسبق تسجيلها، رقم (٦) لسنة ١٩٦٤. ١١ - قانون ملكيَّة الطوابق والشفق، رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨. ١٢ - قانون الاستملاك، رقم (١٢) لسنة ١٩٨٧. ١٣ - قانون إيجار الأموال غير المنقولة، وبيعها، لغير الأردنيين والأشخاص المعنويين، رقم (٤٧) لسنة ٢٠٠٦."

٢. قانون الأراضي العثمانيُّ لعام ١٨٥٨.

وقد تضمّن هذا المشروع (٢٢٤) مادة، مقسّمة على ثمانية فصول. وتُعنى هذه الدراسة بمعالجة الأحكام الناظمة لرهن العقار رهناً تأمينياً، والتي خصّص لها واضع المشروع الفصل الثامن (المواد: ١٦٠ — ١٧٧).

والملاحظ على معالجة المشروع لمسائل الرهن التأميني العقاري أنّها جاءت مجتزأة؛ إذ اقتصر على تنظيم بعض أحكامه، ولم تُعن بإعادة تنظيمها كاملة. ويبتني على ذلك أنّ الأحكام التي أتى المشروع على معالجتها تُعتبر ناسخة لتلك المقابلة لها في إطار القانون المدني، أمّا الأحكام التي أغفل واضع المشروع معالجتها فتطبّق بشأنها القواعد العامّة الواردة في مدونة القانون المدني، ومن تلك الأحكام، على سبيل المثال: رهن ملك الغير (م ١٣٢٥ مدني)؛ رهن الولي والوصي مال المحجور عليه (م ١٣٢٦)؛ الحلول (م ١٣٢٧ مدني)؛ تحمّل تبعه هلاك العقار المرهون (م ١٣٣٨ مدني)؛ الحلول العيني (م ١٣٣٩ مدني)؛ حظر الدفع بالتجريد من قبل الكفيل العيني (م ١٣٤٠ مدني)؛ بطلان تمكّك المرتهن العقار المرهون عند حلول أجل الدين وعدم الوفاء (م ١٣٤٣ مدني)؛ إجارة العقار المرهون (الإجارة المنجزة والإجارة المضافة) (م ١٣٤٤ مدني)؛ اعتبار مصروفات عقد الرهن وتسجيله جزءاً من الدين المضمون (م ١٣٥١ مدني)؛ حقّ حائز العقار المرهون في تأدية الدين، والرجوع على المدين (م ١٣٥٥ مدني)؛ حقّ حائز العقار المرهون في تطهير العقار المرهون (م ١٣٥٦ مدني)؛ ضمان حائز العقار المرهون ما يُصيب العقار من نقص أو تعييب (م ١٣٦٠ مدني).

وقد اهتم واضع المشروع بمعالجة أهم الأحكام الناظمة لإنشاء الرهن التأميني (المبحث الأوّل)؛ وبعض الأحكام المتعلّقة بآثار هذا الرهن (المبحث الثاني).

ولا بدّ من التنبيه، ابتداءً، إلى أنّ هذه الدراسة سنقتصر على عقد موازنة بين أحكام مشروع قانون المِلْكِيَّة العقاريَّة وأحكام القانون المدني الأردني، دون الإشارة إلى القوانين الخاصّة التي يقترح المشروع إلغائها.

المبحث الأول

إنشاء الرهن التأميني على العقار

جاء الفصل الثامن من مشروع قانون الملكية العقارية تحت عنوان: "رهن العقار رهناً تأمينيّاً"^١، فأحسن بإخراج رهن العقار رهناً حيازياً من نطاق تنظيمه. وليت واضع المشروع عمد إلى النص صراحة، في هذا المشروع على إلغاء رهن العقار رهناً حيازياً؛ إذ إن رهن العقار رهناً تأمينيّاً يفي بتحقيق الأهداف المتوخاة من رهن العقار رهناً حيازياً، لا سيما وأن

١. حبذا لو أن واضع المشروع عمد إلى استخدام عبارة "الرهن المجرد"؛ فيصَحُّ بذلك الخلط الذي وقع فيه واضع القانون المدني، الذي يجري على استخدام عبارة "الرهن التأميني". ويُسَوِّغ الدكتور سوار - رحمه الله - تفضيله لعبارة "الرهن المجرد" على "الرهن التأميني"، بقوله: "أثرنا استعمال تسمية "الرهن المجرد" على تسمية "الرهن التأميني" التي أخذ بها القانون الأردني في المادة (١٣٢٢) وما بعدها، مجارياً في ذلك القانون المدني العراقي (م ١٣٩٩) وما بعدها... تعريباً للاصطلاح الفرنسي (L'hypothèque)، للسببين التاليين: أولاً: إن تسمية "الرهن المجرد" تفيد تجريد الرهن من حيازة المرتهن. وهذا ما يُميِّز الرهن المجرد عن الرهن الحيازي، الذي يُحمِّم حيازة المرتهن للشيء المرهون، ويُعَدُّ هذه الحيازة شريطة لتمام الرهن ولزومه، حين أن تسمية "الرهن التأميني" المرغوب عنها لا تنطوي على ما يُميِّز هذا الضرب من الرهن، وهو تحرُّره من الحيازة وتجريده منها. ثانياً: إن تسمية "الرهن التأميني"، بالإضافة إلى كونها لا تتضمن مُميِّزاً للمُسمَّى، هي تسمية غير مانعة؛ لأنَّ كلَّ رهن، بما فيه الرهن الحيازي، ما هو إلا تأمين للوفاء بالالتزام. فهي، إذن [الصواب: إذا] تسمية مشتركة. وخير منها تسمية ينفرد بها الرهن المبحوث فيه دون غيره، وهي "الرهن المجرد"، وهو ما رجحناه. فهي جامعة لأفرادها، مانعة لأضدادها. وللمُسمَّى فيها من اسمه نصيب وافر". وعطفاً على ذلك، فقد أبرز الدكتور سوار - رحمه الله - إثاره لمصطلح "الرهن المجرد"، بأن جاء مؤلفه موسوماً بـ "الحقوق العينية التبعية: الرهن المجرد؛ الرهن الحيازي؛ حقوق الامتياز". سوار، شرح القانون المدني، الحقوق العينية التبعية (٣): الرهن المجرد؛ الرهن الحيازي؛ حقوق الامتياز، دار الثقافة، ط١، الإصدار الخامس، ٢٠٠٦، ف٢٢؛ ٢٧، ص٢٦، حاشية رقم (١)؛ ص٣١. رَ (أمر المفرد المنكر من رأى، بمعنى انظر) أيضاً، مؤلفه: الاتجاهات العامة في القانون المدني الأردني، دراسة موازنة بالفقه الإسلامي والمدونات المدنية العربية، دار الثقافة، ط٢، ٢٠٠١، ف٣٠، ص٣٦، حاشية رقم (٩)؛ شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية (٢)، أسباب كسب الملكية، والحقوق المشتقة من حق الملكية. دراسة موازنة بالمدونات العربية، دار الثقافة، ط١، ١٩٩٩، ف٩٧، ص٨٢، حاشية رقم (٤).

وعلى الرغم من ذلك، سنجري في هذه الدراسة على استخدام عبارة "الرهن التأميني"، التي جرى عليها واضع المشروع.

وتجدر الإشارة إلى أنه وعلى الرغم من تبنّي واضع القانون المدني لمصطلح "الرهن التأميني" (رَ)، مثلاً، المواث: ١٣٢٢ مدني وما بعدها)، إلّا أنه عمد، أيضاً، إلى استخدام مصطلح "الرهن الرسمي" (م ١١٦٧/٢ مدني)، ولعل هذا المصطلح قد تسرّب إليه من القانون المدني المصري الذي يجري على استخدامه؛ كما استخدم، كذلك، مصطلح "الرهن التوثيقي" (م ١٢٢٧ مدني). وهذا النهج في الصياغة القانونية منقذ؛ إذ كان قميّاً بالمشروع أن يحرص على استخدام مصطلح قانوني واحد، احتراماً لمبدأ وحدة المصطلح القانوني في إطار الصياغة التشريعية.

المسوغات التي دعت واضع القانون المدني إلى تبني رهن العقار رهنًا حيازياً، قد تلاشت في وقتنا الحاضر^١. أضف إلى ذلك أن الرهن التأميني العقاري يفوق في مزاياه الرهن الحيازي العقاري؛ خاصة أن هذا الأخير يقوم على أساس فكرة انتقال المرهون حيازياً من الراهن إلى المرتهن (أو العدل)، مع ما لفكرة حبس المرهون من مساوئ جمّة؛ إذ تحرم الراهن من الانتفاع بماله المرهون بنفسه، وتثقل كاهل المرتهن في المحافظة على المرهون^٢. ولا شك، فإن نظام الرهن التأميني العقاري يتجاوز هذه المساوئ. وهذا ما يُفسّر توجه أغلب التشريعات الحديثة إلى الاستغناء عن نظام الرهن الحيازي، أكتفاء بالرهن التأميني. لا بل، إن بعض الفقه يعتبر الرهن الحيازي العقاري "مظهراً من مظاهر التشريعات المتخلفة"^٣.

١ . يقول الدكتور سوار - رحمه الله - : "إنّ الناس هنا [في الأردن] قد ألفوا الرهن المجرد [التأميني]، بعد أن مضى وقت طويل جداً على إقراره. هذا إلى أنّ الناس لا يعمدون الآن إلى تسجيل الرهن الحيازي العقاري، إلّا في القليل النادر. وفي ضوء ذلك، يتعيّن، في نظرنا، إلغاء أحكام الرهن الحيازي العقاري، والاكتفاء بالرهن المجرد [التأميني]؛ لأنّ فيه كلّ الغناء". الحقوق العينية التبعية...، ف١٥٥، ص١٨، حاشية رقم (٢).

٢ . تنصّ المادة (١٣٩٦ مدني) على أنّه: "١ - إذا هلك المرهون في يد المرتهن، ضمن قيمته يوم القبض. ٢ - فإذا كانت قيمته مساوية لقيمة ضمانه، سقط الدين، سواء أكان الهلاك بتعدي المرتهن، أم لا. ٣ - وإذا كانت قيمته أكثر من الدين، سقط الدين عن الراهن، وضمن المرتهن الباقي؛ إن كان الهلاك بتعديه، أو تقصيره في حفظه. ٤ - إذا كانت قيمته أقلّ من الدين، سقط من الدين بقدره، ويرجع الدائن بما بقي له على الراهن". فلتحديد درجة العناية المطلوبة من الدائن المرتهن حيازياً في المحافظة على المرهون، نلاحظ أنّ المشرع، جرياً مع موقف المذهب الحنفي، أفرق بين فرضيتين: الأولى: إذا كانت قيمة الرهن أقلّ من قيمة الدين أو تساويها، فتكون يد المرتهن يد ضمان، ويكون التزامه في المحافظة على الرهن هو التزام بتحقيق غاية، فيضمن الرهن، بالتالي، إذا هلك، حتى ولو كان الهلاك بسبب قوة قاهرة، لا يد له فيها، ما لم يكن الهلاك بسبب من الراهن نفسه، فلا يضمن. والثانية: أن تكون قيمة الرهن أكبر من قيمة الدين، فيكون التزامه هو التزام بتحقيق غاية في الجزء المساوي للدين، والتزام ببذل عناية فيما زاد عليه؛ لأنّ يده عليه يد أمانة، فلا يضمن إلّا بالتعدي. المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ج٢، إعداد المكتب الفني لنقابة المحامين، عمّان، ٢٠٠٠، ص٨٨٤ - ٨٨٥. ولا شك فإنّ هذا التشدّد من قبل المشرع في تحديد درجة العناية المطلوبة من المرتهن في المحافظة على المرهون سبب دافع للزوف عنه.

وتجدر الإشارة إلى أننا لم نعرش على أيّ حكم قضائي صادر عن محكمة التمييز الموقرة يتناول بالتطبيق الرهن الحيازي العقاري.
٣ . نقلاً عن الدكتور - رحمه الله - الحقوق العينية التبعية...، ف٢٢٦، ص١٧٧، حاشية رقم (١).

أمّا عن الرهن التأميني، في إطار هذا المشروع، فقد يرد على العقار المُفْرز كما يرد على حصّة شائعة. وأيّاً كان محله، فيجب توثيقه لدى مديرية التسجيل، وإلّا كان باطلاً (المطلب الأوّل)؛ وقد اعتنى واضع المشروع ببيان الإجراءات الواجب اتّباعها لرهن العقار رهناً تأمينياً (المطلب الثاني).

المطلب الأوّل: المال المرهون

اقتصر واضع المشروع على تنظيم أحكام الرهن التأميني على العقار، دون المنقول (واجب الشهر)، مؤكداً على جواز رهن الحصّة الشائعة (أولاً)؛ ومُعْتَبِراً أنّ تاريخ قيد الرهن على صحيفة العقار هو المُحدّد لرتبة الرهن (ثانياً)؛ أمّا الدين المضمون بالرهن فقد صرّح واضع المشروع بجواز أن يكون الرهن ضماناً لدين مستقبلي، شريطة أن يكون مُحدّداً (ثالثاً).

أولاً: جواز رهن الحصّة الشائعة

تنصّ المادة (١٦٠ ملكيّة عقاريّة) على أنه: "أ - يجوز رهن العقار، أو أي حصّة شائعة فيه، رهناً تأمينياً ضماناً لدين على مالكة أو كفالة لدين على غير مالكة. ب - يجوز رهن العقار رهناً تأمينياً ضماناً لدين جهة رسمية أو مؤسسة عامة كانت أم خاصة أو شركة أو بنك^١ مصرح لأي منهما بمزاولة أعماله في المملكة. ج - لا ينعقد رهن العقار إلا بتسجيله لدى مديرية التسجيل. د - تنصرف^٢ كلمة الراهن حيثما وردت في هذا الفصل؛ إلى كل

١ . يجب استبدال لفظة "مصرف" بلفظة "بنك" (وكذا، في إطار المادة (١٥٤ ملكيّة عقاريّة)، استبدال لفظة "المصارف" بلفظة "البنوك")؛ امتثالاً لقانون حماية اللغة العربيّة، رقم (٣٥)، لسنة ٢٠١٥؛ إذ تنصّ المادة (١١) منه، على وجوب أن: "تصاغ جميع تشريعات الدولة باللغة العربيّة".
٢ . يجب استبدال عبارة "تصرف" بعبارة "تنصرف"؛ إذ إنّ عبارة "تصرف" أدق لغة، في هذا المقام، من عبارة "تنصرف"؛ جاء في لسان العرب: "صرف الشيء: أعمله في غير وجه، كأنه يصرفه عن وجه إلى وجه". ج ٩، ص ١٨٩. حين أنّ الفعل انصرف في العربيّة يأتي في مقام الذم، جاء في تفسير القرطبي، تفسيراً لقوله تعالى: (ثُمَّ انصَرَفُوا صَرَفَ اللّٰهِ قُلُوْبِهِمْ) [التوبة: ١٢٧]: "... أخبرنا محمد بن عبد الملك القيسي الواعظ، حدثنا أبو الفضل الجوهري سماعاً منه يقول: كُنّا في جنازة، فقال المنذر بها: انصرفوا رحمكم الله، فقال: لا يقل أحد: انصرفوا، فإنّ الله تعالى قال في قوم ذمهم: (ثُمَّ انصَرَفُوا صَرَفَ اللّٰهِ قُلُوْبِهِمْ)، ولكن قولوا: انقلبوا - رحمكم الله -؛ فإنّ الله تعالى قال في قوم مدحهم: (فانقلبوا بِنِعْمَةِ مَن اللّٰهُ وَفَضَّلَهُمْ لِمَ يَشْكُرُهُمْ سُوءٌ) [آل عمران: ١٧٤].". القرطبي، ج ٨، دار الشعب (القاهرة)، بدون سنة نشر، ورقم طبعة، ص ٣٠٠.

من المدين والكفيل، وذلك في حال كان رهن العقار كفالة لدين على غير مالكة، ما لم تدل القرينة على غير ذلك".^١

تعالج هذه المادة أربع مسائل رئيسية:

الأولى: جواز رهن الحصّة الشائعة: يُقرّر المُشرّع بأنّ العقار المرهون قد يكون مملوكاً ملكيّة مفردة (مفرزة)، أو حصّة شائعة في عقار، وهذا ما تُشير إليه الفقرة الأولى من المادة (١٣٣١ مدني) بقولها: "١ — للشريك في عقار شائع أن يرهن حصّته، ويتحوّل الرهن بعد القسمة إلى الحصّة المُفرزة التي تقع في نصيبه".^٢ — وتخصّص المبالغ التي تُستحق له من تعادل الحصص، أو ثمن العقار، لسداد دين الرهن".^٣

الثانية: جواز أن يُعقد الرهن التأمينيّ لضمان دين على المدين لجهة رسمية، أو خاصّة مصرّح لها بمزاولة أعمالها في المملكة: يُفضّل إلغاء هذا الحكم؛ إذ هو تزيد وحشو، لا يفيد حكماً جديداً، ويمكن الاستغناء عنه بما ورد في الفقرة الأولى من المادة (١٦٠ ملكيّة عقاريّة)، التي تقرّر جواز رهن العقار ضماناً لدين، ولفظة "دين" مطلقة؛ فتجري على إطلاقها (م ١٢٨

١ . يجدر التنبيه، ابتداءً، إلى أنّنا نقلنا نصوص موادّ مشروع قانون الملكيّة العقاريّة بحرفها، كما جاءت فيه.

٢ . رهن الشريك لحصته الشائعة، يمكن أن يُستفاد، أيضاً، من نصّ الفقرة الأولى من المادة (١٠٣١ مدني)، والتي تنصّ على أنّ: "لكلّ واحد من الشركاء في الملك أن يتصرّف في حصته كيف شاء، دون إذن من باقي شركائه، بشرط ألاّ يلحق ضرراً بحقوق سائر الشركاء". ويُستفاد، كذلك، من مضمون المادة (١٠٣٢ مدني)، التي تنصّ على أنّ: "لشريك على الشيوخ بيع حصته بلا إذن الشريك الآخر..."; فمن ملك الأكثر (البيع)، ملك الأقلّ (الرهن).

٣ . وقد أتى واضع المشروع على بيان مصير الرهن بعد القسمة (الطول العيني). تنصّ المادة (١١٦ ملكيّة عقاريّة) على أنّ: "تنتقل إشارة الحجز، أو الرهن، التي كانت مُدرجة في السجل العقاري للعقار الذي جرت إزالة الشيوخ فيه، أو على حصّة الشريك فيه، إلى السجل العقاري للعقارات الناتجة من إزالة الشيوخ، أو العقار الذي آل إلى الشريك مالك الحصّة المحجوزة، أو المرهونة. فإذا بيع العقار، أو الحصّة، نتيجة إزالة الشيوخ، انتقل حقّ الحاجز، أو الدائن المرتهن، إلى ثمنه". مع مراعاة أنّ الرهن ينقضي بصفة أصلية، إذا انتقل حقّ الدائن المرتهن إلى ثمن المرهون؛ نظراً لانعدام المحل (المرهون). تنصّ الفقرة الأولى من المادة (١٣٦٩ مدني) على أنّ: "ينقضي الرهن التأمينيّ بهلاك محله". السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، في التأمينات العينية والشخصية، م ١٠، بدون دار نشر، وسنة نشر، ورقم طبعة، ف ٣٩٠، ص ٦٥٢.

مدني)، إذ لم يُحدّد المشرّع الجهة التي يثبت لها هذا الدين؛ فيجوز، بالتالي، رهن العقار أيّاً ما كانت صفة الدائن.

الثالثة: شكليّة التسجيل: تأمر هذه المادة بمراعاة شكليّة تسجيل الرهن لدى مديرية التسجيل، وهذا المعنى يُؤكد عليه واضع القانون المدني في المادة (١٣٢٣) بقوله: "لا ينعقد الرهن التأميني إلاّ بتسجيله...".^١

والملاحظ أنّ واضع المشروع جارى القانون المدني في استخدام تعابير لا تقطع في دلالتها على بطلان الرهن عند عدم مراعاة شكليّة التسجيل، كما هو واضح في المادة (١٣٢٣ مدني)^٢، وكذا الفقرة الأولى من المادة (١٣٣١ مدني) التي تنصّ على أنّ: "للشريك في عقار شائع أن يرهن حصته، ويتحوّل الرهن بعد القسمة إلى الحصّة المُفرزة التي تقع في نصيبه، مع مراعاة قيده في دائرة التسجيل".^٣

وحبذا لو عمد واضع المشروع في الفقرة الثالثة من المادة (١٦٠)، على النصّ صراحة على جزاء البطلان، عند تخلف شكليّة التسجيل؛ جرياً مع المبدأ القانوني القاضي بأن "لا بطلان إلاّ بنصّ"؛ فيرفع بذلك ما عساه قد يثور من لبس في تحديد الجزاء المترتب على عدم مراعاة هذه الشكليّة.^٤

١ . يُعدّ هذا النصّ تطبيقاً للمادة (١١٤٨ مدني) التي تُقرّر بأن: "لا تنتقل المِلْكِيَّة، ولا الحقوق العينيّة الأخرى، بين المتعاقدين، وفي حقّ الغير، إلاّ بالتسجيل، وفقاً لأحكام القوانين الخاصّة به".
٢ . كما أغفلت المذكرات الإيضاحيّة للنصّ صراحة على جزاء البطلان عند تخلف ركن الشكليّة، إذ اكتفت بالقول تعليقياً على نصّ المادة (١٣٢٣ مدني) بأن: "سجّل عقد الرهن التأميني ركن فيه، ولا يقوم بغيره". ج ٢، ص ٨٤٨.

٣ . وهذا الخلل شاب نصوصاً قانونيّة أخرى لم تقطع بالنصّ صراحة على جزاء البطلان عند عدم مراعاة ركن الشكليّة، من ذلك: المادة (١٣٤١ مدني) التي تنصّ على أنّ: "للمرتهن رهناً تأمينيّاً أن يتفرّغ عن حقه لأخر، بشرط موافقة المدين، ويُسجّل سند التفرّغ في دائرة التسجيل". المادة (١٣٤٧ مدني) التي تنصّ على أنّ: "لا تنفذ حوالة الرهن التأميني، ولا التفرّغ عنه، أو التنازل عن درجته، في حقّ غير المتعاقدين إلاّ بقيدهما على سند الحقّ الأصلي، وتسجيلها".

٤ . كما أنّ النصّ صراحة على البطلان عند تخلف شكليّة التسجيل، ينسجم مع ما ينبغي أن يكون لهذه السجلات العقاريّة من قوة انتمائيّة تُعزّز ثقة الأشخاص بهذه السجلات، فيركنون إليها مطمئنين. الزرقا، مصطفى، الفقه الإسلاميّ في توبه الجديد (١)، المدخل الفقهي العامّ، ج ١، دار القلم، دمشق، ط ٢، ٢٠١٢، ١٢/٥، ص ١١٨، حاشية رقم (١).

الرابعة: جواز تقديم الرهن من كفيل عيني: تُؤكِّد هذه المادة على أن الرهن كما يُقدَّم من قبل المدين الراهن، يجوز تقديمه، أيضاً، من قبل كفيل عيني. وهو ما تقرُّره الفقرة الثانية من المادة (١٣٢٤ مدني) بقولها: "ويجوز أن يكون الراهن نفس المدين؛ أو كفيلاً عينياً يُقدِّم رهنًا لمصلحته". بيد أن صياغة الفقرة الرابعة من المادة (١٦٠) تحتاج إلى شيء من التهذيب؛ بنعت الكفيل بأنه عيني، وإلغاء عبارة "وذلك في حال كان رهن العقار كفالة لدين على غير مالكة"؛ ذلك أن نعت الكفيل بالعيني تُغني عنها.

بناءً على ما سبق، يُفضَّل إعادة صياغة المادة (١٦٠ ملكية عقارية) لتكون على النحو الآتي:

"أ - يجوز رهن العقار، أو أيِّ حصَّة شائعة فيه، رهنًا تأمينياً ضماناً لدين على مالكة، أو كفالة لدين على غير مالكة. ب - يُعتبر رهن العقار باطلاً، إذا لم يتمَّ توثيقه لدى مديرية التسجيل. د - تُصرف لفظة "الراهن" حينما وردت في هذا الفصل إلى كلِّ من المدين والكفيل العيني، هذا، ما لم تدلَّ القرينة على خلاف ذلك".

ثانياً: تحديد رتبة الرهن

تنصُّ المادة (١٦٢ ملكية عقارية) على أنه: "يجوز انشاء أكثر من رهن تأميني على عقار واحد، تتعين مرتبة^٢ كل واحد منها تبعاً لتاريخ قيده في السجل العقاري للعقار المرهون".

1 . والصواب من "المدين نفسه"؛ فنفس هنا للتوكيد، وهو من التوابع، فوجب أن يسبقها المؤكِّد.
2 . جرى واضح القانون المدني على استخدام لفظة "مرتبة"، كقوله: مرتبة الرهن (رَ الموائد: ١٣٢٢؛ ١٣٤٨؛ ١٣٤٩؛ ١٣٥٠؛ ١٣٦٦؛ ١/١٣٨٤)، ومرتبة الامتياز (رَ الموائد: ١٤٠٤؛ ١٤٢٥؛ ١/١٤٣٦؛ ٢/١٤٤٣؛ ١٤٤٣؛ ٢/١٤٤٥). وكذا، واضع مشروع قانون الملكية العقارية، كقوله: مرتبة الرهن (رَ الموائد: ١٦٢؛ ١/١٦٤؛ ١٧٣؛ ١٧٥). والأدق: رتبة (الرهن، الامتياز)؛ إذ الرتبة والمرتبة في اللغة متساويتان في المعنى، وهما بمعنى المنزلة، أو الدرجة الرفيعة. لسان العرب، ج١، ص٤١٠؛ مختار الصحاح، ص٢١٧. "ولما كانت شواهد استعمال عبارتي "المرتبة" و"الرتبة" تكاد تكون متساوية، وكانت حروف الأخيرة أقلَّ من الأولى، لذا فنحن نُؤثر... استعمال عبارة "الرتبة"... جرياً مع القاعدة القائلة: عند تساوي معاني التعبيرات يُرجح منها الأقلُّ حروفاً".
نقلًا عن الدكتور سوار - رحمه الله - الحقوق العينية التبعية...، ص٤١٠، ص٢٨٢، حاشية رقم

أحسن المُشرِّع في صياغة هذا النص؛ إذ عمد إلى صهر الأحكام الواردة في المادتين (١٣٤٨/٢؛ ١٣٥٠ مدني)¹، في إطار مادة واحدة، وهذا من حسن الصياغة التشريعية.

ويُحَبِّذ أن تأتي المادة (١٦٢ ملكية عقارية) في صياغتها النهائية، على النحو الآتي: "يجوز إنشاء أكثر من رهن تأميني على عقار واحد. وتُحدَّد رتبة كل واحد منها تبعاً لتاريخ قيده في صحيفة السجل العقاري للعقار المرهون".

ثالثاً: ضمان الرهن لدين مستقبلي

تنص المادة (١٦١ ملكية عقارية) على أنه: "يجوز رهن العقار رهناً تأمينياً ضماناً لدين محدد يتوقع تحققه في ذمة المدين مستقبلاً"².

جاءت صياغة هذا النص أكثر إحكاماً من صياغة النص المقابل له في القانون المدني. تنص المادة (١٣٣٢ مدني) على أنه: "يُشترط في مقابل الرهن التأميني: أن يكون ديناً ثابتاً في الذمة، أو موعوداً به؛ مُحدّداً؛ أو عيناً من الأعيان المضمونة".

المطلب الثاني: إجراءات رهن العقار

فصلٌ واضح المشروع في بيان إجراءات رهن العقار، من تاريخ تقديم طلب الرهن (أولاً)؛ إلى تاريخ تثبیت إشارة الرهن على صحيفة العقار المرهون (ثانياً)؛ وبيّن، كذلك، أن سند رهن العقار يُعتبر حجة أمام الدوائر الرسمية،

(٢). لذا يُفضّل استبدال لفظة "رتبة" بلفظة "مرتبة" الواردة في هذه المادة. وكذا، أيضاً، في إطار المواد (١٦٤ب؛ ١٧٣؛ ١٧٥ ملكية عقارية).

١. تنص الفقرة الثانية من المادة (١٣٤٨ مدني) على أن: "وتُحدَّد هذه المرتبة [رتبة الرهن] بالرقم التتابعي للقيود، فإذا تقدّم أشخاص متعددون في وقت واحد لقيدهم ضد مدين واحد، وعلى عقار واحد، فيكون قيد هذه الرهون تحت رقم واحد، ويُعتبر هؤلاء الدائنين عند التوزيع في مرتبة واحدة". وتنص المادة (١٣٥٠ مدني) على أن: "١ - تُعتبر مرتبة الرهن التأميني من تاريخ تسجيله في دائرة التسجيل. ٢ - ويحتفظ بمرتبته حتى يُقيد بدائرة التسجيل ما يدل على انقضائه".

٢. ومن صور ضمان الدين المستقبلي، فتح مصرف اعتماداً لأحد العملاء، بضمان عقار يُقدّمه المدين. فهنا يولد الرهن التأميني قبل أن يوجد الدين، الذي يوجد بعد إبرام الرهن التأميني. السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط...، م١٠، ف١١٩، ص٢٧٣.

بما ورد فيه (ثالثاً)؛ فإذا ما استقام الرهن بهذه الكيفية، ضمن العقار المرهون، بملحقاته كافة، مبلغ الدين المضمون (رابعاً).

أولاً: تخصيص الرهن من حيث العقار المرهون

تنص المادة (١٦٣ ملكية عقارية) على أن: "أ - يقدم الراهن طلباً خطياً إلى مدير التسجيل لرهن عقاره رهناً تأمينياً. ب - يجري مدير التسجيل أو من يفوضه من موظفي مديرية التسجيل كشفاً على العقار المطلوب رهنه ويعد تقريراً بنتيجته مشتملاً على ما يلي: - ١ - رقم القطعة، ورقم الشقة أو الطابق أو المبنى، في حال كان العقار المطلوب رهنه شقة أو طابقاً أو مبنى، والحصص المطلوب رهنها، في حال كان المطلوب رهنه حصصاً في عقار، ورقم الحوض واسمه، ورقم الحي، إن وجد، واسمه واسم القرية والمحافظة. ٢ - وصف للعقار وموقعه ومساحته وصفة استعماله. ٣ - وصف للأبنية والإنشاءات المقامة على العقار والأشجار المغروسة فيه. ٤ - أسماء شاغلي العقار إذا كان العقار مشغولاً وصفاتهم وتحديد القسم الذي يشغله كل واحد منهم من العقار، وفي حال كان الشاغل مستأجراً يذكر مقدار بدل الإيجار وتاريخ بدء الإجارة ومدتها. ٥ - تاريخ الكشف على العقار وتاريخ تنظيم التقرير. ٦ - توقيع معد التقرير، وتوقيع من يرغب من شاغلي العقار بحضور معد التقرير. ج - يقوم مدير التسجيل، أو من يفوضه بما يلي: - ١ - دعوة كل من الراهن والدائن المرتهن للتوقيع على التقرير بحضوره والتصديق على صحة توقيعاتهم على التقرير. ٢ - أخذ إقرار على الدائن بموافقه على تنظيم سند رهن العقار تأمينياً لدينه، بالحالة المثبتة للعقار في تقرير الكشف، مع حفظ حقوق الشاغلين بالانتفاع بالعقار وفقاً لأحكام هذا الفصل والتشريعات النافذة".

تعتني الفقرة الثانية من هذه المادة بالتأكيد على مبدأ "تخصيص الرهن من حيث العقار المرهون"؛ وذلك بتعيين العقار المرهون تعييناً دقيقاً، من حيث

طبيعته وموقعه ومشتلاته^١. وتعتبر هذه الفقرة مبيّنة لمجمل ما ورد في عجز الفقرة الثانية من المادة (١٣٢٩ مدني) التي تُقرّر بأنه: "يجوز للمحكمة أن تُبطل^٢ عقد الرهن التأميني؛ إذا لم يكن العقار المرهون معيّنًا فيه، تعييناً كافياً".

ثانياً: توثيق الرهن لدى مديرية التسجيل

تنص المادة (١٦٤ ملكية عقارية) على أن: "ينظم سند الرهن ويسجل لدى مديرية التسجيل، ويتولى مديرها، أو من يفوضه من موظفيها، القيام بما يلي: — أ — التصديق على سند الرهن بعد أن يقر بحضوره كل من الراهن والدائن المرتهن في السند بموافقتهما على ما ورد فيه، وبعد أن تدون فيه بصورة مفصلة محال إقامتهم. ب — ادراج إشارة في السجل العقاري للعقار تفيد بأنه مرهون رهناً تأمينياً مع بيان مرتبة الرهن وإعطاء كل من الراهن والدائن المرتهن نسخة من سند الرهن والقيد مقابل توقيعهم بتسلمها".

ثالثاً: حجية سند الرهن التأميني

تنص المادة (١٦٥ ملكية عقارية) على أنه: "على الرغم مما ورد في أي تشريع آخر، تعمل المحاكم ودوائر التنفيذ والدوائر الرسمية بما اشتمل عليه سند الرهن التأميني العقاري المنظم وفقاً لأحكام هذا الفصل، ويبقى السند منتجاً لآثاره طالما أن الدين الموثق به لم ينفذ لأي سبب من أسباب انقضاء الدين".

١. المرجع ذاته، ف١٥٨، ص ٣٥٣ - ٣٥٤.

٢. يُبطل مشتقة من أبطل (إبطالاً)، التي تُفيد "قابلية البطلان"، لذا فالصواب قوله: "تُقرّر بطلان"؛ إذ المشرع الأردني لا يعرف العقد القابل للبطلان، ومن ثمّ، فلا يعرف جزاء البطلان النسبي. وقد وقع واضع المشروع في هذا الخلل في أكثر من موطن: المادة التاسعة، التي تنصّ على أن: "تعمل المحاكم النظامية والشرعية والحكومية بمضامين سندات تسجيل العقارات الصادرة عن مديريات التسجيل بلا بيّنة، ولا يجوز إبطال أيّ من هذه السندات..."، والصواب قوله: "ولا يجوز تقرير بطلان أيّ...". والمادة (١٣/ب/١)، التي تنصّ على أنه: "ب - إذا ثبت للمحكمة المختصة بطلان تصرف، أو معاملة تسجيل، بشأن عقار مسجّل، فلها - مع مراعاة قواعد حسن النية، واستقرار الملكيات العقارية - أن تُقرّر أيّاً من الحالتين التاليتين: ١ - إبطال وفسخ التصرف..."، والصواب قوله: تقرير بطلان التصرف أو فسخه...".

يُفضَّل إلغاء هذا النص، فما ورد فيه من أحكام تُعتبر من المسلمات القانونيّة؛ فسندات الرهن هي أسناد رسميّة لها حجية مطلقة بما جاء فيها، ولا يجوز الطعن بها إلّا بالتزوير. ومن ثمّ، تُلزم المحاكم والجهات الرسميّة بالعمل بمضامينها، وذلك دون الحاجة إلى إيراد نصّ قانوني يؤكّد على هذه المعاني. وهذا ما يُقرّره البند الأوّل من الفقرة الأولى من المادة السادسة من قانون البيّنات: "١ — السندات الرسميّة: أ — السندات التي يُنظّمها الموظفون الذين من اختصاصهم تنظيمًا طبقاً للأوضاع القانونيّة، ويُحكم بها دون أن يُكلّف مبرزها إثبات ما نصّ عليه فيها، ويُعمل بها ما لم يثبت تزويرها"^١.

كما أنّ ما ورد في عجز هذه المادة: "ويبقى السند منتجاً لآثاره..."، يُعتبر، أيضاً، مسألة قانونيّة ثابتة مستقرة، لا تحتاج إلى إفرادها بحكم، وهذا ما تُؤكّد عليه الفقرة الأولى من المادة (١٣٦٤ مدني) بقولها: "ينقضي الرهن بانقضاء الالتزام الموثق به". فما الرهن التأمينيّ إلّا حقّ عينيّ تبعيّ يدور في وجوده وعدمه مع الدين المضمون؛ إذ هو تابع له، فينقضي حكماً تبعاً لانقضاء الدين، فكلُّ سبب ينقضي به الدين، ينقضي معه الرهن، تبعاً^٢.

وبالمحصلة، نقترح إلغاء المادة (١٦٥ ملكيّة عقاريّة).

رابعاً: مشتملات الرهن التأمينيّ

تنصُّ المادة (١٦٦ ملكيّة عقاريّة) على أن: "يشمل الرهن التأميني ملحقات العقار المرهون من أبنية وإنشاءات وأشجار وتحسينات وعقارات بالتخصيص، سواء أحدثت قبل الرهن أم بعده، كما يشمل أي حقوق رتبت لمنفعة هذا العقار كحقوق الارتفاق".

١ . كما أنّ إلغاء هذا الحكم ينسجم مع فلسفة واضع المشروع؛ في رفع تكرار الأحكام المنصوص عليها في أكثر من قانون.

٢ . السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط...، م١٠، ف١١٩؛ ٣٣٦، ص ٢٧١ - ٢٧٢؛ ٢١٥.

هذا النص يُقابل نصَّ المادة (١٣٣٠ مدني) التي تنصُّ على أن: يُشمل الرهن التأميني ملحقات العقار المرهون: من أبنية، وأغراس، وعقارات بالتخصيص، وكل ما يُستحدث عليه من إنشاءات بعد العقد".

والملاحظ أنَّ نص المادة (١٦٦ ملكية عقارية)، يفضل مقابله في القانون المدني (م ١٣٣٠) من جهة الإشارة إلى اعتبار حقوق الارتفاق من ملحقات العقار المرهون^١، إذ تُعتبر إضافة جديدة، أغفل واضع القانون المدني الإشارة إليها بين نصوصه، خاصَّة المادة (١٣٣٠ مدني)^٢.

يُحبذ أن تُعاد صياغة المادة (١٦٦ ملكية عقارية)، لتكون على النحو الآتي: "يشمل وعاء الرهن التأميني: ملحقات العقار المرهون من أبنية، وإنشاءات، وأشجار، وتحسينات، وعقارات بالتخصيص؛ وأيَّ حقوق رُتبت لمنفعة العقار، كحقوق الارتفاق؛ سواء أكانت قائمة وقت الرهن، أم أُحدثت بعده".

المبحث الثاني

أثار الرهن

إنَّ من أهم السمات المُميِّزة للرهن التأميني أنَّ الراهن يبقى مُحفظاً بحقه في الانتفاع بالعقار المرهون، لا بل، وحتى التصرف به، بيد أنَّ العقار ينتقل إلى الغير مُتقلاً بالرهن (المطلب الأوَّل)؛ وفي المقابل، يكون للدائن المرتهن، إن حلَّ أجل الوفاء، ولم يف المدين، أن يقوم بالتنفيذ على العقار المرهون، وبيعه بالمزاد العلني (المطلب الثاني).

١ . سوار، الحقوق العينية الأصلية...، ف٤٤٢، ص٤٣٣.
٢ . سوار، الحقوق العينية التبعية...، ف٩٣، ص٧٦، حاشية رقم (٣). بدورها، لم تحرص المذكرات الإيضاحية، في معرض تعليقها على نصَّ المادة (١٣٣٠ مدني)، على الإشارة إلى اعتبار حقوق الارتفاق من ضمن مشتملات الرهن التأميني. وكذا، أغفل واضع القانون المدني - عند تنظيمه لحقوق الارتفاق (الحقوق المجردة) - الإشارة إلى أنَّ حقَّ الارتفاق هو حقُّ تابع. حين أنَّ واضع القانون المدني العربيَّ الموحد حرص على النصِّ صراحة على اعتبار حقوق الارتفاق من مشتملات الرهن. تنصُّ المادة (١٢٠٦ عربيَّ موحد) على أن: "١ - يشمل الرهن ملحقات العقار المرهون التي تُعتبر عقاراً. ٢ - ويشمل بوجه خاصَّ حقوق الارتفاق والأبنية...".

المطلب الأول: آثار الرهن بالنسبة للراهن

حرص واضع المشروع على التأكيد على حق الراهن في الانتفاع بعقاره المرهون (أولاً)، وعلى حقه في التصرف فيه (ثانياً)؛ وفي الوقت نفسه، حمل الراهن ما يصيب المرهون من نقص أو تعيب، إن كان راجعاً إلى نقصه أو تعديه (ثالثاً).

أولاً: انتفاع الراهن بالعقار المرهون

تنص المادة (١٦٧) ملكية عقارية) على أن: "الراهن أن ينتفع بالعقار المرهون رهناً تأمينياً، وله حق إدارته والحصول على غلته إلى حين بيع العقار بالمزاد العلني تنفيذاً لسند الرهن".

يؤكد هذا النص على حق الراهن بالانتفاع بالمرهون، وإدارته، والحصول على غلته. وهي أحكام يؤكد عليها واضع القانون المدني: تنص المادة (١٣٣٦) مدني) على أن: "١ - للراهن، رهناً تأمينياً، حق إدارة عقاره المرهون، والحصول على غلته، حتى تاريخ نزع ملكيته جبراً، عند عدم وفاء الدين. ٢ - وتلحق غلته بالعقار المرهون من تاريخ نزع الملكية".

إلا أن المادة (١٦٧)، تخالف أحكام القانون المدني من حيث الوقت الذي تلحق فيه الثمار بالعقار، فتقرر أن الثمار تلحق بالعقار، وتصبح جزءاً من الوفاء بالدين، من تاريخ وضع العقار للبيع بالمزاد العلني، وهو إجراء سابق على نزع الملكية. وهذا توجه حسن من واضع المشروع؛ لما فيه من دفع محذور تأخير المدين للإجراءات الأكبر مدّة ممكنة سعياً إلى الاستفادة من ثمار العقار لأطول فترة ممكنة^١.

^١ . سوار، الحقوق العينية التبعية...، ف٩٠، ص٧٣.

ثانياً: بيع الراهن عقاره المرهون

تنص المادة (١٦٨ مِلِكِيَّةٌ عَقَارِيَّةٌ) على أن: "لِالْراهن أن يبيع العقار المرهون بموافقة الدائن إلى شخص آخر يقبل تملك العقار متقلاً بالرهن على أن تبقى معاملة الرهن على ما هي عليه".

ملاحظتان على هذا النص:

الأولى: هذا الحكم يُمنَّلُ خروجاً على أحكام المادة (١٣٣٥ مدني)، التي تنص على أن: "لِالْراهن أن يتصرفَ في عقاره المرهون رهناً تأمينياً دون أن يُؤثِّرَ ذلك على حقوق المرتهن"^١.

والذي يظهر هو الإبقاء على أحكام المادة (١٣٣٥ مدني)؛ إذ إنَّ حقَّ الدائن المرتهن إنما يتعلَّقُ بعينيَّةَ المال المرهون، دون شخص الراهن، وهذه من أهم موجبات صنع هذا النظام التأميني، إذ من أبرز سماته الرئيسية الإبقاء على حرية المالك (الراهن) في التصرف في ماله، لا سيما إن بدت له صفقة رابحة في بيع العقار المرهون؛ ذلك أنَّ مِلِكِيَّةَ المرهون تنتقل إلى الغير متقلة بالرهن^٢، حين يبقى للمرتهن تتبع العقار في أيِّ يد يكون، كما لو توفي الراهن؛ فحقَّ الدائن المرتهن يبقى جاثماً على العقار المرهون، بغض النظر عن شخص مالكه. فعن طريق هذا التنظيم يُحقِّقُ المشرِّعُ توازناً محموداً بين مصالح الراهن والمرتهن. كما أنَّ اشتراط موافقة الدائن على تصرف الراهن بالمرهون قد يترتَّبُ عليه بعض المحاذير، كتعطيل الانتفاع بالمرهون من قبل الراهن على الوجه الأمثل؛ ممَّا قد ينجم عنه تحجيم لنظام الرهن التأميني

^١ . حرص واضع القانون المدني العربي على تبني أحكام المادة (١٣٣٥ مدني) عنها (م ١٢١١ مدني عربي موحد).

وهذا الموقف يُنكرنا بموقف المشرِّع من رهن المركبات، إذ يحظر على الراهن التصرف بالمركبة المرهونة إلا بموافقة الدائن المرتهن. وهذا موقف منتقد، أيضاً. تنص المادة التاسعة من قانون السير على أنه: "إذا تبيَّن لإدارة الترخيص وجود قيد يمنع نقل مِلِكِيَّةَ المركبة، أو أنَّ المركبة مرهونة، فلا يجوز نقل ملكيتها إلا بعد رفع القيد، أو موافقة الدائن المرتهن".

^٢ . الزحيلي، ودية، العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني، دار الفكر (دمشق)، ط٥، ٢٠٠٥، ص ٣٥٠؛ ٣٥٥.

وعزوف عنه من قبل الأشخاص، وكل ذلك سيؤثر، لا شك، سلباً في هذا النظام.

ثم إنَّ النصَّ حصر اشتراط الموافقة في حالة البيع، فماذا عن الهبة أو التخارج، ثم ألا ينتقل المال المرهون إلى ورثة الراهن عند وفاته؟!¹ ولعلَّ المشرِّع أراد من هذا الحكم تقديم حماية أمثل للدائن المرتهن على حساب الراهن، بيد أنَّ هذه الحماية جاءت في غير مكانها.

الثانية: أهملت المادة (١٦٨) الإشارة إلى الجزاء الذي يترتب على مخالفة الراهن ببيع العقار المرهون دون الحصول على موافقة الدائن المرتهن، فهل يكون تصرفه باطلاً، أم صحيحاً موقوفاً؟ الذي يبدو أنَّ العقد يكون صحيحاً، ولكنه موقوف النفاذ على الإجازة، لسببين: الأوَّل: أنَّ البطلان لا يكون إلَّا بنصٍّ. ثانياً: إنَّ من أهمَّ الاتجاهات التي يقوم عليها تنظيم المشرِّع لرتب العقد في القانون المدني مبدأ تصحيح العقود ما أمكن، فالبطلان عنده جزاء ممقوت، لا يُصار إليه إلَّا إذا انعدمت سبل تصحيح العقد. ويعضد ذلك ما تقرُّره المادة (١٧١ مدني) بقولها: يُكون التصرف موقوف النفاذ على الإجازة: إذا صدر من فضولي في مال غيره؛ أو من مالك في مال له تعلق به حقُّ الغير...". ولا شك أنَّ الراهن يتصرف في مال يملكه، ولكنَّ تعلق به حقُّ للغير (الدائن المرتهن).

بناءً على ذلك نقترح تعديل نص المادة (١٦٨ ملكية عقارية)، وذلك بالإبقاء على الأحكام الواردة في المادة (١٣٣٥ مدني)، لتظهر المادة (١٦٨ ملكية عقارية)، على النحو الآتي: "للراهن أن يتصرف في عقاره المرهون رهناً تأمييناً، دون أن يُؤثر ذلك على حقوق المرتهن".

¹ . تنصُّ المادة (١٣٧١ مدني) على أنه: "لا ينقضي الرهن بموت الراهن، أو المرتهن، ويبقى قائماً عند الورثة". المذكرات الإيضاحية...، ج٢، ص٨٦٩.

ثالثاً: ضمان الراهن العقار المرهون

تنصُّ المادة (١٦٩ مِلْكِيَّة عَقَارِيَّة) على أن: "يضمن الراهن العقار المرهون رهناً تأمينياً، ويسأل في مواجهة المرتهن عن كل ضرر يلحق بالعقار المرهون إلى حين الوفاء بالدين وذلك في حدود مسؤوليته".

تُقرَّر هذه المادة أنَّ الراهن يتحمَّل تبعة تقصيره أو تعديه الذي يُؤدِّي إلى الإنقاص من قيمة العقار المرهون. وهذا المعنى يُكرِّس ما تقضي به المادة (١٣٣٧ مدني) بقولها: "يضمن الراهن العقار المرهون رهناً تأمينياً، وهو مسؤول عن سلامته كاملاً حتى تاريخ وفاء الدين. وللمرتهن أن يعترض على كلِّ نقص في ضمانه؛ وأن يتَّخذ من الإجراءات ما يحفظ حقه، على أن يرجع بالنفقات على الراهن". إلباً أنَّ واضع المشروع أغفل النصَّ على حقِّ الدائن المرتهن في اتِّخاذ إجراءات وقائيَّة للمحافظة على المرهون، عن طريق الاعتراض على ما يأتيه الراهن من أعمال من شأنها أن تُنقص من قيمة المرهون، وهذا المعنى تُوكِّد عليه الفقرة الثالثة من المادة (١٣٣٨ مدني) بقولها: "إِذَا وَقَعَت أعمال من شأنها أن تُعرِّض العقار المرهون للهلاك، أو التَّعْيِب، أو تجعله غير كافٍ للضمان، كان للمرتهن أن يطلب من المحكمة وقف هذه الأعمال، واتِّخاذ الوسائل التي تمنع وقوع الضرر"^١.

أما عجز المادة (١٦٩ مِلْكِيَّة عَقَارِيَّة) "إلى حين الوفاء بالدين وذلك في حدود مسؤوليته" فقد جاءت تزييداً، يستقيم معنى النصِّ بدونها.

وبناء على ذلك، نقترح إعادة صياغة المادة (١٦٩ مِلْكِيَّة عَقَارِيَّة) لتكون على الشكل الآتي: "أ — على الراهن المحافظة على المرهون، وفق عناية الشخص المعتاد؛ وإلباً كان مسؤولاً عن ضمان كلِّ ما يصيب المرهون من نقص. ب — ويحقُّ للدائن المرتهن أن يعترض على كلِّ عمل من شأنه أن

^١ . الزحيلي، وهبة، العقود المسماة...، ص ٣٥١.

يُنقص من قيمة المرهون. وللمحكمة، بناءً على طلبه، أن تأمر باتخاذ ما تراه مناسباً من إجراءات للمحافظة على المرهون".

المطلب الثاني: آثار الرهن بالنسبة للمرتهن

يسمح المشروع للمرتهن بإحالة دينه مع الرهن على الغير، وفق شروط مُعينة (أولاً)؛ وفي المقابل، يسمح للمدين بأداء الدين، سواء قبل حلول أجله أم بعده (ثانياً)؛ مع مراعاة أنه لا يجوز أن يزيد مجموع ما يُؤديه المدين للدائن من مبلغ الدين وملحقاته على مثل مبلغ الدين الأصلي (ثالثاً)؛ فإن حلَّ أجل الدين، ولم يعمد المدين إلى الوفاء به، كان للدائن المرتهن أن يُنفذ سند الرهن، ببيع العقار المرهون بالمزاد العلني (رابعاً).

أولاً: إحالة الدائن المرتهن دينه مع الرهن على الغير
تنص المادة (١٧٠ ملكية عقارية) على أن: "للدائن بموافقة الراهن الخطية، أن يحيل إلى^١ آخر حقه لدى المدين مع ما له من ضمان على العقار المرهون تأميناً لدينه، ودون موافقة الراهن إذا كان سند الرهن التأميني محرراً للأمر، وفي كلت الحالتين لا تنفذ هذا الإحالة إلا بتسجيلها في السجل العقاري وبقيدها على سند الرهن".

يؤخذ على الأحكام التي يُعالجها هذا النص ثلاثة أمور:
الأول: تُجيز هذه المادة للدائن المرتهن أن يُحيل دينه مع الرهن على الغير، وهو الحكم عينه الذي تُقرره المادة (١٣٤١ مدني) بقولها: "للمرتهن رهناً تأمينياً أن يفرغ عن حقه لآخر، بشرط موافقة المدين، ويُسجل سند التفرغ في دائرة التسجيل"^٢.

وخلافاً لأحكام المدونة المدنية فقد اشترط واضع المشروع لصحة هذه الإحالة موافقة الراهن الخطية. مع مراعاة أن واضع المشروع ألقى استثناء على هذا

١ . والصواب قوله: "أن يُحيل على آخر"، لا "أن يُحيل إلى آخر". لسان العرب، ج ١١، ص ١٩٠.
٢ . تؤكد الفقرة الأولى من المادة (٩٩٦ مدني) على هذا المعنى بقولها: "يُشترط لصحة الحوالة رضا المُحيل والمُحال عليه والمُحال له".

الأصل، إذ سمح بإجراء إحالة الدائن لحقه، دون موافقة الراهن، إذا كان سند الدين محرراً للأمر.

بيد أن اشتراط الموافقة الخطيئة، في هذا المقام، محل نظر؛ ذلك أن واضع المشروع اعتبر هذه الإحالة باطلة إذا لم يتم توثيقها لدى مديرية التسجيل¹، والتوثيق لا يكون إلّا خطياً. ومن ثمّ، فإنّ الإبقاء على شريطة الموافقة الخطيئة قد تُثير بعض الإشكالات في الواقع العملي، لعل أهمها أنه إذا وافق الراهن على الإحالة خطياً، فهل يستطيع الدائن المرتهن إلزامه بإفراغها في صحيفة العقار لدى مديرية التسجيل؟ ظاهر النصّ يفيد النفي؛ لذا يُفضل إلغاء الموافقة الخطيئة درءاً لمثل هذه المحاذير.

الثاني: اشتراط المشرع موافقة الراهن، فقط، قد تُثير بعض الإشكالات؛ فسنداً لأحكام المادة (١٦٠/د ملكية عقارية) فإنّ لفظه "الراهن" تُصرف إلى المدين والكفيل العيني. والإشكالية قد تُثور إذا كان مقدّم الرهن هو الكفيل العيني، فهل تُشترط موافقة المدين بالإضافة إلى موافقة الكفيل العيني (الراهن)؟ الذي يبدو، نعم. لذا، ورفعاً لمثل هذه الإشكالات نقترح اشتراط موافقة المدين، أيضاً، إذا كان مقدّم الرهن كفيلاً عينياً.

الثالث: تبدو ركافة الصياغة والغموض واضحة في عجز المادة (١٧٠) ملكية عقارية)، ويُفضّل أن تكون صياغته على النحو الآتية: "وفي كلتا الحالتين، تُعتبر الإحالة باطلة، إذا لم يتمّ توثيقها لدى مديرية التسجيل". بناءً على ذلك نقترح أن تأتي صياغة المادة (١٧٠ ملكية عقارية) على النحو الآتي:

"للدائن أن يُحيل على الغير دينه مع حقه العينيّ على العقار المرهون، شريطة موافقة المدين والكفيل العيني، إن وجد. وله أن يُجري ذلك، دون

¹ . تنصّ المادة (١٣٤٧ مدني) على أنه: "لا تنفذ حوالة الرهن التأميني، ولا التفرغ عنه، أو التنازل عن درجته، في حق غير المتعاقدين إلّا بقيدها على سند الحقّ الأصلي، وتسجيلها".

موافقتهما، إذا كان سند الدين مُحَرَّرًا للأمر. وفي كلتا الحالتين، تُعتبر الإحالة باطلة، إذا لم يتمَّ توثيقها لدى مديرية التسجيل".

ثانياً: أداء الدين

تنصُّ المادة (١٧١ مِلْكِيَّة عقاريَّة) على أن: "أ — للمدين الوفاء بمبلغ الدين الموثق بسند الرهن التأميني وملحقاته على النحو التالي: — ١ — قبل حلول الأجل المحدد للوفاء به بإيداعه لحساب الدائن لدى صندوق المحكمة ما لم تحدد في سند الرهن طريقة أخرى للوفاء. ٢ — بعد حلول الأجل المحدد للوفاء به بإيداعه لحساب الدائن لدى صندوق المحكمة بعد عرضه عليه عرضاً حقيقياً وفقاً لأحكام القانون المدني. ب — إذا اشترط على المدين في سند الرهن أن يدفع للدائن مبلغاً محدداً تعويضاً له عن عطل وضرر إضافة إلى مبلغ الدين الأصلي، فعلى المدين أن يؤدي إلى الدائن المبلغين معاً. ج — على مدير التسجيل، بعد أن يتسلم من المدين إشعاراً بإيداع مبلغ الدين وملحقاته، دعوة الدائن لتسلمه من صندوق المحكمة، وشطب إشارة الرهن التأميني من السجل العقاري للعقار المرهون تأمينا لذلك الدين".

يعتور هذا النصُّ خللٌ من جوانب ثلاث:

الأول: إنَّ الأحكام التي أتى واطع المشروع على تنظيمها في الفقرة الأولى من المادة (١٧١)، هي عينها التي نقضي بها المادة (١٣٦٥ مدني)، والتي تُقرَّر أن: "١ — للمدين أن يؤدي الدين الموثق بالرهن وملحقاته قبل حلول ميعاد الوفاء به. ٢ — وله أن يودعه دائرة التسجيل التي تقوم — بعد التحقق من قيمته — بتسوية ما يُستحقُّ في ذمَّة المدين، وتسليمه سند الوفاء، وإنهاء الرهن. على أن تراعى في ذلك أحكام القوانين الخاصة".

هذا، مع مراعاة أنَّ الفقرة الأولى من المادة (١٧١)، تسمح للمدين (الراهن) بإيداع مبلغ الدين لدى صندوق المحكمة المُختصَّة، خلافاً للمادة (١٣٦٥ مدني)، التي تسمح بإيداعه لدى دائرة التسجيل.

بيد أن واضع المشروع قصر الحق في الوفاء بمبلغ الدين على المدين، وحده، دون الكفيل العيني، وهذا موقف منتقد؛ فليس من المنطق حرمان الكفيل العيني من ممارسة هذا الحق، لا سيما في الأحوال التي يظهر فيها للكفيل العيني أن المدين لن يتمكن من أداء الدين عند حلول الأجل، ومن باب أولى، إذا حل أجل الوفاء، فعلاً، ولم يقم المدين بالوفاء بالدين. فيكون من الواجب، إذًا، السماح للكفيل العيني بإيداع مبلغ الدين؛ دفعاً لخطر بيع عقاره في المزاد العلني، خاصة أن الكفيل العيني لا يملك الدفع بتجريد المدين الأصلي قبل التنفيذ على عقاره¹. لذا، يجب استبدال لفظه "للاهن" بلفظة "للمدين" التي جاء في غرّة الفقرة الأولى من المادة (١٧١).

الثاني: إن الحكم الذي تقرره الفقرة الثانية من هذه المادة، يُمتثل، بطريق غير مباشر، شرطاً جزائياً. وهو، بهذه الصفة، يُشكّل مخالفة صارخة لأحكام المادة (٣٦٤ مدني)^٢، التي تمنح القاضي سلطة تقديرية في إعادة تقدير مبلغ الشرط الجزائي، وتقرّر أن كل اتفاق على خلاف ذلك يُعتبر باطلاً. لذا، يُفضّل إلغاء هذه الفقرة.

أضف إلى ذلك، أن هذه الفقرة بصياغتها الحالية يترتب عليها إلزام المدين بأداء مبلغ التعويض عن العطل والضرر مباشرة، دون أن يُكفّل الدائن المرتهن بإثبات أن ضرراً ما قد لحق به، فنكون بذلك أمام صورة من صور الضرر المُفترض، وهي أقرب إلى شبهة الربا منها إلى التعويض.

١. تنص المادة (١٣٤٠ مدني) على أنه: "إذا كان الراهن كفيلاً عينيّاً، فلا يجوز اقتضاء الدين من غير العقار المرهون، وليس له أن يطلب الرجوع على المدين قبل التنفيذ على عقاره". المذكورات الإيضاحية...، ج ٢، ص ٨٥٧.

٢. تنص المادة (٣٦٤ مدني) بقولها: "١ - يجوز للمتعاقدين أن يُحدداً مقدماً قيمة الضمان بالنص عليها في العقد، أو في اتفاق لاحق، مع مراعاة أحكام القانون. ٢ - ويجوز للمحكمة في جميع الأحوال، بناءً على طلب أحد الطرفين، أن تُعدّل في هذا الاتفاق بما يجعل التقدير مساوياً للضرر، ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك".

هذا، ما لم يكن قصد المشرع هو التأكيد في هذه الفقرة على أن مبلغ "العطل والضرر" الذي قد يُحكم به للدائن المرتهن، يكون مضموناً، أيضاً، بالعقار المرهون.¹

الثالث: قصرت الفقرة الثالثة من المادة (١٧١ ملكية عقارية)، الحق في الطلب من مدير التسجيل بشطب إشارة الرهن بعد تسلمه إشعاراً بإيداع مبلغ الدين وملحقاته لدى صندوق المحكمة على المدين، وحده. وهذا حكم منتقد؛ وكان قميناً بوضع المشروع منح هذا الحق للكفيل العيني، أيضاً؛ لاتحاد العلة. وبناء عليه، يُفضّل استبدال لفظة "الراهن" بلفظة "المدين".

ويؤخذ على الفقرة الثالثة، كذلك، أنها أناطت بمدير التسجيل صلاحية دعوة الدائن لتسليم مبلغ الدين من صندوق المحكمة، وهذا إجراء أليق بدائرة التنفيذ منه بمدير التسجيل، لذا نقترح حذف عبارة: "دعوة الدائن لتسلمه من صندوق المحكمة".

وبالمحصلة، يظهر نص (١٧١ ملكية عقارية) بعد تهذيبه على الشكل الآتي:
"أ - للراهن الوفاء بمبلغ الدين الموثق بسند الرهن التأميني، وملحقاته، على النحو الآتي: ١ - قبل حلول الأجل المحدد للوفاء بإيداعه لحساب الدائن لدى صندوق المحكمة، ما لم تُحدّد في سند الرهن طريقة أخرى للوفاء. ٢ - بعد حلول الأجل المحدد للوفاء بإيداعه لحساب الدائن لدى صندوق المحكمة، بعد عرضه عليه عرضاً حقيقياً وفقاً لأحكام القانون المدني. ب - مع مراعاة أحكام المادة (١٧٢) من هذا القانون، تُعتبر جميع المبالغ المترتبة في ذمة المدين للدائن، من أصل الدين، وملحقاته، وأي مبالغ أخرى يُحكم بها، مضمونة بالعقار المرهون. ج - على مدير التسجيل، بعد أن يتسلم من

١. تنص المادة (١٣٣٣مئني) على أن: "الرهن لا يتجزأ: وكل جزء من العقار المرهون ضامن لكل الدين؛ وكل جزء من الدين مضمون بالعقار المرهون". المذكرات الإيضاحية...، ج٢، ص ٨٥٣ - ٨٥٤؛ الزحيلي، وهبة، العقود المسماة...، ص ٣٤٨.

الراهن إشعاراً بإيداع مبلغ الدين، وملحقاته، شطب إشارة الرهن من صحيفة السجل العقاري للعقار المرهون تأميناً لذلك الدين".

ثالثاً: سقف ما يُؤدّيه المدين للدائن

تنصُّ المادة (١٧٢ ملكية عقارية) على أنه: "أ - يجب أن لا يزيد مجموع ما يؤديه المدين للدائن من مبلغ الدين وملحقاته وأي تعويض عن عطل وضرر مشترط في سند الرهن، سواء قبل حلول أجل الوفاء بالدين أم بعد حلوله، على ضعف^٢ مبلغ الدين الأصلي الموثق في سند الرهن التأميني ولو نص فيه على غير ذلك. ب - تستثنى من أحكام الفقرة (أ) من هذه المادة أي نفقات أو رسوم أو ضرائب يثبت أن الدائن قد تكبدها لاستيفاء الدين وتنفيذ سند الرهن".

١ . والصواب قوله: "اللا"، لا، "أن لا"؛ إذ الإدغام واجب إذا كانت "أن" عاملة في الفعل (ناصبه)، فإن لم تكن عاملة لم تدغم. ابن قتيبة، أدب الكاتب، ج١، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، مكتبة السعادة (مصر)، ط٤، ١٩٦٣، ص ١٩٦ - ١٩٧.
هذا، وقد وقع واضع المشروع في هذا الخطأ في مواد أخرى: (١٤/د؛ ١٦/أ؛ ٥٠/ج؛ ٦٢/ه؛ ٧٢؛ ٨٠/ج؛ ١٠٦/ب؛ ١١٣/ج؛ ٥، ٦؛ ١٢٧؛ ١٣٩/أ؛ ١٤٩/ب؛ ١٨٤؛ ١٨٥/أ؛ ١٩٤/ج؛ ٢١٠/ج؛ ٢١١/د).

٢ . يُفضّل استبدال لفظة "مثل" بلفظة "ضعف"؛ جاء في لسان العرب: "إنَّ الضعف في الأصل زيادة غير محصورة، ألا ترى قوله تعالى: (فَأُولَئِكَ لَهُمْ جَزَاءُ الضَّعْفِ بِمَا عَمِلُوا) [سبأ: ٣٧] لم يرد به مثلاً، ولا مثلين، وإنما أراد بالضعف الأضعاف، وأولى الأشياء به أن نجعله عشرة أمثاله لقوله سبحانه: (مَنْ جَاءَ بِالْحَسَنَةِ فَلَهُ عَشْرُ أَمْثَالِهَا وَمَنْ جَاءَ بِالسَّيِّئَةِ فَلَا يُجْزَىٰ إِلَّا مِثْلَهَا) [الأنعام: ١٦٠]. فأقلُّ الضعف محصور، وهو المثل، وأكثره غير محصور. وفي الحديث: تضعف صلاة الجماعة على صلاة الفرد [أي الفرد] خمساً وعشرين درجة [رواه البخاري ٦٢٠] بلفظ: "صلاة الرجل في الجماعة تُضعف على صلاته في بيته، وفي سوقه، خمسة وعشرين ضعفاً"، من حديث أبي هريرة - رضي الله عنه [أي تزيد عليها]. ج٩، ص ٢٠٥. حين أن المثل هي "كلمة تسوية... قال ابن بري: الفرق بين المماثلة والمساواة: أن المساواة تكون بين المختلفين في الجنس والمتفقين؛ لأنَّ التساوي هو التكافؤ في المقدار، لا يزيد ولا ينقص. وأمَّا المماثلة فلا تكون إلا في المتفقين... فإذا قيل: هو مثله على الإطلاق فمعناه أنه يسو مسدّه". لسان العرب، ج ١١، ص ٦١٠. ولعل في قوله تعالى: (يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ) [النساء: ١١]، خير شاهد على أن المثل تفيد عين المساواة في المقدار.

هذا، وقد جرى واضع القانون المدني على استخدام لفظة "مثل" للدلالة على هذا المعنى. تنصُّ الفقرة الثانية من المادة (١٠٧ مدني) على أنه: "إذا عدل من دفع العربيون قفده، وإذا عدل من قبضه رده ومثله".

في إطار الفقرة الأولى من هذه المادة: "يجب أن لا يزيد مجموع ما يؤديه المدين..."، يُفضّل استبدال لفظة "الراهن" بلفظة "المدين"؛ إذ قد يعمد الكفيل العينيُّ إلى الوفاء بالدين وملحقاته، دفعاً لمحظور التنفيذ على عقاره المرهون.

نقترح أن تكون صياغة المادة (١٧٢ ملكية عقارية) على النحو الآتي: "أ — يجب ألا يزيد مجموع ما يؤديه الراهن للدائن من مبلغ الدين، وملحقاته، وأي تعويض آخر يُحكم به، سواء قبل حلول أجل الوفاء بالدين، أم بعده، على مثل مبلغ الدين الأصلي الموثق في سند الرهن التأميني. ب — ولا يدخل في حساب المبلغ الإجمالي الذي يتقاضاه الدائن أي نفقات؛ أو رسوم؛ أو ضرائب، يثبت أن الدائن قد تكبدها لاستيفاء الدين، وتنفيذ سند الرهن".

رابعاً (أ): تخلف المدين عن أداء الدين

تنصُّ المادة (١٧٣ ملكية عقارية) على أن: "للدائن المرتهن رهناً تأمينياً عقارياً، أي كانت مرتبة رهنه، أن يطلب إلى دائرة التنفيذ المختصة تنفيذ سند الرهن وبيع العقار المرهون تأميناً لدينه بالمزاد العلني في حال تخلف المدين عن تأدية الدين عند حلول أجل الوفاء به أو في حال تحقق شرط في سند الرهن يقضي بسقوط الأجل لتخلف المدين عن الوفاء بما تعهد به".

أغفلت المادة (١٧٣) الإشارة إلى ضرورة قيام الدائن بإعذار المدين وحائز العقار^٢ قبل مباشرة إجراءات التنفيذ على العقار المرهون، خلافاً لواقع القانون المدني الذي يؤكد على ضرورة الإعذار، تنصُّ المادة (١٣٥٣ مدني)، على أن: "للدائن المرتهن رهناً تأمينياً أن يتخذ إجراءات نزع ملكية

١ . يُفضل الاستغناء عن عبارة "رهناً تأمينياً عقارياً"؛ إذ عبارة الدائن المرتهن، تُصرف حتماً، في هذا المقام، إلى كونه مرتتهناً رهناً تأمينياً عقارياً، إذ جاء عنوان الفصل الثامن موسوماً بـ"رهن العقار رهناً تأمينياً". كما أن واضع المشروع لم يعمد في النصوص الأخرى، في هذا الفصل، إلى نعت الدائن المرتهن بعبارة "رهناً عقارياً تأمينياً".

٢ . وفقاً للمادة (١٣٥٤ مدني): "يُعتبر حائزاً للعقار المرهون كل من انتقلت إليه بعد الرهن ملكيته، أو حق عيني آخر عليه، بأي سبب، دون أن يلزمه شخصياً دين الرهن".

العقار المرهون وبيعه، إذا لم يُؤدَّ الدينُ في ميعاده، وذلك بعد إنذار المدين وحائز العقار طبقاً للإجراءات المنصوص عليها في قانون الإجراءات والقوانين الخاصة^١. وتؤكد على هذا المعنى، أيضاً، الفقرة الأولى من المادة (٦٠) تنفيذي بقولها: "لا يجوز إجراء البيع إلا بعد إخطار المدين بأنه سيصار إلى بيع الأموال المحجوزة، إذا لم يُدفع الدين خلال سبعة أيام تلي تاريخ التبليغ". وهذا المعنى ما هو إلا تأكيد لما ورد في القواعد العامة: تنص المادة (٢٤٦ مدني) على أنه: "١ — في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوفَّ أحد العاقدين بما يجب عليه بالعقد، جاز للعاقِد الآخر — بعد إعداره المدين — أن يُطالب بتنفيذ العقد، أو فسخه. ٢ — ويجوز للمحكمة أن تُلزم المدين بالتنفيذ للحال؛ أو تُنظره إلى أجل مُسمًى؛ ولها أن تقضي بالفسخ [٢] وبالتعويض في كلِّ حال، إن كان له مُقتضى". كما تنص المادة (٢٤٥ مدني) على أنه: "يجوز الاتفاق على أن يُعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه، دون حاجة إلى حكم قضائي، عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه. وهذا الاتفاق لا يُعفي من الإعدار، إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه".

لذا، نقترح وجوب قيام الدائن بتوجيه إعدار للراهن، أو الحائز، قبل المباشرة بإجراءات التنفيذ على العقار، خاصة في الأحوال التي يكون فيها الراهن كفيلاً عينياً، فقد لا يعلم بتخلف الدائن عن الوفاء بالدين، أو بتحقق شرط في سند الرهن يقضي بسقوط أجل الوفاء، فيبادر في مثل هذه الأحوال بأداء الدين، فيتوقى بذلك خطر التنفيذ على عقاره؛ وهذا أدنى إلى تحقيق العدل.

١. تؤكد المادة (١٢٢٩ مدني عربي موحد) على شريطة الإعدار بقولها: "للدائن المرتهن أن يتخذ إجراءات نزع ملكية العقار المرهون، وبيعه، إذا لم يُؤدَّ الدين في ميعاده، وذلك بعد إنذار المدين وحائز العقار طبقاً للقانون".

٢. والصواب: "لم يف".

٣. ظاهر عبارة النصّ تُوحى أنّ الحكم بالتعويض لا يكون إلا عند الحكم بالفسخ، مع أنّ سلطة القاضي في الحكم بالتعويض ثابتة في جميع الأحوال؛ لذا قمنا بوضع فاصلة، حتى يستقيم مراد المشرع؛ إذ المطالبة بالتعويض تكون عند إخلال المدين بتنفيذ التزامه، أي ما كان حكم المحكمة.

بناءً على ذلك، نقترح أن تكون صياغة المادة (١٧٣ ملكية عقارية) على النحو الآتي: "للدائن المرتهن، أيًا كانت رتبة رهنه، بعد إعدار المدين وحائز العقار طبقاً للإجراءات المنصوص عليها في قانون الإجراء والقوانين الخاصة، أن يطلب إلى دائرة التنفيذ المختصة، تنفيذ سند الرهن، وبيع العقار المرهون تأميناً لدينه بالمزاد العلني، وذلك إذا تخلف المدين عن تأدية الدين عند حلول أجل الوفاء به؛ أو إذا تحقّق شرط في سند الرهن يقضي بسقوط الأجل عند تخلف المدين عن الوفاء بما تعهّد به".

رابعاً (ب): تنفيذ سند الرهن

تنصُّ المادة (١٧٤ ملكية عقارية) على أن: "أ - يجري تنفيذ سند الرهن لدى دائرة التنفيذ المختصة التي تتولى مباشرة إجراءات تنفيذ السند وبيع العقار المرهون تأميناً للدين بالمزاد العلني طبقاً للإجراءات المنصوص عليها في قانون التنفيذ. ب - تستمر مديريات التسجيل في تنفيذ سندات الرهن التي باشرتها قبل نفاذ أحكام هذا القانون ولم تمض سنة واحدة^١ على آخر إجراء فيها وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في قانون وضع الأموال غير المنقولة تأميناً للدين ويقوم مدير التسجيل مقام رئيس التنفيذ في المعاملات الجاري تنفيذها. ج - يسقط حق المحكوم له بتنفيذ الحكم القاضي بإعلان بطلان^٢ إجراءات بيع العقار المرهون بالمزاد العلني إذا لم ينفذ الحكم خلال ثلاث سنوات من تاريخ اكتسابه الدرجة القطعية ما لم يوجد عذر شرعي يحول دون تنفيذه".

١ . يُفضّل حذف لفظة "واحدة" في عبارة "ولم تمض سنة واحدة"؛ إذ جاءت تزييداً يستقيم المعنى بدونها، فللفظة "واحدة" جاءت نعتاً، لم يُضف معنى جديداً، إذ الأصل في الكلام الإفادة.
٢ . استبدال عبارة "بقرار بطلان" بعبارة "إعلان بطلان"؛ إذ عبارة "تقرير البطلان" البق في إطار الصياغة القانونية، فالبطلان جزاء يُقرّر (أثر كاشف)، لا يُعلن.

رابعاً (ج): انقضاء الرهن التأميني ببيع العقار بالمزاد العلني تنص المادة (١٧٥ ملكية عقارية) على أن: "ينقضي الرهن التأميني ببيع العقار المرهون بالمزاد العلني ودفع ثمنه إلى الدائنين المرتهنين طبقاً لمرتبة كل واحد منهم أو إيداعه لحسابهم".

هذا النص يؤكد على الأحكام القانونية التي تنص عليها المادة (١٣٦٦ مدني)، بقولها: "ينقضي الرهن ببيع العقار المرهون، وفقاً لقانون الإجراء والقوانين الخاصة، ودفع ثمنه إلى الدائنين المرتهنين طبقاً لمرتبة كل منهم، أو إيداعه".

يُفضل أن تُذيل المادة (١٧٥ ملكية عقارية) بعبارة: "... لدى صندوق المحكمة". تحقيقاً للتناغم مع نص المادة (١٧١ ملكية عقارية).

لذا، نوصي بأن تخرج المادة (١٧٥ ملكية عقارية) في صياغتها النهائية، لتكون على الوجه الآتي: "ينقضي الرهن التأميني ببيع العقار المرهون بالمزاد العلني، ودفع ثمنه إلى الدائنين المرتهنين طبقاً لمرتبة كل واحد منهم، أو إيداعه لحسابهم لدى صندوق المحكمة".

رابعاً (د): حق الراهن في استرداد العقار بعد تسجيله باسم الراسي عليه المزاد

تنص المادة (١٧٦ ملكية عقارية) على أنه: "إذا أُحيل العقار على الدائن المرتهن فلا يجوز له أن يتصرف فيه بالبيع أو بالرهن أو بالمبادلة أو بالهبة أو بالإفراز خلال سنة واحدة^١ من تاريخ تسجيل العقار باسمه، ويحق للراهن أو لورثته خلال تلك المدة استرداد هذا العقار إذا جرى دفع بدل المزايدة مع

^١ . يُفضل حذف لفظة "واحدة" من عبارة "سنة واحدة"؛ لما سبق بيانه في هذا الصدد في إطار المادة (٢/١٧٤ ملكية عقارية).

الرسوم والنفقات، وتخفض تلك المدة إلى (٦) سنة أشهر إذا أُحيل العقار على شخص آخر غير الدائن المرتهن".

يُسجَل على هذا النصُّ ثلاثٌ ملاحظات:

الأولى: يبدو أن المشرع لم يكن موفقاً عندما قرَّر النزول بالمدة إلى ستة أشهر إذا أُحيل العقار على غير الدائن المرتهن^٢ من جهتين: الأولى: إنَّ الهدف من هذه المدة هو توفير حماية للراهن، إذ غالباً ما يُباع العقار بالمزاد العلني بأقلِّ بكثير من ثمن المثل. أمَّا الثانية: إنَّ هذه الإمارة تفتح الباب واسعاً للتحايل على أحكام القانون؛ إذ حسب الدائن المرتهن أن يعتمد إلى شراء العقار باسم مستعار، للاستفادة من مدة الستة الأشهر تلك.

الثانية: يُفضَّل استبدال لفظة "تصرف" بعبارة "يتصرف فيه بالبيع أو بالرهن أو بالمبادلة أو بالهبة أو بالإفراز". لما قد يترتب على العبارات التي أوردها واضع المشروع من اختلاف في تفسيرها، فيثور التساؤل هل وردت هذه التصرفات على سبيل الحصر أم على سبيل المثال؟ كما أنَّ لفظة "تصرف" مطلقة تحمل على التصرف القانوني والمادي. فكما يحظر على الراسي عليه المزاد التصرف بالعقار تصرفاً قانونياً يحظر عليه، أيضاً، التصرف المادي، بهدمه، مثلاً؛ لاتِّحاد العلة.

١ . يجب حذف العدد (٦)؛ إذ أصول الصياغة التشريعية تجري على كتابة الأعداد (والأرقام) بالحروف، لا سيَّما وأنَّ واضع المشروع يعتمد إلى ذكر العدد بين قوسين، ثمَّ يُتبعه بالنصِّ عليه كتابة بالحروف.

وتجدر الملاحظة أنَّ واضع المشروع قد وقع في هذا الخلل في أكثر من موطن: رَ المواد: (١١/ب/١؛ ١٤/ب؛ ١٦/أ؛ ٢٦/أ؛ ٢٩؛ ٤٠؛ ٤٦/٢؛ ٥٠؛ ٦٠؛ ٦٦/أ؛ ٦٧/أ؛ ٧٨/ج؛ ٧٩/أ؛ ٨٥؛ ٨٩/أ؛ ٩١/أ؛ ٩٦/أ؛ ٩٧/١؛ ٩٨/ب؛ ١٠٠/ج؛ ١٠٣/أ؛ ١١٢/أ؛ ١١٣/ج؛ ١١٤/أ؛ ١٢٤/ج؛ ١٢٥؛ ١٢٧؛ ١٤٠؛ ١٤٢؛ ١٤٤/ب؛ ج؛ ١٤٦؛ ١٥١؛ ١٥٣/ب؛ ج؛ ١٨٢/أ؛ ١٨٣/أ؛ ١٨٧/أ؛ ١٨٨/أ؛ ١٩٠/ب؛ د؛ ١٩٢/أ؛ ب؛ ج؛ ١٩٩؛ ٢٠٤/ب؛ ٢٠٦/أ؛ ٢٠٧/أ؛ ٢١٠/ج؛ ٢١١/هـ؛ ٢١٢/أ؛ ٢٢٠/ب، ج).

٢ . خلافاً لقانون التنفيذ الذي كان أكثر حرصاً على مصلحة الراهن؛ فجعل المدة سنة، بغض النظر، عن صفة الشخص الذي رسا عليه المزاد. تنصُّ الفقرة الأولى من المادة (١٠٤ تنفيذ) على أنه: "لا يجوز لمن أُحيل عليه المال غير المنقول أن يتصرف في ذلك المال بالبيع، أو الرهن، أو المبادلة، أو الهبة، أو الإفراز، خلال سنة من تاريخ تسجيل المال باسمه؛ إذ يحقُّ خلال هذه المدة استرداد هذا المال، إذا قام المدين، أو ورثته، يدفع بدل المزايدة مع الرسوم والنفقات".

الثالثة: أغفل واضع المشروع بيان الجزاء المترتب على تصرف الراسي عليه المزاد بالعقار خلال مدة السنة (أو الستة الأشهر). وإعمالاً للقواعد العامة يكون التصرف صحيحاً موقوف النفاذ على إجازة المالك السابق (الراهن: المدين؛ الكفيل العيني)¹. ولكن السؤال المطروح هنا، هل هذا هو الجزاء الذي أراده واضع المشروع فعلاً؟ يبدو أن الجواب بالنفي. وآية ذلك قوله: "إذا أُحيل العقار على الدائن المرتهن فلا يجوز له أن يتصرف فيه...". ولعلّه أراد من عبارة "فلا يجوز له" وصمه بالبطلان. لذا نقترح النصّ صراحة على إعمال جزاء البطلان، إن تصرف الراسي عليه المزاد بالعقار تصرفاً قانونياً، أمّا إن كان مادياً فيلزم بالتعويض.

لذا، نقترح أن تُعاد صياغة المادة (١٧٦ ملكية عقارية) لتكون على النحو الآتي: "أ — يجوز للراهن، أو ورثته، استرداد العقار ممن سجّل باسمه نتيجة المزايمة خلال سنة من تاريخ تسجيل العقار باسمه، على أن يقوم بدفع بدل المزايمة وأي رسوم أو نفقات أخرى. ب — ويقع باطلاً كل تصرف يترتب عليه نقل ملكية العقار، ولو مآلاً، يصدر عن الشخص الذي أُحيل عليه العقار المرهون بالمزاد العلني، إذا تمّ خلال سنة من تاريخ تسجيل العقار باسمه. ويلتزم بضمان ما يأتيه، خلال هذه المدة، من أعمال تُؤدّي إلى الانتقاص من قيمة العقار".

١. تنص المادة (١٧١ مدني) على أن: "يكون التصرف موقوف النفاذ على الإجازة: إذا صدر من فضولي في مال غيره؛ أو من مالك في مال له تعلق به حق الغير...". وهذا يذكرنا بموقف المشرع حين أغفل بيان الجزاء المترتب على مخالفة الشرط المانع من التصرف، ممّا دفع بعض الفقهاء، بحق، إلى اعتبار التصرف في هذه الحالة صحيحاً موقوف النفاذ على إجازة من وضع الشرط لمصلحته (ويكون للمشتري في جميع الأحوال مصلحة أدبية معتبرة). سوار، محمّد وحيد الدين، حق الملكية في ذاته في القانون المدني، دار الثقافة، ط٢، ٢٠١٠، ف٩٣، ص١٠٣ - ١٠٤.

رابعاً (هـ): حظر الطعن بإجراءات التنفيذ على العقار خلال سنة من تاريخ تسجيله باسم المزاد الأخير

تنص المادة (١٧٧ ملكية عقارية) على أنه: "أ - ١ - لا يجوز للمدين الطعن بإجراءات التنفيذ على المال غير المنقول^١ بعد سنة من تاريخ تسجيله باسم المزاد الأخير ما لم يكن الطعن بالتزوير. ٢ - في حال وقوع طعن أمام المحكمة المختصة^٢ بإجراءات التنفيذ على المال غير المنقول، فعلى المحكمة الطلب من الدائرة التأشير على السجل العقاري لذلك المال بوقوع طعن بإجراءات التنفيذ. ب - تعد التبليغات التي أجزتها مديرية التسجيل وفق أحكام قانون وضع الأموال غير المنقولة تأميناً للدين رقم (٤٦) لسنة ١٩٥٣ بشأن تنفيذ سندات الرهن التأميني العقارية^٣ لديها، صحيحة ومنتجة لآثارها القانونية ما لم يطعن فيها بالتزوير، ويسري^٤ هذا الحكم على ما لم يفصل فيه من دعاوى المنظورة أمام المحاكم".

١ . يُستحسن استبدال لفظة "عقار"، بعبارة "أموال غير منقولة" (وكذا، في البند الثاني من هذه الفقرة)؛ فأصول الصياغة القانونية تقتضي وحدة المصطلح. كما أن واضع المشروع اعتمد لفظة العقار في هذا المشروع، لا عبارة "الأموال غير المنقولة"؛ فأتى في المادة الثانية منه على تعريف العقار، مما يدل على تبني هذا المصطلح. إضافة إلى ذلك، فإن لفظة "العقار" تفضل عبارة "المال غير منقولة"؛ إذ إنها مفردة، حين أن الثانية مركبة؛ واليلاغة إنما تكون في الإيجاز.

٢ . إن نعت المحكمة بلفظة "المختصة"، جاء تزيدياً؛ إذ عرّف واضع المشروع المحكمة في المادة الثانية، بقوله: "المحكمة: محكمة البداية التي يقع العقار ضمن دائرة اختصاصها".

٣ . لفظة "العقارية" جاءت، هنا، تزيدياً، يستقيم النص بدونها؛ إذ إن هذا الفصل إنما يعالج الرهن التأميني العقاري كما هو موسوم في عنوانه.

٤ . يجب استبدال عبارة "وتُطبّق" بعبارة "وتسري"، في هذه المادة، وفي كل موطن وردت فيه في هذا المشروع (ر المواد: ١/١٣، د؛ ١/١٥؛ ٣/٩؛ ٤/١؛ ٥/٧٩، هـ؛ ٨/١؛ ٨٣؛ ١٠٤؛ ج؛ ١٣٤/ب؛ ١٣٩/ب؛ ج؛ ١/٤٨؛ ب؛ ١/١٨٨؛ ب؛ ١٩٦؛ ١٩٦/ب).

عبارة "تسري"، وما اشتق منها، من الأخطاء الشائعة في إطار الصياغة التشريعية التي وقع فيها المشرع العربي والأردني، وكذا، كثير من الفقه والصواب هو قولنا: تجري، أو تنفذ، أو تُطبّق، أو تمضي...؛ لأن سرى معناه سار ليلاً. جاء في لسان العرب: "أسرّيت بمعنى إذا سيرت ليلاً. وفي التنزيل العزيز: (سبحان الذي أسرى بعبده ليلاً) [الإسراء: ١]. وقال أبو إسحاق: في قوله عز وجل: (سبحان الذي أسرى بعبده)، قال: معناه سيرَ عبده، يُقال: أسرّيت وسرّيت إذا سيرت ليلاً، وإنما قال سبحانه: (سبحان الذي أسرى بعبده ليلاً)، وإن كان السرى لا يكون إلّا بالليل، للتأكيد. ج ١٤، ص ٣٨٢. ر قريباً من ذلك، سوار، الاتجاهات...، ص ٥١، حاشية رقم (١).

يُستحسن استبدال لفظة "للاهن" بلفظة "للمدين" الواردة في صدر البند الأوّل من الفقرة الأولى من المادة (١٧٧)؛ فالحظر في الطعن بالإجراءات كما ينطبق على المدين ينطبق، كذلك، على الكفيل العينيّ.

يُفضّل إعادة صياغة المادة (١٧٧ ملكيّة عقاريّة) بحيث تكون على النحو الآتي: "أ — لا يجوز للاهن الطعن بإجراءات التنفيذ على العقار المرهون بعد مُضي سنة على تاريخ تسجيله باسم المزاد الأخير، ما لم يكن الطعن بالتزوير. ب — في حال وقوع طعن أمام المحكمة بإجراءات التنفيذ على العقار المرهون، فعلى المحكمة الطلب من الدائرة التأشير على صحيفة السجل العقاريّ لذلك العقار بوقوع طعن بإجراءات التنفيذ. ج — تُعدّ التبليغات التي أجرتها مديرية التسجيل وفق أحكام قانون وضع الأموال غير المنقولة تأميناً للدين رقم (٤٦) لسنة ١٩٥٣، بشأن تنفيذ سندات الرهن التأمينيّ لديها، صحيحة ومنتجة لآثارها القانونيّة، ما لم يُطعن فيها بالتزوير، وينطبق هذا الحكم على ما لم يُفصل فيه من الدعاوى المنظورة أمام المحاكم".

المراجع

الفقه الإسلامي

- مصطفى أحمد الزرقا، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد (١)، المدخل الفقهي العام، ج ١، دار القلم، دمشق، ط ٣، ٢٠١٢.
- أبو عبد الله القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج ٨، دار الشعب (القاهرة)، بدون سنة نشر، ورقم طبعة.

المراجع القانونية

- وهبة الزحيلي، العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني، دار الفكر (دمشق)، ط ٥، ٢٠٠٥.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، في التأمينات العينية والشخصية، م ١٠، بدون دار نشر، وسنة نشر، ورقم طبعة.
- محمد وحيد الدين سوار:
- حق الملكية في ذاته في القانون المدني، دار الثقافة، ط ٢، ٢٠١٠.
- شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية (٢)، أسباب كسب الملكية، والحقوق المشتقة من حق الملكية. دراسة موازنة بالمدونات العربية، دار الثقافة، ط ١، ١٩٩٩.
- شرح القانون المدني، الحقوق العينية التبعية (٣): الرهن المجرد؛ الرهن الحيازي؛ حقوق الامتياز، دار الثقافة، ط ١، الإصدار الخامس، ٢٠٠٦.
- الاتجاهات العامة في القانون المدني الأردني، دراسة موازنة بالفقه الإسلامي والمدونات المدنية العربية، دار الثقافة، ط ٢، ٢٠٠١.

المدونات القانونية وشروحها

- قانون البنات وتعديلاته، رقم (٣٠)، لعام ١٩٥٢، منشور بالجريدة الرسمية، العدد (١١٠٨)، بتاريخ: ١٧/٥/١٩٥٢، ص ٢٠٠.
- قانون التنفيذ، رقم (٢٥)، لعام ٢٠٠٧، منشور بالجريدة الرسمية، العدد (٤٨٢١)، بتاريخ: ١٦/٤/٢٠٠٧، ص ٢٢٦٢.
- قانون حماية اللغة العربية، رقم (٣٥)، لعام ٢٠١٥، منشور بالجريدة الرسمية، العدد (٥٣٤٧)، بتاريخ: ١/٧/٢٠١٥، ص ٦٢٩٨.
- قانون السير، رقم (٤٩)، لعام ٢٠٠٨، منشور بالجريدة الرسمية، العدد (٤٩٢٤)، بتاريخ: ١٧/٨/٢٠٠٨، ص ٣٤٩٢.
- القانون المدني الأردني، رقم (٤٣)، لعام ١٩٧٦، منشور بالجريدة الرسمية، العدد (٢٦٤٥)، بتاريخ: ١/٨/١٩٧٦، ص ٢. مع مذكراته الإيضاحية، إعداد المكتب الفني لنقابة المحامين، عمان، ٢٠٠٠.
- القانون المدني العربي الموحد ومذكرته الإيضاحية، جامعة الدول العربية، الإدارة العامة للشؤون القانونية (الأمانة الفنية لمجلس وزراء العدل العرب)، اعتمده مجلس وزراء العدل العرب قانوناً نموذجياً بالقرار رقم (٢٢٨ — د. ١٢)، بتاريخ: ١٩٩٦/١١/١٩.

كتب اللغة

- (ابن قتيبة) عبد الله بن مسلم بن قتيبة الدينوري، أدب الكاتب، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، مكتبة السعادة (مصر)، ط ٤، ١٩٦٣.

- (ابن منظور) محمد بن مكرم بن منظور الأفرقيّ المصريّ، لسان العرب، دار صادر (بيروت)، ط ١، بدون سنة نشر.
- (الرازي) محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، مختار الصحاح، دار الكتب العلميّة (بيروت) ط ١، ١٩٩٤.
- مجمع اللغة العربيّة، الإدارة العامّة للمعجمات وإحياء التراث (مصر)، المعجم الوسيط، قام بإخراجه: إبراهيم مصطفى؛ أحمد حسن الزيات؛ حامد عبد القادر؛ محمد علي النجار، دار الدعوة، بدون دار نشر، وسنة نشر، ورقم طبعة.

ملحق بالتعديلات المقترحة

الفصل الثامن

رهن العقار رهناً تأمينياً

النص بعد التعديل	النص الأصلي
<p>"أ - يجوز رهن العقار، أو أيّ حصّة شائعة فيه، رهناً تأمينياً ضماناً لدين على مالكه، أو كفالة لدين على غير مالكه. ب - يُعتبر رهن العقار باطلاً، إذا لم يتمّ توثيقه لدى مديرية التسجيل. د - تُصرف لفظة "الراهن" حيثما وردت في هذا الفصل إلى كل من المدين والكفيل العيني، هذا، ما لم تدلّ القرينة على خلاف ذلك".</p>	<p>المادة ١٦٠ — أ - يجوز رهن العقار، أو أيّ حصّة شائعة فيه، رهناً تأمينياً ضماناً لدين على مالكه أو كفالة لدين على غير مالكه. ب - يجوز رهن العقار رهناً تأمينياً ضماناً لدين جهة رسمية أو مؤسسة عامة كانت أم خاصة أو شركة أو بنك مصرح لأي منهما بمزاولة أعماله في المملكة. ج - لا ينعقد رهن العقار إلا بتسجيله لدى مديرية التسجيل. د - تنصرف كلمة الراهن حيثما وردت في هذا الفصل؛ إلى كل من المدين والكفيل، وذلك في حال كان رهن العقار كفالة لدين على غير مالكه، ما لم تدلّ القرينة على غير ذلك".</p>
<p>لا تعديل</p>	<p>المادة ١٦١ — "يجوز رهن العقار رهناً تأمينياً ضماناً لدين محدد يتوقع تحققه في ذمة المدين مستقبلاً".</p>
<p>"يجوز إنشاء أكثر من رهن تأميني على عقار واحد. وتُحدّد رتبة كل واحد منها تبعاً لتاريخ قيده في صحيفة السجل العقاري للعقار المرهون".</p>	<p>المادة ١٦٢ — "يجوز إنشاء أكثر من رهن تأميني على عقار واحد، تتعين مرتبة كل واحد منها تبعاً لتاريخ قيده في السجل العقاري للعقار المرهون".</p>
<p>لا تعديل</p>	<p>المادة ١٦٣ — أ - يقدم الراهن طلباً خطياً إلى مدير التسجيل لرهن عقاره رهناً تأمينياً. ب - يجري مدير التسجيل أو من يفوضه من موظفي مديرية التسجيل كشفاً على العقار</p>

المطلوب رهنه ويعد تقريراً بنتيجته مشتملاً على ما يلي:- ١ - رقم القطعة، ورقم الشقة أو الطابق أو المبنى، في حال كان العقار المطلوب رهنه شقة أو طابقاً أو مبنى، والحصص المطلوب رهنها، في حال كان المطلوب رهنه حصصاً في عقار، ورقم الحوض واسمه، ورقم الحي، إن وجد، واسمه واسم القرية والمحافظة. ٢ - وصف للعقار وموقعه ومساحته وصفة استعماله. ٣ - وصف للأبنية والإنشاءات المقامة على العقار والأشجار المغروسة فيه. ٤ - أسماء شاغلي العقار إذا كان العقار مشغولاً وصفاتهم وتحديد القسم الذي يشغله كل واحد منهم من العقار، وفي حال كان الشاغل مستأجراً يذكر مقدار بدل الإيجار وتاريخ بدء الإجارة ومدتها. ٥ - تاريخ الكشف على العقار وتاريخ تنظيم التقرير. ٦ - توقيع معد التقرير، وتوقيع من يرغب من شاغلي العقار بحضور معد التقرير. ج - يقوم مدير التسجيل، أو من يفوضه بما يلي:- ١ - دعوة كل من الراهن والدائن المرتهن للتوقيع على التقرير بحضوره والتصديق على صحة توقيعاتهم على التقرير. ٢ - أخذ إقرار على الدائن بموافقه على تنظيم سند رهن العقار تأميناً لدينه، بالحالة المثبتة للعقار في تقرير الكشف، مع حفظ حقوق الشاغلين بالانتفاع بالعقار وفقاً لأحكام هذا الفصل والتشريعات النافذة".

لا تعديل	<p>المادة ١٦٤ — "يُنظَّم سند الرهن ويسجل لدى مديرية التسجيل، ويتولى مديرها، أو من يفوضه من موظفيها، القيام بما يلي: — أ — التصديق على سند الرهن بعد أن يقر بحضوره كل من الراهن والدائن المرتهن في السند بموافقتهما على ما ورد فيه، وبعد أن تدون فيه بصورة مفصلة محال إقامتهم. ب — إدراج إشارة في السجل العقاري للعقار تفيد بأنه مرهون رهناً تأمينياً مع بيان مرتبة^{١٢٥٥} الرهن وإعطاء كل من الراهن والدائن المرتهن نسخة من سند الرهن والقيّد مقابل توقيعهم بتسلمها".</p>
إلغاء	<p>المادة ١٦٥ — "على الرغم مما ورد في أي تشريع آخر، تعمل المحاكم ودوائر التنفيذ والدوائر الرسمية بما اشتمل عليه سند الرهن التأميني العقاري المنظم وفقاً لأحكام هذا الفصل، ويبقى السند منتجاً لأثاره طالما أن الدين الموثق به لم ينقض لأي سبب من أسباب انقضاء الدين".</p>
<p>"يشمل وعاء الرهن التأميني؛ ملحقات العقار المرهون من أبنية، وإنشاءات، وأشجار، وتحسينات، وعقارات بالتخصيص؛ وأي حقوق رُتبت لمنفعة العقار، كحقوق الارتفاق؛ سواء أكانت قائمة وقت الرهن، أم أُحدثت بعده".</p>	<p>المادة ١٦٦ — "يشمل الرهن التأميني ملحقات العقار المرهون من أبنية وإنشاءات وأشجار وتحسينات وعقارات بالتخصيص، سواء أُحدثت قبل الرهن أم بعده، كما يشمل أي حقوق رتبت لمنفعة هذا العقار كحقوق الارتفاق".</p>
لا تعديل	<p>المادة ١٦٧ — "لراهن أن ينتفع بالعقار</p>

1255 . يُفضَّل استبدال لفظة "رتبة" بلفظة "مرتبة".

	<p>المرهون رهناً تأمينياً، وله حق إدارته والحصول على غلته إلى حين بيع العقار بالمزاد العلني تنفيذاً لسند الرهن".</p>
<p>"للاهن أن يتصرفَ في عقاره المرهون رهناً تأمينياً، دون أن يؤثر ذلك على حقوق المرتهن".</p>	<p>المادة ١٦٨ — "للاهن أن يبيع العقار المرهون بموافقة الدائن إلى شخص آخر يقبل تملك العقار منقلاً بالرهن على أن تبقى معاملة الرهن على ما هي عليه".</p>
<p>أ — على الراهن المحافظة على المرهون، وفق عناية الشخص المعتاد؛ وإلّا كان مسؤولاً عن ضمان كل ما يصيب المرهون من نقص. ب — ويحق للدائن المرتهن أن يعترض على كل عمل من شأنه أن ينقص من قيمة المرهون. وللمحكمة، بناءً على طلبه، أن تأمر باتخاذ ما تراه مناسباً من إجراءات للمحافظة على المرهون".</p>	<p>المادة ١٦٩ — "يضمن الراهن العقار المرهون رهناً تأمينياً، ويسأل في مواجهة المرتهن عن كل ضرر يلحق بالعقار المرهون إلى حين الوفاء بالدين وذلك في حدود مسؤوليته".</p>
<p>للدائن أن يحيل على الغير دينه مع حقه العيني على العقار المرهون، شريطة موافقة المدين والكفيل العيني، إن وجد. وله أن يجري ذلك، دون موافقتها، إذا كان سند الدين محرراً للأمر. وفي كلتا الحالتين، تُعتبر الإحالة باطلة، إذا لم يتم توثيقها لدى مديرية التسجيل".</p>	<p>المادة ١٧٠ — "للدائن بموافقة الراهن الخطية، أن يحيل إلى آخر حقه لدى المدين مع ما له من ضمان على العقار المرهون تأميناً لدينه، ودون موافقة الراهن إذا كان سند الرهن التأميني محرراً للأمر، وفي كلتا الحالتين لا تنفذ هذا الإحالة إلا بتسجيلها في السجل العقاري وبقيدها على سند الرهن".</p>
<p>أ — للاهن الوفاء بمبلغ الدين الموثق بسند الرهن التأميني، وملحقاته، على النحو الآتي: ١ — قبل حلول الأجل المحدد للوفاء بإيداعه لحساب الدائن لدى صندوق المحكمة، ما لم تحدد في سند الرهن طريقة أخرى للوفاء. ٢ — بعد حلول الأجل المحدد للوفاء بإيداعه</p>	<p>المادة ١٧١ — أ — للمدين الوفاء بمبلغ الدين الموثق بسند الرهن التأميني وملحقاته على النحو التالي:— ١ — قبل حلول الأجل المحدد للوفاء به بإيداعه لحساب الدائن لدى صندوق المحكمة ما لم تحدد في سند الرهن طريقة أخرى للوفاء. ٢ — بعد حلول الأجل</p>

<p>لحساب الدائن لدى صندوق المحكمة، بعد عرضه عليه عرضاً حقيقياً وفقاً لأحكام القانون المدني. ب — مع مراعاة أحكام المادة (١٧٢) من هذا القانون، تُعتبر جميع المبالغ المترتبة في ذمّة المدين للدائن، من أصل الدين، وملحقاته، وأي مبالغ أخرى يُحكم بها، مضمونة بالعقار المرهون. ج — على مدير التسجيل، بعد أن يتسلم من الراهن إشعاراً بإيداع مبلغ الدين، وملحقاته، شطب إشارة الرهن من صحيفة السجل العقاري للعقار المرهون تأميناً لذلك الدين".</p>	<p>المحدد للوفاء به بإيداعه لحساب الدائن لدى صندوق المحكمة بعد عرضه عليه عرضاً حقيقياً وفقاً لأحكام القانون المدني. ب — إذا اشترط على المدين في سند الرهن أن يدفع للدائن مبلغاً محدداً تعويضاً له عن عطل وضرر إضافة إلى مبلغ الدين الأصلي، فعلى المدين أن يؤدي إلى الدائن المبلغين معاً. ج — على مدير التسجيل، بعد أن يتسلم من المدين إشعاراً بإيداع مبلغ الدين وملحقاته، دعوة الدائن لتسلمه من صندوق المحكمة، وشطب إشارة الرهن التأميني من السجل العقاري للعقار المرهون تأميناً لذلك الدين".</p>
<p>"أ — يجب ألا يزيد مجموع ما يؤديه الراهن للدائن من مبلغ الدين، وملحقاته، وأي تعويض آخر يُحكم به، سواء قبل حلول أجل الوفاء بالدين، أم بعده، على مثل مبلغ الدين الأصلي الموثق في سند الرهن التأميني. ب — ولا يدخل في حساب المبلغ الإجمالي الذي يتقاضاه الدائن أي نفقات؛ أو رسوم؛ أو ضرائب، يثبت أن الدائن قد تكبدها لاستيفاء الدين، وتنفيذ سند الرهن".</p>	<p>المادة ١٧٢ — "أ — يجب أن لا يزيد مجموع ما يؤديه المدين للدائن من مبلغ الدين وملحقاته وأي تعويض عن عطل وضرر مشروط في سند الرهن، سواء قبل حلول أجل الوفاء بالدين أم بعد حلوله، على ضعف مبلغ الدين الأصلي الموثق في سند الرهن التأميني ولو نص فيه على غير ذلك. ب — تستثنى من أحكام الفقرة (أ) من هذه المادة أي نفقات أو رسوم أو ضرائب يثبت أن الدائن قد تكبدها لاستيفاء الدين وتنفيذ سند الرهن".</p>
<p>"للدائن المرتهن، أيًا كانت رتبة رهنه، بعد إعدار المدين وحائز العقار طبقاً للإجراءات المنصوص عليها في قانون الإجراءات والقوانين الخاصة، أن يطلب إلى دائرة التنفيذ المختصة، تنفيذ سند الرهن، وبيع العقار المرهون تأميناً لدينه بالمزاد العلني، وذلك إذا تخلف المدين</p>	<p>المادة ١٧٣ — "للدائن المرتهن رهناً تأمينياً عقارياً، أيًا كانت مرتبة رهنه، أن يطلب إلى دائرة التنفيذ المختصة تنفيذ سند الرهن وبيع العقار المرهون تأميناً لدينه بالمزاد العلني في حال تخلف المدين عن تادية الدين عند حلول أجل الوفاء به أو في حال تحقق شرط في سند</p>

<p>عن تأدية الدين عند حلول أجل الوفاء به، أو إذا تحقَّق شرط في سند الرهن يقضي بسقوط الأجل عند تخلف المدين عن الوفاء بما تعهَّد به".</p>	<p>الرهن يقضي بسقوط الأجل لتخلف المدين عن الوفاء بما تعهد به".</p>
<p>لا تعديل</p>	<p>المادة ١٧٤ — أ — يجري تنفيذ سند الرهن لدى دائرة التنفيذ المختصة التي تتولى مباشرة إجراءات تنفيذ السند وبيع العقار المرهون تأميناً للدين بالمزاد العلني طبقاً للإجراءات المنصوص عليها في قانون التنفيذ. ب — تستمر مديريات التسجيل في تنفيذ سندات الرهن التي باشرتها قبل نفاذ أحكام هذا القانون ولم تمض سنة واحدة^١ على آخر إجراء فيها وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في قانون وضع الأموال غير المنقولة تأميناً للدين ويقوم مدير التسجيل مقام رئيس التنفيذ في المعاملات الجاري تنفيذها. ج — يسقط حق المحكوم له بتنفيذ الحكم القاضي بإعلان بطلان^٢ إجراءات بيع العقار المرهون بالمزاد العلني إذا لم ينفذ الحكم خلال ثلاث سنوات من تاريخ اكتسابه الدرجة القطعية ما لم يوجد عذر شرعي يحول دون تنفيذه".</p>
<p>"ينقضي الرهن التأميني ببيع العقار المرهون بالمزاد العلني، ودفع ثمنه إلى الدائنين المرتهنين طبقاً لرتبة كل واحد منهم، أو إيداعه</p>	<p>المادة ١٧٥ — "ينقضي الرهن التأميني ببيع العقار المرهون بالمزاد العلني ودفع ثمنه إلى الدائنين المرتهنين طبقاً لمرتبة كل واحد منهم</p>

^١ . يُفصل حذف لفظة "واحدة" في عبارة "ولم تمض سنة واحدة"؛ إذ جاءت تزييداً يستقيم المعنى بدونها.

^٢ . استبدال عبارة "بتقرير بطلان" بعبارة "إعلان بطلان".

لحسابهم لدى صندوق المحكمة".	أو إيداعه لحسابهم".
<p>أ — يجوز للراهن، أو ورثته، استرداد العقار ممن سُجِّل باسمه نتيجة المزايدة خلال سنة من تاريخ تسجيل العقار باسمه، على أن يقوم بدفع بدل المزايدة وأي رسوم أو نفقات أخرى. ب — ويقع باطلاً كل تصرف يترتب عليه نقل ملكية العقار، ولو مآلاً، يصدر عن الشخص الذي أُحيل عليه العقار المرهون بالمزاد العلني، إذا تمَّ خلال سنة من تاريخ تسجيل العقار باسمه. ويلتزم بضمان ما يأتيه، خلال هذه المدَّة، من أعمال تُؤدِّي إلى الانتقاص من قيمة العقار".</p>	<p>المادة ١٧٦ — "إذا أُحيل العقار على الدائن المرتهن فلا يجوز له أن يتصرف فيه بالبيع أو بالرهن أو بالمبادلة أو بالهبة أو بالإفراز خلال سنة واحدة من تاريخ تسجيل العقار باسمه، ويحق للراهن أو لورثته خلال تلك المدَّة استرداد هذا العقار إذا جرى دفع بدل المزايدة مع الرسوم والنفقات، وتخفيض تلك المدَّة إلى (٦) سنة أشهر إذا أُحيل العقار على شخص آخر غير الدائن المرتهن".</p>
<p>أ — لا يجوز للراهن الطعن بإجراءات التنفيذ على العقار المرهون بعد مُضي سنة على تاريخ تسجيله باسم المزاد الأخير، ما لم يكن الطعن بالتزوير. ب — في حال وقوع طعن أمام المحكمة بإجراءات التنفيذ على العقار المرهون، فعلى المحكمة الطلب من الدائرة التأشير على صحيفة السجل العقاري لذلك العقار بوقوع طعن بإجراءات التنفيذ. ج — تُعدُّ التبليغات التي أجزتها مديرية التسجيل وفق أحكام قانون وضع الأموال غير المنقولة تأميناً للدين رقم (٤٦) لسنة ١٩٥٣، بشأن تنفيذ سندات الرهن التأميني لديها، صحيحة ومنتجة لآثارها القانونية، ما لم يُطعن فيها بالتزوير، وينطبق هذا الحكم على ما لم يُفصل فيه من الدعاوى المنظورة أمام المحاكم".</p>	<p>المادة ١٧٧ — أ — ١ — لا يجوز للمدين الطعن بإجراءات التنفيذ على المال غير المنقول بعد سنة من تاريخ تسجيله باسم المزاد الأخير ما لم يكن الطعن بالتزوير. ٢ — في حال وقوع طعن أمام المحكمة المختصة بإجراءات التنفيذ على المال غير المنقول، فعلى المحكمة الطلب من الدائرة التأشير على السجل العقاري لذلك المال بوقوع طعن بإجراءات التنفيذ. ب — تعد التبليغات التي أجزتها مديرية التسجيل وفق أحكام قانون وضع الأموال غير المنقولة تأميناً للدين رقم (٤٦) لسنة ١٩٥٣ بشأن تنفيذ سندات الرهن التأميني العقارية لديها، صحيحة ومنتجة لآثارها القانونية ما لم يطعن فيها بالتزوير، ويسري هذا الحكم على ما لم يُفصل فيه من الدعاوى المنظورة أمام المحاكم".</p>

**إجراءات تأسيس الشركة المساهمة
وفقاً لأحكام قانون الشركات البحريني
(دراسة مقارنة)**

إعداد

د. غيث مصطفى الخصاونه
أستاذ القانوني التجاري المساعد
جامعة العلوم التطبيقية
مملكة البحرين

ملخص

تعتبر شركات المساهمة من أهم شركات الأموال التي تقوم على الاعتبار المالي ولا تلتفت إلى الأشخاص الذين تتكون منهم ، ومن هذا المنطلق وضعت التشريعات المختلفة أحكاماً اتخذت الطابع التنظيمي وليس الطابع التعاقدية ذلك كله حماية للشركة وللمساهمين وللغير ، فكان أن بنيت هذه الأحكام على أسس قانونية ملزمة لا يجوز للمؤسسين أثناء مرحلة التأسيس ، ولا المساهمين ، بعد ذلك ، مخالفتها وإلا اعتبر أي تصرف من هذا القبيل باطلاً.

تمر شركة المساهمة وفقاً لأحكام قانون الشركات البحرينية -أثناء تأسيسها بعدة مراحل ، تبدأ بتحرير عقد التأسيس والنظام الأساسي ، وانتخاب لجنة المؤسسين وتقديم طلب إلى الجهة الإدارية المختصة وتوثيق العقد بعد إجراء التعديلات النهائية عليه بعد الموافقة المبدئية على التأسيس ، وبعد ذلك يتم تسجيلها وشهر قرار الموافقة على طلب التأسيس ، وعند انتهاء هذه المرحلة تكتسب الشركة الشخصية المعنوية، وبعدها ينتقل المؤسسون للمرحلة الثانية وهي الاكتتاب وبعد غلق باب الاكتتاب ونجاح هذه العملية تنتقل للمرحلة الثالثة والأخيرة وهي اجتماع الجمعية التأسيسية الأولى .

تتمتع المرحلة الأولى في التأسيس بأهمية كبيرة ، لذا رأيت أن هناك ضرورة لبيان تفاصيل هذه المرحلة ، وما تميز به موقف المشرع البحريني عند معالجته لهذه العملية ، وما يؤخذ عليه في بعض المواطن، وتناولت هذه التفاصيل في مبحثين ، خصصت المبحث الأول للحديث عن عقد التأسيس والنظام الأساسي وكل ما يتعلق بهما من تفاصيل ورددت في قانون الشركات ولائحته التنفيذية والنموذج الصادر عن وزير التجارة والصناعة البحريني . أما المبحث الثاني فقد خصصته لبيان إجراءات التأسيس التي تعقب عملية تحرير كل من عقد التأسيس والنظام الأساسي للشركة .

وقد اشتمل البحث على خاتمة تضمنتها أهم النتائج والتوصيات التي توصلت إليها من خلال الخوض في هذا الموضوع.

مقدمة

تمر شركة المساهمة -وفقاً لأحكام قانون الشركات البحريني- أثناء تأسيسها بثلاث مراحل ، أولها يبدأ بتحرير عقد التأسيس للشركة ونظامها الأساسي ، وانتخاب لجنة المؤسسين وتقديم طلب إلى الجهة الإدارية المختصة وتوثيق العقد بعد إجراء التعديلات النهائية عليه بعد الموافقة المبدئية على التأسيس ، وبعد ذلك يتم تسجيلها وشهر قرار الموافقة على طلب التأسيس ، وعند انتهاء هذه المرحلة تكتسب الشركة الشخصية المعنوية، وبعدها تأتي المرحلة الثانية والتي تتمثل بعملية طرح الأسهم للاكتتاب العام للجمهور، وبموجب عملية الاكتتاب يلتزم المكتتب بدفع قيمة الأسهم التي اكتتب بها حسب المواعيد والنسب المبينة في عقد ونظام الشركة الأساسي ، ويتمام ذلك يصبح المكتتب مساهماً في الشركة ، وتنتهي هذه المرحلة بغلاق باب الاكتتاب ، وعندها تنتقل للمرحلة الثالثة والأخيرة والتي تكون بدعوة الجمعية العامة لاجتماع أول يتم انعقاده خلال فترة زمنية محددة ، ويطلق عليه اجتماع الجمعية التأسيسية ، والذي يناط به مهام معينة حددها قانون الشركات البحريني في المادة (٩٧) منه.

ونظراً لما تتمتع به المرحلة الأولى في التأسيس من أهمية قصوى ، لذا فإنني وجدت أن هناك ضرورة لبيان تفاصيل هذه المرحلة ، وما تميز به موقف المشرع البحريني عند معالجته لهذه العملية ، وما يؤخذ عليه في بعض المواطن ، فمن خلال هذه الدراسة الوصفية التحليلية والمقارنة في بعض المواضع تناولت هذا الموضوع في بحثين ، خصصت المبحث الأول للحديث عن عقد التأسيس وكل ما يتعلق به من تفاصيل وردت في قانون الشركات ولائحته التنفيذية والنموذج الصادر عن وزير التجارة و الصناعة

البحريني هذا في المطلب الأول منه ، أما المطلب الثاني فكان للحديث عن النظام الأساسي للشركة وهو الذي يعد بمثابة الدستور الذي تسير عليه الشركة ، وطالما أن الأمر كذلك لذا فإن المشرع البحريني أولاه أهمية كبيرة لذا فإنه حاول في قانون الشركات ولائحته التنفيذية والنموذج الصادر عن وزير التجارة والصناعة أن لا يترك صغيرة أو كبيرة إلا وضمنها لهذا النظام ، حيث ترك لإرادة الأطراف مسائل بسيطة لإضافتها إلى هذا النظام . أما المبحث الثاني فقد خصصته لبيان إجراءات التأسيس التي تعقب عملية تحرير كل من عقد التأسيس والنظام الأساسي للشركة ، وهذه الإجراءات تتمثل في تقديم طلب الترخيص ، فهذا الطلب يحتاج إلى من يقدمه إليها والمضي بالإجراءات ومتابعتها ، ويحتاج إلى جهة معينة تتلقى هذا الطلب ، فبينت كل منها كل في مطلب مستقل حيث خصصت الأول لبيان أن تقديم الطلب مناط بالمؤسسين ، وهؤلاء ينتخبوا من بينهم لجنة لمتابعة هذا الأمر والقيام بكل ما تتطلبه عملية التأسيس من إجراءات في هذه المرحلة ، ومنها متابعة الجهة الإدارية التي يتم تقديم الطلب إليها من قبلهم وهي التي كانت موضوع المطلب الثاني في هذا المبحث ن الذي بينت فيه من هي هذه الجهة وما هي المتطلبات اللازمة التي لا بد من استيفائها حتى يتم الحصول على موافقتها على طلب المؤسسين، لاكتمال عناصر هذا الموضوع ينبغي معرفة مصير الطلب الذي يتم تقديمه ، وهو لا يخرج عن أحد احتمالين ، إما رفض الطلب أو قبوله ، وهذا ما تناولته في المطلب الثالث والأخير من هذا المبحث والذي عرضت فيه بإيجاز للنتائج التي تترتب على ذلك ، أي في حال الرفض وفي حال الموافقة على طلب المؤسسين .

المبحث الأول

تحرير عقد تأسيس الشركة ونظامها الأساسي

تبدأ المرحلة الأولى من إجراءات التأسيس بإبرام عقد تأسيس الشركة من جانب المؤسسين الذين يلتزمون بموجبه القيام بكافة الإجراءات التي تتطلبها عملية التأسيس ، ويهدف هذا العقد إلى تظافر الجهود والتكاتف بين كل المؤسسين والتعاون بينهم لإنشاء الشركة وبيان مسؤولية كل واحد منهم في مواجهة البقية وفي مواجهة الشركة كشخص معنوي مستقل وفي مواجهة المكتتبين ، بالإضافة إلى هذا العقد يضع المؤسسون نظاماً للشركة يتضمن أدق التفاصيل التي يتم الاتفاق عليها بين المؤسسين ، وكل الأحكام التفصيلية التي ترتبط بالشركة منذ لحظة تأسيسها لحين انقضائها عند توافر حالة من حالات الانقضاء ، وهاتين الوثيقتين يتم تحريرهما وتوقيعهما من كافة المؤسسين ويتم توثيقهما وفق ما نص عليه القانون ، هذا ما سأيينه بالتفصيل في المطلبين التاليين ، حيث سأخصص الأول للحديث عن عقد التأسيس وتفصيلاته التي يجب أن يشتمل عليها ، أما الثاني سأعرض فيه لأهم مشتملات النظام الأساسي للشركة .

المطلب الأول

تحرير عقد تأسيس الشركة

بعد الانتهاء من الفكرة التي كانت محور المناقشات والتي كانت في ذهن مجموعة من الأشخاص الذين قد تربطهم رابطة ما في الغالب ، كالصداقة أو القرابة أو العمل ، فإذا ما استقرت هذه الفكرة من النواحي الاقتصادية والفنية ، واستقرت الأسس التي اتفقوا عليها عندها تبدأ المرحلة الأولى من إجراءات التأسيس وتبدأ هذه المجموعة بوضع اللبنة الأولى في بناء الشركة ، وذلك بإبرام عقداً ابتدائياً فيما بينهم يسمى أيضاً بعقد التأسيس ، ويتضمن أسماء المؤسسين ، مهنتهم ، جنسياتهم ، عناوينهم ، اسم الشركة

، الغرض الذي تأسست من أجل تحقيقه ، مركز إدارتها ، المدة المحددة لها ، مقدار رأس مالها ، وقيمة كل سهم ونوعه ، وتعهد من المؤسسين باتخاذ الإجراءات اللازمة لإتمام عملية تأسيس الشركة (١) ، والعقد الابتدائي ليس بعقد الشركة ولا يترتب عليه إنشاء الشركة إنما هو عقد بين المؤسسين (٢) يحدد دورهم والتزاماتهم اتجاه إجراءات تأسيس الشركة ، وهو ليس ابتدائياً إلا من حيث أنه الخطوة الأولى التي تسبق الإجراءات اللاحقة وهو ليس إلا عقداً خاصاً (٣) يعبر فيه المؤسسون عن إرادتهم واتفاقهم على السعي في طريق تكوين الشركة (٤) وهو بات وواجب التقيد به من كافة أطرافه ، لذا لا يجوز القول من قبل أحد المؤسسين أن إرادته لم تتصرف إلى المشاركة في إجراءات التأسيس ، وأنه وقع العقد لسبب ما وأن نيته لم تتجه نحو المضي في تلك المشاركة بالاعتماد على ما ورد في الفقرة الأولى من المادة (٧١) من قانون الشركات البحريني التي تستلزم اتجاه النية إلى تحمل المسؤولية الناشئة عن المشاركة الفعلية في التأسيس ، لأن هذه الفقرة تعالج مسألة النية قبل توقيع العقد حيث أن التوقيع على العقد يكسب الموقع صفة المؤسس دون

(١) هذه الإجراءات وردت في القانون رقم (٢١) لسنة ٢٠٠١ وجرى عليها تعديلات هامة نص عليها المرسوم بقانون رقم (٢٨) لسنة ٢٠١٥ ، وقرار وزير الصناعة والتجارة رقم ٦ لسنة ٢٠٠٢ والتعديلات الواردة بالقرار رقم (١٢٧) لسنة ٢٠١٦ ، والقرار رقم (٩) لسنة ٢٠٠٢ بشأن نموذج عقد التأسيس الابتدائي والنظام الأساسي لشركة المساهمة . وهذه الإجراءات وردت في القانون الشركات المصري رقم (١٥٩) لسنة ١٩٨١ وجرى عليها تعديلات بالقانون رقم (٣) لسنة ١٩٩٨ وقرار وزير الصناعة والتجارة رقم (٧٥) لسنة ١٩٩٨ المتعلق بتنفيذ بعض أحكام القانون رقم (٣) لسنة ١٩٩٨ ، أما قانون الشركات الأردني فإنه نظمها في المادتين (٩٢) و (٩٤) من قانون الشركات رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ .

(٢) عرفت المادة (٧١) من قانون الشركات البحريني المؤسس بأنه " المؤسس هو كل من اشترك اشتركا فعلياً في تأسيس الشركة بغية تحمل المسؤولية الناشئة عن ذلك" وحول بعض التعريفات الفقهية راجع د. علي حسن يونس ، شركات الأموال وقطاع الأعمال ، القاهرة ، ١٩٧٦ ، ص ٢٤٧ ، د. فوزي محمد سامي ، شرح القانون التجاري ، ج/٤ ، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٧ ، ص ٣٠ ، د. هاني صلاح سري الدين ، الشركات التجارية الخاصة في القانون المصري ، ط/١ ، دار النهضة ، القاهرة ، ٢٠٠١ ، ص ١٧٥ .

(٣) د. سميحة القليوبي ، الشركات التجارية ، ط/٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٨ ، ص ٣٩٠ .

(٤) د. محمود توفيق السعودي ، تغيير الشكل القانوني للشركات ، ط/١ ، القاهرة ، ١٩٨٩ ، ص ٣٣٤ .

قيد أو شرط (١) ، حيث لا يجوز أن يتضمن العقد الابتدائي أية شروط تعفي المؤسسين أو بعضهم من المسؤولية الناجمة عن تأسيس الشركة ، أو أية شروط أخرى ينص على سريانها على الشركة بعد إنشائها ما لم تدرج في عقد التأسيس أو النظام الأساسي (٢).

وقد حرصت التشريعات المختلفة على ضرورة توكي الدقة في البيانات المدرجة في العقد الابتدائي لما لذلك من أهمية بالغة الأهمية بعد تمام تأسيسها لذا فإن هذه التشريعات تشترط أن يلتزم المؤسسين بالنموذج المعد مسبقاً من قبل جهة الإدارة المختصة ، حيث لا يكون للمؤسسين دور كبير في تغيير هذا النموذج وضرورة التقيد بالبيانات الإلزامية وعدم الخروج عنها مع جواز حذف أو إضافة أية شروط أخرى شريطة ألا تتنافى مع أحكام القانون أو اللوائح ، لذا فإنه لا يجوز للمؤسسين إغفال البيانات المتعلقة باسم الشركة وغرضها وقيمة رأس مالها وعدد الأسهم التي ينقسم إليها رأس مالها ، والقيمة الإسمية للسهم الواحد ، والقيود الواردة على تداول الأسهم فيها.

ومن هذه التشريعات ، قانون الشركات البحريني واللوائح التي صدرت بخصوص تنفيذه ، حيث نصت المادة (٧٤) من قانون الشركات البحريني على أنه يجب أن يكون طلب الموافقة على التأسيس مصحوباً ببيان وافٍ عن الشركة مستخلاً من عقد التأسيس الابتدائي والنظام الأساسي ، ويجب أن يرفق فيه اسم من يوكله المؤسسون لمباشرة إجراءات التأسيس ومهنته وعنوانه الذي ترسل إليه فيه الرسائل الخاصة بالتأسيس ويجب أن يرفق بالطلب ، صورة من العقد الابتدائي ومشروع النظام الأساسي موقعين من المؤسسين ويحتذى في هاتين الوثيقتين بالنموذج الصادر وفق قرار وزير

(1) د. محمود مختار بربري، قانون المعاملات التجارية ، الشركات التجارية ، ج/١ ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨٧ ، ص ٢١٣.

(2) المادة التاسعة من قانون الشركات المصري ، ولا يوجد نص في القانون البحريني أو الأردني بهذا الخصوص.

التجارة والصناعة^(١) ويشتمل هذا النموذج على إحدى عشرة مادة تتضمن المادة الأولى أسماء المؤسسين وجنسياتهم وعناوينهم، وإثبات الشخصية، أما باقي المواد فتتضمن اسم الشركة والغرض من إنشائها، ومركز إدارتها والمدة المحددة لهذه الشركة، ورأسمالها المصرح به^(٢)، وكذلك رأس مال الشركة الصادر، كما يشتمل العقد على بيان الحصص العينية إذا دخلت في رأس المال مع ضرورة ذكر مقدم هذه الحصة وكافة ما يتعلق بها من تفاصيل والقيمة التي تم تقييمها بها وإن كانت محملة بحق رهن أو امتياز، وبيان قيمة الأسهم التي قام المؤسسون بدفعها وما سيتم طرحه للاكتتاب العام.

وأضاف نموذج العقد الابتدائي الصادر وفق قرار وزير الاستثمار والصناعة المصري بعض المسائل التي كنت أتمنى لو تضمن القرار رقم (٩) لسنة ٢٠٠٢ الصادر عن وزير التجارة والصناعة البحريني، مثل هذه المسائل، فمثلاً بالنسبة لحصص التأسيس في حال وجودها^(٣) فإن النموذج المصري تطلب بيان هذه الحصص وكل الأحكام المتعلقة بها. وتضمنت المادة التاسعة من القرار بيان التزام الشركة بأداء المصروفات والنفقات والأجور والتكاليف التي تم إنفاقها بسبب تأسيس الشركة وذلك بأن يتم

(١) قرار وزير الصناعة والتجارة رقم (٩) لسنة ٢٠٠٢ الصادر بتاريخ 2002/5/18 .
(٢) أما في مصر فإن نموذج العقد الابتدائي الصادر وفق قرار وزير الاستثمار والتعاون الدولي رقم (٧) لسنة ١٩٨٢ فإنه أجاز شطب هذه الفقرة من العقد في حال رغب المؤسسون بذلك.
(٣) كون المشرع البحريني سكت عن حظر إصدار مثل هذا النوع من الحصص لذا فإن هذا السكوت يمكن تفسيره بأنه لا مانع من إصدار الشركة لهذا النوع من الأوراق المالية وهذه الحصص هي عبارة عن صكوك قابلة للتداول تصدرها شركات المساهمة تمنح أصحابها الحصول على نصيب من الأرباح دون أن يقابلها تقديم حصة في رأس مالها وتعطى للبعض لقاء ما قدموه من خدمات للشركة أثناء مرحلة تأسيسها. حول المزيد عن حصص التأسيس والمؤيدين والمعارضين لها ارجع د. أبو زيد رضوان، شركات المساهمة والقطاع العام، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٣، ص ١٤٢ وما بعدها. ود. مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٠، ص ٢٧٣ وما بعدها، د. عزيز العكلي، الشركات التجارية في القانون الأردني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٥، ص ٣٤١ وما بعدها. ديسرية عبد الجليل، شرح قانون الشركات البحريني، ط١، جامعة العلوم التطبيقية، المنامة، ٢٠١١، ص ٢٩٦ وما بعدها.

خصمها من المصروفات العامة للشركة، والبيان الأخير الذي تضمنه القرار هو ضرورة أن يشتمل العقد الابتدائي على بيان مكان وزمان انعقاد العقد ، وعدد النسخ التي تم تحريره منها بحيث يكون لكل مؤسس نسخة وما تبقى لتقديمها للجهات المعنية لغايات استصدار القرار المتعلق بترخيص تأسيس الشركة .

فهذه البيانات التي أحسن قرار وزير الاستثمار المصري بالنص عليها كنت أتمنى لو أن قرار وزير التجارة والصناعة البحريني تضمن الإشارة إلى ضرورة إيراد هذه البيانات في العقد الابتدائي لشركة المساهمة المراد تأسيسها .

أما في الأردن لا نجد أي تنظيم للعقد الابتدائي للشركة بنصوص محددة خاصة به في قانون الشركات ، حيث بيّن في الفقرة الثانية من المادة (٩٢) البيانات اللازم توافرها في عقد تأسيس الشركة ونظامها الأساسي معاً ، ولم يفرد لكل واحد منهما نصاً خاصاً ، وإنما أخضع هذا العقد للقواعد العامة التي تحكم العقد بشكل عام، حيث يُصار إلى تطبيق الشروط الموضوعية العامة للعقود والواردة في أحكام القانون المدني (الرضا، الأهلية، المحل، والسبب) والشروط الموضوعية الخاصة بعقد الشركة (تعدد الشركاء ، تقديم الحصص ، الاشتراك في الأرباح والخسائر ، ونية المشاركة)^(١) ، ولم يكتفِ بذلك وتم العمل بما هو معمول به في مصر والبحرين بهذا الصدد وذلك بإيراد النصوص الواضحة والتي من خلالها يستتير بها كل من يرغب بتأسيس شركة مساهمة وذلك بوضع نموذج لعقد تأسيس واضح المعالم ولا يكون على المؤسسين سوى إيراد البيانات التي تم الاتفاق عليها فيما بينهم .

(1) لمزيد حول هذه الشروط إرجع د.أسامة نائل المحيسن ، الوجيز في الشركات التجارية والإفلاس، ط/١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٨ ، ص ٣٢ وما بعدها.

المطلب الثاني

تحرير النظام الأساسي

إلى جوار العقد الابتدائي يلتزم المؤسسون بتحرير نظام الشركة الأساسي والذي يعد دستور حياتها فيتم الرجوع إليه في كافة شئونها منذ لحظة ولادتها وحتى يتم انقضاؤها بشكل نهائي . ويعد كذلك القانون النظامي للشركة حيث يشتمل على الأحكام المنظمة لجميع أمورها ، ويتضمن هذا النظام بالإضافة إلى البيانات الواردة في العقد الابتدائي التي اشترت إليها سابقاً والتي وردت في قرار وزير التجارة والصناعة كما وضحت ذلك البيانات الواردة في العقد الابتدائي التي اشترت إليها والتي وردت في قرار وزير التجارة والصناعة كما وضحت ذلك - فيما سبق - وهذا ما اشتمل عليه الباب الأول من النموذج . أما الباب الثاني منه فإنه اشتمل على عدة فصول تضمن الفصل الأول منه على مقدار رأس المال المصرح به للشركة ومقدار رأس المال الصادر⁽¹⁾ بالعملة البحرينية وكيفية توزيعه ومقدار كل سهم وعدد الأسهم النقدية والأسهم العينية⁽²⁾ وقيمة كل منها .

كما تضمن بيان الكيفية التي تم فيها الاكتتاب في رأس المال من قبل المؤسسين والعدد المتبقي من الأسهم المراد طرحه للاكتتاب العام وتحديد البنك المراد تلقي الاكتتابات من خلاله ، والمدة التي سيستمر طوالها باب

(1) رأس المال المصرح به هو رأس المال المرخص وهو الذي يتم تحديده في عقد تأسيس الشركة ونظامها الأساسي بينما رأس المال الصادر فهو مقدار الفارق بين رأس المال المرخص ومقدار ما تم الاكتتاب به من قبل المؤسسين ، أي هو المقدار الذي سيتم طرحه للجمهور للاكتتاب فيه. لمزيد حول ذلك ارجع د. أكرم ياملكي ، القانون التجاري ، الشركات ، ط/١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٦ ، ص ١٦٠ وما بعدها .

(2) الأسهم النقدية هي التي يتم الحصول عليها مقابل أداء المساهم لقيمتها نقداً ، أما الأسهم العينية فهي التي يحصل عليها المساهم لقاء الحصص العينية التي يقدمها المساهم في رأس مال الشركة ، وقد تكون هذه الحصص عقاراً أو منقولاً مادياً أو معنوياً ، للمزيد حول هذين النوعين من الأسهم ارجع د. فايز نعيم رضوان ، الشركات التجارية ، ط/١ ، مكتبة الجلاء ، المنصورة ، جمهورية مصر العربية ، ١٩٩٤ ، ص ٣٩٤ وما بعدها .

الاكتتاب مفتوحاً^(١) والتي يجب ألا تقل عن عشرة أيام ولا تزيد على ثلاثة أشهر وبيان المدة التي يجب الوفاء خلالها بباقي قيمة الأسهم شريطة ألا تتجاوز خمس سنوات من تاريخ التأسيس وكيفية استيفاء الباقي عند عدم سداه من قبل المكتتب وهذا ما نصت عليه المادة (٣٩) من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات ، وكل مبلغ يتأخر أدائه عن الميعاد المحدد له في النظام الأساسي تسري عليه فائدة سفوية لمصلحة الشركة دون حاجة لإعذار وبيان كيفية انتقال ملكية الأسهم ، وعدم جواز زيادة التزامات المساهم^(٢) وتخضع جميع الأسهم من نفس النوع لنفس الالتزامات ويكون لكل مساهم نفس الحقوق^(٣).

أما الفصل الثالث من نموذج النظام الأساسي فقد تضمن مسألة تعديل رأس مال الشركة حيث يكون ذلك من خلال قرار يصدر من الجمعية العامة غير العادية فإذا كان القرار بالزيادة فإنه يجب أن يكون في حدود رأس المال المصرح به إن وجد ووفقاً للطريقة التي نص عليها القانون^(٤) وتكون إما بإصدار أسهم جديدة بقيمة الزيادة أو تحويل الاحتياطي إلى رأسمال ، كما

-
- (1) المواد (٨٧) و (٨٨) بفقرتيها الأولى والثانية من قانون الشركات البحريني .
(2) وهذه الالتزامات نص عليها قانون الشركات البحريني في المادة (١٦٩) أولها يتمثل بضرورة سداد الأقساط المستحقة ودفع فائد التأخير بمجرد انقضاء الموعد دون أن يكون هناك حاجة لتوجيه إعذار للمساهم المتخلف عن أداء هذه الأقساط ، والالتزام الثاني وفقاً لهذا النص هو وجوب دفع المساهم لكافة النفقات التي تتكبدها الشركة في سبيل استيفاء الدفعات التي توقف المساهم عن دفعها ، كما يتوجب على كل المساهم الامتناع عن أي عمل من شأنه الإضرار بالشركة والواجب الأخير هو تنفيذ أية قرارات تصدر عن الجمعية العامة وفقاً للقانون .
(3) بين قانون الشركات البحريني هذه الحقوق في المادة (١٦٨) ومن أهم هذه الحقوق قبض الأرباح التي يقرر توزيعها على المساهمين ، الحصول على حصة من أموال الشركة عند تصفيتها ، يكون لكل مساهم الحق في إدارة الشركة ، يكون لكل مساهم الحق في الحصول على كراس مطبوع يتضمن ميزانية الشركة للسنة المالية المنصرمة وحساب الأرباح والخسائر وتقرير مجلس الإدارة ومدققي الحسابات ، ومن حقوقه أيضاً إقامة دعوى البطلان بخصوص كل قرار صدر من الجمعية العامة أو مجلس الإدارة في حال مخافة أي من هذه القرارات للقانون أو لعقد التأسيس أو النظام الأساسي ، ومن حق كل مساهم كذلك التصرف في أسهمه إلا إذا كانت أسهمه مقيدة بقيد قانوني أو اتفاقي ، وأخيراً يكون من حق كل مساهم الاطلاع على سجلات الشركة والحصول على صور أو مستخرجات لأي بيان بياناتها بالحدود التي يسمح بها النظام الأساسي وبشكل لا يؤدي إلى الإضرار بمصالح الشركة .
(4) المواد من (١٢٥) - (١٣١) من قانون الشركات البحريني .

يجوز تخفيض رأس مال الشركة وفقاً للطريقة التي بينها القانون (١) ويكون التخفيض إما بتزليل القيمة الإسمية للأسهم أو إلغاء عدد من الأسهم بقيمة المبلغ المقرر تخفيضه من رأس المال ، وتضمن هذا الفصل في نهايته جواز إصدار الشركة لأسهم ممتازة عند زيادة رأس مال الشركة (٢) ويكون إصدار هذا النوع من الأسهم من خلال قرار للجمعية العامة غير العادية بالأغلبية العددية للشركاء الممثلين لثلاثي رأس المال على الأقل .

أما الباب الثالث من نموذج النظام الأساسي فإنه اشتمل على جواز بقرار من الجمعية العامة إصدار سندات قرض بناءً على اقتراح من مجلس الإدارة ، ويتضمن هذا القرار نوع هذه السندات وقيمتها وشروط إصدارها ومدى قابليتها للتحويل إلى أسهم مع مراعاة أحكام المواد (١٥١، ١٥٢، ١٥٣، ١٥٤) من قانون الشركات البحريني ولائحته التنفيذية.

أما الباب الرابع من نموذج النظام الأساسي فإنه تعلق بإدارة الشركة حيث يتوجب أن يتم إدارة الشركة من خلال مجلس إدارة مكون من عددٍ فردي لا يقل عن خمسة أعضاء (٣) يتم اختيارهم من قبل الجمعية العامة العادية باستثناء المجلس الأول الذي يتم اختياره من قبل الجمعية التأسيسية والتي تتعقد خلال (٢١) يوماً من تاريخ غلق باب الاكتتاب (٤) وبيان مدة هذا

(1) المواد من(١٣٢) – (١٣٧) من قانون الشركات البحريني .
(2) الأسهم الممتازة هي التي تخول لأصحابها إلى جانب الحقوق العادية للصيقة بالسهم بعض المزايا الخاصة كأولوية في الحصول على نصيب من الأرباح أو فائض التصفية ، أو قد تمتح صاحبها عدد من الأصوات في الجمعيات العامة للشركة إضافة لما هو مقرر للأسهم العادية لمزيد من التفاصيل حول هذا النوع من الأسهم راجع د. إلياس ناصيف ، موسوعة الشركات التجارية ج/٨، منشورات الحلبي ، بيروت ، ٢٠٠٤ ، ص١٤٧ وما بعدها .

(3) لم يحدد المشرع البحريني حداً أقصى لعدد أعضاء مجلس الإدارة واكتفى بتحديد الحد الأدنى بينما فعلت ذلك بعض التشريعات العربية مثل المشرع الأردني في المادة (١٣٢) من قانون الشركات الذي اشترط ألا يقل عدد أعضاء المجلس عن ثلاثة ولا يزيد عن (١٣) عضواً وقد أحسن المشرع الأردني بهذا التحديد .

(4) المادة (٩٦) من قانون الشركات البحريني وهنا يختلف المشرع البحريني عن المصري حيث أن المجلس الأول وفقاً لأحكام القانون المصري يكون من خلال المؤسسين فهم من يقومون باختيار هذا المجلس ولمدة لا تزيد على خمس سنوات ولكن يتفق المشرع البحريني في هذه المسألة مع

المجلس والتي تكون قابلة للتجديد بقرار من وزير التجارة والصناعة لمدة ستة شهور إضافية للمدة الأصلية والتي لا تزيد على ثلاث سنوات إلا يصدر هذا القرار ، والشروط الواجب توافرها في كل من يرغب بترشيح نفسه لعضوية مجلس الإدارة وكيفية ملء الشواغر في حال خلوها نتيجة لأي ظرف من الظروف كوفاة أو عزل أو فقد للأهلية أو لغيرها من الأسباب التي قد يؤدي تحققها إلى خلو أحد المراكز في مجلس الإدارة. وينتخب المجلس من بين أعضائه رئيساً ونائباً للرئيس يحل محله عند الحاجة كما يجوز أن ينتخب عضواً منتدباً أو أكثر يكون لهم حق التوقيع عن الشركة مجتمعين أو منفردين حسب قرار المجلس ويتم تحديد اختصاصاتهم ومكافآتهم من قبل الجمعية العامة العادية ويجب أن يجتمع المجلس اربع مرات في السنة على الأقل وذلك بدعوة من رئيسه أو من عضوين على الأقل ولا يكون الاجتماع صحيحاً إلا إذا حضره نصف عدد الأعضاء على ألا يقل عدد الحاضرين عن ثلاثة أعضاء ومن بينهم رئيس المجلس^(١). ويكون لمجلس الإدارة أوسع السلطات فيما عدا ما احتفظ به للجمعيات العامة في إدارة شئونها المختلفة ، ويمثل رئيس مجلس الإدارة الشركة أمام القضاء والغير ، ويبين من له الحق التوقيع بالنيابة عن الشركة ، ولا يتحمل أعضاء المجلس بسبب قيامهم بمهام وظائفهم ضمن حدود وكالتهم بأية مسئولية فيما يتعلق بالتزامات الشركة .

أما الباب الخامس من النموذج فإنه تعلق بالجمعيات العامة للشركة حيث يبين أن الجمعية العامة تمثل جميع المساهمين ولا يجوز انعقادها إلا بعد الدعوة للحضور في جريديتين يوميتين على الأقل تصدران باللغة العربية على أن تكون إحداها محلية ، ويجب أن يكون الإعلان قبل الموعد المحدد

المشرع الأردني من حيث الكيفية التي يتم فيها اختيار مجلس الإدارة الأول لشركة المساهمة المادة (١٠٦) من قانون الشركات الأردني والذي حدد مدة المجلس بأربع سنوات .
(١) المادة (١٨٠) من قانون الشركات البحريني .

بخمسة عشر يوماً على الأقل ، ويجب أن يتضمن الإعلان جدول الأعمال والموضوعات التي ستعرض على المساهمين في هذا الاجتماع . ويكون من حق كل مساهم الحضور إما بشكل شخصي أو من خلال إنابة الغير ويجب أن تكون خطية .

لا يشترط هنا حضور أعضاء مجلس الإدارة لهذه الجمعيات حيث أن النص جعل رئاسة اجتماع الجمعية العامة مناط برئيس مجلس الإدارة أو نائبه أو من ينتدبه ، بمعنى أنه يستطيع ألا يحضر أي من رئيس المجلس أو نائبه في حال ترأس اجتماع الجمعية العامة شخص آخر تم انتدابه أو تكليفه بذلك، وهذا الأمر يختلف عما هو في بعض التشريعات العربية الأخرى مثل المصري حيث اشترط لصحة اجتماع الجمعيات العامة أن يحضر ثلاثة على الأقل من أعضاء مجلس الإدارة من بينهم رئيس المجلس ، وهذا فيه كثير من المنطق لأن الأقدر على مناقشة محضر الاجتماع مع المساهمين هم هؤلاء الذين يسرون شئون الشركة وليس الغير الذي يمكن لهم انتدابه ، لذا حبذا لو أن المشرع البحريني جعل هذا شرطاً لصحة اجتماعات الجمعية العامة وتنمى منه أن ينص على ذلك في أي تعديل سيجريه على أحكام قانون الشركات .

وفي هذا الباب أيضاً تم بيان إجراءات التصويت في الجمعيات العامة وهو تكرر لما ورد في القانون واللائحة التنفيذية ، وكما وتم بيان طريقة دعوتها وشروط صحة الانعقاد لاجتماعاتها ، وتم عرض كل ما يتعلق بالجمعية العامة غير العادية وإجراءات انعقادها وكيفية الدعوة إليها وأسبابها وما تباشره وشروط صحة الانعقاد وما هي الأغلبية المطلوبة لإصدار قراراتها وضرورة التقيد بجدول الأعمال وعدم الخروج عليه إلا فيما يطرأ أثناء الاجتماع من وقائع خطيرة وهامة ، ويتم تسجيل أسماء الحاضرين في

سجل خاص ، ولا تكون قرارات الجمعية العامة نافذة إلا إذا تمت الموافقة عليها من قبل وزارة التجارة والصناعة .

أما الباب السادس فإنه يتضمن مراقبي الحسابات للشركة بحيث يمكن أن يكون واحداً أو أكثر ممن تتوفر لديهم رخصة مزاولة مهنة المحاسبة ، ويسأل عن صحة البيانات في تقريره بوصفه وكيلاً عن مجموع المساهمين^(١).

أما الباب السابع فإنه يتحدث عن السنة المالية للشركة بدايتها ونهايتها ، والجرد والحساب الختامي والاحتياطات القانونية والاختيارية ، وبيان كيفية إعداد الموازنة وتوزيع الاحتياطات واستخداماتها وتوزيع الأرباح على المساهمين بحيث تدفع لهم بعد خصم الاحتياطات الإلزامية والاختيارية.

أما الباب الثامن فقد تطرق للمنازعات حيث بين أنه لا تسقط الدعوى المدنية ضد مجلس الإدارة إلا بعد مرور خمس سنوات من تاريخ عقد الجمعية العامة التي أدى فيها مجلس الإدارة حساباً عن إدارتها^(٢) .

والباب التاسع من النموذج لم يتضمن غير الإشارة إلى تطبيق الأحكام المنصوص عليها في المواد من (٣٠٥-٣١١) من قانون الشركات والتي تتعلق بتحول الشركات التجارية من شكل قانوني إلى شكل آخر، وتضمن

(١) المادة (٢٢٠) من قانون الشركات البحريني ، وتقابلها المادة (١٩٩) من قانون الشركات الأردني ، ويسأل مدقق الحسابات تجاه موكله وفقاً لأحكام المسؤولية العقدية ، أما تجاه الغير فإنه يسأل وفقاً لأحكام وقواعد المسؤولية التقصيرية ، ويسأل جزائياً عند ارتكابه فعلاً يعاقب عليه القانون ومن ذلك ما نصت عليه المادة (٣٦٢) من قانون الشركات التي فرضت غرامة مقدارها خمسة آلاف دينار لكل مدقق يقدم تقريراً مخالفاً للبيانات التي اشترطها عليه قانون الشركات وقد حدد القانون في المادة (٢١٩) هذه البيانات . لمزيد من المعلومات حول مسؤولية مدقق الحسابات في شركات المساهمة أرجع د. أكرم ياملكي ، مرجع سابق ، ص ٣١١ وما بعدها.

(٢) بينت المواد (١٨٧-١٨٥) من قانون الشركات البحريني حالات قيام مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة ، وبينت أنهم مسؤولين بالتضامن بأداء التعويضات ، وبينت المادة (١٨٧) من هو الشخص الذي له سلطة إقامة الدعوى على أعضاء المجلس فهو رئيس المجلس إذا لم يكن من ضمن المعنيين بالدعوى أي ليس خصماً للمساهمين ، وإذا كان هو ممن تخاصمهم الشركة فإنه يتم تعيين عضواً آخر من أعضاء المجلس ويتم هذا التعيين من قبل الجمعية العامة ، وإذا كان المجلس هم من ستختصمه الشركة فإن الجمعية العامة تعين من يتوب عنها من غير أعضاء المجلس في رفع الدعوى.

الباب نفسه الإشارة على سريان الأحكام الواردة في المواد من (٣١٢-٣١٩) من قانون الشركات على اندماج الشركات دون بيان أية تفصيلات واكتفى بالتفصيلات التي أوردها المشرع.

أما الباب العاشر فإنه اشتمل على التفصيلات المتعلقة بحل الشركة وتصفيتها والتي ورد البعض منها في قانون الشركات، وفي هذا الباب جعل الشركة أمام خيارين وهما إما أن يتم تصفية الشركة وفقاً للأحكام التي نص عليها القانون وبينها في المواد من (٣٢٨-٣٤١) أو يتم الاتفاق على أحكام خاصة يتم بيانها في النظام الأساسي للشركة أو يتم الاتفاق على أنه يُصار إلى إتباع الأحكام الخاصة بقسمة المال الشائع الواردة في القانون المدني .

نلاحظ مما سبق بيانه أن بعض الأحكام الواردة في نموذج النظام الأساسي جاء تكراراً لما ورد في قانون الشركات عند تنظيمه لأحكام شركة المساهمة ، في حين أنه كان ينبغي عليه أن يلتفت عن ذلك طالما أنه نظمها في موضع آخر ، وكما يرى البعض ^(١) أنه على المشرع التخفيف من هذه البيانات تحقيقاً للمرونة الكافية للمؤسسين في وضع نظام الشركة الأساسي ، كما أنه قد خلا في بعض المواضع من الإشارة إلى القواعد الإلزامية التي كان يجدر الإشارة إليها وهو ما درج العمل على إضافته إلى مثل هذه النماذج ^(٢) ، وهو ما اتبعه النموذج في بعض المواضع حيث خلا النموذج من النص على قابلية السهم للتداول وكذلك تنظيم أحكام التداول ، وإصدار السهم بأزيد من قيمته الإسمية مقابل النفقات الأساسية للإصدار ، وتنظيم تدخل الجمعية العامة في تداول الأسهم .

ومع ذلك نجد أن نموذج النظام الأساسي يتضمن بياناً شبه تفصيلي للقواعد المتعلقة بالشركة بعد اكتسابها الشخصية المعنوية - وهو كما سبق

(١) د. محمد صالح ، شركات المساهمة ، القاهرة ، ١٩٤٩ ، ص ٤٠ .

(٢) د. محمود مختار بريري ، قانون المعاملات ، مرجع سابق ، ص ٢٢٧ .

القول - بمثابة الدستور الذي سيحكم حياة الشركة منذ لحظة ميلادها لحين انقضائها ، وبه إعلام للجمهور عن حقيقة الشركة المزمع تأسيسها ، حتى يكونوا على بينة وجلاء لصورتها في حال كان لديهم الرغبة في الاكتتاب في رأس مالها ، وحرصاً من المشرع على دقة البيانات الواردة في نظام الشركة اشترط أن يكون رسمياً ومصداقاً على التوقيعات فيه ، كما هو الحال بالنسبة للعقد الابتدائي طبقاً لنص المادة (٧٩) من قانون الشركات البحريني ، حيث أنه لا بد أن يكون موقعاً من المؤسسين أو ينوب عنهم قانوناً ويجب إفراغه وفقاً للنموذج المعد والذي عرضت لبياناته سابقاً لكي يضاف عليه طابع الرسمية ، والتصديق عليه طبقاً لآخر تعديل لدى الجهة المختصة بالتوثيق وبعد ذلك يتم إعادته إلى وزارة التجارة والصناعة لاستصدار قرار التأسيس .

وفي مصر الأمر لا يكاد يختلف عما هو متبع في البحرين ، إلا أن اللائحة التنفيذية لقانون الشركات المصري انفردت بنص^(١) يسمح في أحوال الضرورة أو الاستعجال التي يقدرها مدير عام الإدارة العامة للشركات أن يتم التصديق على التوقيعات الواردة على العقد الابتدائي ونظام الشركة الأساسي أمامه أو أمام من يفوضه من العاملين بالإدارة العامة وذلك بعد أداء الرسوم المستحقة قانوناً ، ويتم التصديق وفقاً لمحضر مبين فيه اسم الموظف الذي تم التوقيع أمامه ووظيفته وبيان سند التفويض وأسماء الموقعين وجنسياتهم وصفاتهم فيما إذا كانوا بالأصل أم بالإنابة عن الغير مع تقديم ما يثبت صفة النيابة إذا كان مناباً.

وبالرجوع إلى هذا الاستثناء المعمول فيه في مصر نجد أنه لا ضرورة له في البحرين وسبب ذلك أن تأسيس الشركات في البحرين وتوثيقها يتم في مكان واحد ويتواجد فيه الموثق الذي نحتاج إليه لتوثيق العقد

(١) المادة الرابعة من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات المصري .

الابتدائي والنظام الأساسي، بيد أن هذا الأمر غير موجود في مصر لذا يحتاج كل من يرغب بتأسيس شركة أن يقوم بمراجعة مكتب الشهر العقاري والتوثيق ومن ثم مراجعة الإدارة العامة للشركات، ومن هنا نلاحظ الحاجة إلى إيراد مثل هذا الاستثناء عند حالة الضرورة، وقيام أحد موظفي إدارة الشركات بدور الموثق والمسجل بنفس الوقت .

أما في الأردن فإن المشرع الأردني بيّن في الفقرة الثانية من المادة (٩٢) البيانات اللازم توافرها في عقد تأسيس الشركة ونظامها الأساسي معاً ، ولم يفرد لكل واحد منهما نصاً خاصاً حيث جاء بهذا النص أنه "يجب أن يتضمن عقد تأسيس الشركة المساهمة ونظامها الأساسي البيانات التالية:

- ١- اسم الشركة .
- ٢- مركزها الرئيسي .
- ٣- غايات الشركة .
- ٤- أسماء مؤسسي الشركة وجنسياتهم وعناوينهم المختارة للتبليغ وعدد الأسهم المكتتب بها .
- ٥- رأس مال الشركة المصرح به والجزء المكتتب به فعلاً.
- ٦- بيان بالمقدمات العينية في الشركة - إن وجدت - وقيمتها .
- ٧- بيان إذا كان للمساهمين وحاملي أسناد القرض القابلة للتحويل حق أولوية للاكتتاب في أي إصدارات جديدة للشركة .
- ٨- كيفية إدارة الشركة والمفوضين بالتوقيع في الفترة ما بين تأسيسها واجتماع الهيئة العامة الأول الذي يجب أن يعقد خلال ستين يوماً من تاريخ تأسيس الشركة .
- ٩- تحديد أسلوب وشكل وطريقة دعوة مجلس إدارة الشركة للاجتماع .

ونموذج عقد تأسيس الشركة المساهمة في الأردن تتضمن بيانات أخرى إضافة للبيانات الواردة في المادة السابقة ، حيث تتضمن بيان مدة الشركة وطريقة تغطية قيمة الأسهم وبيان مسؤولية المساهمين ، أما النظام الأساسي فنموذجه كما هو الحال في جمهورية مصر العربية ومملكة البحرين فقد قسمه إلى فصول ومواد والبيانات التي تدون فيه تشمل جميع الأحكام والمعلومات الموجودة في الشركة وكيفية ممارسة أعمالها منذ بداية حياتها وحتى يتم انقضاؤها وتصفياتها .

وأخيراً فإن عقد التأسيس والنظام الأساسي لشركة المساهمة لا بد من كتابتهما وتوقيعهما من جميع المؤسسين ولا يشترط توثيقه لدى الموثق أو كاتب العدل إنما يكفي قيامهم بالتوقيع عليه أمام مراقب الشركات أو من يفوضه بذلك^(١) ولا حاجة هنا أيضاً للنص كما فعل المشرع المصري على أنه في حالة الضرورة يتم توقيع العقد من قبل من يفوضه مدير الإدارة العامة للشركات بذلك ، لأن في الأردن لا حاجة لتوثيق العقد لدى كاتب العدل لأن عقد الشركة ونظامها الأساسي يمكن أن يتم توقيعها أمام كاتب العدل أو أحد المحامين أو أمام مراقب الشركات نفسه أو من ينيبه خطأً بذلك، فهنا المؤسسون لديهم خيارات عديدة وهذه ميزة يستحق المشرع الأردني أن يحتذى لأن في ذلك تيسيراً على المؤسسين واختصاراً للوقت والجهد .

(١) المادة (٩١) من قانون الشركات الأردني نصت على أنه "يوقع عقد تأسيس الشركة المساهمة العامة ونظامها الأساسي من كل مؤسس أمام المراقب أو من يفوضه خطأً بذلك ، ويجوز توقيعها أمام كاتب العدل أو أحد المحامين المجازين"

المبحث الثاني

تقديم طلب تأسيس الشركة

ليس بكافٍ من وجهة نظر المشرع تحرير العقد الابتدائي والنظام الأساسي لشركة المساهمة، إنما علاوة على ذلك أراد أن يطمئن بأن المشروع المزمع تنفيذه يلائم مقتضيات الاقتصاد الوطني وكذلك لكي يطمئن إلى الآثار الاجتماعية المحتملة للمشروع، وأن غرضه أو نشاطه غير مخالف للنظام العام أو الآداب. لذا ومن هذا المنطلق فإنه أوجب على المؤسسين أن يقدموا طلباً بالترخيص لتأسيس المشروع المزمع إنشاؤه إلى الجهة الإدارية المختصة بإنشاء الشركات^(١) على أن يتم توقيعه منهم وبيان اسم من تم توكيله لغايات إتمام عملية التأسيس ومباشرة الإجراءات اللازمة، ويجب أن يتضمن الطلب بيانات وافية عن الشركة مستخلصةً من عقد التأسيس الابتدائي والنظام الأساسي، على أن يتم إرفاق صورة عنهما وعن كافة المرفقات التي يتطلبها القانون^(٢).

وفي هذا المبحث سأبين من هم الأشخاص الذين يتقدمون بهذا الطلب إلى الجهة الإدارية المختصة وماذا يترتب على عدم موافقة هذه الجهة على طلبهم هذا، ومن الذي يتحمل أعباء ما قاموا به من أعمال وما أبرموه من تصرفات، لذا سأقوم بتناول هذه المسائل كل منها على حدة وبمطلب مستقل على النحو التالي.

المطلب الأول

الأشخاص الذين يحق لهم تقديم طلب الترخيص

شركات المساهمة تختلف عن غيرها من الشركات الأخرى من حيث أنها لا تنشأ بمجرد اتفاق الشركاء وتوقيع عقدها ونظامها الأساسي، إنما

(١) المادة (٧٢) من قانون الشركات البحريني حيث بموجب هذا النص يتم تقديم طلب التأسيس إلى وزارة التجارة والصناعة.

(٢) المادة (١/٧٤) من قانون الشركات البحريني

يتطلب تأسيسها إتباع إجراءات وإبرام تصرفات قانونية تمتد لوقت طويل يقوم بها المؤسسون ، وكون عددهم يكون في الغالب كبيراً لذا يتم انتخاب من بينهم لجنة يطلق عليها تسمية "لجنة المؤسسين"^(١) التي يناط بها مهمة الإشراف ومتابعة إجراءات التأسيس .

يتم تقديم طلب التأسيس من قبل المؤسسين ، والمؤسسون يمكن أن يكونوا أشخاص طبيعيين أو أشخاص معنويين ، وإذا كان أحد المؤسسين شخصاً معنوياً يجب أن يدخل في أغراضه تأسيس هذه الشركة^(٢) ، فإذا لم يكن من بين أغراض الشركة ذلك فإنها تعتبر غير أهل لتأسيس الشركة وبالتالي يتم رفض طلبها ، ذلك لأن الأهلية متطلب أساسي يجب توافره في الشخص الطبيعي والمعنوي لغايات تأسيس أي شركة ، ويجب تقديم مع طلب التأسيس صورة معتمدة من وثيقة تأسيسه ، وما يثبت موافقة الهيئات المختصة فيها على الاشتراك في التأسيس^(٣) كما أنه ليس هناك ما يمنع من اشتراك عدة دول في تأسيس شركة مساهمة أو عدة دول وشركات مساهمة أخرى في تأسيس شركة مساهمة ، كما أنه من الممكن أن تشترك عدة شركات في تأسيس شركة مساهمة ، وأضحت هذه هي السمة البارزة في زمننا هذا وخصوصاً مع ظهور الشركات متعددة الجنسية^(٤) .

أما الأهلية المطلوبة بالنسبة للشخص الطبيعي هي الأهلية التجارية والتي تثبت له وفقاً للقانون البحريني ببلوغ سن ثمانية عشر عاماً دون أن يعترضه أي عارض من عوارض نقص الأهلية أو انعدامها فلا يجوز

(١) لم يتضمن القانون البحريني نصاً يقضي بذلك ، بخلاف القانون الأردني الذي في قانون الشركات في المادة (٣٧) من القانون المعدل رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٢ الذي تضمن نصاً يبين مهمة هذه اللجنة .

(٢) المادة (٣) من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات البحريني .

(٣) هذا ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة (٧٤) من قانون الشركات البحريني .

(٤) لمزيد حول تفاصيل هذه الشركات من حيث التكوين وكيفية التأسيس وكل ما يتعلق بها راجع د.طلعت جواد الحديدي ، المركز القانوني للشركات متعددة الجنسيات ، ط١/ ، دار الحامد للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٨ .

للقاصرين أو من هم في حكمهم الاشتراك في تأسيس شركة مساهمة ، ولم يشترط المشرع البحريني توافر الأهلية المدنية لتأسيس الشركة وانما الأهلية التجارية هي المطلوبة وذلك لأن عملية التأسيس وفقاً لقانون التجارة البحريني يعتبر عملاً تجارياً بطبيعته^(١) كما أن أهلية القاصر المأذون بالإتجار لا تكفي لتأسيس شركة مساهمة ، ذلك لأن أهلية الإتجار تتعلق بنشاط المرخص له نفسه حيث يتحمل نتيجة تصرفاته ، بينما في تأسيس شركة المساهمة فقد يتحمل الغير النتائج السلبية للمؤسس عند فشل المشروع فمن هذا المنطلق كان اشتراط الأهلية الكاملة للمؤسس وعدم إجازة قيام القاصر المأذون بالتجارة من تأسيس شركة مساهمة^(٢) ، في حين أن البعض يرى^(٣) أنه يجوز للصغير المأذون بالتجارة أن يقوم بتأسيس شركة مساهمة ، لا بل ذهب أنصار هذا الرأي أنه عند رغبة المأذون بالتأسيس فإنه ليس بحاجة إلى الحصول على إذن خاص لأنه يكون - من وجهة نظرهم - يكون بمركز البالغ سن الرشد في حدود الأعمال المأذون له القيام بها بمعنى أنه إذا كان الأذن يشمل تأسيس الشركة جاز له في هذه الحالة أن يقوم بتأسيس الشركة وفي حال عدم شموله فإنه لا يسمح له تأسيسها . وإنني أميل لتأييد الاتجاه الأول الذي يتطلب توافر الأهلية التجارية وهي ببلوغ سن الثامنة عشر عاماً وبخلوه من عوارض الأهلية .

(١) المادة الثالثة من قانون التجارة البحريني رقم (٧) لسنة ١٩٨٧ ، والذي بموجبها نص على الأعمال التجارية بطبيعتها أي الأعمال التي تعتبر تجارية بغض النظر عن صفة القائم بها ، وحتى لو تم القيام به لمرة واحدة ، لذا فإن أهلية القيام بهذه الأعمال تكون ببلوغ سن (١٨) عاماً وليس (٢١) عاماً ، ومن ضمن هذه الأعمال تأسيس الشركات .
(٢) د. محمود بريري ، مرجع سابق ، ص ٢١٧ ، د. محمد بهجت قايد ، الشركات التجارية ، النظرية العامة للشركات، د،ت، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٧، ص ٢٣٧ .
(٣) د. فوزي محمد سامي ، مرجع سابق ، ص ٣٢ .

وفقاً للتعديل الجديد الذي جرى على قانون الشركات فإن عدد المؤسسين يجب ألا يقل عن إثنتين^(١) حيث أصبح القانون يتطلب شخصين فأكثر لغايات تأسيس شركة المساهمة فيما عدا الشركات التي تتفرد الحكومة بتأسيسها ، ففي هذه الحالة يكون التأسيس صحيحاً حتى لو كانت هي الوحيدة التي تقوم بعملية التأسيس ولا يتطلب القانون أن يشترك معها شخص آخر حتى تصح هذه العملية ، هذا بالنسبة للحد الأدنى الذي تطلبه المشرع ولم يضع حداً أقصى لهم فيصح مهما بلغ العدد طالما توافر الحد الأدنى ، وقد أحسن المشرع البحريني بإيراده هذا التعديل لأن العبرة في شركات المساهمة بالغرض الذي ستنشأ الشركة من أجل تحقيقه وليس العدد الذي سيقوم بتأسيس هذه الشركة . أما نسبة مساهمة هؤلاء المؤسسين فقد إشتراط القانون ضرورة ألا تقل عن ١٠% من رأس مال الشركة ولم يحدد حداً أقصى لهذ النسبة ، بمعنى أنه يجوز لهم وفقاً لهذا النص أن يمتلكوا كل رأس مال الشركة ، وطالما الأمر كذلك فإنني أرى أنه كان حري بالمشرع البحريني تعديل نص المادة (٩٢) من قانون الشركات بإضافة فقرة تسمح للمؤسسين بتغطية الأسهم التي لم يتم تغطيتها في الاكتتاب العام، كون النص الحالي لا يسمح بذلك رغم التعديل الذي جرى على المادة (٨٤) منه ، بمعنى أنه طالما أن المؤسسين غير محددين بسقف أعلى لمساهماتهم في رأس مال الشركة فإنني أرى أنهم أصحاب الأولوية في تغطية ما لم يتم تغطيته من أسهم في

(1) المادة (٢٥/د) من التعديل الوارد بالقانون رقم (٥٠) لسنة ٢٠١٤ الصادر بتاريخ ٢٠١٤/٩/١١ ، وهنا يتفق المشرع البحريني مع المشرع الأردني الذي تطلب أن يكون عدد المؤسسين إثنتين كحد أدنى وذلك تم النص عليه في المادة (١/٩٠) من قانون الشركات رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ . أما القانون المصري فإنه إشتراط ألا يقل العدد عن ثلاثة مؤسسين ، المادة (٨) من قانون الشركات المصري رقم (١٥٩) لسنة ١٩٨١ . وبعض القوانين إشتراطت ألا يقل العدد عن خمسة ومن هذه القوانين قانون الشركات الكويتي الجديد رقم (١) لسنة ٢٠١٦ الصادر بتاريخ ٢٠١٦/٢/١ وذلك في المادة (١٢١) . والمادة (٥٢) من نظام الشركات السعودي رقم (١٨٥) لسنة والمادة (٣) من قانون التجارة السوري رقم (١٤٩) لسنة ١٩٤٩ . والمادة (٧٥) من قانون الشركات البحريني كانت تتطلب أن يكون العدد سبعة قبل أن يتم تعديلها لتصبح إثنتين فقط .

الاكتتاب العام ، وبذلك نضيف فرصة لاستمرار عملية تأسيس الشركة في حال لم تتم تغطية الأسهم المطروحة للاكتتاب العام سواء من قبل الجمهور أو من قبل متعهدي التغطية أو إعادة طرح الأسهم للاكتتاب العام مرة أخرى^(١) ، الأمر الذي يؤدي إلى إطالة أمد المرحلة الثانية في تأسيس الشركة والتي أحوج ما نكون إلى انتهائها بسرعة حتى ننقل إلى المرحلة الأخيرة في عملية التأسيس وهي ما بعد قفل باب الاكتتاب ، حتى تبدأ بعدها الشركة بمباشرة النشاط الذي تأسست من أجل تحقيقه.

فمن خلال هذا النص نلاحظ أن القانون البحريني أحسن صنعا عند نصه على ضرورة مساهمة المؤسسين بمقدار معين من رأس مال الشركة ، لأنه بهذا يضمن بذلك جديتهم وحرصهم على سلامة وتحمل نتائج النجاح أو الفشل للمشروع المزمع إنشاؤه ، لا بل نلاحظ أن القانون لم يكتف بمجرد مساهمة المؤسسين بنسبة معينة في رأس مال الشركة ، وإنما ذهب إلى أبعد من ذلك بأن فرض قيوداً على تداول الأسهم الممنوحة لهم لقاء هذه المساهمة طوال مدة معينة ، وقد حددها المشرع بسنة واحدة^(٢) ، حيث ذهب إلى عدم جواز تداول الأسهم التي يكتتب بها المؤسسون قبل نشر الميزانية وحساب الأرباح والخسائر عن سنة مالية لا تقل عن اثني عشر شهراً من تاريخ إعلان تأسيس الشركة ما لم يتم الاتفاق في النظام الأساسي للشركة على مدة أطول ، والهدف من ذلك هو بقاء هذه الأسهم تحت تصرف الشركة مدة معينة تسمح بالتأكد من استقرار المشروع وجديته ونجاحه ، هذه المدة

(١) المادة (٩٣) من قانون الشركات وقد نصت في فقرتها الثانية على " إذا لم يستفد الاكتتاب خلال الميعاد المحدد له جميع الأسهم المطروحة ، فيجب على متعهدي تغطية الاكتتاب شراء ما لم يتم تغطيته من الأسهم المطروحة للاكتتاب ولها أن تعيد طرح ما اكتتب فيه من أسهم للجمهور دون التقيد بإجراءات وقبول تداول الأسهم المنصوص عليها في هذا القانون " نلاحظ من خلال هذا النص أنه لم يشمل المؤسسين ولم يعطهم الحق بتغطية ما يتم تغطيته من قبل الجمهور في الاكتتاب العام .

(٢) المادة (١٢٤) من قانون الشركات البحريني .

افتترض المشرع أنها تكون كافية بمرور مدة سنة⁽¹⁾ ولكن أجاز الاتفاق على مدة أطول إذا ارتأى المؤسسون أن في ذلك مصلحة للشركة .

يختلف المشرع البحريني في مسألة تحديد مقدار معين لمساهمة المؤسسين عن بعض التشريعات العربية ويتفق مع بعضها الآخر ، حيث يتشابه اتجاه المشرع البحريني مع المشرع المصري⁽²⁾ حيث أوجب هذا الأخير ألا يقل رأس المال المصدر للشركة التي تطرح أسهمها للاكتتاب العام عن خمسمائة ألف جنيه وألا يقل ما يكتتب فيه مؤسسو الشركة من رأس المال المصدر عن نصف رأس المال ، أو يساوي ١٠% من رأس المال المرخص به أي المبلغين أكثر ، ما يلاحظ على نص المشرع المصري أنه وضع المؤسسين بين خيارين، الأول وهو مساهمتهم بنصف رأس المال الصادر ، فإذا كان مقداره يساوي الحد الأدنى أي نصف مليون جنيهاً مصرياً فإنه يجب أن تكون مساهمتهم بمقدار (٢٥٠) ألف جنيهاً ، والخيار الثاني هو أن تكون مساهمتهم تساوي ١٠% من رأس المال المرخص ، وهنا أعطى الأولوية للمقدار الأكبر لهذين الخيارين ، هنا أحسن المشرع المصري بهذا الاتجاه وعند إيراد هذين الخيارين ، ولكن ما يؤخذ عليه هنا أنه لماذا تطلب المشرع أن تكون نسبة مساهمة المؤسسين في الخيار الثاني مساوية ١٠% لرأس مال الشركة المرخص ، ولماذا لم ينص على أن تكون مساوية أو تزيد

(1) بعض التشريعات العربية جعلت المدة أكثر من سنة مثل قانون الشركات المصري في المادة (١/٤٥) حيث جعل هذه المدة سنتين مائتين كاملتين لا تقل كل منها عن اثني عشر شهراً من تاريخ تأسيس الشركة ، وكذلك الأمر لدى المشرع الأردني في المادة (١٠٠) منه حيث نصت على حظر التصرف في السهم التأسيسي قبل مرور سنتين على الأقل من تأسيس الشركة وكذلك قانون الشركات الكويتي الجديد في المادة (١٧١) منه حيث اشترط على حظر التصرف طوال السنتين التاليتين للتسجيل بالسجل التجاري . وكل هذه التشريعات بما فيها البحريني جعلت التصرف جائزاً خلال هذه المدة في انتقالها للورثة ، أو من مؤسس إلى آخر بنفس الشركة . لمزيد راجع د. يعقوب صرخوه ، الأسهم وتداولها في شركات المساهمة ، رسالة ، دكتوراه ، جامعة القاهرة ، ١٩٨٢ ، ص ٢٨٥ وما بعدها .

(2) المادة السادسة من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات المصري .

؟ لذا كنت أتمنى لو أن المشرع المصري في الخيارين جعلهما بين حدين، حد أدنى وحد أقصى، وعدم تركها بحد واحد فقط.

وعلى النقيض كان موقف المشرع الأردني^(١) حيث نص على عدم جواز تجاوز نسبة مساهمة المؤسسين في شركة المساهمة عند التأسيس عن (٧٥%) من رأس المال المصرح به ، فلا يجوز تخطي هذه النسبة بالزيادة ، ولكن الغريب هنا أن المشرع لم يضع حداً أدنى لهذه النسبة وهذا من باب أولى ، كون الحد الأدنى هو الضمانة الجدية لاشتراك المؤسسين في الشركة المراد تأسيسها ، كما أنه ما الحكمة من الحظر الذي وضعه المشرع على تداول أسهم المؤسسين طالما أنه ابتداءً لم يجعل مسألة مساهمتهم ولو بحدٍ أدنى أمر إجباري . لذا أتمنى على المشرع الأردني أن يتدارك هذا الأمر في المستقبل عند تعديل نصوص قانون الشركات .

مع أن موقف المشرع الأردني كان محل انتقاد ، إلا أنه يبقى أفضل من موقف غيره من بعض التشريعات العربية الأخرى ، مثل المشرع السوري الذي لم يتطلب اكتتاب المؤسسين بأية نسبة في رأس مال الشركة ، لدرجة أن جانب من الفقه السوري يرى^(٢) أنه قد يقتصر دور الشخص على دراسة المشروع المقترح تنفيذه والحصول على الترخيص بتأسيس الشركة حتى يعتبر هذا الشخص مؤسساً رغم عدم مساهمته بأية مبالغ في رأس مال الشركة ، ولكن يرى هذا الجانب أنه حتى يعتبر كذلك يجب ألا يتقاضى مقابل لقاء قيامه بهذا العمل لذا فإن موقف المشرع السوري في هذا الصدد بحاجة إلى إعادة نظر بحيث يجعل مسألة مساهمة المؤسس في رأس مال الشركة أمراً إجبارياً.

(١) المادة (٩٩/ب) من قانون الشركات الأردني .

(٢) دجاك يوسف الحكيم ، الشركات التجارية ، منشورات جامعة دمشق ، ١٩٩٢ ، ص ٣٨٦ .

وإذا كان من ضمن المقدمات حصصاً عينية سواء مادية أو معنوية فإنه يجب تقديرها حسب ما تطلب القانون ، إذا دخل في تكوين رأسمال الشركة حصصاً عينية عند التأسيس أو عند زيادة رأس المال وجب على المؤسسين تقدير قيمة هذه المقدمات ، إلا إذا كانت هذه الحصص مقدمة من جميع المكتتبين أو الشركاء فإن هذا التقدير يكون نهائياً دون حاجة إلى اتباع أية إجراءات أخرى^(١) ، ولغايات التحقق من قيمتها لابد من صدور قرار من لجنة مشكلة من بين العاملين بوزارة التجارة والصناعة أو من غيرهم بحسب أهمية الحصص العينية لهذه الغاية وتقدم تقريراً من قبلها يتضمن القيمة التي قدرها لهذه الحصص^(٢) ويتم إرفاق تقريرهم مع قائمة المرفقات المطلوبة عند تقديم طلب التأسيس، ويتم بعد الانتهاء من هذه المرحلة وفي المرحلة الأخيرة من مراحل التأسيس والتي تعقب الانتهاء من عملية الاكتتاب إقرار هذا التقييم من قبل الجمعية التأسيسية في اجتماعها الأول^(٣) .

إذا تبين للجنة أن القيمة تنقص بأكثر من العشر عن القيمة التي قدمت من أجلها ، فيجب على المؤسسين خلال عشرة أيام عمل من تاريخ تسلمهم تقرير اللجنة أن يتقدموا للإدارة المختصة بما يثبت قيام مقدم الحصص العينية بدفع الفرق نقداً في حساب الشركة ، أو موافقة المؤسسين على قيام مقدم الحصص العينية بتقديم حصص عينية أخرى بقيمة الفرق ، ويرفق في هذه

(١) وهذا ما نصت عليه الفقرة الرابعة من المادة (٩٩) من قانون الشركات البحريني .
(٢) هذه اللجنة يتم اختيارها بناءً على طلب من قبل المؤسسين لوزارة التجارة والصناعة ليتم تشكيل هذه اللجنة لغايات التحقق من صحة تقدير الحصص العينية وحتى يتم تقييمها بثمنها الحقيقي فإنه يتم تزويد اللجنة بملخص عن إفادة الشركة من هذه الحصص ، وعقود المعاوضة التي وردت عليها خلال الخمس سنوات السابقة على تقديمها في حال كان هناك مثل هذه العقود، وما يفيد بكل حقوق الرهن أو الامتياز المترتبة عليها في حال وجودها ، كما يقدم المؤسسون تعهداً يتضمن بالتزامهم بدفع أتعاب اللجنة التي تحددها الوزارة. يتم التحقق من قيمة هذه الحصص بهذه الآلية سنداً لنص المادة (٩٩) من قانون الشركات البحريني وقد أحالت إلى اللائحة التنفيذية لبيان آلية تشكيل هذه اللجنة سنداً لنص المادة (٨) منها ، و يتم تعيين أجل لتقديم تقرير اللجنة على ألا يجاوز خمسة عشر يوماً من تاريخ صدور قرار تشكيلها ويجوز بناءً على طلب مسبب من اللجنة مد هذا الأجل مدة لا تجاوز خمسة عشر يوماً أخرى، هذا ما نصت عليه المادة التاسعة من اللائحة التنفيذية.
(٣) المادة (١٠٠) من قانون الشركات البحريني .

الحالة بيان بالحصصة الجديدة وملخص عن مدى إفادة الشركة منها. ويجرى التحقق من صحة تقدير هذه الحصصة بواسطة اللجنة ذاتها ، أو قيام المؤسسين بدفع القيمة المقدرة للحصص العينية نقداً في حساب الشركة إذا ما سحبها مقدمها أو قيامهم بتخفيض رأس المال بما يعادل هذا النقص^(١) .

ويمنح كل من يقدم هذه الحصص العينية أسهماً تسمى الأسهم العينية^(٢) وأجازت كثير من التشريعات^(٣) ومنها المشرع البحريني^(٤) إصدار هذا النوع من الأسهم شريطة أن يتم الوفاء بكامل هذه الحصصة ، وأن يتم تقييمها على نحو ما بينت قبل قليل ، وفي المقابل فهناك تشريعات لم تجز إصدار مثل هذا النوع من الأسهم^(٥)، لكن بالرغم من أن غالبية التشريعات أجازت إصدار هذا النوع من الأسهم إلا أنها تتظر إليها نظرة عدم ارتياح، حيث يُصار إلى تقييدها بقيد قانونية تمنع من تداولها لمدة لا تقل عن سنتين عادة من تاريخ إصدارها، أو من تاريخ تأسيس الشركة بشكل نهائي كما فعل المشرع البحريني^(٦) حيث حظر التصرف بهذه الأسهم إلا بعد مضي سنتين على تأسيس الشركة نهائياً إلا في حالة الميراث والإفلاس ففي هاتين الحالتين يجوز التصرف حتى لو لم تمض مدة السنتين كاستثناء على الأصل .

-
- (١) المادة (٩) من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات البحريني.
(٢) حول تفصيل أوفى بخصوص هذه الأسهم راجع د. أحمد محرز ، الشركات التجارية ، النسر الذهبي للطباعة والنشر ، القاهرة ، ٢٠٠٠، ص٤٦٧ وما بعدها.
(٣) المادة (٢٥) من قانون الشركات المصري ، المادة (١/٩٧) من قانون الشركات الأردني، المادة (٨٧) من قانون الشركات الاتحادي الإماراتي ، المادة (١٢٨) من قانون التجارة السوري ، والمادة (٨٧) من قانون التجارة اللبناني .
(٤) الفقرة الأخيرة من المادة (٩٩) من قانون الشركات البحريني .
(٥) منها قانون الشركات العراقي الملغي بالقانون رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ بمعنى أن المشرع العراقي اعترف بها من فترة ليست بالبعيدة ، كما أنه في الولايات المتحدة معظم الولايات لا تجيز في قوانينها إصدار هذا النوع من الأسهم ، مشار إلى ذلك لدى د. أكرم ياملكي ، مرجع سابق ، ص٢٠٤ .
(٦) المادة (١٢٣) من قانون الشركات البحريني ، وتقابلها المادة (١/٤٥) من قانون الشركات المصري ، والمادة (١١١) من قانون الشركات الأردني

المطلب الثاني

جهة تقديم طلب الترخيص

عند تقديم طلب الترخيص يتم قيده في السجل الخاص المعد لقيده طلبات تأسيس شركات المساهمة، وتفيد فيه الطلبات بأرقام متتابعة ، ووفقاً لتاريخ وساعة وروده ، وتحديد تاريخ وساعة القيد هو مسلك معمول به في تشريعات السجل التجاري والتوثيق ، وذلك لأهمية البيانات التي تقدم للجهة الإدارية المعنية بهذا الصدد، حتى يتسنى للمؤسسين احتساب المدد التي حددها القانون وذلك حتى يستطيعوا السعي في التأسيس عند عدم الرد عليهم خلالها. وينبغي أن يشتمل الطلب على بيان باسم الوكيل عن الشركة الذي يباشر إجراءات التأسيس ومهنته وعنوانه لإرسال المكاتبات المتعلقة بالتأسيس ، ويكون لكل طلب ملف خاص تودع فيه كل الوثائق والمستندات التي تم إرفاقها مع طلب التأسيس ويتم التأشير عليها بما يفيد الاستلام ، وإن كان هناك نواقص فإنه يتم تكليف الوكيل باستكمال هذه النواقص سواء كانت بيانات أو وثائق ، ولم تحدد اللائحة مدة معينة يتوجب على هذا الوكيل استيفاء النواقص خلالها ، وكنت أتمنى لو أنه تم تحديد مهلة معينة في حال كان الطلب بحاجة لاستيفاء ، كأن تكون خلال مدة أسبوع أو عشرة أيام أو أسبوعين مثلاً ، وهذا الأمر لم تغفل اللائحة التنفيذية لقانون الشركات المصري عن إيرادها حيث جعلت هذه المهلة لمدة لا تزيد على عشرة أيام من تاريخ القيد على أن يكون ذلك في حدود البيانات والأوراق التي يتطلبها القانون واللائحة التنفيذية⁽¹⁾، كما

أن اللائحة التنفيذية لقانون الشركات المصري نصت على أنه لا يجوز لإدارة الشركات أن تكلف مقدم الطلب بتقديم أي مستندات لا يتطلبها القانون أو اللائحة التنفيذية مهما بدت أهميتها في نظر الإدارة ، وهذا الحكم لا وجود

(1) المادة (٤٦) من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات المصري.

مقابل له في اللائحة التنفيذية لقانون الشركات البحريني وحذا لو أنها تضمنت على حكم مماثل حتى لا تكون مثل هذه الطلبات التي يتم تكليف المؤسسين بها عائقاً يقف في طريق تأسيس شركتهم وخصوصاً لأن معرفة الوثائق والبيانات منذ البداية له أهمية كبيرة لأنه من غير المنطقي أن تتم مفاجأة مقدم الطلب بطلبات لم يسبق أن تم تكليف غيره بإحضارها أو لم يتم النص عليها في القانون ولا في لائحته التنفيذية .

أما هذه الوثائق فقد تم بيانها في المادة (١٣) من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات البحريني ، وهي نسخة من عقد تأسيس الشركة الابتدائي ومن مشروع نظامها الأساسي موقعاً عليهما من جميع المؤسسين ، وإذا كانت هناك حصص عينية ، وجب أن يرفق بالطلب ما يفيد تقديرها - حسب ما وضحت سابقاً- ، وإذا كان اسم الشركة مستمداً من اسم شخص طبيعي وجب أن يرفق بالطلب ما يثبت أن أياً من حقوق الملكية الفكرية أو براءات الاختراع التي ستقوم الشركة باستثمارها مسجل باسم هذا الشخص، أو ما يدل على تملكها لمؤسسة تجارية اتخذ من اسمها اسماً لها⁽¹⁾ وإذا كانت الشركة تحمل اسم شركة أخرى ، وجب أن يرفق بالطلب ما يثبت أن هذه الشركة الأخرى في دور الانحلال أو التصفية وأنها موافقة على التسمية ، وإذا كان من بين المؤسسين شخص اعتباري وجب أن يقدم مع الطلب صورة معتمدة من وثيقة تأسيسه، وما يثبت موافقة الهيئات المختصة به على الاشتراك في التأسيس ، والأوراق التي تثبت صفة المؤسسين وجنسياتهم عند الاقتضاء ، وأية بيانات أو مستندات إضافية تطلبها الإدارة المختصة، وهذا البيان الأخير الذي كنت أتمنى لو أنه لم يتم إيرادها في نص المادة السابق ،

(1) حيث نص قانون الشركات البحريني على هاتين الحالتين اللتان يجوز إذا توافرت إحداهما أن يستمد اسم الشركة المساهمة من اسم شخص طبيعي وفيما عدا ذلك يجب أن يكون مستمد من الغرض الذي تأسست من أجل تحقيقه مع إضافة عبارة (شركة مساهمة بحرينية) المادة (٦٦) من قانون الشركات البحريني.

لأنه كما - سبق القول - قد يفتح المجال أمام إطالة أمد عملية تأسيس الشركة في بعض الأحيان .

وبعد قيد الطلب تقوم الإدارة المختصة بفحصه وفي حالة استكماله واستيفاء كامل المتطلبات من بيانات ووثائق يتم عرض الطلب على الوزير مشفوعاً برأي الإدارة المختصة خلال سبعة أيام عمل من استيفائه للشروط والمستندات أو خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تقديم الطلب أي هاتين المدتين أسبق^(١) ، ولكن ما

الحكمة من المدة التي تطلبها هذه المادة وخصوصاً أنه يتم احتسابها بعد استيفاء كافة الشروط اللازمة للتسجيل؟

إنني أرى أنه لا حاجة لتحديد مدة ليُصار خلالها لتقديم الطلب إلى الوزير ، لأن موافقة أو رفض الوزير يكون بناءً على رأي اللجنة ، بمعنى أن هذا الأمر مجرد إجراء شكلي لا أهمية له لأن الوزير ليس هو من يقوم بدراسة الطلب إنما هذه اللجنة ، ولكن الأمر يختلف لو أن هذه المدة كانت لغايات تقديم النواقص واستيفائها خلالها ، بمعنى لو أن النص جاء بشكل آخر لكانت الحكمة من المدة في مكانها ، والصياغة التي كنت أتمناها "هي يتم دراسة الطلب وكل البيانات والوثائق المرفقة خلال سبعة أيام ، فإذا تبين أن هناك قصور فيها فإنه يتم التأكيد على وكيل المؤسسين بضرورة استيفائه خلال هذه المدة"

وما يؤكد رأيي أن قانون الشركات ولائحته التنفيذية^(٢) تضمنت نصوصاً أعطت لوزير التجارة والصناعة مهلة يصدر قراره خلالها في الطلب خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تقديمه . فلماذا إذن النص على عرض الأمر على الوزير خلال هذه المدة القصيرة وترك المدة الأطول وهي باقي

(1) المادة (١٦) من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات البحريني
(2) المادة (٧٨) من قانون الشركات البحريني والمادة (١٦/ب) من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات البحريني .

الشهر للوزير فقط حتى يُوَقَّع بالقبول أو بالرفضَ وَكُل ذلك يكون بناءً على رأي اللجنة ، لذا حبذا لو أردنا الإبقاء على هذه المدة أن يُصار إلى عكسها بحيث يكون المقدار الأطول منها أثناء عمل اللجنة ودراستها للطلب وما تبقى من هذه المدة تكون للوزير لإعطاء قراره والذي يكون إما بالرفض أو بالموافقة .

أما القرار الذي يصدر عن الوزير المختص خلال مدة ثلاثين يوماً من تاريخ تقديم الطلب ^(١) ، فإنه قد يكون بقبول الطلب أو رفضه ، والرفض قد يكون صريحاً وقد يكون ضمناً ، حيث يكون صريحاً إذا ما تم رفض الطلب خلال مدة الشهر - المشار إليها - وهنا لا بد أن يكون الرفض مسبباً ، أما إذا انقضت مدة الشهر ولم يصدر الوزير قراره لا بالقبول ولا بالرفض أي في حال سكوته فإن هذا يعتبر رفضاً ضمناً لطلب التأسيس .

وهنا أيضاً كنت أتمنى لو أن المشرع لم يعتبر السكوت رفضاً لطلب التأسيس ، وكنت أتمنى لو النص تطلب أن تكون الموافقة على الطلب صريحة وكذلك الرفض أو كحد أدنى كنت أتمنى لو أنه اعتبر السكوت قبولاً وليس العكس كما فعل في المادة (٧٨) المشار إليها أعلاه ، وما يبهر وجهة نظري هذه أن المشرع البحريني في هذه المادة اشترط أن يكون الرفض مسبباً هذا في حال كان الرفض صريحاً ، وأصاب هنا بضرورة أن يكون الرفض مبرراً لأن هذا الرفض يكون قابلاً للطعن أمام المحكمة المدنية الكبرى خلال مدة شهر من تاريخ صدوره، وجعل الرفض الضمني أيضاً قابلاً للطعن ^(٢) إذا تم اعتباره مرفوضاً خلال مدة شهر من اعتباره كذلك،

(١) الفقرة الثانية من المادة (٧٨) من قانون الشركات البحريني .
(٢) يتم الطعن بقرار الوزير أمام المحكمة المدنية الكبرى خلال (٣٠) يوماً من تاريخ الإخطار برفض الطلب أو من تاريخ اعتباره مرفوضاً وهذا ما نصت عليه المادة (٧٨/ب) من قانون الشركات البحريني ، أما القانون الأردني فقد جعل المشرع الأردني الطعن بقرار الوزير امام محكمة العدل العليا خلال (٣٠) يوماً من تاريخ رفض الطلب وهذا ما نصت عليه المادة (٩٤/ب) من قانون الشركات الأردني .

ولكن على ماذا يستند المؤسسون في طعنهم طالما أن الرفض كان ضمنياً دون إبداء سبب الرفض ، لذا فإنني مع الرفض الصريح المسبب أو الموافقة الصريحة أيضاً ، أو اعتبار السكوت طوال مدة الشهر هي قبولاً لطلب التأسيس وليس رفضاً^(١) .

المطلب الثالث

النتائج المترتبة على رفض أو قبول طلب الترخيص

تستغرق إجراءات تأسيس شركة المساهمة فترة طويلة قد تمتد في بعض التشريعات^(٢) بين البدء في تأسيسها وبين تمتعها بالشخصية المعنوية ، وخلال هذه الفترة قد يقوم المؤسسون ببعض التصرفات وإبرام بعض العقود التي تتطلبها عملية التأسيس ، كما هو الحال عند استعانتهم بأهل الخبرة لغايات دراسة المشروع الذي سيتم تأسيس الشركة لغايات تحقيقه ، أو إبرام العقود مع أحد البنوك أو إحدى الشركات المرخص لها التعامل بالأوراق المالية عند طرح أسهمها للاكتتاب العام ، والتعاقد مع الغير لغايات استئجار أو شراء مقرأ للشركة أو لشراء بعض المستلزمات والأدوات والأجهزة ، والمعدات وغيرها من التصرفات والأعمال التي تقتضيها عملية التأسيس ، كل ذلك يقوم به المؤسسون ولكن بأي صفة يقومون بهذه

(1) القانون الأردني في المادة (٩٤) في فقرتها الأولى من قانون الشركات أخذ بفكرة اعتبار السكوت موافقةً ضمنية حيث نصت هذه المادة على أنه "يصدر الوزير بناء على تنسيب المراقب قراره بقبول تسجيل الشركة أو رفض هذا التسجيل خلال مدة أقصاها ثلاثين يوماً من تاريخ تنسيب المراقب وعلى المراقب أن يجري التنسيب خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تقديم الطلب إليه موقعا من المؤسسين ومستكملاً للشروط القانونية، فإذا لم يصدر الوزير قراره خلال تلك المدة يعتبر الطلب مقبولاً" ويقصد المشرع بالمراقب هو مراقب الشركات وهي الجهة التي يتم تقديم طلب التأسيس لديها وهي تقابل إدارة التجارة وشئون الشركات بوزارة التجارة والصناعة في مملكة البحرين .

(2) مثل القانون المصري حيث أن الشركة وفقاً لأحكام قانون الشركات لا تكتسب الشخصية المعنوية إلا بعد الانتهاء من إجراءات التأسيس وإجراءات التأسيس تكون يعد الانتهاء من عملية الاكتتاب ، بينما في البحرين فإن الشركة تكتسب الشخصية المعنوية من تاريخ نشر قرار التأسيس في الجريدة الرسمية أي قبل بدء عملية الاكتتاب ، وهذا ما أكدته المادة (٨١) من قانون الشركات البحريني.

التصرفات ؟ وهل تكون لحسابهم أم لحساب الشركة أم لحساب الشركة تحت التأسيس؟ وهل يختلف الأمر في حال نجحت إجراءات التأسيس عما هو الحال عند فشل هذه الإجراءات؟

الواقع عند فشل إجراءات التأسيس لا نتصور أن خلافاً يمكن أن يثور ، حيث أنه في حال عدم التأسيس وفشل المشروع المزمع القيام به ، تبقى العقود والتصرفات والأعمال التي قام بها المؤسسون ملزمة لهم وحدهم ، وبالمقابل يكونوا هم الدائنين في الحقوق الناشئة عنها⁽¹⁾ ففي هذه الحالة يتحمل المؤسسون نتائج فشل المشروع ، ويسألون بالتضامن⁽²⁾ عن كافة التصرفات التي قاموا بها ، وكذلك المصروفات التي تم إنفاقها في عملية التأسيس ، ولقد أكد المشرع البحريني على المسؤولية التضامنية للمؤسسين بإيراده عدة نصوص في الفصل الأول منه ، ففي المادة (١٠٢) من قانون الشركات تضمنت الفقرة الأولى منها على نوع هذه المسؤولية، حيث جاء فيها " إذا لم يتم تأسيس الشركة جاز للمكتتبين استرداد المبالغ التي دفعوها ويكون المؤسسون مسئولين بالتضامن عن الوفاء بها فضلاً عن التعويض عند الاقتضاء ، كما يتحمل المؤسسون جميع المصاريف التي أنفقت في تأسيس الشركة ويكون هؤلاء مسئولين بالتضامن قبل الغير عن الأعمال والتصرفات التي صدرت منهم خلال فترة التأسيس " فهذا النص يعالج مسألة فشل عملية الاكتتاب أي فشل المرحلة الثانية التي تمر فيها إجراءات التأسيس وهي مرحلة الاكتتاب ، والتي تفشل إذا لم يتم تغطية كافة الأسهم المطروحة للاكتتاب سواء من قبل الجمهور أو من قبل متعهدي التغطية بعد غلق باب الاكتتاب⁽³⁾ ، ففي هذه الحالة يتم الحكم على فشل تأسيس الشركة ويترتب

(1) د.محمد فريد العريني ، القانون التجاري ، شركات المساهمة والتوصية بالأسهم وذات المسؤولية المحدودة ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ١٩٩٩ ، ص ٣٣ .

(2) وهذا ما نصت عليه صراحة المادة (١٠٦) من قانون الشركات البحريني .

(3) المادة (٢/٩٣) من قانون الشركات التجارية البحريني . لمزيد من النتائج التي تترتب على الاكتتاب، راجع د. أبو زيد رضوان ، الشركات التجارية ، مرجع سابق ، ص ٦٧ وما بعدها .

على ذلك التزام المؤسسون بإعادة المبالغ التي تم أداؤها من قبل المكتتبين وتعويضهم عما لحق بهم من أضرار إذا كان سبب فشل هذه العملية نتيجة لتقصير منهم أو غش من قبلهم . كما تضمن الشرط الثاني من المادة مسألتين ، الأولى تتعلق بالمصاريف التي تم إنفاقها أثناء عملية التأسيس ، وهنا نص المشرع على أن المؤسسين يتحملوها بالتضامن فيما بينهم ، والثانية تتعلق بالتصرفات التي ترتب حقوقاً للغير، حيث تضمن هذا النص على أن تكون مسؤولية المؤسسين تجاه الدائنين تضامنية أيضاً.

أما النص الثاني فهو نص المادة (١٠٥) حيث جاء فيه أن " يلتزم المؤسس أن يبذل في تعاملاته مع الشركة تحت التأسيس أو لحسابها عناية الرجل الحريص ، ويتحمل المؤسسون على سبيل التضامن أية أضرار قد تصيب الشركة أو الغير نتيجة مخالفة هذا الالتزام " فهذا النص يخص الشركة نفسها بحيث نص المشرع على تحمل المؤسسون أية التزامات تترتب على عدم بذلهم عناية الرجل الحريص مع الشركة أثناء عملية التأسيس ، وأضاف في نهاية المادة وفي تعاملات الشركة مع الغير وهذا تكرار لما ورد في المادة المشار إليها أعلاه ، وهذا التكرار الهدف منه التأكيد على مسؤولية المؤسسين التضامنية تجاه الغير .

ونص المادة (١٠٦) هو أيضاً تأكيد على المسؤولية التضامنية للمؤسسين ولكن النص هنا لم يحدد مسؤوليتهم تجاه من بل نص بشكل عام على أنها تضامنية بخصوص الالتزامات التي ارتبطوا بها أثناء عملية التأسيس ، حيث نصت هذه المادة على أنه " يكون المؤسسون مسئولين بالتضامن عما التزموا به " ، وأعتقد أن هذا النص يغني عن كل النصوص السابقة لأنه شمل كل شيء ، وجعل المسؤولية تضامنية بين المؤسسين عن كافة الالتزامات التي تنجم عند تأسيس الشركة .

أما في حال نجاح عملية التأسيس فإن الآراء اختلفت بهذا الصدد ، حيث ذهب البعض⁽¹⁾ أن الشركة في مرحلة التأسيس لا يكون لها وجود قانوني لذا فإن المؤسسين يتعاقدون باسمهم ولحسابهم ، وبذلك فهم الدائنون في الحقوق الناجمة في هذه المرحلة ، والمدينون في الالتزامات المترتبة عليها ، ولا تنتقل هذه الحقوق والالتزامات إلى الشركة إلا بعد إتمام عملية التأسيس ، ولا يكون ذلك إلا بعد الانتهاء من نجاح عملية الاكتتاب، لكن يمكن أن يكون لهذا وجاهته بالنسبة للتشريعات التي تعترف للشركة بالشخصية المعنوية بعد عملية الاكتتاب ، أما المشرع البحريني وكونه يعتبر الشركة شخصاً معنوياً بحرانياً بعد موافقة الوزير على التأسيس ونشر القرار في الصحف المحلية والجريدة الرسمية⁽²⁾ لذا لا يُصار إلى الأخذ بهذا الرأي ، وعلى فرض أن المشرع البحريني اعترف للشركة بالشخصية المعنوية في المرحلة الثانية وليس كما هو عليه الوضع وفقاً للنص الحالي ،رغم ذلك، يمكن أن نوجه بعض الانتقادات إلى هذا الرأي في حالة الإفلاس بالنسبة لأحد المؤسسين أو الحجر عليه أو عند إصابته بعارض من عوارض الأهلية ، ففي مثل هذه الأحوال تتعرض حقوق الغير والشركة للخطر ذلك بسبب أن هذه الحقوق تنتقل إلى ذمة المؤسسين ابتداءً وعندها تدخل ضمن الضمان العام لدائنيه الشخصيين ، كما أن نقل الملكية لبعض الأعيان يتطلب دفع رسوماً معينة ، فمثلاً عندما يكون من ضمن المقدمات العينة قطعة أرض فإن عملية نقل ملكيتها للمؤسسين يترتب عليه رسوماً قانونية ، وعلى فرض أن الشركة في هذه المرحلة لا تكتسب الشخصية المعنوية لذا فإنه سيحتاج المؤسسون إعادة نقل ملكية ذات قطعة الأرض إلى الشركة ، بمعنى أن سيم تحمل دفع الرسوم مرتين في هذه الحالة ، وهذا الأمر غير متصور في

(1) د. مصطفى كمال طه ، الشركات التجارية ، مرجع سابق ، ص ١٧٨ .
(2) المادة (٨١) من قانون الشركات البحريني ، والتي تضمنت على أن " تكتسب الشركة الشخصية الاعتبارية من تاريخ نشر قرار التأسيس في الجريدة الرسمية "

البحرين كون القانون يعترف للشركة بالشخصية المعنوية بتمام مرحلة التأسيس الأولى بنجاح لذا عند التنازل عن أي عقار يتم التنازل عنه للشركة وليس للمؤسسين كونها اكتسبت الشخصية المعنوية وأصبحت قادرة على اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات^(١) .

والبعض الآخر^(٢) يستعين بفكرة الاشتراط لمصلحة الغير التي أخذ بها القانون المدني^(٣) ، أي ان المؤسس عند قيامه بالتعاقد باسمه أثناء عملية التأسيس في مرحلتها الأولى إنما هو يتعاقد لمصلحة الشركة المستقبلية ، ولهم مصلحة في هذا التعاقد وهي تكوين الشركة ، إذ لا يشترط أن يكون المنتفع موجوداً وقت التعاقد إنما يكفي أنه سيكون له وجود في المستقبل ، ولكن رد جانب من الفقه^(٤) على هذا الاتجاه ، أنه إن كانت المشاركة تستطيع أن تفسر مسألة انتقال الحقوق المترتبة على التصرفات التي يبرمها المؤسسون إلى ذمة الشركة ، لكن بالمقابل تعجز عن تفسير تحمل الشركة لأية التزامات تنشأ عن هذه التصرفات .

هناك أيضاً اتجاه آخر ذهب^(٥) إلى اعتبار هذا التعاقد من قبيل عمل الفضولي ، وتخضع لقواعد الفضالة التي نظمها القانون المدني^(٦) حيث ذهب أن المؤسس في هذه المرحلة تكون له مصلحة في التأسيس ، وينبغي عليه أن

(1) المشرع الأردني نعى نفس المنحى حيث اعترف للشركة بالشخصية المعنوية بعد نشر قرار الوزير بلا موافقة على طلب المؤسسين ، وذلك في المادة (٤) من قانون الشركات التجارية الأردني.

(2) د.عزيز العكلي ، الوسيط في الشركات التجارية ، ط/١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٨ ، ص ١٩٥ ، وهو يشير هنا إلى جانب من الفقه الفرنسي تبني هذا الاتجاه .

(3) لمزيد حول موضوع الاشتراط لمصلحة الغير وتفصيله راجع د.خالد جمال أحمد ، مصادر الالتزام وأحكامه في القانون المدني البحريني ، ط/١ ، جامعة العلوم التطبيقية ، مملكة البحرين ، ٢٠١١ ، ص ١٥٤ وما بعدها

(4) د.أحمد محرز ، الشركات التجارية ، مرجع سابق ، ص ٤١١ .

(5) د.رزق الله أنطاكي و د. نهاد السباعي ، الوسيط في الحقوق التجارية ، ج/١ ، دن ، دمشق ، ١٩٦٣ ، ٤١٤ .

(6) المادة (١٩١) من القانون المدني البحريني ، ويقابلها المادة (١٨٨) من القانون المدني المصري والمادة (٣٠١) من القانون المدني الأردني ، لمزيد حول موضوع الفضالة راجع د.خالد جمال أحمد ، مرجع سابق ، ص ٣٨٣ وما بعدها .

يمضي في إجراءات التأسيس وما بدأه من أعمال حتى تتمكن الشركة من مباشرتها بنفسها بعد تكوينها^(١) ، وينبغي على المؤسس أن يبذل عناية الشخص المعتاد ويكون مسؤولاً عن خطئه وإذا تعدد المؤسسون يكونوا مسؤولين بالتضامن عن أخطائهم^(٢) . وعلى المؤسس أن يقدم حساباً للشركة بعد تكوينها^(٣) ، ويجوز للمؤسس أو المؤسسين مطالبة الشركة بعد تأسيسها بما أنفقه من مصروفات وتلتزم هي بعد تأسيسها بالتعهدات التي تعهد بها المؤسس لحسابها^(٤) ، بالرغم من ذلك إلا أن بعض الفقه^(٥) يأخذ على هذا الاتجاه بأنه الفضالة التي نظمها المشرع في القانون المدني تتطلب القيام بشأن عاجل لمصلحة رب العمل ، وعملية تأسيس الشركة ليست بالشأن العاجل ، كما أن الشخص الآخر في عملية التأسيس غير موجود ويعمل المؤسس على إيجاده ، لذا فإنه يصعب تطبيق أحكام الفضالة على أعمال التأسيس .

أخيراً ظهر اتجاه في الفقه وكان الأغلب والذي يرى أن إلزام الشركة وهي تحت التأسيس ، بالتصرفات والأعمال التي أجزاها المؤسسون على اعتبار أنها تتمتع بشخصية معنوية بالقدر اللازم لعملية التأسيس ، وعلى

(١) المادة (١٩٢) من القانون المدني البحريني ويقابلها المادة (١٩١) من القانون المدني المصري ، والمادة (٣٠٣) من القانون المدني الأردني .

(٢) المادة (١/١٩٤) من القانون المدني البحريني والتي تقابلها المادة (١٩٢) من القانون المدني المصري ، ولم يتضمن القانون المدني نصاً يقابل هذين النصين واكتفى المشرع الأردني بالنص في المادة (٣٠٤) على مسئولية الفضولي عما يلحق رب العمل من أضرار ، هذا ما تضمنه النص فقط دون الإشارة إلى ضرورة بذل عناية معينة ، وهذا قصور لدى المشرع الأردني يفضل تداركه في التعديلات المستقبلية على هذا القانون .

(٣) المادة (١٩٦) من القانون المدني البحريني ويقابلها المادة (١٩٣) من القانون المدني المصري ، والمادة (٣٠٦) من القانون المدني الأردني .

(٤) المادة (١٩٨) من القانون المدني البحريني ويقابلها المادة (١٩٥) من القانون المدني المصري ، والمادة (٣٠٧) من القانون المدني الأردني .

(٥) د. مصطفى كمال طه ، الشركات التجارية ، مرجع سابق ، ص ١٧٨ .

اعتبار أن المؤسسين عند إبرامهم لهذه التصرفات يعملون بوصفهم ممثلين لها ، وهذه الشخصية ماثلة لتلك التي تتمتع بها أثناء فترة التصفية^(١) .

ويجد هذا الاتجاه سنداً له في قانون الشركات البحريني في المادة (١٠٤) منه والتي نصت على أنه "تسري العقود والتصرفات التي أجزاها المؤسسون باسم الشركة تحت التأسيس في حق الشركة بعد تأسيسها متى كانت ضرورية لتأسيس الشركة " فمن خلال هذا النص نلاحظ أن المشرع البحريني اعترف للشركة خلال فترة التأسيس بالشخصية المعنوية بالقدر الذي يجعلها تلتزم بتصرفات المؤسسين خلال عملية التأسيس مما يؤدي إلى إكساب الشركة الحقوق وتحملها الالتزامات الناشئة خلال هذه الفترة دون أن يكون المؤسسون أنفسهم دائنين أو مدينين أو ملتزمين بنقل هذه التصرفات القانونية للشركة بعد تأسيسها ، إلا أن مسؤولية المؤسسين تبقى قائمة قبل الشركة والغير عن أية أخطاء في التأسيس مع تحررهم من الالتزامات قبل الغير^(٢).

ويجدر بنا أن نلاحظ أن شخصية الشركة في مرحلة التأسيس محدودة بالقدر اللازم لإتمام عملية التأسيس، لذا فإن تصرفات المؤسسين التي أبرمت لحساب الشركة أثناء فترة التأسيس لا تلتزم بها الشركة إلا إذا كانت ضرورية للتأسيس، وفي حالة كانت غير ذلك فإنها لا تنفذ في حق الشركة إلا إذا اعتمدها مجلس الإدارة شريطة ألا يكون لكافة الأعضاء صلة أو مصلحة في التصرف، أو إذا تمت الموافقة عليه بقرار من الجمعية العامة للشركة في اجتماع لا يكون للمؤسسين ذوي المصلحة أصوات معدودة. ويتوجب في جميع الأحوال على المؤسسين أن يضعوا ممن لهم مصلحة

(١) د. أبو زيد رضوان ، الشركات التجارية ، مرجع سابق ، ص ٣٩١ .د. مصطفى كمال طه ، الشركات التجارية ، مرجع سابق ، ص ١٨٠ .

(٢) د. مصطفى كمال طه ، مرجع سابق ، ص ١٨٠ .

الجهة التي تعتمد التصرف كافة الحقائق المتعلقة بالتصرف^(١). بمعنى أنه إذا تعاقد المؤسسون باسم الشركة ولحسابها خلال فترة التأسيس ، وكانت هذه التعاقدات ضرورية لتأسيس الشركة ، كالتعاقد مع الغير للترويج للشركة والإعلان عنها ، أو إبرام العقود كالإيجار أو الشراء للمقر أو لشراء بعض الآلات والمعدات الأدوات اللازمة لمباشرة بعض أعمالها ، هنا تلتزم الشركة بهذه التصرفات طالما كانت لمصلحة الشركة ، وتنتقل إليها بعد ذلك هذه التعاقدات بما تشمله من حقوق والتزامات، وتبقى ذمة المؤسسين مشغولة بهذه التعهدات قبل الغير ، إلى أن يتم إحلال الشركة محلهم في العقد ويكون ذلك عند تأسيسها أي من تاريخ نشر قرار الموافقة على تأسيسها في الجريدة الرسمية ، كونها تكتسب الشخصية المعنوية من هذا التاريخ - كما سبق القول - أما في إبرام المؤسسون باسم الشركة ولحسابها تصرفات غير ضرورية خلال فترة التأسيس، ورفضت الشركة التصديق عليها أو رفض الغير إحلال الشركة محل المؤسسين في العقد ، فهنا يسأل المؤسسون بالتضامن قبل الغير ، أما في حال رفض الشركة نفسها أن تحل محل المؤسسين في هذه التعهدات ، جاز للمؤسسين هنا الرجوع عليهم وفقاً لأحكام الإثراء بلا سبب أو الفضالة^(٢)، والجهة التي تفصل بمدى أهمية هذه التصرفات هي المحكمة هذا حال الخلاف حول ذلك ، فهي التي تقرر إذا ما كان التصرف محل النزاع ضرورياً أم أنه غير ذلك .

فمن هنا نلاحظ أن الشخصية المعنوية التي اعترف بها المشرع البحريني للشركة تحت التأسيس مشروطة بتمام هذا التأسيس تأسيساً صحيحاً، لذا فإنه في حال فشل مشروع الشركة اعتبرت هذه الشخصية كأن لم تكن،

(١) المادة (١٠٣) من قانون الشركات البحريني وتقابلها المادة (١٢) من قانون الشركات المصري ، ولا يوجد في القانون الأردني نص يقابل هذين النصين .
(٢) د. أحمد محرز ، الشركات التجارية ، مرجع سابق ، ص ٤١٤ .

مما يترتب على ذلك التزام المؤسسون بصفة شخصية بالتصرفات التي قاموا بها في فترة التأسيس.

مع أن المشرع الأردني لم يعالج هذا الموضوع بخلاف المشرعين المصري والبحريني ، إلا أن البعض^(١) يرى بأن الشركة في دور التأسيس يكون لها شخصية معنوية بالقدر اللازم للتأسيس كشخصيتها التي تبقى لها في فترة التصفية ، وذلك بالاستناد إلى أصول التشريعات التي تعترف بالحقوق للشخص المستقبل .

(١) د. عزيز العكيلي ، الشركات التجارية ، مرجع سابق ، ص ٣٥٨ .

خاتمة

يتميز تأسيس الشركة المساهمة ،علاوة على توافر الشروط الموضوعية العامة، من رضا ومحل وسبب والشروط الموضوعية الخاصة ، من تعدد الشركاء ،ونية المشاركة ، وتقديم الحصص ، واقتسام ما ينجم عن المشروع من ربح أو خسارة ، والشروط الشكلية العامة في كتابة العقد وتسجيله ونشره، يتميز بأنه يتوجب إتباع إجراءات إضافية تختلف من قانون لآخر ولا تعتبر هذه الشركة مؤسسة بشكل صحيح إلا باستيفائها ، وهذا كله استلزمته معظم التشريعات لغايات الرقابة السابقة على الشركة أي في المراحل الأولى من حياتها ، وهي مرحلة التأسيس ، والمشرع البحريني من التشريعات التي لا زالت تأخذ بنظام الرقابة هذا ، في حين أن بعض التشريعات العربية تخلت عنه تيمناً ببعض التشريعات الغربية كالفرنسية والإنجليزية ،كاللبناني ، المغربي ، الجزائري ، والتونسي ، فكل هذه التشريعات تخلت عن نظام الرقابة السابقة إلا في بعض الحالات التي يتعلق نشاط الشركة المراد تأسيسها في بعض المجالات كالأقمار الصناعية والصحف وغيرها من الأغراض التي يمكن أن تمس الأمن الوطني ، ففي مثل هذه الأحوال لا زالت الشركة الراغبة بالتأسيس لمثل هذه الغايات تحتاج إلى ترخيص مسبق من الجهة الإدارية المختصة ، وتخضع لنظام الرقابة السابقة .

المشرع البحريني وغالبية التشريعات العربية لا زالت تأخذ بهذا النظام وهو نظام الرقابة السابقة ، فلا زال هناك حاجة لتقديم طلب التأسيس إلى الجهة الإدارية المختصة مرفق بها عقد التأسيس والنظام الأساسي للشركة ،ولا زال هناك متطلب أساسي وهو الحصول على موافقة هذه الجهة على الطلب ، وهذه الموافقة غير مفترضة في حال استيفاء كافة المتطلبات وإنما قد يتم رفض الطلب مع استيفائه كل البيانات والوثائق المطلوبة بحجة أن

الغرض من الشركة غير ذي جدوى أو بسبب أن المؤسسين لا يتصفون بالشروط المطلوبة ، حماية للاقتصاد الوطني ، ولأموال المكتتبين بعد إتمام عملية التأسيس .

إن عملية تأسيس شركة المساهمة تمر بثلاث مراحل كما بينت في بحثي هذا ، وهذه المراحل تحتاج فترة زمنية طويلة في بعض الأحيان ، والمشرع في التعديل الجديد(المرسوم بقانون رقم "٢٨" لسنة ٢٠١٥ في المادة ٣٤٥ مكرر) لغايات التغلب على هذه المسألة في تأسيس بعض أشكال الشركات ، أوجد ما يسمى الشركات الساكنة ، ولكن للأسف لم يجز تأسيس شركة ساكنة بشكل شركة مساهمة ، وإنما اقتصررت هذه الشركات على أشكال معينة فقط وهي ذات المسؤولية المحدودة وشركة الشخص الواحد ، حيث أجاز هذا التعديل تأسيس الشركة بحيث تكون جاهزة لمباشرة نشاطها الذي تأسست من أجل تحقيقه في وقت لاحق لعملية التأسيس ، بخلاف الوضع السابق الذي كان يحكم على الشركة بالانقضاء في حال لم تباشر نشاطها خلال سنة من تاريخ الموافقة على تأسيسها ، أو إذا توقفت عن مباشرة نشاطها لمدة سنة كاملة بعد أن كانت تقوم بمباشرة .

المرحلة التي قمت بتناولها هي مرحلة إجراءات التأسيس وهي تحرير عقد التأسيس والنظام الأساسي للشركة، وتقديم الطلب للجهة الإدارية المختصة، ولم أتطرق للمراحل التالية لهذه المرحلة، ومن خلال دراستي لهذا الموضوع توصلت إلى عدة استنتاجات وتوصيات كان أهمها:

أولاً: الاستنتاجات:

١- بالنسبة لعقد التأسيس والنظام الأساسي للشركة لا يكفي أن يكونا محررين ، وإنما تطلب المشرع البحريني أن يكونا موثقين بصورة رسمية ، ولا تتم الموافقة على طلب التأسيس إذا كانا محررين بشكل

عرفي ، بخلاف الوضع في بعض التشريعات ، كما هو الحال في التشريع الأردني ، حيث يتم تقديمهما للجهة الإدارية بعد توقعهما من المؤسسين فقط دون حاجة لتوثيقهما .

٢- أغفل المشرع البحريني بعض البيانات التي يجب أن يتضمنها عقد التأسيس والنظام الأساسي للشركة، مثل حصص التأسيس ، وخصوصاً أن قانون الشركات لم يحظر إصدار مثل هذا النوع من الحصص ولم يجعل مكان وزمان انعقاد العقد من ضمن البيانات الواجب إدراجها ، وكذلك مجموع المصروفات التي تم إنفاقها طوال عملية التأسيس ، مع أنها بيانات هامة جداً .

٣- لاحظت أن بعض الأحكام الواردة في نموذج النظام الأساسي جاء تكراراً لما هو وارد في القانون واللائحة التنفيذية ، ومع ذلك أغفل مسائل هامة مثل عملية إصدار السهم بأزيد من قيمته الإسمية مقابل النفقات اللازمة للإصدار أو ما يسمى بعلاوة الإصدار ، كما خلا من تنظيم الجمعية العامة في عملية تداول الأسهم .

٤- أنه وفقاً للتعديل الجديد الوارد على بعض نصوص قانون الشركات أصبح بالإمكان تأسيس الشركة من قبل إثنين فأكثر إلا إذا انفردت الدولة في عملية تأسيس إحدى الشركات فهنا يصح التأسيس، فهنا أصبحت عملية التأسيس أسهل مما كان عليه الوضع في السابق كون القانون كان يشترط ألا يقل عدد المؤسسين عن خمسة أشخاص .

٥- اشترط المشرع البحريني توافر الأهلية التجارية في المؤسسين، كما استلزم مساهمة هؤلاء بمقدار معين من رأس المال لضمان جديتهم وحرصهم على سلامة وتحمل نتائج النجاح والفشل للمشروع المنوي إنشاؤه وحظر التصرف بها مدة زمنية معينة للتأكد من تحقق هذه الغايات .

٦- بالنسبة للطلب المقدم من المؤسسين ، تطلب المشرع أن يتم تقديمه إلى لجنة لدراسته ، وبعد ذلك يرسل لوزير التجارة والصناعة خلال مدة معينة لغايات البت فيه ، ونتيجة الوزير تكون إما الموافقة عليه أو الرفض الصريح المسبب ، واعتبر المشرع سكوت الوزير لمدة ثلاثين يوماً من تاريخ تقديم الطلب ، رفضاً ضمناً له.

٧- إن شخصية الشركة في مرحلة التأسيس محدودة بالقدر اللازم لإتمام عملية التأسيس، لذا فإن تصرفات المؤسسين التي أبرمت لحساب الشركة أثناء فترة التأسيس لا تلتزم بها الشركة إلا إذا كانت ضرورية للتأسيس ، وفي حالة كانت غير ذلك فإنها لا تنفذ في حق الشركة إلا إذا اعتمدها مجلس الإدارة شريطة ألا يكون لكافة الأعضاء صلة أو مصلحة في التصرف، أو إذا تمت الموافقة عليه بقرار من الجمعية العامة للشركة في اجتماع لا يكون للمؤسسين ذوي المصلحة أصوات معدودة.

٨- إن الشخصية المعنوية التي اعترف بها المشرع البحريني للشركة تحت التأسيس مشروطة بتمام هذا التأسيس تأسيساً صحيحاً، ففي حال فشل مشروع الشركة اعتبرت هذه الشخصية كأن لم تكن، مما يترتب على ذلك التزام المؤسسون بصفة شخصية بالتصرفات التي قاموا بها في فترة التأسيس، والتزامهم يكون بالتضامن تجاه الغير.

ثانياً: التوصيات :

١- أتمنى على المشرع البحريني أن يخفف من التشدد في بعض إجراءات التأسيس ، مثل شرط أن يكون عقد التأسيس موثقاً ، وأتمنى عليه أن يحذو حذو المشرع الأردني بعدم اشتراط ذلك ، والاكتفاء بأن يكون العقد عرفياً ، لأنه بالنتيجة سيتم عرضه على الجهة

الإدارية المختصة وسيتم التأشير عليه من قبلها ، وأعتقد أن هذا يكفي ولا حاجة للتوثيق ، لأن في ذلك اختصاراً للوقت الذي أحوج ما يكون إليه المؤسسون في هذه المرحلة .

٢- كنت أتمنى تعديل المادة (١٦) من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات البحريني وذلك بإعطاء اللجنة المدة الأطول لدراسة الطلب ، وليس العكس ، حيث أن النص بوضعه الراهن يعطي اللجنة مدة سبعة أيام من تاريخ استيفاء الطلب لبياناته والمستندات المطلوبة أو خمسة عشر يوماً من تاريخ تقديم الطلب أيهما أسبق ليتم خلال هذه المدة عرض الطلب على الوزير ، ويبقى للوزير مدة ثلاثة وعشرون يوماً أو خمسة عشر يوماً - حسب الحالة - لغايات إصدار قراره والبت بالطلب ، وطالما أن في مثل هذه الأحوال تكون مسألة عرض الطلب على الوزير هي شكلية ، وأن قراره يكون بناءً على تنسيب اللجنة لذا كان من الأفضل لو تم إعطاء اللجنة المهلة الأطول لدراسة الطلب بروية ، وترك مدة أسبوع أو أقل للوزير لغايات إصدار القرار ، وما يعزز وجهة نظري هذه أن قانون الشركات البحريني لم يشترط أن يكون رفض الوزير صريحاً ، وإنما أجاز أن يكون ضمناً .

٣- كنت أتمنى لو تطلب قانون الشركات البحريني في المادة (٧٨) أن تكون الموافقة على طلب التأسيس صريحة وكذلك الرفض أو كحد أدنى كنت أتمنى لو أنه اعتبر السكوت قبولاً وليس العكس كما فعل في هذه المادة ، وما يبرر وجهة نظري هذه أن المشرع البحريني في هذه المادة اشترط أن يكون الرفض مسبباً هذا في حال كان الرفض صريحاً ، وأصاب هنا بضرورة أن يكون الرفض مبرراً لأن هذا الرفض يكون قابلاً للطعن أمام المحكمة المدنية الكبرى خلال مدة

شهر من تاريخ صدوره ، أو شهر من التاريخ الذي كان يفترض صدوره فيه.

٤- كنت أتمنى لو أن امتد نطاق تطبيق المادة (٣٤٥مكرر) من المرسوم بقانون رقم (٢٨) لسنة ٢٠١٥، والمتعلق بالشركات الساكنة، ليشمل الشركة المساهمة، حيث أنني لا أرى ما يمنع أن يكون هناك شركة مساهمة ساكنة، والسكون هنا يشمل طبعاً المرحلة الأولى في التأسيس، بمعنى لا مانع من أن يقوم المؤسسون بتأسيس شركة تكون جاهزة لمباشرة المرحلة الثانية من التأسيس في أي وقت لاحق.

٥- أتمنى على المشرع البحريني إضافة فقرة تسمح للمؤسسين بتغطية الأسهم التي لم تتم تغطيتها في عملية الاكتتاب العام، حتى يتحقق الانسجام بينه وبين التعديل الوارد على المادة (٨٤) والتي ألغت الحد الأقصى لمساهمة المؤسسين في رأس مال الشركة.

قائمة المراجع:

١. أبو زيد رضوان ،شركات المساهمة والقطاع العام ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨٣ .
٢. د. أسامة نائل المحيسن ، الوجيز في الشركات التجارية والإفلاس ، ط/١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٨ .
٣. د. أكرم ياملكي ، القانون التجاري ، الشركات ، ط/١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٦ .
٤. د. إلياس ناصيف ،موسوعة الشركات التجارية ، ج/٨، منشورات الحلبي ، بيروت ، ٢٠٠٤ .
٥. د. جاك يوسف الحكيم ، الشركات التجارية ، منشورات جامعة دمشق ، ١٩٩٢ .
٦. د. خالد جمال أحمد ، مصادر الالتزام وأحكامه في القانون المدني البحريني ، ط/١، جامعة العلوم التطبيقية ، مملكة البحرين ، ٢٠١١ .
٧. د. رزق الله أنطاكي و د. نهاد السباعي ، الوسيط في الحقوق التجارية ، ج/١ ، دن ، دمشق ، ١٩٦٣ .
٨. د. سميحة القليوبي ، الشركات التجارية ، ط/٢، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٨ .
٩. د. طلعت جواد الحديدي ، المركز القانوني للشركات متعددة الجنسيات ، ط/١ ، دار الحامد للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٨ .
١٠. د. عزيز العكلي ،الوسيط في الشركات التجارية ، ط/١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٨ .
١١. د. علي حسن يونس ،شركات الأموال وقطاع الأعمال ، القاهرة ، ١٩٧٦ .

١٢. د. فايز نعيم رضوان ، الشركات التجارية ، ط/١ ، مكتبة الجلاء ، المنصورة ، جمهورية مصر العربية ، ١٩٩٤ .
١٣. د. فوزي محمد سامي ، شرح القانون التجاري ، ج/٤ ، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٧ .
١٤. محمد بهجت قايد ، الشركات التجارية ، النظرية العامة للشركات ، د.ت، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٧ .
١٥. د. محمود توفيق السعودي ، تغيير الشكل القانوني للشركات ، ط/١، القاهرة ، ١٩٨٩ .
١٦. د. محمد صالح ، شركات المساهمة ، القاهرة ، ١٩٤٩ .
١٧. د. محمد فريد العريني ، القانون التجاري ، شركات المساهمة والتوصية بالأسهم وذات المسؤولية المحدودة ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ١٩٩٩ .
١٨. د. محمود مختار بريري، قانون المعاملات التجارية ، الشركات التجارية ، ج/١، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨٧ .
١٩. د. مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٠ .
٢٠. د. هاني صلاح سري الدين ، الشركات التجارية الخاصة في القانون المصري ، ط/١ ، دار النهضة ، القاهرة ، ٢٠٠١ .
٢١. د. يسرية عبد الجليل ، شرح قانون الشركات البحريني ، ط/١، جامعة العلوم التطبيقية ، المنامة، ٢٠١١ .
٢٢. د. يعقوب صرخوه ، الأسهم وتداولها في شركات المساهمة ، رسالة ، دكتوراة ، جامعة القاهرة ، ١٩٨٢ .

النظام القانوني لعقد شراء الديون التجارية

دكتور

أحمد مصطفى الدبوسي السيد

أستاذ القانون التجاري والبحري المساعد

كلية القانون - الجامعة الأمريكية في الإمارات

شراء الديون التجارية كأداة لتمويل المشروعات التجارية

ظهرت آلية تهدف إلى معالجة هذه صعوبات تحصيل الديون التجارية، وهي آلية شراء الديون التجارية .

وتنقسم المراحل التي يمر بها عقد شراء الديون التجارية إلى ثلاث مراحل؛ المرحلة الأولى: هي مرحلة ما قبل التعاقد، وهي المرحلة التي تقوم فيها مؤسسة (الفاكتورينج) بالتحري عن المركز المالي كل من الشركة التجارية صاحبة الدين (الدائن الأصلي) والمدين، والذي تقوم به مؤسسة (الفاكتورينج) وفقا للأعراف، والقوانين والضوابط القانونية التي تنظم هذا النوع من العقود. أما المرحلة الثانية؛ فهي مرحلة التعاقد، وبناء وتكوين العقد، وهي التي تتعلق بمدى توافر الشروط اللازمة لإتمام العقد من شروط موضوعية، وشروط شكلية، ومدى توافق هذه الشروط مع عقد شراء الديون التجارية وما يتميز به من طبيعة خاصة.

أما المرحلة الثالثة والأخيرة؛ فهي مرحلة تنفيذ العقد، ومدى إلزامية هذا العقد لأطرافه، والالتزامات التي تقع على عاتق كل طرف من أطراف العقد.

Commercial Debt Purchases Mechanism As A Tool To Finance Commercial Projects

A featured mechanism designed to address the difficulties of commercial debt collection and debt purchasing business mechanism.

The stages of the mechanism contract buying commercial debt are divided into three stages:

1. The first stage: Is a Pre contract: The stage where the Alvaktoring foundation investigate the financial status of the company business (the original creditor) and the debtor according to legal norms , laws and regulations governing this type of contract.
2. The second stage : Contracting , building and formation of contract .

Is related to the availability of the necessary conditions to complete the contract of objectives conditions and formalities , and the compatibility of these requirement with commercial debt purchase contract to identify its special nature.

3. The third and final stage : Is the implementation stage of the contract and the extent of mandatory of this contract , and the obligations of both parts to the contract .

مقدمة:

يعد السعي للحصول على التمويل أحد أهم اهتمامات المشروعات التجارية في هذا العصر، حيث يتوقف على هذا التمويل مدى حجم النمو، ومدى زيادة نشاطها التجاري، ومدى حصول الشركات على السيولة النقدية اللازمة لزيادة حجم أرباحها.

فالتاجر في المعاملات التجارية يحتاج دائما إلى السيولة النقدية لإتمام الالتزامات التي في ذمته، ومن ثم فهو لا يحتمل التأخير في توفير هذه السيولة، سواء أمكن الحصول عليها من مصادر تمويل داخلية أو خارجية، وهذا الأمر يتطلب نصوصا قانونية تتميز بطبيعة خاصة، تحول دون بطء أو عرقلة تداول السيولة النقدية.

وتزيد صعوبة حصول التاجر على السيولة النقدية، في حالة عجز الواقع التجاري والمالي عن توفير القدر الكافي من وسائل التمويل التي تتطلبها عمليات التنمية للمشروعات التجارية والصناعية⁽¹⁾، وذلك أن تنامي واتساع حجم ونشاط المشروعات التجارية قد يؤدي إلى عدم التمكن من تدبير الأموال اللازمة لاستمرار تلك المشروعات التجارية، ومن ثم بقاءها.

وتعد الديون التجارية من أهم العوائق التي تعترض الشركات التجارية، والتجار بصفة عامة، مما قد يؤدي بالشركات التجارية صغيرة ومتوسطة الحجم - إلى المطالبة بإشهار إفلاسها، في حالة عدم قدرتها على تحصيل تلك الديون، مما ينعكس سلبا على الاقتصاد الوطني.

ويرجع أساس صعوبة تحصيل الديون التجارية من قبل الشركات التجارية إلى عدة أسباب منها أولا: عدم امتلاك الشركات التجارية الوسائل

¹ - د. ذكري عبد الرازق محمد، عقد شراء فواتير الدون التجارية (Factoring) من الوجهتين العملية والقانونية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٠، ص٣.

التي تمكنها من تحصيل هذه الديون على وجه السرعة، وهو الأمر الذي تقتضيه طبيعة العمليات التجارية.

فعلى الرغم من حصول هذه الشركات على ضمانات كافية من العميل المدين، إلا أن عدم امتلاكها لوسائل تنفيذ تتميز بالسرعة يحول دون تحصيل هذه الديون على وجه السرعة.

ثانياً: تتطلب عملية تحصيل الديون التجارية إمكانيات إدارية ومالية للقيام بها، مما قد يرهق ميزانية الشركات التجارية بأعباء إضافية؛ فحجز الأموال خلال الفترة التي سوف تستغرقه عمليات تحصيل الديون، وما قد يشملها من اللجوء إلى القضاء، والانتظار حتى صدور حكم نهائي، وتنفيذ هذا الحكم - قد يتسبب في خسائر فادحة للشركات التجارية.

ومن ثم ظهرت الحاجة لآلية قانونية واقتصادية تعالج هذه الصعوبات، وبالفعل قد ظهرت آلية تهدف إلى معالجة هذه الصعوبات، وهي عقود شراء الديون التجارية (Factoring Contract) ⁽¹⁾.

¹ - عقد (الفاكتورينج)، هو اتفاق بين مؤسسة مالية تعرف باسم مؤسسة الفاكورينج، مع عميلها - على تقديم العميل للمؤسسة كافة الفواتير والسندات المالية التي يمتلكها، ويحق لمؤسسة الفاكورينج اختيار الفواتير والسندات التي ترى إمكانية استيفائها، مقابل تعجيل قيمتها للعميل، على أن تتحمل المؤسسة مخاطر عدم وفاء المدين، دون الرجوع إلى العميل، ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك صراحة.

- راجع ذلك، د. نادر عبد العزيز شافي، عقد الفاكورينج (عقد شراء الديون التجارية) الطبعة الثانية، مطبعة زين الحقوقية والأدبية، ٢٠١٣، ص ٤٩.

- وعرف الفقه الفرنسي عقود الفاكورينج بأنها الصورة التقليدية لتحصيل الديون، والتي تتمثل في قيام المحصل المحترف لهذا النشاط (مؤسسة الفاكورينج) بالوفاء بقيمة الفواتير إلى التاجر، مقابل تحويل حقوق هذا التاجر التي في ذمة عملائه إلى الفاكور، وحصوله على العمولة والفائدة المقررتين .

- راجع في ذلك :

- Christian Gavalda, Jean Stoufflet , Le contrat dit de factoring, J.C.P. 1966, 2044 n°s 39 ,p17.

- وعرفت اللائحة الخاصة بتعريف الاصطلاحات الاقتصادية والمالية في فرنسا والصادرة في ٩ من نوفمبر ١٩٧٣ عقود الفاكورينج بأنها (العقد الذي بمقتضاه يمكن إدارة حسابات عملاء المشروعات إدارة مالية عن طريق تملك هذه الحقوق، وتحصيلها لحساب المحصل الخاصة، وتحمل الخسائر المحتملة، إذا ما كان هذا التعامل مع عملاء متعسرين).

ورغم انتشار هذه الآلية إلا أن شراء الديون كحرفة مستحدثة يعد من إبداع رأس المال الأمريكي^(١)؛ حيث عرفت عقود (الفاكتورينج) في الولايات المتحدة الأمريكية، وذلك حينما بدأ الوكلاء في الولايات المتحدة الأمريكية بالبحث عن خدمات جديدة لتقديمها للمنتجين، بشأن حقوقهم الناشئة عن البيع؛ حيث لاحظوا مدى حاجة هؤلاء إلى تمويل هذه الحقوق، خاصة مع صعوبة الحصول على الاعتمادات المصرفية^(٢).

بينما يعد الظهور الرسمي لعقود الفاكتورينج (عقود شراء الديون التجارية) في فرنسا عام ١٩٦٥، حيث أنشأت العديد من الشركات العامة في مجال بيع الديون، ثم توالى بعد ذلك إنشاء شركات أخرى في بلجيكا، وألمانيا، وغيرها من الدول الأوروبية^(٣).

وتعد أول مؤسسة فرنسية للفاكتورينج هي مؤسسة (LA Société Françoise de factoring) والتي أسهم في إنشائها عدة بنوك فرنسية. وتشير الإحصائيات إلى أن عدد مؤسسات الفاكتورينج في فرنسا بلغ (٤١) مؤسسة وشركة في عام ١٩٦٨، وصل حجم تعاملاتها (٢٦) مليار فرنك فرنسي، ووصل هذا العدد في ١٩٩٤ إلى (٢٣) مؤسسة وشركة، بلغ حجم تعاملاتها ١٢٨ مليار فرنك فرنسي، وارتفاع هذا العدد في عام ٢٠٠٠ إلى (٢٥) مؤسسة وشركة، بحجم تعاملات ٦٠ مليار يورو^(٤).

أما في مصر، فلم تحظ عقود شراء الديون التجارية بالتطبيق حتى الآن، إلا على استحياء في شركتين فقط.

²⁻ Jacques Ferronnière, Emmanuel de Chillaz, Jean Pierre Paty, Les opérations de banque , Etudes politiques et sociales, Dalloz, 1980, p604.

^{١-} د. هشام فضلي، عقد شراء الحقوق التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٧، ص ٥.
²⁻ René Rodière, Jean-Louis Rives-Lange, Droit bancaire, Dalloz, 1973 , p376.

^{٢-} د. تيماء محمود فوزى الصراف ، عقد الفاكتورينج ، مجلة الراافدين للحقوق ، عدد ٨ ، ٢٠٠٦ ، ص ٣٠٧ ، ٣٠٨.

ويذهب جانب من الفقه^(١) مبررا رؤيته بعدم تنظيم المشرع المصري لعقود شراء الديون التجارية- إلي أنه حديث النشأة في الواقع التجاري المصري؛ حيث بدأت الحاجة إليه، في الحياة التجارية المصرية مع تبنى سياسة الانفتاح الاقتصادي، وما يتطلب هذا الأمر من تنمية الصادرات المصرية لمواجهة الواردات من الخارج.

وبالفعل فقد بدأ جانب من البنوك المصرية، منها البنك المصري لتنمية الصادرات في إبرام مثل هذا النوع من العقود، واعتمدت البنوك المصرية في أخذها بهذه العقود على عقود- (الفاكتورينج) النموذجية للبنوك، وعقود المؤسسات المالية الأمريكية والفرنسية.

ونرى أنه مع تطور التجارة الدولية، والأهمية التي تتمتع بها عقود شراء الديون التجارية في مجال تمويل المشروعات التجارية، على الصعيد الدولي والإقليمي والتي سوف نعرضها من خلال هذه الدراسة، فإن المشرع المصري يجب عليه أن يغير وجهة النظر تجاه مثل تلك العقود، وعليه أن يتبنى تشريعاً يحكم عقود شراء الديون التجارية.

وترجع أهمية عقود شراء الديون التجارية، إلى انه تساعد الشركات التجارية على توفير السيولة النقدية اللازمة لتسيير أعمالها. وإن كانت أهمية تسوية الديون تبرز أكثر في مجال العلاقات الاقتصادية الخارجية، حيث يصعب التوجه إلى مختلف دول العالم لتحصيل الديون فقط^(٢).

^٤ - د. فايز نعيم رضوان ، عقد شراء الحقوق التجارية ، دار الفكر العربي ١٩٨٦ ، ص ٢٤ .
2- Georges Ripert, Louis Vogel, René Roblot, Traité de droit commercial, Volume 2 of Traité de droit commercial: Commerçants, tribunaux de commerce, fonds de commerce, propriété industrielle, concurrence, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2001, p2213.

وتتعاظم أهمية تسوية الديون التجارية في الحالة التي يتعامل فيها التاجر مع عملاء على نطاق جغرافي واسع، حيث إنه يلجأ في هذه الحالة إلى محصل متخصص^(١)، ومن ثم قد يثير هذا الأمر العديد من المشكلات. ومن هنا ظهرت آلية شراء الديون التجارية كأحد الحلول لتسوية الديون التجارية، والتي تتمتع بعدة مزايا يمكننا تلخيصها فيما يلي من نقاط:-

١ - ضمان تحصيل العميل الدائن لقيمة الديون التجارية:

تحتمل عملية منح الائتمان دائما وجود مخاطر، يعد من أعظمها خطر إفسار المؤتمن، أو الشخص الذي يلتزم بالوفاء بالدين إلى مانح الائتمان^(٢).

ومن ثم يعد قيام المؤسسة المشترية للدين (مؤسسة الفاكторинг) بالوفاء بالدين للعميل (الدائن) - التزاما عليها في إطار منظومة عقد شراء الدين التجاري، وهو التزام بضمان تحصيل الدين من المشتري (المدين)، ومن ثم فإذا تعذر ذلك لإفساره، أو إفلاسه، أو لتعنته، فلا يمكن للمؤسسة في هذه الحالة الرجوع على العميل (الدائن)؛ ذلك لأنها تضمن للعميل (الدائن) استيفاء حقه حالا أو مستقبلاً، دون إمكان الرجوع عليه في حالة عدم قدرتها على تحيل الدين من المدين^(٣)؛ حيث إنه في جميع الأحوال يعد التزام مؤسسة التحصيل المشترية للدين التجاري بالوفاء باتا ونهائيا.

² - Christian Gavalda, Jean Stoufflet , Le contrat dit de factoring,op.cit p55.

^٣ - د. هاني دويدار، عقد تحصيل الديون التجارية، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصاد، الإسكندرية، ١٩٩١، ص٣٠٧.

^١ - د. على جمال الدين عوض ، عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، الطبعة الثالثة ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٠، ص٥٦١ .

وبناء على ذلك، يتخلص الدائن نهائيا من خطر إفسار مدينه أو امتناعهم عن الوفاء بديونهم، حيث ينتقل هذا الخطر إلى عاتق مؤسسة تحصيل الدين (الفاكتورينج)^(١).

٢- تبسيط إجراءات تحصيل الديون المعدومة

تبرز أهمية هذه المزية لدى التاجر الذي يملك مشروعا ذا هيكل تنظيمي محدود، وحجم مالي صغير؛ فهذا التاجر لا يمتلك وسائل فعالة لاقتضاء حقوقه لدى المدينين، وخاصة في حالة ما إذا كانت هذه الديون خارج حدود الدولة، وفي مجال العلاقات التبادلية الدولية^(٢)؛ حيث يلجأ التاجر في هذه المشروعات إلى مؤسسة متخصصة في مجال شراء الديون التجارية، لتحصيل هذه الديون، عن طريق بيع هذه الديون لهذه المؤسسة.

وتقوم هذه المؤسسة بتحصيل هذه الديون بأقل تكلفة، وبأقصر الطرق، وذلك اعتمادا على ما لديها من خبرات في هذا المجال، وبما تمتلكه من إمكانيات قانونية ومحاسبية تساعدها على ذلك، ويترتب على ذلك من الجانب الحسابي أن يتم إلغاء بند تحصيل الحقوق من العملاء، ويستبدل به حساب وحيد يعبر عن علاقة التاجر بمؤسسة التحصيل^(٣).

يضاف إلى ذلك أن مؤسسة التحصيل تسعى دائما إلى تبسيط حسابات التاجر (الدائن) الخاصة بدائنيه، ويكون ذلك عن طريق توحيد نماذج فواتير كافة عملاء مؤسسة التحصيل، على نحو يساعدها على مباشرة نشاطها^(٤).

1- BECQUE j ,Michel Cabrillac, et RIVES-LANGE , Les factures et bordereaux protestables, J.C.P. 1968-1-2131, p10.

٢- د. ذكري عبد الرازق محمد ، عقد شراء فواتير الديون التجارية ، مرجع سابق ص ٢٩،٣٠.

3- Christian Gavalda, Jean Stoufflet , Le contrat dit de factoring, op.cit, p5.

4- Georges Ripert, Louis Vogel, René Roblot, Traité de droit commercial, op.cit , p2436 .

ومن جانب آخر قد تقوم مؤسسات شراء الديون التجارية بتحصيل ديون التاجر، بما لديها من إمكانيات، مقابل عمولة تتقاضاها من التاجر، وفي ذلك تخفيض واضح لنفقات تحصيل الديون^(١).

٣- تفرغ التاجر للإدارة الفنية للمشروع :

يذهب جانب من الفقه^(٢) إلى أن الجانب الأصيل لعملية شراء الديون التجارية، يظهر من خلال وجود خدمات أخرى بجانب عملية الائتمان، والذي يمثل الجانب التمويلي في العقد، وذلك بإيجاد إدارة متميزة تعمل على وضع الطرق والأساليب الحديثة والمتجددة في الإدارة- تحت تصرف الدائنين.

وبذلك تعد عملية شراء الديون التجارية من أبرز مظاهر تخليص التاجر من المهام التي يمكن الاستغناء عنها، في أي مشروع تجاري، ويتم ذلك بقيام مؤسسة الفاكوتورينج بإدارة حسابات العملاء المدينين من خلال إدارات متخصصة متوفرة لديها، مما يساعد التاجر أصحاب الشركات التجارية على التفرغ لأداء الأعمال الفنية التي تساعدهم على تحقيق زيادة في الأرباح^(٣).

ويكون ذلك عن طريق قيام أحد المتخصصين بمهمة البحث عن مجالات جديدة للاستثمار، ويقوم آخر بعمل دراسات الجدوى المختلفة. وقد يتولى أحد المحترفين مهمة تسويق منتجات المشروع التجاري والدعاية لها، على أن تقوم مؤسسة شراء الديون التجارية بمهمة تخليص

1- René Rodière, Jean-Louis Rives-Lange, Droit bancaire, op.cit, p337.

٢- د. ذكري عبد الرازق محمد ، عقد شراء فواتير الديون التجارية ، مرجع سابق ، ص ٣٠.

3- A. BONNAUD, "Le factoring une nouvelle forme d'aide à l'exportation", Banque 1964, p671.

الدائن من ضرورة مطابفة عملائه المدينين له بالوفاء، ومن ثم يستطيع التاجر التفرغ للإدارة الفنية والتجارية للمشروع الذي يقوم بإدارته^(١).
وتقوم مؤسسة شراء الديون التجارية بهذا الدور بالتعاون مع العميل (الدائن)، الذي يلتزم من جانبه بإمدادها بما توصل إليه من معلومات عن المراكز المالية للمدينين، وعن طبيعة الديون محل العقد، وذلك حتى يضمن الحصول على موافقة المؤسسة المالية على دخول كافة ديونه لدى عملائه في عقد شراء الديون^(٢).

4- ضمان تحصيل الديون التجارية في الأسواق الخارجية:

يخشى العديد من التجار القائمين على إدارة المشروعات التجارية، خاصة صغيرة ومتوسطة الحجم- من الاستثمار من الأسواق الأجنبية، وذلك بسبب تخوفهم من عدم القدرة على تحصيل واستيفاء حقوقهم من الديون، وغيرها من الحقوق، من عملائهم الموجودين في الخارج.
ومن ثم، فوجود مؤسسات تحصيل الديون سوف يساعد على القضاء على هذا التخوف، ومن ثم يعد دافعا للتجار على الدخول في المشروعات التجارية في الأسواق الخارجية؛ فآلية شراء الديون، وما تتميز به من وجوب تنظيمها على هيئة دوائر تغطي أجزاء كبيرة من الدول- يساعد على وجود تعاون بين المؤسسات العاملة في مجال الاستثمار في شراء الديون التجارية.
حيث تتعاون هذه المؤسسات في مجال التجارة الداخلية والخارجية، بما يضمن تحصيل جميع الحقوق، ويضمن كذلك الحصول على المعلومات من جانب آخر، وذلك من خلال قيامها بالعمل على هيئة مراسلين لغيرها من

^١- راجع في ذلك:

- د. هاني دويدار، عقد تحصيل الديون التجارية، مرجع سابق، ص ٣٠٨.

- Christian Gavalda, Jean Stoufflet , Le contrat dit de factoring, op.cit,p5.

^٢- د. فايز نعيم رضوان، عقد شراء الحقوق التجارية، مرجع سابق، ص ١٦.

المؤسسات في الدول المختلفة، مما يساعد على تنشيط وتميية حركة الصادرات والواردات على المستوى الدولي (١).

٥- شراء الديون التجارية نشاط ينعدم فيه الأثر التضخمي:

شراء الديون التجارية لا يعد من الأنشطة التي يترتب عليها آثار تضخمية، فهي آلية تقدم خدمة حقيقة إلى الدائن، ولا يخشى على الاقتصاد القومي من ازدياد حدة موجات التضخم بسببها (٢)؛ حيث تعد المبالغ التي تمنحها مؤسسة شراء الديون إلى الدائن الذي أبرم معها العقد مساوية تماما لحجم الصفقات التجارية التي أبرمها، فهو يقوم بالوفاء بقيمة فواتير الديون فقط إلى المتعاقد معه (٣).

وبناء على ذلك، فلن تستطيع مؤسسات شراء الديون شراء ديون تاجر متعاقد، تفوق حدود رصيد المؤسسة.

وبعد العرض السابق يتضح لنا أن آلية شراء الديون التجارية تعد نظاما يتمتع بالعديد من المزايا والكفاءة المطلوبة في توفير السيولة التي يحتاجها التاجر دائما.

مشكلة الدراسة :-

١- تكمن مشكلة البحث الأولى حول كيفية حلول المؤسسة المالية المسئولة عن شراء الديون التجارية (مؤسسة الفاكوتورينج) محل الدائن، في المطالبة بديون هذا الأخير، وذلك من خلال توضيح الضمانات المطروحة لأطراف عقد الفاكوتورينج، واقتراح وتوضيح النصوص القانونية التي تلائم عقود الفاكوتورينج، وذلك باعتبارها آلية تحقق مكاسب اقتصادية واستثمارية.

١ - S. Pisar, « Aspects juridiques du factoring international », Banque, mars 1970, p252.

٢ - د. هاني دويدار، عقد تحصيل الديون التجارية، مرجع سابق، ص ٣٠٩.

٣- Christian Gavalda, Jean Stoufflet , Le contrat dit de factoring ,op.cit, p7.

٢- تكمن مشكلة البحث الثانية في عدم وجود مؤسسات تعمل في مجال شراء الديون التجارية، بالعدد الذي يتناسب مع أهمية هذه الآلية، وهو العامل الذي يحول دون تطبيق هذه الآلية في مصر.

٣- أما المشكلة الثالثة والأخيرة فهي عدم وجود نظام قانوني، أو قواعد عامة وخاصة تحكم عملية شراء الديون التجارية في مصر وغالبية الدول العربية.

أهداف البحث :

- ١- تحديد مدى ملاءمة النظم القانونية لآلية شراء الديون التجارية.
- ٢- بيان المراحل التي تمر بها عملية شراء الديون التجارية .
- ٣- بيان الأساس القانوني لعملية حلول المؤسسة المالية المسئولة عن شراء الديون بدلا من الدائن، في المطالبة بما له من ديون لدى الغير (المدين).
- ٤- محاولة وضع نظام قانوني، ينظم آلية شراء الديون التجارية، بما يحقق الأمان للمستثمرين.
- ٥- مناقشة المشرع المصري لوضع تشريع خاص، ينظم عمليات شراء الديون التجارية.

أهمية الدراسة:

إذا كان المشرع المصري، بالرغم من الأهمية التي تتمتع بها آلية شراء الديون التجارية، والتي تحقق للتجار من جانب والمشاريع التجارية من جانب آخر، واعتبارها إحدى طرق تمويل المشروعات التجارية- لم ينظم هذه الآلية، ولم ينظم العقود الخاصة بها، فقد جاءت هذه الدراسة لتقدم للمشرع المصري توصيات وأهدافاً تساعد المشرع المصري على وضع تصور عام للنصوص القانونية الخاصة بتنظيم تلك الآلية والعقود الخاصة بها.

تساؤلات الدراسة:

- ١- ماهية عقود شراء الديون التجارية ؟
- ٢- ما مراحل تنفيذ عملية شراء الديون التجارية؟
- ٣- ما الأساس القانوني الذي يمكن الاستناد عليه في حلول مؤسسة الفاكترينج محل الدائن، في المطالبة بما له من ديون لدى الغير (المدين) ؟
- ٤- ما مدى ملاءمة النظم القانونية في مصر لعملية شراء الديون التجارية ؟
- ٥- ما مدى إمكانية رجوع مؤسسة (الفاكترينج) على الدائن في حال تعذرها في تحصيل الديون ؟
- ٦- ما مدى الحرية الممنوحة للمؤسسة الفاكترينج لاختيار دين عملائها ؟

منهج البحث :

قد انتهجنا في هذا البحث منهجا غير أحادي، وهو المنهج التحليلي الوصفي، من خلال تحليل النصوص، وبيان ما بها من مميزات، وما قد يشوبها من عيوب وقصور.

وقد انتهجنا هذا المنهج التحليلي بغرض عرض الأحكام القانونية، والآراء الفقهية، والمفاهيم المحيطة بالمشكلة، وتحليلها وتقييمها بشكل موضوعي، أما انتهجنا للجانب الوصفي، فقد كان من خلال استغلال أسسه وقواعده في جمع الحقائق والمعلومات المتعلقة بألية شراء الديون التجارية، وتحليلها، وتفسيرها، للوصول إلى وصف علمي متكامل لها.

خطة البحث

- الفصل الأول: ذاتية عقود شراء الديون التجارية .
- المبحث الأول: سمات عقد شراء الديون التجارية .

- المبحث الثاني: طبيعة عقد شراء الديون التجارية .
- المبحث الثالث: تمييز عقود شراء الديون التجارية عن غيرها من العقود .
- الفصل الثاني: آلية عمليات شراء الديون التجارية**
- المبحث الأول : المرحلة السابقة لعقد شراء الديون التجارية .
- المبحث الثاني : مرحلة بناء عقد شراء الديون التجارية .
- المبحث الثالث : تنفيذ عقد شراء الديون التجارية .

الفصل الأول

ذاتية عقود شراء الديون التجارية

اكتسبت آلية شراء الديون التجارية أهمية كبيرة في مجال تمويل المشروعات التجارية، وقد بدأت تلك الآلية تشق طريقها في المعاملات التجارية، نظرا لما تتمتع به من مميزات سبق الإشارة إليها من جانب، ومما يتمتع به عقد شراء الديون التجارية من سمات وخصائص، من جانب آخر .

و تتميز عقود شراء الديون التجارية عن غيرها من العقود، وهو ما يجعل لتلك العقود ذاتية خاصة عن غيرها من العقود .

ويمكننا توضيح ذلك من خلال التقسيم الآتي :

المبحث الأول : سمات عقد شراء الديون التجارية .

المبحث الثاني : طبيعة عقد شراء الديون التجارية .

المبحث الثالث: تمييز عقد شراء الديون التجارية عن غيره من العقود.

المبحث الأول

سمات عقد شراء الديون التجارية

تبرز سمات عقد شراء الديون التجارية من خلال الأسباب التي أدت إلى وجود مثل هذه العقود؛ حيث يعد الهدف الأساسي من هذه العقود هو

توفير وسيلة من وسائل التمويل للشركات التجارية؛ عن طريق توفير السيولة النقدية لهذه الشركات، وذلك عن طريق شراء مؤسسة (الفاكتورينج) المتخصصة في شراء الديون التجارية- لديون تلك الشركات لدى الغير، وانتقال ملكية هذه الديون لها.

مثال ذلك؛ قد تقوم إحدى الشركات التجارية، في سبيل التشجيع على شراء بضائعها، بتقديم تسهيلات في الدفع لعملائها، في نظير سندات أو فواتير يوقعها العملاء لمصلحتها، بعد تحديد مواعيد الاستحقاق، فتقوم الشركة التجارية بعرض ما لديها من فواتير وسندات غير مستحقة الدفع، على مؤسسة (الفاكتورينج) المتخصصة في شراء الديون التجارية، فتقوم هذه المؤسسة بدراسة الملفات الخاصة بتلك الديون والمقدمة لها.

ومن ثم توقع مع الشركة التجارية عقدا تلتزم بموجبه بدفع قيمة الديون التي تمثلها السندات أو الفواتير، إما مقدما وفورا، أو عند تاريخ الاستحقاق، حسب الاتفاق المبرم بينهما، وتتنازل الشركة التجارية، بموجب هذا الاتفاق، عن ديونها للمؤسسة (الفاكتورينج) من مجموع قيمة الديون⁽¹⁾.

ومن خلال عرضنا للمثال السابق، يمكننا توضيح السمات التي يتميز بها عقد شراء الديون التجارية، من خلال التقسيم الآتي :

المطلب الأول: عقد شراء الديون التجارية كوسيلة للتمويل.

المطلب الثاني: عقد شراء الديون التجارية كوسيلة للضمان.

المطلب الثالث: الاعتبار الشخصي لعقد شراء الديون التجارية.

¹ - د. مروان الكركبي، عقد الفاكورينج الجديد في عمليات المصارف، من الوجهتين القانونية والاقتصادية، دراسة مقدمة إلى جامعة بيروت العربية، كلية الحقوق، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٢، ص ٣٦٦.

المطلب الأول

عقد شراء الديون التجارية وسيلة للوفاء والتمويل

تعد هذه السمة هي إحدى أهم سمات عقد شراء الديون التجارية، وتتمثل مشكلة التمويل في ضعف الموارد المالية للشركات التجارية، ومن ثم تظهر حاجة هذه الشركات الماسة للتمويل^(١)، وتزيد حاجة هذه الشركات للتمويل في حالة كونها شركات صغيرة، ومتوسطة الحجم، وذلك لافتقادهما في الغالب للضمانات التي تطلبها المؤسسات المصرفية لمنحها التمويل.

ومن ثم تأتي عقود شراء الديون التجارية كألية لحل مشكلة التمويل التي تواجهها الشركات التجارية، عن طريق قيامها بدور أداة تمويل قصيرة الأجل لتلك الشركات، مقابل تخليها، جزئياً أو كلياً، عن حقوقها تجاه عملائها لصالح مؤسسة (الفاكتورينج) المتخصصة في شراء الديون التجارية.

فعقد شراء الديون التجارية كما ذهب جانب من الفقه^(٢)، هو عقد وفاء قانوني، تقوم بمقتضاه مؤسسة (الفاكتورينج) بالوفاء بقيمة الديون إلى الشركة التجارية (الدائن)، عند حلول ميعاد استحقاقه أو فوراً، ثم تقوم بعد ذلك بتحصيل قيمة هذا الدين من المدين عند حلول ميعاد استحقاق الدين.

ومن ثم يفتح هذا الأمر آلية تمويل قصيرة الأجل عن طريق توفير السيولة النقدية للشركات التجارية، وذلك عن طريق قيام مؤسسة (الفاكتورينج) بسداد قيمة هذه الديون في تاريخ يسبق تاريخ الفواتير

١ - أ. مصطفى تركي حومد الجوراني، آثار عقد الفاكورينج (عقد شراء الديون التجارية) في التشريعين الأردني والعراقي، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة لكلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠١٥، ص ٢١.

٢ - راجع في ذلك:

د. تورية توفيق، وكالة تحصيل وضمّان الديون التجارية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٨٧، ص ٤٧.

أ. مصطفى تركي حومد الجوراني، آثار عقد الفاكورينج، عقد شراء الديون التجارية، مرجع سابق، ص ٢٢.

والسندات المتنازل عنها، مما يسمح للشركات التجارية بالحصول على أموال تمكنها من متابعة أعمالها التجارية والاقتصادية.

فألية شراء العقود التجارية تعد وسيلة من وسائل التمويل الحديثة، الهدف منها تأمين التمويل اللازم للشركات التجارية عامة، والشركات التجارية صغيرة ومتوسطة الحجم خاصة، يضاف إلى ذلك تفادي عقبات تحصيل تلك الديون والتي لم يحل أجلها بعد.

المطلب الثاني

عقد شراء الديون التجارية وسيلة للضمان

يعد التزام مؤسسة (الفاكتورينج)، بعدم الرجوع على الشركة البائعة للدين التجاري، وضمان عدم الرجوع عليها أحد سمات عقد شراء الديون التجارية؛ حيث يعني قبول مؤسسة (الفاكتورينج) شراء فواتير وسندات الدين من الشركات التجارية- أنها تضمن تحصيلها من (المدين)، وإذا تعذر ذلك بسبب إفلاس المدين أو إعساره، فلا يمكن للمؤسسة (الفاكتورينج) الرجوع على الشركة التجارية البائعة؛ لأنها تعتبر ضامنة لها في استيفاء حقها حالاً أو مستقبلاً^(١).

فبعد شراء الديون التجارية يركز على ركيزة رئيسة هي المنح، حيث يتم منح الائتمان، باتفاق بين الشركة التجارية و مؤسسة (الفاكتورينج)، تقوم بموجبها تلك المؤسسة بتعجيل قيمة حقوق الشركة التجارية لدى مدينها؛ مقابل نقل ملكية هذه الحقوق لها، مع التزامها بضمان عدم الرجوع عليها في حالة تخلف المدين عن الوفاء^(٢).

^١ - أ. حسبية شيتوي، الأوراق التجارية المعاصرة، رسالة ماجستير، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، ٢٠١٤، ص ٢٩.

^٢ - د. هشام فضلي، عقد شراء الحقوق التجارية، مرجع سابق، ص ٨.

ونرى أن هذا الضمان الذي توفره آلية شراء الديون التجارية يفهم من خلال شرط عدم الرجوع الذي تتعهد به مؤسسة (الفاكتورينج) المتخصصة في شراء الديون التجارية.

فالضمان الذي توفره آلية (الفاكتورينج) أوسع وأكبر من الضمانات الأخرى التي توفرها مؤسسات الضمان المختلفة، حيث تصل نسبة الضمان إلى ٩٧% من مجموع مبلغ الدين بالإضافة أن هذه النسبة تدفع مقدما وقبل تحقق أي من المخاطر التي غالبا ما يحددها نموذج العقد الموقع بين الطرفين^(١).

فحلول مؤسسة (الفاكتورينج) محل الشركة التجارية (الدائن) صاحبة الدين، في حقوقها المثبتة في الفواتير والسندات المقبولة تجاه (المدين) - يجعلها تلتزم بعدم الرجوع على الشركة التجارية (الدائن) في تخلف مدينها عن الوفاء بقيمة الفواتير والسندات المستحقة، طالما كان التخلف راجعا إلى إفسار المدين، أو إفلاسه، أو كان نتيجة لتعنت غير مشروع^(٢).

المطلب الثالث

الاعتبار الشخصي لعقد شراء الديون التجارية

تقوم عقود شراء الديون التجارية على الاعتبار الشخصي، أي على ثقة كلا طرفيها في الآخر؛ حيث إنها تقوم على عناصر تتعلق بالشركة التجارية صاحبة الدين (الدائن) من جانب، وبعملائها من جانب آخر. مثال ذلك السمعة التجارية في السوق، والأمانة المالية، والقدرة المالية، والمركز الاقتصادي، ومن ثم الثقة بين الأطراف، والتي تلعب دورا هاما في إبرام تلك العقود.

^٢- د. عماد حبيب يهلول، عقد خصم الديون دون حق الرجوع، دار نيبور، بغداد، ٢٠١١، ص ٤١.
^١- هشام فضلي، عقد شراء الحقوق التجارية، مرجع سابق، ص ٦.

ويبرز دور الجانب الشخصي من خلال نظرة مؤسسة (الفاكتورينج) إلى عملائها من دائنين ومدنين؛ حيث تقوم مؤسسة (الفاكتورينج) بتقدير احتمال وقوع الخطر بالنظر إلى إمكانيات ومركز المدين المالي، ومعاملاته السابقة، فإذا طرأ ما يهز هذه العناصر، تعرضت العلاقة بينهما إلى الانهيار. لذلك فغالباً ما تحرص مؤسسات (الفاكتورينج) على التأكيد على حقها في إنهاء العقد دون إنذار في حالات معينة، منها حالة اضطراب المركز المالي للمدين اضطراباً خطيراً، ينذر بإعلان إفلاسه^(١).

ومن جانب آخر فدائماً ما تحرص الشركة التجارية (الدائن)، على التعاقد مع مؤسسات (فاكتورينج) تتمتع بمركز مالي جيد، وسمعة حسنة، والقدرة على تقديم أفضل نوعية ممكنة من الخدمات والمعلومات، وهو ما يدل على أهمية الاعتبار الشخصي في عقد (الفاكتورينج)؛ حيث يقوم كل طرف من أطراف العقد بدراسة مكانة والمركز المالي للآخر، وبذلك تعتبر شخصية كل طرف من أطراف العقد محل اعتبار لدى الآخر^(٢).

المبحث الثاني

طبيعة عقد شراء الديون التجارية

تبرز أهمية دراسة الطبيعة القانونية لعقد شراء الديون التجارية في مسألة هامة، وهي ضبط جوهر نظام هذا العقد.

ودراستنا للطبيعة القانونية لعقد شراء الديون التجارية سوف تكون من خلال تحديد المقصود بالتكييف القانوني لهذا العقد، وتحديد الأساس القانوني لانتقال أموال الديون من الشركة التجارية (الدائن)، إلى مؤسسة (الفاكتورينج) المسؤولة عن شراء الديون التجارية، وذلك لتحديد الإطار القانوني لهذا العقد.

^١ - د. نادر عبد العزيز شافي، عقد الفاكورينج (عقد شراء الديون التجارية)، مرجع سابق، ص

١٤٥.

^٢ - المرجع السابق، ص ١٤٧.

ولهذا الأمر أهمية كبيرة لسد النقص التشريعي، عند عدم وجود قاعدة قانونية تعالج المشاكل المترتبة عن إنشاء، وتنفيذ، أو انتهاء عقد شراء الديون التجارية، ويكون ذلك بالرجوع إلى الأحكام المتضمنة الأساس القانوني المحدد والمتبني لهذا النوع من العقود^(١) من جانب، وتزليل الصعوبات التي من الممكن أن تثار نتيجة لتطبيق أحكامه من جانب آخر. وإذا كان هناك جانب من الفقه^(٢) يعترض، من حيث المبدأ على هذا النهج الرامي إلى الدخول في مناقشات فقهية بخصوص تحديد الطبيعة القانونية لعقد من العقود، حيث إن أطراف العقد يقومون بتنظيم علاقاتهم العقدية بشكل كاف.

وهناك اتجاه آخر في الفقه^(٣) يبرر هذا الأمر بأنه يأتي في إطار الآلية القانونية لعملية شراء الديون التجارية، التي تهدف إلى تحديد القواعد القانونية التي تحكم اتفاق الأطراف، في ظل القصور الذي قد يشوب وضعه من الناحية التفصيلية، فضلا عن غياب التنظيم القانوني المصاحب لعقد شراء الديون التجارية.

وجرت عدة محاولات في الفقه لتحديد الطبيعة القانونية لعقد شراء الديون التجارية، وذلك لتحديد الأساس القانوني لهذا العقد، وذلك عن طريق الرجوع بهذا العقد إلى بعض العقود والمفاهيم القانونية المتشابهة معه في بعض العناصر.

واقترحت العديد من النظريات لتحديد الأساس القانوني لعقد شراء الديون التجارية، وانقسمت هذه النظريات إلى جانبين، الأول اللجوء إلى النظريات التقليدية لتحديد الأساس القانوني للعقد، أما الثاني، فقد ذهب إلى

^١ - د. ميلاد عبد الحفيظ، النظام القانوني لتحويل الفاتورة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، ٢٠١٢، ص ٦٦.

^٢ - د. فايز نعيم رضوان، عقد شراء الحقوق التجارية، مرجع سابق، ص ٧١.

^٣ - د. ذكري عبد الرازق محمد، عقد شراء فواتير الديون التجارية، مرجع سابق، ص ٨٣.

تجديد وتحديث الإطار القانوني لعقد شراء الديون التجارية، عن طريق أخذه بالحلول الاتفاقية، وهو ما ستعرض له من خلال التقسيم الآتي:

المطلب الأول : النظريات التقليدية في تحديد الأساس القانوني لعقود شراء الديون التجارية.

المطلب الثاني : الاتجاه الحديث في تحديد الأساس القانوني لعقود شراء الديون التجارية.

المطلب الأول

النظريات التقليدية في تحديد الأساس القانوني لعقود شراء الديون التجارية

ظهر العديد من النظريات، والتي حاولت وضع أساس قانوني لتأسيس رجوع المحصل على المدين بالوفاء بقيمة الحق الثابت بالفواتير التجارية أو في السندات^(١).

وإن كان هناك جانب من الفقه^(٢) ذهب إلى أن هذه النظريات تعد مهجورة، أو مستبعدة، كأساس لتكييف عقود شراء الديون التجارية^(٣)، إلا أننا سنبحث تلك النظريات التي وضعت لتحديد الطبيعة القانونية لعقد شراء الديون التجارية، للوصول إلى الاتجاه الراجح في تحديد الأساس القانوني لانتقال الحق في عقود شراء الديون التجارية، وهو ما سوف يوضح لنا الآثار المترتبة على تطبيق هذه النوعية من العقود في مجال المعاملات التجارية، ويمكننا عرض هذه النظريات من خلال التقسيم الآتي:-

الفرع الأول :- عقد شراء الديون التجارية والوكالة.

الفرع الثاني :- عقد شراء الديون التجارية وتجديد الدين.

الفرع الثالث :- عقد شراء الديون التجارية وخصم الأوراق التجارية.

الفرع الرابع :- عقد شراء الديون التجارية وحوالة الحق.

^١ - د. هاني دويدار ، عقد تحصيل الديون التجارية ، مرجع سابق ، ص ٣٠٧.

^٢ - المرجع السابق ، ص ٣٠٧.

^٣ - د. ذكري عبد الرازق محمد ، عقد شراء فواتير الديون التجارية ، مرجع سابق ، ص ٨٦.

الفرع الأول

عقد شراء الديون التجارية والوكالة

نصت المادة (٦٩٩)، من القانون المدني المصري، على كون الوكالة عقدًا يلتزم بمقتضاه الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل، ونصت المادة (٧٠٣) من ذات القانون، على أن (الوكيل ملتزم بتنفيذ الوكالة، دون أن يجاوز حدودها المرسومة).

وبناء على هذه المواد، فالوكيل يلتزم بشروط الوكالة وتعليمات الوكيل، كما يلتزم بالطرق التي يحددها الموكل لاستيفاء الحقوق الثابتة في السندات والفواتير التجارية، كما أن الوكيل حينما يطالب المدين بالوفاء بالدين يقوم بذلك باسم الموكل لا باسمه، وفي حالة عدم وفاء المدين فمن الواجب على الوكيل إخطار الدائن بواقعة عدم الوفاء بالدين.

ويضاف لذلك أن الموكل يجوز له عزل وكيله متى أراد الرجوع عن وكالته، ما لم يكن للوكيل حق في الوكالة، ففي هذه الحالة لا يجوز عزله^(١).

ومن ثم فلا يمكننا الاعتماد على الوكالة كأساس لرجوع مؤسسة (الفاكتورينج) في تحصيل الديون من المدين، وذلك لعدة أسباب هي:

١- أن مؤسسة (الفاكتورينج) تطالب المدين بالوفاء باسمها، ولحسابها الخاص، وليس بالنيابة عن الشركة التجارية (الدائن)^(٢)؛ حيث إنها لا تتوب عن الدائن في تحصيل حقوقه لدى المدين، بل إنها تحل محله في هذه الحقوق وتنتقل إليها، وتصبح مالكة لها.

^١- د. محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، الطبعة الأولى، المجلد الثالث، دار الثقافة، عمان، ص ١٤٣.

^٢- Christian Gavaldà, Jean Stoufflet, Le contrat dit de factoring, op . cit 40.

٢- أن مؤسسة (الفاكتورينج) تضمن عدم الرجوع على الشركة التجارية (الدائن) في حالة عدم تحصيل قيمة الدين؛ فهي تقوم بالإجراءات اللازمة لتحصيل الدين موضوع عقد شراء الديون التجارية، مع ضمان عدم الرجوع على الدائن، في حالة عدم تسديد المدين قيمة الدين^(١).

٣- أن التزام مؤسسة (الفاكتورينج) بدفع قيمة الديون المستحقة للشركة التجارية (الدائن) على مدينيه- يعد الإطار الأساسي في عقد شراء الديون التجارية، سواء تم تحصيلها بالفعل أم لا، بينما يعد التزام الوكيل مقتصرًا على دفع المبالغ التي حصلها بالفعل إلى الموكل^(٢).

الفرع الثاني

عقد شراء الديون التجارية وتجديد الدين

تجديد الدين هو عمل قانوني، يقوم على استبدال دين جديد بدين قديم يحل محله، فيكون سببا في انقضاء الدين القديم، ونشأة الدين الجديد^(٣).

وقد نصت الفقرة (٣)، من المادة (٣٥٢) من القانون المدني المصري، على تجديد الالتزام بالقول بأنه يتجدد الالتزام (بتغيير الدائن، إذا اتفق الدائن، والمدين، وأجنبي، على أن يكون هذا الأجنبي هو الدائن).

فالتجديد كأبي عمل قانوني، يقوم على شروط وأركان يجب توافرها فيه، ويجب أن تتجه فيه إرادة الأطراف إلى إحداث هذا العمل القانوني، وهو استبدال الدين القديم بالدين الجديد.

وذهب جانب من الفقه^(٤) إلى أن الدين الجديد لا يحل مكان الدين القديم بمجرد إدخال تعديل عليه، كإضافة شرط أو أجل، فإن ذلك يعد تعديلا

^٢ - د. تورية توفيق، وكالة تحصيل و ضمان الديون التجارية ، مرجع سابق ، ص ١٥٣ .
²- Christian Gavalda, Jean Stoufflet , Le contrat dit de factoring, op.cit, p40.

^١ - د. محمود لبيب شنب، دروس نظرية الالتزام، الناشر غير مذكور، ١٩٧٤، ص ٣٧٤.
^٢ - د. سليمان مرقص، أحكام الالتزام، الطبعة الثانية، المجلد الرابع، دار الكتب القانونية، مصر، ص ٧٧٢.

للاللتزام، وإنما يكون الدين جديدًا إذا تغير فيه مصدره أو شخص الدائن، ويستلزم هذا الأمر توافر نية التجديد لدى الدائن، وأن يشترك فيه المدين، وأن تتجه إرادتهما إلى إنشاء الدين الجديد في المدين، مقابل انقضاء دينه القديم.

فالتجديد إذن اتفاق يجب أن يسهم فيه جميع أطراف الدين القديم، وأطراف الدين الجديد، وقد يكون طرفا الدين الجديد هما طرفا الدين القديم، وقد يدخل في هذه العملية شخص ثالث، غير الدائن والمدين في الدين القديم، ويكون ذلك عندما يكون التجديد بتغيير الدائن أو المدين، وعندئذ يجب الحصول على موافقة هذا الطرف الثالث، بالإضافة إلى موافقة طرفي الالتزام القديم^(١).

ومن ثم فإن من أهم الآثار التي تترتب على تجديد الدين - وهو انقضاء الالتزام الأصلي، ونشوء التزام جديد، فالتجديد إذن هو سبب من أسباب انقضاء الالتزام، وهو في نفس الوقت عقد منشئ لالتزامات جديدة^(٢). وبناء على ما سبق فإن مبدأ تجديد الالتزام بتجديد الدين، لا يمكن أن يكون أساسا قانونيا يمكن الاستناد إليه في عقود شراء الديون التجارية، وذلك للأسباب الآتية: -

١. عقد شراء الديون التجارية ينشأ صحيحا باتفاق طرفي الشركة التجارية (الدائن)، ومؤسسة (الفاكتورينج)، ويعد هذا العقد صحيحا بدون إخطار المدين، وهو ما يعد اختلافا جوهريا بين عقد شراء الديون التجارية وتجديد الدين.

^٢ - د. عبد المنعم البدر اوى، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٦٨، ص ٤٠٦.

^١ - أ. مصطفى تركي حومد الجوراني، آثار عقد الفاكورينج (عقد شراء الديون التجارية)، مرجع سابق، ص ٣٦.

٢. لا يمكننا اعتبار تحصيل الدين تجديداً للدين بتغيير شخص الدائن، لأن التجديد يتطلب موافقة المدين على التجديد^(١).
٣. في عقود شراء الدين التجارية لا مجال للقول بانقضاء الالتزام القديم ونشوء التزام جديد يحل محله، فإذا كان التجديد سببا من أسباب انقضاء الالتزام، فإن شراء الديون التجارية هو سبب من أسباب انتقال الحق، وليس انقضاءه^(٢).
٤. يترتب على تجديد الدين عدم انتقال التأمينات التي كانت تكفل تنفيذ الالتزام الأصلي، إلا إذا تبين ذلك من الاتفاق حيث يزول الالتزام القديم مع فروعه كالتأمينات، دون المساس بالضمانات التي ينص عليها العقد، وينشأ التزام جديد له مواصفاته الخاصة المستقلة عن المواصفات التي يتمتع بها الالتزام القديم^(٣)، مما قد يضر بمصالح مؤسسة (الفاكتورينج) في حالة سكوت الاتفاق في هذا الخصوص^(٤).
٥. تقوم عملية تجديد الدين على قطع الصلة بين المدين والدائن القديم، ومن ثم لا يحق للمدين الدفع بأي من الدفع التي كان من الممكن أن يدفع بها نحو الدائن القديم في مواجهة الدائن الجديد، وهو ما لا يمكن التسليم به في عقد شراء الديون التجارية.
٦. التجديد لا يصلح أن يكون أساسا قانونيا لعقد شراء الديون التجارية؛ حيث إنه عامل من عوامل انقضاء الالتزام، وليس عاملا في انتقاله.

٢- راجع في ذلك:

د. على جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، مرجع سابق، ص

٥٣٢.

د. هاني دويدار، عقد تحصيل الديون التجارية، مرجع سابق، ص ٣١٨.

٢- د. ميلاد عبد الحفيظ، النظام القانوني لتحويل الفاتورة، مرجع سابق، ص ٩٠.

١- د. نادر عبد العزيز شافي، عقد الفاكورينج، (عقد شراء الديون التجارية)، مرجع سابق، ص ٢٢٨.

٢- د. هاني دويدار، عقد تحصيل الديون التجارية، مرجع سابق، ص ٣١٨.

الفرع الثالث

عقد شراء الديون التجارية وخصم الأوراق التجارية

عرفت المادة (٣٥١)، من قانون التجارة المصري ١٧ لسنة ١٩٩٩ عقد الخصم بأنه (١- اتفاق يتعهد البنك بمقتضاه بأن يدفع مقدما قيمة صك قابل للتداول إلى المستفيد في الصك، مقابل نقل ملكيته إلى البنك، مع التزام المستفيد برد القيمة الاسمية إلى البنك إذا لم يدفعها المدين الأصلي، ٢- خصم البنك مما يدفعه للمستفيد نسبة من مبلغ الصك فضلاً عن العمولة، إذا كانت مشروطة).

وعرف جانب من الفقه (١) خصم الأوراق التجارية بأنه اتفاق بين البنك وأحد العملاء على خصم قيمة الورقة التجارية، أي التعجيل بدفع قيمتها للعميل، مقابل نسبة معينة من قيمة الورقة يخصمها البنك، كبديل لقيامه بهذه العملية.

وبذلك يعد الخصم عملية مصرفية، يعجل البنك فيها لحامل الورقة التجارية التي لم يحل أجلها بعد- قيمة هذه الورقة، مقابل تنازل الحامل للبنك عن ملكية الحق الثابت فيه، وقيام البنك بخصم مبلغ معين من قيمة الورقة يسمى سعر الخصم، وهو يمثل مقدار فائدة المبلغ المدفوع عن المدة من تاريخ دفعه إلى تاريخ استحقاق الورقة (٢).

وعند حلول ميعاد استحقاق الورقة التجارية، إذا لم يتم الوفاء بقيمة الورقة التجارية بواسطة المدين، فإن البنك يمارس حقه في الرجوع على الدائن، وعلى المظهرين أيضاً (٣).

١- د. توريه توفيق ، وكالة تحصيل وضمان الديون التجارية ، مرجع سابق ، ص ١٥٣.

٢- د. نكري عبد الرازق محمد ، عقد شراء فواتير الديون التجارية ، مرجع سابق ، ص ٨٧.

٣- د. محي الدين علم الدين ، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية ، الطبعة الأولى ، الجزء الثاني ، الناشر غير مذكور، ص ١٢٩٧.

وتختلف عقود خصم الأوراق التجارية عن عقود شراء الديون التجارية في عدة نقاط هي:

١. عقد خصم الأوراق التجارية لا تقع إلا على الأوراق التجارية فقط، بينما عقود شراء الديون التجارية قد تكون ثابتة في الأوراق التجارية، وقد يكون ثبوتها أيضا في فواتير يقتصر دورها على إثبات المديونية، دون أن يكون في نية أطراف العقد إفراغ هذه العلاقة في شكل ورقة تجارية^(١).

٢. الدائن في عقد خصم الأوراق التجارية يبقى ضامنا للوفاء بقيمة هذه الأوراق التجارية، في حالة عدم التسديد عند حلول أجل الاستحقاق، بينما في عقد شراء الديون التجارية لا يحق لمؤسسة (الفاكتورينج) الرجوع على (الشركة التجارية) الدائن، عند عدم استيفاء الديون من المدين^(٢).

وذلك لأن دور مؤسسة (الفاكتورينج)، لا يقتصر فقط على منح الاعتماد، إنما يتعدى ذلك إلى تقديم خدمة الضمان، الذي يغطي مخاطر التعسر المالي للمدين.

فالدائن في الورقة التجارية يأخذ حكم المظهر، أي أنه يتعين عليه أن يظل ضامنا للوفاء بقيمة الورقة التجارية، بينما في عقود شراء الديون التجارية لا يلتزم الدائن (الشركة التجارية) بحسب الأصل بهذا الضمان في مواجهة مؤسسة (الفاكتورينج)^(٣).

وبناء على ذلك فلا يمكننا الاعتماد على عقد خصم الأوراق التجارية، واعتباره أساسا قانونيا لعقود شراء الديون التجارية.

¹ - Le contrat dit de factoring Jean Stoufflet, Christian Gavalda- op.cit.p43.

^٢ - د. فايز نعيم رضوان ، عقد شراء الحقوق التجارية مرجع سابق ، ص ٧٨.

³ - Georges Ripert, Louis Vogel, René Roblot, Traité de droit commercial, op.cit, p43.

الفرع الرابع

عقد شراء الديون التجارية وحوالة الحق

حوالة الحق هي الوسيلة التقليدية التي استخدمتها الشركات المتخصصة في شراء الديون التجارية، كأساس قانوني لتفسير نقل الديون إليها من العميل الدائن، ولتأسيس حقها أيضا في الرجوع على المدين في ميعاد الوفاء لاقتضاء الحق منه، ومن ثم استرداد الائتمان^(١).

حيث ذهب جانب من الفقه^(٢) إلى تأسيس رجوع مؤسسة (الفاكتورينج) على المدين، على فكرة حوالة الحق، مع توضيح أن مؤسسة (الفاكتورينج) لا تقوم بالإجراءات المنصوص عليها قانونا، والتي تجعل الحوالة نافذة في مواجهة المدين، مما قد يعرض مؤسسة (الفاكتورينج) لرفض المدين الوفاء بقيمة الدين إليها.

ويذهب جانب من الفقه^(٣) إلى أن عملية شراء الديون التجارية وتحصيلها تعد حوالة حق ثقيلة من الناحية الشكلية والإجرائية.

وتعرف حوالة الحق بأنها هي اتفاق ينقل به الدائن ما له من حقوق قبل المدين إلى شخص آخر يصبح دائنا مكانه، ويسمى الدائن الأصلي في هذه الحالة بالمحيل، والدائن الجديد بالمحال له، والمدين بالمحال عليه^(٤)، وهو الذي سوف يصبح له الحق في مطالبة المدين بالدين، بوصفه صاحب الحق الوحيد، وبحيث لا تبرأ ذمة المدين إلا بالوفاء للمحال له كدائن جديد^(٥).

^١ - د. ذكري عبد الرازق محمد، عقد شراء فواتير الديون التجارية، مرجع سابق، ص ٨٧.
^٢ - Jacques Ferronnière, Emmanuel de Chillaz, Jean Pierre Paty, Les opérations de banquet, op.cit, p42.

^٣ - راجع في ذلك:
- د. على جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، مرجع سابق، ص ٥٣٢.

- د. هاني دويدار، عقد تحصيل الديون التجارية، مرجع سابق، ص ٣٢٠.
^٤ - د. أنور سلطان، أحكام الالتزام، الموجز في النظرية العامة للالتزام، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، دار النهضة العربية، ١٩٧٤، ص ٣٠٧.
^٥ - د. ذكري عبد الرازق محمد، عقد شراء فواتير الديون التجارية، مرجع سابق، ص ٩٠، ٩١.

ونصت المادة (٣٠٣)، من القانون المدني المصري، على أن (الحوالة تتم بدون حاجه إلى رضاء المدين).

وهو ما أوضحت محكمة النقض المصرية في حكم^(١) لها؛ حيث قالت إن مفاد تلك المادة هو أن المشرع اختار المبدأ الذي سارت عليه التشريعات الجديدة، التي تجيز أن يظل المدين، بالحق المحال به، بمعزل عن تعاقد المحيل والمحال له، مراعية في ذلك إن المدين يستوي لديه استبدال دائن بآخر، وبالتالي فإن الحق المحال به، ينتقل بمجرد انعقاد الحوالة، دون الحاجة إلى نفاذها في حق المدين المحال عليه، ولا يشترط لانعقاد الحوالة شكل خاص، ويخضع في إثباته للقواعد العامة^(٢).

ونصت المادة (٣٠٥)، من القانون المدني المصري، على أن (لا يحتج بالحوالة قبل المدين، أو قبل الغير، إلا إذا رضي بها المدين، أو أخبر بها بعقد غير قضائي، غير أن قبول المدين لا يجعلها نافذة قبل الغير، إلا إذا كان هذا القبول ثابت التاريخ).

ومن ثم يتضح هنا من هذا النص، أن الإجراء المطلوب لنفاذ الحوالة في مواجهة المدين، هو إعلانه بها، أو قبوله لها.

وبناء عليه نجد أن مفهوم شروط انعقاد ونفاذ حوالة الحق، يتفق مع مفهوم الشروط المطلوبة لانعقاد ونفاذ عقد شراء الديون التجارية، مما قد يجعلها أساسا ملائما يمكن الاعتماد عليه في عقود شراء الديون التجارية، ويعد من أبرز نقاط الاتفاق بين حوالة الحق وعقود شراء الديون التجارية ما يلي:

^٢ - أحكام محكمة النقض المصرية ، حكم صادر في الطعن رقم ٣٥٢ لسنة ٤١ قضائية ، بجلسة ١٩٧٧/٣/٢٢.

<http://private.tashraat.com/nakdimages/y28/M1/37266.pdf>

^٢ - د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الجزء الثالث ، دار إحياء التراث العربي ، ١٩٥٨ ، ص ٤٤٧.

١. أن الحوالة تؤدي إلى نقل ملكية الحق من المحيل إلى المحال بكافة ضماناته وتأميناته، وهو أمر تحرص عليه مؤسسات (الفاكتورينج)، لضمان استرداد الحق الذي دفعت قيمته للعميل^(١).
 ٢. تتعقد الحوالة بدون موافقة المدين أو رضائه بانعقاد العقد، وكذلك الحال بالنسبة لعقود شراء الديون التجارية؛ فهي تتعقد بدون موافقة المدين.
 ٣. لا يشترط لانعقاد الحوالة أو عقد شراء الديون التجارية، شكل خاص لانعقادهما، بل ينعقدان بتوافق الإيجاب والقبول.
 ٤. تتفق الحوالة مع عقد شراء الديون التجارية في ضرورة التزام (الدائن)، في كلا العقدين، بإخطار (المدين) بتحويل الحق إلى شخص جديد، والتزامه بالوفاء لهذا الشخص باعتباره الدائن الجديد.
 ٥. تتفق حوالة الحق وعقد شراء الديون التجارية في أن الدائن الأصلي في كل من العقدين يضمن للدائن الجديد وجود حق له عند المدين، لكنه لا يضمن له يسر المدين، وقدرته على الدفع^(٢)، ومن ثم فلا التزام على الدائن في كل من العقدين إذا انقضى الحق فيما بعد، ما دام أنه قد ضمن وجود هذا الحق عند إبرام العقود.
- إذن وبعد العرض السابق، فما الإشكالية التي تمنع من الاعتماد على حوالة الحق، كأساس قانوني يمكن الاستناد إليه في رجوع مؤسسة (الفاكتورينج) على المدين؟

^١ - د. زكري عبد الرزق محمد ، عقد شراء فواتير الديون التجارية ، مرجع سابق ، ص ٩١ .
^٢ - Christian Gavalda, " Factoring ", Ency, Dallaz, 1973.p36.

ذهب جانب من الفقه^(١) إلى أن الإشكالية الوحيدة التي تمنع اعتبار حوالة الحق أساساً قانونياً لتأسيس رجوع مؤسسة (الفاكتورينج) على المدين - تكمن في عدم إعلان الحوالة إلى المدين.

فحوالة الحق لا تكون نافذة قبل المدين أو قبل الغير، إلا إذا قبلها المدين، أو أعلن بها، بينما لا يشترط قبول المدين لتنفيذ عقد شراء الديون التجارية^(٢).

وقد ذهب جانب من الفقه^(٣) إلى أن حوالة الحق لا تلائم عقود شراء الديون التجارية، والتي تهدف إلى إنجاز عمليات الائتمان للمشروعات التجارية بأسلوب سهل، يتلاءم مع سمة السرعة، التي هي أساس التعامل التجاري.

ويمكننا إضافة بعض الإشكاليات التي تمنع الاعتماد على حوالة الحق كأساس قانوني لتأسيس رجوع مؤسسة (الفاكتورينج) على المدين، بالإضافة إلى الإشكاليات السابقة، وهذه الإشكاليات تتلخص فيما يلي:

١. في حوالة الحق يرجع الدائن الجديد على المدين بكل الدين، حتى ولو كان قد اشتراه بأقل من قيمة هذا الدين، بينما في عقود شراء الديون التجارية، فترجع مؤسسة (الفاكتورينج) على المدين بقدر ما دفعته فقط .

٢. في حوالة الحق يجوز للدائن الجديد أن يرجع على المدين، قبل أن يدفع ثمن الحوالة للدائن الأصلي، بينما في عقود شراء الديون التجارية، فلا يجوز لمؤسسة (الفاكتورينج) الرجوع على المدين، إلا إذا قامت بالوفاء بالدين فعلاً للدائن الأصلي.

^٢ - د. هاني دويدار، عقد تحصيل الديون التجارية، مرجع سابق، ص ٣٢١.
^٤ - د. نادر عبد العزيز شافي، عقد الفاكورينج، (عقد شراء الديون التجارية) مرجع سابق، ص ٢١٢.

^١ - د. تورية توفيق، وكالة تحصيل وضمّان الديون التجارية، مرجع سابق، ص ١٥٤.

ومن ثم ظهر اتجاه جديد يحاول تأسيس رجوع مؤسسة (الفاكتورينج) على أساس قانوني جديد، ويستبعد من خلال هذا الاتجاه العقود سالفة الذكر، وهو ما سنتعرض له فيما يلي:

المطلب الثاني

الاتجاه الحديث في تحديد الأساس القانوني

لعقود شراء الديون التجارية

أمام عجز النظريات التقليدية عن تحديد أساس قانوني، يمكن الاستناد إليه في رجوع مؤسسة (الفاكتورينج) على المدين في عقود شراء الديون التجارية- ظهرت بعض الاتجاهات الحديثة، والتي حاولت إيجاد أساس قانوني يمكن تأسيس عقود شراء الديون التجارية على أساسه. ويمكننا مناقشة تلك الاتجاهات من خلال التقسيم الآتي:

الفرع الأول : نظرية الحلول الاتفاقي كأساس قانوني لعقود شراء الديون التجارية.

الفرع الثاني: حوالة دايلي والأساس القانوني لعقود شراء الديون التجارية.

الفرع الأول

نظرية الحلول الاتفاقي، كأساس قانوني لعقود شراء الديون التجارية

ذهب جانب من الفقه⁽¹⁾ إلى تأسيس عملية رجوع مؤسسة (الفاكتورينج) على المدين، لتحصيل الدين على أساس قانوني مستمد من نظرية الحلول، على أساس من القول هو أن قواعد الحلول الاتفاقي من شأنها أن تلبى ما يقصده الأطراف في هذا العقد.

¹- Christian Gavalda, Jean Stoufflet , Le contrat dit de factoring, op.cit ,p155.

والحلول هو نوع من أنواع الوفاء، يؤدي إلى استيفاء الدائن حقه، ولكن مع حلول الموفي محله في رجوعه على المدين^(١).

ونصت المادة (٣٢٧)، من القانون المدني المصري، على أن (للدائن الذي استوفى حقه من غير المدين، أن يتفق مع هذا الغير على أن يحل محله، ولو لم يقبل المدين ذلك، ولا يصح أن يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء).

وبمقتضى نظرية الحلول الاتفاقي، تتفق الشركة التجارية (الدائن) ومؤسسة (الفاكتورينج) المتخصصة في شراء الديون التجارية- على حلول هذه المؤسسة محل (الشركة التجارية) الدائن في حقوقه تجاه المدين، نظير قيامها بالوفاء بقيمة هذه الحقوق لصالح الشركة التجارية (الدائن).

وقد رأت مؤسسات (الفاكتورينج) في نظرية الحلول الاتفاقي غايتها، فيمكنها أن توفى لعميلها بقيمة حقوقه على مدينه، ثم تحل محله في الرجوع عليه دون تطلب أي إجراء قانوني آخر^(٢).

وبناء على ذلك، تصبح مؤسسة (الفاكتورينج) صاحبة حق شخصي قبل المدين^(٣)، ومن ثم تمتلك كل ما يلحق بهذا الحق من توابع، ويكون لها الحق في الدفع بالدفع المقرر لهذا الحق، وذلك وفقا لما قررته المادة (٣٢٩) من القانون المدني المصري^(٤)، وكذلك يمكن لمؤسسة (الفاكتورينج) التنازل عن هذا الحق إلى الغير^(٥)، مما قد يساعدها على تحصيل الديون

^٢ - د. عبد المنعم البدر اوى ، النظرية العامة للالتزامات ، مرجع سابق ، ص ٣٧٧.

^٣ - د. هشام فضلى ، عقد شراء الحقوق التجارية ، مرجع سابق ، ص ٤٤.

³ - Georges Ripert, Louis Vogel, René Roblot, *Traité de droit commercial*, op.cit,p2435.

^١ - نصت المادة (٣٢٩) من القانون المدني المصري على أن (من حل قانونا أو اتفاقا محل الدائن كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص ، وما يلحقه من توابع ، وما يكلفه من تأمينات ، وما يرد عليه من دفع ، ويكون هذا الحلول بالقدر الذي أداه من ماله من حل محل الدائن).

⁵ - Christian Gavalda, Jean Stoufflet , *Le contrat dit de factoring*, op.cit, p57.

الموجودة في الدول الأخرى من خلال التنازل لها عن هذا الدين، أو توكيلها في تحصيله^(١).

ولا يشترط في الحلول الاتفاقي شكل خاص؛ فالمشرع المصري اكتفى بالإشارة إلى وجود اتفاق بين الطرفين على الحلول، دون أن يبين ما إذا كان يشترط في هذا الاتفاق الصراحة، أو يكفي الضمنية لاستخلاص وجود الحلول، دون الإشارة إلى ذلك صراحة^(٢).

فأي تعبير عن الإرادة له معنى الحلول يكفي، ولم يتطلب القانون أيضاً ضرورة إخطار المدين، فالحلول يعد نافذاً عليه وعلى الغير بمجرد وقوعه^(٣)؛ فالمدين ليس طرفاً في اتفاق الحلول، ويعد رضائه غير ضروري، بل إن الحلول يتم بالرغم من إرادته^(٤).

ونص المشرع المصري على شرط واحد لصحة الحلول الاتفاقي، وهو وفقاً للمادة (٣٢٧) من القانون المدني سالفه الذكر، ألا يتأخر اتفاق الحلول عن ميعاد الوفاء.

ويرجع سبب اشتراط المشرع المصري ذلك الشرط إلى غلق باب التحايل في وجه أطراف العقد^(٥).

لذلك يعد كل اتفاق على الحلول باطلاً إذا لم يتضمن هذا الاتفاق ما يشير إلى عدم تأخر ميعاد الاتفاق عن ميعاد الوفاء.

ويرى جانب الفقه^(٦) أن أحكام الحلول الاتفاقي تتسق والأهداف التي ترمي كل من مؤسسة (الفاكتورينج) والدائن إلى تحقيقها. ونلاحظ هذا التنسيق بين عقود شراء الديون التجارية وبين الحلول الاتفاقي فيما يلي:

^٢- د. محمود عبد الرحمن ، الحلول الشخصي ، دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي، دار النهضة العربية ، ص ٣٠٨.

^٤- د. ذكري عبد الرازق محمد ، عقد شراء فواتير الديون التجارية ، مرجع سابق ، ص ٩٩.

^٥- المرجع السابق ، ص ٩٩.

^٦- د. هشام فضلي ، عقد شراء الحقوق التجارية ، مرجع سابق ص ٤٥.

^٧- د. سمير عبد السيد تناغو ، نظرية الالتزام ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ص ٥٠٨.

^١- د. هاني دويدار ، عقد تحصيل الديون التجارية ، مرجع سابق ، ص ٣٢٢.

أولاً: لا تملك مؤسسة (الفاكتورينج) أكثر مما كان يملكه الدائن^(١)، وهو ذات الحال في الحلول الاتفاقي، فلا يكون لمؤسسة (الفاكتورينج) أكثر مما يكون للدائن في مواجهة المدين.

ثانياً: يمكن للمدين أن يحتج تجاه مؤسسة (الفاكتورينج) بالدفع التي كان له أن يتمسك بها تجاه الشركة التجارية (الدائن)^(٢).

ثالثاً: تنتقل إلى مؤسسة (الفاكتورينج) الحقوق المالية مشمولة بكافة خصائصها، وما يرتبط بها من توابع أو تأمينات.

رابعاً: يعد المفهوم الصحيح لطبيعة عقود شراء الديون التجارية- هو عقد ائتمان، يجعله ينسجم ويتفق ومفهوم الحلول الاتفاقي، ولا يتعارض والأهداف التجارية لمؤسسات الائتمان، التي يمكن أن تحققها عن طريق الخدمات التي تقدمها، كأعمال وتصرفات لاحقة عن هذا العقد^(٣).

خامساً: لا يشترط في الحلول، رضاء المدين ولا يحتاج أيضاً لإعلام المدين لكي يكون ملزماً بالوفاء إلى الدائن الجديد، كما يستطيع الدائن الجديد (مؤسسة (الفاكتورينج)) التنازل عن الدين موضوع عقد شراء الديون التجارية للغير^(٤)، ويعد هذا الأمر أحد أهم مظاهر الانسجام بين عقد شراء الديون التجارية والحلول الاتفاقي.

ولكن توجد مجموعة من التحفظات على الاعتماد على فكرة الحلول الاتفاقي كأساس لرجوع مؤسسات (الفاكتورينج) على المدين لاستيفاء حقوق (الدائن) لدى المدين، وهذه التحفظات هي:

١. الإخطار، فالإخطار بمقتضى أحكام الحلول الاتفاقي غير إلزامي، حيث يعتبر الحلول نافذاً تجاه المدين والغير بمجرد وقوعه، وإن

^٢ - د. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الرجة القانونية، مرجع سابق، ص ٥٣٧ .
^٣ - د. فايز نعيم رضوان ، عقد شراء الحقوق التجارية ، مرجع سابق ، ص ١١٣ .
^٤ - د. ميلاد عبد الحفيظ، النظام القانوني لتحويل الفاتورة، مرجع سابق، ص ١١٥ ، ١١٦ .
^٥ - د. نادر عبد العزيز شافي، عقد الفاكورينج، (عقد شراء الديون التجارية)، مرجع سابق، ص ٢٣٢ .

كان دون إخطاره، بينما في عقود شراء الديون التجارية يعد الإخطار ضرورياً، بل ويعتبر من أهم التزامات العميل، فالإخطار ضروري، بل ويعتبر من أهم التزامات العميل، فالإخطار في عقود شراء الديون التجارية يعد ضماناً لمؤسسة (الفاكتورينج)، وذلك لقطع الطريق على المدين سيئ النية، والذي قد يرفض الوفاء بقيمة الدين لمؤسسة (الفاكتورينج)، بعلّة عدم علمه بشراء مؤسسة (الفاكتورينج) للدين⁽¹⁾.

٢. أن مؤسسة (الفاكتورينج) ليست هذا الغير المتبرع بالوفاء إلى الشركة التجارية (الدائن) بدلا من المدين الأصلي، كما هو الحال في أحكام نظرية الحلول⁽²⁾.

ونرى أن هذه التحفظات لا تنقص من مدى انسجام وتوافق نظرية الحلول الاتفاقي مع عقود شراء الديون التجارية، والمميزات التي تقدمها نظرية الحلول الاتفاقي لعملية انتقال الحقوق من الدائن إلى مؤسسة (الفاكتورينج)، ورجوع مؤسسة (الفاكتورينج) على المدين، ومن ثم نرى أن هذه النظرية تعد هي الأساس القانوني الذي يمكن الاعتماد عليه كأساس قانوني لعقود شراء الديون التجارية، إلا أن المشرع الفرنسي حاول أن يعطي عقود شراء الديون التجارية ذاتية خاصة بها، ولذلك قام باستحداث نظام جديد لتنظيم علاقات المتعاملين، أو العملاء المحترفين مع المؤسسات الائتمانية، وأطلق عليها اسم (حوالة دايلي)، وهو ما سنتعرض له فما يلي :

¹ - د. توريه توفيق ، وكالة تحصيل وضمان ، الديون التجارية ، مرجع سابق ، ص ١٧٣ .

² - Jacques Ferronnière, Emmanuel de Chillaz, Jean Pierre Paty, Les opérations de banque , op. cit, p617.

الفرع الثاني

حوالة دايلي والأساس القانوني لعقود شراء الديون التجارية

قام المشرع الفرنسي بإصدار تشريع جديد ينظم العلاقة فيما بين العملاء المحترفين والمؤسسات الائتمانية، وأطلق عليه حوالة دايلي⁽¹⁾.
وذهب جانب من الفقه⁽²⁾ إلى أن اللائحة التنفيذية الصادرة لتنظيم العمل بتشريع حوالة دايلي - حرصت على تقرير صلاحية هذه الحوالة، لنقل الحقوق في إطار عقد شراء الديون التجارية.
إلا أن العديد من المؤسسات المتخصصة في مجال شراء الديون التجارية عرفت عن استعمال هذه الحوالة، وفضلت عليها نظرية الحلول الاتفاقية.

وتعرف حوالة دايلي، بأنها تقنية تحمل اسم صاحبها، وتستخدم في حالة عدم وجود أوراق تجارية تثبت حق الدائن (الشركة التجارية) على المدين⁽³⁾، ويمكن من خلالها للشركة التجارية إبرام عقد مع البنك الذي يتعامل معه، تتنازل فيه عن ديونها لصالح البنك، مقابل قرض تحصل عليه الشركة التجارية من البنك.

وحوالة دايلي، تعد أداة لضمان الائتمان؛ فهي تمنح الائتمان من جهة للمستفيد منه، وتضمن هذا الائتمان من جهة أخرى للمؤسسة مانحة الائتمان، فحوالة دايلي تعد سنداً، يضمن اندماج عملية الائتمان وضمانه، وعملية نقل

¹ - Loi n°81-1 du 2 janvier 1981 DITE DAILLY FACILITANT LE CREDIT AUX ENTREPRISES, Version consolidée au 4 février 2017.

مفاح على:

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT00000705348>

² - Alain Lienhard ,L'acte de cession de créances qui s'écarte des mentions prévues par la loi du 2 Janvier 1981 ne vaut pas comme Bordereau « Dailly » ; RTD com,2000, p992.

³- Michel Vasseur, Droit et économie bancaires: les opérations de banquet, Les Cours de Droit, 1987, p217.

الحقوق في عملية قانونية واحدة^(١)، وتنسجم حوالة دايلي مع عقود شراء الديون التجارية؛ حيث تسمح هذه الآلية للشركات التجارية بفتح مصادر تمويل جديدة، من خلال التخلص من عملية تحصيل الديون من المدين، ونقلها إلى وسيط أو دائن جديد، يقوم هو بتحصيل هذا الدين من المدين.

وتتميز حوالة دايلي بسرعة الإجراءات، وهو ما ذهب إليه جانب من الفقه^(٢) بالقول بأن المشرع الفرنسي قد راعى عند إقرار حوالة دايلي بأن تكون إجراءاتها بسيطة إلى حد ما؛ حتى لا تتعطل المعاملات التجارية التي تقوم على أساس السرعة والائتمان.

حيث تضمن حوالة دايلي، تحويل الديون بطريقة سهلة، عن طريق تفادي الشروط الشكلية المقدمة التي يفرضها القانون المدني^(٣).

وذهب جانب من الفقه^(٤) إلى أن المشرع الفرنسي لم يشترط شروطا خاصة بالحقوق الضامنة للائتمان، فيستوي أن تكون متولدة من مصادر تعاقدية، أو غير تعاقدية، ولا يشترط أن تكون محددة، طالما أنها قابلة للتحديد، كما يمكن للحوالة التي تنقل الحقوق المستقبلية والحقوق المحتملة، وذلك بتحديد مجموعة من الشروط الشكلية، والبيانات، في سند الحوالة، قام بحصرها جانب الفقه^(٥) فيما يلي :-

١- تحديد طبيعة التصرف. ٢- الإشارة إلى خضوع هذا العقد للأحكام المنظمة لحوالة (دايلي) الصادرة في ٢ من يناير ١٩٨١. ٣- الاسم التجاري للمؤسسة الائتمانية. ٤- تحديد الدين محل الحوالة. ٥- تحديد تاريخ نقل الدين إلى المؤسسة الائتمانية. ٦- اسم المحول مع توقيعه الخطي.

1 - Dominique Legeais, Les garanties conventionnelles sur créances, Droit des affaires et de l'entreprise, Economica, 1986, P283.

2 - Dominique Legeais, Droit commercial, Sirey, 1998, p231.

3 - op. Cit, p282.

4 - Dominique Legeais, Bordereaux dailly, Juris- classeurs, éd techniques, Commercial (entreprise), 1993, p9.

5 - Dominique Legeais, Droit commercial, op .cit, p279.

أما عن الآثار الناتجة عن تطبيق حوالة دايلي فيمكننا عرض أبرزها من خلال ما يلي:-

أولا : حوالة دايلي نافذة في حق الغير؛ حيث تنص حوالة دايلي في المادة (٤)، على أن (الحوالة تنتج آثارها بين الأطراف، وتصبح نافذة في حق الغير، بدءا من تاريخ توقيعها الثابت في سند الحوالة)^(١) .

وذهب جانب من الفقه^(٢) إلى أن حوالة دايلي تعتبر نافذة في حق الغير ولا يشترط لنفاذها إشهار المدين بالحوالة، وإن كان هذا الجانب من الفقه يرى أن هذا المبدأ لا يمكنه أن يحل بطريقة مقنعة المنازعات الأساسية الناشئة عن تطبيق حوالة دايلي.

ويتضح لنا من نص المادة (٤)، من القانون المنظم لحوالة دايلي، أن تاريخ انتقال الحق في تحصيل الدين هو تاريخ التوقيع على سند الحوالة، وليس تاريخ إعلان المدين.

ثانيا : يجوز لمؤسسة الائتمان منع المدين من الوفاء للدائن الأصلي بقيمة الدين المحول لها، وذلك وفقا لنص المادة (٥)، من القانون المنظم لحوالة (دايلي)، متى أعلنت المدين بإبرام حوالة (دايلي) بينها وبين الدائن^(٣) .

¹- La cession ou le nantissement prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date portée sur le bordereau. A compter de cette date, le client de l'établissement de crédit bénéficiaire du bordereau ne peut, sans l'accord de cet établissement, modifier l'étendue des droits attachés aux créances représentées par ce bordereau.

Sauf convention contraire, la remise du bordereau entraîne, de plein droit, le transfert des sûretés garantissant chaque créance. En cas de contestation de la date portée sur le bordereau, l'établissement de crédit rapporte, par tous moyens, l'exactitude de celle-ci).

² - Dominique Legeais, Droit commercial, op .cit ، p 283.

³- (L'établissement de crédit peut, à tout moment, interdire au débiteur de la créance cédée ou nantie de payer entre les mains du signataire du bordereau. A compter de cette notification, dont les formes seront fixées par le décret en Conseil d'Etat prévu à l'article 13, le débiteur ne se libère valablement qu'après de l'établissement de crédit) .

ثالثا: تمتلك مؤسسة الائتمان جميع الحقوق المحولة مع توابعها، وكذلك يمكن للمدين أن يتمسك بجميع الدفوع التي كان له أن يتمسك بها في مواجهة المدين، في مواجهة مؤسسة الائتمان⁽¹⁾.

إلا أننا نرى مع جانب من الفقه⁽²⁾ أن حوالة دايلي فشلت في الحياة العملية في حل محل السند لأمر؛ فمن جانب تعد نفقات تنفيذها مكلفة، ومن جانب آخر لا تعطى حوالة (دايلي) لعملائها ذات الضمانات التي يضمنها السند لأمر.

وبناء عليه لا يمكننا اعتبار حوالة (دايلي) أساسا قانونيا يمكن الاعتماد عليه في عملية انتقال الحق من الدائن الأصلي لمؤسسة (الفاكتورينج) من جانب، ورجوع مؤسسة (الفاكتورينج) على المدين في عقود شراء الديون التجارية من جانب آخر.

المبحث الثالث

أنواع عقود شراء الديون التجارية وتمييزها عن غيرها من العقود

تتنوع عقود شراء الديون التجارية بتنوع الوظيفة التي تؤديها من جانب، وتتنوع المجالات التي يمكن تطبيق هذا النوع من العقود فيها. وكذلك يتميز عقد شراء الديون التجارية عن غيره من العقود التي تتشابه في التطبيق بمجموعة من الخصائص والقواعد.

وعليه، سنتناول هذا المبحث من خلال التقسيم الآتي :

المطلب الأول: الأنواع المختلفة لعقود شراء الديون التجارية.

المطلب الثاني: تمييز عقد شراء الديون التجارية عما يشابه من عقود

¹- op.cit

² - J.-P. Dumas "La jurisprudence met-elle en péril la "loi Dailly" ?, D. Affaires n° 9, 1996, p251.

المطلب الأول

الأنواع المختلفة لعقود شراء الديون التجارية

ظهرت عقود شراء الديون التجارية كوسيلة تساعد الشركات التجارية على توفير السيولة التي تحتاجها لإنجاز معاملاتها التجارية، وهو ما يتحقق من خلال حصول الشركات التجارية (الدائن) على سيولة نقدية مسبقاً من مؤسسات (الفاكتورينج)، على أن تقوم هي بالتحصيل من المدين، وبذلك تتحمل مؤسسات (الفاكتورينج) المخاطر التي يمكن أن تتعرض لها نتيجة عدم وفاء المدين.

ومن خلال هذا العرض، يمكننا القول عقد شراء الديون التجارية ليس واحداً في كل الحالات، وإنما ينقسم إلى عدة أنواع تختلف باختلاف طبيعة الوفاء، والالتزام بالضمان، ومجال تطبيق هذا النوع من العقود، ويمكننا توضيح ذلك من خلال الآتي:

أولاً :- أنواع عقود شراء الديون التجارية من حيث طبيعة الوفاء :-

تنقسم عقود شراء الديون التجارية، من حيث طبيعة الوفاء، إلى نوعين، هما:

١- تعجيل الوفاء بقيمة الديون في عقود شراء الديون التجارية:

يعد هذا النوع من عقود شراء الديون التجارية هو الأكثر انتشاراً في مجال انتقال الحقوق التجارية.

وتلتزم فيها مؤسسة (الفاكتورينج) بضمان الحقوق المنقولة إليها، بحيث لا يمكنها الرجوع على الدائن إلا في حالة وقوع خطأ جسيم، أو غش، وتدليس من جانب الدائن، ويلتزم الدائن بنقل جميع السندات الخاصة بالديون

في حدود ما تم الاتفاق عليه إلى مؤسسة (الفاكتورينج)، وهو ما يعرف بمبدأ الجماعة^(١).

ويعد ذلك المبدأ هو الأساس الذي تقوم عليه عقود شراء الديون التجارية؛ فهو روح العقد، ويسهم في تحقيق التوازن بين حقوق والتزامات الطرفين في العقد، ويؤدي عدم تطبيقه إلى الإخلال بالمساواة بين الطرفين، إذ إن عدم احترام هذا الالتزام قد يؤدي إلى أن يقوم العميل بتحويل الحقوق المشكوك في تحصيلها لضعف ثبوتها، أو لصعوبة تحصيلها، ويستأثر لنفسه بالحقوق التي يسهل تحصيلها، وفي ذلك إضرار بحقوق مؤسسة (الفاكتورينج)^(٢).

وبالتالي لا يمكن لشخص غير تاجر قام بعملية تجارية واحدة، أن يقوم بنقل الحقوق الناتجة عن هذه العملية إلى مؤسسة (الفاكتورينج)^(٣)، حيث يفترض وجود مجموعة من السندات لمجموعة من العمليات التجارية لدى الدائن، ليقوم بنقلها إلى مؤسسة (الفاكتورينج)؛ فالسند الواحد لا يكفي لإبرام عقود شراء الديون التجارية المعجلة الوفاء.

حيث يجب أن يستمر الدائن في تقديم كافة السندات الخاصة بالديون التي يمتلكها على المدين إلى مؤسسة (الفاكتورينج)، خلال فترة زمنية ممتدة، وذلك لإعطاء العلاقات بين الطرفين الاستمرارية لتحقيق الهدف من عقد شراء الديون التجارية. وتحدد بعض العقود النموذجية للمؤسسات (الفاكتورينج) هذه المدة بمدة عام كحد أدنى، ويكون للمؤسسة (الفاكتورينج)

١- مبدأ الجماعة هو : شمول الاتفاق لكافة ديون العميل الدائن المستحقة لدى مدينيه، فيمضى هذا الشرط يلتزم العميل بتقديم كافة سندات الديون التي يمتلكها على المدين ، لمؤسسة (الفاكتورينج) المتعاقد معها، وذلك حتى يمكن لها ممارسة حقها في اختيار وتصفية الديون، بقبول ورفض البعض الآخر، وفقا لما يحقق مصلحتها.

- راجع في ذلك، د. فايز نعيم رضوان، عقد شراء الحقوق التجارية، مرجع سابق، ص ٤٠.

¹- S. Pisar, Aspects juridiques du factoring international op.cit, p252.

³- Christian Gavaldà, Affacturage, in: Encyclopedie Juridique Dalloz, Repertoire de droit commercial, 1996,p8.

خلال هذه الفترة الحق في فحص جميع سندات الديون الخاصة بالمدين، وتحديد ما تقبله، وما ترفضه منها^(١).

ويلتزم الدائن، في هذا النوع من العقود بإخطار المدين بنقل الدين إلى مؤسسة (الفاكتورينج)، والتي تتقاضى فائدة التعجيل من الدائن، بالإضافة إلى عمولة ومقابل، لضمانها لعملية تحصيل الدين من المدين.

٢- الوفاء المؤجل لعقود شراء الديون التجارية

يزول، في هذا النوع من عقود شراء الديون التجارية، أحد أهم خصائص ووظائف هذا النوع من العقود، وهي خاصية التمويل المعجل، وتبقى خاصية ضمان تحصيل الدين من المدين فقط.

هذا النوع من العقود لا تقوم مؤسسة (الفاكتورينج) بأي وفاء معجل لقيمة الحقوق المنقولة لها من الدائن، ويكون وفاء مؤسسة (الفاكتورينج) بقيمة هذه الحقوق للدائن في ميعاد استحقاقها، أي أن الدائن لا يستفيد من حق الائتمان إلا عند حلول أجل استحقاق الدين، وليس قبل ذلك الميعاد^(٢).

ومن ثم تكون كل عملية تجارية واحدة، والسندات الخاصة بها- محلاً لإبرام عقود شراء الديون التجارية.

ثانياً : أنواع عقود شراء الديون التجارية من حيث الالتزام بالضمان:

الالتزام بالضمان هو التزام يقع على عاتق مؤسسة (الفاكتورينج)، بمقتضى هذا الالتزام تفقد المؤسسة الحق في الرجوع على الشركة التجارية (الدائن) للمطالبة بقيمة ما دفع له في حالة إعسار المدين، وعدم قدرته على دفع قيمة الحقوق التجارية، إلا أنه يجوز لأطراف عقد شراء الديون التجارية

^٢- د. فايز نعيم رضوان، عقد شراء الحقوق التجارية، مرجع سابق، ص ٣٧.

^١- د. محمودي بشير ، عقد تحويل الفاتورة ، الديوان الوطني للأشغال العمومية ، الجزائر ، ٢٠٠٣ ، ص ٢٠ .

إعفاء مؤسسة (الفاكتورينج) من ضمان عدم الرجوع، ومن ثم نكون أمام نوعين من العقود، هما:

١- عقد شراء الديون التجارية المتضمن بند عدم الرجوع على

الدائن :

يعد الالتزام بعدم رجوع مؤسسة (الفاكتورينج) على الدائن - أحد أهم الالتزامات الناتجة عن عقود شراء الديون التجارية، فلا يتصور وجود هذا العقد بدون وجود التزام على مؤسسة (الفاكتورينج) بضمان عدم الرجوع على الشركة التجارية (الدائن) في حالة عدم قدرتها على تحصيل قيمة الديون من المدين، ولعل هذا هو السبب في إطلاق اسم مشتري حقوق الضامنين على مؤسسات (الفاكتورينج)^(١).

وضمان عدم الرجوع على الدائن، هو ضمان تقوم به مؤسسة (الفاكتورينج)، تضمن به للدائن عدم الرجوع عليه في حالة عدم استيفاء قيمة الحقوق التجارية المنقولة له.

وإن كان يمكن لمؤسسة (الفاكتورينج) التخلص من هذا الالتزام، إذا أثبت أن امتناع المدين عن الدفع راجع إلى غش أو تدليس الدائن^(٢).

٢- عقد شراء الديون التجارية المتضمن بند الرجوع على الدائن:

قد تحتفظ مؤسسات (الفاكتورينج)، في بعض عقود شراء الديون التجارية، بحق الرجوع على الشركة التجارية (الدائن)، في حالة عدم قدرتها على استيفاء قيمة الدين المنقول لها من المدين^(٣)، ومن ثم تفقد عقود شراء الديون التجارية، في هذه الحالة الأساس الذي تقوم عليه العملية الائتمانية ما

^٢ - د. هشام فضلي ، عقد شراء الحقوق التجارية ، مرجع سابق ، ص ٩٩ .

^١ - د. هشام فضلي ، عقد شراء الحقوق التجارية ، مرجع سابق ، ص ١١٠ .

^٢ - د. أحمد عبد الرحمن الملحم ، محمود أحمد الكندري ، عقد التمويل باستخدام الحقوق التجارية وعمليات التوريق مجلس النشر العربي ، لجنة التأليف والتعريف ، والنشر ، الكويت ، ٢٠٠٤ ، ص ٢٤ .

بين مؤسسة (الفاكتورينج) والدائن^(١)، ولا يبقى لمؤسسة (الفاكتورينج) في هذه الحالة سوى حقها في الحصول على عمولة تحصيل الدين فقط دون عمولة الضمان^(٢).

ويرى جانب من الفقه^(٣) أن انتقال الحقوق التجارية في هذه الحالة، يأخذ شكلا مشابها لعقد خصم الأوراق التجارية، أي أن مؤسسة (الفاكتورينج) في هذه الحالة لا تشتري الدين الثابت في سند الدين المملوك للدائن، وإنما تقوم بعملية خصم لهذا السند، مقابل الحصول على عمولة نظير ذلك من الشركة التجارية (الدائن).

ثالثا: أنواع عقود شراء الديون التجارية من حيث مجال التطبيق :

يتنوع عقد شراء الديون التجارية، من حيث مجال التطبيق إلى أربعة أنواع، هي:-

١ - عقد شراء الديون التجارية الداخلي:

يعد هذا النوع من العقود هو الأكثر انتشارا، وفي هذا النوع من العقود يكون كل أطراف العقد من ذات البلد، بحيث يكون كل من الشركة التجارية (الدائن)، ومؤسسة (الفاكتورينج)، والمدين - من ذات الدولة، ومن ثم لا تثار أي إشكاليات في تطبيق هذا العقد من حيث تنازع القوانين أو فرق العملة^(٤).

^٢ - د. هاني دويدار ، عقد تحصيل الديون التجارية ، مرجع سابق ، ص ٣٣٠.

²- Peter Meldrum Biscoe , Law and Practice of Credit Factoring , Butterworths, 1975, p7.

³- Gautier Bourdeaux, Autres Moyens De Paiement et De Recouvrement-Affacturation International, Edition du Juris-Classeur, 1998, p.4 .

⁴ - Louis Edmond Sussfeld , Le Factoring, Presses universitaires de France, 1968, p 138.

٢- عقد شراء الديون التجارية الخارجي:

يعد شراء الديون التجارية هو عقد في أساسه عقد دولي؛ حيث إنه يقوم بدور كبير في مجال التجارة الدولية^(١). ويكون عقد شراء الديون التجارية عقدًا دوليًا، إذا اتخذ أحد أطراف العقد مقرًا لأعماله في دولة تختلف عن المقر الذي يأخذ باقي أطراف العقد مقرات لهم.

المطلب الثاني

تمييز عقد شراء الديون التجارية عما يشابهه من عقود

تعد عقود شراء الديون التجارية إحدى وسائل التمويل الحديثة، وذلك من خلال قدرة هذه العقود على توفير السيولة النقدية للشركات التجارية. وعقد شراء الديون التجارية يعد مزيجًا من العقود التقليدية، التي اندمجت في بعضها البعض، مشكلةً لنا هذا النوع المتميز من العقود، والذي يعد في الأساس عقدًا مركبًا من مجموعة العقود التقليدية، مثل قواعد البيع، والوكالة، والكفالة، والأوراق التجارية^(٢).

إلا أن هذا الأمر لا يعني إمكانية وضع عقود شراء الديون التجارية تحت نوع محدد من العقود التقليدية. ويمكننا تمييز عقد شراء الديون التجارية عما يشابهه من عقود، كعقد البيع، وعقد خصم الأوراق التجارية، وعقد الإيجار التمويلي - من خلال التقسيم الآتي:

الفرع الأول: عقد شراء الديون التجارية، وعقد البيع.

الفرع الثاني: عقد شراء الديون التجارية، وعقد خصم الأوراق التجارية.

الفرع الثالث: عقد شراء الديون التجارية، وعقد الإيجار التمويلي.

^٢ د. ميلاد عبد الحفيظ، النظام القانوني لتحويل الفاتورة، مرجع سابق، ص ٤٨.
^١ د. نادر عبد العزيز شافي، عقد الفاكورينج (عقد شراء الديون التجارية)، مرجع سابق، ص ١٥٦.

الفرع الأول

عقد شراء الديون التجارية، وعقد البيع

عقد البيع، كغيره من العقود، لا ينعقد إلا إذا توافرت له مجموعة من الأركان، كالرضاء والمحل، والسبب، وقد يضيف القانون إلى هذه الشروط مجموعة من الشروط الشكلية.

وعرفت المادة (٤١٨)، من القانون المدني المصري، عقد البيع بالنص، على أن (البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء، أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي).

ويتضح لنا من هذا النص أن عقد البيع يعد من العقود الملزمة للجانبين، حيث يتولد عن هذا العقد التزامات تقع على عاتق كل من الطرفين المتبايعين، وهما البائع والمشتري.

وإن كان عقد شراء الديون التجارية يتشابه مع عقد البيع، في أنه يجب أن يتضمن الأركان الأساسية العامة لعقد البيع، كالرضاء، والمحل، والسبب، إلا أنه يختلف عن عقد البيع في عدة من نقاط هي:

١. عقد شراء الديون التجارية هو عقد إذعان من جانب مؤسسة (الفاكتورينج)، بحيث يتضمن مجموعة من الشروط موضوعية مسبقا من جانب مؤسسة (الفاكتورينج)، وذلك من خلال نموذج خاص بهذا النوع من العقود، يقدم لكل من يرغب بالتعاقد مع المؤسسة، ولا يكون للعميل الحق في مناقشة هذه الشروط، إلا فيما يتعلق بسعر العمولة، ومدة العقد^(١)، وهو في ذلك يختلف عن عقد البيع، الذي يعد من العقود الرضائية.

٢. يتكون عقد البيع من طرفين، هما البائع والمشتري، أما عقد شراء الديون التجارية فهو عقد ثلاثي الأطراف.

^١ - د. توريه توفيق، وكالة تحصيل وضمان الديون التجارية، مرجع سابق، ص ٥٥.

٣. تسري أحكام عقد شراء الديون التجارية على المدين بالديون التجارية، بالرغم من أنه ليس طرفاً من العقد، وبذلك فهو يختلف عن البيع الذي يظل أثره محصوراً بين أطرافه فقط، استناداً إلى مبدأ نسبة العقود^(١).

٤. موضوع عقد شراء الديون التجارية دائماً ما ينحصر في الديون التجارية، وهذا بخلاف عقد البيع الذي يمكن أن يشمل كافة الأموال المنقولة والغير منقولة^(٢).

الفرع الثاني

عقد شراء الديون التجارية، وعقد خصم الأوراق التجارية

عرفت المادة (٣٥١)، من قانون التجارة المصري ١٧ لسنة ١٩٩٩، عقد خصم الأوراق التجارية بأنه (اتفاق يتعهد البنك بمقتضاه بأن يدفع مقدماً قيمة صك، قابل للتداول إلى المستفيد في الصك مقابل نقل ملكيته إلى البنك، مع التزام المستفيد برد القيمة الاسمية إلى البنك، إذا لم يدفعها المدين الأصلي).

ومن النص السابق يتضح لنا التزام العميل (المستفيد) طالب الخصم ينحصر في قيمة الحق الثابت في الصك أو السند إلى البنك، وإعادة قيمة الصك أو السند إلى البنك، إذا امتنع المدين الأصلي عن الوفاء بقيمة الصك عند حلول ميعاد الاستحقاق).

وبذلك يختلف عقد خصم الأوراق التجارية عن عقد شراء الديون

التجارية في عدة نقاط، هي:

١. موضوع عقد شراء الديون التجارية ينحصر دائماً في الديون التجارية الصحيحة الثابتة في مستندات خطية، دون حصرها

^٢ - المرجع السابق، ص ٥٤.

^٣ - د. نادر عبد العزيز شافي، عقد الفاكورينج (عقد شراء الديون التجارية)، مرجع سابق، ص ١٦٨.

- بالأسانيد التجارية، بينما عقد خصم الأوراق التجارية لا يرد إلا على الأوراق التجارية فقط، دون الديون الثابتة في السندات الخطية^(١).
٢. يتضمن عقد شراء الديون التجارية مبدأ يتمثل في عدم رجوع مؤسسة (الفاكتورينج) على الدائن الأصلي، في حالة عدم قدرته على تحصيل قيمة الدين من المدين، بينما في عقد خصم الأوراق التجارية يتيح للمستفيد رد قيمة الصك إلى البنك إذا لم يدفعها المدين الأصلي.
٣. في عقد خصم الأوراق التجارية تكون العمولة مرتفعة في حالة النص في العقد على شرط يقضى بعدم الرجوع على البنك، أما في عقد شراء الديون التجارية، فالغرض منه ليس المضاربة، لذلك فإن العمولة والفائدة المحسوبة تكون ليست بالكبيرة من قيمة مبلغ الديون^(٢).

٤. قد يشمل عقد شراء الديون التجارية بعض الخدمات الإضافية، ولو لم تكن داخلة ضمن عقد شراء الدين التجارية، مثال ذلك تحصيل الديون المترتبة لدى الدائن، والتي لا ترد في عقد شراء الديون التجارية، أما في عقد خصم الأوراق المالية، فلا يتصور أن تشمل أية خدمات إضافية إذا كانت لا تتعلق بعقد خصم الأوراق^(٣).

الفرع الثالث

عقد شراء الديون التجارية وعقد الإيجار التمويلي

نصت المادة (٢)، من قانون الإيجار التمويلي ٩٥ لسنة ١٩٩٥، على أن (وفقاً لأحكام هذا القانون يعد تأجيراً تمويلياً ما يأتي:

١- أ. مصطفى تركي حومد الجوراني، آثار عقد الفاكورينج (عقد شراء الديون التجارية)، مرجع سابق، ص ٤٩.

٢- د. عماد حبيب بهلول، عقد خصم الديون دون حق الرجوع، مرجع سابق، ص ٧٨.

٣- د. نادر عبد العزيز شافي، عقد الفاكورينج (عقد شراء الديون التجارية)، مرجع سابق، ص ١٩٧.

١. كل عقد يلتزم بمقتضاه المؤجر بأن يؤجر إلى مستأجر منقولا مملوكا له، أو تلقاه من المورد، استنادًا إلى عقد من العقود، ويكون التأجير مقابل قيمة إيجارية، يتفق عليها المؤجر مع المستأجر.
 ٢. كل عقد يلتزم بمقتضاه المؤجر بأن يؤجر إلى المستأجر عقارات، أو منشآت بقيمتها المؤجر على نفقته، بقصد تأجيرها للمستأجر، وذلك بالشروط، والمواصفات، والقيمة الإيجارية التي يحددها العقد.
 ٣. كل عقد يلتزم بمقتضاه المؤجر بتأجير مال إلى المستأجر تأجيرًا تمويليًا، إذا كان هذا المال قد آلت ملكيته إلى المؤجر من المستأجر، بموجب عقد يتوقف نفاذه على إبرام عقد التأجير التمويلي).
- ويتضح لنا من هذا النص أن عقد الإيجار التمويلي يعطي للمستأجر حق الانتفاع بالمال المؤجر طوال مدة الإيجار، مقابل التزامه بأن يدفع للمؤجر قيمة الإيجار المحددة في العقد، ويمنح كذلك المستأجر عدة خيارات في نهاية فترة الإيجار، هي كما حددها جانب من الفقه^(١) ما يلي:
١. حقه في شراء المال المؤجر.
 ٢. الحق في تجديد العقد بشروط أخف من الشروط المحددة سابقة في العقد الأصلي.
 ٣. الحق في إعادة الأموال إلى المؤجر.
- ويتفق بذلك عقد شراء الديون التجارية مع عقد الإيجار التمويلي، في أن كلا منهما يعد وسيلة من وسائل التمويل الحديثة، كما أن الاعتبار الشخصي يلعب دورا كبيرا في كل من العقدين^(٢).

١- د. نادر عبد العزيز شافي ، عقد الفاكورينج ، (عقد شراء الديون التجارية) ، مرجع سابق ، ص ١٩٨ .
 ٢- أ. مصطفى تركي حومد الجوراني ، آثار عقد الفاكورينج (عقد شراء الديون التجارية) ، مرجع سابق ، ص ٤٥ .

إلا أن عقد شراء الديون التجارية يختلف عن عقد الإيجار التمويلي
في نقطة هامة، هي:-

أن عقد شراء الديون ينحصر موضوعه في الديون التجارية فقط،
وهو نوع من التمويل المالي تقوم به مؤسسة (الفاكتورينج) مقابل عمولة، أما
عقد الإيجار التمويلي فهو نوع من التمويل العيني، يتم من خلال تأجير
معدات، وتقديم تجهيزات للمستأجر، مع حق مقدم التمويل في الاحتفاظ
بملكيتها، مع منح المستأجر الحق في تملك تلك المعدات مقابل ثمن محدد
سابقاً في العقد.

الفصل الثاني

آلية عمليات شراء الديون التجارية

عقد شراء الديون التجارية، هو عقد تنتقل فيه الحقوق من الشركة التجارية (الدائن الأصلي) إلى مؤسسة (الفاكتورينج)، وهي الوسيط في العقد ما بين الدائن والمدين، وأشرنا فيما سبق إلى أن هذا الانتقال في الحقوق يقوم على أساس قانوني يختلف باختلاف النظام القانوني، وأشرنا أننا نذهب إلى اعتبار الأساس القانوني لعقد شراء الديون التجارية هو اعتبار هذا العقد خاضعا لقواعد الحلول الاتفاقي.

ونظرا لطبيعة عقود شراء الديون التجارية، والتي تتميز عن غيرها من العقود، فإن المراحل التي يمر بها العقد تتميز أيضا عن غيرها من العقود.

وتتقسم المراحل التي يمر بها عقد شراء الديون التجارية إلى ثلاث مراحل؛ المرحلة الأولى: هي مرحلة ما قبل التعاقد، وهي المرحلة التي تقوم فيها مؤسسة (الفاكتورينج) بالتحري عن المركز المالي لكل من الشركة التجارية صاحبة الدين (الدائن الأصلي) والمدين، والذي تقوم به مؤسسة (الفاكتورينج) وفقا للأعراف، والقوانين والضوابط القانونية التي تنظم هذا النوع من العقود.

أما المرحلة الثانية؛ فهي مرحلة التعاقد، وبناء وتكوين العقد، وهي التي تتعلق بمدى توافر الشروط اللازمة لإتمام العقد من شروط موضوعية، وشروط شكلية، ومدى توافق هذه الشروط مع عقد شراء الديون التجارية وما يتميز به من طبيعة خاصة.

أما المرحلة الثالثة والأخيرة؛ فهي مرحلة تنفيذ العقد، ومدى إلزامية هذا العقد لأطرافه، والالتزامات التي تقع على عاتق كل طرف من أطراف العقد.

ويمكننا توضيح ذلك من خلال التقسيم الآتي :-

المبحث الأول : المرحلة السابقة لتكوين عقد شراء الديون التجارية .

المبحث الثاني : مرحلة بناء عقد شراء الديون التجارية .

المبحث الثالث : تنفيذ عقد شراء الديون التجارية .

المبحث الأول

المرحلة السابقة لتكوين عقد شراء الديون التجارية

تقوم العمليات الائتمانية على الاعتبار الشخصي، أي على ثقة كلا طرفيها في الآخر^(١)، فالأصل في جميع العمليات الائتمانية، أنها تقوم على ثقة مانح الائتمان في العميل طالب الائتمان^(٢)، ويختلف مقدار هذه الثقة من عملية لأخرى، باختلاف طبيعة وظروف كل عملية.

وبناء عليه، فإن الثقة بين أطراف عقد شراء الديون التجارية تلعب دوراً هاماً في إبرام هذا النوع من العقود، فالاعتبار الشخصي يؤثر في مضمون وبقاء عقد شراء الديون التجارية.

فمؤسسة (الفاكتورينج) هي في الغالب التي تقبل على طلب التعاقد مع الدائن، وهي في ذلك تنظر إلى الشركة التجارية (الدائن الأصلي)، من حيث سمعته القائمة.

فمؤسسة (الفاكتورينج) عندما تقبل على إبرام عقد شراء ديون تجارية، تقدر احتمال وقوع الخطر بالنظر إلى سمعه الدائن من جانب، وإمكانيات ومركز المدين المالي من جانب آخر، ومعاملاته السابقة لتطمئن في تعاملاتها معه.

فإذا ظهر ما يهز تلك العناصر تعرضت العلاقة فيما بينهما إلى الانهيار؛ فمؤسسة (الفاكتورينج) تقدر مدى احتمالية عدم قيام المدين

١- د. على جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، مرجع سابق، ص ١٠.
٢- د. صلاح إبراهيم شحاته، ضوابط منح الائتمان من منظور قانوني ومصرفي، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨، ص ٢٦٩.

بالتزاماته لذا فإننا نرى أن عقود شراء الديون التجارية، تتطلب إجراء تحريات أولية تقوم بها مؤسسة (الفاكتورينج)، لمعرفة مركز الدائن والمدين المالي، وسلوكهم التجاري^(١).

ومن ثم يتضح لنا أن المرحلة السابقة للتعاقد، في عقد شراء الديون التجارية، تقوم على أساس واحد، وهو التحري عن المركز المالي لكل من الشركة التجارية (الدائن الأصلي) والمدين، وهذا ما سنوضح فيها ما يلي من خلال التقسيم الآتي :-

المطلب الأول: التحري عن المركز المالي للدائن الأصلي .

المطلب الثاني: التحري عن الإمكانات المالية للمدين .

المطلب الأول

التحري عن المركز المالي للدائن الأصلي

تسبق مرحلة إبرام عقد شراء الديون التجارية، مرحلة تقوم فيها مؤسسة (الفاكتورينج) بإجراء التحريات الأولية عن المركز المالي للدائن الأصلي، تهدف من خلالها للاستيثاق من مركزه المالي، وحجم أعماله، فإذا كان هذا الأخير شركة يجب أن تتأكد مؤسسة (الفاكتورينج) من عدة أمور، منها على سبيل المثال، اسم الشركة، والعلامة التجارية أو الصناعية الخاصة بها، حجم رأس مالها، ونوع نشاطها، وحجم الأعمال التي تمت خلال السنوات الخمس الأخيرة.

ويكون ذلك من خلال المعلومات التي يقدمها الدائن نفسه، أو من خلال التحري لدى الغير، سواء كانوا زبائن الدائن، أو جهات متخصصة

^٢ - د. تورية توفيق ، وكالة تحصيل وضمان الحقوق التجارية ، مرجع سابق ، ص ٢٧ .

في التحري مقابل عمولة^(١)، وذلك بهدف تحديد مدى المخاطر التي قد تتعرض لها من خلال عملية تحصيل الديون.

فعقد شراء الديون التجارية، يلزم الدائن الأصلي بإحاطة مؤسسة (الفاكتورينج) فوراً بجميع البيانات المتعلقة بتجارته، وعمالته، ومراكزهم المالية، وكل ما يظهر على هذه البيانات من تغييرات قد تعوق عملية تحصيل الديون^(٢).

ومن ثم فعلى الدائن الأصلي (الشركة التجارية) نقادي الغش، والتدليس، والمعلومات الغير الصحيحة، وأن يراعي الدقة في صحة المعلومات والبيانات المتعلقة بمركزه المالي ومراكز عملائه المدينين المالية، والمقدمة لمؤسسة (الفاكتورينج)، وعليه توضيح كافة المخاطر المستقبلية التي يمكن أن تشكل مخاطر تعوق مؤسسة (الفاكتورينج) عن تحصيل الديون^(٣).

ويعد هذا الالتزام من ضرورات التعامل، ومن مظاهر حسن النية، دون حاجة إلى النص عليه في العقد^(٤).

ويمكننا حصر هذا الالتزام في ثلاثة أنواع من المعلومات والبيانات، والتي يلتزم الدائن الأصلي بتوضيحها إلى مؤسسة (الفاكتورينج)، وهذه الأنواع هي:-

النوع الأول : البيانات والمعلومات التي تتعلق بالحقوق والديون التجارية

قبل إبرام عقد شراء الديون التجارية، يجب على الدائن الأصلي إبلاغ مؤسسة (الفاكتورينج) بكافة المعلومات والبيانات التي تتعلق بموضوع

^١ - د. ميلاد عبد الحفيظ ، النظام القانوني لتحويل الفاتورة ، مرجع سابق ، ص ١٤٣ .

^٢ - Pierre Jude, Technique et pratique du factoring, Clet editions banque, Centre de librairie et d'édicions techniques, 1984, p85.

^٣ - د. هشام فضلي ، عقد شراء الحقوق التجارية ، مرجع سابق ، ص ١٥١ .
^٤ - Michel de Juglart, L'obligation de renseignement dans les contrats, R.T.D.civ. 1945, p90.

العقد، وهذه المعلومات، والبيانات، والتطورات هي كل ما يتعلق باستحقاق الديون، وتحصيلها من المدين.

وتعد من تلك البيانات، التي يتعين إخطار مؤسسة (الفاكتورينج) بها، الأوصاف التي من الممكن أن تشكل خطرا على تحصيل الدين، كالامتياز الممنوح للمقاول من الباطن، إذا كان الحق المنقول إلى مؤسسة تحويل الفاتورة - حقا ناتجا عن عقد مقابولة، خضعت كلها أو في جزءا منها إلى أعمال مقاول من الباطن، كان جزء من هذا الحق أو كله، مستحقا للمقاول من الباطن، الذي يمكنه من مزاحمة الوسيط في استحقاق الحق من المدين^(١).

ومن ثم يتعين على الدائن إخطار مؤسسة (الفاكتورينج) بهذا الوصف اللاحق بالحق نظرا لوجود مخاطر قد تعوق تحصيله، والتي تتمثل في الامتياز الممنوح للمقاول من الباطن بالرجوع على (المدين) لتحصيل المبالغ المستحقة له في ذمة الدائن^(٢).

كذلك يلتزم الدائن بأن يخطر مؤسسة (الفاكتورينج) بكافة الحجوزات التي توقع، والموقعة سابقا على الحقوق موضوع العقد، سواء كانت هذه الحقوق حجوزات تحفظية أو وقتية، وإخطارها أيضا بكل التصرفات التي أبرمت على ذات الحق، والمنازعات المتعلقة بها، والتي تعوق تحصيل هذه الحقوق من المدين^(٣).

النوع الثاني : البيانات والمعلومات التي تتعلق بعملاء الدائن:

تعد البيانات المتعلقة بعملاء الدائن الأصلي من أهم البيانات والمعلومات التي يتعين على الدائن إخطار مؤسسة (الفاكتورينج) بها، فهي التي تحدد موقف مؤسسة (الفاكتورينج) من الدين؛ من حيث الموافقة على

^٢ - د. ميلاد عبد الحفيظ ، النظام القانوني لتحويل الفاتورة ، مرجع سابق ، ص ١٤٦ .

^٣ - د. هشام فضلي ، عقد شراء الحقوق التجارية ، مرجع سابق ، ص ١٥٤ .

^١ - د. هشام فضلي ، عقد شراء الحقوق التجارية ، مرجع سابق ، ص ١٥٣ .

شراء الدين من الدائن، أو الاكتفاء بتحصيل الدين لصالح الدائن بمقتضى عقد وكالة.

فمخاطر عملية شراء الديون التجارية هي مخاطر مشتر، وليست مخاطر بائع^(١)، فمؤسسة (الفاكتورينج) تتحمل مخاطر تحصيل الدين من المدين، باعتبارها مالكا لهذه الديون ملكية تامة.

يضاف إلى ما سبق، ما يتعين على الدائن تزويد مؤسسة الفاكورينج به من كافة المعلومات والبيانات عن المدين، إذا اضطرت المؤسسة إلى مقاضاة المدين في حالة تخلفه عن سداد قيمة الحقوق^(٢)؛ فالدائن يلتزم بمعاونة مؤسسة (الفاكتورينج) في تحصيل الديون محل العقد^(٣).

النوع الثالث : البيانات والمعلومات المتعلقة بالشركة التجارية الخاصة بالدائن:

تؤدي البيانات التاريخية الخاصة بالشركة التجارية وإنجازاتها- دورا هاما في تحليل أداء الشركة الائتماني، مثال ذلك عمر الشركة في السوق، سمعة الشركة، قدرة الشركة على سداد ديونها، ومدى التزام مجلس إدارة الشركة مع عملائها، ومصادر تمويلها قبل إبرام عقد شراء الديون التجارية^(٤).

يضاف إلى ذلك أن (الدائن الأصلي) يلتزم بإخطار مؤسسة (الفاكتورينج) بكافة التعديلات والتغييرات التي تمس شركته التجارية، كزيادة رأس مال الشركة، أو تغيير الشكل القانوني للشركة، أو سحب ترخيصها،

¹ - Janine Le Toux, Le contrat de factoring , Service de reproduction des thèses de l'Université des sciences sociales de Grenoble, 1979 p.157.

^٢ - د. هاني دويدار ، عقد تحويل الديون التجارية ، مرجع سابق ، ص ٣١٦.

³ - Dominique Legeais, Affacturage, édition du Juris-classeur, 2002, Fascicule 361, p4.

^٤ - د. صلاح إبراهيم شحاتة، ضوابط منح الائتمان من منظور قانوني ومصرفي، مرجع سابق ، ص ٢١١.

وذلك عن طريق تمكين مؤسسة (الفاكتورينج) من الاطلاع على كافة المستندات والوثائق المتعلقة بشركة الدائن، ومراقبة الوضع المالي لها، وهذا ما يعرف بحق المؤسسة في الرقابة والاطلاع^(١)، والمؤسسة تمارس هذا الحق بطريقة منتظمة، وليس بصفة عارضة^(٢).

إلا أن هذا الحق الممنوح لمؤسسة (الفاكتورينج) قد يشكل انتهاكا لمبدأ السرية المصرفية والمالية للشركة التجارية الخاصة بالدائن، حيث تعد جميع المستندات الخاصة بالشركة متاحة لمؤسسة (الفاكتورينج)، مما قد يضر بمصلحة الدائن صاحب الشركة التجارية.

لذلك يقع على عاتق مؤسسة (الفاكتورينج) التزام بحفظ أسرار الوضع المالي لشركة الدائن التجارية، وعدم إفشائها، وهو أمر يشابه إلى حد كبير الالتزام بحفظ السر المصرفي^(٣)، وفي ذلك ذهبت محكمة النقض الفرنسية، في حكم^(٤) لها، إلى اعتبار الوسيط مرتكبا إهمالا كبيرا، في حالة إفشاء معلومات، وإن لم تكن صحيحة حول الوضع المالي لشركة الدائن أو المدين.

^١ - د. ميلاد عبد الحفيظ، النظام القانوني لتحويل الفاتورة ، مرجع سابق ، ص ١٤٧.

^٢ - Réginald Lallemand ,Affacturage, édition du Juris-classeur (Banque et credit) ،1991 ،Fascicule 58, p72.

^٣ - د. هاني دويدار ، عقد تحويل الديون التجارية ، مرجع سابق ، ص ٣١١.

^٤ - Cass، com ، Audience publique du mercredi 25 janvier 1984, N° de pourvoi: 81-41609.

يمكن مراجعة الحكم على:

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT00007012685>

تاريخ الدخول على الموقع، ٢٠١٧/٢/٦

المطلب الثاني

التحري عن الإمكانات المالية للعملاء

قد يلجأ بعض العملاء من الدائنين إلى إخفاء بعض الجوانب الخاصة بتجارتهم، خاصة السلبية منها، عن مؤسسات (الفاكتورينج)، والعمل على إظهار الجوانب الإيجابية فقط.

لذلك يعد التحري عن الدائنين في كثير من الحالات، ورغم أهميته في تحديد موقف مؤسسة (الفاكتورينج) في شراء الدين، و تحديد الموقف المالي والتجاري للدائن، إلا أنه يعد غير كاف في حالة قيام الدائن بإظهار كافة المعلومات^(١).

لذلك فقد تلجأ مؤسسات (الفاكتورينج) إلى مجموعة من الوسائل الأخرى، بجانب التحري، لتحديد الموقف المالي للعميل للدائن، وتتركز هذه الوسائل في وسيلتين، هما:-

الوسيلة الأولى: عملاء الدائن:-

يمكن للمؤسسة (الفاكتورينج) اللجوء إلى وسيلة أخرى بجانب التحري عن الدائن، وهي التحري عن عملاء الدائن، والاستعلام عنهم، باعتبار أنهم سيكونون فيما بعد عملاء مؤسسة (الفاكتورينج)، وهذا الأمر يحقق عدة فوائد لمؤسسة (الفاكتورينج)، من أهمها:-

١. تتيح هذه الوسيلة للمؤسسة (الفاكتورينج) التعرف على الموقف المالي والتجاري للدائن، من خلال المعلومات التي يقدمها له عملاء الدائن، والتأكد من سمعة الدائن التجارية، خاصة فيما يتعلق بمدى انتظامه في الوفاء بالتزاماته وتعاملاته، وهذا الأمر يساعد مؤسسات

١- د. تورية توفيق، وكالة تحصيل وضمان الحقوق التجارية، مرجع سابق، ص ٣٢.

(الفاكتورينج) في تحديد فكرة واضحة ومتكاملة عن الدائن^(١)، ومن ثم تحديد موقفها في إبرام العقد أم لا.

٢. يساعد جمع مؤسسات (الفاكتورينج) للمعلومات عن عملاء الدائن، على التعرف على الموقف المالي لهؤلاء العملاء، ومن ثم تحديد مدى قدرتهم على الوفاء، وحجم المخاطر المتوقعة من خلال التعامل معهم، إلا أنه يجب على مؤسسات (الفاكتورينج) مراجعة هذه المعلومات المقدمة لهم من العملاء، للتأكد من صحتها ودقتها^(٢).

وقد قضت محكمة استئناف باريس في حكم^(٣) لها، بأنه يتعين على المدين إخطار مؤسسة (الفاكتورينج) (الوسيط) بكافة العوائق التي قد تحول دون إمكانية تحصيل الدين، وذلك خلال مدة معقولة، ويعد سكوت المدين، خلال هذه المدة عن الإخطار، إقراراً منه بصحة العقد المبرم بين مؤسسة (الفاكتورينج) والدائن، ومن ثم حرمانه من الحق في الدفع بانقضاء الدين أو انعدامه، عند حلول ميعاد تحصيل الدين.

الوسيلة الثانية: اللجوء إلى جهات متخصصة للتحري:

يمكن للمؤسسات (الفاكتورينج) اللجوء إلى بعض الجهات الخاصة بالعمل في مجال التحري، وجمع المعلومات عن الشركات التجارية، والمجال التجاري بشكل عام.

حيث تلتزم هذه المؤسسات بإجراء تحريات، وجمع معلومات عن الموقف المالي والتجاري عن العملاء العاملين في المجال التجاري، وتقديمها لمن يريد ذلك، في مقابل عمولة محددة تحصل عليها تلك الجهات^(٤).

^٢ - المرجع السابق ، ص ٣٤ .

² - Pierre Jude, Technique et pratique du factoring , op.cit, p85.

³ - Cour de Paris , 14 Marsh 1991, Revue Banque , 1991, p656.

^٤ - د. تورية توفيق ، وكالة تحصيل وضممان الحقوق التجارية ، مرجع سابق ، ص ٣٣ .

ومن ثم توفر هذه الوسيلة لمؤسسة (الفاكتورينج) معرفة الموقف المالي والتجاري للدائن وعملاتها بكافة التفاصيل، خلال وقت قصير، وبتكلفة أقل، نظرا لما تمتلكه تلك الجهات من وسائل وخبرات في مجال التحريات، ومن ثم تحديد موقفها من عملية شراء الدين.

ويعد القرار الصادر من مؤسسة (الفاكتورينج) بقبول أو رفض شراء الدين من الشركة التجارية (الدائن)- قرار نهائيا، لا يمكن العدول عنه، إلا في حالة ظهور معلومات ومستندات جديدة تؤكد عدم صحة المعلومات والمستندات التي كانت سببا في تحديد مؤسسة (الفاكتورينج) لقرارها.

المبحث الثاني

بناء عقد شراء الديون التجارية

عقد شراء الديون التجارية هو عقد رضائي، يستلزم لوجوده صحيا ومنتجا لآثاره بين أطرافه توافر مجموعة من الشروط كالرضا، المحل، السبب^(١)، وهي الشروط القانونية العامة التي يفترض وجودها لبناء عقد شراء الديون التجارية.

وقد أظهرت الممارسات التجارية لهذا النوع من العقود، مجموعة من الشروط الشكلية تشترط مؤسسات (الفاكتورينج) وجودها في العقد، لحماية حقوقها في مواجهة الدائن والمدين.

وبناء على ما سبق، سوف نستعرض في هذا المبحث الشروط القانونية اللازمة لبناء عقد شراء الديون التجارية من جانب، وأطراف العقد من جانب آخر، ويكون ذلك من خلال التقسيم الآتي:

- المطلب الأول : الشروط الشكلية لعقود شراء الديون التجارية .
- المطلب الثاني : الشروط الخاصة بعقود شراء الديون التجارية .

١- د. تورية توفيق ، وكالة تحصيل و ضمان الحقوق التجارية ، مرجع سابق ، ص ٣٨ .

المطلب الأول

الشروط الشكلية لعقود شراء الديون التجارية

على الرغم من الطابع الرضائي لعقد شراء الديون التجارية، إلا أن الممارسات التجارية استقر فيها ضرورة كتابة هذا العقد، وذلك لإثبات الديون والالتزامات المترتبة على الأطراف في العقد من جانب، وحمايتها من جانب آخر، ومن ثم فالكثافة في عقود شراء الديون التجارية لا تعدو إلا أن تكون وسيلة للإثبات، وليست شكلية من شكلية العقود، ومن ثم لا يترتب على تخلفها في عقود شراء الديون التجارية أي نوع من الجزاءات المدنية^(١).
يضاف إلى ضرورة كتابة عقد شراء الديون التجارية- ضرورة خضوع العقد إلى مجموعة من الشروط الشكلية التي تستلزمها عملية انتقال الديون من الدائن إلى مؤسسة (الفاكتورينج).

فإذا كان محل عقد شراء الديون التجارية سندات تجارية، فإن هذا العقد يخضع للشروط الشكلية التي تخضع لها عملية انتقال الحقوق في السندات^(٢).

ونصت حوالة دايلي الصادرة ١٩٨١ على مجموعة من الشكليات الواجب توافرها في عقد الحوالة حتى تنشأ صحيحة، وتعد نافذة، وقامت بالتفرقة بين هذه الشكليات إلى نوع من الشكليات يؤدي إلى إبطال العقد بطلانا مطلقا مثال ذلك غياب التوقيع، وعدم تحديد تاريخ سند الدين، وبينما النوع الآخر من الشكليات يؤدي إلى عدم سريان العقد في مواجهة الغير، ومثال ذلك تحديد الديون المنقولة، وتحديد اسم المستفيد من العقد تحديدا واضحا.

^١- د. نادر عبد العزيز شافي، عقد الفاكترينج (عقد شراء الديون التجارية)، مرجع سابق، ص ٤٥.

^٢- المرجع السابق، ص ٤٧.

الفرع الثاني

الشروط الخاصة بعقود شراء الديون التجارية

تقوم مؤسسات (الفاكتورينج) عادة بصياغة نماذج محددة سلفا لعقود شراء الديون التجارية، وتشمل هذه العقود عادة مجموعة من الشروط، منها العامة الثابتة، والتي تعد أساسا للعقد، وشروط خاصة مرنة قابلة للمناقشة والتغيير.

ويمكننا توضيح الشروط اللازم توافرها في عقود شراء الديون التجارية، من خلال ما يلي:

أولاً: الشروط العامة اللازم توافرها في عقود شراء الديون التجارية:

ذهب جانب من الفقه⁽¹⁾ إلى أن الشروط اللازم توافرها في عقد شراء الديون التجارية، هي شروط ثابتة غير متغيرة، ويلزم النص عليها في العقد، وهذه الشروط هي:

- ١- موضوع عقد شراء الديون التجارية.
- ٢- نوعية الديون المنقولة أي كانت تجارية أم لا.
- ٣- تقديم السندات، المستندات المثبتة للديون .
- ٤- تحويل الديون من الدائن إلى مؤسسة (الفاكتورينج) .
- ٥- إعلان الدائن للمدين بنقل الديون .
- ٦- تحصيل مؤسسة (الفاكتورينج) للديون.
- ٧- تقديم الدائن لضمانات يضمن وجود الديون المنقولة، وعدم وجود عوارض تحول دون تحصيلها، وفي حالة وجود ما يحول دون تنفيذ العقد، يمنح الدائن مهلة لإزالتها، فإذا انقضت تلك المهلة ولم تزل العوارض التي تحول وتحصيل الدين، فإن الديون تعد كأنها غير موجودة.
- ٨- تحديد العمولة التي تحصل عليها مؤسسة (الفاكتورينج).

¹- Pierre Jude, Technique et pratique du factoring, op.cit, p25, 26.

٩- السماح لمؤسسة (الفاكتورينج) بمراجعة وفحص حسابات الدائن، متى أرادت ذلك.

١٠- تحديد مدة تنفيذ العقد، وطرق فسخ التعاقد بين الدائن ومؤسسة (الفاكتورينج).

ثانياً:- الشروط الخاصة اللازم توافرها في عقود شراء الديون التجارية :

الشروط الخاصة اللازم توافرها في عقود شراء الديون التجارية هي الشروط التي تراعي خصوصيات مؤسسات (الفاكتورينج) من جانب، والدائنين من التجار والشركات التجارية من جانب آخر؛ حيث يقوم أطراف عقد شراء الديون التجارية بالاتفاق عليها فيما بينهم. وقد حدد جانب من الفقه^(١) هذه الشروط في الشروط التي تمس أحد الأمور الآتية:

١. مجال تطبيق العقد.
٢. طرق وإجراءات دفع قيمة السندات والمستندات المثبتة للديون.
٣. تحديد عمولة مؤسسة (الفاكتورينج). ٤- مدة العقد.

المطلب الثاني

أطراف عقد شراء الديون التجارية

عقد شراء الديون التجارية هو عقد ثنائي الأطراف في عملية تتكون من ثلاثة أطراف^(٢)؛ حيث يتكون عقد شراء الديون التجارية من طرفين، هما الطرف الأول مؤسسة (الفاكتورينج)، والطرف الثاني بائع الديون (الدائن)، أما المدين فلا يعد طرفاً في العقد.

¹⁻ Pierre Jude, Technique et pratique du factoring, op.cit, p29.

^{1'} Gautier Bourdeaux, Autres Moyens De Paiement, op.cit, p9 .

ويمكننا توضيح دور كل طرف، والشروط الواجب توافرها فيه من خلال التقسيم الآتي:

الفرع الأول: مؤسسة (الفاكتورينج).
الفرع الثاني: بائع الدين (الدائن).
الفرع الثالث: المدين .

الفرع الأول

مؤسسة (الفاكتورينج)

تصنف مؤسسات (الفاكتورينج) كمؤسسات مالية، باعتبار أن الوظيفة الأساسية لها هي تقديم التمويل للتجار والشركات التجارية (بائعين الدين) مقابل مبيعاتهم الآجلة، ويشترط أيضا أن تكون هذه المؤسسة عضواً في الرابطة الدولية لبيع الديون، بحيث تلجأ إليها الشركات التجارية والتجار الراغبين في بيع ديونهم التي تنشأ لهم في ذمة المدين^(١)، وتقوم مؤسسة (الفاكتورينج) بالتحري والبحث عن المدين، وتحصيل الدين منه.

ومن ثم، فإننا نرى أن مؤسسة (الفاكتورينج) تقوم بعدة وظائف في عقد شراء الديون التجارية، كوظيفة التمويل، والاستعلام، ومتابعة وتحصيل الدين، وضمان وتحمل المخاطر الناشئة عن عدم سداد المدين للديون المستحقة، ومن ثم، فهي وسيط في تحصيل الديون ما بين الدائن والمدين، كما أنها أيضا تقوم بتمويل الشركات التجارية وتعد هذه أحد أهم وظائف مؤسسة (الفاكتورينج).

وتقوم مؤسسات (الفاكتورينج) بدور أساسي في عملية شراء الديون التجارية؛ حيث تعد هي الطرف الممول في هذه العملية، وذلك لقيامها بشراء الديون غير المستحقة، وتعجيل ثمنها فورا للدائن، وهذه المهمة لا يستطيع أن

^١ - د. محمد عبد الحليم عمر ، الفاكورينج ، بحث مقدم في سلسلة الحلقات النقاشية رقم (٢٩)، جامعة الأزهر ، مركز صالح كامل للاقتصاد الإسلامي ، ٢٠٠٣ ، ٦.

يقوم بها سوى المؤسسات المالية الضخمة، التي تتخذ عادة صورة مؤسسات مالية، أو شركات تجارية مساهمة^(١).

ونظر لخلو القانون المصري من نصوص تنظم مؤسسات (الفاكتورينج)، فإننا نلجأ للقانون الفرنسي للتعرف على قانونية مؤسسات (الفاكتورينج) في القانون الفرنسي.

نص القانون الفرنسي الصادر في ٢٤ يناير ١٩٨٤، الخاص بالرقابة على المؤسسات المصرفية^(٢)، على قصر ممارسة شراء الديون على الشركات والمؤسسات المصرفية الخاضعة لهذا القانون.

ونصت المادة رقم (١)، من القانون سالف الذكر، على أن المقصود بالمؤسسات المصرفية هي الأشخاص المعنوية، التي تمارس بصفة مهنية واحترافية العمليات المصرفية، من تلقى للودائع، ومختلف العمليات الائتمانية.

وعرفت المادة (٣)، من ذات القانون، العمليات الائتمانية بأنها كل عمل يقوم به أحد الأشخاص، ويضع بموجبه أموالا تحت تصرف شخص آخر، أو أن يفوض لمصلحة هذا الشخص توقيعه على سبيل الضمان. ونصت المواد أرقام (١٥، ٢٩)، من القانون سالف الذكر، على أنه يشترط لممارسة مؤسسات شراء الديون (الفاكتورينج)، وقبل البدء في ممارسة عملها، الحصول على موافقة لجنة الائتمان في الدولة، ووضع القانون ذلك الشرط ضمن الشروط المتعلقة بتأهيل وترخيص مؤسسات شراء الحقوق التجارية.

^٢ - د. نادر عبد العزيز شافي ، عقد الفاكورينج ، عقد شراء الديون التجارية ، مرجع سابق ، ص ٦٢.

2- Loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit:

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT00000504724>

وذهب جانب من الفقه^(١) إلى أنه إذا كان المشرع الفرنسي لم ينص صراحة على خضوع مؤسسات شراء الديون التجارية (الفاكتورينج) إلى الرقابة المنصوص عليها في قانون الرقابة على المؤسسات المصرفية، إلا أن عملية شراء الديون تخضع المؤسسات القائمة عليها لمجموعة من الشروط الشكلية الخاصة بتأسيسها وممارسة عملها، ومن ثم، فهي تخضع للرقابة المقررة في هذا القانون، باعتبار القائم عليها مؤسسات مصرفية خاضعة لقوانين النقد.

الفرع الثاني

بائع الدين (الدائن)

يلعب بائع الديون (الدائن) دورًا هامًا في عقود شراء الديون التجارية؛ فهو الطرف الأساسي في هذا العقد، وهو من يسعى لإبرام العقد، نظرا لحاجته لبيع ديونه التجارية المترتبة في ذمة مدينه^(٢).

ولم ينص القانون الفرنسي على شروط محددة يجب توافرها في الدائن، إلا أنه اشترط فقط أن يتعلق الدين - محل عقد شراء الديون التجارية - بنشاط هذا الدائن التجاري^(٣)، ومن ثم يستوي أن يكون هذا الدائن (بائع الدين) شخص طبيعي، أو شخص معنوي.

ويذهب جانب من الفقه^(٤) إلى أن الدائن عادة ما يكون من المؤسسات والشركات التجارية صغيرة ومتوسطة الحجم، ويرجع ذلك إلى أن عقود شراء الديون التجارية ونوعيتها تعد من العقود التي تتلاءم عادة مع

1- Christian Gavalda, Affacturage, op.cit, p14.

١- د. نادر عبد العزيز شافي، عقد الفاكورينج، عقد شراء الديون التجارية، مرجع سابق، ص ٨٨.

2- Turcas Philippe(M),l 'Applicationde la loi par Les établissements de crédit,thèse , paris.1983.p18.

3-Christian Gavalda, Affacturage, op.cit, p2.

الأعمال التجارية متوسطة وصغيرة الحجم، التي تكون دائما في حاجة إلى التمويل.

ويضاف إلى ذلك أن هذه الشركات التجارية صغيرة ومتوسطة الحجم، لا تملك عادة إدارات متخصصة قانونية ومحاسبية قادرة على تحصيل الديون، مما قد يدفعها إلى طلب التمويل من خلال إبرام عقود شراء الديون مع مؤسسات (الفاكتورينج).

وبناء عليه، يجوز لكل شركة تجارية (دائن) تمتلك ديوناً تجارية ثابتة في سندات ومستندات، أن تطلب من مؤسسة (الفاكتورينج) شراء هذا الدين، في مقابل حلول مؤسسة (الفاكتورينج) محلها في هذه الديون في مواجهة المدين.

الفرع الثالث

المدين

يعد المدين شخصا أجنبيا عن عقد شراء الديون التجارية، إلا أنه بالرغم من ذلك، تتصرف إليه آثار هذا العقد، وذلك باعتبار الديون التي لديه محلا للعقد⁽¹⁾، ومن ثم تنشأ علاقة ما بين مؤسسة (الفاكتورينج) والمدين، بمجرد إبرام مؤسسة (الفاكتورينج) للعقد مع الدائن الأصلي.

ومن ثم، فإذا قام المدين بالوفاء بقيمة الديون إلى الدائن، فإن هذا الوفاء يعد غير مبرئ لذمة المدين⁽²⁾.

ويكون للمدين الحق في التمسك بكافة الدفعات المتعلقة بالدين في مواجهة مؤسسة (الفاكتورينج)، كالدفع بعدم التنفيذ، والتعسف في استخدام الحق، وغيرها من الدفعات التي كان من الممكن للمدين أن يتمسك بها في مواجهة الدائن الأصلي.

¹ - Pierre Jude, Technique et pratique du factoring, op.cit, p22.

² - د.عبد الرحمن محمد ، محمود أحمد الكندري، عقد التمويل باستخدام الحقوق التجارية وعمليات التصديق ، مرجع سابق ، ص ٥١.

ويجب الإشارة إلى أنه لا يجوز للمدين، بأي حال من الأحوال، أن يدفع في مواجهة مؤسسة (الفاكتورينج) بأحد الدفوع، حتى تقوم بتنفيذ الالتزامات المترتبة على عاتق الدائن في العقد الأصلي المنشئ لهذا الدين، فمؤسسة (الفاكتورينج) تخلف الدائن في الحقوق، دون الالتزامات المترتبة عليه^(١).

المبحث الثالث

تنفيذ عقد شراء الديون التجارية

يحقق عقد شراء الديون التجارية لمؤسسة (الفاكتورينج) مجموعة من المزايا المالية، والتي تتحقق لها من شراء الديون من الدائن، وفي مقابل ذلك تلتزم مؤسسة (الفاكتورينج) تجاه الدائن بمجموعة من الالتزامات التي تسهم في إنجاح عملية شراء الحقوق التجارية^(٢).

ويحقق أيضا عقد شراء الديون للدائن (الشركة التجارية) مجموعة من المزايا التي تتحقق له نتيجة بيع ديونه التجارية لمؤسسة (الفاكتورينج)، ويعد من أهمها الحصول على التمويل المالي، والسيولة النقدية التي تسمح له بإنعاش شركته التجارية، وفي مقابل ذلك يلتزم الدائن ببعض الالتزامات التي تسهم في إنجاح عملية شراء الديون^(٣).

ويتضح لنا مما سبق، أن عقد شراء الديون التجارية هو عقد يتطلب في تنفيذه من أطرافه القيام بمجموعة من الالتزامات، ويحقق لهم، بناء على ذلك، مجموعة من المميزات، وهو ما سنوضح من خلال التقسيم الآتي:

المطلب الأول : كيفية تنفيذ عقد شراء الديون التجارية من جانب الشركة التجارية (الدائن).

^٢ - د. هشام فضلى ، عقد شراء الحقوق التجارية ، مرجع سابق ص ١٩٤ .
^١ - د. نادر عبد العزيز شافي ، عقد الفاكورينج ، (عقد شراء الديون التجارية ، مرجع سابق ، ص ٢٥٣ .
^٢ - المرجع السابق ، ص ٣٤٧ .

المطلب الثاني : كيفية تنفيذ عقد شراء الديون التجارية من جانب مؤسسة (الفاكتورينج).

المطلب الأول

كيفية تنفيذ عقد شراء الديون التجارية

من جانب الشركة التجارية (الدائن)

تلتزم الشركة التجارية (الدائن)، بناء على عقد شراء الديون التجارية، بمجموعة من الالتزامات تعد هي الأساس، الذي يقوم عليه عقد شراء الديون التجارية.

ويعد من أهم تلك الالتزامات، التزامه بنقل كافة السندات والمستندات المثبتة للديون إلى مؤسسة (الفاكتورينج)، ودفع العمولة المتفق عليها إلى هذه المؤسسة، وكذلك إعلان المدين بالعقد المبرم مع مؤسسة (الفاكتورينج).

ويمكننا توضيح ذلك من خلال العرض الآتي: -

الفرع الأول : تقديم الدائن للسندات والمستندات التي على مدينه إلى مؤسسة (الفاكتورينج).

الفرع الثاني : التزام الدائن بدفع العمولة إلى مؤسسة (الفاكتورينج).

الفرع الثالث : إعلان الدائن للمدين بإبرام عقد شراء الديون التجارية.

الفرع الأول

تقديم الدائن لكافة السندات والمستندات التي على مدينه

إلى مؤسسة (الفاكتورينج)

سند الديون هو مستند أساسي في جميع عمليات البيع، الشراء؛ فهي ورقة يحررها الدائن يبين فيها الخصائص الأساسية في البيع، مثل كمية البضاعة من حيث الوزن والحجم والعدد والتمن الإجمالي المستحق على المدين، ويجب أن تتضمن مجموعة من البيانات^(١).

^١ - يعد من هذه البيانات: ١- التاريخ، اسم وعنوان البائع والمشتري، ٢- رقم الأمر أو العقد، وكمية ووصف البضاعة، وتمر الوحدة) وتفصيل عن أي أعباء أخرى، ٣- وزن البضاعة، وعدد الطرود،

وبناء عليه، فلا تعد كل ورقة سند للدين، بل لابد أن تكون مطابقة للنموذج المتداول حسب العرف والعادات التجارية، مع تضمنها عدة بيانات يتطلبها القانون حتى تكون صحيحة ومنتجة لآثارها كوثيقة تجارية تعد دليلاً للإثبات في المعاملات التجارية، لذا يلزم أن تتسم بالصرامة والوضوح، حتى يتسنى للغير قراءتها، وتحديد محتوياتها بسهولة^(١).

يلتزم الدائن، بناء على عقد شراء الديون التجارية، بتقديم كافة المستندات والسندات التي يمتلكها ضد المدين إلى مؤسسة (الفاكتورينج)، وهو الأمر الذي يعد روح عقد شراء الديون التجارية، وبدونه يختل توازن العقد لصالح الدائن^(٢)، وتلتزم مؤسسة (الفاكتورينج) بعد تقديم الدائن لهذه المستندات بدفع قيمة الدين إلى (الدائن)، وضمان عدم الرجوع عليه في حالة عدم تحصيل الدين من المدين.

وتظهر أهمية التزام الدائن بتقديم كافة السندات والمستندات، التي يمتلكها على المدين، إلى مؤسسة (الفاكتورينج) في نقطة هامة ألا وهي سد باب التحايل على الدائن، حتى لا يبيع إلى مؤسسة (الفاكتورينج) الديون صعبة التحصيل، ويحتفظ لنفسه بالديون التي يسهل تحصيلها.

ويرى جانب من الفقه^(٣) أن التوازن الذي يحققه عقد شراء الديون التجارية- هو أمر مفترض، حتى تتوازن كافة الحقوق في مختلف ظروف التحصيل، ومن ثم فإن ذلك هو ما يبرر حرمان مؤسسة (الفاكتورينج) من الحق في الرجوع على الدائن بقيمة الديون التي تفشل في تحصيلها من

والعلاقات الخاصة بشحنها وعددها، ويجب ألا تتعارض التفصيلات الواردة في الفاتورة مع المستندات الأخرى المقدمة.
راجع ذلك: د. على جمال الدين عوض، الاعتمادات المستندية، دار الفكر العربي، ص ٢٥٥.

١- د. توريه توفيق، وكالة تحصيل وضمّان الحقوق التجارية مرجع سابق، ص ٦٦.
3- Jean-Pierre Deschanel, Laurent Lemoine, L'affacturage, Presses universitaires de France, 1993, p22.

١- د. على جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، مرجع سابق، ص ٦٤٨.

المدين، ومن ثم توزيع مخاطر عدم تحصيل الدين من جانب مؤسسة (الفاكتورينج) بين أكبر عدد من سندات الديون المقدمة من الدائن.

ويجب الإشارة إلى أن التزام الدائن بتقديم كافة السندات والمستندات التي يمتلكها ضد مدينه ليس مبدأ ثابتاً؛ حيث يمكن لكل من الدائن ومؤسسة (الفاكتورينج) الاتفاق على تقديم الدائن لمجموعة من السندات المثبتة للمدين فقط، أو المتعلقة بديون المدين في بلد معين^(١).

وفي حالة وجود هذا الاتفاق ما بين الدائن و مؤسسة (الفاكتورينج)، على تحديد وقصر الالتزام في شراء الديون على مجموعة محددة في السندات، فإن الدائن يلتزم، بموجب هذا الاتفاق، بعدم التعامل مع أي مؤسسة (فاكتورينج) أخرى لبيع باقي سندات الديون التي يمتلكها ضد مدينه، إلا بعد إعلان مؤسسة (الفاكتورينج) المتعاقد معها برغبته في ذلك، وبعد التأكد من رفضها في الحصول على هذه الديون^(٢).

ونرى مع جانب من الفقه أن هذا الاتفاق لا يفرض على مؤسسة (الفاكتورينج) بقبول كافة ما يقدم إليها من سندات للديون، ذلك أن الاتفاق يعطي لها الحق في إمكانية أن تحتفظ لنفسها بالحق في قبول أو رفض بعض هذه السندات، بحسب ما إذا كان الحق المثبت فيها باطلاً أو معيباً^(٣).

1- Bena Romulus Andrei, L'affacturage, D.E.A. de Droit privé, université Robert Schuman-Strasbourg-, 2005, p36.

٢- د. هشام فضلي، عقد شراء الحقوق التجارية، مرجع سابق، ص ١٥٦.

4- René Rodière, Jean-Louis Rives-Lange, Droit bancaire, op.cit, p379.

الفرع الثاني

التزام الدائن بدفع العمولة إلى مؤسسة (الفاكتورينج)

تعرف العمولة، في مجال شراء الديون التجارية، بأنها المقابل الذي تتقاضاه مؤسسة (الفاكتورينج) من الدائن، في مقابل الخدمات التي تؤديها له.^(١)

وتنقسم العمولة في عقود شراء الديون التجارية إلى نوعين: -

النوع الأول: عمولة الائتمان، والتي تتمثل في مقابل تعجيل الوفاء بقيمة ديون الدائن التي على مدينه، وهي ما تسمى بعمولة التمويل^(٢). ويتم احتساب قيمة هذه العمولة على الفترة ما بين تاريخ سحب الدائن لمقابل قيمة الدين من مؤسسة (الفاكتورينج)، وحتى تاريخ حلول ميعاد تحصيل الدين من المدين، وتتغير نسبة هذه العمولة حسب التغييرات التي تحدث في سوق الأوراق المالية^(٣).

النوع الثاني: هو عمولة الخدمات الإدارية، وهي خدمات إضافية تلتزم مؤسسات (الفاكتورينج) بتقديمها إلى الدائن، وتتمثل هذه الخدمات في خدمة إدارة الدين، ومزية ضمان عدم الرجوع عليه، في حالة عدم تحصيل الدين^(٤).

ويذهب جانب من الفقه^(٥) إلى أن تحديد مقابل عمولة الخدمات الإدارية يتوقف على عدة عوامل، هي: -

1- A.stoullig , 25 ans d'affacturage en France , Revue Banque , n° 506, juin 1990, p 593 .

٢- د. ميلاد عبد الحفيظ، النظام القانوني لتحويل الفاتورة، مرجع سابق، ص ١٩٠.

3 - Jean-Pierre Deschanel, Laurent Lemoine, L'affacturage, op.cit, , p31.

4 - Georges Ripert, René Roblot, Traité élémentaire de droit commercial, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1980, P25.

٥- د. هشام فضلي، عقد شراء الحقوق التجارية، مرجع سابق، ص ٧٢ .

١. حالة الشركة التجارية الخاصة بالدائن من النواحي المالية، والإدارية، والحسابية، والقانونية، وعدد سندات ومستندات الديون التي يمتلكها ضد مدينه.

٢. المركز المالي للمدين، وسمعه التجارية.

٣. مدى تطور آلية شراء الديون في البلد المراد تنفيذ العقد فيها.

ونضيف إلى هذه الشروط شرطا آخر، وهو مقدار المخاطر التي يمكن أن تتعرض لها مؤسسة (الفاكتورينج)، في سبيل تحصيلها لقيمة الديون من المدين، وذلك لما لها من دور في تحديد مقابل العمولة التي تحصل عليها مؤسسة (الفاكتورينج).

الفرع الثالث

إعلان الدائن للمدين بإبرام عقد شراء الديون التجارية

يلتزم الدائن، وفقا لعقد شراء الديون التجارية، بإعلان المدين بذلك، وذلك حتى يقوم هذا المدين بالوفاء بقيمة الدين مباشرة إلى مؤسسة (الفاكتورينج)، ويجوز أيضا أن تقوم مؤسسة (الفاكتورينج) بالقيام بهذا الدور، وتقوم هي بإعلان المدين بإبرام العقد، أما في حالة غياب هذا الإعلان فلا يكون المدين ملزما بالوفاء بقيمة الدين، إلا للدائن الأصلي^(١).

ولا يشترط أن يتم هذا الإعلان بصيغة معينة، إلا أنه يجب أن يوضح الإعلان فقط حلول مؤسسة (الفاكتورينج) محل الدائن الأصلي في تحصيل الديون التي هي على مدينه^(٢).

وذهبت محكمة استئناف باريس في حكم^(٣) لها، في قضية عرضت عليها، موضوعها قيام المدين بالوفاء بقيمة الدين إلى البائع (الدائن الأصلي)،

¹ - René Rodière, Jean-Louis Rives-Lange, Droit bancaire ,op ,cit, p 369.

² - Op.cit ,p369 .

³ - Cass. Com, Audience publique du mercredi 14 octobre 1981 N° de pourvoi: 80-12336.

بدلاً من مؤسسة (الفاكتورينج) (الوسيط)، فقامت مؤسسة (الفاكتورينج) بمقاضاة المدين أمام محكمة استئناف باريس، وقامت محكمة استئناف باريس برفض الدعوى.

وذهبت المحكمة في تأسيس حكمها في هذه القضية على أساس من القول، بأن الإعلان بحلول مؤسسة (الفاكتورينج) محل الدائن الأصلي، لم يبين بشكل واضح وكاف هذا الحل للمكلفين بالوفاء بقيمة الدين، ومن ثم فإن المحكمة تقضي بصحة وفاء المدين للدائن الأصلي بقيمة الدين، ورفضت دعوى مؤسسة (الفاكتورينج) (الوسيط) في طلب قيمة الدين من المدين.

ويمكن إعلان المدين بالحلول في أي وقت، حتى وإن كان بعد إبرام عقد شراء الديون التجارية، ولا يكون هذا الإعلان متأخراً، إلا إذا سبقه إجراء يمنع من جعله مفيداً، مثال ذلك شهر إفلاس العميل، أو شهر إعساره؛ فعندئذ لا يكون للإعلان بحصول الحل - حتى وإن تم إبرام عقد شراء الديون قبل شهر الإفلاس أو الإعسار - أي فائدة^(١)، فالعبرة ليس بتاريخ إبرام العقد، وإنما بتاريخ نفاذه، ونفاذ العقد لا يكون إلا بالإعلان^(٢).

المطلب الثاني

كيفية تنفيذ عقد شراء الديون التجارية

من جانب مؤسسة (الفاكتورينج)

يرتب عقد شراء الديون التجارية مجموعة من الالتزامات على مؤسسة (الفاكتورينج)، يمكن أن نوضحها من خلال التقسيم الآتي:

- الفرع الأول : تقديم مؤسسة (الفاكتورينج) الاستشارات للدائن .
- الفرع الثاني : التزام مؤسسة (الفاكتورينج) بالوفاء والتحصيل .

راجع الحكم على:

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT00007008930>

^١ - د. ميلاد عبد الحفيظ، النظام القانوني لتحويل الفاتورة مرجع سابق، ص ١٨٩

^٢ - المرجع السابق، ص ١٨٩.

الفرع الثالث: التزام مؤسسة (الفاكتورينج) بضمان عدم الرجوع على الدائن.

الفرع الأول

تقديم مؤسسة (الفاكتورينج) الاستشارات للدائن

تلتزم مؤسسة (الفاكتورينج)، بناء على عقد شراء الديون التجارية، بتقديم الدعم التقني والفني، وهي التي تتعلق بالمعلومات والاستشارات التجارية عن السوق والعملاء - إلى الدائن.

ويرجع أساس هذا الالتزام إلى أمرين، الأول هو أن مؤسسات (الفاكتورينج) تمتلك خبراء ومستشارين ماليين وقانونيين، يمكن لهم دراسة السوق المالي والتجاري، وتحديد الطرق الأنسب لتحصيل الديون من المدين.

أما الأمر الثاني، فيتمثل في قرب مؤسسات (الفاكتورينج) من عملاء الدائن من المدنيين، مما يسمح لها بمراقبة هؤلاء العملاء عن قرب، ومتابعة وضعهم المالي، ومن ثم إبلاغ الدائن بها.

ويذهب جانب من الفقه^(١) إلى أن المعلومات والاستشارات المقدمة من مؤسسة (الفاكتورينج) تجنب الدائن ومؤسسة (الفاكتورينج) إبرام عقود تنطوي على نسبة مخاطر مرتفعة.

ويعد التزام مؤسسة (الفاكتورينج) بتقديم المعلومات والاستشارات إلى الدائن هو التزام ببذل عناية^(٢)، وهو ما يتحقق إذا قامت به المؤسسة على نحو كاف لتحصل على المعلومات الصحيحة.

^١ - د. نادر عبد العزيز شافي، عقد الفاكورينج، (عقد شراء الديون التجارية)، مرجع سابق، ص ٣٣٧.

^٢ - د. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، مرجع سابق، ص ٥٣١.

الفرع الثاني

التزام مؤسسة (الفاكتورينج) بالوفاء والتحصيل

يعد من أهم الأسباب التي ساعدت على ظهور آلية شراء الديون التجارية، هو ما تتعرض له الشركات التجارية عامة، وصغيرة ومتوسطة الحجم خاصة، من صعوبات في تحصيل مالها من ديون لدى الغير، خاصة في مجال التصدير إلى بلاد في خارج الإقليم الذي يكون فيها مقر الشركة، ومما قد يؤدي إليه ذلك من صعوبات في تحصيل تلك الديون من تعثر هذه الشركات، مما قد يؤدي إلى إفلاسها في بعض الحالات.

ومن ثم ظهرت آلية شراء الديون التجارية التي تقوم على أساس فكرة التزام إحدى المؤسسات المالية المتخصصة في شراء الديون، بدفع وتعجيل قيمة سندات الديون إلى الشركة التجارية (الدائن)، في مقابل انتقال ملكية سندات الديون لها⁽¹⁾.

فبناء على عقد شراء الديون التجارية، يلتزم الدائن بأن يرسل لمؤسسة (الفاكتورينج) وفي مواعيد محددة، إقرارا موقعا بنقل ملكية سندات الديون إلى المؤسسة، ويلتزم أيضا بتقديم كافة المستندات الخاصة بالعملية التي نشأ عنها هذا الدين⁽²⁾، كما يلتزم بإرسال كافة السندات والمستندات التي يمتلكها على مدينه، كما سبق الإشارة لذلك.

وبناء على ذلك تقوم مؤسسة (الفاكتورينج) بإرسال قيمة هذه السندات المثبتة للدين إلى الدائن، على أن يتم خصم قيمة العمولة المتفق عليها بينهما من قيمة سندات الدين.

¹- Dominique Legeais, Affacturage, op.cit, p11.

²- Jean-Louis Rives-Lange, Monique Contamine-Raynaud, Droit bancaire, Dalloz, 1990, p719.

وذهب جانب من الفقه^(١) إلى أن التزام مؤسسة (الفاكتورينج) يدفع قيمة سندات الديون إلى الدائن - هو الالتزام الرئيس الذي يقع عليها، في مقابل منحها الحق في تحصيل قيمة سندات الديون من المدين.

الفرع الثالث

التزام مؤسسة (الفاكتورينج)

بضمان عدم الرجوع على الدائن

يعد الالتزام بعدم رجوع مؤسسة (الفاكتورينج) على الشركة التجارية (الدائن) لاستيفاء حقها، في حالة عدم تحصيلها لقيمة الدين من المدين هو روح عقد شراء الديون التجارية، كما ذهب جانب من الفقه^(٢) ويؤدي غيابه إلى عدم وجود العقد من أساسه؛ فهو جوهر هذا العقد، وسبب وجوده؛ فيمجرد شراء مؤسسة (الفاكتورينج) للديون من (الدائن) فإن ذلك الشراء يشمل جزئين: الأول تحصيل قيمة الدين من المدين، والثاني ضمان عدم الرجوع على الدائن في حالة فشل مؤسسة (الفاكتورينج) في تحصيل الدين. حيث تتحمل مؤسسة (الفاكتورينج) وحدها، المسؤولية عن قدرة المدين على سداد قيمة الديون، إلا في حالة ما إذا كان الدين غير موجود من الأساس، أو كان باطلا^(٣).

وبالعودة إلى نصوص قانون التجارة المصري ١٧ لسنة ١٩٩٩، فإننا لا نجد به نصوصا تنظم مبدأ ضمان عدم الرجوع، وتبين مضمونه، ولذا حاول جانب من الفقه^(٤) توضيح مبدأ ضمان عدم الرجوع على الدائن في حالة عدم تحصيل الدين من المدين، بالقول: بأنه ضمان تجاري، تلتزم بمقتضاه مؤسسة (الفاكتورينج) بضمان تنفيذ العملية محل الوساطة.

³- Dominique Legeais, Affacturage, op .cit, p11.

^١ - د. هاني دويدار ، عقد تحصيل الديون التجارية ، مرجع سابق ، ص ٣٣٠.

²- René Rodière, Jean-Louis Rives-Lange, Droit bancaire, op.cit, p 364.

³- Jean François Merlaud, le ducroire, thèse, Bordeaux, 1984.p5.

وأضاف جانب آخر في الفقه^(١) تعريفا لمبدأ ضمان عدم الرجوع بالقول بأنه: الالتزام الواقع على عاتق مؤسسة (الفاكتورينج)، والذي بموجبه تلتزم بعدم الرجوع على الدائن بقيمة سندات الدين الذي منحه له، إذا ما فشلت في تحصيل هذه الحقوق من المدين، لتخلفه عن الوفاء.

ولا يحتاج ضمان عدم الرجوع على الدائن إلى شكليات خاصة سوى النص عليه، وكتابته ضمن بنود عقد شراء الديون التجارية^(٢)، فبدون وجود كتابة لهذا المبدأ يصبح مبدأ غير نافذ في حق مؤسسة (الفاكتورينج).

ويمكننا توضيح الحالات التي يكون فيها مبدأ ضمان عدم الرجوع على الدائن نافذا فعلا في حق مؤسسة (الفاكتورينج)، والحالات التي يمكن إعفاؤها من هذا الضمان، من خلال الآتي:

أولاً: حالات نفاذ مبدأ ضمان عدم الرجوع على الدائن في حق مؤسسة (الفاكتورينج):

الحالة الأولى: الإفلاس:

عرفت المادة (٥٥٠)، من قانون التجارة المصري ١٧ لسنة ١٩٩٩، شهر الإفلاس بالنص على أنه (يعد في حالة إفلاس كل تاجر ملزم، بموجب أحكام هذا القانون، بإمساك دفاتر تجارية، إذا توقف عن دفع ديونه التجارية إثر اضطراب أعماله المالية).

وقضت محكمة النقض المصرية، في حكم^(٣)، لها بأنه (إذا أفلس المدين، وجب على الدائن أن يتقدم في التفليسة بالدين، وإلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل)، ومفاد هذا النص أنه إذا أفلس المدين قبل حلول أجل الدين المكفول، فإنه يتعين على الدائن أن يتقدم بحقه في تفليسة المدين،

٤- د. هشام فضلى، عقد شراء الحقوق التجارية، مرجع سابق، ص ١٠١.

١- Jean François Merlaud, le ducroire, op.cit,p17.

٢- حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ٦٣٦ لسنة ٤٢ قضائية، جلسة ١١ من يناير ١٩٧٧، راجع نص الحكم على:

<http://private.tashreaat.com/nakdimages/y28/M1/31107.pdf>

ليحصل على ما يمكنه الحصول عليه من حقه، ثم يرجع بالباقي عند حلول الأجل على الكفيل.

ومما سبق يتضح لنا أن الإفلاس هو إجراء يؤدي إلى تصفية أموال المفلس، وبيع كل ما يملك لتسوية الديون التي عليه، وثم يصبح المدين المفلس عاجزاً عن الوفاء بالالتزامات العقدية للدائن، ومنها الوفاء بقيمة الديون لمؤسسة (الفاكتورينج).

ففي حالة إعلان إفلاس المدين، يصبح مبدأ ضمان عدم الرجوع على الدائن نافذاً في حق مؤسسة (الفاكتورينج)؛ لأن هذا السبب يعد من المخاطر المتوقعة لعملية شراء الديون التجارية من جانب، ولأنه لسبب لا يعود إلى الدائن من جانب آخر.

ومن ثم، فإن إفلاس المدين يمنع مؤسسة (الفاكتورينج) من الرجوع على الدائن، ويتعين على مؤسسة (الفاكتورينج) في هذه الحالة أن تتقدم بحقها في تغطية المدين، وتصبح عضواً في جماعة الدائنين^(١).

وقد قضت محكمة استئناف باريس في حكم^(٢)، لها في قضية حلت فيها مؤسسة (الفاكتورينج) (الوسيط) محل الدائن، في مقابل تعجيل قيمة الديون على مدينه، وعند رجوعها على هذا المدين، رفض الوفاء لغير وكيل تغطية الدائن، باعتبار أن الوفاء الطولي قد تم في فترة الريبة، ومن ثم فلا يسري في مواجهته.

وقضت المحكمة في حكمها بتأييد دفاع المدين، وقالت إن الوفاء الحاصل من مؤسسة (الفاكتورينج) (الوسيط) بتعجيل قيمة الديون، يدخل في نطاق الوفاء بالديون غير مستحقة الأداء، ويعد تصرف غير نافذ في مواجهة المدين، لأنه تم إبرامه في فترة الريبة.

^٢ - د. محمودى بشير، عقد تحويل الفاتورة، مرجع سابق، ١٥٣.

1- Cour d'appel Paris (Chambre 1 B), du 16 novembre 1978, R.T.P, 1979.

إلا أن محكمة النقض الفرنسية قد ألغت هذا الحكم في حكمها^(١) الصادر في ١٧ من يونيو ١٩٨٠، على سند من القول أن الوفاء الممنوع، وفقا لقانون الإفلاس الفرنسي، هو وفاء المدين، وليس وفاء مؤسسة (الفاكتورينج) (الوسيط).

وذهب جانب من الفقه^(٢) إلى إن التزام مؤسسة (الفاكتورينج) بضمان عدم الرجوع يمتد ليغطي حالات إعسار المدين، وعدم قدرته على الوفاء بقيمة الديون في مواعيد استحقاقها، ما لم يشتمل العقد بين المؤسسة والدائن على استبعاد ذلك.

أي أن مؤسسة (الفاكتورينج) تضمن عدم الرجوع على الدائن بقيمة الديون في حالة تعسر المدين، وعدم دفعه قيمة الدين.

وكذلك يؤدي شهر إفلاس الدائن، قبل إتمام عقد شراء الديون التجارية، إلى عدم قيام التزامه فيه، ومن ثم لا تستطيع مؤسسة (الفاكتورينج) في هذه الحالة أن تطالب المدين بدفع قيمة سندات الديون، حيث يكون من حق المدين في هذه الحالة أن يتمسك تجاه مؤسسة (الفاكتورينج) بفسخ العلاقة الأصلية، واعتبار السندات المثبتة للديون كأن لم تكن وقت الحلول^(٣).

وفي ذلك ذهبت محكمة النقض الفرنسية، في حكم^(٤) لها، إلى أن حق مؤسسة (الفاكتورينج) (المحصل) لا ينشأ إلا من تاريخ تنفيذ الصفقة التي كان

²⁻ Cour de cassation, chambre commerciale, du mardi 17 juin 1980: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007005695&fastReqId=1431444145&fastPos=1>

³⁻ **Michel Vivant, La convention de ducroire, Juris-Classeur**, Distribution, 1998, fascicule 955, p 35.

¹⁻ د. هاني دويدار ، عقد تحصيل الديون التجارية ، مرجع سابق ، ص ٣٣٣.

²⁻ Cour de cassation, chambre civile, 21 janvier 1971 : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000006988636&fastReqId=1010923209&fastPos=11>

قد أبرمها الدائن الأصلي مع المدين، وبناء على ذلك إذا كان التنفيذ تم بعد شهر إفلاس الدائن، وقرر (السنديك) إتمام الصفقة فإنه يستحيل على مؤسسة (الفاكتورينج) أن تحتج بالحلول، لأن حقها أصبح مقررا لمصلحة جماعة الدائنين.

وفي ذلك لم تعترف محكمة النقض الفرنسية في حكم^(١) لها لمؤسسة (الفاكتورينج) (المحصل) إلا بالحقوق المثبتة بسندات الديون التي تم تسليمها إليها قبل شهر إفلاس الدائن، أما اللاحقة عليه فهي مقررة فقط لمصلحة جميع الدائنين.

٢- الحالة الثانية: القوة القاهرة:

نصت المادة (١٦٥)، من القانون المدني المصري، على أنه (إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، لحادث مفاجئ، أو قوة القاهرة، أو خطأ من المضرور، أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك).

ووفقا لهذا النص، تعد القوة القاهرة مانعا من موانع المسؤولية، والتي تمنع من الرجوع على المدين بالتعويض.

والقوة القاهرة هي حادث لا يمكن دفعه مطلقا أو توقعه، وذهبت محكمة النقض المصرية في حكم^(٢) لها، إلى أنه يشترط لاعتبار الظرف الحادث قوة القاهرة شرطين، هما:-

١. عدم إمكان التوقع: أي أن يكون الحادث غير ممكن التوقع من أشد الناس يقظة وبصرا بالأمر، وأن يكون عدم التوقع مطلقا لا نسبيا.

³⁻ Cour de cassation , chambre commerciale, 20 octobre 1981 : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007008323&fastReqId=800254121&fastPos=7>

^{١-} حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ٩٧٩ لسنة ٤٧ قضائية، جلسة ٢٧ من مارس ١٩٨٠، راجع الحكم على: .

<http://private.tashreaat.com/nakdimages/y31/M1/8211.pdf>

٢. استحالة الدفع: أي أن يستحيل دفعة، وأن تكون الاستحالة مطلقة، وأن تكون تامة وعامة، فالقوة القاهرة تعني أن تنفيذ الالتزام أصبح مستحيلا، أما الاستحالة المؤقتة فلا تشكل قوة القاهرة تمنع المسؤولية. وبناء عليه لا يجوز لمؤسسة (الفاكتورينج) الرجوع على الدائن، في حالة عدم القدرة على تحصيل قيمة الدين من المدين، في حالة وجود قوة القاهرة تمنع المدين من السداد.

والقوة القاهرة حالة تمنع المدين من التنفيذ، فإن زال هذا المانع، فإن حالة القوة القاهرة تنتهي أيضا، ويحق لمؤسسة (الفاكتورينج) بعد زوالها، مطالبة المدين بقيمة الديون المستحقة.

ثانيا: حالات إعفاء مؤسسة (الفاكتورينج) من ضمان عدم الرجوع على الدائن:

تتقسم حالات إعفاء مؤسسة (الفاكتورينج) من ضمان عدم الرجوع على الدائن، نتيجة لعدم وفاء المدين بقيمة الدين - إلى نوعين: يرجع أحدهما لامتناع المدين عن الوفاء، لأسباب ترجع إلى تصرفات المدين، ويرجع الآخر إلى أسباب تمنع المدين من الوفاء لأسباب في الحقوق المباعة ذاتها، ويمكننا توضيح ذلك من خلال ما يلي:

النوع الأول : امتناع المدين عن الوفاء بقيمة الدين لأسباب راجعة إلى تصرفات الدائن:

يمكننا تقسيم تصرفات الدائن التي يمكن أن تكون سببا في عدم الوفاء بقيمة الدين له، إلى نوعين من التصرفات، هما:-

أولاً: أخطاء الدائن كسبب لإعفاء مؤسسة (الفاكتورينج) من ضمان عدم الرجوع :

يلتزم الدائن الأصلي، في عقد شراء الديون التجارية، بالضمان لصالح مؤسسة (الفاكتورينج) ضد جميع الأفعال التي تصدر منه بعد إبرام العقد، ويكون من شأنها الانتقاص من الحقوق المبيعة وانتهائها^(١).

فمؤسسة (الفاكتورينج) لا تلتزم إلا بضمان المخاطر المتوقعة وفقا لمجرى الأمور، أما الأمور غير المتوقعة فيلتزم الدائن بإخطار المؤسسة بها قبل توقيع عقد شراء الديون التجارية، وإلا سقط الالتزام بالضمان، ويتم إعفاء مؤسسة (الفاكتورينج) منه.

فإذا رفض المدين سداد قيمة الديون إلى مؤسسة (الفاكتورينج)، نظرا لعدم وفاء الشركة (الدائن الأصلي) بالتزاماتها، فلا يمكن في هذه الحالة تحميل مؤسسة (الفاكتورينج) نتيجة خطأ الدائن، ومن ثم فلا يجوز للدائن أن يستفيد من خطئه، وإلا أصبح عقد شراء الديون التجارية، في هذه الحالة، إثراء بلا سبب للدائن على حساب مؤسسة (الفاكتورينج) ، وليس حماية للدائن من مخاطر عدم سداد المدين لقيمة الدين^(٢).

ثانيا: غش الدائن كسب لإعفاء مؤسسة (الفاكتورينج) من ضمان عدم الرجوع :

لا تلزم مؤسسات (الفاكتورينج) بضمان عدم الرجوع على الدائن في الحالات التي يمارس فيها هذا الدائن أنواعا من الغش في تجاه مؤسسة (الفاكتورينج).

فإذا مارست الشركة التجارية (الدائن) غشا في علاقتها مع مؤسسة (الفاكتورينج)، فإن التزام المؤسسة بضمان عدم الرجوع ينقضي بأثر رجعي، ويصبح كأن لم يكن.

1- Christian Gavalda, Affacturage, op.cit, p4.

٢- د. هشام فضلي ، عقد شراء الحقوق التجارية ، مرجع سابق ، ص ١٠٩.

والغش الذي قد تمارسه الشركة التجارية في اتجاه مؤسسة (الفاكتورينج) - له أوجه كثيرة، منها على سبيل المثال، الحالة التي قد يستغل فيها (الدائن) العقد المبرم مع مؤسسة (الفاكتورينج)، ويقوم بإنشاء سندات ديون وهمية، والقيام ببيع هذه السندات لمؤسسة (الفاكتورينج).

وقد يصل الأمر في بعض الحالات إلى قيام الدائن بإنشاء مدينين وهميين غير موجودين فعلا في الحقيقة، وإن وجدوا، فلا علاقة قانونية لهم بهذه العقود الوهمية المنسوبة لهم^(١).

ومن حالات غش الدائن أيضا، والتي تعد سببا من أسباب إعفاء مؤسسة (الفاكتورينج) بالضمان - حالة قيام الدائن، وقبل إبرام اعتبار عقد شراء الديون التجارية نافذا في حق الغير، بالتصرف في الحقوق المباعة بأحد التصرفات التي تتناقض مع عقد شراء الديون التجارية^(٢)، ففي هذه الحالة يعد التزام مؤسسة (الفاكتورينج) بالضمان كأن لم يكن.

النوع الثاني: امتناع المدين عن الوفاء بقيمة الدين لأسباب راجعة إلى الحقوق المباعة ذاتها:

ويمكننا تقسيم حالات امتناع المدين عن الوفاء بقيمة الدين لأسباب راجعة إلى الحقوق المباعة إلى نوعين، هما:

أولا: انقضاء الحق المبيع كسبب لامتناع المدين على الوفاء:

يعد من أسباب إعفاء مؤسسة (الفاكتورينج) من ضمان عدم الرجوع على الدائن بقيمة الديون، نتيجة لعدم سداد المدين قيمتها، حالة عدم وفاء المدين بقيمة هذا الحق لانقضائه.

حيث تعد حالة انقضاء الحق لسبق الوفاء به، أو تقادم هذا الحق، أو غيرها من أسباب انقضاء الحقوق سببا من أسباب رفض المدين الوفاء بقيمة

١- د. هشام فضلى، عقد شراء الحقوق التجارية، مرجع سابق، ص ٦١.

٢- د. محمودى بشير، عقد تحويل الفاتورة، مرجع سابق، ص ١٤٦.

هذه الديون، ومن ثم يعد سببا من أسباب إعفاء مؤسسة (الفاكتورينج) من ضمان عدم الرجوع على الدائن، وبالتالي يكون لمؤسسة (الفاكتورينج) الحق في الرجوع على الدائن بقيمة الحقوق؛ لأن الضمان بعدم الرجوع لا يشمل حالات انقضاء الحق.

ويعد انقضاء الحق سببا من أسباب الإعفاء، سواء كان هذا الانقضاء قبل إبرام العقد، أو بعد إبرام العقد، طالما كان الانقضاء قبل إعلان المدين بعقد شراء الديون التجارية.

وذهبت محكمة النقض الفرنسية في حكم⁽¹⁾ لها إلى أن المدين يستطيع أن يحتج بهذا الدفع إذا كان الوفاء قد تم قبل علمه بالحلول، أما بعد العلم بالحلول فلا يكون وفاء المدين إلى الدائن الأصلي مبرئا لذمته، ويتعين عليه الامتناع عن هذا الوفاء، وإذا قام به أجبر على الوفاء مرة ثانية إلى مؤسسة (الفاكتورينج) (المحصل).

ومن أمثلة انقضاء الحقوق، حالة قيام أحد دائني الشركة التجارية (الدائن الأصلي)، بتوقيع حجز التحفظي على الحقوق المبيعة، والتي تكون تحت يد المدين، قبل إعلانه ببيع هذه الحقوق، ففي هذه الحالة يمتنع المدين عن الوفاء بقيمة هذه الحقوق لمؤسسة (الفاكتورينج)، بعلّة أن دائني الشركة التجارية (الدائن الأصلي) يشاركونه فيه⁽²⁾.

ثانيا: الوفاء إلى الدائن المتميز كسبب لامتناع المدين عن الوفاء بقيمة الديون لمؤسسة (الفاكتورينج) :

يعد من أسباب إعفاء مؤسسة (الفاكتورينج) من مبدأ ضمان عدم الرجوع على الدائن، حالة امتناع المدين عن الوفاء لمؤسسة (الفاكتورينج)

1- Cour de cassation , chambre commerciale, 4 octobre 1982 : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007011040&fastReqId=998249908&fastPos=6>

٢- د. توريه توفيق ، وكالة تحصيل وضمان الحقوق التجارية مرجع سابق ، ص ١٩١.

بقيمة الدين لوجود دائنين ممتازين أحق في الوفاء لهم من مؤسسة
(الفاكتورينج)، وعلّة ذلك ليست تعنت المدين في الوفاء، وإنما لوجود أفضلية
للغير على حق الدائن الأصلي^(١).

^٢- د. هشام فضلى، عقد شراء الحقوق التجارية، مرجع سابق، ص ١١٢.

الخاتمة

أولاً: النتائج :

١. لجوء الشركات التجارية لاستخدام آلية (الفاكتورينج) يعد وسيلة لإيجاد التمويل اللازم للمشروعات التجارية التي تقوم بها من جانب، ومن جانب آخر يعد ضمانا للاستمرار في نشاطها التجاري، ودعم خططها في التوسع والاستثمار، وذلك من خلال بيع الديون والحصول على السيولة النقدية.
٢. تتعدد مزايا وفوائد آلية شراء الديون التجارية، والتي لها أكبر الأثر على المشروعات الاقتصادية من جانب، ومن جانب آخر تعد وسيلة غير ضارة بالاقتصاد القومي، لأنها وسيلة ليس لها آثار تضخمية.
٣. تحدد طبيعة آلية شراء الديون التجارية، وفقا لأحكام الحلول الاتفاقي، فهو الأنسب لآلية شراء الديون التجارية، لما يتمتع به الحلول الاتفاقي من مرونة وسرعة في إتمامها، وهو ما يتلاءم مع طبيعة آلية شراء الديون التجارية وأهدافها.
٤. عقد شراء الديون التجارية يعد من العقود التي تظهر لنا كيفية استخدام بعض النصوص القانونية البسيطة لتحقيق أهداف اقتصادية كبيرة.
٥. تقوم آلية شراء الديون التجارية على أساس قيام الشركة التجارية (الدائن) ببيع مالها من ديون وحقوق لدى المدين إلى مؤسسة مالية متخصصة في هذا المجال (مؤسسة (الفاكتورينج))، والتي تقوم بدورها بتعجيل قيمة سندات الديون إلى الشركة التجارية (الدائن) مقدما، وقبل حلول ميعاد استحقاق هذه الديون من جانب، وتلتزم بضمان عدم الرجوع على الشركة التجارية في حالة عدم قدرتها على استيفاء قيمة الدين من المدين في ميعاد استحقاقه لسبب لا يرجع

لخطأ أو تقصير من الشركة التجارية (الدائن)، وما لم توجد شروط عقدية تقضي بخلاف ذلك.

٦. يمكن للمدين التمسك بعدم الوفاء للمؤسسة (الفاكتورينج) عند رجوعها عليه في وقت الاستحقاق، وله أن يتمسك في مواجهة مؤسسة (الفاكتورينج) بكافة الدفعات التي كان يمكن له أن يتمسك بها في مواجهة الشركة التجارية (الدائن)، وهي كافة الدفعات المتعلقة بصفة الدائن، والتي انتقلت من الدائن الأصلي (الشركة التجارية) إلى مؤسسة (الفاكتورينج) .

٧. مع ما تقدمه آلية شراء الديون التجارية من فوائد ومزايا للاقتصاد الوطني، وللشركات التجارية عامة، والشركات التجارية صغيرة ومتوسطة الحجم خاصة، لا نجد في مصر تنظيماً تشريعياً مستقلاً ينظم آلية شراء الديون التجارية.

ثانياً: التوصيات:

١. ندعو المشرع المصري إلى وضع تشريع خاص بآلية شراء الديون التجارية، حيث إن وضع تشريع خاص بهذه الآلية، وما ينشأ عنها من عقود، يعد ضرورة لازمة، كون نظام شراء الديون التجارية له آثار مباشرة على الاقتصاد الوطني.

٢. نوصي بأن يكون الحلول الاتفاقي هو الإطار القانوني لعقود شراء الديون التجارية، كون أحكام الحلول الاتفاقي تعد أكثر ملاءمة لعقود شراء الديون التجارية - عن غيرها من الأفكار المطروحة لتنظيم تلك النوعية من العقود.

٣. نوصي بأن يتضمن التشريع الصادر من المشرع المصري على ما يلي:

- أ. أنه لا يجوز ممارسة نشاط شراء الديون التجارية إلا بعد الحصول على ترخيص بذلك من جهة الاختصاص في مصر.
 - ب. أن يكون لمؤسسة شراء الديون التجارية مؤسسة (الفاكتورينج) مقر ثابت في جمهورية مصر العربية تمارس من خلاله أعمالها.
 - ج. أن تكون مؤسسات (الفاكتورينج) مسئولة عما يصدر عنها من تعهدات تتعلق بتحصيل قيمة الديون من المدين، من أخطاء، ومخالفات، أو الجرائم.
 - د. النص على ضرورة وجوب تحرير عقد كتابي أو إلكتروني بين الدائن ومؤسسة (الفاكتورينج)، يتضمن بياناتهم، وبيانات الدين، والعمولة المتفق عليها، وشروط العقد، وحقوق والتزامات كل طرف من الأطراف.
 - هـ. النص على ضرورة حصول مؤسسة (الفاكتورينج) على إذن من الدائن عن كل عملية تحصيل تقوم بها في تجاه المدين.
 - و. النص على عقوبات توقع على مؤسسات (الفاكتورينج) في حالة الإخلال بالشروط والالتزامات المنصوص عليها في العقد.
٤. ضرورة العمل على إنشاء مؤسسات مالية متخصصة في مجال شراء الديون التجارية، ونقترح إلحاق تلك المؤسسات كبداية في المؤسسات المصرفية التي ترغب بالقيام بعملية شراء الديون التجارية في شكل فروع، على أن ترتبط هذه الفروع، مع المجموعات الدولية العاملة في مجال شراء الديون التجارية، والعمل على تطوير هذه الفروع حتى تصبح شركات مساهمة متخصصة تمتلك من رأس المال ما يمكنها من العمل في مجال شراء الديون التجارية.

المراجع

أولاً: المراجع العربية:

أحمد عبد الرحمن المحمّد، محمود أحمد الكندري

عقد التمويل باستخدام الحقوق التجارية وعمليات التوريق مجلس النشر

العربي ، لجنة التأليف والتعريف ، والنشر ، الكويت ، ٢٠٠٤

نور سلطان

أحكام الالتزام ، الموجز في النظرية العامة للالتزام ، دراسة مقارنة في

القانونين المصري واللبناني ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٤ .

نورية توفيق

وكالة تحصيل وضمّان الحقوق التجارية، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق

- جامعة عين شمس، ١٩٩٤

نبماء محمود فوزي الصراف

عقد الفاكترينج ، مجلة الرافيدين للحقوق ، عدد ٨ ، ٢٠٠٦

حسنية شنتوي

الأوراق التجارية المعاصرة ، رسالة ماجستير ، جامعة قاصدي مرياح

ورقلة، الجزائر ، ٢٠١٤

ذكرى عبد الرزاق محمد

عقد شراء فواتير الدون التجارية (Factoring) من الوجهتين العملية

والقانونية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٠ .

سليمان مرفص

أحكام الالتزام، الطبعة الثانية، المجلد الرابع، دار الكتب القانونية، مصر

سمير عبد السيد تناغو

نظرية الالتزام ، منشأة المعارف ، الإسكندرية

صلاح إبراهيم شحاته

ضوابط منح الائتمان من منظور قانوني ومصرفي ، دار النهضة العربية ،

٢٠٠٨

عبد المنعم البدر أوى

النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٦٨

عبد الرزق السنهوري

الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الجزء الثالث ، دار إحياء التراث

العربي ، ١٩٥٨

عماد حبيب بهلول

عقد خصم الديون دون حق الرجوع، دار نبيور، بغداد، ٢٠١١

علي جمال الدين عوض

عمليات البنوك من وجهة القانونية، الطبعة الثالثة ، دار النهضة العربية ،

٢٠٠٠

فايز نعيم رضوان

عقد شراء الحقوق التجارية ، دار الفكر العربي ١٩٨٦

محمد عبد الحلیم عمر

الفاكتورينج ، بحث مقدمة في سلسلة الحلقات النقاشية رقم (٢٩)، جامعة

الأزهر ، مركز صالح كامل للاقتصاد الإسلامي ، ٢٠٠٣.

محمود الكيلاني

الموسوعة التجارية والمصرفية ، الطبعة الأولى ، المجلد الثالث ، دار

الثقافة ، عمان.

محي الدين علم الدين

موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية ، الطبعة الأولى ،

الجزء الثاني ، الناشر غير مذكور

محمود السيد شنب

دروس نظرية الالتزام، الناشر غير مذكور، ١٩٧٤

محمود عبد الرحمن

الحلول الشخصي ، دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي، دار
النهضة العربية .

محمود بشير

عقد تحويل الفاتورة ، الديوان الوطني للأشغال العمومية ، الجزائر ، ٢٠٠٣

مصطفى تركي حومد الجوراني

آثار عقد الفاكторинг (عقد شراء الديون التجارية) في التشريع الأردني
والعراقي، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمه لكلية الحقوق، جامعة
الشرق الأوسط، ٢٠١٥

ميلاد عبد الحفيظ

النظام القانوني لتحويل الفاتورة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم
السياسة، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، ٢٠١٢

مروان الكركبي

عقد الفاكторинг الجديد في عمليات المصارف من الوجهتين القانونية
والاقتصادية، دراسة مقدمة إلى جامعة بيروت العربية، كلية الحقوق،
منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٢

نادر عبد العزيز شافي

عقد الفاكторинг (عقد شراء الديون التجارية) الطبعة الثانية، زين الحقوقية
والأدبية، ٢٠١٣ .

هانى دويدار

عقد تحصيل الديون التجارية، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصاد،
إسكندرية، ١٩٩١

ثانيا: المراجع الأجنبية:

Alain Lienhard

L'acte de cession de créances qui s'écarte des mentions prévues par la loi du 2 Janvier 1981 ne vaut pas comme Bordereau « Dailly » ; RTD com,2000

A.BONNAUD

"*Le factoring une nouvelle forme d'aide à l'exportation*", Banque 1964

A.stoullig

25 ans d'affacturage en France , Revue Banque , n° 506, juin 1990.

Bena Romulus Andre

L'affacturage, D.E.A. de Droit privé, université Robert Schuman-Strasbourg-, 2005.

BECQUE j, Michel Cabrillac et RIVES-LANGE

Les factures et bordereaux protestables, J.C.P. 1968

Christian Gavalda

Affacturage, in: Encyclopedie Juridique Dalloz, Repertoire de droit commercial, 1996.

Christian Gavalda

Affacturage, in: Encyclopedie Juridique Dalloz, Repertoire de droit commercial, 1996

Christian Gavalda, Jean Stoufflet

Le contrat dit de factoring, J.C.P. 1966, 2044 n°s 39.

Dominique Legeais

- Affacturage, édition du Juris-classeur, 2002, Fascicule 361.
- Les garanties conventionnelles sur créances, Droit des affaires et de l'entreprise ,Economica, 1986.
- Bordereaux dailly, Juris- classeurs, éd techniques, Commercial (entreprise) , 1993.

Gautier Bourdeaux

Autres Moyens De Paiement et De Recouvrement-
Affacturage International, Edition du Juris-Classeur, 1998.

Georges Ripert-René Roblot

Traité élémentaire de droit commercial, Librairie générale
de droit et de jurisprudence, 1980.

Georges Ripert, Louis Vogel, René Roblot

Traité de droit commercial, Volume 2 of Traité de droit
commercial: Commerçants, tribunaux de commerce, fonds
de commerce, propriété industrielle, concurrence, Librairie
Générale de Droit et de Jurisprudence, 2001.

Gautier Bourdeaux

Autres Moyens De Paiement et De Recouvrement-
Affacturage International, Edition du Juris-Classeur, 1998.

Janine Le Toux

Le contrat de factoring , Service de reproduction des thèses
de l'Université des sciences sociales de Grenoble, 1979.

Jean François Merlaud

le du croire, thèse, Bordeaux, 1984.

Jean-Louis Rives-Lange, Monique Contamine-Raynaud

Droit bancaire, Dalloz, 1990.

Jean-Pierre Deschanel, Laurent Lemoine,

L'affacturage, Presses universitaires de France, 1993.

J.-P. Dumas

"La jurisprudence met-elle en péril la "loi Dailly" ?, D.
Affaires n° 9, 1996

**Jacques Ferronnière, Emmanuel de Chillaz, Jean Pierre
Paty**

Les opérations de banque , Etudes politiques et sociales,
daloz, 1980.

Louis Edmond Sussfeld

Le Factoring, Presses universitaires de France, 1968.

Michel de Juglart

L'obligation de renseignement dans les contrats, R.T.D.civ. 1945.

Michel Vivant

La convention de ducroire, Juris-Classeur, Distribution, 1998, fascicule 955.

Michel Vasseur

Droit et économie bancaires: les opérations de banquet, Les Cours de Droit, 1987.

Peter Meldrum Biscoe

Law and Practice of Credit Factoring , Butterworths, 1975

Pierre Jude

Technique et pratique du factoring, Clet editions banque, Centre de librairie et d'éditions techniques, 1984 .

Réginald Lallemant

Affacturage, édition du Juris-classeur «(Banque etcredit) » 1991 «Fascicule 58.

Rene Rodiere, Jean-Louis Rives-Lange

Droit bancaire, Dalloz, 1973.

S. Pissar

« Aspects juridiques du factoring international », Banque, mars 1970

Turcas Philippe(M)

l'Application de la loi par Les établissements de crédit,thèse , paris.1983.

**مبدأ المساواة بين الخصوم أمام القضاء
وتطبيقاته في قانون المرافعات المدنية والتجارية
دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي**

إعداد

الدكتور/رمضان إبراهيم عبد الكريم علام

أستاذ قانون المرافعات المساعد

ورئيس قسم القانون الخاص

كلية الشريعة والقانون – طنطا. جامعة الأزهر الشريف.

أستاذ الإجراءات المدنية والتجارية المشارك.

كلية البريمي الجامعية. سلطنة عمان.

توطئة

أصبح القانون ضرورة اجتماعية لاغنى عنه، بحسبان أنه يسهم بدور فعال في تحقيق الأمن والاستقرار، ويتغيا نشر العدل في ربوع المجتمع. وتحقيق كل هذا في الأساس يعود إلى تحقيق التوازن بين حماية الحقوق والحريات الفردية من ناحية، وحماية المصلحة العامة من ناحية أخرى^(١). وهذه الفعالية وتلك الغاية لن تتحقق إلا في ظل مبدأ المساواة بين الأفراد المخاطبين بأحكامه، والحيلولة دون التمييز بينهم، بما يحقق العدالة في المجتمع^(٢).

ويشكل مبدأ المساواة - بصفة عامة - أهمية في المواثيق الدولية والنصوص الدستورية والقواعد القانونية. فعلى صعيد المواثيق الدولية: جاء الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ليبرز هذا المبدأ في المادة الأولى منه، والتي نصت على أن: "...يولد جميع الناس أحراراً متساوين في الكرامة والحقوق". وكرست المادة العاشرة من نفس الإعلان النص على هذا المبدأ، فنصت صراحة على أن: "لكل إنسان الحق على قدم المساواة التامة في أن تنظر قضيته أمام محكمة...". وتؤكد المبدأ في العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، وذلك بموجب المادة الثانية والثالثة والمادة الرابعة عشرة منه.

وجاءت الثورة الفرنسية نتيجة الظلم والتعسف الذي كان عليه المجتمع الفرنسي آنذاك، لتحرص على النص على هذا المبدأ، باعتباره أسمى حقوق الإنسان، فأصدرت إعلان حقوق الإنسان الذي جاء كأثر للثورة الفرنسية عام ١٧٩٨م، ونصت المادة الأولى منه على أن: "الأفراد يولدون ويظلون أحراراً ومتساوين في الحقوق وأن التمييز الاجتماعي لا يمكن أن يبنى إلا على أساس المنفعة المشتركة".

(١) عادل يحيى، الحصانة الإجرائية المقررة للوزراء في ميزان مبدأ المساواة الجنائية، ط١، ص٧ وما بعدها، دار النهضة العربية ٢٠١٢.

(٢) الحصانة الإجرائية، المرجع السابق، ص٨.

كما نصت الفقرة الأولى من المادة السادسة من هذا الإعلان على أن: "القانون يجب أن يكون واحدا بالنسبة للجميع، سواء في الحماية والعقاب"^(١).

وفي خصوص النصوص الدستورية: فقد عالجت العديد من الوثائق الدستورية مبدأ المساواة، وأبرزت أهميته باعتباره من أهم الركائز الأساسية للحقوق والحريات العامة، فتضمنت الوثائق الدستورية النص على مبدأ المساواة أمام القانون والمساواة أمام القضاء. فهو من المبادئ الدستورية في الأنظمة القانونية المعاصرة^(٢).

وقد حرص دستور مصر الجديد الصادر عام ٢٠١٤، على التأكيد في صدارة مواده على الحماية الدستورية لمبدأ المساواة، فنص في المادة الرابعة منه على أن " السيادة للشعب وحده، يمارسها ويحميها، وهو مصدر السلطات، ويصون وحدته الوطنية بما يكفل مبدأ المساواة بين المواطنين واحترام حقوق الإنسان، وذلك على الوجه المبين في الدستور".

وإذا كانت النصوص قد ركزت على هذا المبدأ، فلم يكن من المستغرب أن يأتي قضاء المحكمة الدستورية ليسير على نفس المنوال، فضمنت المحكمة الدستورية أحكامها، مركزة على هذا المبدأ، بحسبان أنه أساس العدل والحرية والسلام الاجتماعي^(٣).

ويعد مبدأ المساواة أمام القضاء تأكيدا لمبدأ استقلال القضاء. كما أن مبدأ استقلال القضاء يعد من وجه آخر تأكيدا لمبدأ المساواة أمام القضاء، والذي

(١) François Luchaire, un janus constitutionnel. L'égalité., P1231 et s.R.D.P, 1986.

(٢) راجع في تطبيقات عديدة لمبدأ المساواة في الدساتير العربية، مبدأ المساواة في الدساتير العربية، شحاتة أبو زيد شحاتة، ص ٢٢٨، ط ٢٠٠١.

(٣) المحكمة الدستورية العليا، ١٩ مايو ١٩٩٠، أحكام المحكمة الدستورية العليا، ج ٣، رقم ٣٣، ص ٢٥٦.

حرصت الدساتير المختلفة على النص عليه. ويمكن القول بأن المبدئين يعدان وجهين لعملة واحدة.

كما أن هذا المبدأ من ناحية أخرى يعد تأكيداً لمبدأ حرية الالتجاء إلى القضاء ، فالنقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة ، ولكل مواطن حق الالتجاء إلى قاضيه الطبيعي وتكفل الدولة تقريب جهات القضاء من المتقاضين ، وسرعة الفصل في القضايا، ويحظر النص في القوانين على تحصين أى عمل أو قرار إدارى من رقابة القضاء.

وإذا كانت النصوص الدستورية تؤكد دوماً على حق الالتجاء للقضاء وأنه مصون ومكفول للناس كافة، فإن المقاربة بين النصوص تقتضى أن يعامل جميع الأشخاص على قدم المساواة بدون تمييز.

أهمية المبدأ : وتعود أهمية هذا المبدأ إلى أنه مبدأ هام تفرضه ضرورة الاجتماع في حياة الناس ، ويتفق والعقل والمنطق ، فهو سمة المجتمعات المتقدمة. ويتناسب مع قواعد الشرع الحنيف .

بل إن هذا المبدأ يعد الهدف والغاية من قيام الحركات الثورية قديماً وحديثاً، فلم يكن غريباً أن الحركات الثورية التي قامت سواء في العصور القديمة أو الحديثة تنادي بالحرية، إنما كان مصدرها وغايتها النهائية هو تحقيق المساواة بين أفراد المجتمع الواحد (١). وذلك بحسبان أن المساواة بين الخصوم تعد الخطوة الأولى من خطوات المحاكمة العادلة. ذلك أن القاضي إن ميز بين الخصوم في ساحة القضاء فقد فقد عدالته وحياده(٢).

(١) لمزيد من التفصيل راجع: محمد إبراهيم حسن علي ، مبدأ المساواة في تقلد الوظائف العامة، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، ١٩٨٥، ص ١٥ وما بعدها.

(٢) العدل بالفتح والكسر في اللغة المثل ، والعدل المثل. قال في لسان العرب : فلان يعدل فلاناً أي يساويه ، ويقال ما يعدلك عندنا شيء أي ما يقع عندنا شيء موقعك ، وعَدَلُ المكابيل والموازن: سَوَّاهَا . وتعديل الشيء تقويمه، وقيل العدل تقويمك الشيء بالشيء من غير جنسه حتى تجعله له مثلاً وفي التنزيل : " أو عدل ذلك صيماً " . لسان العرب ، محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي ، ط٣، ج١١، ص ٤٣٢. دار صادر، بيروت ١٤١٤ هـ.

وهذا ما أكدته المجلس الدستوري الفرنسي، حين قرر أن المساواة لا تعني فقط المساواة أمام القانون، وإنما تعني كذلك ما يمكن أن يطلق عليه المساواة في القانون أو المساواة داخل القانون، وهو ما يتطلب احترام مبدأ المساواة من المشرع نفسه عندما يمارس دوره في وضع وسن القوانين^(١).

فهذا المبدأ يفرض نفسه على كل تفكير، وعموميته تفرض نفسها، سواء على مستوى التشريع، أم على مستوى القانون، أم على مستوى القضاء، كما أنها لا تختص بالقانون الإجرائي فحسب، بل تمتد لتشمل سائر فروع القانون

وتبدو خطورة هذا المبدأ وأهميته في الشريعة الإسلامية من الناحية التطبيقية في الحديث الذي رواه بريدة بن الحصيب - رضى الله عنه - عن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: "القضاة ثلاثة، واحد في الجنة واثنان في النار، فأما الذي في الجنة فرجل عرف الحق ففضى به ورجل عرف الحق فجار في الحكم فهو في النار، ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار"^(٢).

ما رواه بريدة بن الحصيب - رضى الله عنه - عن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: "القضاة ثلاثة، واحد في الجنة واثنان في النار، فأما الذي في الجنة فرجل عرف الحق ففضى به ورجل عرف الحق فجار في الحكم فهو في النار، ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار"^(٣).

(١) مبدأ النفاذ على درجتين ودوره في تدعيم العدالة الجنائية وكفالة المساواة أمام المحاكم الجنائية بشير سعد زغلول، ص ٢١ ورقة بحثية مقدمة للمؤتمر العلمي السنوي السادس "القانون والعدالة الاجتماعية"، الذي نظمته كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، ١٩ - ٢٠ فبراير ٢٠١٤.

(٢) سنن أبي داود، أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني، ط ١، ج ٢، ص ٢٩٩، رقم ٣٥٧٣. تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا - بيروت، سنن النسائي الكبرى، أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائي، ط ١، ج ٣، ص ٤٦١، رقم ٥٩٢٢. تحقيق: عبد الغفار سليمان البنداري، سيد كسروي حسن. دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١١ هـ - ١٩٩١ م.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الأفضية، باب في القاضي يخطئ، ج ٣، ص ٢٩٩، رقم "٣٥٧٣"، الترمذي في كتاب الأحكام، باب ما جاء عن النبي في القاضي، ج ٣، ص ٦١٢ رقم "

فالتسوية بين الخصمين أول ما يتبين به عدل الحاكم من جوره، فإنه إذالم يسو بينهما فقد وقع في طرق من طرق الجور، وهو مأمور بالحكم بالحق وبالعدل (١).
كما أن هذا الحديث فيه تعظيم لخطورة مهمة القضاء، كما أنه ينطوي على واجب العدل بين الناس، وتقرير كون ذلك مبدأ محكما من مبادئ الدين الإسلامي، يجب على جميع سلطات الدولة من تشريعية وقضائية وتنفيذية احترامه والالتزام به (٢).

ونظرا لأهمية هذا الموضوع من الناحية النظرية والتطبيقية على حد سواء، فقد رأيت أن أقوم ببحثه من الناحيتين القانونية والشرعية، حتى تتضح الصورة من جميع جوانبها.
وعليه فقد قسمت البحث إلى: توطئة وفصل تمهيدى وأربعة فصول رئيسة على النحو التالي:

التوطئة.....

الفصل التمهيدي: تحديد مفهوم مصطلحات البحث "مبدأ المساواة"

الفصل الأول: المساواة بين الخصوم في نطاق قواعد المرافعات.

الفصل الثاني: التوازن بين الخصوم في نطاق قواعد التنفيذ الجبرى.

الفصل الثالث: المحاكم الاستثنائية ومبدأ المساواة بين الخصوم.

الفصل الرابع: مبدأ المساواة بين الخصوم في الشريعة الإسلامية.

١٣٢٢ " . ولا شك أن من الأمور المعينة للقاضى على معرفة الحق، حضور العلماء مجلس القضاء لمشاورتهم، كما أن فى حضورهم حث للقاضى على تحري العدل بين الخصوم وإحقاق الحق. فإن حاد عن الصواب نبهه العلماء وأشاروا عليه. إبراهيم أحمد عبد الرحمان الشيخ، المساواة أمام القضاء، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير ، جامعة الأزهر، كلية الشريعة والقانون، ١٩٨٩، ص ١٧٦. المستشار أنور العمروسي التشريع والقضاء فى الإسلام، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ١٩٨٤، ص ٧٧. محمد نجيب حسين، الفقه الجنائى الإسلامى، الجريمة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧، ص ٢٠٥. عطيه مشرفة، القضاء فى الإسلام، ص ٩٦، شركة الشرق الأوسط، القاهرة، ١٩٦٦.

(١) ظفر اللاضى بما يجب فى القضاء على القاضى، صديق بن حسن خان القنوجى البخارى، ط ١، ص ٢٢٥، تحقيق أبو عبد الرحمن بن عيسى الباتنى، دار ابن حزم، ١٤٢٢هـ ٢٠٠١م.
(٢) قارب: التفسير الحديث، دروزة محمد عزت، ج ٤٨، ص ١٤٨ وما بعدها، دار إحياء الكتب العربية - القاهرة، ١٣٨٣ هـ.

الفصل التمهيدي

تعدد مفهوم مصطلحات البحث

مفهوم مبدأ المساواة

أ- مفهوم المبدأ

يرتكز القانون في جملته، سواء أكان قانوناً عاماً أم خاصاً على عدة مبادئ، وتكتسب هذه المبادئ صفة العمومية، وإن اختلفت درجة عموميتها^(١) فالمبدأ يعد حلقة أو سلسلة غير متناهية في التطبيق une série indéfinie d'application، وهو غير مكتوب، ويظهر في روح التشريع، Dans l'esprit d'une législation، ولا يحوز المبدأ هذه الصفة، إلا إذا حاز صفة الرضائية أو ما يشبه الإجماع^(٢) d'un consensus quasi unanime.

ويخضع المبدأ في أساسه أحياناً للفن القانوني la technique juridique، أو العقل La raison، أو العدالة l'équité^(٣).
المبدأ والقاعدة القانونية والقضائية.

ويتميز المبدأ بمفهومه السابق عن القاعدة القانونية، فإذا كان المبدأ يكتسب صفة العمومية، فإن عمومية القاعدة القانونية ليست من طبيعة العمومية التي يتصف بها المبدأ، فهي خاصة بوضع قانوني محدد^(٤).

(١) في هذا المعنى : راجع :

Jean Boulanger, principes généraux du droit et droit positif, mélanges Ripret. T.1. Paris 1950 P. 55.

وراجع بصفة عامة في فكرة المبدأ العام :

Marie de Bechillon : la notion de principe général en droit privé, presse universitaire d'aix marseille 1998.

Dimitri, préc p 15-17.

(3)Houtcieff "Dimitri" le principe de coherence en matière contractuelle. P 16et s . volume 1, Thèse paris X1. 2000.

٤) J. Boulanger, préc P. 55, 56. (

فعلى سبيل المثال ، فإن القاعدة القانونية تعد عامة تطبق على العديد من الحالات غير المحددة un nombre indéterminé سواء وقائع faits أو أعمال actes ولكنها تكون خاصة عندما لا تحكم إلا مثل هذه الأعمال أو تلك الوقائع (١).

كما أن درجة العمومية تتفاوت أيضا فيما بين المبدأ والقاعدة القانونية القضائية la règle du droit jurisprudentielle ، وهى تلك القاعدة القانونية التى تصاغ بواسطة المشرع وتطبق بواسطة القضاء ، وهى تنشأ من تفسير القانون ، فإذا كان كلاهما يحمل صفة العمومية، إلا أن درجة عمومية القاعدة القانونية القضائية ليست أيضا من طبيعة العمومية التى يتصف بها المبدأ (٢) . فالقاعدة القضائية تتعلق بحكم خاص يقدم حلاً بصفة فردية caractère individual ، وإن كان هذا لا يمنع من أنها مؤسسة على مبدأ عام ، أو مرتكزة على حلول قضائية سابقة (٣).

وتبدو أهمية هذه التفرقة فى أنه إذا كان القضاء يملك سلطة خلق القاعدة القضائية، فإنه لا يملك سلطة خلق المبدأ (٤).

ومن هنا يمكن القول بأن درجة العمومية تبلغ أعلى درجاتها فى المبدأ بينما تنقل فى القاعدة القانونية، لتبلغ أدنى درجاتها فى القاعدة القضائية. وتبدو أهمية وجود المبدأ، عندما يغفل المشرع عن النص على طبيعة مسألة ما، فإن المبدأ يمكن أن يقدم حلاً فى هذا الخصوص (٥).

christine préc P 290 N 371

(١) راجع فى هذا المعنى:

christine préc P 290 N 371

(٢) راجع فى هذا المعنى:

(٣) Christine, Préc P 288, 289 N 268.

(4) J. Boulanger, Préc P 55, 56. Christine, "M" l'estoppel by representation, étude comparative de droit privé française et anglais. Thèse jean Monnet, Paris sud 1999.P. 287 N 367.

(٥) ويتضح ذلك فى القانون الدولى الخاص ، فغياب النصوص التشريعية فى هذا القانون ، يمنح أهمية خاصة للمبادئ العامة ، وقد ظلت محكمة النقض الفرنسية تركز على هذه المبادئ ، وتستمد منها أحكامها، وتجعلها أساساً لمعظم حلولها. راجع:

christine préc. p 290 N 370.

ب - مفهوم المساواة

١- المساواة في اللغة

أ- المساواة في اللغة: هي المعادلة والمماثلة و المشابهة. يقال: سَاوَى الشيء الشيء، إذا عادله؛ ويقال: فلان وفلان سَوَاء، أي متساويان؛ وقوم سَوَاء؛ لأنه مصدر لا يثنى ولا يجمع؛ والسَوِيَّةُ والسَوَاءُ: العدل والنصفة؛ وسَوَاءُ الشيء: مثله، ومنه: استوى الشيطان وتساويا: تماثلا^(١).

٢- المساواة في الاصطلاح: المماثلة والعدل بين الخصوم في الحقوق والواجبات الإجرائية والموضوعية على حد سواء. وتعني المساواة بين الجميع في الحقوق والواجبات دون تمييز.

ويقصد بالمساواة من الناحية الإجرائية: وحدة القواعد الإجرائية التي تطبق على المتقاضين، سواء تلك التي تتعلق بإجراءات رفع الدعوى أو إعلانها ومثول الخصوم فيها أمام القضاء، أو تلك التي تتعلق بالاستماع إليهم وتمكينهم من الدفاع فيها وتقديم أدلتهم وحججهم فيها. وعدم وجود إجراءات خاصة أمام هذه المحاكم، بحسبان أن هذا المبدأ يقتضى وجود قضاء واحد لجميع المواطنين^(٢).

كما أن مجلس الدولة الفرنسي قد طبق كثيراً ما أسماء بالمبادئ العامة للقانون في ظل غياب النص . بل إنه في مجال الإثراء بلا سبب *la répétition de l'indu l'enrichissement sans cause*، وإعادة غير المستحق، وحقوق الدفاع فإنها تستمد ظهورها ومصادرها من تلك المبادئ التي تجد أساساً لها في الرشاد والعقل.

Un Principe Plus Fondamental De Bone Sens Et De Rationalité.

christine, thé, préc P 286 N

راجع في هذا:

365

(١) محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفي الإفريقي، لسان العرب، ط٣، ج٤، ص١٤٠، دار صادر، بيروت، ١٤١٤ هـ .
(٢) وقد أورد مؤتمر العدالة الأول الذي نظمه نادى القضاة بمصر في ٢٤ إبريل ١٩٨٦ تحديداً لمعنى القضاء الطبيعي فجاء في توصياته أن المناطق في القضاء الطبيعي " أن يكون القضاء محددًا وفوق قواعد قانونية مجردة في وقت سابق على نشوء الدعوى، وأن تتوافر فيه الضمانات التي قررها الدستور والقانون بما يعنى أنه يعد قضاء استثنائياً كل قضاء ينشأ في وقت لاحق على نشوء النزاع أو ارتكاب الجريمة لكي ينظر في دعوى أو دعاوى بعينها.

ويقصد بالمساواة من الناحية الموضوعية :وحدة القواعد الموضوعية التي تتضمنها القوانين التي تطبق على المتقاضين فيما ينشأ بينهم من منازعات .

وهذا التعريف يمكن ترجمته إلى عدة معان:

١ . فمن ناحية: فهو يفترض إعطاء الخصوم فرصا متساوية لإبداء طلباتهم ودفاعهم وتقديم مستنداتهم. ومراعاة التوازن بين الخصوم، أيا كانت مراكزهم الإجرائية.

غير أنه لا يعد إخلالا بهذا المبدأ رفض طلب لأحد الطرفين إذا كان قد أثير بهدف تعطيل الفصل في النزاع، أو الفصل في طلب للطرف الآخر أبدى في وقت متأخر^(١).

٢ . ومن ناحية أخرى: يفترض هذا المبدأ: عدم اختلاف المحاكم التي تفصل في الجرائم والمنازعات تبعا لاختلاف الوضع الاجتماعي للمتخاصمين، وعلى ذلك لا يمكن إقامة محاكم خاصة بفئة أو طبقة اجتماعية معينة.

٣ . ومن ناحية ثالثة وأخيرة: لا يتأتى تطبيق هذا المبدأ عملا إلا بتحقيق أمرين لاغنى عنهما. الأول: هو المساواة التامة بين الخصوم أمام القضاء ، والذي يقتضي أن تكون المعاملة واحدة لجميع الأطراف دون النظر إلى أشخاص المتقاضين، وثانيهما: هو وحدة المعايير القانونية المطبقة، والتي تقتضي أن تكون المعاملة أمام القضاء مماثلة بين كل الخصوم^(٢).

(١) استئناف القاهرة، جلسة ٢٧/١١/٢٠٠٢، الدائرة ٩١ تجارى، الدعوى أرقام ١١، ١٤، ٢٤، لسنة ١١٩ ق تحكيم.

(٢) عبد الغني بسيوني عبد الله، مبدأ المساواة أمام القضاء وكفالة حق التقاضي، ص ١٦، منشأة المعارف، ١٩٨٣. وإذا كانت الثورة الفرنسية هي التي فجرت هذا المبدأ، وجعلت المساواة أسلا من الأسس الأولية في القانون وبناء الدولة، وأصبحت القاعدة هي سريان نصوص القانون على الجميع. ولكن هذا المبدأ بالرغم من ذلك لم يطبق تطبيقا دقيقا ، فبقيت حالات من التمييز وعدم المساواة ، وإن اعتبرت استثناءات من مبدأ المساواة التامة.

ومقتضى هذا كله أن جميع الأفراد أمام القانون سواء ، ولن يكتمل ذلك إلا إذا اعترف بمبدأ المساواة فى الحصول على الحماية القضائية التى تكفل احترام هذه الحقوق والواجبات^(١).

ويمكن صياغة هذا المبدأ فى: "حق جميع الأشخاص فى الالتجاء إلى قاضيهم الطبيعى، والذى لا يختلف باختلاف شخص المتقاضى ، وبإجراءات موحدة يطبق فيها قانون واحد".

فمبدأ المساواة أمام القضاء يعد تعبيراً عن مبدأ المساواة أمام القانون فى مجال محدد، هو القضاء^(٢)، والذى يعنى كفاله حق التقاضى لجميع المواطنين ، وأن يكون القضاء الذى يتولى الفصل فى النزاع واحد بالنسبة للطائفة التى يتمثل مركزها، ووفقاً لإجراءات محددة وواحدة^(٣).

ويقتضى تحقيق المساواة فى القانون، وهو ما ينعكس بدوره على تحقيق المساواة أمام القضاء، تقرير معاملة واحدة لمن هم فى مراكز قانونية متماثلة نسبياً، وذلك بإخضاع هؤلاء الأشخاص لقواعد وإجراءات موحدة لدى مثلهم أمام القضاء^(٤).

(١) إبراهيم سعد ، القانون القضائى الخاص، ج١ ص ٢٣٧ بند ١٠٢. منشأة المعارف، بدون سنة للنشر.

(٢) أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، ط٢، ص ٧٠٤. دار الشروق، ٢٠٠٠.

(٣) راجع: شحاتة أبو زيد شحاتة، مبدأ المساواة فى الدساتير العربية فى دائرة الحقوق والواجبات العامة وتطبيقاته القضائية، ٢٠٠١، ص ٥٦٣.

(٤) عوض محمد عوض، المبادئ العامة فى قانون الإجراءات الجنائية، ص ٥٢٥. منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٢.

الفصل الأول

المساواة بين الخصوم فى نطاق قواعد المرافعات

المبحث الأول

المساواة بين الخصوم فى نطاق القواعد المنظمة للمبادئ القضائية

ثمة علاقة وثيقة بين مبدأ المساواة وغيره من المبادئ القضائية الأخرى، ومن خلال إبراز هذه العلاقة يبدو أن هذا المبدأ يشكل الإطار العام لهذه المبادئ ذات الصلة، وأن هذه المبادئ الأخرى تظهر وكأنها تطبيق له، وأعنى بتلك المبادئ "مبدأ مجانية القضاء، ومبدأ المواجهة بين الخصوم، ومبدأ احترام حقوق الدفاع، ومبدأ التقاضى على درجتين". وسوف نعرض لذلك من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول

مبدأ مجانية القضاء

أولاً: موقف القانون الوضعى

تستأثر الدولة بتنظيم القضاء وتحدد كيفية ممارسته ، ولما كان حق الالتجاء للقضاء مصون بنصوص الدستور؛ فإن الدولة مكلفة بواجب فى توفير الحماية القضائية الكاملة لمواطنيها (١).

ولما كان القضاة منصوبين من قبل الدولة لأداء هذا الواجب، فإن شأنهم فى ذلك شأن باقى موظفى الدولة يتقاضون أجورهم من الدولة فى مقابل أداء هذا الواجب (٢).

ويقصد بمجانية القضاء أن القاضى لا يحصل على أجره من المتقاضين بل يحصل عليه من الدولة. والقول بغير ذلك قد يؤدى فى بعض الحالات إلى إحجام المتقاضين عن اللجوء للقضاء بسبب عجزهم عن تكاليفه،

(١) قارب : أحمد مسلم ، اصول المرافعات، ص ٣٩ بند ٣٤ ، دار الفكر العربى ١٩٧٨.

(٢) إبراهيم سعد ، المرجع السابق ص ٢٤١ بند ١٠٤ ، أحمد أبو الوفا ، المرافعات المدنية والتجارية ط ١٣ ، ص ٤٥ بند ٣٦ ، منشأة المعارف ١٩٨٠.

مما يجعل من النصوص الدستورية التي تكفل الالتجاء للقضاء مجرد حبر على ورق، ويخل بمبدأ المساواة بين الخصوم.

وعليه، فإن مشروع الإعلان العالمي لاستقلال القضاء الصادر في مونتريال عام ١٩٨٣ لم يغفل هذه الضمانة أثناء الحياة الوظيفية للقاضي، بل تعدى ذلك ليشمل رعايته بعد إحالته للمعاش. فقد نصت المادة "١/١٦" على أن: "يضمن القانون مدة وظيفة القضاة واستقلالهم وأمنهم وكفاية مرتباتهم وظروف خدمتهم ولا يجوز تبديلها في غير مصلحتهم".

كما نصت المادة ١٨ على أنه: "أ - ينال القضاة مرتبات خلال مدة وظيفتهم كما ينالون مرتبات تقاعدية بعد إحالتهم إلى التقاعد. ب - تكون مرتبات القضاة ومعاشهم ملائمة ومتناسبة مع ما يقترن به منصبهم من مكانة وكرامة ومسئولية، ويعاد النظر فيها دورياً من أجل التغلب على أثر التضخم أو التقليل منه"^(١).

ومن ناحيته فقد اهتم القانون المصري بوضع ضمانات خاصة بالنواحي المالية المتعلقة بالقضاة .

ويعود السبب في ذلك إلى ضرورة أن يشعر القاضي في عمله بالاستقرار والاطمئنان على مقومات حياته"^(٢).

وتطبيقاً لذلك حرص قانون السلطة القضائية على أن يخص القضاة بكادر خاص يختلف عن كادر العاملين المدنيين بالدولة. فحدد الفصل الرابع من الباب الثاني القواعد التي تحكم مرتبات القضاة ومعاشاتهم. فنص في المادة "٦٨" منه على أن "تحدد مرتبات القضاة بجميع درجاتهم وفقاً للجدول الملحق بهذا القانون ولا يصح أن يقرر لأحد منهم مرتب

(١) يحيى الرفاعى ، ص ٣٩، مكتبة رجال القضاء طبعة سنة ١٩٩١ . محمد كامل ليلة ، النظم السياسية، ص ٣٧٧، دار الفكر العربي ١٩٦٣ .

(٢) أحمد السيد صاوى ، الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، ص ٤٦ بند ٤٦ .

بصفة شخصية أو أن يعامل معاملة استثنائية بأية صورة. وهذا خير ضمان لاستقلال القضاء، وتحقيق المساواة بينهم^(١).

كما نصت المادة "١/٧٠" على أنه: "استثناء من أحكام قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة وقوانين المعاشات لا يترتب على استقالة القاضى سقوط حقه في المعاش أو في المكافأة".

ونصت ذات المادة في فقرتها الثالثة على أنه: "وفى جميع حالات انتهاء الخدمة يسوى معاش القاضى على أساس آخر مربوط الوظيفة التى كان يشغلها أو آخر مرتب كان يتقاضاه أيهما أصلح له وفقا للقواعد المقررة بالنسبة للموظفين الذين تنتهى خدمتهم بسبب إلغاء الوظيفة أو الوفر^(٢)".

فعدم استقلال القضاء في النواحي المالية، وبقاؤها في يد السلطة التنفيذية، يجعل القاضى تابعا في أكثر أموره المالية لسلطة أخرى غير القضاء. الأمر الذى يجعل ولائه وانتمائه لهذه الجهة ويخل فى النهاية بمبدأ المساواة بين الخصوم ولو بطريق غير مباشر.

ويفضل في هذا الخصوص جعل ميزانية القضاء مستقلة بعيدا عن تصرف الحكومة. فتخصيص ميزانية مستقلة للقضاء يشكل إحدى الضمانات المهمة في تأكيد مبدأ استقلال القضاء. وينعكس بشكل مباشر على مبدأ المساواة بين الخصوم.

ثانيا: موقف الشريعة الإسلامية

ويدورها لم تغفل الشريعة الإسلامية هذا الأمر، فمجانية القضاء يقصد بها: أن القاضى يتقاضى راتبه من بيت مال المسلمين لامن المتقاضين^(٣). وقد أولت الشريعة الإسلامية هذا الأمر اهتماما عظيما.

(١) قارب: أحمد السيد صاوى، الوسيط، المرجع السابق، ص ٩١ بند ٤٦.

(٢) مستبدلة بالقانون ١٧ لسنة ١٩٧٦.

(٣) راجع فى الخلاف الفقهى حول أخذ القاضى رزقه من الخصوم إذا لم يتقاضاه من بيت المال، ضمانات الخصوم أمام القضاء فى الشريعة الإسلامية، حسن محمد محمد بودى، ص ٤٤، دار الكتب القانونية، مصر، دار شتات للنشر والبرمجيات ٢٠١١م.

وعلى هذا كان أمير المؤمنين عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - أول من رتب أرزاق القضاة، فجعل للقاضي سليمان بن أبى ربيعة الباهلى خمسمائة درهم فى كل شهر ، وأجزل عمر العطاء للقضاة ووصل بهم من حد الكفاية إلى حد التوسعة عليهم، حتى ينصرف القضاة إلى أعمالهم ويتفرغوا لها^(١).

كما كتب - رضى الله عنه - إلى معاذ بن جبل وأبى عبيدة - رضى الله عنهما لما بعثهما إلى الشام: "أنظرا رجالا من صالحى من قبلكم فاستعملوهم على القضاء وأوسعوا عليهم وارزقوهم واكفوهم من مال الله"^(٢). وفى العهد الأموى كانت أرزاق القضاة تصرف من بيت المال ويكتب بذلك براءات^(٣).

فقد ذكر ابن أمية فى ديوانه أن براءة فى عهد مروان بن محمد جاء فيها: "بسم الله الرحمن الرحيم من عيسى بن أبى عطاء إلى خزان بيت

(١) روى عن عمر رضى الله عنه أنه استعمل زيد بن ثابت على القضاء وفرض له رزقا، ورزق شريحا فى كل شهر مائة درهم، وبعث إلى الكوفة عمار وعثمان بن حنيف وابن مسعود ورزقهم كل يوم شاة، نصفها لعمار ونصفها لابن مسعود وعثمان. عبدالله بن أحمد بن قدامة المقدسى "أبو محمد"، المغنى، ط١، ج١، ص١٠٥، دار الفكر، بيروت ١٤٠٥هـ.

(٢) أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعى المقدسى، ج١، ص٩١، مكتبة القاهرة ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م، وبالتفصيل: عبدالوهاب خلاف، السياسة الشرعية، ص٤٤-٥٣، مؤسسة الرسالة. ويقصد بالرزق - بكسر الراء - فى اللغة ما ينتفع به ، وجمعه الأرزاق ، ويطلق كذلك على العطاء، مختار الصحاح، زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبى بكر بن عبد القادر الحنفى الرازى ص ١٢١ باب الراء . تحقيق: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية، الدار النموذجية، بيروت، صيدا، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.

ويقصد به اصطلاحا: ما يتقاضاه القاضى من مرتب شهرى من بيت مال المسلمين لقاء عمله فى وظيفة القضاء ، ويقصد برزق القاضى - بفتح الراء - هو إعطاؤه هذا المال . عبد الكريم زيدان، نظام القضاء فى الشريعة الإسلامية، ط٣، ص٥٥٣، مؤسسة الرسالة ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م.

وإذا كان العطاء كذلك يعطى من بيت المال، لإنهما يختلفان فى أن الرزق يعطى على فترات متقاربة كشهر أو أسبوع أو يوم لأن المقصود منه الكفاية"فهو يشبه الراتب"بخلاف العطاء فإنه تابع لقدرات المستحق وغنائه، ويعطى كل عام مرة أو مرتين . وقد تضيق الفروق الزمنية و تتسع حسب اقتضاء الظروف واستدعاء المصلحة "وهو يشبه كل ما عدا الراتب من حوافز وبدلات وخلافها" . إبراهيم عبد الحميد، نظام القضاء فى الإسلام ص ٩٢، ط ١٩٧٧.

(٣) الولاة والقضاة ، لأبى عمر بن محمد بن يوسف الكندى المتوفى سنة ٣٥٠ هـ ، طبعة سنة ١٩٠٨م ص ٣٥٤ ، أنور العمروسى ، التشريع والقضاء فى الإسلام ، ص ٨٨، موسوعة شباب الجامعة ١٩٨١ .

المال، أعطوا عبد الرحمن بن سالم القاضي رزقه لشهر ربيع الأول وربيع
الآخر سنة إحدى وثلاثين ومائة، عشرين ديناراً وكتبوا بذلك البراءة. كتب
يوم الأربعاء ليلة خلت من ربيع الأول سنة إحدى وثلاثين ومائة^(١).

ولقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يجب أن يفرض للقضاة ما يكفيهم من
بيت المال، وبما يكفل لهم حياة مادية كريمة تضمن استقلالهم وكرامتهم.
وتعود الحكمة من هذا المبدأ إلى أن القاضي كلما قلت حاجته للناس، كلما
كان أكثر إنصافاً وعدلاً. وقد أوضح هذه الحكمة الإمام علي بن أبي طالب في
رسالته التي وجهها إلى عامله في مصر والمتعلقة بالقضاة، فقد جاء
فيها: "أفسح له" أي للقاضي "في البذل ما يزيل عنه وتقل معه الحاجة
للناس"^(٢).

ومرد ذلك أن الناس بحاجة ماسة إلى القضاء، فلو لم يجز فرض الرزق
لأدى ذلك إلى عزوف الناس عن تولى هذا المنصب، أو بحثهم على الأقل عن
عمل آخر بجانب القضاء، بما يؤثر في القضاء، ويؤدي في النهاية إلى تعطيل
هذا المرفق الهام، فينصرف الناس عنه، وتضيع الحقوق ويسود الهرج وتعم
الفوضى^(٣).

ومع كل هذا فإنه يجب على الدولة من أن لا تترك أن تتفقد الأحوال
المالية المتعلقة بالقضاة، بل يجب عليها أن تغدق عليهم في العطاء، بما يحفظ
لهم كرامتهم ويصون استقلالهم. فليس منطقياً أن يمنع القاضي من مزاوله أي
عمل من شأنه أن يخل بحياده واستقلاله. ثم يطلب منه أن يعيش على الكفاف.

(١) الولاية والقضاة، المرجع السابق، ص ٢٥٧.

(٢) محمود بن عرنوس، تاريخ القضاء في الإسلام، ص ٢٩ ط ١٩٣٤م.

(٣) راجع: إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرجون، برهان الدين اليعمرى، تبصرة الحكام في
أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ط ١، ج ١، ص ٣٠، مكتبة الكليات الأزهرية، ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦م.

والحق أن توفير حياة كريمة للقاضي واطمئنانه على أحواله المالية ما ينعكس بالإيجاب على عمله القضائي بصفة عامة، فلا تشغله أعباء الحياة وتكاليفها عن التفرغ لأداء عمله بضمير واستقلال^(١).

وإذا كان القانون قد راعى ذلك، إلا أنه لم يرتق إلى مستوى التشريع الإسلامي، من حيث الاهتمام بشؤون القاضي.

فاهتمام الشريعة الإسلامية بمنصب القضاء قد بلغ شأواً بعيداً، فقدّمته على كل المواقع والمناصب الدينية والدنيوية. فكان القاضي في صدر الخلافة الإسلامية يتقاضى راتباً أعلى من راتب الخليفة الذي كان يمثل أعلى سلطة في الدولة الإسلامية، وضمنت له ما يكفل تأمين مسكنه وقوت عياله وخدمه، وألّزمت القائم بالأمر بتوفير وسائل النقل المتيسرة في حينه، ضماناً لاستقلال القاضي وحياده ونزاهته، وحفظاً له من الميل تجاه الشبهوات أو الميل لأحد الخصوم نتيجة ضغط الحاجة عليه.

وبالجملة فإن الاهتمام بشئون القضاة المادية ينعكس بالإيجاب على المتقاضين ويشجع القاضي على تحقيق مبدأ المساواة بينهم.

١- الرسوم القضائية والمساواة بين الخصوم

ولا يصادر على هذا المبدأ "مبدأ المجانية" ما تفرضه الدولة من رسوم محددة يدفعها ابتداءً من يلجأ أولاً إلى القضاء، ويتحملها أخيراً من يخسر دعواه^(٢). إذ إن مبدأ مجانية القضاء علاوة على أنه يتحدد بما سبق ذكره، فإن فرض الرسوم القضائية على المتقاضين هو أمر تمليه الضرورة في بعض الأحيان للقضاء على دعاوى الكيدية، فالمجانبة المطلقة التي يتعدى أثرها إلى الرسوم القضائية تغري جموع المتقاضين — على حد تعبير

(١) بالإضافة إلى أن هذا كله يؤدي إلى بعث وإحياء هيئة القضاة في نفوس الناس.
(٢) أحمد مسلم، المرجع السابق ص ٣٩ بند ٣٤، ذات المعنى إبراهيم سعد، المرجع السابق، ذات الموضوع

البعض (١) — بكثرة اللجوء إلى القضاء ، وأن من يخسر الدعوى أولى من مجموع الأمة بتحمل نفقات التقاضى الذى تسبب فيه بعدم أدائه للحقوق .
والحق أن الدولة فى هذا بين تحقيق اعتبارين أساسيين ، تحقيق مجانية القضاء، والقضاء فى ذات الوقت على الدعاوى الكيدية ، فأخذت بالاعتبارين معاً فحققت مبدأ المجانية بالمعنى المحدد سلفاً ، فوفرت للقاضى راتباً يضمن له حياة كريمة ، وفرضت رسوماً قضائية محددة بهدف القضاء على الدعاوى الكيدية . بالإضافة إلى أن فرض رسوم معتدلة على طالب الحماية القضائية أمر لا مناص منه، إذ يؤدي إلى أن تتحمل الخزانة العامة للدولة أعباء لا طاقة لها بها .

ولا يمكن الاعتراض على ما سبق بما ينادى به بعض الفقه (٢) من أن الدولة بتتظيمها للقضاء إنما تؤدي خدمة عامة ، يجب أن تكون بلا مقابل تحقيقاً للمساواة بين القادرين وغير القادرين ، بالإضافة إلى أن المتقاضى عند رفع الدعوى يؤدي خدمة عامة للمجتمع باعتبار أنه يسعى إلى تطبيق القانون، فلا ينبغي أن تكون مكافأته هو تحمله مصاريف القضاء (٣) .

ويصادر هذا الاعتراض ويقضى عليه من أساسه، أن دولة ما لم تأخذ به ؛ على اعتبار أن مصير الأخذ به يؤول فى النهاية إلى كثرة المنازعات والدعاوى الكيدية ، بالإضافة إلى تحميل الدولة أعباء لا قبل لها بها (٤)

(١) أحمد مسلم ، المرجع السابق ذات الموضوع .
(٢) فى عرض هذا الرأى ، إبراهيم سعد ، المرجع السابق ، ذات الموضوع ، ص ٢٤١ ، هامش ٤ ، أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق ، ذات الموضوع .
(٣) وتذهب بعض الآراء إلى مدى بعيد إرساء لمبدأ المجانية ، وترى تأميم مهنة المحاماة حتى تتاح الفرصة لمجموع الأفراد للاستعانة بخدمات المحامين تحقيقاً لمبدأ المجانية والمساواة معاً ، حتى لا تكون هناك تفرقة بين الخصم الذى لا يقدر بسبب عجزه وعوزة عن توكيل محامى يتولى الدفاع عنه وبين الخصم القادر الذى يستطيع أن يوكل للدفاع عنه أمهر المحامين . راجع فى ذلك عاشور مبروك ، المرجع السابق ص ٥٠ بند ٦٢ .
(٤) أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق . ذات الموضوع .

،بالإضافة إلى أنه في نظام المساعدة القضائية ما يكفل الرعاية الواجبة لغير القادرين (١) .

ومن ناحية أخرى: ينبغي أن نلفت النظر إلى أنه إذا كان فرض الرسوم القضائية يعد أمراً لا مناص منه ، إلا أنه قد يخل بمبدأ المساواة خاصة أن هذه الرسوم قد تقف حجر عثرة دون ممارسة حق الالتجاء للقضاء خاصة إذا كانت باهظة . لذا تتفق غالبية الدول على تقديم المساعدة القضائية للأشخاص غير القادرين ، مراعاة لظروفهم (٢) .

كما أن المادة ٦٩ من الدستور المصري تكفل لغير القادرين مالياً وسائل الالتجاء إلى القضاء ، فحق الدفاع أصالة أو بالوكالة مكفول ، ويكفل القانون لغير القادرين مالياً وسائل الالتجاء إلى القضاء والدفاع عن حقوقهم .

٢- المساعدة القضائية تحقيق لمبدأ المساواة بين الخصوم (٣).

(٢) محمد حامد فهمي، المرافعات المدنية والتجارية، ص ٣٦ بند ٣٨، مطبعة فتح الله الياس وأولاده بمصر ١٣٥٩هـ-١٩٤٠م.

(٣) إبراهيم سعد ، المرجع السابق ص ٢٤٢ بند ١٠٤ .

(٣) تنازلت القوانين المختلفة بالتنظيم الوسائل المختلفة لتطبيق نظام المساعدة القضائية والتي تتنوع وتختلف من تقديم المساعدة القضائية عن طريق الإعفاء من الرسوم القضائية إلى تقديم المعونة القضائية عن طريق انتداب محام للدفاع عن الشخص الذي يتقرر إعفاؤه من الرسوم القضائية .

١- فمن ناحية: ينظم القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ والمعدل بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٤ هذه المساعدة القضائية في المواد من ٢٣ إلى ٢٩ إبراهيم سعد ، الإشارة السابقة .

فنص في المادة ٢٣ من قانون الرسوم القضائية على إمكانية إعفاء الخصم الفقير من الرسوم القضائية كلها أو بعضها بشرطين:

١- أن يثبت المتقاضى عجزه عن دفع الرسوم القضائية كلها أو بعضها

٢- أن تكون دعواه محتملة الكسب حتى لا يفتح الباب للدعوى الكيدية أمام من كان عبء الرسوم يحول بينه وبين رفع الدعوى. أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق ص ٤٥ بند ٣٦ .

ويخضع ذلك لتقدير لجنة يقدم إليها طلب الإعفاء تتكون من قاضي المحكمة الجزئية أو من قاضي المحكمة الابتدائية أو من اثنين من مستشاري محكمة الاستئناف أو النقض بحسب المحكمة المرفوعة إليها الدعوى ومن عضو نيابة ، ويجب على قلم الكتاب عند تقديم طلب الإعفاء إعلان الخصم الآخر باليوم المحدد لنظر الطلب "م ٢٤ من قانون الرسوم القضائية" أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق ذات الموضوع.

ومن ناحية ثانية: وطبقاً لنص المادة ٢٦ من القانون السابق ، فإن الإعفاء يعد شخصياً يقتصر على طالب الإعفاء ولا يتعدى أثره إلى غيره من الورثة أو من يحل محله، إلا إذا رأت المحكمة استمرار الإعفاء بالنسبة للورثة .

وبزوال حالة عجز المعفى من الرسوم أثناء نظر الدعوى فإنه يمكن لخصمه أو لقلم الكتاب أن يطلب من اللجنة السابقة بإبطال الإعفاء (م ٢٧) وإذا حكم على خصم المعفى من الرسوم فإنه

تطبيقاً لمبدأ المجانية والمساواة معاً نظم القانون ما يعرف بالمساعدة القضائية والتي تهدف بالأساس إلى مساعدة غير القادرين وتذليل العقبة التي تحول بينهم وبين طلب الحماية القضائية (١).

فإذا كان القانون المصري قد سن مبدأ مجانية القضاء وفرض رسوماً قضائية، فإنه في ذات الوقت لم يجرّد الخصم الفقير من إمكانية اللجوء إلى القضاء للحصول على الحماية القانونية. كما أن قانون المحاماه كذلك لم يغفل النص على المساعدة القضائية لغير القادرين مالياً. فالمادة ٩٣ من قانون المحاماه رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ تنص على أنه: "تقوم مجالس النقابة الفرعية بتشكيل مكاتب تابعة لها لتقديم المساعدات القضائية لغير القادرين من المواطنين في دائرة اختصاص كل منها وتشمل هذه المساعدات القضائية رفع الدعاوى والحضور فيها وفي تحقيقات النيابة العامة وإعطاء المشورة القانونية وصياغة العقود. ويصدر مجلس النقابة العامة نظاماً لمكاتب المساعدات القضائية يبين كيفية ترتيب المحامين بهذه المكاتب والمكافآت التي تدفع لهم وشروط انتفاع المواطنين بخدماتها.

كما تنص المادة ٩٤ التالية لهذه المادة مباشرة على أنه "مع عدم الإخلال بحكم المادة السابقة يندب مجلس النقابة الفرعية محامياً للحضور عن المواطن الذي يتقرر إعفاؤه من الرسوم القضائية لإعساره، ويقوم المحامي المنتدب بالدفاع عنه أمام القضاء بغير اقتضاء أى أتعاب منه".

ولكن يلاحظ أن المساعدة القضائية تقتصر على الإعفاء من الرسوم القضائية أو بعضها بشروط معينة.

يطالب بأداء هذه الرسوم أولاً، فإن تعذر تحصيلها منه فإنه يمكن الرجوع بها على المعفى إذا زالت حالة عجزه (م ٢٨).

(١) إبراهيم سعد، المرجع السابق ص ٢٤٢ بند ١٠٥. راجع في هذا الموضوع بصفة عامة: النظام القانوني لمساعدة غير القادرين مادياً على دفع المصروفات القضائية، دراسة تأصيلية مقارنة، عاشور ميروك ١٩٨٧ مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، جمال العطيفي، نحو هيئة عامة للمساعدات القضائية مجلة المحاماه السنة ٤٥ العدد الثالث ص ٢٣٨.

وإذ يقتصر نظام المساعدة القضائية على الإعفاء من الرسوم القضائية بما ذلك رسوم الأوراق القضائية والإدارية ورسوم التنفيذ والمصاريف الأخرى التي يتحملها الخصوم عادة^(١)، فإن هذا النظام لم يقدم المساعدة القضائية بمعنى الكلمة. ويكون حرياً بالمشرع أن يقوم بإصلاح هذا النظام عن طريق إرساء مبدأ المجانية والمساواة، والنص عليهما وتطبيقهما في كل مرة يوجد مانع أدبي يحول بين المتقاضى والحصول على الحماية القضائية اللازمة^(٢).

المطلب الثاني

مبدأ المواجهة بين الخصوم واحترام حقوق الدفاع

١- مفهوم المواجهة بين الخصوم : يقصد بالواجهة بين الخصوم : حق الخصم في العلم بجميع الإجراءات التي تتخذ في مواجهته، بما يمكن كل خصم من العلم بطلبات خصمه ودفاعه، فلا يتم أى إجراء فى الخصومة من دون علم الأطراف بها ؛حتى يتمكنوا من إبداء دفاعهم فيها^(٣). وفى هذا ما يحقق المساواة بين الخصوم ويحفظ التوازن بين المراكز القانونية والإجرائية لهم.

وهذا المبدأ واجب الاحترام أمام كل المحاكم لا فارق بين محاكم أول درجة أو محاكم الطعن ويجب احترام هذا المبدأ بالفعل فى جوهره فلا يكفى احترامه من الناحية الشكلية فقط^(٤). وكل نص تشريعى يؤدى إلى ما يخالف هذا المبدأ يعد غير دستورى^(٥).

(١) إبراهيم سعد ، المرجع السابق ص ٢٤٣ بند ١٠٥ .
(٢) إبراهيم سعد ، المرجع السابق ص ٢٤٣ بند ١٠٥ ، عاشور مبروك ، المرجع السابق ص ٥٠ .
(٣) وجدى ر اغب ، مبادئ القضاء المدنى، ط٣، ص ٣٨٠ ، دار النهضة العربية ٢٠٠١ . أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق ص ٥٢ بند ٤٢ ، إبراهيم سعد ، المرجع السابق ص ٦٦٨ بند ٢٦٦ .
(٤) فتحى والى ، الوسيط فى قانون القضاء المدنى، ص ٤٢٦ بند ٢٦١ ، مطبعة جامعة القاهرة للكتاب الجامعى ١٩٩٣ .
(٥) فتحى والى، الإشارة السابقة .

وإعمالاً لهذا المبدأ الأساسى ألزم القانون أطراف الخصومة وكذلك
القاضى باحترام وتطبيق هذا المبدأ .

وتحقيق هذا المبدأ يوجب على:

١- **المدعى:** أن يعلن خصمه بالدعوى والطلبات الموجهة إليه، وأن يتمتع
عن إيداء طلبات جديدة فى الجلسة التى تخلف فيها خصمه ، أو أن يعدل أو
يزيد أو ينقص فى الطلبات الأولى، كما لا يجوز للمدعى عليه أن يطلب فى
غيبة المدعى الحكم عليه بطلب ما م / ٨٣ مرافعات.

وإذا كان القانون قد أتاح مكنة إيداء طلبات عارضة شفاهة بالجلسة
، إلا أن ذلك مشروط بأن يكون فى حضور الخصم^(١)، ويوجب القانون إعلان
الخصوم فيما يجرى من أعمال التحقيق المختلفة^(٢).

٢- **وعلى القاضى:** أن يتحقق من إعلان الخصم بالدعوى، فإذا تبين له
أن الإعلان باطل لأى سبب فإنه يكلف الخصم بإعادة إعلان خصمه إعلاناً
صحيحاً. ولقد نصت المادة ٨٥ مرافعات على هذا بقولها : " إذا تبينت
المحكمة عند غياب المدعى عليه بطلان إعلانه بالصحيفة وجب عليها تأجيل
القضية إلى جلسة تالية يعلن لها إعلاناً صحيحاً بواسطة خصمه".

كما يتمتع على القاضى تطبيقاً لهذا المبدأ أن يحكم دون سماع جميع
الأطراف حتى تتبين له الحقيقة^(٣)، أو أن يبنى حكمه إلا على الأقوال التى
سمعها والمستندات التى قدمت إليه أثناء المرافعة^(٤)، فلا يمكن للقاضى أن
يؤسس حكمه على وقائع لم يتم عرضها عليه بواسطة الخصوم، أو لم تثبت

(١) وجدى راغب ، المرجع السابق ص ٣٨٠ .
(٢) محمد حامد فهمى ، المرجع السابق، ص ٤٦٠ بند ٤١٤ .
(٣) فتحى والى الإشارة السابقة .
(٤) أحمد أبو الوفا ، الإشارة السابقة .

بمعرفتهم ، أو على مستندات أو أوراق لم يمكن الخصوم من مناقشتها. ويعبر عن ذلك بأن القاضي ممنوع بين القضاء بعلمه الشخصي^(١). كما أن من أهم القواعد التي تحقق فكرة المساواة الإجرائية القواعد التي تفرض على القاضي ألا يحكم قبل سماع كافة الأطراف، ويقصد بذلك أن القاضي ملزم بسبب وظيفته ألا يحكم في القضية قبل أن يسمع أطرافها، أو أن يتيح لهم الفرصة لإبداء ما لديهم من أقوال، وتقديم أوجه دفاعهم بقصد إظهار الحقيقة وإقناعه بأحقيتهم في الحماية القضائية. ويتعين أن تقوم المواجهة بين الخصوم، حيث تكون الوقائع معروضة للمناقشة بينهم على قدم المساواة، فلكل منهم الحق في رد دعوى الآخر وفق الأصول التي سمح بها القانون، وليس للقاضي أن يقضي بعلمه ولا أن يرتكز في حكمه على واقعة لم يذكرها الخصوم ولم يتناقشوا فيها، ولم يثبتوا فيها بالبراهين التي يقررها القانون.

وقد نصت المادة ١٦٨ مرافعات على أنه : " لا يجوز للمحكمة أثناء المداولة أن تسمع أحد الخصوم أو وكيله إلا بحضور خصمه ، أو أن تقبل أوراقاً ومذكرات من أحد الخصوم دون اطلاع الخصم الآخر عليها وإلا كان العمل باطلاً " ^(٢).

(١) إبراهيم سعد ، المرجع السابق ص ٦٧٠ بند ٢٦٦ ، أحمد مسلم ، المرجع السابق ، ص ٣٧٧ بند ٣٤٤ ، فتحى والى الإشارة السابقة ، أحمد فتحى سرور ، الحماية الدستورية للحقوق والحريات ط ٢٠٠٠ ص ٧٤٨ .

(٢) وتطبيقاً لذلك قضى ببطلان حكم استند إلى محضر معاينة أجرتها المحكمة بحضور النيابة دون إخطار المتهم ودون أن يطلع عليه . نقض جنائي ١٩٠٢/٥/٣ . المجموعة الرسمية س ٤ رقم ٣٥ ص ٨٦ ، على أنه إذا امتنع المدعى عليه من الحضور بعد إعلانه إعلاناً صحيحاً ، فإن ذلك لا يعد مانعاً للمحكمة من السير فى نظر الدعوى . قارب : أحمد مسلم ، المرجع السابق ص ٣٧٧ بند ٣٤٤ .

وبقفل باب المرافعات فى الدعوى فإنه يتمتع على القاضى أن يسمع أى أقوال من أحد أطراف الخصومة فى غيبة الطرف الآخر ،ومن قبول أى ورقة لم يطلع عليها خصمه^(١).

٣ - المساواة بين الخصوم - تطبيقاً لهذا المبدأ - فى الإثبات: المعاملة المتساوية بين الخصوم فى الدعوى مبدأ أساسى لنزاهة القضاء وحيدته. فيجب الاعتراف لكل خصم بحقوق متساوية فى الدفاع. وهذا المبدأ هو الوجه التطبيقي العملى لمبدأ حياد القاضى ، ويجد تطبيقه فى الكثير من نصوص قانون الإثبات والمرافعات.

وفى إطار قانون الإثبات: فإن هذ المبدأ يعطى للخصم الحق فى تقديم شهود نفى فى مقابلة شهود الإثبات . ويعني هذا أنه فى الحالات التي يباح فيها لأحد طرفي الدعوى الإثبات بشهادة الشهود، فإن ذلك يجب أن يقابله السماح للطرف الآخر أن ينفىها بنفس الوسيلة. وهذا ما يستفاد من نص المادة ٦٩ من قانون الإثبات والتي تنص على أن: "الإذن لأحد الخصوم بإثبات الواقعة بشهادة الشهود يقتضي دائماً أن يكون للخصم الآخر الحق فى نفيها بذات الطريق. كما تنص المادة ٩٧ من ذات القانون على أنه: "لا يجوز..... تسليم صورة من محضر التحقيق ولاتقديمه إلى القضاء إلا إذا رأت محكمة الموضوع عند نظره جواز إثبات الواقعة بشهادة الشهود، ويكون للخصم الاعتراض أمامها على قبول هذا الدليل، كما يكون له طلب سماع شهود نفى لمصلحته^(٢)".

(١) عبد المنعم الشراوى، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط٢، ج١، ص ١٤٦، ١٩٥٦. ويلتزم القاضى بإعمال هذا المبدأ ولو كانت الجلسة سرية ، فإذا كان مبدأ العلانية يحول دون سرية المحاكمة على الجمهور فإن مبدأ المواجهة يحول دون سريته على الخصوم. أحمد مسلم ، المرجع السابق ص ٣٧٨ بند ٣٤٤.

(٢) غير أنه يرد على هذا المبدأ استثناءات تحد من إطلاقه ، فلا يشترط تطبيق هذا المبدأ فى الأعمال الإدارية التى يصدرها القضاء تبعاً لوظيفتهم القضائية ، كما لا يطبق على نظام الأوامر على عرائض أو أوامر الأداء ، إذ إن هذه الأوامر لها طبيعتها الإجرائية الخاصة بها ، والتي تختلف

وما تنص عليه المادة ١٠٢ مرافعات - تطبيقاً لمبدأ المساواة - من أن يكون المدعى عليه آخر من يتكلم، حتى يتساوى في فرص الكلام مع المدعى^(١).

وفي القرآن الكريم أمثلة عديدة على مبدأ المساواة بين الخصوم، وفي سماع أقوال كل من المدعي والمدعى عليه، وعدم الاكتفاء بسماع طرف دون آخر. ، فلا بد من سماع دفاع الخصم الآخر قبل الحكم، حتى لو كان المدعى صاحب حق بحسب الظاهر.

وخير مثال على ذلك: قصة سيدنا داوود عليه السلام، فداوود عليه السلام فصل في خصومة بسماع أقوال المدعى فحسب، دون سماع أقوال الطرف الآخر، وأدرك خطأه فخر ساجداً لربه مستغفراً .

وفي هذا يقول الله تعالى: " وهل أتاك نبأ الخصم إذ تسوروا المحراب * إذ دخلوا على داوود ففزع منهم قالوا لا تخف خصمان بغى بعضنا على بعض فاحكم بيننا بالحق ولا تشطط واهدنا إلى سواء الصراط * إن هذا أخي له تسع وتسعون نعجة ولي نعجة واحدة فقال أكفلنيها وعزني في الخطاب * قال لقد ظلمك بسؤال نعجتك إلى نعاجه وإن كثيرا من الظالم ليغي بعضهم على بعض إلا الذين آمنوا وعملوا الصالحات وقليل ما هم وظن داوود أنما فتناه فاستغفر ربه وخر راكعاً وأناب"^(٢).

وقد روي عن علي بن أبي طالب أنه قال: " بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى اليمن وأنا شاب، فقلت: يا رسول الله تبعثني وأنا شاب إلى

عن نظام الخصومة القضائية، فيمكن اتخاذها في غير مواجهة الخصوم وفي غير جلسة علنية استثناء من مبادئ المواجهة والعلنية .

فعلى سبيل المثال تستثنى المادة ٢٠١ مرافعات أوامر الأداء من القواعد العامة في رفع الدعوى، فيصدر الأمر في غير جلسة علنية وفي غيبة الخصم الصادر ضده هذا الأمر. وهذا لا ينفي حق الخصم في التظلم من الأمر الصادر ضده، سواء كان أمراً على عريضة أو أمر أداء .

(١) وجدى راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، ط١، ص ٢٩٥ القاهرة، دار الفكر العربي ١٩٨٦.

(٢) سورة ص: الآيات من ٢١-٢٤.

قوم ذوي أسنان لأقضي بينهم ولا علم لي بالقضاء، فوضع يده على صدري ثم قال: إن الله سيهدي قلبك ويثبت لسانك . يا علي إذا جلس إليك الخصمان فلا تقض بينهما حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول، فإنك إذا فعلت ذلك تبين لك القضاء . قال علي: فما أشكل علي قضاء بعد(١).

٢ - احترام حقوق الدفاع

يعد هذا المبدأ من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها النظام القضائي، كما قيل بأنه حق طبيعي ينتمي إلى القانون الطبيعي لارتباطه الوثيق بوظيفة القاضي(٢).

ويعنى هذا المبدأ : تمكين أطراف الخصومة من بسط ادعاءاتهم وشرحها وتدعيمها بما لديهم من أدلة(٣) .

فمن ناحية: يمكن القانون المدعى من تقديم دفاعه إلى المحكمة، كما يتيح الفرصة للمدعى عليه للرد على المدعى ، فحق الدفاع ليس قاصراً على المدعى أو المدعى عليه فقط، حيث يقتضى هذا المبدأ إتاحة الفرصة للثنتين معاً . فهذا المبدأ يعطى للخصم دائماً الحق في الرد على المستندات المقدمة من خصمه.

ومن ناحية أخرى : يلقي هذا المبدأ واجباً على عاتق المحكمة فى تحقيقه، فحقوق الدفاع هى حقوق للخصم يباشرها فى مواجهة الخصم الآخر . وهى كذلك حقوق قبل المحكمة التى تتقيد سلطتها فى الخصومة بوجود احترام هذه الحقوق(٤).

(١) سنن النسائي الكبرى، أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائي ، ط١، ج٥، ص١١٧ . تحقيق : عبد الغفار سليمان البنداري ، سيد كسروي حس، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١١ هـ ١٩٩١ م.
(٢) أحمد مسلم ، المرجع السابق ص ٣٨١ بند ٣٤٦ .
(٣) أحمد مسلم ، المرجع السابق ص ٣٨١ بند ٣٤٦ .
(٤) وجدى راغب ، المرجع السابق ص ٥٢٤ . وتتعدد مظاهر هذا الحق وتختلف باختلاف صورة. راجع فى تقسيم حقوق الدفاع إلى حقوق من دفاع أساسية وحقوق دفاع مساعدة وأمثلة عديدة فى هذا الشأن . وجدى راغب ، المرجع السابق ص ٥٢٤ وما بعدها .
من مظاهره بالنسبة للخصوم :

١- الحق في المرافعة عن طريق تمكين الخصوم من المرافعة شفويًا وكتابيًا عن طريق تقديم مذكرات. ووجدى راغب ، المرجع السابق ص ٥٢٤ وما بعدها .

وحق الخصم في التمسك بالدفع سواء تعلقت بالإجراءات أو بالموضوع ، وحقه في الإثبات عن طريق تقديم الأدلة المثبتة لدعواه ودحض أدلة خصمه.

٢- حق الخصم في تمكينه من كل ما يساعده على حسن إعداد دفاعه وتقديمه ، وذلك مثل حقه في العلم بإجراءات الخصومة إعمالاً لمبدأ المواجهة بين الخصوم ، وحقه في منحه أجلاً للاستعداد حماية له من المفاجأة . وقد يكون هذا الأجل قانونياً قبل ميعاد الحضور أو قضائياً بقرره المحكمة ، وكذلك حق الخصم في الدفاع الشخصي أو عن طريق الاستعانة بمحام. ووجدى راغب ، الإشارة السابقة .

ولكن استعمال حق الدفاع ليس طليقاً من كل قيد ، فاستعمال حقوق الدفاع مقيد أساساً- وتطبيقاً للمبدأ ذاته - بوجود اتباع حد أدنى من حسن السلوك والأمانة أثناء سير الخصومة. إبراهيم سعد ، المرجع السابق ص ٦٧٠ بند ٢٦٦ ، ووجدى راغب ، المرجع السابق ص ٥٢٨ .

فاستعمال حقوق الدفاع لا يكون إلا بالقدر اللازم لتحقيق الهدف منه . وهذا يعني أن الإساءة أو الانحراف في استعمال هذا الحق تضع من صدرت منه موضع المسؤولية عما ينشأ عن ذلك من أضرار. فتحى والى ، المرجع السابق ص ٤٧٢ وما بعدها .

ويمكن للقضاء أن يحكم هذه الحالة بالتعويض عن الدعوى أو الدفاع الكيدي باعتباره تعسفاً في استعمال حق الدعوى أو الدفاع. راجع في ذلك أحمد أبو الوفا ، نظرية الأحكام ، ط ٤ ، ١٩٨٠ منشأة المعارف ، ص ١٤٧ بند ٦٠ . ويمكن الاستناد في ذلك إلى نص المادة ١٨٨ مرافعات التي تنص على أنه " يجوز للمحكمة أن تحكم بالتعويضات مقابل النفقات الناشئة عن دعوى أو دفاع قصد بهما الكيد . ومع عدم الإخلال بحكم الفقرة السابقة يجوز للمحكمة عند إصدار الحكم الفاصل في الموضوع أن تحكم بغرامة لا تقل عن أربعين جنيهاً و لا تجاوز أربع مائة جنية على الخصم الذى يتخذ إجراء أو يبدي طلباً أو دفعاً بسوء نية .

ومن مظاهر هذا الحق بالنسبة للمحكمة: يقع على عاتق المحكمة تحقيقاً لهذا المبدأ التزام مزدوج ، فكما أن عليها احترام حقوق الدفاع في كل ما تقوم به ، فإن عليها كذلك مراقبة أعمال الخصوم والتزامهم باحترام هذا المبدأ ، راجع : إبراهيم سعد ، المرجع السابق ص ٦٦٩ هامش ١ .

١- أن المحكمة يقع على عاتقها واجب في تحقيق هذا المبدأ في أى مرحلة كانت عليها الدعوى ، وليس لها أن تقوم بأى إجراء من شأنه مصادرة حق الدفاع. فتحى والى ، المرجع السابق ص ٤٧١ بند ٢٨٠ .

فليس لها أن تفصل إلا في حدود ما تم داخل الخصومة بعد التحقق من أن الخصوم أبدوا دفاعهم أو تمكنوا من ذلك على الأقل. إبراهيم سعد ، المرجع السابق ص ٦٧٠ بند ٢٦٦ .

٢- إذا كانت المحكمة مكلفة بواجب في تمكين الخصم من إبداء دفاعه بالكامل فإنه يقع على عاتقها كذلك أن تجيب على كل ما تمسك به في دفاعه وذلك عن طريق تسببها للأحكام الصادرة بما يمكن الخصم من أن الحكم قد صدر بناء على قناعة معينة ودون تحيز أو تحكم أو إهمال. إبراهيم سعد ، المرجع السابق ص ٦٧٠ بند ٢٦٦ .

٣- ويقفل باب المرافعة فإنه يمتنع على المحكمة قبول طلبات جديدة ما لم تصرح المحكمة بتقديم مذكرات خلال حيز الدعوى للحكم. وفي هذه الحالة فإن على المحكمة أن تمكن الطرف الآخر من الإطلاع على الطلبات والمذكرات الجديدة المقدمة ولا تكفى بهذا بل يجب عليها أن تمكنه من حق الرد عليها. نقض مدنى ١٩٧٨/٣/٢٩ طعن رقم ٨٠٥ س ٤٤ مج الأحكام س ٢٩ ق ١٧٦ ص ٨٨٧ . وراجع في الخلاف الفقهي حول مدى جواز إبداء طلبات جديدة أو تقديم مذكرات خلال حيز الدعوى للحكم مع التصريح بتبادل مذكرات بحثنا : الطلبات الختامية ، ص ١٨ بند ٢٤ دراسة مقارنة بين القانون المصرى والفرنسى ٢٠٠٥ .

فعلى حد تعبير البعض: إن حق الدفاع فى القضية ليس واجباً على الخصم بل هو حق له ، فله أن يبدي دفاعه على الوجه الذى يريد ويجب على المحكمة أن تمكنه من ذلك ، وقد بلغ من تأكيد هذا الحق أنه يعبر عنه " بحرية الدفاع" لا بمجرد حق الدفاع(١).

ويجمع الفقه عادة بين هذا المبدأ ومبدأ المواجهة بين الخصوم ، فالبعض يعتبر أن مبدأ المواجهة بين الخصوم يعد من وسائل تحقيق حرية الدفاع على أكمل صورة بما يتيح للخصم من فرصة التعرف على ادعاءات الخصم الآخر ضده ليتسنى له الرد عليه(٢) .

فمبدأ المواجهة فى نظر هؤلاء يعد ضماناً لإعمال حق الدفاع للخصوم بإحاطتهم علماً بكل الإجراءات وتمكينهم من الرد عليها(٣).

ولارتباطه الوثيق بمبدأ المساواة يعرف البعض مبدأ حق الدفاع بأنه " مساواة الخصوم وحريرتهم فى اتخاذ إجراء أو القيام بأى عمل من شأنه تأييد ادعاءاتهم إظهاراً للحقيقة ، وأن يلتزم الخصم بإخطار خصمه بأى عمل يقوم به ،حتى يمكن هذا الأخير من الدفاع والمناقشة.

بينما يرى البعض الآخر أن مبدأ احترام حقوق الدفاع يعد وجهاً من أوجه مبدأ المواجهة بين الخصوم، فلا يجوز طبقاً لذلك الحكم على خصم دون سماع دفاعه، أو على الأقل دون دعوته للدفاع عن نفسه فيما يوجه إليه من طلبات(٤) .

٤- إذا رفضت المحكمة تحقيق أمر منتج فى الدعوى أو رفضت منح الخصم الفرصة الملانمة للاستعداد لتدعيم ادعائه أو دفاعه فإنها تكون قد أخلت بحق الدفاع. نقض مدنى ١٩ إبريل ١٩٥٣ . مجموعة النقض س ٤ رقم ١٢١ ص ٨٤٨ .

(١) أحمد مسلم ، المرجع السابق ص ٣٨ بند ٣٤٦ .
(٢) أحمد مسلم ، المرجع السابق ص ٣٨١ بند ٣٤٦ ، أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق ص ٥٢ بند ٤٢ من خلال الأمثلة التى ساقها تأييداً لمبدأ المواجهة بين الخصوم ، أمينة النمر، = قوانين المرافعات، الكتاب الأول، ص ٤٣ ، آمال الفزائري ، ضمانات التقاضى بند ٣١ ، منشأة المعارف ١٩٩٠ .

(٣) إبراهيم سعد ، المرجع السابق ص ٦٦٨ بند ٢٦٦ .

(٤) وجدى راغب ، المرجع السابق ص ٣٨٠ .

والحق أن المبدئين معاً يعدان وجهين لعملة واحدة ، وإن كان مبدأ حقوق الدفاع - كما يذهب بعض الفقه - أوسع في نطاقه من مبدأ المواجهة بين الخصوم ؛ إذ يلقى على الخصوم والقاضى أعباء وواجبات تزيد عن مجرد حصول الإجراءات فى مواجهة الخصوم^(١).

كما أن احترام مبدأ المواجهة متى اقترن بحرية الدفاع ، فإنه يؤدى إلى تمكين كل خصم من العلم بطلبات خصمه ودفاعه ، وإجراء مناقشة بين الخصوم فى المسائل المعروضة على القاضى بحيث تبدو الخصومة وكأنها منهج جدلى يكشف للقاضى حقيقة الدعوى من خلال الأضواء المتعارضة التى تلقى عليها^(٢) .

المطلب الثالث

التقاضى على درجتين

الفرع الأول

التقاضى على درجتين فى قانون المرافعات

يقصد بهذا المبدأ : إمكانية نظر النزاع الواحد أمام محكمتين على التوالى عن طريق إتاحة الفرصة للمحكوم عليه أن يعرض النزاع أمام محكمة أعلى درجة من تلك التى أصدرت الحكم لتفصل فيه من جديد^(٣) . وعلى الرغم من أن هذا المبدأ يسود كافة التشريعات الأجنبية ، إلا أن منها ما يجعل التقاضى على ثلاث درجات أو أكثر^(٤) . ومن الأنظمة

(١) إبراهيم سعد ، الإشارة السابقة.

(٢) وجدى راغب ، الإشارة السابقة .

(٤) أحمد أبو الرفا ، المرجع السابق ص ٤٦ بند ٣٧ ، إبراهيم سعد ، السابق ص ٤٠١ بند ١٦٦ .

عاشور مبروك ، ص ٦٤ بند ٦٨ .

(٥) أحمد أبو الرفا الإشارة السابقة .

القانونية ما يجعل التقاضى على درجة واحدة فقط (١) . لكن المبدأ السائد فى النظام المصرى هو التقاضى على درجتين (٢).

ويقوم مبدأ التقاضى على درجتين على فكرة العدالة، والتي هى أساس مبدأ المساواة بين الخصوم.

ويقال تبريراً لهذا المبدأ: ١- أن له دور علاجى، فالتقاضى بشر وقد يرتكب خطأ ، ومن ثم يتيح التقاضى على درجتين إمكانية علاج الأخطاء التى قد يقع فيها القضاة . فحق الاستئناف يستند إلى احتمال الخطأ في حكم محكمة أول درجة؛ الأمر الذي يجعل من الاستئناف وسيلة قانونية للتحقق من سلامة الحكم وتصحيح ما قد يشوبه من أخطاء في تحصيل الوقائع أو في تطبيق القانون، رغبة في الوصول إلى حكم قضائي مطابق للواقع وموافق لصحيح القانون (٣).

فلا شك أن المصلحة العامة للمجتمع وتدعيم ثقة أفرادها في العدالة الجنائية يقتضى تصحيح ما يحتمل من أخطاء قضائية، تجنباً للاعتراف بالقوة لحكم معيب (٤).

٢- وهو فى ذات الوقت يقوم بدور وقائى يؤدي إلى تقادى حصول أخطاء فى الأحكام قبل صدوره، نظراً لأنه يحمل قاضى أول درجة على العناية فى إصدار حكمه متى علم أن هناك رقابة عليه من محكمة ثان درجة

(٦) راجع فى ذلك أحمد خليل : التقاضى على درجة واحدة وعلى درجات ثلاث فى القانون اللبنانى. مجلة الحقوق ، العدد الأول ١٩٩٤.

(١) وإن ورد على هذا المبدأ بعض الاستثناءات التى تقصر التقاضى على درجة واحدة فقط. راجع ما يلى ص ٢٥.

(٣) محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، ط٣، ص ١٠٩١؛ دار النهضة العربية، ١٩٩٨، عوض محمود عوض، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية، ص ٧٦٥ و ٨٠٤، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٢.

(٤) محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ١٠٩١؛ عوض محمد عوض، المرجع السابق، ص ٧٦٥.

(١) ، بالإضافة إلى أن هذا المبدأ يتيح الفرصة للخصوم لتصحيح دفاعهم وتدارك ما فاتهم من أوجه دفاع أمام محكمة الدرجة الأولى .
وعلى الرغم من وجهة هذه التبريرات ، إلا أن هناك انتقادات عديدة وجهت لهذا المبدأ :

١- أن هذا المبدأ يعد خروجاً على حجية الأحكام ، كما أنه يطيل أمد التقاضى ويزيد فى نفقاته ويؤدى إلى إرهاق المتقاضين (٢) ، كما أن فوائده ستظل قاصرة على الأشخاص القادرين دون غيرهم ممن لا يتحمل مواصلة الخصومة أمام محكمة الدرجة الثانية (٣) .

ويمكن الرد على هذا بأن: التقاضى على درجتين وإن كان يطيل أمد التقاضى فإنه لا غنى عنه ، فمن غير المعقول عدم إتاحة الفرصة للمتقاضين لتصحيح أخطاء محاكم الدرجة الأولى ، كما أن أحكام محاكم الدرجة الثانية ستأتى أقرب إلى الصواب بعد أن بحثت الدعوى مرتين ، الأمر الذى يقلل من فرص الخطأ فى الأحكام ويحقق العدالة (٤) .

٢- أن هذا المبدأ غير منطقي ، فإذا كانت محكمة الدرجة الثانية أكثر تحقيقاً للعدالة فلماذا لا يرفع إليها النزاع مباشرة ، توفيراً للوقت والنفقات معاً ، ويكون التقاضى فى هذه الحالة وعلى درجة واحدة (٥) .

ويمكن الرد على هذا : بأن التقاضى على درجتين لا يمكن فى أن محكمة ثان درجة تعد أعلى من محكمة أول درجة فحسب ، وإنما يمكن فى أنها محكمة أخرى تنظر النزاع للمرة الثانية وتستكمل أوجه النقص والقصور

(٢) أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق ، ص ٤٧ بند ٣٧ ، إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ٤٠٢ وما بعدها بند ١٦٦ ، فتحى والى ، المرجع السابق، ص ٢٠٧ بند ١٣١
(٣) أحمد أبو الوفا ، الإشارة السابقة .
(٤) عاشور ميروك ، المرجع السابق ص ٦٥ بند ٦٨ .
(٥) إبراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص ٤٠٤ بند ١٦٦ ، فتحى والى ، المرجع السابق ، ص ٢٠٨ بند ١٣١ ، عاشور ميروك ، المرجع السابق، ص ٦٥ بند ٦٨ .
(١) عبد المنعم الشرفاوى ، المرجع السابق ، ص ١٧٧ بند ٨٩ ، إبراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص ٤٠٣ بند ١٦٦ ، فتحى والى ، المرجع السابق، ص ٢٠٨ بند ١٣١ .

الذى قد يشوب أحكام محاكم الدرجة الأولى. ولا يمكن تحقيق هذا برفع النزاع مباشرة إلى محكمة ثان درجة (١) .

٣- إذا كان للخصم الذى أخفق فى دعواه أن يعرضها أمام محكمة الثانية ، فإن من مقتضيات العدل والمساواة بين الخصوم كذلك أن تتاح لخصمه فرصة إعادة الحكم الصادر ضده أمام محكمة درجة ثالثة ورابعة وهكذا دواليك .

ويمكن الرد على ذلك : بأن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى تأييد الخصومات وعدم استقرار المراكز القانونية إلا بعد إجراءات طويلة تحرم الفرد من الحصول على الحماية القضائية (٢) ، لذا ينتهى التقاضى عند الدرجة الثانية .

٤- إذا كان الهدف من هذا المبدأ هو تحقيق العدل عن طريق إيجاد محكمة أقدر على الكشف عن حقيقة الواقع ، فلماذا يجعل المشرع استئناف الدعوى مرتبطاً بقيمتها دون النظر إلى صعوبتها وتعقيدها (٣) ، هذا فضلاً عن أنه من غير المؤكد أن يأتى حكم محكمة الدرجة الثانية أكثر عدالة من حكم محكمة الدرجة الأولى ، بل فى بعض الأحيان قد يحدث العكس ويكون حكم أول درجة أقل خطأ (٤) .

ويمكن الرد على هذا بأن المشرع قد جعل استئناف الأحكام منوطاً بقيمتها فلم يجز استئناف الأحكام التى تصدر فى الدعوى قليلة القيمة نظراً لأنها لا تحتل نفقات التقاضى على درجتين (٥) . فضلاً عن أن معيار صعوبة الدعوى وتعقيدها لا يمكن الاعتماد عليه بما أنه نسبي وغير محدد (٦) ، بالإضافة إلى أن فرصة تحقيق العدالة أمام محاكم الدرجة الثانية أكبر

(٢) فتحى والى الإشارة السابقة .
(٣) أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق، ص ٤٧ بند ٣٧ ، إبراهيم سعد ، الإشارة السابقة .
(٤) أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق، ص ٤٨ بند ٣٧ ، إبراهيم سعد ، المرجع السابق، ص ٤٠٤ بند ١٦٦ .

(٥) فتحى والى ، المرجع السابق، ص ٢٠٨ بند ١٣١ .
(٦) أحمد أبو الوفا ، الإشارة السابقة ، إبراهيم سعد ، الإشارة السابقة .
(١) إبراهيم سعد ، الإشارة السابقة .

منها أمام محاكم الدرجة الأولى، نظراً لأنها تعيد نظر الدعوى للمرة الثانية ، وكذلك فهي عادة ما تشكل من قضاة أكثر عدة وعتاداً من قضاة محاكم الدرجة الأولى (١) .

والحق أن أفضل النظم هي التي تتخير الحلول التي تكفل فى ذات الوقت تحقيق مزايا هذا النظام وتتلافى بقدر الإمكان عيوبه ومساوئه ، فإذا كان نظام استئناف الأحكام يقوم على فكرة العدالة ، فتتاح الفرصة لمن يخفق فى دعواه أن يستأنفها أمام محكمة الدرجة الثانية ، فإن هذه الفكرة تتعارض مع ضرورة استقرار الأحكام والمراكز القانونية المتنازع عليها ، وتوفيقاً بين هاتين الفكرتين المتعارضتين ، فإن معظم النظم القانونية الحديثة تتبنى الأخذ بمبدأ التقاضى على درجتين (٢) .

ولم يشذ المشرع المصرى عن هذا فاعتمد مبدأ التقاضى على درجتين كقاعدة عامة - فأنشأ طبقتين من المحاكم ، محاكم الدرجة الأولى (المحاكم الجزئية والمحاكم الابتدائية بوصفها محاكم أول درجة) ، ومحاكم الدرجة الثانية (محاكم الاستئناف والمحاكم الابتدائية بوصفها محاكم استئناف) ، وعلى هذا فإن الأحكام الصادرة من المحاكم الجزئية - وهى تتشكل من قاضى واحد - تستأنف أمام المحكمة الابتدائية باعتبارها محكمة استئناف (وهى تتشكل من ثلاثة قضاة) ، كما تستأنف أحكام المحاكم الابتدائية بوصفها محكمة أول درجة أمام محكمة الاستئناف المختصة .

ومع ذلك راعى المشرع المصرى أن بعض الدعاوى تنتهى عند محاكم الدرجة الأولى. فالتقاضى فيها يكون على درجة واحدة ، كما أن هناك بعض الدعاوى ترفع لأول مرة أمام محكمة الاستئناف مباشرة ، فالتقاضى فى هذه الدعاوى يكون على درجة واحدة استثناء من هذا المبدأ :

(٢) فتحى والى الإشارة السابقة .

(٣) عاشور مبروك ، المرجع السابق ص ٦٧ بند ٦٨ .

فمن ناحية : قصر القانون بعض الدعاوى على درجة واحدة تنتهى عند محاكم الدرجة الأولى ومن أمثلة ذلك :

١. الأحكام الصادرة فى حدود النصاب النهائى لمحاكم الدرجة الأولى (م ٤٢ ، ٤٧ من قانون المرافعات) .

٢. الأحكام التى ينص القانون على نهائيتها ، كالحكم الصادر من قاضى التنفيذ فى المنازعة فى اقتدار الكفيل وكفاية ما يودع من كفالة م ٢٩٥ مرافعات .

٣. الأحكام التى سقط الحق فى استئنافها لا نقضاء ميعاد استئنافها (م ٢٢٧ مرافعات) أو لسقوط الخصومة فى الاستئناف (١٣٨) ، أو لقبول المحكوم عليه للحكم المطعون فيه (م ٢١١) .

٤. اتفاق الخصوم على نهائية الحكم م ٢١٩ / ٢ مرافعات .

ومن ناحية ثانية : قصر القانون بعض الدعاوى على درجة واحدة يرفع فيها النزاع مباشرة إلى محكمة الاستئناف دون الذهاب إلى محكمة أول درجة ومن أمثلتها :

١. طلب رد القضاة بالمحكمة الابتدائية والمستشارين بمحاكم الاستئناف ، حيث يقدم هذا الطلب إلى محكمة الاستئناف التابع لها القاضى والمستشار المطلوب رده (م ١٥٣ فقرة ٣ ، ٤) .

٢. دعاوى تصحيح الأحكام الصادر من محاكم الاستئناف نتيجة وجود أخطاء مادية بحثة ، كتابية أو حسابية (م ١/١٩١) .

٣. دعاوى تفسير الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف إذا شابها غموض أو إبهام (م / ١٩٢) .

٤. دعوى الإغفال إذا أغفلت محكمة الاستئناف الفصل فى بعض الطلبات المقدمة إليها (م / ١٩٣) .

٥. دعاوى سقوط الخصومات أمام محاكم الاستئناف (م ١/١٣٦) .

٦. دعاوى رد ومخاصمة القضاة وأعضاء النيابة العامة . م ١٥٣

بخصوص الرد ، م ٤٩٥ / ١ بخصوص المخاصمة .

ومن ناحية ثالثة: قد يتم التقاضي على ثلاث درجات فى الحالات الاستثنائية التى تنقلب فيها محكمة النقض من محكمة قانون إلى محكمة موضوع، وقد نصت على ذلك المادة ٤/٢٦٩ مرافعات بقولها: "... ومع ذلك إذا حكمت المحكمة بنقض الحكم المطعون فيه وكان الموضوع صالحا للفصل فيه أو كان الطعن للمرة الثانية ورأت المحكمة نقض الحكم المطعون فيه وجب عليها أن تحكم فى الموضوع". فمحكمة النقض إذ تتصدى لنظر الموضوع فى هاتين الحالتين الاستثنائيتين فإنها تكون قد فصلت فيه - غالبا - للمرة الثالثة، ويكون التقاضى فيه قد تم على ثلاث درجات.

وتجدر الإشارة فى هذا الصدد إلى أن قضاء المحكمة الدستورية العليا^(١)

كان قد استقر فى وقت مضى على أن قصر التقاضى على درجة واحدة يدخل فى إطار السلطة التقديرية للمشرع، وأن ما ينص عليه المشرع من عدم جواز الطعن فى بعض الأحكام القضائية، لا مخالفة فيه لنصوص الدستور التى لا تحول دون قصر التقاضى على درجة واحدة فى بعض المسائل، وفى الحدود التى تقتضيها مصلحة عامة لها ثقلها.

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا ما مؤداه أن جواز قصر التقاضى على درجة واحدة مشروط بأن يتحدد وفق أسس موضوعية لا يندرج تحتها مجرد سرعة الفصل فى القضايا، مع مراعاة مبدأ المساواة أمام القانون^(٢).

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا فى ٧ مارس ١٩٩٨، رقم ١٩ لسنة ١٧ قضائية دستورية، الجريدة الرسمية فى ١٩ مارس سنة ١٩٩٨، العدد ١٢ تابع؛ حكم المحكمة الدستورية العليا فى ٧ فبراير ١٩٩٨، رقم ٦٤ لسنة ١٧ قضائية دستورية، الجريدة الرسمية فى ١٩ فبراير سنة ١٩٩٨، العدد ٨؛ دستورية العليا، ٧ ديسمبر ١٩٩١، رقم ٣١ لسنة ١٠ قضائية دستورية، الجريدة الرسمية فى = ١٩ ديسمبر ١٩٩١، عدد ٥١ تابع، أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، الطبعة الثانية، دار الشروق، ٢٠٠٠، ص ٧٩٨ وما بعدها.

(٢) وإذا كان هذا القضاء قد أثار - فى السابق - جدلا فقهيًا، من حيث أنه قد فتح الباب واسعًا أمام تعسف المشرع المصري، بحيث يمكنه قصر التقاضى على درجة واحدة فى بعض المنازعات تحت

الفرع الثاني

مبدأ التقاضي على درجتين في المجال الجنائي ومدى تحقيقه لمبدأ المساواة

بين الخصوم أمام القضاء

وعلى الصعيد الجنائي، فإن تعميم مبدأ التقاضي على درجتين يحقق المساواة بين الخصوم. فإقرار مبدأ التقاضي على درجتين بالنسبة للأحكام الصادرة من محاكم الجنايات يحقق المساواة بين المتهم بجناية والمتهم بجنحة، تلك المساواة المفقودة حين يستفيد المتهم بجنحة من تطبيق مبدأ التقاضي على درجتين، في حين يحرم من ذلك المتهم بجناية، على الرغم من خطورة موقف هذا الأخير، وجسامة الآثار المترتبة على الحكم بإدانته. بل إن هذه المساواة مفقودة، في بعض الحالات. ومن أبرز الأمثلة على ذلك: الحالات التي ينعقد فيها الاختصاص بنظر بعض الجنح لمحكمة الجنايات، حيث يكون من حق من يحاكم أمام محكمة الجنح أن يستأنف الحكم الصادر ضده أمام محكمة أعلى، في حين يحرم المتهم بجنحة منظورة أمام محكمة الجنايات من الحق في الاستئناف^(١).

وقد تخطى النظام القانوني الفرنسي - والذي يعد مصدرا تاريخيا للقانون المصري - عن تمسكه بقاعدة عدم استئناف الأحكام الصادرة من محاكم الجنايات، حيث أنشأ القانون رقم ٢٠٠٠-٥١٦ الصادر في ١٥ يونيو سنة ٢٠٠٠، طريقا عاديا للطعن الموضوعي، خلافا للطعن بالنقض، في الأحكام

ذريعة تحقيق الصالح العام، أو تبني مبدأ التقاضي على درجتين بشأن الدعاوى الجنائية التي تنظرها محاكم الجنايات أسوة بما هو مقرر بشأن الجنح المنظورة أمام المحاكم الجزئية تحقيقا للمساواة. أنظر في تفاصيل ذلك: بشير سعد زغلول، استئناف أحكام محاكم الجنايات بين المعارضة والتأييد، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى ٢٠٠٦، دار النهضة العربية.

غير أنه لم يعد لهذا الجدل مجالا، حيث أصبح حق استئناف الأحكام الصادرة في الجنايات، طبقا لنص المادة ٢/٩٦ من الدستور المصري الصادر في ١٨ يناير ٢٠١٤، ذا قيمة دستورية وبنص دستوري صريح، قضى على أية إمكانية للاستناد إلى هذا القضاء لعرقلة تقرير الحق في الاستئناف أو الحد منه. فبمقتضى هذا النص أصبح التقاضي على درجتين في الجنايات ذا قيمة دستورية لا يتمتع المشرع حيالها بأية سلطة تقديرية تحول دون تطبيقه. راجع: مبدأ التقاضي على درجتين ودوره في تدعيم العدالة الجنائية وكفالة المساواة أمام المحاكم الجنائية، المرجع السابق، ص ٨.

(١) مبدأ التقاضي على درجتين، المرجع السابق، ص ٢٢ وما بعدها.

الصادرة من محاكم الجنايات؛ حيث أعطى هذا القانون لكل من يحكم عليه بالإدانة في جنائية إمكانية طلب إعادة محاكمته أمام محكمة جنائيات أخرى، فيما أطلق عليه الفقه الفرنسي "الاستئناف الدائري"^(١) L'appel tournant ou L'appel circulaire.

وبهذا التعديل التشريعي في النظام القانوني الفرنسي لم يعد للقانون المصري مصدرا تاريخيا يستند إليه للتمسك بموقفه الراض للأخذ بنظام استئناف الأحكام الصادرة من محاكم الجنايات. وأصبح موقف القانون المصري في هذه الجزئية غريبا بين نظرائه من القوانين الإجرائية، سواء في ذلك أصوله أو فروعه^(٢).

إلا أن الدستور المصري الصادر في ١٨ يناير ٢٠١٤ قد تجاوب مع هذه التعديلات، فأقر مبدأ استئناف الأحكام الصادرة من محاكم الجنايات، ليعزز أهمية مبدأ التقاضي على درجتين في تدعيم العدالة الجنائية، وكفالة المساواة بين المتهمين أمام المحاكم الجنائية على اختلاف درجاتها^(٣).

وبناء عليه فإنه إذا كان حق التقاضي على درجتين مكفول للمتهم بجنحة منظورة أمام محكمة الجنح، فإن حرمان المتهم بجنائية من استئناف الحكم الصادر ضده من محكمة الجنايات، ينطوي على إخلال بمبدأ المساواة في القانون، والمساواة أمام القضاء بينه وبين المتهم بجنحة منظورة أمام محكمة الجنح، الأمر الذي يترتب عليه حرمان الأول من ضمانات المحاكمة على درجتين، على الرغم من أن المتهم بجنائية يعد في وضع أسوأ من المتهم بجنحة^(٤).

(١) مبدأ التقاضي على درجتين، المرجع السابق، ص ٣ وما بعدها.
وانظر في الطبيعة القانونية لهذا الاستئناف وملامحه الأساسية، بشير سعد زغول، استئناف أحكام محاكم الجنايات بين المعارضة والتأييد، دراسة مقارنة، ص ١٥٥ وما بعدها، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦.

(٢) مبدأ التقاضي على درجتين، المرجع السابق، ص ٤.

(٣) مبدأ التقاضي على درجتين، المرجع السابق، ص ٤.

(٤) مبدأ التقاضي على درجتين، المرجع السابق، ص ٢٤.

كما تنتفى المساواة بين المتهم بجنحة محالة لمحكمة الجنايات وبين المتهم بجنحة منظورة أمام محكمة الجنح؛ حيث يحرم المتهم بجنحة تدخل في اختصاص محكمة الجنايات من الحق في استئناف الحكم الصادر ضده، بينما يجوز للمتهم الذي يحاكم أمام محكمة الجنح الطعن في الحكم الصادر ضده بالاستئناف أمام محكمة الجنح المستأنفة.

كما أن حق المتهم بجنحة في الطعن بالمعارضة في الحكم الصادر غيابيا من محكمة الجنايات، يقتصر على حالة ما إذا كانت الدعوى الجنائية قد رفعت من الأساس إلى محكمة الجنايات بوصف الجنحة، كما في حالة الجنح التي تقع بواسطة الصحف أو غيرها من طرق النشر على غير الأفراد؛ بينما يحرم المتهم من الحق في الطعن بالمعارضة إذا ما أحييت الواقعة إلى محكمة الجنايات بوصف الجنحية، ثم تبين للمحكمة فيما بعد أنها جنحة^(١).

والحقيقة أن هذا الأمر يشكل إخلالا جسيما بمبدأ المساواة أمام القضاء بين متهمين متماثلين في مراكزهم القانونية، خاصة إذا انعقد الاختصاص لمحكمة الجنايات بنظر الدعوى الجنائية الناشئة عن ارتكاب جنحة، جاء نتيجة خطأ النيابة العامة أو المحكمة الجزئية في تكييف الواقعة، أو في القول بتوافر حالة من حالات الارتباط بين جنحة وجناية على نحو يخالف الحقيقة^(٢).

كما أن المتهم بجنحة منظورة أمام محكمة الجنح يكون في وضع أفضل من المتهم بجنحة من اختصاص أو محالة إلى محكمة الجنايات، حيث يستطيع الأول الطعن بالاستئناف في الحكم الصادر بحبسه مما يترتب عليه وقف تنفيذه، في حين يكون الحكم بالنسبة للثاني واجب النفاذ فور صدوره نظرا لعدم جواز استئناف الحكم الصادر من محكمة الجنايات^(٣).

(١) محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ١١٠٥.

(٢) مبدأ التقاضي على درجتين، المرجع السابق، ص ٢٦.

(٣) مبدأ التقاضي على درجتين، المرجع السابق، ص ٢٧.

ولن تتبدد هذه السلبيات، إلا بإقرار مبدأ التفاضل على درجتين، فاحترام مبدأ التفاضل على درجتين يكفل تحقيق المساواة أمام المحاكم الجنائية، كما أن إنكار مبدأ التفاضل على درجتين في الجنايات يمثل إخلالا بالمساواة بين المتهمين أمام المحاكم الجنائية^(١). سواء في ذلك الإخلال بالمساواة بشأن إمكانية الطعن قانونا بالاستئناف^(٢)، أو بشأن إجراءات تنفيذ حكم الإدانة^(٣)

المبحث الثاني

المساواة بين الخصوم في نطاق الدعوى القضائية

المطلب الأول

مبدأ المساواة في نطاق حالات عدم صلاحية القضاة

أولا: حالات عدم الصلاحية في القانون الوضعي

أورد القانون حالات لعدم الصلاحية، يصبح القاضي فيها غير صالح لنظر الدعوى. نظرا لأن هذه الحالات قد افترض القانون فيها أن القاضي بصفة عامة لا يستطيع الفصل فيها بدون ميل وتحيز لأحد الخصوم. ويعود السبب في النص على هذه الحالات إلى اعتبارات تتعلق بمبدأ حياد

(١) مبدأ التفاضل على درجتين، المرجع السابق، ص ٢٠، ٢٣.
(٢) فالمتهم بجناية أمام محكمة الجنايات يحرم من إمكانية استئناف الحكم الصادر ضده، بينما المتهم بجنحة أمام محكمة الجنح يمكنه ذلك، فيما لو صدر الحكم ضده محكمة الجنح، على الرغم من خطورة الاتهام بجناية بالمقارنة بالاتهام بجنحة.

(٣) فوفقا لنص المادة ٤٦٠ من قانون الإجراءات الجنائية المصري فإن الأحكام الصادرة من المحاكم الجنائية لا تنفذ إلا متى صارت نهائية. وإعمالا لهذا النص: فإن حكم الإدانة الصادر من محكمة الجنايات ضد متهم بجناية يعد حكما نهائيا واجب النفاذ فور صدوره، حيث لا يجوز استئناف الأحكام الصادرة من محاكم الجنايات. ويؤكد هذا ما ورد بالمادة ٤٦٩ من قانون الإجراءات الجنائية المصري، التي تنص على أنه: "لا يترتب على الطعن بطريق النقض إيقاف التنفيذ إلا إذا كان الحكم صادرا بالإعدام".

وفي المقابل فإن الحكم الصادر بالحبس من المحكمة الجزئية لا يعتبر حكما نهائيا، طالما كان من الجائز للمحكوم عليه الطعن فيه بالاستئناف أمام محكمة الجنح المستأنفة كقضاء ثاني درجة. ويترتب على ذلك أن صدور حكم بالحبس من المحكمة الجزئية ضد متهم بجنحة لا يكون - وفقا للقانون المصري - واجب التنفيذ فوراً طالما طعن عليه المتهم بالاستئناف.

وهذا يعني أن المتهم بجنحة منظورة أمام محكمة الجنح يعد في وضع قانوني أفضل من حيث إمكانية وقف تنفيذ الحكم الصادر بحبسه من محكمة الجنح، تلك الإمكانية التي لا يستفيد منها المتهم بجناية رغم جسامه العقوبة المحكوم بها عليه مقارنة بعقوبة الجنحة. مبدأ التفاضل على درجتين، المرجع السابق، ص ٢٥.

القاضي، وتحقيق العدالة والمساواة بين الخصوم، بحسبان أن القاضي بشر، يتأثر بعواطفه ومصالحه الشخصية، الأمر الذي يكون مدعاة للشكوك والظنون حول قضاائه، ويقضى مبدأ الحياد عزله وإبعاده عن كل ما من شأنه أن يؤثر في قضاائه ويؤدى إلى ميله وتحيزه^(١). فهذه الحالات تعد تطبيقاً مباشراً لمبدأ حياد القاضي، والذي يعد الوجه الآخر لمبدأ المساواة بين الخصوم.

ووجه التفرقة بين الحالتين تكمن في أن حالات عدم الصلاحية المطلقة تعنى: أن القاضي غير صالح لنظر دعوى بعينها وممنوعاً من سماعها أو الفصل فيها، ويجب على القاضي في هذه الحالة أن يتحى من تلقاء نفسه عن النظر الدعوى، ولو لم يطلب أحد الخصوم ذلك. ويترتب على ذلك أن القاضي لو تمادى في نظر الدعوى وأصدر فيها حكماً، فإن حكمه يعد منعدماً، أى إن عدم الصلاحية المطلقة ترتب أثرها في منع القاضي من الفصل في الدعوى منذ تحقق سببها سواء طلب الخصوم ذلك أم لا. إذ أن هذه الحالات يقدر معها غلبة التأثير في حياد القاضي^(٢). وبالتالي عدم تحقيقه لمبدأ المساواة بينهم

أما عدم الصلاحية النسبية "ويطلق عليها حالات رد القاضي" فهي تعنى: عدم صلاحية القاضي لنظر دعوى بعينها والفصل فيها إذا توافرت أسبابها بناء على طلب من الخصوم، بحيث لو لم يطلب الخصم عدم صلاحية القاضي لنظر الدعوى التي توافر بشأنها سبب من أسباب عدم الصلاحية النسبية، وتمادى القاضي في نظرها وأصدر حكماً فيها، فإن حكمه يعد صحيحاً.

(١) ولا تعنى حالات عدم الصلاحية الشك في نزاهة القاضي أو ذمته، إذ القاضي المشكوك في نزاهته أو ذمته يكون غير صالح أصلاً لتولى منصب القضاء. أحمد أبو الوفا، المرافعات، ص ١٥٠ بند ٥٩.

(٢) فتحى والى، المرجع السابق ص ١٧٦ بند ١٠٤.

فرد القضاة يعنى: منع القاضى من نظر دعوى بعينها، وهى تلك التى توافرت فيها حالة من حالات الرد التى نص عليها القانون، فحالات الرد أقل وطأة وتشددًا، بالنظر إلى أنها أقل تأثيرًا فى خياد القاضى بالمقارنة بحالات عدم الصلاحية المطلقة، وهو ما استتبعه مغايرة فى الأثر المترتب على كليهما. فتتحى القاضى حال توافر حالة من حالات الرد يعد أمرًا وجوبياً^(١)، فإذا لم يتحى القاضى من تلقاء نفسه جاز لصاحب الشأن أن يتقدم بطلب لرده، فإن لم يفعل وتمادى القاضى فى نظر الدعوى فإن حكمه يعد صحيحاً^(٢).

وأساس حالات الرد يكمن فى وجود صلة من نوع ما بين القاضى والخصوم فى الدعوى المنظورة، كما أن حالات الرد واردة فى القانون على سبيل التمثيل لا الحصر، بخلاف حالات عدم الصلاحية المطلقة^(٣).

وبالإضافة إلى حالات عدم الصلاحية المطلقة والنسبية، يمكن للقاضى أن يطلب تحيته عن نظر قضية معينة، ويثبت للقاضى هذا الحق، ولو لم يطلب رده أحد الخصوم، حيث يستشعر القاضى الحرج من نظر قضية ما، بما يخل بحياده بين الخصوم، ولكن هذا الحق لا ينتج أثره إلا بعد موافقة القضاء وإذنه^(٤).

ويجب الحذر من الخلط بين حالات عدم الصلاحية التى نظمها المواد ١٤٦، ١٤٨ مرافعات، وغيرهما مما ورد فى القوانين الأخرى، وبين عدم صلاحية القاضى نتيجة ارتكاب القاضى مخالفة تأديبية أدت إلى عدم

(١) وهو لا يعدو أن يكون واجباً أخلاقياً، حيث لم يفرض القانون جزاء لمخالفته، إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق ص ٢٨٠ هامش ١، وقارن فتحى والى، المرجع السابق ص ١٨٠ بند ١٠٦.
(٢) أما حالات عدم الصلاحية المطلقة، فالتتحى فيها واجب بقوة القانون لا يحتاج إلى طلب، وإلا فإن أى حكم يصدر من القاضى فى أى من هذه الحالات حال توافرها يعد منعماً.
(٣) هذا مستفاد من المادة ٤/١٤٨ مرافعات. راجع أحمد ماهر زغلول، المرجع السابق ص ١٦٥ بند ٨٩، ١٧٢ بند ٩٤، وقارن فتحى والى، حيث يرى أن حالات الرد واردة على سبيل الحصر. المرجع السابق، ص ١٨١ بند ١٠٦، أحمد هندی، المرجع السابق ص ٥٠ بند ٢٨.
(٤) أحمد ماهر زغلول، المرجع السابق، ص ١٤٧ بند ٧٤.

صلاحيته وعزله. فعدم الصلاحية هنا تعنى عدم صلاحية القاضى فى الفصل فى دعوى معينة، وهى تلك التى توفر فيها سبب عدم الصلاحية دون باقى الدعاوى الأخرى المنظورة أمامه. أما عدم الصلاحية والعزل نتيجة ارتكاب القاضى مخالفة تأديبية فتعنى عدم صلاحية القاضى لتولى منصب القضاء أو الاستمرار فيه من الأساس، وينتهى الأمر بفصله أو إبعاده عن القضاء^(١).

ولقد نظمت القوانين المختلفة، ومن أهمها قانون المرافعات^(٢)، وقانون

السلطة

(١) وحال ارتكاب القاضى لمخالفة تأديبية، فإنه يقدم إلى مجلس تأديب يشكل طبقاً لما نصت عليه المادة ٩٨ من قانون السلطة القضائية بعد تعديلها بالقانون رقم ١٤٢ لسنة ٢٠٠٦ من أقدم رؤساء المحاكم الاستئناف من غير أعضاء مجلس القضاء الأعلى رئيساً وعضوية أقدم قاضيين بمحكمة النقض وأقدم نائبى رئيس محكمة استئناف. وتقام الدعوى التأديبية من النائب العام نفسه أو بناء على اقتراح وزير العدل أو رئيس المحكمة التى يتبعها القاضى، وذلك بعد تحقيق جنائى أو إدارى "م" ٩٩ من قانون السلطة القضائية معدلة بالقانون رقم ١٤٢ لسنة ٢٠٠٦، فإذا انتهى مجلس التأديب إلى إدانة القاضى فإنه يفقد صلاحيته لولاية القضاء، فيقرر المجلس إحالة القاضى إلى المعاش أو نقله إلى وظيفة غير قضائية "م" ١١١ من قانون السلطة القضائية". وهذا يعنى إبعاد هذا القاضى عن ولاية القضاء عموماً. حيث يفقد صلاحيته الولائية.

(٢) نصت المادة ٦٤١ مرافعات على أنه: "يكون القاضى ممنوعاً من نظر الدعوى وسماعها ولو لم يرد أحد الخصوم فى الأحوال الآتية:

- ١- إذا كان قريباً أو صهراً لأحد الخصوم إلى الدرجة الرابعة.
 - ٢- إذا كان له أو لزوجته خصومة قائمة مع أحد الخصوم فى الدعوى أو مع زوجته. ٣- إذا كان وكيلاً لأحد الخصوم فى أعماله الخصوصية، أو وصياً عليه، أو قيمياً، أو مظنوناً وراثته له، أو كانت له صلة قرابة أو مصاهرة للدرجة الرابعة بوصى أحد الخصوم أو بالقيم عليه أو بأحد أعضاء مجلس إدارة الشركة المختصة أو بأحد مديريها وكان لهذا لعضو أو المدير مصلحة شخصية فى الدعوى.
 - ٤- إذا كان له أو لزوجته أو لأحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب أو لمن يكون هو وكيلاً عنه، أو وصياً أو قيمياً عليه مصلحة فى الدعوى القائمة.
 - ٥- إذا كان قد أفتى أو ترفع عن أحد الخصوم فى الدعوى أو كتب فيها ولو كان ذلك قبل اشتغاله بالقضاء أو كان قد سبق له نظرها أو خبيراً أو محكماً أو كان قد أدى شهادة فيها.
- كما نصت المادة ١٤٨ من نفس القانون على أنه: "يجوز رد القاضى لأحد الأسباب الآتية:
- ١- إذا كان له أو لزوجته دعوى مماثلة للدعوى التى ينظرها، أو إذا وجدت لأحدهما خصومة مع أحد الخصوم، أو مع زوجته بعد قيام الدعوى المطروحة على القاضى، ما لم تكن هذه الدعوى قد أقيمت بقصد رده عن نظر الدعوى المطروحة عليه.
 - ٢- إذا كان لمطلقته التى له منها ولد أو لأحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب خصومة قائمة أمام القضاء مع أحد الخصوم فى الدعوى أو مع زوجته ما لم تكن هذه الخصومة قد أقيمت بعد قيام الدعوى المطروحة على القاضى بقصد رده.
 - ٣- إذا كان أحد الخصوم خادماً له، أو كان القاضى قد اعتاد مزاولة أحد الخصوم أو مساكنته، أو كان قد تلقى منه هدية قبيل رفع الدعوى أو بعده.
 - ٤- إذا كان بينه وبين أحد الخصوم عداوة أو مؤدّة يرجح معها عدم استطاعته الحكم بغير ميل.

القضائية^(١)، وقانون الإجراءات الجنائية^(٢) .

وانتظمت هذه القوانين طائفتين لعدم الصلاحية " عدم صلاحية مطلقة و عدم صلاحية نسبية" أو ما يطلق عليه حالات رد القضاة" . وذلك بحسبان أن القاضى فى هذه الحالات يغلب عليه عدم الحياد فى الفصل فى هذه الدعاوى، وأن القاضى لا يستطيع الفصل فى هذه الدعاوى بدون ميل لأحد الخصوم، بما يخل بالمساواة بينهم.

(١) لم تقتصر حالات عدم الصلاحية على ما أورده المادتين ١٤٦، ١٤٨ مرافعات وإنما وردت حالات فى نصوص قانون السلطة القضائية : فتضمنت المادة "٢/٧٥" من قانون السلطة القضائية النص على حالتين من حالات عدم الصلاحية المطلقة، لتكون فيهما المحكمة أو القاضى صالحين لنظر الدعوى والفصل فيها. وهما: أ- وجود صلة قرابة بين أعضاء الدائرة الواحدة ، فلا يجوز أن يكون فى دائرة واحدة قضاة بينهم قرابة أو مصاهرة حتى الدرجة الرابعة بدخول الغاية.

وهذا المنع يهدف إلى ضمان استقلال القاضى وضمان حياده فى ذات الوقت، حتى لا يتأثر برأى قريبه أو صهره، بما يؤثر فى رأيه نتيجة هذه الصلة التى تربطهما.

ومن ناحية أخرى، فإنه إذا كانت الأحكام القضائية تصدر بأغلبية الآراء "م ١٦٩ مرافعات"، فإنه يمكن الإطاحة بتشكيل المحكمة، وتصير المداولة وكل الإجراءات المتعلقة بإصدار الحكم أمراً شكلياً، حيث يستطيع من لهم صلة قرابة أو مصاهرة، خاصة فى المحاكم الابتدائية ومحاكم الاستئناف، حيث تتشكل من ثلاثة قضاة، أن يكونوا هذه الأغلبية، ويضحي وجود العضو الثالث ضمن التشكيل القضائى للمحكمة أمراً شكلياً عديم الجدوى والفائدة.

وهذا المنع وارد على سبيل الاستثناء، فلا يقاس عليه، ومن ثم لا تقوم حالة عدم الصلاحية لمجرد كون القاضى الذى ينظر الدعوى قريباً لقاضى التحقيق الذى ندمته النيابة لتنفيذ ما أمرت غرفة الاتهام بإجرائه من استجواب المتهمين.

ب- وجود صلة قرابة أو مصاهرة حتى الدرجة الرابعة بدخول الغاية بين القاضى وممثل النيابة أو ممثل الخصم ، فالقاضى لا يعد صالحاً لنظر الدعوى إذا وجدت بينه وبين ممثل النيابة فى الدعوى صلة قرابة أو مصاهرة حتى الدرجة الرابعة بدخول الغاية، وذلك حتى لا تؤثر هذه الصلة فى رأى القاضى، فتتنا من حياده واستقلاله. وتتحقق هذه الحالة إذا قامت هذه الصلة فى الدعوى المنظورة. كما لا يجوز أن يكون ممثل أحد الخصوم أو المدافع عنه ممن تربطهم صلة قرابة أو مصاهرة حتى الدرجة الرابعة بدخول الغاية بأحد القضاة الذين ينظرون الدعوى.

ويشترط لذلك أن تكون الوكالة سابقة لقيام القاضى بنظر الدعوى، أما الوكالة اللاحقة فلا تنهض سبباً لعدم الصلاحية، وينطبق هذا فيما لو كان القاضى قد بدأ بالفعل فى نظر الدعوى. والعلة فى ذلك خشية أن يعمد أحد الخصوم ممن لا يريد عرض القضية على قاضى معين إلى توكيل محام تقوم بينه وبين القاضى هذه القرابة أو المصاهرة. راجع فى هذا: فتحى والى، المرجع السابق ص ١٧٧ بند ١٠٥، أحمد ماهر زغول، المرجع السابق، ص ١٥٩ بند ٨٤.

(٢) جمعت المادة ٢٤٧ من قانون الإجراءات الجنائية بعضاً من حالات عدم الصلاحية فنصت على أنه: "يمنتع على القاضى أن يشترك فى نظر الدعوى إذا كانت الجريمة قد وقعت منه شخصياً. أو إذا كان قد قام فى الدعوى بعمل مأمور الضبط القضائى أو بوظيفة النيابة العامة أو المدافع عن أحد الخصوم أو أدى فيها شهادة أو باشر عملاً من أعمال الخبرة. ويمتنع عليه كذلك أن يشترك فى الحكم إذا كان قد قام فى الدعوى بعمل من أعمال التحقيق أو الإحالة، أو أن يشترك فى الحكم فى الطعن إذا كان الحكم المطعون فيه صادراً منه".

وهذه الحالات - دون الدخول في تفاصيلها - تدور حول وجود عداوة أو وجود قرابة بين القاضى وأحد الخصوم أو من يمثله قانونا، أو بين زوجة القاضى وأحد الخصوم أو زوجته. أو وجود مصلحة له في الدعوى القائمة، أو وجود صلة سابقة بين القاضى وبين الدعوى المرفوعة أمامه، كما لو كان قد أفتى أو ترافع عن أحد الخصوم فى الدعوى أو كتب فيها، ولو كان ذلك قبل اشتغاله بالقضاء، أو كان قد سبق له نظرها أو خبيراً أو محكماً أو كان قد أدى شهادة فيها. المادتن ١٤٦، ١٤٨ مرافعات. وأوجدت صلة قرابة بين أعضاء الدائرة الواحدة، أو بين القاضى وممثل النيابة أو ممثل الخصم "م ٢/٧٥ من قانون السلطة القضائية". أو كانت الجريمة التى ينظرها القاضى قد وقعت منه شخصياً. أو كان قد قام فى الدعوى بعمل مأمور الضبط القضائى أو بوظيفة النيابة العامة أو المدافع عن أحد الخصوم أو أدى فيها شهادة أو باشر عملاً من أعمال الخبرة. ويمتنع على القاضى كذلك أن يشترك فى الحكم إذا كان قد قام فى الدعوى بعمل من أعمال التحقيق أو الإحالة، أو أن يشترك فى الحكم فى الطعن إذا كان الحكم المطعون فيه صادراً منه. "م ٢٤٧" من قانون الإجراءات الجنائية.

وطبقاً لهذا فلا يجوز أن يكون فى دائرة واحدة قضاة بينهم قرابة أو مصاهرة حتى الدرجة الرابعة بدخول الغاية. أو كانت صلة القرابة هذه بين القاضى وممثل النيابة أو ممثل الخصم. وهو ما يفترض معه الحثول بين القاضى وتحقيق مبدأ الحياد الذى يجب أن يكون عليه. وبالتالي يخل بمبدأ المساواة بين الخصوم. بحسبان أن هذه الحالات تتعلق بمشاعر القاضى ونفسيته، وتؤثر سلبياً عليه.

ثانياً: حالات عدم الصلاحية فى الشريعة الإسلامية

يقصد بعدم الصلاحية وجود صلة قرابة أو مصاهرة أو عداوة بين القاضى الذى ينظر الدعوى وأحد الخصوم فيها. هذه الصلة التى تخل بمبدأ

حياد القاضى، أو كما يقول القرافى: "التهمة تقدر في التصرفات إجماعاً من حيث الجملة"^(١). وهى على النحو التالى:

١- وجود صلة قرابة أو مصاهرة بين القاضى وأحد الخصوم تمنع من شهادة أحدهم للآخر.

يذهب رأى (٢) إلى أنه لا يجوز للقاضى النظر فى الدعوى التى يوجد فيها صلة قرابة أو مصاهرة بينه وبين أحد الخصوم، إذ ينطوى ذلك على مخالفة مبدأ حياد القاضى، حيث تلحق التهمة هذا القاضى بسبب تلك الصلة التى بينه وبين أحد الخصوم، ويمكن توفى ذلك عن طريق تنحى هذا القاضى من تلقاء نفسه، بحسبان أنه أدرى من غيره بهذا السبب، فلا يحتاج فى ذلك إلى طلب من الخصم، ومن باب أولى لو طلب الخصوم ذلك.

وعلى هذا يمتنع على القاضى أن ينظر فى أى دعوى أحد أطرافها من أقاربه، لتأمين حياده تجاه الخصوم وتحقيقاً للمساواة بينهم. قال فى الروض المربع: "ولا ينفذ حكمه لنفسه ولا لمن لا تقبل شهادته له كوالده وولده وزوجته ولا على عدوه"^(٣).

وإذا كان القانون قد حدد نطاق القرابة بالدرجة الرابعة، فإن المالكية يتوسعون فى تحديد نطاق علاقة القرابة هذه إلى ما هو أبعد من ذلك، فيمنع القاضى من نظر الدعوى التى يكون أحد أطرافها من أقارب القاضى مهما

(١) الفروق، القرافى، ج ٤ ص ١٠٣ تحقيق: خليل المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤١٨هـ-١٩٩٨م.

(٢) محمد أمين، الشهير بـ "ابن عابدين"، حاشية ابن عابدين، ج ٥ ص ٥٨٩، دار الفكر، بيروت لبنان، ١٤١٥هـ-١٩٩٥. للشرح الكبير، أبو البركات سيدى أحمد الدردير، ج ٤ ص ١٥٢، طبع دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابى الحلبي وشركاه، المبدع شرح المقنع، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح، ج ١ ص ٣٣، دار عالم الكتب، الرياض، ط ٢٣هـ-١٤٢٣. ٢٠٠٣. على قراءة الأصول القضائية فى المرافعات الشرعية، ص ٣٠٥، ١٩٢١م-١٣٣٩هـ.

(٣) الروض المربع شرح زاد المستنقع، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلى، ص ٧٠٨، ومع: حاشية الشيخ العثيمين وتعليقات الشيخ السعدي، خرج أحاديثه: عبد القدوس محمد نذير، دار المؤيد، مؤسسة الرسالة، وراجع: دقائق أولى النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلى، ط ١، ج ٣ ص ٥٠٢، عالم الكتب، ١٤١٤هـ-١٩٩٣م.

بعدت صلة القرابة، وهذا هو ما يعرف بقرابة العشيرة، فهي أبعد من دائرة قرابة الوالدين والأولاد والأخوة.

وفى هذا المنع صيانة للقاضي من التأثر بعواطفه، ونفيا للتهمة عنه. قال في الفروق: "ولا ينبغي للقاضي القضاء بين أحد من عشيرته وخصمه وإن رضى الخصم" (١). بل جاء في هامش إدرار الشروق (٢) لايجوز للقاضي أن يقضى لجيرانه وأهل صقعه وقبيلته. وفى التبصرة "لا ينبغي للقاضي أن يحكم بين عبده وبين خصمه وإن رضى الخصم بذلك، فإن فعل فيشهد على رضاه ويحكم بالعدل ويجتهد" (٣).

ويستند هذا الرأى إلى أنه حيث لاتجوز الشهادة من أحدهما لمصلحة الآخر بسبب هذه الصلة، فكذلك لايجوز القضاء له قياسا على منع الشهادة. قال ابن أبى الدم: "مذهب الشافعى - رضى الله عنه - لا ينفذ قضاؤه أى القاضى لو والده وان علا، ولا يصح لولده وإن سفل، كما لاتسمع شهادة بعضهم لبعض، خلافا لصاحبيه المزنى وأبى ثور فى المسألتين".

ثم يتمادى ليقول: "ولورفعت قضية لو والده على ولده، قال البغوى: لايحكم لو والده على ولده للبعيضة والتهمة. أما قبول التزكية والده وولده فيه وجهان أصحهما لاتقبل. ولا يحكم على عدوه ويحكم له" (٤).

وإذا كان الأمر يتعلق بوجود صلة قرابة أو مصاهرة بين القاضى وأحد الخصوم، فإنه ينبغى تنزيه القاضى وإيعاده عن التأثر بالعاطفة الناشئة عن هذه العلاقة وإيعاده عن أى تهمة يمكن ان تلحق به.

(١) الفروق، ج٤، ص ١٠٤.

(٢) الفروق، ج٤، ص ١٠٢.

(٣) إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمرى تبصرة الحكام فى أصول الأفضية ومناهج الأحكام، ط١، ج١، ص ٢١٠. مكتبة الكليات الأزهرية، ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م.

(٤) شهاب الدين إبراهيم بن عبدالله المعروف بـ "ابن أبى الدم" أدب القضاء، ص ١٠٧ وما بعدها، ط١، ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

قال في الأحكام السلطانية: "وليس له أن يحكم لأحد من والديه ولا من أولاده لأجل التهمة ويحكم عليهم لارتفاعها، وكذلك لا يشهد لهم ويشهد عليهم ، ويشهد لعدوه ولا يشهد عليه، ويحكم لعدوه ولا يحكم عليه؛ لأن أسباب الحكم ظاهرة وأسباب الشهادة خافية فانتفت التهمة عنه في الحكم وتوجهت إليه في الشهادة، ويحكم لعدوه ولا يحكم عليه لأن أسباب الحكم ظاهرة وأسباب الشهادة خافية فانتفت التهمة عنه في الحكم وتوجهت إليه في الشهادة (١) .

٢- وجود خصومة أو عداوة (٢) بين القاضى وأحد الخصوم.

إذا كان الأصل حمل القضاء على الصحة ، وذلك بفرض استيفاء شروط صحته. فيحمل القضاء على الصحة مالم يثبت جور القاضى فى حكمه.

الإأن التساؤل الذى يثار الآن: ماذا لو وجدت بين القاضى وبين أحد أطراف الدعوى خصومة؟ هل يعد هذا مانعا له من نظر الدعوى؟ أم يمكنه التماضى فى نظرها بالرغم من وجود هذه العداوة؟.

يذهب جمهور الفقهاء من المالكية (٣) والحنفية (٤) والشافعية (٥) والحنابلة (٦) إلى أن وجود عداوة بين القاضى وأحد الخصوم من شأنه ان

(١) الأحكام السلطانية، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي، ص ١٢٨، دار الحديث، القاهرة .

(٢) يقصد بالعداوة فى هذا الصدد: العداوة الدنيوية، سواء تمخضت فى صورة عداوة شخصية لم تصل إلى حد رفع دعوى قضائية بينهما، أو وصلت إلى هذا الحد. إلا أن ابن عابدين قد قيد هذه العداوة بتلك التى تثبت بنحو قذف أو جرح أو قتل، مما يكون سببا للتسويق. رد المحتار، ج ٨ ص ٢٨. أما العداوة الدينية فلا تنهض سببا لإبعاد القاضى عن نظر الدعوى وإصدار حكم فيها، فيمكن للقاضى أن يصدر حكما على عدوه فى الدين، دون أن يكون معدوما لهذا السبب. حاشية الدسوقى، ج ٤ ص ١٥٤، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج ٨ ص ٢٥٧، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملى، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٤هـ-١٩٨٤م.

(٣) التبصرة، ج ١ ص ٢٢٠، شمس الدين محمد عرفة الدسوقى، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير لأبى

البركات سيدى أحمد الدردير مع تقارير العلامة المحقق سيدى الشيخ محمد عليش، ج ٤ ص ١٥٤، طبع دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابى الحلبي وشركاه.

(٤) الشيخ نظام وجماعة من الهند، الفتاوى الهندية فى مذهب الإمام الأعظم أبى حنيفة النعمان، ج ٣ ص ٣١٨، دار الفكر ١٤١١هـ-١٩٩١م .

(٥) أبو زكريا محيى الدين بن شرف النووى، المجموع شرح المهذب، ج ٢٠ ص ١٢٩، دار الفكر.

(٦) إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مقلح، المبدع شرح المقنع، ج ١٠ ص ٣٣، دار عالم الكتب، الرياض، ط ١٤٢٣هـ-٢٠٠٣.

يؤدى إلى انعدام الحكم الصادر مع قيام هذه الحالة، ولا يمكن للقاضى الحكم فى الدعوى فى هذه الحالة، وإذا صدر حكم ما مع وجود عداوة بين القاضى مصدر الحكم وأحد الخصوم فى الدعوى فإنه ينقض. قال مطرف: "ولابأس ان يقضى القاضى بين الخصمين له على أحدهما دين إذا كان به موسرا، فإن كان به معسرا لم يجز له النظر بينهما مثل الشهادة منه لأحدهما"^(١).

ويجد هذا الرأى أساسا له فى أن العداوة لا يؤمن معها غالبا الميل لأحد الخصوم على حساب الآخر بما يخل بمبدأ حياد القاضى، ويقضى على المساواة بين الخصوم، ولا يخلو القاضى فيه من التهمة^(٢).

٣- وجود دعوى للقاضى أو زوجته مرفوعة أمامه ولو رضى الخصم بذلك.

١- إذا وجدت للقاضى نفسه دعوى تصادف أنه هو الذى يقوم بنظرها، يستوى ان يكون مدعيا أو مدعى عليه فيها، فإنه يجب عليه ان يتحى عن نظرها ليقوم بنظرها غيره، أو يقوم برفعها أمام قاضى آخر ليقوم بنظرها، وإلا فان حكمه فى هذه الحالة يعد معدوما.

والأساس فى ذلك أنه إذا امتنع على القاضى أن يفصل فى الدعوى التى يوجد فيها صلة قرابة أو مصاهرة بينه وبين أحد الخصوم، وذلك للحوق التهمة به فى هذه الحالة، فإن المنع هنا يكون من باب أولى، إذ التهمة تكون أقوى فى تحققها فيما لو كان القاضى هو أحد أطراف الدعوى المعروضة عليه.

قال ابن فرحون: "ولا يجوز للقاضى أن يحكم لنفسه، فإن كان له قبل أحد شئ أو لأحد قبله شئ نرفع ذلك إلى غيره ووكل وكيلا يخاصم عنه، وإن شاء

(١) التبصرة، ج ١ ص ٢٠٧.

(٢) فى ترجيح هذا الرأى، شوقى علام، الحكم القضائى وأثره فى رفع الخلاف الفقهى، ص ٢١٢، ط ١، مكتبة الوفاء القانونية، ٢٠١٠.

خاصم ولم يوكل، فإن رضى صاحبه أن يحكمه في ذلك فلا يقبل ولا يجوز حكمه إلا أن يشاء أن يحكم لنفسه" (١).

المطلب الثاني

المساواة بين الخصوم في نطاق القاعدة العامة في الاختصاص المحلي

انعقاد الاختصاص المحلي لمحكمة موطن المدعى عليه. Le tribunal
du domicile du défendeur

وقد نصت على هذه القاعدة المادة ٤٩ / ١ مرافعات بقولها: "يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه ما لم ينص القانون على خلاف ذلك" (٢). وتنطلق هذه القاعدة من عدة اعتبارات تنطلق من المساواة والعدالة بين الخصوم على النحو التالي:

١. اعتبار المساواة وتحقيق التوازن بين المراكز القانونية *equilibre juridique* للخصوم، فالمدعى هو الذي يتخذ زمام المبادرة، ويبدأ الدعوى، وهو الذي يحدد البداية ويختار الوقت المناسب لرفع دعواه بعد أن يكون قد تهيأ لها وأعد أدلتها ومستنداتها، فليس من المنطق ولا من العدل أن يستدعى المدعى - وهو المهاجم - من يريد مهاجمته "المدعى عليه" إلى محكمة موطنه هو "أى المدعى" لكي يشن هجومه فيه، وإنما تقتضى اعتبارات المساواة وتحقيق التوازن بين الأخصام أن ترفع الدعوى أمام محكمة موطن المدعى عليه تيسيراً عليه.

(١) التبصرة، ج١ ص ٢٠٦، الفروق، ج٤ ص ١٠٣. المبدع شرح المقنع، المرجع السابق، ج١ ص ٣٢ وما بعدها، ط١، ج٨ ص ١٧٢ وما بعدها. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤١٨ هـ. ١٩٩٧ م.

(٢) وتعد هذه القاعدة من القواعد المستقرة في القانون المقارن. وقد اعتمدت المادة ١٥ / ٢ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ تطبيق هذه القاعدة في مسائل الأحوال الشخصية والتي آلت إلى محكمة الأسرة، فأصبحت مختصة بنظرها بمقتضى القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٤. وهذه القاعدة تنطبق على جميع الدعاوى - ما لم يوجد نص يقرر مخالفتها - سواء كانت دعاوى منشئة أو تقريرية أو دعاوى إلزام، كما تنطبق أمام القضاء العادى والاستثنائى على حد سواء. فتحي والى ص ٢٥٧ بند ١٦٦.

وحتى لا يجبر المدعى عليه على الانتقال إلى مكان يبعد عن وطنه ليدافع عن نفسه في دعوى قد يظهر لاحقاً عدم أحقية المدعى فيها^(١).

٢. الأصل هو براءة الذمة^(٢): وعلى من يدعى العكس أن يثبت ذلك أمام محكمة من تكون القرينة لصالحه وهو المدعى عليه؛ تجنبا لعنت المدعى وكيدة برفع الدعوى في مكان يبعد عن شخص قد يكون برئ الذمة^(٣). فاعتبارات العدالة تبرر هذه القاعدة.

٣. الديون مطلوبة لا محمولة. فمن يطالب بشيء معين في ذمة شخص ما، فإنه يجب عليه أن يسعى إليه لاستيفاء هذا الحق، فالمدعى هو الذى يسعى وراء المدعى عليه وليس العكس^(٤).

المطلب الثالث

المساواة بين الخصوم فى خصوص المواعيد الإجرائية

الامتداد القانونى للمواعيد الإجرائية: إذا كان القانون هو الذى يحدد المواعيد الإجرائية ابتداءً وانتهاءً، بما يعنى أن الجمود هو السمة الأساسية لتحديد المواعيد الإجرائية، بما يحقق قدرًا من الاستقرار والانتظام فى الإجراءات، إلا أنه مما يقلل من هذا الجمود ما قرره القانون ذاته من امتداد لهذه المواعيد إذا توافرت أسباب معينة على النحو التالى:

أ- الامتداد القانونى للميعاد بسبب العطلة الرسمية: نصت المادة ١٨ مرافعات على أنه: "إذا صادف آخر الميعاد عطلة رسمية امتد إلى أول يوم عمل بعدها" والعلة من هذا الامتداد هى إتاحة الفرصة لمن تقرر الميعاد

(1) عبد الباسط جيمعى، مبادئ ص ٦٧، محمود هاشم، ج ١ ص ٣٩٣ بند ٢٥١، أحمد ماهر ص ٧٠٧ بند ٣٣٩.

(2) وهذه القرينة تبدو ظاهرة فى مجال الحقوق الشخصية Les obligations، أما فى مجال الحقوق العينية droitsu réels فإن الأصل هو المطابقة الظاهر l'apparence للحقيقة réalité، فيفترض فيمن يحوز شيئاً أنه مالكة بحسب الظاهر إلى أن يثبت العكس. أحمد ماهر، الإشارة السابقة.

(3) أحمد ماهر زغلول، الإشارة السابقة، أحمد أبو الوفا، ص ٣٩٥ بند ٣٢٩.

(4) أحمد مسلم، أصول المرافعات، ص ٢٦٦ بند ٢٤٩.

لمصلحته في أن يستفيد منه كاملاً، فإذا كان آخر يوم في الميعاد قد صادف عطلة رسمية، بما يعنى تعطل الإجراءات خلال هذا اليوم، فإن الميعاد يمتد لأول يوم عمل بعده، حتى يستفيد صاحب المصلحة من الميعاد كاملاً^(١).

ويسرى هذا الامتداد على كل المواعيد أياً كان نوعها^(٢)، وسواء كانت مقررة بالساعات أو بالأيام أو بالسنين^(٣). ويشترط لذلك شرطان أساسيان:

١. أن تأتي العطلة في آخر الميعاد: وهذا هو ما يستفاد بالفعل من نص المادة ١٨ مرفعات، ويترتب على ذلك أن الميعاد لا يمتد إذا كانت العطلة في أول الميعاد أو خلاله وذلك مثل أيام الجمع والأعياد التي تتخلل الميعاد، أما إذا كان آخر الميعاد وقد صادف يوم جمعه مثلاً، فإنه يمتد لأول يوم عمل بعده.

٢. يمتد الميعاد بسبب العطلة الرسمية إلى أول يوم عمل بعدها، مهما كان عدد أيام العطلة، فلو صادفت الأيام الأخيرة للميعاد عطلة

(١) قارب: رمزي سيف، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط٥، ص ٤٨٤ بند ٣٩١، دار النهضة العربية، ١٩٦٤. إبراهيم سعد ج١ ص ٦٩٠ بند ٢٧٩، فتحى والى ص ٣٦٤ بند ٢٢٨.

(٢) وإذا كان الفقه يتفق على امتداد الميعاد بسبب العطلة بالنسبة للمواعيد الكاملة والناقصة، إلا أنه يختلف في هذا الامتداد في خصوص المواعيد المتردة. فيرى البعض أن الامتداد لا يسرى بالنسبة للمواعيد المتردة، لأن هذا الامتداد سيكون لبداية الميعاد لا لنهايتته وهو بهذا يعد انحساراً للميعاد لا امتداد له. فالامتداد يكون بالنظر لنهاية المواعيد لا لبدايتها. وعلى ذلك لو تحدد لنظر الاعتراضات على قائمة شروط البيع في التنفيذ على العقار جلسة يوم ١٠ مارس، وكان يوم ٦ مارس عطلة رسمية. وهو اليوم الأخير من بين الأيام التي يجوز فيها تقديم الاعتراض على القائمة "إذ يجب - طبقاً لنص المادة ٤٢٢ مرفعات تقديم الاعتراض قبل الثلاثة أيام السابقة على جلسة البيع" فإنه يتعين إبداء هذا الاعتراض قبل هذا اليوم ولا يجوز إبدائه في ٧ مارس على اعتبار امتداد الميعاد للعطلة الرسمية. أحمد أبو الوفا. المرافعات ١٩٨٠ ط٣ ص ٤٥٨ هامش ٣، فتحى والى ص ٢٦٥ هامش ١، إبراهيم سعد ج١ ص ٦٩١ هامش ١، ويؤيد هذا الرأي بعض أحكام القضاء نقض ١١/١٦/١٩٥٠ مج الأحكام ٢-١١. بينما يرى بعض الفقه أن الامتداد يسرى على كافة المواعيد لعموم نص المادة ١٨ مرفعات وليس هناك ما يبرر الخروج عليه. وجدى راغب، مبادئ، ص ٤١٠، العشماوى، محمد العشماوى وعبد الوهاب العشماوى، قواعد المرافعات فى التشريع المصرى والمقارن، ج١ ص ١٩٥٨، ٧٤٣، رمزي سيف. الوسيط، ص ٤٨٢ وما بعدها.

(٣) وفكرة امتداد الميعاد للعطلة تعد سمة عامة لا تقتصر على قانون المرافعات، بل تطبق على كافة المواعيد التى تنظم أمور الناس، فميعاد الشهر المحدد لتجديد رخص قيادة السيارات يمتد إذا وقعت فى نهايته عطلة رسمية، ومواعيد استحقاق الأوراق التجارية يمتد لليوم التالى للعطلة. أحمد هندی ص ٦٨٦ هامش ٢.

رسمية، فإن الميعاد يمتد فقط لليوم التالي للعطلة دون حساب الأيام السابقة على اليوم الأخير من الميعاد، لأن هذه الأيام تعتبر واقعة خلال الميعاد فلا يمتد الميعاد بسببها، وعلى ذلك لو وقع يوم الجمعة فى آخر الميعاد وكان يوم الخميس والأربعاء قبله عطلة رسمية، فإن الميعاد يمتد بسبب العطلة لأول يوم عمل بعد هذه العطلة^(١).

ب- الامتداد القانونى للميعاد بسبب المسافة: *délai de distance*

قدر القانون أنه قد تكون هناك حاجة لانتقال الخصم أو المحضر القائم بالإعلان من بلدة إلى أخرى، وأضاف سببا آخر يمتد فيه الميعاد الإجرائى وهو المسافة.

والحكمة من ذلك هى تمكين الخصم من الاستفادة بالميعاد المقرر لصالحه كاملا، فلا يحرم من جزء منه بسبب بعده عن المكان الذى يراد اتخاذ الإجراء فيه^(٢).

وهذا يحقق المساواة بين الخصوم فلا يمتاز خصم يقيم فى ذات البلدة المراد اتخاذ الإجراء بها على آخر لا يقيم فيها^(٣). وقد حدد القانون ميعاد المسافة فى المادتين ١٦، ١٧ مرافعات. وفرق بين الأشخاص المقيمين داخل

(1) إبراهيم سعد ج١ ص ٦٩١ بند ٢٧٩، وجدى راغب ص ٤٠٩.

(2) وجدى راغب، الإشارة السابقة.

(3) أحمد أبو الوفا ص ٤٥٩ بند ٣٨٧. فمن يكون موطنه بأسوان، فإنه يحتاج لميعاد مسافة يضاف إلى ميعاد الطعن بالنقض لرفع الطعن أمام محكمة النقض بالقاهرة ومن يكون موطنه بمرسى مطروح مثلا، فإنه يحتاج لميعاد مسافة يضاف إلى ميعاد الطعن بالاستئناف لرفعه أمام محكمة استئناف الإسكندرية. وكذلك من كان موطنه بمحافظة أسيوط فإنه يضاف لميعاد الحضور ميعاد مسافة فى دعوى مرفوعة عليه أمام محكمة الإسكندرية. والعبرة فى ميعاد المسافة يكون بالنظر إلى الشخص الذى يكون طرفا فى الإجراءات، ويقوم فعلا باتخاذ الإجراء، فإذا كان من يمثل المدعى عليه فى الخصومة ولى مثلا فإن العبرة بموطن هذا الولي دون نظر لموطن القاصر، وإذا كان للخصم موطن مختار يراد إعلانه فيه فالعبرة فى حساب ميعاد المسافة هو بهذا الموطن لا الموطن الأصلى على أنه إذا كان هذا الموطن المختار فى البلدة التى بها المكان الذى يتخذ فيه الإجراء فلا يضاف لميعاد مسافة، ما دام الإعلان قد تم فى هذا الموطن. فتحتى والى ص ٣٣٦ وما بعدها بند ٢٢٩، وجدى راغب ص ٤١٠ هامش ٣.

الجمهورية والأشخاص المقيمين بمناطق الحدود والأشخاص المقيمين بالخارج على النحو التالي:

١. الأشخاص الذين يكون موطنهم في مصر باستثناء مناطق الحدود، يلزم لإضافة ميعاد مسافة لهؤلاء أن تكون المسافة بين المكان الذي يجب الانتقال منه والمكان الذي يجب الانتقال إليه خمسين كيلومتراً على الأقل، فإن قلت عن هذا فلا يضاف ميعاد مسافة، ويمتد الميعاد يوماً لكل مسافة قدرها خمسين كيلومتراً، وما يزيد من الكسور على الثلاثين كيلومتراً يزداد له يوم على الميعاد، ولا يجوز أن يزيد ميعاد المسافة عن أربعة أيام، وعلى ذلك إذا تعدت المسافة بين المكان الذي يجب الانتقال منه والمكان الذي يجب الانتقال إليه ١٠٠ كيلو، فإن الميعاد يمتد يومين، وهو ذات الوضع لو بلغت المسافة ١٣٠ كيلومتر، أما إذا بلغت ١٣٥ كيلو متر فإن الميعاد يمتد ثلاثة أيام، لأن الكسور زادت عن ثلاثين كيلومتر.

٢. الأشخاص الذين يكون موطنهم في مناطق الحدود، يكون ميعاد المسافة بالنسبة إليهم خمسة عشر يوماً أي كان بعده بالكيلومترات، ويقصد بمناطق الحدود: المناطق النائية التي تقع بالقرب من الحدود السياسية بين جمهورية مصر العربية والدول المجاورة لها ولا تربطها بالمدن الرئيسية بالجمهورية وسائل مواصلات. وعلى ذلك لا تعد مرسى مطروح من المناطق الحدودية إذ تربطها بالمدن الرئيسية مواصلات منتظمة، لذا أيضاً يضاف ميعاد مسافة بينها وبين القاهرة - حيث مقر محكمة النقض - أربعة أيام فقط وليس خمسة عشر يوماً^(١).

(١) نقض ٥/١٩/ طعن رقم ٨٤٤ س ٤٦ ق. مج النقض س ٣١ ص ١٤٢. على أن ميعاد المسافة بالنظر إلى المسافة بين مدينتين لا يدخل في حسابه المسافة داخل المدينة، إذ تكون المسافة بينهما واحدة بصرف النظر عن القرب أو البعد من محطة السفر. فتحتى والى ص ٣٦ بند ٢٢٩. كما أن

٣. أما بالنسبة للأشخاص الذين يكون موطنهم خارج الجمهورية، فيكون ميعاد المسافة بالنسبة لهم ستون يوما. غير أنه إذا أعلن أحد هؤلاء الأشخاص لشخصه أثناء تواجده في الجمهورية، فإنه تطبق عليه القواعد التي تحكم ميعاد المسافة لمن هم داخل الجمهورية. ويجوز - بمقتضى المادة "٢/١٧" - إنقاص هذا الميعاد أو زيادته تبعا لسهولة المواصلات وظروف الاستعجال. وذلك بأمر من قاضى الأمور الوقتية، ويعلن هذا الأمر مع الورقة.

كما أن هذا الميعاد يسرى بالنسبة لجميع المقيمين بالخارج دون فرق. وذلك نظراً لتطور وسائل المواصلات على نحو قارب بين الأقطار جميعاً، الأمر الذى يتنافى مع التفرقة بينهم^(١).

ج- المرونة فى حساب المواعيد: تمشيا مع المرونة القانونية فى حساب المواعيد، فإن القانون يخفف فى بعض الأحيان من جمود المواعيد لى تتلائم مع ظروف الحال، فيعترف للقاضى استثناء بتعديل المواعيد الإجرائية سواء بالنقصان أو الزيادة، حسبما يراه محققاً للمساواة بين الخصوم، ومراعياً فى ذلك اعتبارات العدالة.

١. إنقاص المواعيد: تنص المادة ٦٦ على أن ميعاد الحضور خمسة عشر يوماً أمام المحكمة الابتدائية ومحكمة الاستئناف وثمانية أيام أمام محاكم المواد الجزئية، ويجوز فى حالة الضرورة نقص هذين الميعادين إلى ثلاثة أيام وإلى أربع وعشرين ساعة على التوالى، وميعاد الحضور فى الدعاوى المستعجلة أربع وعشرون ساعة ويجوز فى حالة الضرورة نقص هذا الميعاد وجعله من ساعة إلى

ميعاد المسافة حال إضافته إلى الميعاد الأصلي، فإنهما يشكلان معا ميعاداً واحداً، بحيث إذا وقع فى نهاية هذا الميعاد يوم عطلة رسمية، فإنه يمتد لهذا السبب. فتحى والى، الإشارة السابقة، أحمد أبو الوفا، ص ٤٦٣ بند ٣٨٧.

(1) المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات الحالى.

ساعة بشرط أن يحصل الإعلان للخصم نفسه إلا إذا كانت من الدعاوى البحرية ويكون نقص المواعيد في الأحوال المتقدمة بإذن من قاضي الأمور الوقتية وتعلن صورته للخصم مع صحيفة الدعوى كما تنص المادة ١٧ على أن: "ميعاد المسافة لمن يكون موطنه في الخارج ستون يوما ويجوز بأمر من قاضي الأمور الوقتية إنقاص هذا الميعاد تبعا لسهولة المواصلات وظروف الاستعجال ويعلن هذا الأمر مع الورقة".

٢. مد المواعيد: حيث تنص المادة ١٧ على أن ميعاد الستين يوما لا يعمل به لمن هو مقيم في الخارج إذ تم إعلانه لشخصه في الجمهورية أثناء وجوده بها، ولكن يجوز لقاضي الأمور الوقتية أو للمحكمة عند نظر الدعوى أن تأمر بمد المواعيد العادية أو باعتبارها ممتدة على أن لا يجاوز في الحالتين الميعاد الذي كان يستحقه لو أعلن في موطنه في الخارج "أى ميعاد الستون يوما".

المطلب الرابع

المساواة بين الخصوم في خصوص الطلبات في الدعوى

أولاً: في خصوص الطلبات المبدأة من المدعى.

تسمى الطلبات العارضة التي تقدم من المدعى بالطلبات الإضافية les demandes additionnelles . وقد حددت المادة ١٢٤ هذه الطلبات وأوردت في نصوصها أنواع هذه الطلبات وختمت ذلك بإيراد قاعدة عامة، فأتاحت للمدعى إيداء الطلبات العارضة الآتية: ١- ما يتضمن تصحيح أو تعديل موضوعه لمواجهة ظروف ما طرأت أو تبينت بعد رفع الدعوى "م ١/١٢٤". ٢- ما يكون مكملًا للطلب الأصلي أو مترتبًا عليه أو متصلاً به اتصالاً لا يقبل التجزئة "م ٢/١٢٤". ٣- ما يتضمن إضافة أو تغييراً في سبب

الدعوى مع بقاء موضوع الطلب الأصلي على حاله "٣/١٢٤" (١) -٤- طلب الأمر بإجراء تحفظى أو وقتى "م ٤/١٢٤" .٥- فى فقرتها الأخيرة وضعت المادة ١٢٤ قاعدة عامة يجوز بمقتضاها أن يقدم المدعى الطلبات العارضة المرتبطة بالطلب الأصلي والتي تأذن المحكمة بتقديمها. وهذه القاعدة تجعل من الطلبات الأخرى التي أوردتها هذه المادة فى فقراتها المختلفة مجرد أمثلة.

ويشترط لتطبيق هذه القاعدة: أولاً: أن يكون الطلب العارض مرتبطاً بالطلب الأصلي وهذا الارتباط هو الذى يبرر جمع الطلبين معا فى خصومة واحدة.

ويقصد بالارتباط: وجود صلة وثيقة بين طلبين تجعل من حسن سير العدالة جمعهما معا والفصل فيهما بحكم واحد حتى لا تتناقض الأحكام بشأنها إذا تم تجزئتها. ومثال ذلك طلب المؤجر من المستأجر دفع الأجرة المتأخرة "طلب أصلى" ثم يقدم طلبا عارضا بأن يدفع المستأجر مبلغا آخر مقابل انتفاعه بالعين المؤجرة بعد انتهاء عقد الإيجار: فعلى الرغم من اختلاف سبب الطلبين ولكن الصلة بينهما تبدو فى وحدة العين محل الانتفاع فى كلا الطلبين (٢). أو طلب فسخ العقد بعد طلب تنفيذه أو العكس، أو طلب تثبيت الملكية يوضع اليد المدة الطويلة يعد طلب صحة ونفاذ عقد البيع (٣).

ثانياً: أن تأذن المحكمة بتقديم الطلب العارض فى هذه الحالة: فالمحكمة التى تنتظر الدعوى الأصلية هى التى تقدر مدى ارتباط الطلب العارض الذى

(١) إذا كانت الفقرة الأولى من المادة ١٢٤ قد أباحت مكنة تعديل موضوع الطلب الأصلي، وهذه الفقرة الثالثة قد أتاحت مكنة تغيير السبب. إلا أنه لا يجوز الجمع بين تعديل موضوع الطلب وسببه فى نفس الوقت، لأننا نكون فى هذه الحالة إزاء طلب مختلف منبث الصلة بالطلب الأصلي. ومثال هذه الحالة: طلب الملكية على أساس الميراث "طلب أصلى" ثم طلب الملكية على أساس التقادم إضافة لسبب الطلب الأصلي، ومثال تغيير سبب الدعوى مع بقاء الموضوع الأصلي على حاله. طلب تعويض على أساس الفعل الضار، ثم طلب التعويض ذاته بناء على الإثراء بلا سبب.

(2) وجدى راغب، مبادئ، ص ٤٧٨ وما بعدها.

(3) نقض ١٩٨٩/٣/٢٦ طعن رقم ٣٣ س ٥٦ ق. موسوعة الفكهاني -٦- ص ٢٩٧ رقم ٤٣٠.

أبداه المدعى أمامها بالطلب الأصلي، وهى تتمتع فى ذلك بسلطة تقديرية متى كان تقديرها فيما خلصت إليها سائغا. والحكمة فى اشتراط إذن المحكمة فى هذه الحالة حتى لا يتخذ المدعى هذه الطلبات وسيلة للكيد لخصمه أو إعنائه بإرباك دفاعه وإطالة أمد الخصومة^(١).

ثانيا: فى خصوص الطلبات المبدأة من المدعى عليه.

تسمى الطلبات العارضة التى تقدم من المدعى عليه " بالطلبات المقابلة " كما تسمى بدعاوى المدعى عليه^(٢). Demandes des . reconventionnelles .

وقد تضمنت المادة ١٢٥ النص على أمثلة للطلبات المقابلة التى يقدمها المدعى عليه، وأوردت فى نهايتها - على غرار المادة ١٢٤ - قاعدة عامة. ومقتضى هذه المادة أنه يمكن للمدعى عليه أن يقدم طلبات عارضة فى حالات خاصة افتراض القانون وجود ارتباط بينها وبين الطلب الأصلي، فلا يكون للقاضى أية سلطة تقديرية فى تقدير وجوده، بل يجب عليه أن يحكم فى الطلب المقابل.

وذلك مثل: ١- طلب المقاصة القضائية: "م/١٢٥". ٢- طلب الحكم بالتعويضات عما لحق المدعى عليه من ضرر فى الدعوى الأصلية أو من إجراء فيها "م/١٢٥". ٣ - أى طلب يترتب على إجابته ألا يحكم للمدعى بطلباته كلها أو بعضها أو أن يحكم له بها مقيدة بقيد لمصلحة المدعى عليه. ٤- أى طلب يكون متصلا بالدعوى الأصلية اتصالا لا يقبل التجزئة "م/١٢٥". ٥- ما تأذن المحكمة بتقديمه مما يكون مرتبطا بالطلب الأصلي "م/١٢٥".

(١) وجدى راغب ص ٤٧٩، المذكرة التفسيرية لقانون المرافعات السابق.
(٢) أحمد مسلم ص ٥٧٦ بند ٥٤١، إبراهيم سعد ج ١ ص ٦١٩ وما بعدها بند ٢٤٩.

وبهذه الفقرة تضع هذه المادة قاعدة عامة تؤدي إلى إتاحة الفرصة للمدعى عليه في تقديم أى طلب عارض يكون مرتبطا بالطلب الأصلي. وهذه القاعدة تجعل من الأمثلة السابقة فى فقرات هذه المادة مجرد أمثلة لا تدخل تحت حصر. وعلى غرار المادة ١٢٤ السابقة على هذه المادة وفى فقرتها الأخيرة كذلك يتبنى القانون قاعدة الارتباط كمبرر لإبداء أى طلب يرتبط بالطلب الأصلي وجمعها معا فى خصومة واحدة للفصل فيهما بحكم واحد منعا لتعارض الأحكام.

ويشترط لقبول هذه الطلبات: ١- وجود صلة ارتباط بينها وبين الطلب الأصلي تبرر جمعها معا. ٢- أن تأذن المحكمة بتقديم هذا الطلب. فالقانون يترك قبول هذه الطلبات لمطلق سلطة المحكمة التقديرية. وذلك حتى لا يتخذ المدعى عليه منها وسيلة لتعطيل الفصل فى الدعوى. ومثال ذلك: أن يرفع الموكل طلبا بتقديم حساب بخصوص الوكالة فيطالبه الوكيل بمصاريف الوكالة^(١). أو أن يطلب البائع دفع الثمن فيطلب المشتري تسليم العين المبيعة^{(٢)(٣)}.

وحيث لم تتضمن هذه المادة أى إشارة إلى الطلبات المستعجلة التى يمكن للمدعى عليه تقديمها، كما فعل فى المادة السابقة بالنسبة للمدعى، إلا أنه يمكن القول بأنه يمكن للمدعى عليه أن يبدى أى طلب وقتى أو مستعجل إذا كان مرتبطا بالطلب الأصلي. لعدة أسباب: نظرا لعمومية نص المادة ١٢٥.

(1) أحمد أبو الوفا، الإشارة السابقة.

(2) وجدى راغب، ص ٤٨٣.

(3) وإذا كان الفقه يختلف حول جواز تقديم المدعى طلبا مقابلا رداً على الطلب المقابل من المدعى عليه. وإذا كانت القاعدة التقليدية تمنع ذلك *reconvention sur reconvention ne vaut* حتى لا يتسع نطاق الخصومة، إلا أن الفقه الحديث لا يرى ما يمنع من قبول الطلب المقابل من المدعى رداً على الطلب المقابل من المدعى عليه. حيث أن المدعى الأصلي يعد فى هذه الحالة فى مركز المدعى عليه، فيكون له ما للمدعى عليه، خاصة إذا كان طلبه المقابل ناشنا عن نفس السند الذى أقيمت به دعوى المدعى عليه. فتحى والى، ص ٤٦٤ وما بعدها بند ٢٧٤، أحمد أبو الوفا، ص ١٨٨ بند ١٧٩.

واستناداً إلى الفقرة الأخيرة فيه والتي جعلت من الطلبات الواردة فيها مجرد أمثلة لا تدخل تحت حصر، وتحقيقاً للمساواة بين الخصوم وقياساً على المادة "٤/١٢٤".

الفصل الثانى

التوازن بين الخصوم فى نطاق قواعد التنفيذ الجبرى

المبحث الأول

نظام النفاذ المعجل للأحكام

المطلب الأول

نظام النفاذ المعجل للأحكام موضوع فى الأساس لمصلحة المحكوم له

التنفيذ العادى — طبقاً للقاعدة العامة — لا يثبت إلا للأحكام النهائية، لكن أجاز استثناء من هذه القاعدة تنفيذ بعض الأحكام فى حالات معينة، نظراً لوجود اعتبارات معينة جديرة بتقرير هذا الاستثناء، وهذا الاستثناء يعنى قابلية الحكم للتنفيذ رغم عدم حيازته لقوة الأمر المقضى وهو ما يعنى بلغة أخرى تنفيذ مبكر أو معجل^(١) للأحكام، أو بمعنى آخر فإن التنفيذ المعجل يعنى صلاحية الحكم الابتدائى للتنفيذ المعجل إذا كان مشمولاً به وسمى بذلك لأنه تنفيذ للحكم قبل الأوان أى قبل صيرورته نهائياً.

ونظراً لأن هناك مصلحتين متعارضتين، هما مصلحة المحكوم له فى تنفيذ سريع للحكم الصادر لصالحه دون انتظار صيرورته نهائياً أو حائزاً لقوة الأمر المقضى، ومصلحة المحكوم عليه فى ألا ينفذ ضده من الأحكام إلا ما كان نهائياً، فقد حرص القانون على تحديد حالات التنفيذ المعجل، فوردت

(١) ورد نظام التنفيذ المعجل فى الفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الثانى من قانون المرافعات فى المواد ٢٨٧ وما قبلها تحت عنوان "النفاذ المعجل" وواقع الأمر أن اصطلاح النفاذ يختلف عن اصطلاح التنفيذ فنفاذ الحكم هو أثر مباشر من آثار النطق لا يتأثر بالطعن فيه أو بوقف تنفيذه، وهو يسرى دون تطلب اتخاذ أى إجراء، كاستعمال القوة الجبرية، أو إعلان الحكم أو حصول المحكوم له على صورة تنفيذية، أما تنفيذ الحكم فلا يمكن الالتجاء إليه إذا توافرت شروط معينة من استخدام القوة الجبرية واتخاذ مقدمات التنفيذ وكافة الشروط الأخرى التى يتطلبها التنفيذ الجبرى. أحمد أبو الوفا، إجراءات التنفيذ، ط٨، ص ٤٤ هامش ١، منشأة المعارف، ١٩٨٢.
ولذا يفضل اصطلاح تنفيذ الأحكام بدلاً من نفاذ الأحكام، أحمد أبو الوفا، إجراءات التنفيذ، ص ٤٣ هامش ١، وقارب: أحمد ماهر، ص ١١٣ هامش ١، فتحى والى، التنفيذ الجبرى فى المواد المدنية والتجارية، ص ٦٤ بند ٣١، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعى ١٩٩٥.

على سبيل الحصر بحيث لا يجوز القياس عليها ولا التوسع في تفسيرها⁽¹⁾.
خاصة حالات التنفيذ المعجل القانوني.

فالنفاذ المعجل موضوع أساسا لإضفاء حماية قضائية معجلة لمن ينشدها
وتتطبق عليه شروطها. وإذا كان النفاذ المعجل يصب في الأساس في
مصلحة المحكوم له. ولا يطبق إلا في ظل وجود شروط تبرر تطبيقه. وتكمن
في الأساس في وجود حالة من حالات النفاذ المعجل القانوني. أو في وجود
حالة من حالات النفاذ المعجل القضائي. والتي تركز أساسا حول وجود
استعجال يبرر إشمال الحكم الصادر بالنفاذ المعجل. أو قوة سند الحق الذي
يطالب به من يطالب إشمال الحكم بالنفاذ المعجل.

إلا أنه يكون من قبيل الغبن والظلم والتمييز، إذا تركت هذه القواعد
هكذا بدون وضع قواعد أخرى مقابلة تكون بمثابة ضمانات للمحكوم عليه بحكم
ابتدائي مشمول بالنفاذ المعجل. خاصة وأن النفاذ المعجل برمته، كما يوحي
بذلك اسمه هو نفاذ للحكم قبل الأوان. إذ القاعدة العامة في تنفيذ الأحكام تقرر
أنه لا ينفذ من الأحكام إلا أحكام الإلزام النهائية.

المطلب الثاني

ضمانات للمحكوم عليه بحكم ابتدائي مشمول بالنفاذ المعجل

التوازن في قواعد النفاذ المعجل للأحكام يقتضى النظر للجانب
الأخر، وهو المحكوم عليه بحكم ابتدائي مشمول بالنفاذ المعجل، حيث يمكن
الاحتجاج من قبل المحكوم عليه بحكم ابتدائي مشمول بالنفاذ المعجل، حول
الموقف القانوني بالنسبة له إذا ما طعن في الحكم الابتدائي المشمول بالنفاذ
المعجل بالاستئناف وألغته محكمة الاستئناف.

وفي حقيقة الأمر، فإن إلغاء محكمة الاستئناف للحكم الابتدائي المشمول
بالنفاذ المعجل هو في حقيقة الأمر إلغاء للسند التنفيذي الذي قام المحكوم له

(1) أمينة النمر، التنفيذ الجبري، ص 117 بند 121. 1988

بالتنفيذ بمقتضاه. فما الحكم الذي يجب اتباعه لإعادة التوازن لمركز المحكوم عليه عند إلغاء هذا الحكم؟ أو بعبارة أخرى ما هي الضمانات التي يمكن للمحكوم عليه أن يتبث بها إذا ألغت محكمة الاستئناف السند التنفيذي الذي تم التنفيذ عليه بمقتضاه؟

حقيقى أن قواعد النفاذ المعجل قد وضعت بحسبان أن هذه القواعد يصعب معها القول بإلغاء الحكم المشمل بالنفاذ المعجل حال استئنافه من قبل المحكوم عليه. إلا أن احتمالات إلغائه ماثلة وقائمة حتى في ذهن المشرع نفسه. فراح يضع القواعد وينص على الضمانات للمحكوم عليه لإعادة التوازن في المركز القانوني له، إذا ما طعن في الحكم وألغته محكمة الاستئناف.

وهذه الضمانات تتمثل في: ١- وجوب تقديم كفالة من المحكوم له قبل تنفيذ الحكم، امتثالاً لنص القانون، حيث يوجب تقديم كفالة في بعض الحالات^(١)، أو انصياعاً لأمر المحكمة^(٢)، إذا أمرته بتقديم كفالة. غير أن هذه الضمانة ليست كافية في كل الحالات، حيث إن وجوب الكفالة امتثالاً لأمر القانون أو حكم المحكمة، لا تتوفر في كل الحالات. إذ الأصل في الكفالة أنها جوازية للمحكمة في معظم الحالات. كما أنها محظورة قانوناً في بعض الحالات^(٣).

(١) تكون الكفالة واجبة بقوة القانون في المواد التجارية (م ٢٨٩ مرافعات). والحكمة من ذلك أن الأحكام التجارية تنفذ تنفيذاً معجلاً بقوة القانون مراعاة لاحتياجات السرعة في المواد التجارية، وفرض الكفالة بقوة القانون كذلك في هذه الأحكام يستجيب لاحتياجات الضمان في هذه المعاملات. محمد عبد الخالق، مبادئ التنفيذ، ط٤، ص ٢٠٠ بند ١٧٦، دار النهضة العربية ١٩٧٨. ومعنى وجوب الكفالة بقوة القانون، أي بغير حاجة إلى طلبها أو النص عليها في الحكم. كما أن المحكمة لا تملك الإعفاء من الكفالة في هذه الحالة، وإلا كان حكماً معيباً يستوجب الطعن فيه. أحمد ماهر زغول، أصول التنفيذ، ط٤، ج١ ص ١٤٥ بند ٨١.

(٢) الأصل في الكفالة أنها جوازية وأن الاستثناء هو وجوبها، فالقاعدة المقررة أن التنفيذ يجري بغير كفالة، ولا يلتزم المحكوم له - في غير الحالات الاستثنائية - بتقديمها إلا إذا حكمت المحكمة بذلك.

(٣) ثمة حالات معينة نص عليها القانون وحظر فيها تقديم كفالة، فلا يجوز للقاضي في هذه الحالات أن يقرن الحكم الصادر بالكفالة. ومثال هذه الحالات: ما تنص عليه المادة ٧ من قانون العمل من أن

٢- وقف التنفيذ من محكمة الاستئناف: لم يغض المشرع الطرف عن عدم كفاية الكفالة كضمانة للمحكوم عليه في كل الحالات. فنص على إمكانية الطعن في الحكم الابتدائي المشمول بالنفاذ المعجل بالاستئناف وطلب وقف تنفيذه وفقاً مؤقتاً، حتى الفصل في الموضوع، وهذه الضمانة تكمل النقص الذي يعتبر الضمانة الأولى. فيمكنه طلب وقف تنفيذ الحكم الابتدائي والمشمول بالنفاذ المعجل. تبعا للطعن المرفوع منه بالاستئناف حال توافر شروطه^(١). وتشكل الوسيلتين معا ضمانة هامة للمحكوم عليه بحكم ابتدائي مشمول بالنفاذ المعجل. انطلاقاً من تحقيق التوازن في المراكز الإجرائية للخصوم.

المبحث الثاني

محل التنفيذ

المطلب الأول

مبدأ الضمان العام (مراعاة مصلحة الدائن)

هذا المبدأ يعمل في الأساس في مصلحة الدائن. فقد نصت المادة ١/٢٣٤ مدني على أن: "أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه". فالمبدأ المستقر هو مبدأ أو حق الضمان العام. وهو يعنى أن مسؤولية المدين عن دين معين تعطى الدائن الحق في التنفيذ على أموال مدينه جميعها عدا ما يكون غير جائز الحجز عليه^(٢)، وذلك بسبب أن حق التنفيذ لا يرد على مال معين بذاته، بل يشمل جميع أموال المدين، ومن ناحية أخرى فهي

النفاذ المعجل في الدعاوى التي يرفعها العمال والمتدرجون ونقابات العمال وفقاً لأحكام قانون العمل يكون بلا كفالة، والحكمة من الإعفاء من الكفالة هنا هو عدم قدرة العامل على تقديم الكفالة، بحيث لو أُجبر على تقديمها فإنه لن يستطيع الإفادة من التنفيذ المعجل للحكم لعدم استطاعته تقديم الكفالة: محمد عبد الخالق، ص ٢٠٢، بند ١٧٨.

وكذلك ما تقرره المواد ٨٨٧ من مجموعة المرافعات، ٢/١ من القانون ٦٢ لسنة ١٩٧٦ في خصوص الأحكام الموضوعية الصادرة بالنفقات المستحقة في مسائل الأحوال الشخصية، فالنفاذ المعجل فيها واجب بقوة القانون وبلا كفالة. أحمد ماهر زغلول، المرجع السابق، ص ١٤٥ هامش ٣.

(١) راجع في هذه الشروط بالتفصيل للمؤلف: الوجيز في التنفيذ الجبري ص ٩٧.
(٢) نقض مدني ١٩٧٢ / ٥ / ١٧ طعن رقم ٢١٤ س ٣٤ ق. مج المكتب الفني س ٢٣ ص ٩٤١.

لا تخص دائئا بعينه، بل تشمل كل دائن بحيث يكون نفس المال ضمانا لكل التزام على المدين^(١).

ويترتب على هذا المبدأ: أ - عدم اشتراط التناسب بين حق الدائن وقيمة المال المحجوز عليه. فيمكن للدائن بمبلغ بسيط أن يحجز على ما يشاء من أموال مدينه تطبيقا لمبدأ الضمان العام، بالإضافة إلى أن حجزه لا يمنع غيره من الدائنين من توقيع الحجز على نفس المال ومشاركته في اقتسام ثمنه، فمن مصلحة الدائن ألا يكتفى بتوقيع الحجز على ما يتناسب مع قيمة دينه فقط احتياطاً لمزاحمة دائنين آخرين^(٢).

ب - كما أنه - طبقاً لهذا المبدأ - لا يشترط البدء بالتنفيذ على مال معين: فللدائن الحرية في اختيار الأموال محل التنفيذ دونما التزام بترتيب معين، فيمكنه الحجز على عقارات المدين أو منقولاته أو حقوقه وديونه لدى الغير، أو أن يجمع بين كل هذه الطرق جميعاً دونما أدنى اعتراض يمكن أن يقدم من المدين. ما لم ينص القانون على ترتيب معين، ومن ذلك ما تنص عليه المادة الأولى من لائحة الإجراءات الشرعية من أن يبدأ التنفيذ على النقود السائلة ثم على المنقولات ثم على العقارات^(٣).

وهذا المبدأ يعمل في مصلحة المحكوم له، حيث يحقق له اقتضاء حقه بأى وسيلة قانونية مناسبة، وعلى أى مال من أموال المدين، حسب اختياره هو.

(1) فتحى والى، التنفيذ فى المواد المدنية والتجارية، ص ٢٠٢ وما بعدها بند ١٠٤، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعى ١٩٩٥. وتتعين التسوية بين كل الدائنين بمقتضى حق الضمان العام فلا مجال للترقية بين دائن عادى ودائن صاحب حق عينى تبعى، وذلك لا يصادر - بطبيعة الحال - على ما هو مقرر للدائنين أصحاب الحقوق العينية التابعة من مزية تتمثل فى حق الأولوية *droit de préférence* الذى يتيح لهم التقدم على الدائنين العاديين، غير أن ذلك لا ينزع حق الضمان العام، فيمكن للدائن العادى إخضاع الأموال المثقلة بحق عينى تبعى "كالأموال المرهونة والممنوح عليها حق امتياز" للحجز واتخاذ إجراءات التنفيذ عليها. وكذلك لا يحول حق الحبس بين سائر الدائنين وبين التنفيذ على الأموال المحبوسة وينحصر أثره فى منع المشتري بالمزاد من تسلمها حتى يستوفى صاحب حق الحبس دينه من ثمنها. أحمد ماهر، المرجع السابق، ص ٤٩١ وما بعدها بند ٢٧٨.

(2) فتحى والى، المرجع السابق، ص ٢٠٣ بند ١٠٥.

(3) فتحى والى، المرجع السابق، ص ٢٠٥ بند ١٠٥.

ويرى البعض - بحق - مراعاة للعدالة والتوازن بين الخصوم ، أنه ليس ثمة ما يمنع من تنظيم إجراءات التنفيذ فضلا عن ضمان استيفاء الدائن لحقه التيسير على المدين وعدم إرهاقه، ولن يضار الدائن من البدء بالتنفيذ على مال دون آخر، ويمكن أن تترك مهمة اختيار الأموال التي يبدأ بالتنفيذ عليها إلى المدين أو معاون التنفيذ⁽¹⁾.

وهذا المبدأ وإن كان في صالح الدائن، إلا أنه في بعض الحالات قد يبدو في بعض الحالات فيه من الظلم والعسف بالنسبة للمدين. لذا راح المشرع في محاولة منه لإعادة التوازن في المراكز الإجرائية للخصوم وتحقيقا للمساواة بينهم، ينظم ويضع قواعد أخرى تعمل في مصلحة الدائن. وذلك عن طريق تقنين قواعد يحد من خلالها حال استعمال واحدة منها من عسف الدائن. إذا كان ثمة عسف من جانبه في التنفيذ على أموال المدين. وهو مانع من له في المطالب الثاني.

المطلب الثاني

وسائل الحد من الآثار المترتبة على مبدأ الضمان العام (مراعاة مصلحة المدين)
نظراً لوطأة مبدأ الضمان العام على المدين ومنعاً للعسف الذي قد يمارسه الدائن في ممارسة هذا المبدأ، ومراعاة للتوفيق وإيجاد نوع من التوازن بين مصلحة الدائن الحاجز ومصلحة المدين في عدم الإضرار به، فقد نظم القانون عدة وسائل ليحد بها من الآثار التي تترتب على ممارسة مبدأ الضمان العام. فأعطى للمدين خمس وسائل تساعد - تحقيقاً للتوازن بينه وبين الدائن - على الحد من مبدأ الضمان العام كما يلي:

أولاً: الإيداع والتخصيص "استبدال محل الحجر"

مكن القانون المحجوز عليه ليقادى الآثار المترتبة على ممارسة مبدأ الضمان العام المقرر للدائن من وسيلة أولى بمقتضاها يستطيع أن يرفع

(1) فتحى والى، التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، ص ٢٠٤ .

الحجز الذى أوقعه الدائن على أمواله، وذلك عن طريق إيداع مبلغ نقدى مساو للدين المحجوز من أجله خزانة المحكمة وتخصيصه للوفاء بحق الحاجز.

وهذه الوسيلة فى حقيقتها تعد تغييراً أو تعديلاً لمحل الحجز وانتقاله لهذه النقود المودعة خزانة المحكمة ورفعها عن الأموال الأخرى التى تم الحجز عليها. وقد نظم القانون استعمال هذه الوسيلة بطريقتين نصت عليهما المادتين "٣٠٢، ٣٠٣ مرافعات".

وهما: ١- الإيداع والتخصيص بدون حكم "الاستبدال الإرادى لمحل التنفيذ" طبقاً للمادة ٣٠٢ مرافعات. ٢- الإيداع والتخصيص بحكم مستعجل "الاستبدال القضائى لمحل التنفيذ": طبقاً للمادة ٣٠٣ مرافعات.

وبمجرد الإيداع مع التخصيص وفقاً للمادة ٣٠٢ أو المادة ٣٠٣، فإن الحجز يزول عن الأموال المحجوزة ويسترد المحجوز عليه كافة السلطات التى سلبها عنه الحجز، وينتقل الحجز إلى المبالغ المودعة خزانة المحكمة والمخصصة لمصلحة الحاجز أو الحاجزين.

فيمكن للمدين إذا رأى تعسفاً من الدائن فى استعمال حقه فى التنفيذ على أموال المدين، أن يقوم بإيداع المبلغ المدين به خزانة المحكمة من تلقاء نفسه، أو بناء على حكم المحكمة، ليتفادى هذا الأثر ويرفع الحجز عن أمواله ويسترده، ليتصرف فيها تصرف المالك فى أموالهم.

ثانياً: قصر الحجز La contonement de le saisie

الوسيلة الثانية التى استحدثها القانون هى قصر الحجز، ولقد نصت على هذه الوسيلة المادة ٣٠٤ مرافعات، وبمقتضى هذه المادة فإنه يمكن للمدين إذا قدر عدم التناسب بين قيمة الحق المحجوز من أجله وقيمة الأموال المحجوز عليها أن يطلب من قاضى التنفيذ الحكم بصفة مستعجلة يقصر الحجز على بعض الأموال وذلك بدعوى مستعجلة ترفع بالأوضاع المعتادة

للدعوى المستعجلة^(١). ويختصم فيها الدائنون الحاجزون، ولا يكون الحكم الصادر قابلاً للطعن بأى طريق.

فقصر الحجز يعد وسيلة سهلة إذا لم يكن بيد المدين نقوداً تكفى لإجراء الإيداع مع التخصيص، إذ يستطيع أن يطلب من قاضى التنفيذ الحكم بقصر الحجز على بعض الأموال ورفعها عن الباقي، وذلك لمواجهة عسف الدائن إذا أوقع حجزاً على أموال تفوق فى قيمتها الحق المحجوز من أجله^(٢). وهذه الوسيلة تسرى على جميع أنواع الحجز التحفظية والتنفيذية وأياً كان المال الذى يرد عليه الحجز منقول أو عقار أو ما للمدين لدى الغير^(٣).

ويترتب على صدور الحكم بقصر الحجز تحديد الحجز وحصره فى جزء الأموال المحجوزة التى عينها الحكم الصادر بقصر الحجز^(٤)، ورفعها عما عداها. ويسترد المدين كافة سلطاته على الأموال التى رفع عنها الحجز، ويصبح للحاجزين قبل حكم قصر الحجز أولوية فى استيفاء حقوقهم كاملة وما بقى فإنه يؤول للدائنين الحاجزين بعد قصر الحجز أو للمدين بحسب الأموال^(٥).

(1) أى بصحيفة تودع قلم الكتاب ثم تعلن للخصم بميعاد حضور ٢٤ ساعة أو من ساعة إلى ساعة فى حالة الاستعجال الشديد. والاستعجال مفترض بحكم طبيعة الدعوى، وليس فى حاجة إلى إثبات من الخصم أو تقدير من القاضى: وجدى راغب ص ١٩٦ هامش ١. وعكس هذا: محمد على راتب ونصر الدين. قضاء الأمور المستعجلة ج ٢ ص ٣٨٣ بند ٥٥٤، حيث يرون إلزام القاضى بالتأكد من وجود عنصر الاستعجال. ومع أنه حكم مستعجل إلا أن القانون قد منع الطعن فيه بأى طريق خلافاً للقاعدة العامة فى الأحكام المستعجلة.

(2) فتحى والى، المرجع السابق، ص ٤٦٥ بند ٢٣٤.

(3) عزمى عبد الفتاح، قواعد التنفيذ الجبرى فى قانون المرافعات، ص ٩٧٣، ط ١٩٨٣-١٩٨٤، ويمكن تطبيق هذه الوسيلة على الحجز الإدارى كذلك، حيث لم يرد فى القانون رقم ٣٠٨ لسنة ١٩٥٥ الخاص بالحجز الإدارى ما يتنافى مع تطبيق هذه الوسيلة. الإشارة السابقة.

(4) ولا يعنى حصر الحجز فى جزء من الأموال المحجوزة أننا أمام حجز جديد فيمكن الطعن فى الحجز لأى سبب يتعلق بإجراءاته ولو بعد حصره. فتحى والى، المرجع السابق، ص ٤٦٧ بند ٢٣٤.

(5) يظل المال بالرغم من قصر الحجز مملوكاً للمحجوز عليه وداخلاً فى الضمان العام، ومن ثم يتأتى الحجز عليه ولو بعد الحكم بقصر الحجز.

ثالثاً: الكف عن بيع المنقولات المحجوزة

قد لا يستطيع المحجوز عليه تدارك أمره عن طريق اتخاذ إجراءات الإيداع مع التخصيص، نظراً لانعدام المبالغ المطلوبة منه أو المساوية لقيمة الدين، وقد لا يتبع إجراءات الوسيلة الثانية "قصر الحجز"، ومع ذلك مكنه القانون من تدارك الأمر في لحظاته الأخيرة خاصة إذا تعلق الحجز بمنقولات، وذلك عن طريق الكف عن بيع المنقولات المحجوزة حتى ولو لم يطلب هو ذلك، حيث نصت المادة ٣٩٠^(١) مرافعات على أن: "يكف معاون التنفيذ عن المضى في البيع إذا نتج مبلغ كاف لوفاء الديون المحجوزة من أجلها هي والمصاريف، وما يوقع بعد ذلك من الحجز تحت يد معاون التنفيذ أو غيره ممن يكون تحت يده الثمن لا يتناول إلا ما زاد على وفاء ما ذكر".

رابعاً: وقف إجراءات التنفيذ على العقار "وقف بيع العقار المحجوز"

إذا تعلق الأمر بالتنفيذ على عقار، فإن المادة ١/٤٢٤ قد قدمت حكماً مشابهاً لما قدمته المادة ٣٩٠ الخاصة بحجز المنقول فنصت على أنه: "لكل من المدين أو الحائز أو الكفيل العيني أن يطلب بطريق الاعتراض على قائمة شروط البيع وقف إجراءات التنفيذ على عقار أو أكثر من العقارات المعينة في التنبيه إذا أثبت أن قيمة العقار الذي تظل الإجراءات مستمرة بالنسبة إليه تكفي للوفاء بحقوق الدائنين الحاجزين وجميع الدائنين الذين صاروا طرفاً فيها وفقاً لأحكام المادة ٤١٧ وهم أصحاب الحقوق المقيدة على العقار قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية" ويعين الحكم الصادر في هذا الاعتراض العقارات التي تقف الإجراءات مؤقتاً بالنسبة لها، ولكل دائن بعد الحكم بإيقاع البيع أن يمضى في التنفيذ على تلك العقارات إذا لم يكف ثمن ما يبيع للوفاء بحقه".

(١) معدلة بالقانون ٧٦ لسنة ٢٠٠٧.

ويستبان من هذا النص أنه يشترط لوقف بيع العقار أو العقارات المحجوزة أن يتقدم صاحب المصلحة المدين أو الحائز أو الكفيل العيني يطلب وقف إجراءات التنفيذ فلا تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها^(١)، ويقدم الطلب بطريق الاعتراض على قائمة شروط البيع بنفس إجراءاته وفي الميعاد المحدد له^(٢)، كما يمكن تقديمه بعد انقضاء ميعاد الاعتراض في أية حالة تكون عليها الإجراءات إلى ما قبل اعتماد العطاء، إذا جرت ظروف تبرره^(٣).

وتملك المحكمة سلطة تقديرية في هذا الشأن فلها أن ترفض الطلب أو تقبله. ويمكن للمحكمة استعمال هذه السلطة التقديرية في تحقيق مبدأ المساواة بين الخصوم.

خامساً: تأجيل بيع العقار المحجوز

ولم تقف المادة ١/٤٢٤ عند حد إعطاء صاحب المصلحة مكنة طلب وقف بيع العقار المحجوز وإنما منحت المدين بمقتضى فقرتها الثانية مكنة إيقاف إجراءات البيع على العقار محل التنفيذ.

وطبقاً لهذه المادة، فإن هذه المكنة تتعدد للمدين وحده - دون الحائز أو الكفيل - فله أن يطلب بطريق الاعتراض على قائمة شروط البيع تأجيل بيع العقار المحجوز ويجوز أن يبدي هذا الطلب في أية حالة تكون عليها الإجراءات إلى ما قبل اعتماد العطاء إذا طرأت ظروف تبرر ذلك.
"م ٣/٤٢٤".

(1) وفي هذا تختلف هذه الوسيلة عن الكف عن بيع المنقولات المحجوزة، والتي يلتزم معاون التنفيذ فيها بالكف من تلقاء نفسه دون حاجة لطلب ودون أن تكون له سلطة تقديرية في هذا الشأن "م ٣٩٠". والحكمة من إتاحة هذه الوسيلة حتى لا يباع العقار المحجوز بغير مقتضى. فتحى والى، المرجع السابق، ص ٥٣٠ بند ٢٨٢.

(2) فتحى والى، المرجع السابق، ص ٥٣١ بند ٢٨٢.

(3) م ٣/٤٢٤ مرافعات.

وهذه الوسيلة وإن كانت مكنة بيد المدين، إلا أنها - وبعكس الوسائل السابقة - تؤدي إلى تأجيل البيع، ومن ثم تأخير اقتضاء الدائن أو الدائنين لحقوقهم.

وتملك المحكمة سلطة تقديرية في هذا الشأن، فلها أن ترفض الطلب ولها أن تستجيب إليه.

ويمكن للمحكمة استعمال هذه السلطة التقديرية في تحقيق مبدأ المساواة بين الخصوم. فتأجيل بيع العقار المحجوز فيه مافيه من ظلم للدائن، خاصة وأن بيده سندا تنفيذيا يثبت حقه تجاه المدين.

المطلب الثالث

السلطة التقديرية للقاضي وأثرها في تحقيق المساواة بين الخصوم

أولاً: السلطة التقديرية في القانون الوضعي: السلطة التقديرية للقاضي عبارة عن نشاط ذهني وعقلي يقوم به القاضي في فهم الواقع المطروح عليه في نطاق قاعدة معينة يقدر أنها هي التي تحكم النزاع المطروح (١). ويعرفها البعض بأنها: "مجموعة النصوص التي يتضمنها القانون الموضوعي والإجرائي تخول القاضي صراحة حرية التقدير أو الاختيار في شكل العمل القضائي أو مضمونه (٢).

وعندما يباشر القاضي السلطة التقديرية فهو لا يباشر سلطة حكمية يخلق بها قاعدة قانونية، وإنما يباشرها في ضوء الضوابط والقواعد التي وضعها المشرع لممارسة هذه السلطة.

فالمساواة لا يقصد بها تلك المساواة المجردة التي تتعدم معها السلطة التقديرية للقاضي، بالنظر إلى اختلاف المراكز القانونية للأشخاص الخاضعين لأحكام القانون (٣).

(١) نبيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، ص ١٦، منشأة المعارف، الإسكندرية ١٩٨٤.

(٢) محمد محمود إبراهيم، سلطة القاضي في تكييف الدعوى، ص ١٣٥، منشأة المعارف، الإسكندرية.

(٣) قارب: الحصانة الإجرائية، المرجع السابق، ص ٣٥ وما بعدها.

غير أن القاضي لا يكون مخلا بمبدأ المساواة أمام القضاء حين يستعمل سلطته التقديرية ويقضي بأحكام مختلفة تبعا لاختلاف كل قضية^(١). وهذه السلطة تساعد القاضي في أن يستخدمها استخداما صحيحا يتفق والغرض الذى من أجله منح المشرع هذه السلطة للقاضي وصولا إلى العدالة المنشودة^(٢).

وقد قضت المحكمة الدستورية بأن: "المساواة..... ليست مساواة حسابية، إذ يملك المشرع بسلطته التقديرية ولمقتضيات الصالح العام وضع شروط موضوعية، تتحدد بها المراكز القانونية التي يتساوى بها الأفراد أمام القانون، بحيث إذا توافرت الشروط في طائفة من الأفراد وجب إعمال المساواة بينهم، لتمائل مراكزهم القانونية، فإذا انتفى مناط التسوية بينهم بأن توافرت الشروط في بعضهم دون البعض الآخر، كان لمن توافرت فيهم الشروط دون سواهم أن يمارسوا الحقوق التي كفلها القانون لهم^(٣)."

وقضت في حكم آخر بأن: "مبدأ المساواة في الحقوق بين المواطنين أمام القانون لايعنى أن تعامل فئاتهم على ما بينها من تباين في مراكزها القانونية معاملة قانونية متكافئة. كذلك لايقوم هذا المبدأ على معارضة صور التمييز جميعا، ذلك أن من بينها ما يستند إلى أسس موضوعية.... بما مؤداه أن التمييز المنهى عنه هو هو ذلك الذى يكون تحكما، ذلك أن كل تنظيم تشريعى لايعتبر مقصودا لذاته، بل لتحقيق أغراض بعينها تعكس مشروعيتها إطارا للمصلحة العامة التى يسعى المشرع إلى تحقيقها من وراء هذا التنظيم. فإذا كان النص التشريعى بما انطوى عليه من تمييز، مصادما لهذه الأغراض بما

(١) عبد الغنى بسيوني عبد الله، مبدأ المساواة أمام القضاء وكفالة حق النقاضي، ص ١٦، منشأة المعارف ١٩٨٣.

(٢) نبيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، المرجع السابق، ص ١٣٠.

(٣) حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم ٣١ لسنة ١٧ قضائية دستورية، جلسة ١٩٩٩/١/٢.

يستحيل منطقيًا ربطه أو اعتباره مدخلا إليها، فإن التمييز يكون تحكيمياً، وغير مستند بالتالى إلى أسس موضوعية^(١) .

وقد جرى القضاء – فى نطاق خصومة التحكيم – على أن مبدأ المساواة بين الخصوم فى خصومة التحكيم يقتصر على الحقوق الاجرائية للطرفين، فلا شأن له بما تقضى به هيئة التحكيم، أو بما تقوم به استعمالاً لسلطتها التقديرية فى تقدير الأدلة المقدمة من الخصوم^(٢) .

فعلى سبيل المثال:

١. يملك القاضى سلطة تقديرية فى خصوص مد المواعيد الإجرائية. تمشياً مع المرونة القانونية فى حساب المواعيد، فإن القانون يخفف فى بعض الأحيان من جمود المواعيد لكى تتلائم مع ظروف الحال، فيعترف للقاضى استثناءً بتعديل المواعيد الإجرائية سواء بالنقصان أو الزيادة.

٢. فى خصوص الطلبات المبداءة من المدعى: فى فقرتها الأخيرة وضعت المادة ١٢٤ قاعدة عامة يجوز بمقتضاها أن يقدم المدعى الطلبات العارضة المرتبطة بالطلب الأسمى والتي تأذن المحكمة بتقديمها. وهذه القاعدة تجعل من الطلبات الأخرى التى أوردتها هذه المادة فى فقراتها المختلفة مجرد أمثلة. ويخضع ذلك كله لتقدير المحكمة.

٣. فى خصوص الطلبات المبداءة من المدعى عليه: وضعت المادة ١٢٥ فى فقرتها الرابعة قاعدة عامة يجوز بمقتضاها أن يقدم المدعى عليه ما تأذن المحكمة بتقديمه من طلبات مما يكون مرتبطاً بالطلب الأسمى. وبهذه الفقرة تضع هذه المادة قاعدة عامة تؤدى إلى إتاحة

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم ١٩٥ لسنة ٢٠ قضائية دستورية، جلسة ١/١/٢٠٠٠.
(٢) حكم محكمة إستئناف القاهرة جلسة ٢٨/٢/٢٠٠٤، الدائرة ٩١ تجارى، فى الدعوى رقم ٦٤ لسنة ١٢٠ ق. تحكيم.

الفرصة للمدعى عليه في تقديم أى طلب عارض يكون مرتبطاً بالطلب الأصلي. ويخضع ذلك كله لتقدير المحكمة.

٤. في خصوص وسائل الحد من الآثار المترتبة على مبدأ الضمان العام.

١ – الإيداع والتخصيص أو "استبدال محل الحجر"

ذا رفعت دعوى الإيداع والتخصيص فليس لقاضى التنفيذ أن يتمتع عن تقدير المبلغ وتخصيصه للحاجز وإلا عد منكراً للعدالة، إلا أن له سلطة تقديرية كاملة في تحديد المبلغ الذى يجب إيداعه، أياً كان نوع الحجر وأياً كان السند سبب الحجر، مراعيًا في ذلك كل ما يثار من المنازعات في ثبوت دين الحجر أو مقداره أو في صحة إجراءات الحجر^(١).

٢ – قصر الحجر La contonement de le saisie

يختص قاضى التنفيذ بنظر هذه الدعوى بوصفه قاضياً للأمر المستعجلة، ومن ثم فهو يتقيد بالقواعد التى يتقيد بها القاضى المستعجل من حيث إنه يبحث الطلب بحثاً ظاهرياً دون المساس بأصل الحق، والحكم الصادر منه يعد حكماً مستعجلاً لا يقيد محكمة الموضوع عند تقدير الديون، كما يمكن له أن يعدل عنه إذا تغيرت ظروف إصداره.

وللقاضى سلطة قبول الطلب من عدمه، فله أن يقرر رفض الطلب إذا لم يجد تفاوتاً كبيراً بين الدين والمال المحجوز من أجله، وله سلطة قبول الطلب.

٣ – وقف إجراءات التنفيذ على العقار "وقف بيع العقار المحجوز"

أما إذا تعلق الأمر بالتنفيذ على عقار، فإن المادة ١/٤٢٤ قد قدمت حكماً مشابهاً لما قدمته المادة ٣٩٠ الخاصة بحجز المنقول فنصت على أنه:

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون القديم في تعليقها على المادة ٥٦٠ "المقابلة للمادة ٣٠٣ من القانون القائم".

"لكل من المدين أو الحائز أو الكفيل العيني أن يطلب بطريق الاعتراض على قائمة شروط البيع وقف إجراءات التنفيذ على عقار أو أكثر من العقارات المعينة في التنبيه إذا أثبت أن قيمة العقار الذى تظل الإجراءات مستمرة بالنسبة إليه تكفى للوفاء بحقوق الدائنين الحاجزين وجميع الدائنين الذين صاروا طرفا فيها وفقا لأحكام المادة ٤١٧ وهم أصحاب الحقوق المقيدة على العقار قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية" ويعين الحكم الصادر فى هذا الاعتراض العقارات التى تقف الإجراءات مؤقتا بالنسبة لها، ولكل دائن بعد الحكم بإيقاع البيع أن يمضى فى التنفيذ على تلك العقارات إذا لم يكفى ثمن ما بيع للوفاء بحقه".

وتملك المحكمة سلطة تقديرية فى هذا الشأن فلها أن ترفض الطلب أو تقبله.

فإذا ما قررت المحكمة - طبقا لسلطتها التقديرية - قبول الطلب، فإن عليها أن تحدد العقار أو العقارات التى توقف الإجراءات بالنسبة إليها، ويمكن أن ينصب الوقف على جزء من العقار بعكس الحال عما عليه الكف عن بيع المنقولات المحجوزة إذ لا يتأتى بيع جزء المنقول والكف عن بيع بعضه الآخر.

٤ - تأجيل بيع العقار المحجوز: كذلك فإن الوسيلة الخامسة الممنوحة للمدين المحجوز عليه وهى تأجيل بيع العقار المحجوز تبدو فى ظاهرها ظلما للدائن، إذ إن تأجيل بيع العقار المحجوز لمدة سنة يعنى تأجيل اقتضاء الدائن حقه لمدة سنة، وفى هذا من الظلم للدائن مافيه. ويمكن للقاضى فى خصوص هذه الوسيلة الخامسة أن يرفض - طبقا لسلطته التقديرية - تأجيل بيع العقار المحجوز لمدة سنة، إذا كان ذلك يضر بمصلحة الدائن.

وبناء عليه لا يمكن أن يمتنع القاضى عن الفصل فى القضية تحت ستار عدم وجود نص، أو غموضه، أو عدم كفايته، بل يصبح محتماً عليه أن

يجتهد للبحث عن حلول داخل المبادئ العامة ، وإلا فإنه يعد بذلك منكراً للعدالة Deni de justice ،ويمكن للمبادئ العامة أن تقدم حلا فى هذه الحالة، لأن كل الحق لا يوجد فى القانون وحده ، فالقاضى يمكنه أن يبحث عن حل داخل المبادئ العامة(١) .

والحقيقة: أن المشكلة لا تنثور بالنسبة للنظم التى تنص صراحة على مبدأ المساواة، كالتشريع الإسلامى وغالبية النظم فى العالم، وأما النظم التى تتضمن داخل نصوصها هذا المبدأ ، فإنه أمام صمت القانون، وعدم التحديد والغموض فى النص القانونى، فإن القاضى يجتهد فى اكتشاف القاعدة العامة التى لا تظهر صراحة formellement، ويعد هذا قاعدة قانونية قضائية ، نتجت بالأساس من عدم الكفاية(٢).

وسواء نص المشرع صراحة أو ضمناً على مبدأ المساواة، وسواء أكان هذا النص عاماً على كل الحالات أم خاصاً بحالة محددة، فإن هذا المبدأ يعد مبدأ عاماً ، وهذا يعنى أن المشرع لو نص عليه فى حالة محددة فإنه يمكن تعميمه على كل الحالات .وحتى فى حالة عدم النص عليه ، فإن القاضى ، وهو بصدد إعمال القاعدة القانونية على الواقعة محل النزاع، يمكنه أن يستلهم هذا المبدأ من روح التشريع ذاته ، أو استناداً إلى العدالة والإنصاف، وهو بهذه المثابة لا يحتاج إلى نص خاص.

ومن هنا تبدو الأهمية القصوى فى استعمال القاضى لسلطته التقديرية فى هذه الحالة، وفى كل حالة يبدو فيها ظلم بطرف من الأطراف .

وعلى القاضى فى هذه الحالات أن يبذل قصارى جهده لتحقيق التوازن بين المصلحتين المتعارضتين للخصوم تحقيقاً للمساواة بينهما.

christine préc P 290
N 371

(١) راجع فى هذا المعنى:

(2) Christine, Préc P 294 N 378.

ثانياً: السطة التقديرية فى الشريعة الإسلامية: وفى الشريعة الإسلامية فإن للقاضى سطة تقديرية واسعة، فله تحصيل المقاصد المطلوبة من القضاء ومنها إنصاف المظلوم والوصول إلى الحق، وذلك بكل طريق ممكن مادام لا يخالف نصاً شرعياً .

قال فى الطرق الحكمية: " فالحاكم إذا لم يكن فقيه النفس فى الإمارات، ودلائل الحال، ومعرفة شواهد، وفى القرائن الحالية والمقالية، كفهه فى جزئيات وكليات الأحكام: أضع حقوقاً كثيرة على أصحابها. وحكم بما يعلم الناس بطلانه لا يشكون فيه، اعتماداً منه على نوع ظاهر لم يلتفت إلى باطنه وقرائن أحواله. فهاهنا نوعان من الفقه، لا بد للحاكم منهما: فقه فى أحكام الحوادث الكلية، وفقه فى نفس الواقع وأحوال الناس، يميز به بين الصادق والكاذب، والمحق والمبطل. ثم يطابق بين هذا وهذا فيعطي الواقع حكمه من الواجب، ولا يجعل الواجب مخالفاً للواقع. ومن له ذوق فى الشريعة، وإطلاع على كمالاتها وتضمنها لغاية مصالح العباد فى المعاش والمعاد، ومجيئها بغاية العدل، الذى يسع الخلائق، وأنه لا عدل فوق عدلها، ولا مصلحة فوق ما تضمنته من المصالح: تبين له أن السياسة العادلة جزء من أجزائها، وفرع من فروعها، وأن من له معرفة بمقاصدها ووضعها وحسن فهمه فيها: لم يحتج معها إلى سياسة غيرها البتة" (١).

فالشارع على حد تعبير ابن القيم لم يبلغ القرائن والأمارات ودلائل الأحوال ، بل من استقرأ الشرع فى مصادره وموارده وجده شاهداً لها بالاعتبار، مرتباً عليها الأحكام . فإن ظهرت أمارات العدل وأسفر وجهه بأي طريق كان فثم شرع الله ودينه ، والله سبحانه أعلم وأحكم وأعدل أن يخص طرق العدل وأماراته وأعلامه بشيء ، ثم ينفي ما هو أظهر منها وأقوى دلالة ، وأبين أمارة ، فلا يجعله منها ، ولا يحكم عند وجودها وقيامها بموجبها، بل قد بين

(١) الطرق الحكمية، ص٤.

سبحانه بما شرعه من الطرق أن مقصودة إقامة العدل بين عباده ، وقيام الناس بالقسط ، فأبي طريق استخرج بها العدل والقسط فهي من الدين ، ليست مخالفة له^(١).

فالفقه الإسلامي واضح وصريح في أن الحاكم (القاضي) إذا ارتاب بالشهود فرقهم وسألهم كيف تحملوا الشهادة، وأين تحملوها، وإذا ارتاب بالدعوى، سأل المدعي عن سبب الحق، وأين كان، ونظر في الحال هل تقتضي صحة ذلك، وكذا إذا ارتاب بمن القول قوله، والمدعي عليه، وجب عليه أن يستكشف الحال، ويسأل عن القرائن التي تدل على صورة الحال^(٢).

قال ابن سعد في الطبقات الكبرى: "جاءت امرأة إلى عمر بن الخطاب فقالت: أشكو إليك خير أهل الدنيا إلا رجلا سبقه بعمل أو عمل بمنل عمله يقوم الليل حتى يصبح ويصوم النهار حتى يمسي. ثم تجلاها^(٣) الحياء فقالت: أفلني يا أمير المؤمنين. فقال: جزاك الله خيرا قد أحسنت الثناء قد أفلتتك. فلما ولت قال كعب بن سور: يا أمير المؤمنين لقد أبلغت إليك في الشكوى. فقال: ما اشتكت؟ قال: زوجها. قال: علي المرأة. فقال لكعب: اقض بينهما. قال: أقضي وأنت شاهد! قال: إنك قد فطنت إلى ما لم أظن. قال: إن الله يقول: "فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع"^(٤). صم ثلاثة أيام وأفطر عندها يوما وقم عندها ثلاث

(١) الطرق الحكمية: حمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية، ص ١٣، مكتبة دار البيان. بدائع الفوائد، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية، ج ٣ ص ١٠٨٩، تحقيق: علي بن محمد العمران، دار عالم الفوائد.

(٢) الإحكام شرح أصول الأحكام، عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي القحطاني الحنبلي النجدي، ط ٢، ج ٤، ص ٥٦٠، ١٤٠٦ هـ، الطرق الحكمية، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية، ص ٢٤، مكتبة دار البيان.

(٣) كساها وغطاها.

(٤) سورة النساء، من الآية رقم ٣.

ليال وبت عندها ليلة. فقال عمر: لهذا أعجب إلي من الأول! فرحل به أو بعثه قاضيا لأهل البصرة^(١).

وتقدم إلى إياس بن معاوية أربع نسوة ، فقال إياس : أما إحداهن فحامل ، والأخرى مرضع ، والأخرى ثيب ، والأخرى بكر . فنظروا فوجدوا الأمر كما قال ، قالوا : كيف عرفت ؟ فقال : أما الحامل : فكانت تكلمي وترفع ثوبها عن بطنها ، فعرفت أنها حامل، وأما المرضع : فكانت تضرب ثديها ، فعرفت أنها مرضع ، وأما الثيب : فكانت تكلمي وعينها في عيني ، فعرفت أنها ثيب، وأما البكر : فكانت تكلمي وعينها في الأرض ، فعرفت أنها بكر^(٢).

وقد ظهرت هذه السلطة في قضاء شريح رضى الله عنه. قال ابن سيرين سمعت شريحا يحلف بالله ما ترك عنده شيئا لله فوجد فقده ثم قال ولا أراه حلف إلا على علم وقضى على رجل بإقراره فقال قضيت علي بغير بينة فقال أخبرني بذلك ابن أخت خالك وقال له ابن له إن بيني وبين قوم خصومة فانظر في قصتي فإن كان الحق لي خاصمتهم وإلا تركتهم

ثم قص عليه القصة فقال له انطلق فخاصمهم فانطلق وخاصمهم ورافعهم إلى أبيه فقضى عليه فلما صار بالبيت عاتبه ابنه وقال لو لم أتقدم إليك لم ألمك لقد فضحتني.

فقال له والله يا بني لأنت أحب إلي من ملك الأرض ومنهم والله أعز علي منك إنني خشيت إن أخبرتك أن القضاء عليك فتذهب فتصالحهم ويذهب بعض حقهم.

(١) الطبقات الكبرى، أبو عبد الله محمد بن سعد بن منيع ، المعروف بابن سعد، ط٧، ص١٦٣ وما بعدها، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية ، بيروت، ١٤١٠ هـ ١٩٩٠ م.

(٢) الطرق الحكمية، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية، ص٢٥، مكتبة دار البيان.

وقال الشعبي شهدت شريحا وقد أئته امرأة تخاصم رجلا فأرسلت عينها بالبكاء فقلت يا أبا أمية ما أظنها إلا مظلومة فقال يا شعبي إن إخوة يوسف جاءوا أباهم عشاء يبكون^(١).

وتعد السلطة التقديرية للقاضي نوع من النشاط الذهني يقوم به، ويعتمد بدرجة كبيرة على ذكاء القاضي وفطنته، وهذا هو ما يعرف بالفراصة التي مدحها الله وأهلها في مواضع عديدة من كتابه الكريم. ومن ذلك قوله تعالى: "إِنَّ فِي ذَلِكَ لآيَاتٍ لِّلْمُتَوَسِّمِينَ"^(٢).

وعن أبي أمامة عن النبي صلى الله عليه وسلم، قال: «اتقوا فراصة المؤمن، فإنه ينظر بنور الله"^(٣)، ثم قرأ "إِنَّ فِي ذَلِكَ لآيَاتٍ لِّلْمُتَوَسِّمِينَ"^(٤). والمتوسمون هم المعتبرون، أو المتفرسون، كما قاله قتادة وغيره. أو الناظرون المتأملون المنفكرون في الأمور ومآلاتها. كما روى عن ابن عباس والضحاك، وغيرهما. وكل هذه المعاني ترد في الأساس وتتفرع عن معنى واحد.

وإطلاق التوسم على التأمل والنظر والاعتبار مشهور في كلام العرب.^(٥)

(١) تاريخ دمشق، أبو القاسم علي بن الحسن بن هبة الله المعروف بابن عساکر، ج٢٣، ص٤٦، تحقيق: ابن غرامة العمري، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ١٤١٥ هـ ١٩٩٥ م. السلوك في طبقات العلماء والملوك، أحمد بن يوسف بن يعقوب، أبو عبد الله، بهاء = الدين الجُندي اليميني، ط٢، ج١، ص٨٦، تحقيق: محمد بن علي بن الحسين الأكوخ الحوالي، مكتبة الإرشاد، صنعاء ١٩٩٥ م.

(٢) سورة الحجر: آية ٧٥.

(٣) المعجم الكبير، سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي، أبو القاسم الطبراني، ط٢، ج٨ ص١٠٢، رقم ٧٤٩٧، تحقيق: حمدي بن عبد المجيد السلفي، مكتبة ابن تيمية، القاهرة. سنن الترمذي، أبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي، ج٥، ص١٤٩، تحقيق: بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٩٩٨ م.

(٤) سورة الحجر: آية ٧٥.

(٥) راجع في هذا: جامع البيان في تأويل القرآن، محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الأملي، أبو جعفر الطبري، ط١، ج١٧، ص١٢١، تحقيق: أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، ١٤٢٠ هـ ٢٠٠٠ م. الجامع لأحكام القرآن، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي، ط٢، ج١٠، ص٤٢، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية - القاهرة، ١٣٨٤ هـ ١٩٦٤ م. فتح القدير، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليميني، ط١، ج٣، ص١٦٦، دار ابن كثير، دار الكلم الطيب - دمشق، بيروت ١٤١٤ هـ.

الفصل الثالث

المحاكم الاستثنائية ومبدأ المساواة بين الخصوم

المطلب الأول

مفهوم المحاكم الاستثنائية وحدود ولايتها

تمهيد: مبدأ المساواة وتنوع المحاكم

من الجدير بالذكر أن المساواة بين الخصوم أمام القضاء لا تعني عدم اختلاف العقوبة أو عدم تعدد المحاكم، إذ تختلف العقوبات على الجرائم المماثلة بحسب ظروف الجريمة، كما تختلف المحاكم بحسب تخصصها. غير أنه يجب أن يعامل جميع الأفراد معاملة واحدة وتطبق عليهم قوانين واحدة، دون أن يكون هناك تمييز بين فئة من الناس وأخرى.

ولا يصادر على هذا المبدأ تنوع المحاكم واختلافها نتيجة تنوع المنازعات أو طبيعة الجرائم أو اختلاف تشكيلات المحاكم عن المعتاد في بعض القضايا .

وطبقاً للقانون : فإن الاختصاص النوعي للمحاكم يتوزع بين محاكم مختلفة بالنظر لنوع الدعوى ، وكذلك الاختصاص القيمي يتوزع بين المحاكم بالنظر لقيمة الدعوى ، وفي الجرائم تختلف المحكمة كما وكيفاً تبعاً لنوع الجريمة .

كما أن القانون في بعض الحالات ينص على تشكيل معين للمحكمة يخرج به عن التشكيل العادي . فدعوى المخاصمة التي ترفع ضد القضاة تنظرها هيئة قضائية خاصة تتشكل بطريقة معينة نصت عليها المادة ٤٩٦ ، ٤٩٧ من قانون المرافعات دون أن يشكل ذلك وجه استثناء على هذا المبدأ^(١).

أولاً: مفهوم المحاكم الاستثنائية وحدود ولايتها

(١) عاشور مبروك، الوسيط في شرح قانون القضاء المدني، ط١، الكتاب الأول ص ٩١ بند ٨٤، ١٩٩٥.

مفهوم المحاكم الاستثنائية: تختلف المحاكم الاستثنائية عن المحاكم العادية في أن المحاكم العادية أو ما يسمى "جهة المحاكم" تختص بالفصل في كافة المنازعات والجرائم إلا ما استثني بنص خاص، أما ولاية المحاكم الاستثنائية فهي ولاية استثنائية محدودة تتعلق بطلبات معينة وارادة على سبيل الحصر، أو متعلقة بفئة معينة من الناس، كما أن المحاكم الخاصة تنشأ بقانون خاص يحدد لها تشكيلا خاصا يضم في بعض الأحيان شخصيات غير قضائية، كما يحدد لها بعض القواعد الإجرائية الخاصة، وهذه المحاكم لاتدخل في ترتيب المحاكم العادية، ولا يطعن في أحكامها أمامها (١).

ويقوم التمييز بين المحاكم العادية والمحاكم الاستثنائية على أساس المصالح التي يحميها قضاء المحكمة، فإذا كان يحمي المصالح العادية التي تهم عموم الأشخاص فهي محكمة عادية. أما إذا كان قضاء المحكمة يحمي مصالح خاصة ذات وصف محدد أو تتعلق بفئة معينة من الأشخاص، فهي محكمة استثنائية (٢).

ويمكن القول بأن الصلة بين المحكمة العادية والمحكمة الاستثنائية تشبه الصلة بين القاعدة العامة والاستثناء، ووفقا لهذا فكل محكمة خاصة هي محكمة استثنائية (٣).

ثانيا: حدود ولاية المحاكم الاستثنائية: انتفاء ولاية جهة المحاكم بالنسبة لما يدخل في ولاية المحاكم الخاصة أو الاستثنائية: إذا كان القانون ينص على أن تختص المحاكم بالفصل في كافة المنازعات والجرائم على الوجه

(١) محمود هاشم، قانون القضاء المدني، ج١، ص١٩٨ وما بعدها بنود ١١٢، دار الفكر العربي ١٩٨١. وراجع في اختلاف المحاكم الخاصة عن اللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائي، وجدى راغب، مبادئ، المرجع السابق، ص٢٥٨، أحمد ماهر زغلول، أصول المرافعات، المرجع السابق، ص٤٩٠ بنود ٢٤٣. وفي محاذير التوسع من إنشاء محاكم خاصة، وجدى راغب، مبادئ، المرجع السابق، ص٢٥٩، أحمد ماهر زغلول، أصول، المرجع السابق، ص٤٨٧ بنود ٢٤٢.

(٢) فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني، ط٢، ص١٩٦، مطبوعات مؤسسة روز اليوسف، القاهرة، ١٩٨١م.

(٣) فتحي والي: الوسيط، ص١٩٦.

المبين في قانون المرافعات المدنية والتجارية وقانون الإجراءات الجنائية، إلا ما استثنى بنص خاص، فإن المادة ١٥ من قانون السلطة القضائية تشير إلى إمكانية الانتقال من الولاية العامة لجهة المحاكم، فيخرج منها بعض المسائل المحددة التي يعهد بولاية الفصل فيها إلى بعض المحاكم الخاصة المنشأة لهذا الغرض^(١). كما أن اللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائي تعد بمثابة انتقال لإطلاق ولاية القضاء في منازعات الأفراد، كما أنها تشوب ولاية مجلس الدولة في هذا الخصوص^(٢).

ولا تقوم المحاكم الاستثنائية على أساس الانتقال من ولاية جهة المحاكم فحسب، بل توجد أيضا طائفة أخرى من المحاكم الاستثنائية التي تقوم على أساس الانتقال من ولاية جهة القضاء الإداري، فتتول ولاية الفصل في هذه المنازعات الإدارية إليها^(٣).

ويترتب على ذلك أثران متكاملان: ١- لا يكون للمحاكم الخاصة أو الاستثنائية ولاية خارج حدود ولايتها المقررة لها قانونا، كما تنتفى ولاية جهة المحاكم في خصوص المسائل التي يدرجها القانون في ولاية هذه المحاكم الخاصة أو الاستثنائية^(٤).

ويرى بعض الفقه^(٥) في هذا الخصوص أن المحكمة العادية لها ولاية القضاء العامة، أما المحكمة الاستثنائية فليس لها ولاية قضائية خارج الحدود التي رسمت لها.

(١) أحمد ماهر زغلول، أصول المرافعات، ص ٤٨٤ بند ٢٤١.

(٢) أحمد مسلم، أصول المرافعات، ص ١٧٩ بند ١٧٤.

(٣) حكم المحكمة الدستورية العليا في ٧ مارس ١٩٩٢، قضية رقم ١٤ لسنة ٨ ق تنازع. وفي هذا الخصوص يقول بعض الفقه: "إن المشرع الدستوري إما يفوض المشرع العادي في تنظيم الهيئات القضائية وتحديد اختصاص كل منها، لا في إهدار هذا الاختصاص أو الانتقال منه أو الافتئات عليه، وإلا كان متجاوزا حدود التفويض ومخالفا للدستور. ومن ثم يكون القانون المنشئ لمحكمة خاصة أو استثنائية - تنتقص من الولاية العامة للقضاء وتسلبه اختصاصه - موصوما بعدم المشروعية". محمد كامل عبيد، استقلال القضاء، ص ٥٧١، نادى القضاة المصري ١٩٩١ م.

(٤) أحمد ماهر زغلول، أصول، المرجع السابق، ص ٤٨٥ بند ٢٤١، وجدى راغب، مبادئ، ص ٢٥٩.

(٥) فحى والى، الوسيط، ص ١٩٧ وما بعدها، بند ١٢٤.

وينتج عن هذا: ١- أن العمل القضائي الذي يصدر من المحاكم العادية - ولو خارج حدود اختصاصها - يحوز حجية الأمر المقضى، أما العمل القضائي الذي يصدر من المحكمة الاستثنائية خارج حدود اختصاصها، لا يحوز حجية الأمر المقضى، وأساس ذلك أنه لا ولاية للمحاكم الاستثنائية خارج حدود اختصاصها، ويعد العمل الصادر منها خارج هذه الحدود كأنه صادر من شخص خاص، بما يبرر إمكانية طلب بطلانه بدعوى البطلان الأصلية كأي عمل قانوني خاص.

٢- يجب تفسير قواعد اختصاص المحاكم الخاصة أو الاستثنائية تفسيراً ضيقاً، كما يجب اتباع الإجراءات القضائية العادية واحترام ضمانات التقاضي أمامها، إلا ما استبعد صراحة أو ضمناً عن طريق تقرير قواعد مخالفة^(١).
ومن أمثلة المحاكم الخاصة أو الاستثنائية في القانون المصري: المحكمة الدستورية العليا المنشأة بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩^(٢). وهي هيئة قضائية خاصة مستقلة قائمة بذاتها تختص بالفصل - دون غيرها - بالرقابة على دستورية القوانين واللوائح والفصل في التنازع على الولاية "التنازع على الاختصاص بين جهات القضاء" فضلاً عن تفسير القوانين والقرارات بقوانين. ومحاكم أمن الدولة، ومحاكم القضاء العسكري "قانون الأحكام العسكرية رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦، والقوانين اللاحقة عليه والمتعلقة بهذا الخصوص^(٣).

(١) وجدى راغب، مبادئ، ص ٢٥٩، فتحى والى، الوسيط، ١٩٧، وما بعدها بند ٤١١، أحمد مسلم، أصول المرافعات، ص ١٧٥ بند ١٦٨.

(٢) وجدى راغب، مبادئ، ص ٢٥٧ وما بعدها. ووجه كون المحكمة الدستورية من المحاكم الخاصة يكمن في عدم اندراجها ضمن محاكم جهة القضاء العادى أو الإدارى. واللذان تشكلان الجهتان الرئيستان للقضاء فى مصر. وما عداهما يشكل وجه استثناء عليهما، ولو كان جهة قضائية بذاته. وتسمية هذه المحاكم بالاستثنائية يعود إلى أن ولايتها القضائية مقررة كذلك على سبيل الاستثناء، إذ تتعدى ولاية القضاء العامة للمحاكم العادية بنص القانون "م ١/١٥ من قانون السلطة القضائية.

(٣) إبراهيم سعد، المرجع السابق ص ٢٣٩ بند ١٠٣، فتحى والى، المرجع السابق ص ١٩٦ بند ١٢٢، محمود هاشم، قانون القضاء المدنى، بند ١١٦ أحمد ماهر، المرجع السابق، ص ٤٨٦ بند

وتشير المادة ٣/٨٥ من الدستور المصرى الصادر عام ١٩٧١ إلى تنظيم خاص بمحاكمة رئيس الجمهورية حال اتهامه بالخيانة العظمى أو ارتكابه جريمة جنائية، فتكون محاكمته أمام محكمة خاصة ينظم القانون تشكيلها وإجراءات المحاكمة أمامها^(١).

كما تشير المواد ١٦٠، ١٥٩ من ذات الدستور إلى تنظيم خاص بمحاكمة الوزراء ونوابهم. وطبقا لهذه النصوص فإن محاكمة الوزراء ونوابهم وإجراءات المحاكمة وضماناتها والعقاب يكون على الوجه المبين فى القانون، والمحاكم التى تنشأ تلبية لهذا الغرض تعد من المحاكم الخاصة^(٢).

المطلب الثانى

المحاكم الاستثنائية ومدى انتقاصها لبدأ المساواة بين الخصوم

أولاً: موقف القانون الوضعى

لم يتفق الفقه على كلمة سواء حول انتقاص المحاكم الاستثنائية من مبدأ المساواة بين الخصوم أمام القضاء.

وفى هذا الخصوص ينقسم الفقه إلى رأيين:

١. فلا يصادر على هذا المبدأ فى نظر البعض ما قد يراه المشرع فى

بعض الأحيان من إنشاء محاكم استثنائية^(٣)، تنشأ بقوانين خاصة

(١) وطبقا لنص هذه المادة، فإن اتهام رئيس الجمهورية فى هذا الخصوص يجب أن يكون بناء على اقتراح مقدم من ثلث أعضاء مجلس الشعب على الأقل ولا يصدر قرار الاتهام إلا بأغلبية ثلثى أعضاء المجلس. ويوقف رئيس الجمهورية عن عمله بمجرد صدور قرار الاتهام ويتولى نائب رئيس الجمهورية الرئاسة مؤقتا لحين الفصل فى الاتهام، وإذا حكم بإدانتة أعفى من منصبه مع عدم الإخلال بالعقوبات الأخرى.

(٢) وطبقا لهذه النصوص، فإن لرئيس الجمهورية وللمجلس الشعب الحق فى إحالة الوزير أو نائبه الى المحاكمة عما يقع منه من جرائم تقع منه أثناء تأدية أعمال وظيفته أو بسببها، ويكون قرار مجلس الشعب باتهام الوزير أو نائبه بناء على اقتراح يقدم من خمس أعضائه على الأقل، ولا يصدر قرار = الاتهام إلا بأغلبية ثلثى أعضاء المجلس، ويوقف الوزير أو نائبه عن العمل الى أن يفصل فى أمره، ولا تحول انتهاء خدمته دون إقامة الدعوى عليه أو الاستمرار فيها.

(٣) تسمية هذه المحاكم بالاستثنائية يعود إلى أن ولايتها القضائية مقررة كذلك على سبيل الاستثناء، إذ تتعد ولاية القضاء العامة للمحاكم العادية بنص القانون "م ١/١٥ من قانون السلطة القضائية" ولا يخرج من ولاية هذه المحاكم بمقتضى النص السابق إلا ما استثنى بنص خاص ولازم ذلك أن ولاية المحاكم الاستثنائية تنحصر فى حدود المسائل المنصوص عليها دون أن تتعدها إلى غيرها

للفصل فى منازعات معينة أو جرائم معينة ، طالما كان إنشاء هذه المحاكم الاستثنائية منوط بمعيار موضوعى يعود لطبيعة المنازعة أو الجريمة لتحديد اختصاص هذه المحاكم ، أما إذا تحدد اختصاص هذه المحاكم بناء على معيار شخصى يتعلق بشخص المتقاضى أو طبيعته أو مهنته فإن ذلك يعد افتئاتاً على مبدأ المساواة أمام القضاء^(١).

مع ملاحظة أن مبدأ المساواة أمام القضاء لا ينتفى عندما يأخذ المشرع فى اعتباره بعض الأمور المتعلقة بطوائف معينة من المتهمين، كالسن مثلاً، لوضع قواعد إجرائية تتناسب مع حالتهم، وهو ما يتم بشأن وضع إجراءات خاصة بمحاكمة الأحداث على سبيل المثال، بحيث يخضع جميع المتهمين الذين لا يتجاوز عمرهم سناً معينة وقت ارتكابهم الجريمة لإجراءات جنائية موحدة، وإن كانت مختلفة عن تلك التى يخضع لها المتهمون البالغون^(٢).

٢. فى حين يرى البعض الآخر^(٣) - فى ظل المحاذير العديدة التى ساقها تبريراً لرأيه - أن إنشاء محاكم استثنائية علاوة على أنه يقضى على وحدة القضاء فى الدولة ويؤدى إلى ضعف الثقة فى القضاء العادى ، وضياح الحقوق بالنظر إلى وجوب إتباع إجراءات خاصة أمام هذه المحاكم قد يجهلها الشخص فإنه يقضى على المساواة بحسبان أن هذا المبدأ يقتضى وجود قضاء واحد لجميع المواطنين^(٤).

وتتعدم ولايتها خارج فى هذه الحدود . وينتج من ذلك أنه لا يجوز حجية الأمر المقضى إلا ما أصدرته من أحكام داخل حدود ولايتها ، وتتعدم هذه الحجية خارج هذه الحدود ، راجع فى ذلك إبراهيم نجيب سعد ، المرجع السابق ص ٢٣٨ هامش ٢ ، فتحي والى ، الوسيط ص ١٩٧ ، ١٩٨ ، بند ١٢٤ ، أحمد ماهر ، المرجع السابق ص ٤٨٤ وما بعدها بند ٢٤١ .

(١) إبراهيم سعد ، المرجع السابق ص ٢٣٧ بند ١٠٢ .
(٢) عوض محمد عوض ، المرجع السابق ، ص ٥٢٧ . وقارب: أحمد فتحي سرور ، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان فى الإجراءات الجنائية ، ص ٢٢٢ وما بعدها . دار النهضة العربية ، ١٩٩٥ .

(٣) فتحي والى ، المرجع السابق ص ١٩٦ وما بعدها بند ١٢٣ .
(٤) فتحي والى ، الوسيط فى قانون القضاء المدنى ، ط ٢ ، ص ١٩٧ ، مطبوعات مؤسسة روز اليوسف ، القاهرة ، ١٩٨١ م . وقارب: فتوح الشاذلى ، المساواة فى الإجراءات الجنائية ، ص ٩٦ ، هامش ١ . دار المطبوعات الجامعية ، ١٩٩٠ .

فمبدأ المساواة أمام القضاء يتتافى فى الأساس وتخصيص هيئة لتفصل فى منازعات تتعلق بفتة اجتماعية معينة دون أخرى. بل ينبغى أن تكون سلطة القضاء واحدة يقف أمامها الجميع، وبذات الإجراءات، وبنفس القدر من احترام حقوق الدفاع.

والحق أنه رغم وجود مزايا للمحاكم الاستثنائية تتمثل فى الإجراءات المختصرة والنفقات البسيطة والرغبة فى محاولة التوفيق فى بعض القضايا أو تطلب خبرة فنية معينة بالنظر إلى طبيعة النزاع أو الجريمة مما لا يتوافر فى القضاء العادى، فإن هذه المزايا مجتمعة يمكن تحقيقها فى ظل احترام مبدأ المساواة عن طريق إنشاء دوائر متخصصة داخل المحاكم العادية، وزيادة عدد القضاة فى هذه الدوائر لسرعة الفصل فى هذه المنازعات^(١).

فإن كان الرأى الثانى له ما يبرره؛ بحسبان أنه يحقق المساواة بين الخصوم، إلا أن الرأى الأول يمكن أن يحقق نفس الهدف فى ظل وضع الضوابط والشروط التى تضمن تطبيقه فى أضيق نطاق.

لكل ذلك: يمكن القول بأنه يمكن إنشاء محاكم استثنائية بمراعاة ضوابط

معينة^(٢) وهى:

(١) فتحى والى المرجع السابق . ذات الموضوع ، إبراهيم سعد المرجع السابق ص ٢٤٠ بند ١٠٣ .
Solus et perret. Droit judiciaire prive, t1 p14 88 N 521 paris 1961.

(٢) راجع فى هذه الضوابط: محمد كامل عبيد، استقلال القضاء، ص ٥٧٠-٥٧٥، بند ٦٨٠، نادي القضاة المصري ١٩٩١م. ومؤتمر العدالة الأول الذى نظمه نادى القضاة بمصر فى ٢٤ إبريل ١٩٨٦. والذى تعرض لتحديد معنى القضاء الطبيعى وحدده فى: " أن يكون القضاء محددًا وفق قواعد قانونية مجردة فى وقت سابق على نشوء الدعوى، بما مؤداه أنه يعد قضاء استثنائيا كل قضاء ينشأ فى وقت لاحق على نشوء النزاع أو ارتكاب الجريمة لكى ينظر فى دعوى أو دعاوى بعينها ، وأن تتوافر فيه الضمانات التى قررها الدستور والقانون وفى مقدمة هذه الضمانات أن يكون مشكلا من قضاة أخصائيين فى العمل القانونى ومترغين له متوافرة فيهم شروط الاستقلالية وعدم القابلية للعزل وأن تكفل لأطراف الدعوى جميعا حقوق الدفاع وضمائنه كاملة وأن يكون القانون الذى يطبقونه ملتتما مع الدستور وفى إطار من الاحترام العميق لحقوق الإنسان وضمائنه .

أن يكون إنشاء المحاكم وتحديد اختصاصها بقانون. وأن يكون إنشاء المحكمة قبل نشوء الدعوى؛ ليعرف كل مواطن سلفاً من هو قاضيه، ومن ثم لا يجوز بعد نشوء الدعوى أو وقوع الجريمة انتزاع الشخص من قاضيه الطبيعي إلى محكمة أخرى أنشئت خصيصاً من أجله وأمثاله. وأن تكون المحكمة دائمة دون قيد زمني معين، سواء كان تقييد ولايتها بمدة معينة أو بظروف خاصة أو استثنائية كحالة الحرب أو حالة الطوارئ، ونحو ذلك من الظروف الخاصة. فالمحاكم المؤقتة بزمن أو بظرف معين لا تُعتبر من قبيل القضاء الطبيعي. كما يجب أن يكون ذلك مصحوباً بتوفير الضمانات المقررة لاحترام حقوق الدفاع.

ثانياً: موقف الشريعة الإسلامية من المحاكم الاستثنائية

إذا كانت الشريعة الإسلامية قد عرفت مبدأ المساواة بين الخصوم أمام القضاء، فإنه يمكن القول وبأنفس القدر أن الشريعة الإسلامية لاتعرف استثناءات في تطبيق مبدأ المساواة أمام القضاء، فالنظام الإسلامي هو النظام الوحيد الذي لا يستثني أحداً مهما كان شأنه من المثول أمام القضاء الإسلامي. وهذا يعني:

١. على مستوى الأفراد: يلقي الأفراد معاملة واحدة لدى المحاكم، ويحاكمون جميعاً لدى محاكم واحدة مهما تفاوتت مكانتهم الاجتماعية أو علت درجاتهم، بخلاف القوانين الوضعية التي تحظر محاكمة رئيس الدولة أو الوزراء أو تنشئ محاكم وهيئات خاصة لمحاكمتهم. وبذلك لا توجد محكمة خاصة بطبقة معينة.

٢. على مستوى الحكام: يحاكم الخلفاء والولاة أمام القضاء، سواء اتخذوا مركز المدعى أو المدعى عليه. وإذا كانت لهم دعوى على أحد فإنهم يرفعون أمرهم إلى القاضي ليحكم بينهم. فمبدأ المساواة أمام القضاء لا يقتصر أثره على الأفراد وإنما يتعداه إلى الحكام. فلم

تعرف الشريعة الإسلامية نظام المحاكم الخاصة في تشكيلها أو إجراءاتها كما تعرفه القوانين الوضعية.

٣. في مجال الأحكام الجنائية الإجرائية : يبنى على اعتبار المساواة أصلاً عاماً من أصول النظام الإسلامي ، ضرورة التزام رئيس الدولة عدم التفرقة بين الناس بتقرير حصانات أو محاكم خاصة أو امتيازات قضائية لبعض الأفراد. وكذلك الحال في شأن وضع القواعد الإجرائية المقررة لإجراءات التحقيق والمحاكمة، وتنفيذ العقوبات المحكوم بها. فالنظام الإسلامي لا يستثنى أحداً – مهما كان شأنه من الممثل أمام القضاء – حتى لو كان خليفة المسلمين نفسه.

ثالثاً: مبدأ المساواة أمام القضاء – في ظل الشريعة الإسلامية – يتعدى ليشمل غير المسلم أيضاً.

إذا كان مبدأ المساواة بين الخصوم ينكر وجود محاكم استثنائية لمقاضاة نوع معين من الناس أمامه على نحو مامر، فإن هذا المبدأ يتعدى ذلك ليشمل بمظلمته جميع الأشخاص، فلا يستثنى أحداً من الممثل أمام القضاء، بصرف النظر عن اللون أو الجنس أو العرق أو الدين. فممارسة الدعوي بين الأفراد أمام القضاء بالإجراءات التي رسمها القانون ، لا تفرق بين الأفراد مهما اختلفت ديانتهم أو جنسيتهم، ومهما تفاوتت منازلهم.

وفي هذا الخصوص يذهب رأى إلى أن مبدأ المساواة بين الخصوم لا يقتصر على من يدين بالإسلام فحسب، بل يتعدى ذلك ليشمل غير المسلم أيضاً، فالتسوية بين الخصوم في مجلس الحكم واجبة على أية حال بغض النظر عن ديانتهم.

والحق أن المساواة بين المسلمين وغير المسلمين في القضاء، هي من المسلمات في الشريعة الإسلامية، فلا استثناءات في الإسلام في تطبيق

المساواة أمام القضاء . فالقاضي يسوي بين الخصوم أيا كانت الحالة الدينية لأحدهما أو كليهما.

والأساس في ذلك : أن العدالة لا تجب للمسلم فقط، بل هي حق له ولغيره على حد سواء. ويجد ذلك تطبيقاً واسعاً له في الشريعة الإسلامية (١).

الرأي المخالف وأدلته: وخالف بعض الفقه في هذا، حيث يرى عدم التسوية بين الخصوم في مجلس الحكم إذا كان أحدهما مسلماً والآخر غير مسلم، فيجب تمييز المسلم في الدخول والجلوس والنظر على غيره من أصحاب الديانات الأخرى.

ويمكن الاحتجاج لهذا الرأي بمايلي:

١- بعض الآيات الواردة في القرآن قاطعة في عدم التسوية بين المسلم وغيره . ومن ذلك - قول الله تعالى: "أفمن كان مؤمناً كمن كان فاسقاً لا يستترون" (٢).

٢- حادثة اليهودي الذي خاصم علي بن أبي طالب ابن عم النبي وزوج ابنته. فعن الشعبي قال : خرج علي بن أبي طالب إلى السوق فإذا هو بنصراني يبيع درعاً قال : فعرف علي الدرع فقال: هذه درعي بيني وبينك قاضي المسلمين قال : وكان قاضي المسلمين شريحاً، كان علي استقضاه . قال : فلما رأى شريح أمير المؤمنين قام من مجلس القضاء وأجلس علياً في مجلسه وجلس شريح قدامه إلى جنب النصراني فقال له علي : أما يا شريح لو كان خصمي مسلماً لقعدت معه مجلس الخصم ولكني سمعت رسول الله يقول : لا تصافحوهم ولا تبدؤوهم بالسلام ولا تعودوا مرضاهم ولا تصلوا عليهم وألجئوهم إلى مضايق الطرق وصغروهم كما صغروهم الله. اقض بيني

(١) راجع في تطبيقات عديدة لمبدأ المساواة في الشريعة الإسلامية، الفصل الرابع من هذا البحث ص ٦٨.

(٢) سورة السجدة: الآية رقم ١٨.

وبينه يا شريح فقال شريح تقول يا أمير المؤمنين قال فقال على رضى الله عنه هذه درعى ذهب منى منذ زمان قال فقال شريح ما تقول يا نصرانى قال فقال النصرانى : ما أكذب أمير المؤمنين الدرعى هي درعى قال فقال شريح ما أرى أن تخرج من يده فهل من بينة فقال على رضى الله عنه صدق شريح قال فقال النصرانى أما أنا أشهد أن هذه أحكام الأنبياء أمير المؤمنين يجىء إلى قاضيه وقاضيه يقضى عليه هي والله يا أمير المؤمنين درعى ابتعتك من الجيش وقد زالت عن جملك الأورق فأخذتها فإني أشهد أن لا إله إلا الله وأن محمدا رسول الله قال فقال على رضى الله عنه أما إذا أسلمت فهى لك وحمله على فرس عتيق قال فقال الشعبى : لقد رأيتنه يقاتل المشركين".^(١).

ووجه الدلالة من هذه القصة، أن عليا رفض المساواة بينه وبين اليهودى فى مجلس الحكم محتجا فى ذلك بقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "لا تساووهم فى المجلس".

٣- بعض الأقوال الواردة فى الفقه الإسلامى تؤيد هذا الرأى وتدعمه: فى معنى المحتاج فى الوجه الآخر^(٢): "وإذا جلسا تقاربا إلا أن يكونا رجلا وامرأة غير محرم فيتباعدان (والأصح) وعبر فى الروضة بالصحيح (رفع مسلم على نمي فيه) أي المجلس كأن يجلس المسلم أقرب إليه من النمي ، لما روى البيهقي عن الشعبى قال: خرج علي - رضى الله تعالى عنه - إلى السوق فإذا هو بنصراني يبيع درعا فعرفها علي، فقال: هذه درعى بيني وبينك قاضي المسلمين فأتيا شريحا، فلما رأى القاضي عليا قام من مجلسه وأجلسه وجلس شريح أمامه إلى جنب النصراني، فقال له علي: لو كان

(١) أخرجه أبو داود فى كتاب السنة، باب فى السلام على أهل الذمة ج ٤ ص ٣٥٢ رقم ٥٢٠٥، والترمذي كتاب السير، باب ما جاء فى التسليم على أهل الكتاب ج ٣ ص ٢٠٦ رقم ١٦٠٢، وقال حديث صحيح. والبيهقي فى السنن الكبرى ج ١ ص ١٣٦، رقم ٢٠٩٦٩

(٢) معنى المحتاج، المرجع السابق، ج ١ ص ٢٩٩ وما بعدها.

خصمي مسلماً لجلست معه بين يديك ولكن سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول: «لا تساوهم في المجالس..... الحديث»^(١).

ويقول صاحب المبدع: ويعدل بين الخصمين في لحظه ونفظه ومجلسه والدخول عليه إلا أن يكون أحدهما كافراً، فيقدم المسلم عليه في الدخول، ويرفعه في الجلوس. وقيل: يسوي بينهما^(٢).

الاتجاه المعتمد في الفقه الإسلامي : والاتجاه المعتمد في الفقه الإسلامي في عمومته هو المساواة بين المسلم وغيره أمام القضاء: ويمكن الانتصار لهذا الرأي بالأدلة التالية:

١- عموم الآيات الواردة في القرآن الكريم، والأحاديث النبوية، والتي تحث على الحكم بين الناس بالقسط والعدل^(٣).

فالعدل في الحكم هو : تحرى المساواة والمماثلة بين الخصمين بأن لا يرجح أحدهما على الآخر بشيء قط بل يجعلهما سواء. فالناس أمام الشريعة سواء، قال تعالى: "إن الذين آمنوا والذين هادوا والنصارى والصابئين من آمن بالله واليوم الآخر وعمل صالحاً فلهم أجرهم عند ربهم ولا خوف عليهم ولا هم يحزنون"^(٤). ويقول الرسول الكريم -صلى الله عليه وسلم-: "لا فضل لعربي على عجمي إلا بالتقوى"^(٥).

فالعدل مطلوب ومأمور به من جميع الناس فهو أوسع وأشمل منه من كونه مختصاً بالقضاء بل هو مطلوب حتماً في الأمور العامة والخاصة على حد سواء. وقد أمر الله تعالى بالعدل مطلقاً في بعض السور المكية، وذلك قبل بيان أحكام الشرع . وما كل المسائل التي يتعامل بها الناس ويتحاكمون فيها

(١) سبق تخريجه.

(٢) المبدع في شرح المقنع، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدين، ط١، ج٨ص١٦٥، دار الكتب العلمية، بيروت ، لبنان، ١٤١٨ هـ ١٩٩٧ م.

(٣) راجع في هذه الآيات مايلي ص٦٩ ومابعدها.

(٤) سورة البقرة: الآية رقم ٦٢.

(٥) راجع في تخريج الحديث مايلي: ص٧١.

قد بينت أحكامها في الكتاب والسنة. فما بين فيها كان خير عون على العدل المقصود منها، وما لم يبين يجب على الحكام أن يتحروا فيه المساواة بقدر طاقتهم التي يصل إليها اجتهادهم (3).

وعلى حد تعبير ابن القيم فإن: "الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد، وهي عدل كلها، ورحمة كلها، ومصالح كلها، وحكمة كلها؛ فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور، وعن الرحمة إلى ضدها، وعن المصلحة إلى المفسدة، وعن الحكمة إلى العبث؛ فليست من الشريعة وإن أدخلت فيها بالتأويل؛ فالشريعة عدل الله بين عباده، ورحمته بين خلقه، وظله في أرضه، وحكمته الدالة عليه وعلى صدق رسوله - صلى الله عليه وسلم - (1)".

٢- الأقوال الواردة في الفقه الإسلامي تؤكد على مبدأ المساواة وتحث عليه :

ففي الفقه الحنفي يقول صاحب المبسوط: "على القاضي أن يسوي بين الخصوم إذا تقدموا إليه اتفقت مللهم أو اختلفت.

وفي الفقه المالكي: "وليسو وجوبا بين الخصمين، في القيام والجلوس والكلام والاستماع والنظر لهما، وإن كان أحدهما مسلما شريفاً والآخر كافرا" (2).

وفي الفقه الشافعي يقول صاحب مغنى المحتاج: "والثاني يسوي بينهما فيه، ويشبه كما في الروضة كأصلها أن يجري ذلك في سائر وجوه الإكرام

(3) محمد رشيد بن علي رضا بن محمد شمس الدين بن محمد بهاء الدين بن منلا علي خليفة

القلموني الحسيني، تفسير المنار، ج 5، ص 142. 1990 م

(1) إعلام الموقعين عن رب العالمين، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية، ط 1، ج 3، ص 11. تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، 1411 هـ

- 1991 م

(2) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، ج 5، ص 142، دار الفكر.

حتى في التقديم في الدعوى كما بحثه بعضهم، وهو كما قال شيخنا ظاهر إذا قلت الخصوم المسلمون، وإلا فالظاهر خلافه لكثرة ضرر المسلمين^(١).

وكتب عمر في رسالته في القضاء إلى أبي موسى: وآس بين الناس في وجهك ومجلسك وعدلك، حتى لا يبأس الضعيف من عدلك، ولا يطمع الشريف في حيفك^(٢).

كما جاء في سراج السالك^(٣) والإصغاء لقول كل منهما ولو يكونا كافرا أو مسلما^(٤).

ويمكن الرد على ما ذكره المعارضون للتسوية بين المسلم وغيره في مجلس القضاء بما يلي:

١- قصة على مع اليهودي عندما رفض المساواة بينه وبين اليهودي في مجلس الحكم محتجا في ذلك بقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "لاتساووهم في المجلس". فإن هذا الحديث ليس صحيحا، فإن في إسناده ضعف^(٥).

(١) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي ط١، ج١، ص٣٠٠، دار الكتب العلمية، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.

(٢) راجع الرسالة بتمامها: إعلام الموقعين عن رب العالمين، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية، ط١، ج١، ص٦٨، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية - بيروت، ١٤١١هـ - ١٩٩١م.

(٣) عثمان بن حسين بري الجعفي المالكي، سراج السالك شرح أسهل المسالك، ج٢، ص١٩٨.

مؤسسة المنشورات الإسلامية، وزارة الشؤون الدينية، الجزائر، دون سنة للنشر. وفي المحرر: يفضل عليه دخولا، وأما جلوسا فعلى وجهين. المبدع في شرح المقنع، المرجع السابق، ج٨، ص١٦٤ وما بعدها.

(٤) في إسناده هذا الحديث ضعفاء أولهم أسيد - بفتح الهمزة - بن زيد بن نجيح الجمال - بالجيم - الهاشمي، قال يحيى: هو كذاب. وقال النسائي: متروك الحديث. وقال ابن حبان: يروي عن الثقات المناكير ويسوق الحديث. وقال ابن عدي: عامة ما يرويه لا يتابع عليه. وروى "عنه" البخاري مقرونا بعمر بن ميسرة الكوفي.

الثاني عمرو بن شمر الجعفي وهو ضعيف جدا. قال السعدي: زانغ كذاب.

الثالث: جابر الجعفي، وفي عمرو بن شمر فيما مضى من كتابنا هذا.

قال البيهقي: وروي هذا الحديث من وجه آخر ضعيف عن الأعمش عن إبراهيم التيمي. فأشار إلى الطريقة السالفة. قال الشيخ تقي الدين بن الصلاح: هذا الحديث لم أجد له إسنادا يثبت. راجع: البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، ابن الملقن سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري، ط١، ج٩، ص٥٩٨، تحقيق: مصطفى أبو الغيط وعبد الله بن

وحتى على فرض صحة هذا الحديث، فإنه ينبغي أن يستثنى من ذلك التسوية في مجلس الحكم، لأنه مجلس عدالة للمجلس مفاضلة وكرامة لله تعالى.

بل إن هذه القصة تبين لنا كيف كان قضاء المسلمين يصدر عن أحكامهم العادلة فيما يعرض عليهم من قضايا في حرية تامة، لا تأخذهم في إقامة العدل لومة لائم، فالكل أمام القضاء سواء، لذا لم يجد القاضي شريح غضاضة في الحكم على أمير المؤمنين على بن أبي طالب رضي الله عنه للنصراني بما رآه حقاً، فكان ذلك كله سبباً في إسلام النصراني واهتدائه، لما رأى من قيام هذه الأمة في رعاياها وأهل ذمتها بالعدل والقسط الذي هو من أحكام الأنبياء والمرسلين^(١).

٢- الاحتجاج بقول الله تعالى: "أفمن كان فاسقاً كمن كان مؤمناً لا يستوتون"^(٢).

وأما الاحتجاج بقول الله تعالى: "أفمن كان مؤمناً كمن كان فاسقاً لا يستوتون". في الدلالة على عدم التسوية بين الخصوم أمام القضاء فإنه لا يصح؛ إذ عدم التسوية في هذه الآية يراد بها عدم المساواة في الآخرة، يدل لذلك ما ذكر بعدها مباشرة من آيات تعرضت لذكر حال المؤمنين والفاستقين في الآخرة، وهي قول الله تعالى: "أما الذين آمنوا وعملوا الصالحات فلهم جنات المأوى نزلاً بما كانوا يعملون*" وأما الذين فسقوا فمأواهم النار كلما أرادوا أن يخرجوا منها أعيدوا فيها وقيل لهم ذوقوا عذاب النار الذي كنتم به تكذبون^(٣).

سليمان وياسر بن كمال، دار الهجرة للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م، وراجع أيضاً: المبدع في شرح المقنع، ج ٨، ص ١٦٤ وما بعدها.

(١) وسطية أهل السنة بين الفرق "رسالة دكتوراة"، محمد با كريم محمد با عبد الله، ط ١، ص ١٧٤، دار الراجية للنشر والتوزيع، ١٤١٥هـ-١٩٩٤م.

(٢) سورة السجدة: الآية رقم ١٨.

(٣) سورة السجدة: الآيتان: ١٩، ٢٠.

وحتى لو أريد بها عدم التسوية في كل الأمور لساغ استثناء التسوية في مجلس الحكم، لقول الله تعالى: "إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل إن الله نعما يعظكم به إن الله كان سميعا بصيرا" (١).

فوجوب العدل يقتضى التسوية دون تفرقة خاصة في مجلس القضاء والحكم، ولفظ الناس يعم الجميع بدون تفرقة.

ووضح هذا الفهم في رسالة عمر بن الخطاب التي وجهها إلى أبي موسى الأشعري في القضاء. حيث جاء فيها: "أس بين الناس في مجلسك وفي وجهك وقضائك...." ولفظ الناس يتناول الكل، ويشمل المسلم وغيره.

وفيه دليل على أن القاضي يجب عليه أن يسوي بين الخصوم إذا تقدموا إليه، اتفقت ملهم أو اختلفت. فاسم الناس يتناول الكل، وإنما يسوي بينهم فيما أشار إليه في الحديث فقال في وجهك ومجلسك وعدلك يعني في النظر إلى الخصمين والإقبال عليهما في جلوسهما بين يديه حتى لا يقدم أحدهما على الآخر، وفي عدله بينهما وبالعدل أمر (٢).

فالتأسي في اللغة التسوية، وأس بين الناس معناه سو بين الخصمين، والمؤسي: لقب جزء بن الحارث من حكماء العرب، لأنه كان يؤسي بين الناس، أي يصلح بينهم ويعدل. والمؤاساة: المساواة (٣)، ومنه قول عمر، رضي الله عنه، لأبي موسى: أس بين الناس في وجهك ومجلسك وعدلك: أي سو بينهم واجعل كل واحد منهم إسوة خصمه (٤).

(١) سورة النساء: الآية رقم ٥٨.

(٢) المبسوط، ج ١ ص ٦١.

(٣) تاج العروس من جواهر القاموس، محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض، الملقب بمرتضى، الزبيدي، باب الواو والياء، ج ٢٧ ص ٧٨، مجموعة من المحققين، دار الهداية

(٤) لسان العرب، محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي، ط ٣، ج ١ ص ٣٥، دار صادر، بيروت ١٤١٤ هـ.

وحكي أن أبا يوسف - رحمه الله - قال في مناجاته عند موته: اللهم إن كنت تعلم أنني ما تركت العدل بين الخصمين إلا في حادثة واحدة فاغفرها لي. قيل: وما تلك الحادثة؟ قال: ادعى نصراني على أمير المؤمنين دعوى فلم يمكنني أن أمر الخليفة بالقيام من مجلسه والجلوس مع خصمه، ولكنني رفعت النصراني إلى جانب البساط بقدر ما أمكنني، ثم سمعت الخصومة قبل أن أسوي بينهما في المجلس. فهذا كان جوري ليعلم أن هذا من أهم ما ينبغي للقاضي أن ينصرف إليه في العناية، لما أشار إليه في الحديث فقال: لا يطمع شريف في حيفك ولا يخاف ضعيف من جورك والحيف هو الظلم^(١). قال الله تعالى: "أم يخافون أن يحيف الله عليهم ورسوله"^(٢).

فإذا قدم الشريف طمع في ظلمه وانكسر بهذا التقديم قلب خصمه الضعيف فيخاف الجور، وربما يتمكن للشريف عند هذا التقديم من التلبس ويعجز الضعيف عن إثبات حقه بالحجة، والقاضي هو المسبب لذلك بإقباله على أحدهما وتركه التسوية بينهما في المجلس، ويصير به متهما بالميل، وهو مأمور بالتحرز عن ذلك بأقصى ما يمكنه^(٣).

على أنه يجب أن لا يفهم مما سبق من خلاف، أن تصل درجة التمييز إلى حد ظلم غير المسلم، أو أن يأتي الحكم في النهاية لصالح المسلم، مهما كانت قوة الأدلة التي يأتي بها غير المسلم. فهذا يتناقض مع صريح الآيات التي تأمر بالعدل والتسوية، حتى ولو كان أحد أطراف الخصومة يبغض المسلمين أو كان على غير ملة الإسلام.

يقول الله تعالى مخاطباً عباده المؤمنين: "يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين لله شهداء بالقسط ولا يجرمنكم شنئان قوم على ألا تعدلوا أعدلوا هو أقرب

(١) المبسوط، ج ١ ص ٦١.

(٢) سورة النور: الآية رقم ٥٠.

(٣) المبسوط، ج ١ ص ٦١.

للتقوى و اتقوا الله إن الله خبير بما تعملون" (١). وقوله تعالى: "ولا يجرمكم شئنان قوم أن صدوكم عن المسجد الحرام أن تعتدوا" (٢). والمجاززة فى الحكم القضائى ضد من قدم أدلة قوية فى صالحه هى لون من ألوان الاعتداء المنهى عنه شرعا.

إنما تمييز المسلم عن غيره إن صح ذلك، فهو كما ورد فى كتب الفقه الإسلامى يكون فى الدخول والجلوس والنظر وما إلى ذلك، دون أن يصل إلى حد الحكم للمسلم على غيره ولو كانت الأدلة المقدمة فى الدعوى فى غير صالحه، فهذا ما لا تؤيده عموماً الشريعة القاضية بالحكم بالعدل والتسوية فيه، ولو كان أحد أطراف الخصومة غير مسلم، فلاضير فى النهاية أن يأتى الحكم لمصلحة غير المسلم طالما ثبت ذلك أمام القاضى.

والدليل على ذلك القصة المروية عن على بن أبى طالب، أنه خرج إلى السوق، فإذا هو بنصرانى يبيع درعا، فعرف على فقال: هذه درعي، بيني وبينك قاضى المسلمين، وكان القاضى شريحا، كان على استقضاءه، فلما رأى شريح أمير المؤمنين قام من مجلس القضاء وأجلس عليا رضى الله عنه فى مجلسه، وجلس شريح قدامه إلى جنب النصرانى، فقال له على رضى الله عنه: أما يا شريح لو كان خصمى مسلما لقعدت معه مجلس الخصم ولكنى سمعت رسول الله -صلى الله عليه وسلم- يقول: « لا تصافحوهم ولا تبدءوهم بالسلام ولا تعودوا مرضاهم ولا تصلوا عليهم وأجتوهم إلى مضايق الطرق وصغروهم كما صغروهم الله ». وعلى الرغم من ذلك جاء الحكم فى النهاية لصالح اليهودى، حين حكم القاضى شريح عليه برد الدرع لليهودى، ولم يأخذ بالشهادة التى قدمها على وهو أمير المؤمنين آنذاك.

(١) سورة المائدة: الآية ٨.

(٢) سورة المائدة: من الآية ٢.

وينبغي لفت النظر في النهاية إلى أن ماذكرته كتب الفقه الإسلامى فى التمييز بين المسلم وغيره فى مجلس القضاء ،محمول على التمييز فى الدخول والجلوس والنظر، وهذه الأمور لم يعد لها مجال الآن ،فى ظل الأنظمة الحديثة والقواعد المنظمة لإجراءات التقاضى. فباب القضاء مفتوح للكافة يلج منه من شاء ،وفى أى وقت شاء. ثم إن المدعى :وهو من يقوم برفع الدعوى أو يقدم طلبا ما أثناء سيرها، معلوم سلفا طبقا لإجراءات التقاضى الواردة فى هذا الخصوص. كما أن الحاجب يبدأ بالمناداة على المدعى أيا كانت صفته أو ديانته. كما أن التسوية فى الجلوس لم يعد لها وجود الآن بعد أن أعدت قاعات المحاكم لاستقبال المتقاضين بدون تفرقة بينهما. وهو ذات الوضع فى الأمور الأخرى من نحو النظر والابتسام وما إلى ذلك. و من بعد ذلك ،فإن حالات عدم الصلاحية فى شقيها المطلق والنسبى ،والمخصوص عليها فى قانون المرافعات كفيلة بتحقيق التسوية بين الخصوم.

الفصل الرابع

تطبيقات مبدأ المساواة بين الخصوم فى الشريعة الإسلامية

تمهيد : اهتم الإسلام بمبدأ المساواة أمام القضاء اهتماما عظيما، واعتبره أساسا من الأسس التي تتبني عليها قواعد العدل وأصول الحق، ذلك أن مبدأ المساواة يبعث الاطمئنان في نفوس المتقاضين، بأن قضاياهم في مأمن من الحيف والميل. . فالإسلام قد نص على هذا المبدأ وطبقه منذ أكثر من أربعة عشر قرن من الزمان.

ومبدأ المساواة أمام القضاء في الشريعة الإسلامية من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها نظام القضاء في الإسلام، فالنظام الإسلامي لا يعرف التفرقة بين الخصوم، أي كان الخصوم وأي كان وجه التفرقة . فالمساواة فى الفقه الإسلامى تعنى: خضوع الأشخاص لسultan القانون "الشريعة الإسلامية" التي لا تفرق بين الأشخاص فى التمتع بالحقوق وتحمل الالتزامات.

أساس المساواة فى الشريعة الإسلامية: يعود إرساء هذا المبدأ فى ظل الشريعة الإسلامية إلى:

١- وحدة التشريع. من الأصول المقررة فى الشريعة الإسلامية أن التشريع لله سبحانه وتعالى، يستوى أن يرد هذا التشريع فى الكتاب الكريم أو فى السنة المطهرة.

ويترتب على هذا الأصل أن الناس مهما علت مقاماتهم أو سمت منازلهم فهم أمام شرع الله متساوون لا امتياز لأحد على أحد. ولهذا فالقاضي فى الإسلام يعتمد فى قضائه على التشريع الإلهي ، فإذا كان الناس أمام التشريع الإلهي سواء ، فهم أمام تنفيذ ما يختص منه بالقضاء سواء كذلك ، لا تفرق بينهم بسبب الأصل أو الجنس أو اللون أو الدين.

وفى هذا ضمان لتحقيق المساواة بين الناس أمام الشرع الحنيف وأمام القضاء. فالقاضي فى الإسلام يعتمد فى قضائه على التشريع الإلهي ، فإذا

كان الناس أمام التشريع الإلهي سواء ، فهم أمام تنفيذ ما يختص منه بالقضاء سواء كذلك.

٢- وحدة القضاء : بمعنى أن يكون التقاضي بالنسبة لجميع أفراد المجتمع وطبقاته الاجتماعية ، ولا يتنافى مع وحدة القضاء وجود قضاء مزدوج في بعض البلدان.

وليس في دار الإسلام من فرد لا تطوله يد القضاء ، ولعل ذلك من أبرز صفات القضاء في الإسلام ، ومما تميز به على النظم الأخرى .
فالمساواة في القضاء الإسلامي غاية تسعى العدالة إلى تحقيقها وهي قيمة وهدف ليتحقق بذلك العدل الشامل الذي تصلح به حال الدنيا .

وهذا مقتضى ما تدل عليه عمومات الشريعة المحكمة من تقرير قاعدة العدل المطلق الشامل . قال تعالى: "إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ" (١). وقال سبحانه: "وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاٰنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ" (٢).

المبحث الأول

وجود المبدأ وتطبيقاته في القرآن الكريم والسنة النبوية

المطلب الأول

في القرآن الكريم

المساواة بين أطراف الخصومة من المبادئ القضائية الراسخة والمستقرة، وهي حالة ملازمة للدعوى لا تتفك عنها، وشواهد أدلتها قائمة لا تُحصى في النظام القضائي الإسلامي.

وقد احتل مبدأ المساواة في الشريعة الإسلامية مكانة متميزة. والعدل أساس المساواة.

وكثيرة هي الآيات التي حثت على العدل في القضاء ، ومن ذلك:

(١) سورة النحل: من الآية ٩٠.

(٢) سورة المائدة: من الآية ٨.

١. قول الله تعالى: "إن الله يأمر بالعدل والإحسان وإيتاء ذى القربى وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغى يعظكم لعلكم تذكرون" (١). قال ابن كثير (٢): يخبر تعالى أنه يأمر عباده بالعدل، وهو القسط والموازنة، ويندب إلى الإحسان، كقوله تعالى: وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به ولئن صبرتم لهو خير للصابرين (٣).

٢. قول الله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين لله شهداء بالقسط ولا يجرمنكم شنئان قوم على ألا تعدلوا اعدلوا هو أقرب للتقوى واتقوا الله إن الله خبير بما تعملون" (٤). قال ابن كثير فى تفسيره: أي لا يحملنكم بغض قوم على ترك العدل فإن العدل واجب على كل أحد فى كل أحد فى كل حال، وقال بعض السلف: ما عاملت من عصى الله فىك بمثل أن تطيع الله فيه. والعدل به قامت السموات والأرض (٥).

٣. قول الله تعالى: "إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل إن الله نعماً يعظكم به إن الله كان سميعاً بصيراً" (٦). قال أهل التفسير نزلت هذه الآية فى ولاة الأمر. وقال علي رضي الله عنه كلمات أصاب فيهن: "حق على الإمام أن يحكم بما أنزل الله وأن يؤدي الأمانة وإذا فعل ذلك حق على الناس أن يسمعوا ويطيعوا ويجيبوا إذا دعوا" (٧).

(١) سورة النحل: الآية ٩٠.

(٢) تفسير القرآن العظيم، أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير، ط١، ج٤، ص٤١١، تحقيق: محمد حسين شمس الدين، دار الكتب العلمية، منشورات محمد علي بيضون - بيروت، ١٤١٩ هـ.

(٣) سورة النحل: الآية ١٢٦.

(٤) سورة المائدة: الآية ٨.

(٥) ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، المرجع السابق، ج٣، ص٥٦.

(٦) سورة النساء: الآية ٥٨.

(٧) جامع البيان فى تأويل القرآن، محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الأملي، أبو جعفر الطبري، ط١، ج٨، ص٤٩٠، تحقيق: أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م.

٤. قوله تعالى: " يا أيها الذين امنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على انفسكم او الوالدين والاقربين " (١). قال الرازي في تفسيره لهذه الآية: في الآية مسائل:.... الثانية: القوام مبالغة من قائم، والقسط العدل، فهذا أمر منه تعالى لجميع المكلفين بأن يكونوا مبالغين في اختيار العدل والاحتراز عن الجور والميل (٢).

٥. قول الله تعالى: " انا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله ولا تكون للخائنين خصيما " (٣). قال الرازي: معنى الآية: ولا تكن لأجل الخائنين مخاصما لمن كان بريئا عن الذنب، يعني: لا تخاصم اليهود لأجل المنافقين (٤). وفي هذا من إرساء مبدأ المساواة وإحقاق الحق والعدل ما فيه.

٦. قوله تعالى: " فأصلحو بينهما بالعدل وأقسطوا إن الله يحب المقسطين " (٥). قال السعدى: هذا أمر بالصلح، وبالعدل في الصلح، فإن الصلح، قد يوجد، ولكن لا يكون بالعدل، بل بالظلم والحيث على أحد الخصمين، فهذا ليس هو الصلح المأمور به، فيجب أن لا يراعى أحدهما، لقرابة، أو وطن، أو غير ذلك من المقاصد والأغراض، التي توجب العدول عن العدل (٦).

٧. قول الله تعالى على لسان نبيه صلى الله عليه وسلم: " وأمرت لأعدل بينكم " (٧). قال السعدى: قوله: " وأمرت لأعدل بينكم " أي: في الحكم

(١) سورة النساء: الآية ١٣٥.
(٢) مفاتيح الغيب "التفسير الكبير" أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي خطيب الري، ط ٣، ج ١ ص ٢٤١. دار إحياء التراث العربي - بيروت، ١٤٢٠ هـ.
(٣) سورة النساء: الآية ١٠٥.
(٤) التفسير الكبير، الرازي، المرجع السابق، ج ١١ ص ٢١٢.
(٥) سورة الحجرات: الآية ٩.
(٦) تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، عبد الرحمن بن ناصر بن عبد الله السعدى، ط ١، ص ٨٠٠، المحقق: عبد الرحمن بن معلا اللويحق، مؤسسة الرسالة، ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م.
(٧) سورة الشورى: الآية ١٥.

فيما اختلفتم فيه، فلا تمنعني عداوتكم وبغضكم يا أهل الكتاب من العدل بينكم، ومن العدل في الحكم، بين أهل الأقوال المختلفة، من أهل الكتاب وغيرهم، أن يقبل ما معهم من الحق، ويرد ما معهم من الباطل^(١).

المطلب الثاني

في السنة النبوية

تعدد الصور التي تبرز مظاهر مبدأ المساواة أمام القضاء في السنة النبوية. فالأحاديث كثيرة تنص على وجوب المساواة المطلقة والعدل الشامل ومكانتهما في الشريعة. ولكني أكتفي بذكر بعض الأمثلة والنماذج التي تبين وجوب هذا الأمر وعظم مكانته.

ومن ذلك ما هو في خصوص القضاء :

١- تأكيد النبي صلى الله عليه وسلم على مبدأ المساواة في آخر علاقته

بالدنيا.

فإذا كان الرسول قد ترجم هذا المبدأ واقعا عمليا في حياته وبيته في روح أصحابه، فنظرا لأهمية هذا المبدأ فقد حث عليه الرسول من بعده في أواخر علاقته بالدنيا، حيث أكد عليه في حجة الوداع.

فعن أبي نضرة ، حدثني من سمع خطبة رسول الله صلى الله عليه وسلم في وسط أيام التشريق فقال : يا أيها الناس ، ألا إن ربكم واحد ، وإن أباكم واحد ، ألا لا فضل لعربي على عجمي ، ولا لعجمي على عربي ، ولا أحمر على أسود ، ولا أسود على أحمر ، إلا بالتقوى أبلغت ، قالوا : بلغ رسول الله ، ثم قال : أي يوم هذا ؟ قالوا : يوم حرام ، ثم قال : أي شهر هذا ؟ قالوا : شهر حرام ، قال : ثم قال : أي بلد هذا ؟ قالوا بلد حرام ، قال : فإن الله قد حرم بينكم دماءكم وأموالكم — قال : ولا أدري قال : أو أعراضكم ، أم لا —

(١) تيسير الكريم الرحمن ، المرجع السابق ، ص ٧٥٥.

كحرمة يومكم هذا ، في شهركم هذا ، في بلدكم هذا أبلغت ، قالوا : بلغ رسول الله ، قال : ليبلغ الشاهد الغائب^(١).

٣- روى أبو داود بسنده عن عائشة، رضي الله عنها، أن قرئنا أهمهم شأن المرأة المخزومية التي سرقت، فقالوا: من يكلم فيها؟ يعني رسول الله صلى الله عليه وسلم، قالوا: ومن يجترئ إلا أسامة بن زيد، حب رسول الله صلى الله عليه وسلم؟ فكلمه أسامة، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "يا أسامة، أتشفع في حد من حدود الله؟ ثم قام فاحتطب، فقال: "إنما هلك الذين من قبلكم أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه، وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد، وأيم الله، لو أن فاطمة بنت محمد سرقت، لقطعت يدها"^(٢).
روى مسلم من حديث أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " سبعة يظلهم الله في ظله يوم لا ظل إلا ظله إمام عادل ..."^(٣).

وعن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : " إن المقسطين عند الله على منابر من نور عن يمين الرحمن وكلتا يديه يمين الذين يعدلون في حكمه وأهلهم وما ولوا " ^(٤).

(١) مسند أحمد بن حنبل، أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني، ط ١، ج ١، ص ٤١١.

تحقيق: السيد أبو المعاطي النوري، عالم الكتب، بيروت، ١٤١٩ هـ ١٩٩٨ م
(٢) محمد بن اسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري "أبو عبد الله" الجامع المسند الصحيح، صحيح البخاري، ج ٥، ص ١٥١ رقم ٤٣٠٤، ط ١، تحقيق، محمد زهير بن ناصر الناصر دار طوق النجاة ١٤٢٢ هـ، صحيح مسلم، كتاب الحدود، باب قطع يد السارق الشريف وغيره، حديث رقم ٣٢٨٢. وأخرجه مسلم: المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، باب إقامة الحدود على الشريف والضعيف، ج ٥، ص ١١٤، دار الجيل ببيروت. سنن أبي داود: أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السُّجِسْتَانِي، ج ٢، ص ١٣٢ حديث رقم ٤٣٧٣. تحقيق، محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا ، بيروت.

(٣) المسند الصحيح، أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، باب الإمام العادل، باب فضل صدقة السر، ج ٣، ص ٩٣، مجموعة من المحققين، دار الجيل - بيروت.

(٤) المسند الصحيح، المرجع السابق، ج ٦، ص ٧.

أضف إلى ذلك جملة من الآيات والأحاديث التي تنهى عن الظلم وتحذر منه. فالمسلمون مأمورون بالعدل في الأحكام والأقوال والأفعال والأخلاق وقد قال الله تعالى: لهم (وإذا قلتم فاعدلو ولو كان ذا قربى) (١). وهذا الأمر موجه للحكام وغيرهم (٢).

المبحث الثاني

وجود المبدأ وتطبيقاته في أعمال الصحابة والتابعين

المطلب الأول

وجود المبدأ في أعمال الصحابة

وخاصة عمر بن الخطاب رضى الله عنه

لم يلقب عمر بن الخطاب بالفاروق من فراغ، فلقد كثرت في عصره تطبيقات المساواة والعدل بين الناس بصفة عامة والخصوم بصفة خاصة، حتى فاض ذلك وانتشر واشتهر عنه ولقب بالفاروق والعدل، ومن ذلك:

١. تنفيذ عمر بن الخطاب رضى الله عنه حد الشرب في قدامة بن مظعون الجمحي، وكان من الصحابة رضى الله عنهم، وهو ممن هاجر إلى أرض الحبشة مع أخويه عثمان وعبد الله، ثم هاجر إلى المدينة وشهد بدرا وعُمُر (٣) وكان ختن (٤) عمر بن الخطاب، خال عبد الله وحفصة، وولاه عمر بن الخطاب على البحرين، ثم عزله بشهادة الجارود — سيد عبد القيس — عليه بشرب الخمر (٥).

(١) سورة الانعام: الآية رقم ١٥٢.

(٢) تفسير المنار، المرجع السابق، ص ١٢٩.

(٣) أي عاش زمنا طويلا.

(٤) الختن (بالتحريك): الصهر، أو كل ما كان من قبل المرأة كالأب والأخ.

(٥) صحيح البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة ط١، ج٥ ص ٨٤ رقم ٤٠١١، ١٤٢٢ هـ، العواصم من القواصم في تحقيق مواقف الصحابة بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم، القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الإشبيلي المالكي، باب إقامة عمر الحد على صهره قدامة بن مظعون من رجال بدر، ط٢، ج ١ ص ١٠٥. تحقيق: محب الدين الخطيب - ومحمود مهدي الاستانبولي، دار الجيل بيروت، لبنان، ١٤٠٧ هـ ١٩٨٧ م.

٢. وروى البغدادي بسنده عن شريح، قال: "لما توجه علي رضي الله عنه إلى قتال معاوية افتقد درعاً له، فلما رجع وجدها في يد يهودي يبيعه بسوق الكوفة، فقال: يا يهودي الدرع درعي لم أهب ولم أبع، فقال: اليهودي: درعي وفي يدي، فقال: بيني وبينك القاضي، قال: فأتياني، ثم قال: هذه الدرع درعي، لم أبع، ولم أهب، فقَالَ: لليهودي: ما تقول؟ قال: درعي وفي يدي، وَقَالَ: شريح: يا أمير المؤمنين هل من بينة؟ قال: نعم الحسن ابني، وقنبر يشهدان أن الدرع درعي، قَالَ شريح: يا أمير المؤمنين شهادة الابن للأب لا تجوز، فقال: علي سبَّحان الله! رجل من أهل الجنة لا تجوز شهادته، سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: الحسن والحسين سيدا شباب أهل الجنة. فقَالَ: اليهودي: أمير المؤمنين قدمني إلى قاضيه، وقاضيه يقضي عليه أشهد أن هذا الدين على الحق، وأشهد أن لا إله إلا الله، وأن محمداً عبده ورسوله وأن الدرع درعك يا أمير المؤمنين، سقطت منك ليلاً، وتوجه مع علي يقاتل معه بالنهروان فقتل (١).

وأخرجه النسائي في السنن الكبرى بلفظ: عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أن قدامة بن مظعون شرب الخمر بالبحرين فشهد عليه ثم سئل فأقر أنه شربه فقال له عمر بن الخطاب: ما حملك على ذلك فقال: لأن الله يقول: "ليس على الذين آمنوا وعمالوا الصالحات جناح فيما طعموا إذا ما اتقوا وآمنوا وعمالوا الصالحات" المائدة: من الآية ٩٣. وأنا منهم أي: من المهاجرين الأولين ومن أهل بدر وأهل أحد فقال للقوم أجيئوا الرجل فسكتوا. فقال لابن عباس: أجب فقال: إنما أنزلها عذراً لمن شربها من الماضين قبل أن تحرم، وأنزل "إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان" المائدة: من الآية ٩٠. حجة على الباقيين ثم سأل من عنده عن الحد فيها فقال يحيى بن أبي طالب: إنه إذا شرب هذى وإذا هذى افتري فاجلده ثمانين. السنن الكبرى، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، النسائي ط١، ج٥ ص ١٣٨ رقم ٥٢٧٠. حققه وخرج أحاديثه: حسن عبد المنعم شلبي، مؤسسة الرسالة - بيروت، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠١ م. الجامع لأحكام القرآن "تفسير القرطبي"، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي، ط٢، ج٦ ص ٢٩٧. تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية، القاهرة، ١٣٨٤ هـ - ١٩٦٤ م.

(١) أبو بكر محمد بن خلف بن حيان بن صدقة الضبي البغدادي، الملقب بـ "وكيع" أخبار القضاة، حققه وصححه وعلق عليه وخرج أحاديثه: عبد العزيز مصطفى المراغي، المكتبة التجارية الكبرى، بمصر الطبعة: الأولى، ١٣٦٦ هـ / ١٩٤٧ م، شريح بن الحارث الكندي، ما روى عن شريح القاضي

٣. أن عمر رضي الله عنه قاد سوقيا من جبلة بن الأيهم ملك غسان بلطمة، فقد حدث أن داس أعرابي على رداء جبلة وهو يطوف حول الكعبة، فكبر ذلك عليه وهو أمير في قومه، فلطم الأعرابي، فشكا الأعرابي إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه ففضى بلطم الأمير على الملاء. فقال: يا أمير المؤمنين، أيلطم سوقيا ملكا؟ قال: نعم ويرغم أنفك. ولم يحتمل مظلمة سوقيا مسلم ولا إهانته^(١).

٤. ماروى من أن ابى بن كعب ادعى على عمر دعوة فلم يعرفها، فجعلها بينهما زيد بن ثابت، فأتيه في منزله، فلما دخلا عليه قال له عمر: جنناك لتقضي بيننا، وفي بيته يؤتى الحكم؛ قال: فتحتى له زيد عن صدر فراشه؛ فقال: ها هنا يا أمير المؤمنين؛ فقال: جرت يا زيد في أول قضائك، ولكن أجلسني مع خصمي، فجلسا بين يديه، فادعى أبى، وأنكر عمر؛ فقال: زيد لأبى: أعف أمير المؤمنين من اليمين، وما كنت لأسألها لأحد غيره؛ قال: فحلف عمر، ثم حلف عمر لا يدرك زيد القضاء حتى يكون عمر ورجل من عرض المسلمين عنده سواء^(٢).

من المسند، ج ٢ ص ٢٠٠. وراجع أيضا: كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال، علاء الدين علي بن حسام الدين ابن قاضي خان، ج ٧ ص ٢٤، تحقيق: بكري حياتي - صفوة السقاء، مؤسسة الرسالة، ط ٥، ١٤٠١ هـ - ١٩٨١ م. السنن الكبرى وفي ذيله الجوهر النقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخسروجردي الخراساني، أبو بكر البيهقي، ط ١، ج ١٠ ص ٣٦، رقم ٢٠٩٦٩. مجلس دائرة المعارف، حيدر آباد، ١٣٤٤ هـ. تاريخ دمشق، أبو القاسم علي بن الحسن بن هبة الله المعروف بابن عساكر، ج ٢٣ ص ٢٤. تحقيق: عمرو بن غرامة العمروي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م.

(١) أخرجه ابن سعد في الطبقات الكبرى، الطبقات الكبرى، أبو عبد الله محمد بن سعد بن منيع، ط ١، ج ١ ص ٢٠٣، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٠ هـ - ١٩٩٠ م. وذكره عبد الرحمن بن محمد العمادي في الروض الريا فيمن دفن بداريا ص ٦١ وما بعدها، وزاد فقال عمر: أنتم في حكم الإسلام سواء. راجع: الروضة الريا فيمن دفن بداريا، عبد الرحمن بن علي بن عبد الرحمن بن علي أفندي العمادي الدمشقي الحنفي، ط ١ ص ٦٢، تحقيق: عبده علي الأشعث، دار المأمون للتراث، دمشق، سوريا، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م، وانظر أيضا: الحجج الباهرة في إفحام الطائفة الكافرة الفاجرة، محمد بن أسعد الصديقي الدواني، جلال الدين، ط ١، ص ٢٩٧، تحقيق: عبد الله حاج علي منيب، مكتبة الإمام البخاري، ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م.

(٢) أخبار القضاة، المرجع السابق، ص ١٠٨ وما بعدها.

٥. وفي رسالة عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - ما يؤكد هذا المبدأ ويدل عليه، فقد كتب إلى أبي موسى الأشعري قاضيه على الكوفة رسالة تعد مرجعا في القضاء، بل تعد دستور القضاء، يستحضرها القاضى أثناء جلوسه للفصل في الخصومات بين الناس. وقد جاء فيها: " هذا كتاب عمر ، أما بعد فإن القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة ، فافهم إذا أدلي إليك فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له ، أس بين الناس في مجلسك ووجهك وعدلك حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا يخاف ضعيف جورك ، البينة على من ادعى واليمين على من أنكر ، الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا ، لا يمنعك قضاء قضيتته بالأمس راجعت فيه نفسك وهديت فيه لرشدك أن تراجع الحق فإن الحق قديم وإن الحق لا يبطله شيء ومراجعة الحق خير من التماذي في الباطل ، الفهم الفهم فيما يختلج عند ذلك فاعمد إلى أحبها إلى الله وأشبهها بالحق فيما ترى واجعل للمدعي أمدا ينتهي إليه فإن أحضر بينة وإلا وجهت عليه القضاء ، فإن ذلك أجلى للعمى وأبلغ في العذر ، المسلمون عدول بينهم بعضهم على بعض إلا مجلودا في حد أو مجربا في شهادة زور أو ظنينا في ولاء أو قرابة ، فإن الله تولى منكم السرائر ودرأ عنكم بالبيئات ، ثم إياك والضجر والقلق والتأذي بالناس والتكر للخصوم في مواطن الحق التي يوجب بها الأجر ويحسن بها الذكر ، فإنه من يخلص نيته فيما بينه وبين الله يكفه الله ما بينه وبين الناس ، ومن تزين للناس بما يعلم الله منه غير ذلك، شأنه الله" (١). قال ابن القيم: "وهذا كتاب جليل

(١) سنن الدارقطني، أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي الدارقطني، ط ١، ج ٥ ص ٣٦٩ رقم ٤٤٧٢. حققه وضبط نصه وعلق عليه: شعيب الانزوط، حسن عبد المنعم شلبي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد برهوم، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ١٤٢٤ هـ. ٢٠٠٤ م. وأورد ابن القيم هذه الرسالة في كتابه إعلام الموقعين وقال معلقا: "وهذا كتاب جليل تلقاه العلماء بالقبول وبنوا عليه أصول الحكم والشهادة ، والحاكم والمفتي أحوج شيء إليه وإلى

تلقاه العلماء بالقبول وبنوا عليه أصول الحكم والشهادة، والحاكم والمفتي أحوج شيء إليه وإلى تعقله والتفقه فيه" (١).

٦. وهذا عمر بن الخطاب يقول لسعد بن أبي وقاص - لما ولاه إمارة الجيش -: " يا سعد بن وهيب لا يغرنك من الله إن قيل خال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وصاحبه، فإن الله لا يمحو السيئ بالسيئ، ولكن يمحو السيئ بالحسن، وإن الله ليس بينه وبين أحد نسب إلا بطاعته، فإلناس شريفهم ووضعهم في ذات الله سواء، الله ربهم وهم عباده، يتفاضلون بالعافية ويدركون ما عند الله بالطاعة، فانظر الأمر الذي رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم منذ بعث إلى أن فارقتنا عليه فالزمه، فإنه الأمر. هذه عظتي إياك، إن تركتها ورغبت عنها حبط عملك وكنت من الخاسرين" (٢).

٧. عن أنس بن مالك رضي الله عنه قال: "كنا عند عمر بن الخطاب رضي الله عنه إذ جاءه رجل من أهل مصر، فقال: "يا أمير المؤمنين، هذا مقام العائذ بك"، قال: "وما لك؟"، قال: أجرى عمرو بن العاص بمصر الخيل فأقبلت، فلما ترأها الناس، قام محمد بن عمرو فقال: "فرسي ورب الكعبة، فلما دنا منه عرفته، فقلت: فرسي ورب الكعبة، فقام إليّ يضربني بالسوط، ويقول: "خذها وأنا ابن الأكرمين". قال: فوالله ما زاده عمر أن قال له: "اجلس، ثم كتب إلى عمرو إذا جاءك كتابي هذا فأقبل، وأقبل معك بابنك محمد، قال: فدعا عمرو ابنه فقال: "أحدثت حدثاً؟ أجنيت جنياً؟"، قال: "لا"، قال: "فما

تعقله والتفقه فيه. إعلام الموقعين عن رب العالمين، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية، ط ١ ج ١ ص ٦٨، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية - بيروت، ١٤١١ هـ - ١٩٩١ م.

(١) إعلام الموقعين، المرجع السابق، ط ١ ج ١ ص ٦٧.

(٢) البداية والنهاية، أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير، ط ١ ج ٧ ص ٤٢، تحقيق: علي شيري، دار إحياء التراث العربي، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م.

بال عمر يكتب فيك؟"، قال: فقدم على عمر، قال أنس: فوالله إنا عند عمر حتى إذا نحن بعمر، وقد أقبل في إزار ورداء، فجعل عمر يلتفت هل يرى ابنه؟، فإذا هو خلف أبيه، قال: "أين المصري؟" قال: "ها أنا ذا"، قال: "دونك الدرة فاضرب ابن الأكرمين، اضرب ابن الأكرمين". قال فضربه حتى أثخنه، ثم قال: أحلها على صلعة عمرو، فوالله ما ضربك إلا بفضل سلطانه، فقال: "يا أمير المؤمنين، قد ضربت من ضربني"، قال: "أما والله لو ضربته ما حلنا بينك وبينه حتى تكون أنت الذي تدعه، يا عمرو متى استعبدتم الناس وقد ولدتهم أمهاتهم أحراراً؟"، ثم التفت إلى المصري فقال: "انصرف راشداً فإن رابك ريب فاكتب إلي" (١).

٨. كتب عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى أبي عبيدة بن الجراح وهو حاكم على الشام: "أما بعد فإنني كتبت إليك في القضاء، ألزم خمس خصال يسلم لك دينك وتأخذ بأفضل حظك: إذا حضر الخصمان فعليك بالبيئات العدل، والأيمان القاطعة، ثم ادن الضعيف حتى ينبسط لسانه ويجترئ قلبه، وتعاهد الغريب، فإنه إذا طال حبسه ترك حاجته وانصرف إلى أهله، وإنما ضيع حقه منكم يرفق به، وآس بينهم في لحظك وطرفك، واحرص على الصلح ما لم يتبين لك القضاء والسلام" (٢).

(١) حض الصواب في فضائل أمير المؤمنين عمر بن الخطاب، يوسف بن حسن بن أحمد بن حسن ابن عبد الهادي الصالح، جمال الدين، ابن المبرد الحنبلي، ط ١ ج ٢ ص ٤٧٢ وما بعدها. تحقيق: عبد العزيز بن محمد بن عبد المحسن، عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠ م.

(٢) الكتاب: مسند أمير المؤمنين أبي حفص عمر بن الخطاب رضي الله عنه وأقواله على أبواب العلم، أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري، ط ١، ج ٢ ص ٥٤٩. تحقيق: عبد المعطي قلنجي، دار الوفاء - المنصورة، ١٤١١هـ - ١٩٩١ م.
المبسوط محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، ج ١٦ ص ٦٦. دار المعرفة - بيروت، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣ م.

٩. كما كتب رضى الله عنه إلى الناس: "اجعلوا الناس عندكم فى الحق سواء قريبيهم كبعيدهم وبعيدهم كقريبيهم وإياكم والرشا والحكم بالهوى وأن تأخذوا الناس عند الغضب فقوموا بالحق ولو ساعة من نهار(١).
 ١٠. روى العقيلي بسنده عن عبد الله بن عباس قال: «استعدى رجل على علي بن أبي طالب الى عمر بن الخطاب، وكان علي جالسا في مجلس عمر ابن الخطاب، فالتفت عمر الى علي فقال: يا أبا الحسن - وقال المؤيد: قم يا أبا الحسن فاجلس مع خصمك - فقام علي فجلس مع خصمه فتناظرا، وانصرف الرجل ورجع علي الى مجلسه فجلس فيه، فتبين عمر التغير في وجهه فقال له: يا أبا الحسن مالي أراك متغيرا، أكرهت ما كان؟ قال: نعم يا أمير المؤمنين، قال: ولم؟ قال: لأنك كنتي بحضرة خصمي، فألا قلت لي: قم يا علي فاجلس مع خصمك، فأخذ عمر برأس علي فقبل بين عينيه، ثم قال: بأبي أنتم، بكم هدانا الله، وبكم أخرجنا من الظلمات الى النور(٢).

١١. وروى ابن تميم التميمي بسنده عن سعيد بن المسيب قال: "إن عمر بن الخطاب لما بنى مسجد مكة أراد أن يدخل أرضا للعباس ليعدل المسجد، فأبى العباس، وقال: أرضي وملكي، فقال له عمر: الأرض أرض الله، والمسجد مسجد الله، فقال له العباس: بيني وبينك رجل من المسلمين يحكم بيني وبينك، فقال له عمر بن الخطاب: ترضى بأبي بن كعب يحكم بيني وبينك؟ قال: نعم، قال: فسارا إلى أبي، فدقا عليه الباب، فخرج إليهما، فلما رأى عمر، قال: أمير المؤمنين، ألا أرسلت إلي حتى أتيتك؟ فقال عمر: إن الحاكم يؤتى إليه ولا يأتي إلى أحد،

(١) السنن الكبرى وفي ذيله الجوهر النقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخسروجردي الخراساني، أبو بكر البيهقي، ج ١ ص ٣٥، دار النشر: مجلس دائرة المعارف، حيدر آباد، ١٣٤٤ هـ.
 (٢) - عمر بن أحمد بن هبة الله بن أبي جراحة العقيلي، كمال الدين ابن العديم، بغية الطلب في تاريخ حلب، المحقق: د. سهيل زكار، دار الفكر، ج ٤، ص ١٧١.

وإني والعباس تشاجرنا في أمر، وحكمناك فيه، فادخل إلى دارك، فدخل ودخلا، فخرج بوسادة فألقاها إلى عمر، فنبذها عمر برجله، وقال: هذا أول جورك، أقعد أنت عليها، فقعد أبي عليها، وتكلم عمر، فقال: إني أردت أن أدخل أرضا في المسجد، فقال هذا: إنها له، وإن الأرض أرض الله، والمسجد مسجد الله، فقال العباس: الأرض أرضي والدار داري. فقال له: يا أمير المؤمنين، إن الله أوحى إلى داود النبي: أن ابن لي بيتا في الأرض، فقال داود: يا رب وأي بيت يسعك؟ فأوحى الله إليه: ولكني أردت أن تبني لي بيتا فأقدسه، وأشرفه، وأعظمه، وأذكر فيه، وأجد من يأتيه فيعظمني فيه، ويذكرني. قال: فوضع يده لقد قدسته، وشرفته، وكرمته، فارفع يدك منه، فبكى داود، واشتد بكاءه، فأوحى الله إليه: «إني سأخرج من صلبك من يتمه»، فلما أن أعطى الله سليمان ما أعطاه من ملك الجن والإنس أمره ببنائه، قال: فلما أخذ في بنائه، فإذا بيت لعجوز من بني إسرائيل لا يعتدل المسجد إلا به، فأعطاهما فيه سليمان عطاء، فلم ترض، فأمسك سليمان عن البناء، فأوحى الله إليه: «يا سليمان، إن كنت إنما تعطي من عندك فأمسك، وإن كنت تعطي من عندي فأعط وأرضها»، فأعطاهما سليمان، وزادها، فلم ترض، فأمسك " فأوحى الله إليه: إن كنت تعطي من عندك فأمسك، وإن كنت تعطي من عندي فأعط، فأعطاهما سليمان ما سألت حتى رضيت، فما أرى يا أمير المؤمنين الحق إلا للعباس، فأرضه، فقال العباس: أأست قد حكمت لي؟ قال له: نعم، قال: فإني أشهدك وأشهد الله أنني قد تركت أمير المؤمنين يدخله في المسجد، وجعلته الله^(١).

(١) محمد بن أحمد بن تميم التميمي، طبقات علماء إفريقية، وكتاب طبقات علماء تونس، دار الكتاب اللبناي، بيروت، لبنان، ج ١ ص ١٠٧: ١٠٩.

هكذا نظر أسلاف هذه الأمة للقضاء والقضاة، وهكذا جسد قضائياتها مبدأ المساواة أحسن تجسيد خوفاً من عقاب الله عز وجل .

المطلب الثاني

وجود المبدأ في أعمال التابعين

١. ومن مظاهر المساواة أمام القضاء في عهد الدولة العباسية، حادثة الحكم ضد الخليفة المنصور، فقد ادعى عليه جماعة "الجمالون" حقاً لهم أمام القاضي محمد بن عمران الطلحي، فأرسل القاضي إلى الخليفة يستدعيه، فاستجاب الخليفة وحضر مجلس القضاء، وأجلسه القاضي مع الخصوم، وبعد سماع أقوال طرفي القضية حكم القاضي ضد الخليفة، وبعد انصراف الناس وعودة الخليفة إلى دار الخلافة استدعى القاضي الطلحي، فذهب وهو يخشى غضب السلطان، ولما مثل بين يديه قال له المنصور: جزاك الله عن دينك ونبيك وعن حسبك وعن خليفتك أحسن الجزاء (١).

٢. روى أن امرأة تقدمت إلى الخليفة المأمون وهو في مجلس القضاء وعليها هيئة السفر، فشكت إليه من خصم ظلمها، فسألها: أين الخصم؟ قالت: الواقف على رأسك يا أمير المؤمنين، وأشارت إلى العباس ابنه، فقال المأمون: يا أحمد بن أبي خالد خذ بيده واجلسه معها. فجلس الخصم وصوت المرأة يعلو على صوت العباس، فقال لها أحمد بن أبي خالد: يا أمة الله إنك بين يدي أمير المؤمنين، وإنك تكلمين

(١) تاريخ دمشق، أبو القاسم علي بن الحسن بن هبة الله المعروف بابن عساكر، ج ٣٢ ص ٣٢٦ وما بعدها، تحقيق: عمرو بن غرامة العمري، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م . المنتظم في تاريخ الأمم والملوك، جمال الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي، ط ١، ج ٨ ص ١٨١ وما بعدها، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٢ هـ - ١٩٩٢ م، تاريخ الخلفاء، عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي، ط ١، ص ١٩٨، تحقيق: حمدي الدمرداش، مكتبة نزار مصطفى الباز، ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م.

الأمير فاخضى من صوتك. فقال المأمون: دعها يا أحمد فإن الحق أنطقها وأخرسه، وقضى لها وأحسن معاملتها(١).

المطلب الثالث

وجود المبدأ وتطبيقاته في الفقه الإسلامي

وقد جاءت أقوال الفقهاء تتسج على نفس المنوال الذي أكده القرآن ودلت عليه السنة وأعمال الصحابة والتابعين - رضى الله عنهم. فلم تعدم القواعد الفقهية التي قررها الفقه الإسلامي الوسائل التي تعين على تحقيق المساواة، والحرص على أن يكون هذا المبدأ أساساً من أسس القضاء في الإسلام من وجوه متعددة، وأن على القاضي أن يكون حيادياً فلا ينحاز لأحد دون أحد، وأن يعتبر طرفي الخصومة على قدم المساواة، وأن يتجرد عن كل مصلحة أو علاقة له مع أحدهما. ومن ذلك:

١- ماتقرر في الفقه الإسلامي من أنه يجب على القاضي أن يسوي بين الخصوم في كل الأمور الإجرائية التي تتعلق بجلسة الحكم، من مثل دخولهم عليهم معاً، ورد السلام على كليهما، بحث إذا سلم أحدهما لا يرد عليه حتى يسلم الآخر، والنظر إليهما، وإجلاسهما في موضع واحد من مجلسه، والتبسم لهما... (٢).

قال الشريبي الخطيب: "وكره ابن أبي الدم القيام لهما جميعاً - أي للخصمين - لأن أحدهما قد يكون شريفاً والآخر وضيعاً، فإذا قام لهما علم الوضيع أن القيام لأجل خصمه، فيزداد الشريف تكبراً، والوضيع انكساراً... (٣)".

(١) المساواة في الإسلام، على عبد الواحد وافي، ص ٣٩. دار المعارف، القاهرة ١٩٦٥.
(٢) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، ج ٨ ص ٢٦١. دار الفكر، بيروت ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.
(٣) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، المكتبة التجارية الكبرى بمصر، ج ١٠ ص ١٥١. ١٣٥٧ هـ - ١٩٨٣ م. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشريبي الشافعي ط ١، ج ٦ ص ٢٩٩. دار الكتب العلمية ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.

وفي نفس السياق يقول البهوتي: "ولأنه إذا ميز أحد الخصمين على الآخر حصر وانكسر وربما لم يفهم حجته فيؤدي إلى ظلمه" (١).
 وفي المعجم الكبير: "من ابتلي بالقضاء بين المسلمين، فلا يرفع صوته على أحد الخصمين ما لا يرفع على الآخر" (٢).
 أى أن المساواة بين الخصوم أمام القضاء قد بلغت شأواً عظيماً فى الشريعة الإسلامية، بحيث يتمتع على القاضى أن يرفع صوته على أحد الخصوم ما لم يتم ذلك بنفس القدر والمثل بالنسبة للخصم الآخر.
 وعن علي، قال: بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى اليمن قال: فقلت يا رسول الله تبعثني إلى قوم أسن مني، وأنا حدث لا أبصر القضاء؟ قال: فوضع يده على صدري وقال: " اللهم ثبت لسانه، واهد قلبه، يا علي، إذا جلس إليك الخصمان فلا تقض بينهما حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول، فإنك إذا فعلت ذلك تبين لك القضاء " قال: فما اختلف علي قضاء بعد، أو ما أشكل علي قضاء بعد" (٣).

٢- فصل فقهاء الشريعة في أدب القاضي بشكل يتناسب وأهميتها خاصة أدب المساواة بين الخصوم. فهذا القاضي أبو يوسف صاحب الخراج ينصح القضاة فيقول: " على القاضي أولاً أن يسألهما أيكما المدعي وهذا أرفق بالناس لأن الخصوم قد تلحقهم مهابة المجلس فيعجزون عن النطق والدفاع عن أنفسهم" (٤). وقال ابن فرحون في التبصرة: "إذا حضر الخصمان بين

(١) كشف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي ج٦ ص ٣١٤، دار الكتب العلمية.

(٢) المعجم الكبير - ويه قال: "المؤلف: سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي، أبو القاسم الطبراني، ط٢، ج٢٣ ص ١٨٥ رقم ٦٢٢. تحقيق: حمدي بن عبد المجيد السلفي، مكتبة ابن تيمية، القاهرة.

(٣) مسند الإمام أحمد بن حنبل، أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني، ط١ ج٢ ص ٢٢٥ رقم ٨٨٢. تحقيق: شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد، وآخرون، مؤسسة الرسالة، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠١.

(٤) إبراهيم نجيب محمد عوض، القضاء في الإسلام تاريخه ونظامه، مطبوعات مجمع البحوث الإسلامية، ١٩٧٥، ص ١٨٢.

يديه فليسو بينهما في النظر إليهما والتكلم معهما ما لم يتعد أحدهما فلا بأس أن يسوي نظره إليه ويرفع صوته عليه لما صدر منه من اللدد ونحو ذلك.

٣. أن القاضي يُدخل الخصمين معاً، فلا يُدخل أحدهما قبل الآخر، فإن كان موجوداً قبلهما وسلما عليه رد عليهما السلام، فإن كان هو القادم سلم عليهما جميعاً؛ لئلا يتسلل إليهما شعور بتفضيل أحدهما على الآخر.

قال في التبصرة: "إذا حضر الخصمان بين يديه فليسو بينهما في النظر إليهما والتكلم معهما ما لم يتعد أحدهما فلا بأس أن يسوي نظره إليه ويرفع صوته عليه لما صدر منه من اللدد ونحو ذلك. ويخضعها عند ابتداء المحاكمة على التؤدة والوقار ويسكن جاش المضطرب منهما ويؤمن روع الخائف والمحصر في الكلام حتى يذهب عنه ذلك. وليقعدهما بين يديه ضعيفين كانا أو قويين. ولا يقرب أحدهما إليه، ولا يقبل عليه دون خصمه، ولا يميل إلى أحدهما بالسلام فيخصه به، ولا بالترحيب، ولا يسأل أحدهما حاله ولا خبره، ولا عن شيء من أمورهما في مجلسهما ولا يساررهما جميعاً ولا أحدهما..."^(١)

٤- يجب على القاضي أن يساوي بين الخصوم في مجلس القضاء في كل شيء، بالجلوس والسلام والنظر والمخاطبة، قال ابن القيم رحمه الله: "إذا عدل الحاكم في هذا بين الخصمين فهو عنوان عدله في الحكومة فمتى خص أحد الخصمين بالدخول عليه أو القيام له أو بصدر المجلس والإقبال عليه والبشاشة له والنظر إليه كان عنوان حيفه وظلمه. وفي تخصيص أحد الخصمين بمجلس أو إقبال أو إكرام مفسدتان إحداهما: طمعه في أن تكون

(١) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمرى، ط١، ج١، ص٤٦، مكتبة الكليات الأزهرية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م. معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، أبو الحسن، علاء الدين، علي بن خليل الطرابلسي الحنفي، ج١، ص٢٠، دار الفكر.

الحكومة له فيقوى قلبه وجنانه ، والثانية أن الآخر يبأس من عدله ويضعف قلبه وتكسر محجته"^(١).

ويحضهما عند ابتداء المحاكمة على التؤدة والوقار ويسكن جاش المضطرب منهما ويؤمن روع الخائف والمحصر في الكلام حتى يذهب عنه ذلك. وليقعدهما بين يديه ضعيفين كانا أو قويين. ولا يقرب أحدهما إليه، ولا يقبل عليه دون خصمه، ولا يميل إلى أحدهما بالسلام فيخصه به، ولا بالترحيب، ولا يسأل أحدهما حاله ولا خبره، ولا عن شيء من أمورهما في مجلسهما ولا يساررهما جميعا ولا أحدهما..."^(٢). وتعود العلة من هذا في نفي التهمة عن القاضى، حتى يشعر المتخاصمين أنهم في مأمن من الحيف والميل، وأن أموالهم وأعراضهم ودمائهم مصونة من الاعتداء والظلم بفضل هذا المبدأ. فإذا قدم القاضى الشريف أو حابى أحد الخصمين على حساب الآخر، وترك التسوية بين الخصمين، طمع من حاباه في ظلمه وانكسر بذلك قلب الخصم الآخر ويثس من عدله. والقاضى مأمور بالتسوية بين الخصوم ما أمكنه لذلك سييلا.

٥- حرمت الشريعة على القاضى مسارة أحد الخصمين دون الآخر، أو تلقينه حجته"^(٣)، أو تلقينه لأحدهما بما يضر الآخر، كأن يريد أحدهما الإقرار فيلقته الإنكار، أو العكس. إذ يخل هذا بالمساواة بين الخصوم، كما يخل بمبدأ الحياد الذى ينبغى أن يكون عليه القاضى؛ لأن القاضى بذلك يقف موقف

(١) انظر : أعلام الموقعين ، ج١ ص ٧٠.

(٢) ابن فرحون، المرجع السابق، ص ٣١. وأيضاً محمد بن يوسف أطفيش، شرح كتاب النيل وشفاء العليل، الجزء الثالث عشر، مكتبة الإرشاد، جدة، دون سنة، ص ٦٦. ولتفصيل أكثر راجع: عمار بوضياف، السلطة القضائية بين الشريعة والقانون، ريحانة للنشر والتوزيع، الجزائر، ٢٠٠١، ص ١٤٨، عمار بوضياف، أدب القاضى في الشريعة الإسلامية، مجلة العدالة، وزارة العدل، الإمارات العربية المتحدة. السنة العشرين، العدد الخامس والسبعون، يوليو ١٩٩٣، ص ٢٣ وما بعدها.

(٣) يقصد بتلقين الخصم حجته: تعليمه الإدلاء بدعواه . وهذا بطبيعة الحال لا يتنافى مع مجرد السؤال عند الضرورة لما هو لازم لتصحيح الدعوى.

الخصم، ولا يجوز له أن يكون حكماً وخصماً في آن واحد. أو تعليمه كيف يدعي إلا أن يترك ما يلزمه ذكره في الدعوى ليتضح للقاضي تحرير الدعوى^(١).

٦- كما حرمت الشريعة على القاضي أن يضيف أحد الخصمين أو يستضيفه لئلا يكون ذلك إغانة على خصمه وكسر قلبه. جاء رجل فنزل على علي بن أبي طالب كرم الله وجهه، فأضافه. قال: إني أريد أن أخاصم. قال له على رضى الله عنه: تحول فإن النبي صلى الله عليه وسلم نهانا أن نضيف الخصم إلا ومعه خصمه^(٢).

ولذات العلة حرمت الشريعة على القاضي أن يقبل الهدية ممن لم يكن يهديه قبل ولايته، أو ممن كانت له حكومة مطلقاً؛ لأن قبولها ممن لم تجر عادته بمهاداته ذريعة إلى قضاء حاجته فيقوم عنده شهوة لقضاء حاجته. كل ذلك لقاعدة سد الذرائع المعتبرة في الشريعة^(٣).

٧. عدم السماح للقاضي أن يقضي بعلمه الشخصي؛ منعاً لاتهامه وتحيزه والظعن في حياده. ولئلا يتخذ ذلك ذريعة للانحياز إلى أحد الخصمين^(٤).
وفى نفس السياق ذكر الفقهاء في آداب القضاء، أنه يكره للقاضي أن يبيع أو يشتري بنفسه، ولكن يجعل له وكيلاً لا يعرف به خشية المحاباة وحفاظاً على الحياد المطلوب^(٥).

(١) التبصرة، ط١، ج١، ص٤٦، مكتبة الكليات الأزهرية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.

(٢) السنن الكبرى للبيهقي لسنن الكبرى وفي ذيله الجوهر النقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخسروجردي الخراساني، أبو بكر البيهقي، ط١، ج١، ص١٣٧، رقم ٢٠٩٧٤، باب لا ينبغي للقاضي أن يضيف الخصم إلا وخصمه معه. مجلس دائرة المعارف، حيدر آباد، ١٣٤٤هـ.

(٣) إعلام الموقعين، ج٣، ص١١٤.

(٤) راجع في عدم جواز قضاء القاضي بعلمه: المغني، ج١، ص٤٨.

(٥) روضة الطالبين وعمدة المفتين، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، ط٣، ج١، ص١٤٢، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، عمان، ١٤١٢هـ - ١٩٩١م. جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود

المؤلف: شمس الدين محمد بن أحمد بن علي بن عبد الخالق، المنهاجي الأسيوطي ثم القاهري الشافعي، ط١، ج٢، ص٢٩٠ وما بعدها. تحقيق وتخريج: مسعد عبد الحميد محمد السعدني، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م.

٨- وجماع الأمر في هذه المسألة: الحديث الذي رواه أم سلمة رضي الله عنها، قالت: قال رسول الله: "من ابتلي بالقضاء بين الناس فليعدل بينهم في لحظه وإشارته ومقعدته"^(١).

إلى آخر هذه الآداب التي عددها الفقه الإسلامي،، فعدم العدل بين الخصمين فيه ظلم لواحد منهما، وفيه كسر لنفسه، بحيث يظن أن القاضي قد تواطأ مع هذا الخصم، فلا يثق به ولا بحكمه.

وإذا كانت التسوية في نفس المجلس واجبة، فما عداها من التسوية في الخطاب والجواب والتعزير والتقييد بالأولى^(٢).

ونخلص من هذا إلى أن المساواة بين الناس في الشريعة الإسلامية يمثل أصلاً عاماً دلت عليه نصوص عديدة من القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة، فلم يعرف الشريعة الإسلامية التمييز بين الناس، أي كان الأساس الذي يبني عليه هذا التمييز. فالناس إما اشريعة سواء بلا فرق. وهذا ناشئ من وحدة الأصل الإنساني في الأساس، ولا يستقيم مع عدل الله تعالى وقد خلق الناس من أصل واحد أن يفضل بعضهم على بعض بسبب الخلقة أو الانتماء إلى طائفة معينة أو دين معين، فيقرر للبعض حقوقاً أو يفرض عليه واجبات دون غيره. وإنما معيار الفضل والتفاضل بين الناس يقوم على أساس التقوى والعمل الصالح. وفي هذا الخصوص يقول الله تعالى: "يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم"^(٣).

(١) السنن الكبرى، المرجع السابق، ج ١٠، ص ١٣٥ رقم ٢٠٩٦٢.

(٢) ظفر اللاضي بما يجب في القضاء على القاضي، صديق بن حسن خان القنوجي البخاري، ط ١، ص ٢٢٥، تحقيق أبو عبد الرحمن بن عيسى البياتني، دار ابن حزم، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م.

(٣) سورة الحجرات، آية رقم ١٣.

خاتمة البحث

أما وقد انتهينا من هذا البحث فقد حان الوقت للكشف عن نتائجه الأساسية:

١- المساواة تعنى المماثلة والعدل بين الخصوم فى الحقوق والواجبات الإجرائية والموضوعية على حد سواء. ويقصد بالمساواة من الناحية الإجرائية: وحدة القواعد الإجرائية التي تطبق على المتقاضين. ويقصد بالمساواة من الناحية الموضوعية: وحدة القواعد الموضوعية التي تتضمنها القوانين التي تطبق على المتقاضين فيما ينشأ بينهم من منازعات .

وتطبيقا لهذا المبدأ، فقد راعى القانون المساواة بين الخصوم، وذلك بمراعاة التوازن بين الخصوم فى وضع القواعد القانونية ، سواء على صعيد قانون المرافعات أو غيره من القوانين.

٢- ولما كانت الدراسة تتعلق بالمساواة بين الخصوم أمام القضاء، فقد اهتم قانون المرافعات بتحقيق هذا المبدأ، سواء فى نطاق الدعوى القضائية، أو فى نطاق التنفيذ الجبرى.

ففى نطاق الدعوى القضائية، حقق المساواة بين الخصوم عن طريق وضع قواعد نظم بها مجانية القضاء، وقواعد أخرى نظم بها اجراءات المواجهة بين الخصوم واحترام حقوق الدفاع، وقواعد أخرى نظم بها حالات عدم صلاحية القاضى للفصل فى الدعوى. كما وضع قانون الإثبات قواعد سوى فيها بين الخصوم فى الإثبات.

أما التوازن بين الخصوم فى نطاق التنفيذ الجبرى فقد وضع المشرع قواعد نظم بها حالات النفاذ المعجل للأحكام ،وهى فى الأساس تراعى مصلحة المحكوم له، ولم يفت المشرع أن يضع قواعد أخرى ليعيد من خلالها التوازن بين الخصوم، تحقيقا للمساواة بينهم. فوضع ضمانات للمحكوم عليه

بحكم ابتدائي مشمول بالنفاذ المعجل يستطيع من خلالها أن يحد من تعسف الدائن، فيما يعرف بالحد من الأثر الكلي للحجز.

وكما راعى القانون تحقيق المساواة بين الخصوم فى وضع القواعد القانونية، فإنه قد منح القاضى فى حالات كثيرة سلطة تقديرية يستطيع القاضى من خلالها أن يعيد التوازن بين الخصوم فى الحالات التى يعجز فيها القانون عن تحقيق هذا المبدأ.

٣- تبين من خلال هذه الدراسة أن الفقه لم يتفق على كلمة سواء حول انتقاص المحاكم الاستثنائية من مبدأ المساواة بين الخصوم أمام القضاء. فيذهب رأى إلى أن إنشاء محاكم استثنائية يقضى على وحدة القضاء فى الدولة ويؤدى إلى ضعف الثقة فى القضاء العادى ، وضياع الحقوق بالنظر إلى وجوب إتباع إجراءات خاصة أمام هذه المحاكم قد يجهلها الشخص ، والمحصلة النهائية لهذا الرأى : أن المحاكم الاستثنائية تقضى على المساواة بين الخصوم، بحسبان أن هذا المبدأ يقتضى وجود قضاء واحد لجميع المواطنين.

غير أنه يمكن القول فى المقابل يمكن القول بأنه يمكن إنشاء محاكم استثنائية بمراعاة ضوابط معينة وهى :

أن يكون إنشاء المحاكم وتحديد اختصاصها بقانون، وأن يكون إنشاء المحكمة قبل نشوء الدعوى؛ ليعرف كل مواطن سلفاً من هو قاضيه، ومن ثم لا يجوز بعد نشوء الدعوى أو وقوع الجريمة انتزاع الشخص من قاضيه الطبيعي إلى محكمة أخرى أنشئت خصيصاً من أجله وأمثاله. وأن تكون المحكمة دائمة دون قيد زمني معين، سواء كان تقييد ولايتها بمدة معينة أو بظروف خاصة أو استثنائية كحالة الحرب أو حالة الطوارئ، ونحو ذلك من الظروف الخاصة، وأن يكون ذلك مصحوباً بتوفير الضمانات المقررة لاحترام حقوق الدفاع .

٤- وعلى صعيد الشريعة الإسلامية، فإنه يمكن القول بأنه لاستثناءات في الإسلام في تطبيق المساواة أمام القضاء : فالنظام الإسلامي هو النظام الوحيد الذي لا يستثني أحداً مهما كان شأنه من الممثل أمام القضاء الإسلامي. بل إن الباحثين من المستشرقين قد أكدوا أن الإسلام حين قرر هذا المبدأ، قد جاء للعالم بمبدأ جديد لم يكن معروفاً في التشريعات في العصر الحديث.

ويعود إرساء هذا المبدأ في ظل الشريعة الإسلامية إلى:

١- وحدة التشريع الإسلامي. فمن الأصول المقررة في الشريعة الإسلامية أن التشريع لله سبحانه وتعالى، يستوى أن يرد هذا التشريع في الكتاب الكريم أو في السنة المطهرة. وفي هذا ضمان لتحقيق المساواة بين الناس أمام الشرع الحنيف وأمام القضاء.

٢- وحدة القضاء : بمعنى أن يكون التقاضي بالنسبة لجميع أفراد المجتمع وطبقاته الاجتماعية ،

وقد عرض البحث لتطبيقات عديدة لهذا المبدأ في الشريعة الإسلامية في القرآن والسنة والفقهاء الإسلامي، مما يدل على ثراء هذا المبدأ في ظل الشريعة الإسلامية، ويعكس مدى اهتمامها به.

والحق أنه إذا كان ثمة توصية في هذا الصدد، فإننا نتوجه بها إلى القائمين على أمر التشريع، الذين يجب أن يضعوا نصب أعينهم هذا المبدأ في كل قانون يصدر عنهم. ويقرنوا ذلك بالنص على إتاحة الفرصة للقاضي في كل مرة يرى فيها ظلماً واقعا على أحد الخصوم، فتمكنه من رفعه وإعادة التوازن بين الخصوم، عن طريق السلطة التقديرية الممنوحة له بمقتضى القانون.

مراجع البحث
المراجع مرتبة ترتيباً أبجدياً بحسب المؤلف
مراجع البحث

أولاً : المراجع باللغة العربية

١- كتب في التفسير

- ١- أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير، تفسير القرآن العظيم، تحقيق: محمد حسين شمس الدين، دار الكتب العلمية، منشورات محمد علي بيضون، بيروت، ١٤١٩ هـ
- ٢- أبو القاسم الطبراني، المعجم الكبير، تحقيق: حمدي بن عبد المجيد السلفي، مكتبة ابن تيمية، القاهرة.
- ٣- أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي، الجامع لأحكام القرآن "تفسير القرطبي"، ط٢، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية، القاهرة، ١٣٨٤هـ-١٩٦٤م.
- ٤- أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي خطيب الري، مفاتيح الغيب "التفسير الكبير". دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٤٢٠ هـ
- ٥- دروزة محمد عزت، التفسير الحديث، ج٨ ص٤٨ وما بعدها، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، ١٣٨٣ هـ.
- ٦- عبد الرحمن بن ناصر بن عبد الله السعدي، تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، المحقق: عبد الرحمن بن معلا اللويحق، مؤسسة الرسالة، ١٤٢٠هـ-٢٠٠٠م.
- ٧- محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الأملي، أبو جعفر الطبري، جامع البيان في تأويل القرآن، تحقيق: أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م.

٨- محمد رشيد بن علي رضا بن محمد شمس الدين بن محمد بهاء الدين بن منلا علي خليفة القلموني الحسيني، تفسير القرآن الحكيم تفسير المنار"، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٩٠ م، ط دار الفكر بيروت، ١٤٢٨ هـ ٢٠٠٧ م.

٢- كتب في الحديث الشريف

٩- ابن الملقن سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري، البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، تحقيق: مصطفى أبو الغيط وعبد الله بن سليمان وياسر بن كمال، دار الهجرة للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م.

١٠- أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي الدارقطني، سنن الدارقطني، حققه وضبط نصه وعلق عليه: شعيب الارنؤوط، حسن عبد المنعم شلبي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد برهوم، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٤ م.

١١- أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، دار الجيل بيروت .

١٢- أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري، مسند أمير المؤمنين أبي حفص عمر بن الخطاب رضي الله عنه وأقواله على أبواب العلم، تحقيق: عبد المعطي قلنجي، دار الوفاء، المنصورة، ١٤١١ هـ - ١٩٩١ م.

١٣- أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني، سنن أبي داود، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت .

١٤- أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، النسائي، السنن الكبرى، حققه وخرج أحاديثه: حسن عبد المنعم شلبي، مؤسسة الرسالة - بيروت، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠١ م.

١٥- أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني، مسند أحمد بن حنبل، تحقيق: السيد أبو المعاطي النوري، عالم الكتب، بيروت ١٤١٩هـ - ١٩٩٨.

١٦- أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، عادل مرشد، وآخرون، مؤسسة الرسالة، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠١.

١٧- أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرَوِجْردي الخراساني، أبو بكر البيهقي

١٨- أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرَوِجْردي الخراساني، أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى وفي ذيله الجوهر النقي، مجلس دائرة المعارف، حيدر آباد، ١٣٤٤ هـ.

١٩- أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائي، سنن النسائي الكبرى، تحقيق: عبد الغفار سليمان البنداري، سيد كسروي حسن. دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١١ هـ - ١٩٩١ م.

٢٠- سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي، أبو القاسم الطبراني، المعجم الكبير، تحقيق: حمدي بن عبد المجيد السلفي، مكتبة ابن تيمية، القاهرة.

٢١- علاء الدين علي بن حسام الدين ابن قاضي خان، كنز العمال في سنن الأفعال والأقوال، تحقيق: بكري حياني - صفوة السقا، مؤسسة الرسالة، ١٤٠١ هـ - ١٩٨١ م.

٢٢- محمد بن اسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري "أبو عبدالله" الجامع المسند الصحيح، صحيح البخاري، تحقيق، محمد زهير بن ناصر الناصر دار طوق النجاة ١٤٢٢هـ.

٣- مراجع في الفقه الإسلامي وأصوله

أ- كتب في أصول الفقه الإسلامي :

٢٣- أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي ، الفروق، تحقيق: خليل المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان ١٤١٨هـ-١٩٩٨م.

٢٤- محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، ١٤١٤هـ-١٩٩٣م.

ب - كتب في الفقه الإسلامي :

١- الفقه الحنفي :

٢٥- زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي ، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية، الدار النموذجية، بيروت، صيدا، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.

٢٦- الشيخ نظام وجماعة من الهند، الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، دار الفكر ١٤١١هـ-١٩٩١م .

٢٧- محمد أمين، الشهير بـ "ابن عابدين" ، حاشية ابن عابدين، دار الفكر، بيروت لبنان، ١٤١٥هـ-١٩٩٥.

٢- الفقه المالكي :

٢٨- أبو البركات سيدي أحمد الدردير، الشرح الكبير، طبع دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي.

٢٩- شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات سيدي أحمد الدردير مع تقارير للعلامة المحقق سيدي

الشيخ محمد عليش، طبع دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي وشركاه، ط دار الفكر.

٣٠- عثمان بن حسين بري الجعلي المالكي، سراج السالك شرح أسهل المسالك، مؤسسة المنشورات الإسلامية، وزارة الشؤون الدينية، الجزائر، دون سنة للنشر.

٣- الفقه الشافعي :

٣١- أبو زكريا محيي الدين بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب، دار الفكر.

٣٢- أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، عمان، ١٤١٢هـ - ١٩٩١م.

٣٤- أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، المكتبة التجارية الكبرى بمصر، ١٣٥٧هـ - ١٩٨٣م.

٣٥- شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.

٣٦- شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.

٣٧- شمس الدين محمد بن أحمد بن علي بن عبد الخالق، المنهاجي الأسيوطي ثم القاهري الشافعي، جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، تحقيق وتخريج: مسعد عبد الحميد محمد السعدني، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م.

٣٨- شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.

٤- الفقه الحنبلي :

٣٩- إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدين ، المبدع في شرح المقنع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م، ووط دار عالم الكتب، الرياض، ط١٤٢٣هـ-٢٠٠٣.

٤٠- أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي، المغني، مكتبة القاهرة ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م.

٤١- عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي "أبو محمد"، المغني، دار الفكر، بيروت ١٤٠٥هـ.

منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، الروض المربع شرح زاد المستنقع، ومعه: حاشية الشيخ العثيمين وتعليقات الشيخ السعدي، خرج أحاديثه: عبد القدوس محمد نذير، دار المؤيد، مؤسسة الرسالة.

٤٢- منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، كشف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية.

٤٣- منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، عالم الكتب، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.

الناشر : دار الجيل - بيروت

٤- كتب في السياسة الشرعية والقضاء

٤٤- إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري ،
تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، ط١، مكتبة الكليات
الأزهرية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.

٤٥- أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي،
الشهير بالماوردي، الأحكام السلطانية، دار الحديث، القاهرة .

٤٦- أبو الحسن، علاء الدين، علي بن خليل الطرابلسي الحنفي ، معين
الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، دار الفكر.

٤٧- أبو بكر مُحَمَّدُ بْنُ خَلْفِ بْنِ حَيَّانَ بْنِ صَدَقَةَ الضَّبِّيِّ البَغْدَادِيِّ،
المُلَقَّبُ بِـ"وَكَيْعٍ". أخبار القضاة، تحقيق، عبد العزيز مصطفى
المراغي، المكتبة التجارية الكبرى ، ١٣٦٦هـ-١٩٤٧م.

٤٨- أبو عمر بن محمد بن يوسف الكندي ، الولاة والقضاة، طبعة سنة
١٩٠٨م .

٤٩- شحاتة أبو زيد شحاتة، مبدأ المساواة في الدساتير العربية في دائرة
الحقوق والواجبات العامة وتطبيقاته القضائية، ٢٠٠١.

٥٠- شهاب الدين إبراهيم بن عبدالله المعروف بـ"ابن أبي الدم" أدب
القضاء، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
١٤٠٧هـ-١٩٨٧.

٥١- ظفر اللاضي بما يجب في القضاء على القاضي، صديق بن حسن
خان القنوجي البخاري، تحقيق أبو عبد الرحمن بن عيسى الباتني، دار ابن
حزم، ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م.

٥٢- محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية
، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، دار
الكتب العلمية ، بيروت، ١٤١١هـ - ١٩٩١م

٥- كتب في الفقه الإسلامي الحديث :

- ٥٣- إبراهيم عبد الحميد، نظام القضاء في الإسلام ، ١٩٧٧.
- ٥٤- ابراهيم نجيب محمد عوض، القضاء في الإسلام تاريخه ونظامه، مطبوعات مجمع البحوث الإسلامية، ١٩٧٥.
- ٥٥- أنور العمروسي، التشريع والقضاء في الإسلام ، موسوعة شباب الجامعة، الإسكندرية، ١٩٨١، ١٩٨٤.
- ٥٦- حسن محمد محمد بودي، ضمانات الخصوم أمام القضاء في الشريعة الإسلامية، دار الكتب القانونية، مصر، دار شتات للنشر والبرمجيات ٢٠١١م.
- ٥٧- شوقي علام ،الحكم القضائي وأثره في رفع الخلاف الفقهي ، ٢٠١٠، مكتبة الوفاء القانونية.
- ٥٨- عبد الكريم زيدان ،نظام القضاء في الشريعة الإسلامية. مؤسسة الرسالة ١٤١٩ هـ — ١٩٩٨م.
- ٥٩- عطيه مشرفة، القضاء في الإسلام ، شركة الشرق الأوسط ، القاهرة، ١٩٦٦.
- ٦٠- على عبد الواحد وافى، المساواة في الإسلام. دار المعارف، القاهرة ١٩٦٥.
- ٦١- على قراعة، الأصول القضائية في المرافعات الشرعية، ١٩٢١م ١٣٣٩هـ .
- ٦٢- عمار بوضياف، أدب القاضي في الشريعة الإسلامية، مجلة العدالة، وزارة العدل، الإمارات العربية المتحدة. السنة العشرون، العدد الخامس والسبعون، يوليو ١٩٩٣.
- ٦٣- عمار بوضياف، أدب القاضي في الشريعة الإسلامية، مجلة العدالة، وزارة العدل، الإمارات العربية المتحدة. السنة العشرون، العدد الخامس والسبعون، يوليو ١٩٩٣.

- ٦٤- عمار بوضياف، السلطة القضائية بين الشريعة والقانون، ريحانة للنشر والتوزيع، الجزائر، ٢٠٠١.
- ٦٥- محمود بن عرنوس، تاريخ القضاء في الإسلام، ١٩٣٤م.
- ٦- المراجع القانونية
أ- المؤلفات العامة :
- ٦٦- إبراهيم سعد ، القانون القضائي الخاص، منشأة المعارف، بدون سن للنشر.
- ٦٧- أحمد أبو الوفا ، إجراءات التنفيذ، ط٨، ص ٤٤ هامش ١، منشأة المعارف. ١٩٨٢.
- ٦٨ - أحمد أبو الوفا ، المرافعات المدنية والتجارية ط ١٣، منشأة المعارف. ١٩٨٠.
- ٦٩- أحمد أبو الوفا ، نظرية الأحكام ، منشأة المعارف. ١٩٨٠.
- ٧٠- أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، ٢٠٠٠.
- ٧١- أحمد ماهر زغلول، أصول التنفيذ، ط٤، ج١.
- ٧٢- أحمد ماهر زغلول، أصول المرافعات. دار النهضة العربية ٢٠٠١.
- ٧٣- أحمد مسلم ، اصول المرافعات، دار الفكر العربي ١٩٧٨.
- ٧٤- آمال الفزايري ، ضمانات التقاضي ، منشأة المعارف ١٩٩٠.
- ٧٥- أمينة النمر، التنفيذ الجبري ، ١٩٨٨.
- ٧٦- أمينة النمر، قوانين المرافعات، الكتاب الأول.
- ٧٧- رمضان إبراهيم عبد الكريم علام، الوجيز في التنفيذ الجبري، ٢٠١٠.

- ٧٨- عاشور مبروك، الوسيط فى شرح قانون القضاء المدنى، الكتاب الأول ١٩٩٥.
- ٧٩- عبد المنعم الشرقاوى، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، ١٩٥٦.
- ٨٠- عزمى عبد الفتاح، قواعد التنفيذ الجبرى فى قانون المرافعات، ط ١٩٨٣-١٩٨٤.
- ٨١- عوض محمود عوض، المبادئ العامة فى قانون الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٢.
- ٨٢- فتحى والى، التنفيذ فى المواد المدنية والتجارية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعى ١٩٩٥.
- ٨٣- فتحى والى، الوسيط فى قانون القضاء المدنى، مطبعة جامعة القاهرة للكتاب الجامعى ١٩٩٣، مطبوعات مؤسسة روز اليوسف، القاهرة، ١٩٨١م.
- ٨٤- محمد حامد فهمى، المرافعات المدنية والتجارية، مطبعة فتح الله الياس وأولاده بمصر ١٣٥٩هـ-١٩٤٠م.
- ٨٥- محمد عبد الخالق، مبادئ التنفيذ، ط ٤، دار النهضة العربية ١٩٧٨.
- ٨٦- محمد محمود إبراهيم، أصول التنفيذ الجبرى، دار الفكر العربى ١٩٨٣.
- ٨٧- محمد نجيب حسين، الفقه الجنائى الإسلامى، الجريمة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧.
- ٨٨- محمد كامل ليلة النظم السياسية، دار الفكر العربى ١٩٦٣.
- ٨٩- محمود نجيب حسنى، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، ١٩٩٨.
- ٩٠- محمود هاشم، قانون القضاء المدنى، دار الفكر العربى ١٩٨١.

- ٩١- وجدى ر اغب ،مبادئ القضاء المدنى، دار النهضة العربية٢٠٠١ .
 ،طدار الفكر العربى١٩٨٦ .
- ب - المؤلفات الخاصة بالأبحاث والمقالات :
- ٩٢- بشير سعد زغلول، استئناف أحكام محاكم الجنايات بين المعارضة والتأييد، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية٢٠٠٦ .
- ٩٣- بشير سعد زغلول، مبدأ التقاضي على درجتين ودوره في تدعيم العدالة الجنائية وكفالة المساواة أمام المحاكم الجنائية، ورقة بحثية مقدمة للمؤتمر العلمي السنوي السادس "القانون والعدالة الاجتماعية"، الذي تنظمه كلية الحقوق ،جامعة الاسكندرية.
- ٩٤- جمال العطيفى ،نحو هيئة عامة للمساعدات القضائية،مجلة المحاماه،السنة ٤٥ العدد الثالث.
- ٩٥- رمضان إبراهيم عبد الكريم،الطلبات الختامية،دراسة مقارنة بين القانونين المصرى والفرنسى ٢٠٠٥ .
- ٩٦- عاشور مبروك :النظام القانونى لمساعدة غير القادرين مادياً على دفع المصروفات القضائية ، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة ١٩٨٧ .
- ٩٧- عبد الغنى بسيونى عبد الله ،مبدأ المساواة أمام القضاء وكفالة حق التقاضي ، منشأة المعارف١٩٨٣ .
- ٩٨- فتوح الشاذلى،المساواة فى الإجراءات الجنائية،ص٩٦،دار المطبوعات الجامعية١٩٩٠ .
- ٩٩- محمد إبراهيم حسن علي ، مبدأ المساواة في تقلد الوظائف العامة ، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة ،١٩٨٥ .
- ١٠٠- محمد على راتب ونصر الدين. قضاء الأمور المستعجلة ،ج٢

- ١٠١— محمد كامل عبيد، استقلال القضاء، نادي القضاة المصري ١٩٩١م.
- ١٠٢— محمد محمود ابراهيم، سلطة القاضي في تكييف الدعوى، منشأة المعارف، الاسكندرية.
- ١٠٣— نبيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، منشأة المعارف، الاسكندرية ١٩٨٤.
- يحيى الرفاعي، تشريعات السلطة القضائية، مكتبة رجال القضاء طبعة سنة ١٩٩١
- ٧— رسائل الماجستير والدكتوراه :
- ١٠٤— ابراهيم أحمد عبد الرحمن الشيخ، المساواة أمام القضاء، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر، كلية الشريعة والقانون،
- ١٠٥— رمضان ابراهيم عبد الكريم موسى، التناقض الإجرائي "دراسة مقارنة في نظرية الخصومة القضائية"، دار الوفاء، الاسكندرية ٢٠١٠.
- ١٠٦— محمد باكر محمد با عبد الله، وسطية أهل السنة بين الفرق (رسالة دكتوراه) دار الراجحة للنشر والتوزيع، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.
- ٨— كتب في التاريخ
- ١٠٧— أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير، البداية والنهاية، تحقيق: علي شيري، دار إحياء التراث العربي، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.
- ١٠٨— أبو القاسم علي بن الحسن بن هبة الله المعروف بابن عساكر، تاريخ دمشق، تحقيق: عمرو بن غرامة العمروي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م.
- ١٠٩— جمال الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي، المنتظم في تاريخ الأمم والملوك، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.

١١٠- عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي، تاريخ الخلفاء، تحقيق: حمدي الدمرداش، مكتبة نزار مصطفى الباز، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.

١١١- عمر بن أحمد بن هبة الله بن أبي جرادة العقيلي، كمال الدين ابن العديم، بغية الطلب في تاريخ حلب، المحقق: د. سهيل زكار، دار الفكر.

٩- كتب في التراجم والطبقات

١١٢- عبد الرحمن بن علي بن عبد الرحمن بن علي أفندي العمادي الدمشقي الحنفي، الروضة الريا فيمن دفن بدريا، تحقيق: عبده علي الأشعث، دار المأمون للتراث، دمشق، سوريا، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.

١١٣- محمد بن أحمد بن تميم التميمي المغربي الإفريقي، أبو العرب، طبقات علماء إفريقية، وكتاب طبقات علماء تونس، دار الكتاب اللبناني، بيروت، لبنان.

١١٤- يوسف بن حسن بن أحمد بن حسن ابن عبد الهادي الصالحي، جمال الدين، ابن المبرد الحنبلي، حض الصواب في فضائل أمير المؤمنين عمر بن الخطاب، تحقيق: عبد العزيز بن محمد بن عبد المحسن، عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م.

١٠- كتب في العقيدة

١١٥- محمد بن أسعد الصديقي الدواني، جلال الدين، الحجج الباهرة في إفحام الطائفة الكافرة الفاجرة، تحقيق: عبد الله حاج علي منيب، مكتبة الإمام البخاري، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م.

١١٦- محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الإشبيلي المالكي، العواصم من القواصم في تحقيق مواقف الصحابة بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم، تحقيق: محب الدين الخطيب ومحمود مهدي الاستانبولي، دار الجيل بيروت، لبنان، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م.

١١٧- محمد بن يوسف أطفيش، شرح كتاب النيل وشفاء العليل، مكتبة الإرشاد، جدة، دون سنة للنشر.

١١- كتب فى اللغة العربية

١١٨- محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض، الملقب بمرتضى، الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، مجموعة من المحققين، دار الهداية

١١٩- محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعى الإفريقي، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ١٤١٤ هـ

١٢- الدوريات ومجموعات الأحكام

١٢٠- المحكمة الدستورية "الأحكام والقرارات التى أصدرتها المحكمة الدستورية فى

جمهورية مصر العربية .

١٢١- مجموعة الأحكام الصادرة من الهيئة العامة ومن الدوائر المدنية التجارية ودوائر الأحوال الشخصية لمحكمة النقض .

ثانيا: مراجع باللغة الفرنسية

1- Christine, "M" l'estoppel by representation étude comparative de droit privé française et anglais. Thèse jean Monnet, Paris sud 1999.

François Luchaire, un janus constitutionnel. L'égalité, .P1231et s.R.D.P,1986

2- Houtcieff "Dimitri" le principe de coherence en matière contractuelle. P 16et s . volume 1, Thèse paris X1. 2000.

3- Jean Boulnger, principes généraux dudroit et droit positif, mélangls Ripret. T.1. Paris 1950.

4- Marie de Bechillon : la notion de principe général en droit privé, presse universitaire d'aix marseille 1998.

Solus et perret. Droit judiciaire prive, t1, paris 1961. — 5

**الإستئناف الوصى فى القانون المصرى
كضمانة فى التنفيذ المعجل
دراسة مقارنة**

دكتور

رجائى عبدالرحمن عبدالقادر عوض

دكتوراه فى قانون المرافعات

جامعة الاسكندرية

المخلص

يعتبر الاستئناف الوصفي احد ضمانات التنفيذ المعجل وهو طريق رسمه القانون للاعتراض على وصف الحكم الخاطيء من قبل محكمه اول درجه وذلك امام المحكمة الاستئنافية ، ويلعب وصف الحكم دورا اساسيا فى تحديد مدى صلاحية الحكم للتنفيذ الجبرى ، لان قابليه الحكم للتنفيذ منوطه بوصف الحكم ، فقد تخطيء محكمه اول درجه فتصف الحكم خطأ بأنه انتهائى وهو فى حقيقه الامر ابتدائى او العكس ، او تقضى بشمول الحكم بالنفاد المعجل فى حاله من حالات وجوبه قانوناً او تشمله بالنفاد المعجل من تلقاء نفسها ، او قد تحكم بالكفاله فى حاله وجوبها ، او تأمر بها فى حاله الاعفاء منها ،

لذلك اجاز القانون لذوى الشأن التظلم من وصف الحكم -الاعتراض على الوصف طبقاً للماده ٢٩١ مرافعات والتي تقابلها الماده ٢٣٣ اجراءات مدنيه اماراتيه ، والماده ١٩٨ مرافعات كويتى ، اما المشرع الفرنسى عالج الخطأ فى وصف الحكم الصادر من محكمه اول درجه بطريقه مغايره عن المشرع المصرى والاماراتى والكويتى ، حيث منح الرئيس الاعلى لمحكمه الاستئناف او قاضى تحضير الدعوى بها وقف تنفيذ الحكم فى حاله الخطأ فى وصف تنفيذ الحكم او فى النفاذ المعجل

ويتشابه الاستئناف الوصفى مع غيره من الانظمه الاخرى كنظام وقف التنفيذ المعجل والاشكال فى التنفيذ وكذلك الاستئناف الموضوعى الا انه لكل منهم له طبيعه خاصه تميزه عن غيره وحكم خاص به .
وتختص المحكمة الاستئنافية بنظر الاستئناف الوصفى ، ويرفع بالاجراءات المعتادة لرفع الدعوى او كطلب عارض أثناء نظر الاستئناف ، وللمحكمة نظر الاستئناف الوصفى وتحكم فيه مستقلاً عن الموضوع بحكم وقتى لايحوز قوة الامر المقضى ، ولانتقيد به المحكمة الاستئنافية عند نظر استئناف الموضوع ، ولايترتب اى اثر لمجرد رفع التظلم ، وانما يترتب الأثر على الحكم الصادر فى التظلم ، فاذا حسمت المحكمة النزاع المعروض عليها لم يعد لها أي ولاية بالرجوع إليه ، والحكم الصادر فى

الاستئناف الوصفي حكم وقتي بإجماع الشراح، ومن ثم يكون قابلاً للطعن المباشر ، ولو لم يكن منهيًا للخصومة اعمالاً لنص المادة ٢١٢ مرافعات ، وبالتالي يعتبر الاستئناف الوصفي السياج الامنى للموازنة بين مصالح الخصوم

ABSTRACT

A descriptive appeal is one of the accelerated execution guarantees. It is a way drawn up by the law to object the description of the wrong judgment by a court of first instance before the appellate court. The description of the judgment plays a basic role in determining the enforceability of the judgment, because the enforceability of the ruling is to describe the judgment. the first instance court may be wrong and describes the ruling as it is final It is in fact primary or vice versa, or requires the inclusion of the provision in expedited access in case of legal obligation or covered by accelerated acceleration on its own, or may govern the bail in the case of obligation, or order in case of exemption from it.

So the law allowed the concerned make a disapproval against the ruling - Objection to the description in accordance with Article 291 of the provisions of Article 233 of the UAE Civil Procedures and article 198 of the Kuwaiti pleadings, but the French legislator dealt with the error in describing the judgment issued by a court or a degree in a different way about the Egyptian, Emirati and Kuwaiti legislator. As the Supreme Court President of the Court of Appeal or in charge of the preparation of the lawsuit to suspend the execution of the sentence in case of error in implementation of the provision or accelerated access.

The descriptive appeal is similar to that of other systems such as the suspending of the accelerated execution system, the form of execution, and the substantive appeal. However, each of them has a special nature that distinguishes it from other and special judgment of it.

The appellate court shall hear the appellate appeal, and shall submit the usual procedures for adjudicating the case or as an interlocutory application during the hearing of the appeal. The court shall hear the appellate appeal independently of the matter by its time which does not have the force of the order. If the court decides the dispute

before it, it no longer has any jurisdiction to refer to it, and the ruling issued on the appeal is descriptive and timely by the consensus of the arbitrator. And thus be subject to direct appeal, even if it does not end the dispute pursuant to the text of Article 212 pleadings, and therefore is considered descriptive appeal security to balance the interests of opponents.

مقدمة

الحمد لله ، نحمده ونستعينه ، ونؤمن به ونتوكل عليه ، ونعوذ به من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا ، الذي لولاه ما جرى قلم ، ولا تكلم لسان ، يعفو ويصفح ويغفر الذنوب يملي ويمهل لعل العاصي يتوب ، وأشهد أن لا إله إلا الله ، وحده لا شريك له ، له الملك وله الحمد ، وهو على كل شيء قدير ، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه وأتباعه أجمعين وبعد .

عُرف استئناف الحكم منذ القدم ، حيث إن إقامة العدل في البلاد من الأسس التي جاء بها الاسلام ، كما اقرت الشريعة الاسلامية مشروعية الاعتراض على الحكم - الاستئناف ، قال تعالى : **وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَسَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ (٧٨) فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ وَكُلًّا آتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا وَسَخَرْنَا مَعَ دَاوُدَ الْجِبَالَ يُسَبِّحْنَ وَالطَّيْرَ وَكُنَّا فَاعِلِينَ (٧٩) (١)** ، فحكم داوود ونقضه سليمان وحكم حكما اخر (٢)

وما يدل على ذلك خطاب عمر بن الخطاب الى ابي موسى الاشعري جاء فيه.....ولا يمنعك قضاء قضيته أمس فراجعت اليوم فيه عقلك وهديت فيه لرشدك أن ترجع إلى الحق؛ فإن الحق قديم لا يبطله شيء ومراجعة الحق خير من التماذي في الباطل....." (٣) .

(١) سورة الأنبياء ، آية ٧٨ ، ٧٩ ،

(٢) أ / سعيد محمد الغامدي ، النفاذ المعجل للأحكام في نظام المرافعات الشرعية السعودية ، رسالة ماجستير كلية الدراسات العليا جامعة نايف للعلوم الأمنية ، المملكة العربية السعودية ، سنة ٢٠٠٧ ، ص ١٦٦

(٣) المرجع السابق ، ص ١٦٧ ، وكذلك ينظر أ / محمود شريف بسيوني ، الوثائق الدولية المعنية بحقوق الإنسان، المجلد الثاني، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٣. وقد نشرت هذه الوثيقة بتصريح من المعهد الدولي لحقوق الإنسان بجامعة دي بول شيكاغو، مكتبة حقوق الانسان جامعة <http://hrlibrary.umn.edu/arab/IS-7.html> منسيوتا متاح على

احاط المشرع بالتنفيذ المعجل للاحكام ببعض الضمانات التي تحميه من المخاطر ، ومن هذه الضمانات الاستئناف الوصفى ، حيث يعتبر السياج الامنى لمصالح المحكوم له والمحكوم عليه ، للتظلم من الخطا فى وصف الحكم .

ويلعب وصف الحكم دورا اساسيا فى تحديد مدى صلاحية الحكم للتنفيذ الجبرى حيث يؤثر الخطا فى الوصف على قوة الحكم التنفيذيه ، لان قابليه الحكم للتنفيذ منوطه بوصف الحكم فقد تخطىء المحكمه فتصف الحكم خطأ بأنه انتهاى وهو فى حقيقه الامر ابتدائى او العكس فتصف الحكم بانه ابتدائى وهو والحال انتهاى ، او تقضى محكمه اول درجه بشمول الحكم بالنفاذ المعجل فى حاله من حالات وجوبه قانوناً او تشمل الحكم بالنفاذ المعجل من تلقاء نفسها دون ان يطلب منها ، بالاضافه الى ان المحكمه قد تحكم بالكفاله فى حاله وجوبها ، او تأمر بالكفاله فى حاله الاعفاء منها ، مما يؤثر هذا الخطأ فى الوصف من قبل محكمه اول درجه على قوة الحكم التنفيذيه وبالتالي يؤثر على مدى صلاحية الحكم للتنفيذ الجبرى .

لذلك اجاز القانون لذوى الشأن التظلم من وصف الحكم -الاعتراض على الوصف طبقا للماده ٢١٩ مرافعات والتي تقابلها الماده ٢٣٣ اجراءات مدنية إماراتية ، والماده ١٩٨ مرافعات كويتى .

وقد عالج المشرع النظام الاجرائى للاستئناف الوصفى ، فأجاز التظلم من وصف الحكم او الاعتراض عليه كما يسمى فى القانون الكويتى ، وذلك امام المحكمه الاستئنافية بالاجراءات المعتاده لرفع الاستئناف ، ويكون ميعاد الحضور ثلاثة ايام كما اجاز ابداء التظلم من الوصف فى الجلسه اثناء نظر الاستئناف فى الموضوع ، ويحكم فى التظلم مستقلاً عن الموضوع .

موضوع الدراسة وأهميته:

يهدف موضوع الدراسة إلى بيان احد ضمانات التنفيذ المعجل وهو الاستئناف الوصفي من خلال بحث ماهيته وحالاته و النظام الاجرائى له ومعالجة القصور فى النصوص التشريعية ذات العلاقة ، مع التركيز على أوجه الخلاف بين الفقه والقضاء ومحاولة الباحث الوصول إلى رأى لحسم تلك الخلافات .

وتتجلى أهمية موضوع البحث فى أن الاستئناف الوصفي ضمانه من ضمانات التنفيذ المعجل ، لذا يعتبر السياج الواقى للمحكوم عليه و المحكوم له على حد سواء ، للتظلم من الخطأ فى وصف الحكم من محكمه اول درجة وذلك أمام المحكمة الاستئنافية.

إشكالية البحث:

- لم ينل موضوع الاستئناف الوصفي عناية كاملة من الباحثين فى هذا المجال
 - ندرة الدراسات القانونية المتخصصة تخصصاً مباشراً فى الاستئناف الوصفي والأحكام الصادره فيه
 - كما توجد بعض الإشكاليات فى الموضوع والتي سوف يتم معالجتها من خلال بحث التظلم من وصف الحكم
- ومن هذه الاشكاليات:-

١. هل يجوز الجمع بين الاستئناف الوصفي ووقف التنفيذ المعجل ؟
٢. هل يجوز التظلم من الخطأ فى وصف الحكم فى الحالات التي تتمتع بها المحكمه بسلطة تقديرية؟
٣. هل يجوز تقديم التظلم من وصف الحكم الي ذات المحكمة التي اصدرت الحكم ؟

٤. هل هناك ميعاد لرفع الاستئناف الوصفي؟ وهل مجرد رفع الاستئناف الوصفي أثر علي التنفيذ؟

٥. ما مدى فاعلية الحكم الصادر في الاستئناف الوصفي؟

٦. هل يترتب البطلان علي حكم محكمة الاستئناف لو تصدت للفصل في موضوع الاستئناف قبل الفصل في الاستئناف الوصفي؟ وهل يجوز الطعن على الحكم الصادر في الاستئناف الوصفي؟

كل هذه الإشكاليات تم تذليلها بفضل الله ، ولهذا كان لابد من التعرض والبحث في الاستئناف الوصفي ومعالجة اى نقص او قصور قدر الإمكان للوصول الى تنظيم قانونى سليم دون عقبات أو معوقات.

نطاق البحث

يتحدد نطاق البحث بالمادة ٢٩١ مرافعات مصرى ، والتي تقابلها المادة ٢٣٣ إجراءات مدنية إماراتى ، والمادة ١٩٨ مرافعات كويتى ، مع التطرق الى بعض القوانين الأخرى ذات العلاقة ، ولم يشمل البحث اى ضمانات اخرى من ضمانات التنفيذ المعجل كالكفالة او وقف التنفيذ حيث تخرج عن نطاق هذا البحث .

منهج البحث:

اعتمد الباحث على المنهج التحليلى المقارن وذلك بمقارنة الاستئناف الوصفي فى قانون المرافعات المدنية والتجارية المصرى ، بموقفى المشرع فى كل من قانون الاجراءات المدنية الاماراتى وقانون المرافعات الكويتى ، مع التطرق الى بعض القوانين الأخرى على سبيل الاسترشاد وبيان موقف القانون الفرنسى فى هذا الشأن ، و تحليل النصوص القانونية المتعلقة بالاستئناف الوصفي و اراء الفقه والقضاء وترجيح المناسب منها مع ابداء الراى كلما كان ضروريا بالاضافة الى المنهج التطبيقى من خلال الاحكام القضائية المتعلقة بموضوع البحث

خطة البحث وهيكلته:

لكي يتسنى لنا دراسة الاستئناف الوصفي سوف نقسم البحث الى مبحثين
على النحو الاتي :

المبحث الاول : ماهية الاستئناف الوصفي وحالاته

المطلب الاول : ماهية الاستئناف الوصفي

الفرع الاول : تعريف الاستئناف الوصفي

الفرع الثاني : تمييز الاستئناف الوصفي عن غيره من

الانظمة المشابهه

المطلب الثاني : حالات الاستئناف الوصفي

المبحث الثاني : النظام الاجرائي للاستئناف الوصفي

المطلب الأول : اجراءات الاستئناف الوصفي

الفرع الاول : المحكمة المختصة بنظر الاستئناف الوصفي

وكيفية رفعة

الفرع الثاني : ميعاد رفع الاستئناف الوصفي واثره علي التنفيذ

المطلب الثاني : الحكم في الاستئناف الوصفي

الفرع الاول : سلطة المحكمة الاستئنافية

أولاً : التحقق من جواز استئناف الحكم

ثانياً : نظر الاستئناف الوصفي مستقلا عن الموضوع

ثالثاً : بحث مدى مطابقة وصف الحكم لصحيح للقانون

الفرع الثاني : فاعلية الحكم الصادر في الاستئناف الوصفي

أولاً : حجية الحكم الصادر في الاستئناف الوصفي واثره

على التنفيذ

ثانياً: استفاد المحكمة الاستئنافية سلطتها

ثالثاً: مدى جواز الطعن بالنقض في حكم الاستئناف الوصفي

المبحث الأول

ماهية الاستئناف الوصفي وحالاته

تمهيد وتقسيم

يخول التنفيذ للمحكوم عليه اقتضاء حقه قبل صدور الحكم نهائيا ، وقد يترتب على ذلك التنفيذ اضرار بالمحكوم عليه اذا ما ألغى الحكم من المحكمة الاستئنافية بعد تنفيذه ، لذلك قام المشرع بحمايه المحكوم عليه ببعض الضمانات تحقيقا لاقامه التوازن بين مصالح الخصوم ومن هذه الضمانات الاستئناف الوصفي^(١) .

فقد تخطيء المحكمة فتصف الحكم بأنه ابتدائي مع انه في الحقيقة انتهائي والعكس ، وقد تخطيء المحكمة في النفاذ المعجل ، فتأمر بالنفاذ المعجل في غير حالاته او دون طلب ، وقد ترفض النفاذ المعجل في حاله من حالات النفاذ المعجل القانوني ، او تخطيء في الكفاله فتعفى منها في حاله وجوبها او تحكم بها في حاله الاعفاء منها .
وإذا اخطأت المحكمة في وصف الحكم ذاته ، فقد اجاز القانون اللجوء الى المحكمة الاستئنافية لرفع الاستئناف الوصفي وذلك من خلال التظلم من الخطأ في وصف الحكم من قبل محكمة اول درجه ، وفقا لنص م ٢٩١ مرافعات وذلك اذا توافرت إحدى الحالات التي تستدعي رفع الاستئناف الوصفي^(٢) .

وفي ضوء ما سبق سوف نقسم هذا المبحث الى مطلبين كالآتي :-

المطلب الاول : ماهية الاستئناف الوصفي

المبحث الثاني : حالات الاستئناف الوصفي

(١) د.علي عبد الحميد تركي ، شرح اجراءات التنفيذ الجبري ، سنه ٢٠٠٩ ، ص ١٨١
(٢) هذه الحالات نصت عليه صراحه المادة ١٩٨ من قانون المرافعات الكويتي ولم ينص عليها صراحه كل من القانون المصري والاماراتي

المطلب الأول

ماهية الاستئناف الوصفي

تمهيد وتقسيم

الاستئناف الوصفي هو طريق رسمه القانون للإعتراض على وصف الحكم الخاطيء من قبل محكمة أول درجة ، وقد أجاز القانون التظلم من وصف الحكم إذا أخطأت المحكمة في تطبيق القانون أو أخطأت في وصف الحكم ذاته ، ويعرف الإستئناف الوصفي بالتظلم من الحكم أو الاعتراض على الوصف ، أما المشرع الفرنسي عالج الخطأ فى وصف الحكم الصادر من محكمة أول درجة بطريقة مغايره عن كل من المشرع المصرى والإماراتى والكويتى ، ويتميز الاستئناف الوصفي عن غيره من الأنظمة الأخرى المشابهة كنظام وقف التنفيذ المعجل والإشكال فى التنفيذ ولكن لكل منهم نظام خاص .

وبناءً على ما سبق نقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول تعريف الإستئناف الوصفي (الفرع الأول) ثم نخصص تمييز الاستئناف الوصفي عن غيره من الأنظمة المشابهة (الفرع الثانى) .

الفرع الأول

تعريف الإستئناف الوصفي

عالج المشرع المصرى الإستئناف الوصفي فى المادة ٢٩١ من قانون المرافعات^(١) فرسم طريقاً خاص للطعن فى وصف الحكم أمام المحكمه الإستئنافية^(٢)، فأجاز لكل ذى مصلحة التظلم من وصف الحكم - الإستئناف الوصفي^(٣) ، ويسمى الإستئناف الوصفي بالتظلم من الحكم أو

(١) وهذه المادة تقابل المادة ٢٣٣ لاجراءات اماراتى ، والمادة ١٩٨ مرافعات كويتى
(٢) د. محمد عبد الخالق عمر ، مبادئ التنفيذ دار النهضة العربية بالقاهرة ، ط ٤ سنة ١٩٧٨ وص ٢٠٦
(٣) د. محمود مصطفى يونس ، المرجع فى قانون إجراءات التنفيذ الجبرى ، دار النهضة العربية سنة ٢٠١٣ ص ١٧٠

الإعتراض على الوصف^(١) ، وقد شاع في العمل على تسميته بالإستئناف الوصفي أو إستئناف الوصف وإن كانت هذه التسمية تثير اللبس عند البعض ، حيث لا يعد إستئنافا بالمعنى الدقيق بل هو طريقاً خاص للطعن في الحكم ، وهذه التسمية مستمدة من المادة ٤٧ من القانون ١٩٤٩ المقابلة للمادة ١٩٢ مرافعات مصري الحاليه والتي بدأت بعبارة "إذا وصف الحكم خطأ بانه^(٢) ، والبعض يرى أنه على الرغم من ان التظلم من الوصف يسمى بالإستئناف الوصفي الا انه ليس استئنافا بالمعنى الدقيق لان الاستئناف طعن ، والطعن لا يكون إلا لخطأ في التقدير أو الاجراء والخطأ في وصف الحكم ليس في هذا أو في ذلك^(٣).

كما ان البعض يرى انها تسمية خاطئة ومحل نظر ، لإختلاف نظام الطعن كلياً عن نظام الطعن بالإستئناف ، لذا فهو طريق خاص من طرق الطعن^(٤) ، أما في قضاء محكمة النقض فسمي إستئناف وصف النفاذ^(٥) ، وإذا رفع الإستئناف الوصفي من المنفذ ضده - المحكوم عليه سمي طلب منع التنفيذ، وإذا رفع من المنفذ - المحكوم له سمي طلب التنفيذ^(٦)

(١) هذه التسمية ذكرت في القانون ٣٨ لسنة ١٩٨٠ بشأن المرافعات المدنية الكويتي ينظر في ذلك مجموعة التشريعات الكويتية ، الصادرة عن مجلس الوزراء لدولة الكويت في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، الجزء الثالث ، ط ٨ ، يناير ٢٠٠٥ ، ص ٢٨٦
(٢) د. احمد ماهر زغلول ، اصول التنفيذ الجبري ط ١ سنة ١٩٨٤ ، ص ٢١٣ ، د. محمد عبدالخالق عمر ، المرجع السابق ، ص ٢٠١٦
(٣) د. طلعت دويدار ، النظرية العامة للتنفيذ القضائي في قانون المرافعات المدنية والتجارية دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية سنة ٢٠١٧ ، ص ٧٩
(٤) د. اسامه شوقي المليجي ، المرجع السابق ، ص ١٠٧
(٥) نقض ١٩٥٧/١٠/٨- ص ٤٥ ، انظر في ذلك د. احمد مليجي ، الموسوعة الشاملة ، ص ٢٩١

كذلك د. احمد ماهر زغلول ، المرجع السابق ، ص ٢١٣
(٦) د. فتحى والى ، المرجع السابق ، ص ٩٥ ، د. على هيكل ، المرجع السابق ، ص ٦٨ ، د. محمد عبد الخالق عمر ، المرجع السابق ، ص ٢٠٦

ونرى ان تسمية التظلم من وصف الحكم او الإعتراض على الوصف بالإستئناف الوصفى تسمية لاغبار عليها لانه يرفع أمام المحكمة الإستئنافية وينصب على وصف الحكم وليس على موضوع الحكم. والاستئناف الوصفى هو منازعة فى القوة التنفيذية للحكم أمام محكمة الطعن وليس قاضى التنفيذ، وهذه المنازعة تبتعد عن قاضى التنفيذ بقدر ما تقترب من الطعن فى الاحكام^(١)، وهو ليس طعنا فى الحكم لأن محله ليس هو موضوع الحكم من حيث الواقع والقانون، وإنما هو مجرد تظلم من وصف الحكم يرتبط بصلاحيته للتنفيذ^(٢).

وقد عرفه البعض بأنه تعديل وصف فى الحكم من شأنه أن يؤثر فى جواز تنفيذه أو فى عدم جوازه^(٣)، وعرفه البعض بأنه طريق رسمه القانون للإعتراض على وصف الحكم الخاطيء من قبل محكمة أول درجة وذلك بتصحيح الخطأ القانونى فى وصف الحكم أمام المحكمة الاستئنافية، لأن هذا الوصف يلحق بالحكم فيؤثر على قوته التنفيذية وبالتالي على قابليته للتنفيذ الجبرى^(٤)، كما بينه البعض بأنه تصحيح ما وقعت فيه محكمة أول درجة من خطأ قانونى فى وصف الحكم يؤثر فى قوته التنفيذية^(٥)، وهذا التأثير قد يكون تأثيراً سلبياً او ايجابياً كأن تصف المحكمة الحكم بأنه قابل للتنفيذ وهو فى الحقيقة غير ذلك او العكس^(٦).

(١) د. طلعت دويدار، النظرية العامة للتنفيذ القضائى فى قانون المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ٧٨

(٢) المرجع السابق، ص ٧٩

(٣) د. احمد ابو الوفا، اجراءات التنفيذ فى المواد الجنائية والتجارية، مكتبه الوفاء القانونيه، الاسكندرية عام ٢٠١٥، ص ١٠٧ بند ٤٤

(٤) د. فتحى والى، التنفيذ الجبرى فى المواد المدنية والتجارية مطبعة جامعة القاهرة، سنة ١٩٩٥ ص ٩٥ بند ٤٦

(٥) د. عاشور مبروك، الوسيط فى التنفيذ وفقا لمجموعة المرافعات الحالية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ٢ سنة ٢٠٠٤ ص ٢١٥، د. محمد نور عبدالهادى شحاته، التنفيذ الجبرى فى دولة الامارات العربية المتحدة وفقا لقانون الاجراءات المدنية الاماراتى رقم ١١ لسنة ١٩٩٢، مطابع البيان التجارى، دى، دون سنة نشر، ص ١٢٤

(٦) د. نبيل اسماعيل عمر، التنفيذ الجبرى للسندات التنفيذية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية

كما عرفه البعض الآخر بأنه تصحيح ما شاب الحكم من خطأ فى الوصف من شأنه منع الحكم أو عرقلته إذا رفع من المحكوم له ، أو السماح بتنفيذ الحكم أو تفسيره إذا رفع من المحكوم عليه - المنفذ ضده (١)

وعلى أية حال فإن التعريفات السابقة كلها تدور حول فلك واحد وهو تصحيح الخطأ فى وصف الحكم الصادر من محكمة اول درجة ، وذلك أمام المحكمة الإستئنافية ، وعموماً فإن وصف الحكم من الأهمية بمكان فى التأثير على القوة التنفيذية للحكم القضائى وبالتالى يؤثر على صلاحية أو عدم صلاحية للتنفيذ .

ومن الجدير بالذكر ان التظلم من وصف الحكم ضمانه من ضمانات التنفيذ المعجل يتسع نطاقها لتشمل كل من المحكوم عليه والمحكوم له حيث إنه يمكن للأخير أيضاً ان يطلب شمول الحكم بالنفاذ إذا لم يكن مشمولاً به (٢)

ولدينا ان الإستئناف الوصفى هو طريق خاص من طرق الطعن مقرر للمحكوم عليه وله ، الغرض منه تعديل المحكمة الاستئنافية للخطأ فى وصف الحكم الصادر من محكمة أول درجة وفقاً للإجراءات التى نص عليها القانون ، لأن الخطأ فى وصف الحكم من قبل المحكمة لا يمكن تنفيذه أو منع تنفيذه (٣).

عام ٢٠١٥ ، ص ٦٩
(١) د. محمد محمد ابراهيم ، اصول التنفيذ الخيرى على ضوء المنهج القضائى ، دار الفكر العربى ، عام ١٩٨٣ ، ص ٢٣٤
(٢) د. عزمى عبد الفتاح ، قواعد التنفيذ الجبرى فى قانون المرافعات المصرى ، دار النهضة العربيه ، ٢٠٠٢ ، ص ٢٢٥
(٣) د. احمد خليل ، قانون التنفيذ الجبرى ، مكتبه الاشعاع الفنيه ، الاسكندريه ، سنه ١٩٩٨ ، ص ٥٤

وكذلك د. محمد محمد ابراهيم ، اصول التنفيذ الجبرى ، المرجع السابق ص ٢٣٤

الإستئناف الوصفى فى القانون الفرنسى

لم ينص القانون الفرنسى على قاعدة تحكم الإستئناف الوصفى كما فعل كل من القانون المصرى و الإماراتى والكويتى ، ولكنه عالج الخطأ فى وصف الحكم الصادر من محكمة اول درجة بطريقة مغايرة ، حيث منح الرئيس الأعلى لمحكمة الإستئناف أو قاضى تحضير الدعوى بها وقف تنفيذ الحكم فى حاله الخطأ فى وصف تنفيذ الحكم أو فى النفاذ المعجل .

فإذا وصفت المحكمة الحكم الصادر منها وذلك خطأ وعلى غير الحقيقة لأنه إنتهاى وهو فى الحال إبتدائى ، والعكس كما لو وصفت المحكمة الحكم بأنه إنتهاى وهو فى حقيقته إنتهاى ، فالعبرة بحقيقة الحال وليس التكيف الخاطيء ، فإذا أثر على الخطأ فى الوصف اضعاف قوة تنفيذية على الحكم ليست له كوصف الحكم بأنه إنتهاى وهو فى الحقيقة إبتدائى فالمحكوم عليه يطعن فى الحكم بالإستئناف ، وبالتبعية لهذا الطعن يطلب وقف التنفيذ من الرئيس الأعلى لمحكمة الاستئناف أو قاضى التحضير بها م ٥٦٩ ، ٥١٢ ، ٩٥٧ مرافعات فرنسى (١) .

وإذا صدر حكم أول درجة مشمولاً بالنفاذ المعجل فالمحكوم عليه يطلب وقف التنفيذ فى مرحلة الطعن بالإستئناف أما لو صدر الحكم غير مشمولاً بالنفاذ المعجل فالمحكوم عليه تقديم طلب جديد فى مرحله الإستئناف لشمول الحكم بالنفاذ المعجل(٢)

(١) د . احمد هندى التنفيذ الجبرى ، المرجع السابق ، ص٩٢ وكذلك د. محمود مصطفى يونس ، المرجع فى قانون اجراءات التنفيذ الجبرى ، المرجع السابق ، ص١٧٠ و د . احمد ماهر زغلول ، اصول التنفيذ الجبرى ، المرجع السابق ، ص٢١٢ .

(٢) د. احمد هندى ، التنفيذ الجبرى ، المرجع السابق ص٩٣ وكذلك د. احمد ماهر زغلول ، اصول التنفيذ الجبرى المرجع السابق ، ص٢١٢ .

الفرع الثاني

تمييز الاستئناف الوصفي عن غيره من الأنظمة الأخرى المشابهة

يتشابهه الاستئناف الوصفي كثيراً مع غيره من الأنظمة الأخرى المشابهة ، باعتباره طريق خاص للنظام من الخطأ في وصف الحكم أو في النفاذ المعجل أو الكفالة ، وذلك كنظام وقف التنفيذ المعجل والإشكال في التنفيذ وكذلك الاستئناف الموضوعي ، إلا إنه رغم التشابه الحاصل بينهم فكل منهم له طبيعة خاصة تميزه عن غيره وحكم خاص به (١) ، وهذا ما سوف نتحدث عنه في التمييز بين الاستئناف الوصفي ونظام وقف التنفيذ (أولاً) ، و التمييز بين الاستئناف الوصفي والإشكال في التنفيذ (ثانياً) ، والتمييز بين الاستئناف الوصفي والاستئناف الموضوعي (ثالثاً) وذلك كما يلي :

أولاً : التمييز بين الاستئناف الوصفي ونظام وقف التنفيذ

قبل التحدث عن الاختلاف بين الاستئناف الوصفي ونظام وقف التنفيذ نود ان نشير إلى ان كلا منها يتشابه مع الآخر من حيث رفع كل منها أمام محكمة الدرجة الثانية ، كما يتضمن كل منها منازعة في القوة التنفيذية للحكم ، بالإضافة إلى ان الحكم الصادر فيهما يرتب ذات الأثر من حيث تجريد الحكم من قوته التنفيذية (٢) .

(١) كما يختلف النظام من الخطأ في وصف الحكم عن النظام من القرارات الولائية لقاضي التنفيذ- وهي تصدر في شكل أوامر على عرائض- التي يحكمها نظام الأوامر على العرائض الوارد في المواد ١٤٠ ، ١٤١ ، ١٤٢ من قانون الإجراءات المدنية، والمواد ١٩٤ وما بعدها من قانون المرافعات المدنية المصري

د. رفاعي علي حسن عبدالرحمن ، الاستئناف الوصفي في القانون الإماراتي ، بحث منشور في مجلة الفكر الشرطي ، مركز بحوث الشرطة ، القيادة العامة لشرطة الشارقة الإمارات ، المجلد

رقم ٢٥ ، العدد ٩٩ ، أكتوبر ٢٠١٦ ، ص ٢١٨

(٢) د. احمد ماهر زغلول ، اصول التنفيذ الجبري ، المرجع السابق ص ٢٢٢

ورغم التشابه الكبير بين كل من الإستئناف الوصفي -التظلم من وصف الحكم أو الإعتراض على وصف الحكم كما يسميه البعض^(١)، فإن كلا منهما له طبيعة تميزه عن الآخر وحكم خاص به^(٢) من حيث التعريف فإن الإستئناف الوصفي يعرف بأنه طريق خاص أتاحه المشروع للخصم ذى المصلحة للتظلم من الخطأ فى وصف الحكم لتعديل وصف فى الحكم من شأنه أن يؤثر فى جواز تنفيذه او فى عدم جوازه^(٣)، وهو مكنه أجازها المشرع للتظلم من وصف الحكم حيث يقوم المحكوم له برفع إستئناف وصفي بطلب التنفيذ، والمحكوم عليه بطلب منع التنفيذ^(٤).

بينما وقف التنفيذ فهو ضمانه وقائية وقتية منحها القانون للتنفيذ ضد المحكوم عليه بحكم مشمول بالنفاذ المعجل ، ان يستأنف هذا الحكم بحيث يستطيع وقف النفاذ المعجل الذى أمرت به محكمة اول درجة^(٥) ، تحقيقاً لقاعدة التوازن بين المصالح المتعارضة ، مصلحة المحكوم له فى التنفيذ المعجل ، ومصلحة المحكوم عليه فى وقف هذا التنفيذ^(٦) ، وسواء كان الحكم الابتدائى مشمولاً بالنفاذ المعجل بقوة القانون أو بحكم المحكمة^(٧) ، فقد خول المشرع للمحكمة سلطة وقف التنفيذ المعجل فى اية حالة من حالاته طبقاً للمادة ٢٩٢ مرافعات^(١).

(١) د. احمد هندی ، التنفيذ الجبرى ، المرجع السابق ، ص٩٨ وكذلك المادة ١٩٨ من قانون المرافعات لدولة الكويت
(٢) استئناف القاهرة ١٩٥٠/١٢/١٩ ، المحاماه ٣٢-٦٧٢ وكذلك د. احمد ماهر زغلول ، اصول التنفيذ الجبرى ، المرجع السابق ص٢
(٣) د. احمد ابو الوفا ، اجراءات التنفيذ فى عداد المدنيه التجاربه ، المرجع السابق ، ص١٠٧
(٤) د. احمد ماهر زغلول ، اصول التنفيذ الجبرى ، المرجع السابق ، ص٢٢٣ ، د. فتحى والى ، التنفيذ الجبرى فى المواد المدنيه والتجاربه ، المرجع السابق ، ص٩٥
(٥) د. عزمى عبد الفتاح ، قواعد التنفيذ الجبرى فى قانون المرافعات المصرى ، المرجع السابق ، ص٢١٧
(٦) د. محمود مصطفى يونس ، المرجع فى قانون اجراءات التنفيذ الجبرى ، المرجع السابق ، ص١٣٩
(٧) د. احمد مليجى ، الموسوعه الشامله فى التنفيذ فى التعليق على قانون المرافعات ، ط نادى

عكس ذلك القانون الفرنسي لايجوز وقف النفاذ المعجل القانون (الحتى) ، لان ما يقرره القانون وينص عليه لا يوقف عن طريق المحكمة (٢) ، حيث يفرق بين الوقف القانونى والوقف القضائى ، فلا يجوز وقف التنفيذ المعجل بقوة القانون إلا إذا كان هناك مخالفة قانونية جسيمة تنتهك أحد المبادئ الاساسية للقانون كعدم احترام حق الدفاع (٣) .

اما من حيث اجراءات رفع كل منهما فالإستئناف الوصفى يجوز رفعه استقلالاً وبالتبعية للإستئناف الموضوعى (٤) ، ولا يرتبط بالتنفيذ ، فيرفع قبل أو أثناء التنفيذ ، أو بعد تمام التنفيذ لإزالة ما وقع منه (٥) .
بينما وقف التنفيذ المعجل لايجوز طلبه استقلالاً ، ولكن يكون بالتبعية للإستئناف الموضوعى (٦) ، ويرتبط بالتنفيذ فلا يرفع بعد تمام التنفيذ (٧) ، لان وقف التنفيذ صورة من صور الحماية الوقتية التى ينصرف أثرها للمستقبل ، فلا محل لهذه الوقاية إذا تم التنفيذ فعلاً ، وبالتالي يكون طلب التنفيذ غير مقبول لإنعدام المصلحة (٨) .

القضاء ، سنة ٢٠١٦ ص ١٠٨٠ ، د.عزى عبد الفتاح ، المرجع السابق ، ص ٢١٧

(١) د. محمود مصطفى يونس ، المرجع السابق ص ١٣٩ وهو ما نصت عليه المادة ٢٣٤ من قانون الإجراءات المدنية الاماراتى ، انظر فى ذلك القاضي / عبدالحافظ زيدان ، التنفيذ المعجل، مركز البحوث والدراسات الفقهية والتشريعية والقضائية ، دائرة القضاء بباوظبى ، الطبعة الأولى ٢٠١٣ ص ٧٧

(٢) د. عزى عبد الفتاح ، المرجع السابق ، ص ٢١٨

(٣) فقد اجاز القانون الفرنسى للرئيس الاول لمحكمة الاستئناف الامر بوقف النفاذ المعجل القضائى فى حالتين فقط هما اذا كان محظور بنص القانون واذا كانت هناك خطوره من تراتيبه اثار جسيمه د.مصطفى يونس .المرجع السابق ، ص ١٣١ ، ص ١٤٠ هامش ٤

(٤) د. محمود محمد هاشم ، المبادئ العامة فى التنفيذ ، دار الفكر العربى عام ١٩٨٧ ص ١٨٥
(٥) د. نبيل اسماعيل عمر ، التنفيذ الجبرى للمستندات التنفيذية ، المرجع السابق ، ص ٧٦ ، د.احمد هندى ، التنفيذ الجبرى ، المرجع السابق ، ص ٩٨ ، د.فتحى والى ، التنفيذ الجبرى فى المواد المدنية والتجارية ، المرجع السابق ، ص ٩٩

(٦) د. مصطفى يونس ، المرجع فى قانون التنفيذ الجبرى ، المرجع السابق ص ١٤٤

(٧) د. عاشور نبورك ، الوسيط فى التنفيذ وفقا لمجموعة المرافعات الحالية ، المرجع السابق ، ص ١٩٤

(٨) د. احمد ماهر زغلول ، اصول التنفيذ الجبرى ، المرجع السابق ، ص ٢٢٣

والسؤال الذى يبدو ملحا هو هل يجوز الجمع بين الإستئناف الوصفى ووقف التنفيذ المعجل ؟

والإجابة على هذا التساؤل تكمن فى انه ليس هناك ما يحول دون الجمع بين الإستئناف الوصفى وطلب وقف التنفيذ المعجل^(١) ، لذلك يجوز الجمع بين المادة ٢١٩مرافعات المتعلقة بالإستئناف الوصفى والمادة ٢٩٢ مرافعات الخاصة بوقف التنفيذ المعجل ، وذلك من أجل الوصول إلى غاية واحدة وهى وقف التنفيذ فى حالة تقديمه من المحكوم عليه - المنفذ ضده^(٢) .

وبالتالى يجوز للمحكوم عليه عند الطعن فى الحكم بالإستئناف الجمع بين طلب وقف التنفيذ طبقا للمادة ٢٩٢ مرافعات ، وطلب منع التنفيذ وفقا للمادة ٢٩١ مرافعات ، ويترك للمحكمة سلطة تاسيس حكمها على أى من المادتين ، وكذلك للمحكوم عليه التظلم من الخطأ فى وصف الحكم وفقا للمادة ٢٩١ مرافعات ، فاذا رفضت المحكمة طلبه ، فله طلب وقف التنفيذ المعجل طبقا للمادة ٢٩٢ مرافعات^(٣) .

وصفوة القول انه يجوز الجمع بين الإستئناف الوصفى ونظام وقف التنفيذ ولا تعارض بينهما بإعتبار كل منها ضمانا من ضمانات التنفيذ المعجل .

(١) د. فتحى والى ، التنفيذ الجبرى فى قانون المرافعات المدنيه المصرى ، ص ٩٥ هامش بند ٤٦

(٢) د. اسامه شوقى المليجى ، الاجراءات المدنيه للتنفيذ الجبرى دار النهضة العربيه ، عام ٢٠٠٠ ص ١٠٧

(٣) د. احمد مليجى ، الموسوعه الشامله فى التعليق على قانون المرافعات ، المرجع السابق ص ١٠٧٦ بند ٨٥٨ ، وكذلك د. احمد ماهر زغلول ، اصول التنفيذ الجبرى ، المرجع السابق ، ص ٢٢٣

٢- تمييز الإستئناف الوصفي عن الإستئناف العادي

يرفع كل من الإستئناف الوصفي والإستئناف الموضوعي أمام المحكمة الاستئنافية^(١) ، إلا إنه يختلف كل منهما عن الآخر في بعض من الأمور، فالأول هو طريق خاص لايجوز الإلتجاء اليه إلا بسبب خطأ فى وصف الحكم أثر على قوته التنفيذية ، أما الإستئناف الموضوعي يرفعه الخصم أيا كان العيب المراد توجيهه للحكم^(٢) ، كمخالفة القانون أو الخطأ فى تطبيقه وتأويله أو القصور فى التسبيب .

مما يعنى ان الإستئناف الموضوعي طريق عادي من طرق الطعن في الأحكام ، أما الإستئناف الوصفي فهو طريق طعن خاص له أسبابه المتميزه وأحكامه الخاصة لأنه ليس استئنافاً بالمعنى الفني الدقيق^(٣) .

هذا غير ان الإستئناف الوصفي يقصد به تصحيح ما وقعت فيه محكمة أول درجة من خطأ قانوني فى وصف الحكم يؤثر فى قوته التنفيذية ، كما انه ينصب على الوصف الإجرائي بينما الإستئناف الموضوعي يتناول موضوع الحكم^(٤) .

وترتيباً على ما سبق ، فان الإستئناف الوصفي يختلف عن الإستئناف الموضوعي سبباً وموضوعاً ، الأمر الذى يترتب عليه انه لا يعد نظر الإستئناف الوصفي سبباً من أسباب عدم صلاحية القاضى لنظر الإستئناف الموضوعي^(٥)

(١) د. احمد هندی ، التنفيذ الجبرى ، المرجع السابق ، ص ٩٣ وانظر كذلك د. عاشور مبروك ، الوسيط فى التنفيذ وفقاً لمجموعه المرافعات الحاليه ،

المرجع السابق ص ٢١٥

(٢) د. احمد هندی ، التنفيذ الجبرى ، المرجع السابق ص ٩٣

و كذلك د. احمد خليل ، قانون التنفيذ الجبرى ، المرجع السابق ص ٧٦

(٣) د. احمد ماهر زغلول ، اصول التنفيذ الجبرى ، المرجع السابق ، ص ٢١٣

(٤) د. عاشور مبروك ، الوسيط فى التنفيذ وفقاً لمجموعه المرافعات الحاليه ، المرجع

السابق ص ٢١٥ هامش ١

(٥) د. احمد ابو الوفا ، اجراءات التنفيذ فى المواد المدنيه والتجاريه ، المرجع السابق ،

ص ١١٦ هامش ١

ولذلك يختلف الإستئناف الوصفي عن الإستئناف الموضوعي من حيث الهدف ، فهدف الإستئناف الوصفي تقرير الوصف الصحيح للحكم ، وبالتالي تحديد صلاحيته أو عدم صلاحيته للتنفيذ الجبري ، هذا غير انه قد يرفع من المحكوم له بهدف طلب تنفيذ الحكم ، وقد يرفع من المحكوم عليه عن طريق طلب منع تنفيذ الحكم ، أما الإستئناف الموضوعي ، فيهدف إلى تعديل الحكم في الدرجة الثانية لخطأ الدرجة الاولى في الواقع أو القانون (١) .

٣- الإستئناف الوصفي والإشكال الوقتي في التنفيذ

الإستئناف الوصفي هو إعتراض على الخطأ في وصف الحكم ويمكن إيدأؤه شفويًا أثناء نظر الإستئناف (٢) ، أما الإشكال الوقتي في التنفيذ يمثل إعتراض على التنفيذ الجبري (٣) ، ويمكن إيدأؤه أمام معاون التنفيذ (٤) ، هذا غير ان الإستئناف الوصفي يختلف عن الإشكال في التنفيذ من عدة نواحي نوجزها فيما يلي :

الإستئناف الوصفي كما سبق القول هو طريق خاص أتاحه المشرع لكل ذي مصلحة لتصحيح الخطأ في وصف الحكم الصادر من محكمة أول درجة ، وذلك أمام المحكمة الاستئنافية ، أما الإشكال الوقتي في التنفيذ هو منازعة في تنفيذ الحكم سواء كان صادر من محكمة أول

د. احمد هندی التنفيذ الجبري ، المرجع السابق ص ٩٦ هامش ١
د. محمود مصطفى يونس ، المرجع في قانون التنفيذ الجبري المرجع السابق ص ١١٧ .
طعن بالنقض مدني رقم ٢٨ لسنة ٢٣ ق ١٠/١٠١٩٥٧/١٠٠٠ سنة ٨ ص ٤٥
(١) متاح على موقع منتدى قانون الامارات

<http://www.theuaelaw.com/vb/t3908.html>

(٢) د. احمد هندی ، التنفيذ الجبري ، المرجع السابق ، ص ٩٦ ، د. عزمي عبد الفتاح ، المرجع السابق ، ص ٢٣٠

د. طلعت دويدار ، النظرية العامة للتنفيذ ، ص ٨١

(٣) د. احمد هندی ، التنفيذ الجبري ، المرجع السابق ، ص ٥٤٦

(٤) المرجع السابق ، ص ٥٥٥

والإشكال هو إعتراض على تنفيذ حكم قضائي مشمول بالصيغة التنفيذية أما بعريضة أو أمام المحضر وقت التنفيذ وقد يكون من المنفذ ضده الحكم أو من الغير . متاح على

<https://www.mohamah.net>

درجة أو محكمة الاستئناف أو النقض^(١)، فهو ينصب على اجراءات التنفيذ او مقوماته الاحقة على صدور الحكم أو وقائع لاحقة على صدوره^(٢). أما من حيث إجراءات كل منهما ، فان الاستئناف الوصفي يختص بنظره المحكمة الاستئنافية وهي محكمة الاستئناف العالی إذا كان الحكم المطعون فيه صادر من المحكمة الابتدائية ، والمحكمة الابتدائية لهيئة استئنافية إذا كان الحكم المطعون فيه صادر من المحكمة الجزئية^(٣) ، بينما الاشكال الوقتی فی التنفيذ يختص بنظره قاضی التنفيذ طبقاً للمادة ٢٧٥ من قانون المرافعات^(٤) .

بالاضافه إلى أن مجرد رفع الاستئناف الوصفي لا يؤثر على التنفيذ ولا يؤدي إلى وقف التنفيذ سواء بدىء التنفيذ أولم يبدأ^(٥) ، أما مجرد رفع الاشكال الأول يوقف التنفيذ في الحكم إذا كان الاشكال الأول حتى يتم الفصل في الاشكال^(٦) ، علاوة على أن الاستئناف الوصفي لا يرتبط بالتنفيذ فيمكن رفعه قبل أو اثناء أو حتى بعد تمام التنفيذ^(٧) ، أما

(١) د. السيد خميس ، ضمانات المحكوم عليه في التنفيذ المعجل ، رساله دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة طنطا ، سنة ٢٠١١ ، ص ٣٥٠

(٢) ينظر في ذلك المستشار/ عز الدين الدناصوري ، حامد عكاز ، القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ في ضوء الفقه والقضاء

، الجزء الثالث ، دار المطبوعات الجامعية ، بدون سنة نشر ، ص ٦٦٩

(٣) د. محمود محمد هاشم ، المبادئ العامة في التنفيذ ، المرجع السابق ، ص ١٨٦

(٤) تنص المادة ٢٧٥ من قانون المرافعات على انه يختص قاضی التنفيذ دون غيره بالفصل في جميع منازعات التنفيذ

الموضوعية والوقتية ايا كانت قيمتها ، وهذه المادة تقابل المادة ٢٢٠ اجراءات مدنية

اماراتی

(٥) د. محمود محمد هاشم ، المبادئ العامة في التنفيذ ، المرجع السابق ، ص ١٨٦

(٦) المادة ٣١٢ من قانون المرافعات المدنية التجارية .

ينظر في ذلك المستشار/ عز الدين الدناصوري ، حامد عكاز ، القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ في ضوء الفقه والقضاء ، المرجع السابق ، ص ٦٦٩

(٧) د. نبيل عمر ، التنفيذ الجبری للسندات التنفيذية ، المرجع السابق ، ص ١٧٦

د. احمد هندي ، المرجع السابق ص ٩٨ وكذلك د. فتحی والی المرجع السابق ص ٩٩

الاشكال الوقتي في التنفيذ فإنه يشترط لقبوله وجوب رفعه قبل تمام التنفيذ^(١) .

المطلب الثاني

حالات الاستئناف الوصفي

تمهيد وتقسيم

وصف المحكمة للحكم وتكييفه بأنه ابتدائي او انتهائي له دور أساسيا في صلاحية او عدم صلاحية الحكم للتنفيذ ، ولهذا فتح المشرع للخصوم باب التظلم من الخطأ في وصف الحكم وذلك أمام المحكمة الاستئنافية^(٢) .

فقد تخطيء المحكمة فتصف الحكم بأنه ابتدائي مع أنه في الحقيقة انتهائي والعكس ، وقد تخطيء المحكمة في النفاذ المعجل ، فتأمر بالنفاذ المعجل في غير حالاته أو دون طلب ، وقد ترفض النفاذ المعجل في حالة من حالات النفاذ المعجل القانوني ، أو تخطيء في الكفالة فتعفى منها في حالة وجوبها أو تحكم بها في حالة الإعفاء منها . ورغم أن القانون المصري والإماراتي لم ينص كل منهما على حالات الاستئناف الوصفي كما فعل القانون الكويتي^(٣) ، إلا إنه يمكن حصر حالات الاستئناف الوصفي في الخطأ القانوني في وصف الحكم وفي النفاذ المعجل والكفالة وهو ما سنعرض له في فرعين كالتالي :

(١) د. احمد هندی التنفيذ الجبري ، المرجع السابق ، ص ٥٥٢ .
(٢) د. محمد محمد ابراهيم ، اصول التنفيذ الجبري ، المراجع السابق ص ٢٣٤ .
(٣) نص القانون الكويتي صراحة على حالات الاستئناف في الوصف وذلك في المادة ١٩٨ من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠ بشأن المرافعات المدنية الكويتي انظر ذلك د. احمد هندی ، التنفيذ الجبري ، المرجع السابق ص ٩٣ .

الفرع الاول : الخطأ فى وصف الحكم
الفرع الثانى : الخطأ فى النفاذ المعجل وفى الكفاله

الفرع الاول

الخطأ فى وصف الحكم

ويفترض فى هذه الحالة فرضين :

- الفرض الاول وصف المحكمه للحكم بانه ابتدائى مع انه فى حقيقته
انتهائى فاذا وصفت المحكمه حكمها بانه ابتدائى مع انه فى الحال
انتهائى كالحكم الصادر من المحكمه الجزئية فى دعوى لا تتجاوز
قيمتها ٥٠٠٠ جنيه فالمحكمه وصفت الحكم بانه ابتدائى على
الرغم من انه فى حقيقة الأمر انتهائى (١) .

فهذا الوصف الخاطىء يترتب عليه منع تنفيذ الحكم لأن المحكمه وصفت
هذا الحكم خطأ بأنه ابتدائى وهو فى حقيقته واجب النفاذ طبقا للقواعد
العامه للتنفيذ ، فهنا يكون للمحكوم له تصحيح هذا الخطأ الذى وقعت
فيه محكمة أول درجة وذلك برفع استئناف وصفى (طلب للتنفيذ) (٢) .
بهدف الاعتراض بالقوة التنفيذية للحكم (٣) .

(١) د. احمد مليجى - الموسوعة الشاملة، فى التنفيذ وفقا للنصوص الشرعية المركز القومى
للإصدارات القومية ، ص ٣٩٣

حيث تنص المادة ٤٢ من قانون المرافعات المدنية والتجارية على أنه تختص محكمة المواد الجزئية
بالحكم ابتدائياً فى الدعاوى المدنية والتجارية التي لا تتجاوز قيمتها اربعين الف جنيه ويكون
حكمها انتهائياً إذا كانت قيمة الدعوى لا تتجاوز خمسة الاف جنيه. وهذه المادة تقابل المادة ٣٠ من
قانون الإجراءات المدنية الإماراتى المعدل بالقانون رقم ١٠ لسنة ٢٠١٤ تنص على انه
".....وفى جميع الأحوال يكون حكم الدوائر الجزئية انتهائياً إذا كانت قيمة الدعوى لا تتجاوز
عشرين ألف درهم.

(٢) د. عزمى عبد الفتاح ، قواعد التنفيذ الجبري فى القانون المصرى ، المرجع السابق ص
٢٢٧

د. احمد هندى ، التنفيذ الجبري ، المرجع السابق ، ص ٩٣ ، د. اسامه المليجى الاجراءات
المدنية للتنفيذ الجبري ، المرجع

السابق ص ١٠٨

(٣) د. طلعت دويدار ، النظرية العامة للتنفيذ القضائى ، المرجع السابق ص ٨١

- الفرض الثاني وصف المحكمة للحكم بانه انتهائى مع أنه فى حقيقته ابتدائى ، فإذا اخطأت المحكمة فى وصف الحكم فوصفت الحكم بانه انتهائى ، وبالتالي فانه قابلا للتنفيذ الجبرى طبقا للقواعد العامة على الرغم من انه فى الحقيقة ابتدائى غير قابل للتنفيذ ، حيث يقبل الطعن بالاستئناف فهذا الخطأ يضر بالمحكوم عليه ، لأن وصف الحكم خطأ فى هذه الحالة يسمح بتنفيذه ، لذلك على المحكوم عليه التظلم من الخطأ فى وصف الحكم (طلب منع التنفيذ) (١) ، بهدف نفي القوة التنفيذية للحكم (٢) ،

الفرع الثانى

الخطأ فى النفاذ المعجل أو فى الكفالة

قد تخطئ محكمة أول درجة فتأمر بشمول الحكم بالنفاذ المعجل فى غير حالاته الوجوبية أو الجوازية أو تأمر به من تلقاء نفسها فى الحالات الجوازية ، و احيانا ترفض المحكمة النفاذ المعجل فى احدى حالات النفاذ المعجل بقوة القانون ، وقد تخطأ المحكمة فتقضى بإلزام المحكوم له بالكفالة رغم وجود نص يعفيه من الكفالة او تقضى بالإعفاء من الكفالة فى حالة يجب الحكم فيها بالكفالة لذلك اعطى القانون لكل ذى مصلحة التظلم أمام المحكمة الاستئنافية و هو ما سنوضحه كالتالى:-

اولا : الخطأ فى النفاذ المعجل

١- الأمر بالنفاذ المعجل فى غير حالاته أو دون طلب فى النفاذ المعجل

القضائى

(١) د. احمد هندى ، التنفيذ الجبرى ، المرجع السابق ، ص ٩٣
د . احمد مليجى ، الموسوعة الشاملة فى التنفيذ وفقا للنصوص الشرعية ، المرجع السابق
ص ٣٩٣

د. فتحى والى التنفيذ الجبرى فى المواد المدنية و التجارية ، المرجع السابق ص ٩٥

د. اسامه شوقي المليجى ، المرجع السابق ص ١٠

د. عزمى عبد الفتاح قواعد التنفيذ الجبرى فى القانون المدنى ، المرجع السابق

(٢) د. طلعت دويدار ، النظرية العامة للتنفيذ القضائى ، المرجع السابق ، ص ٨٢

إذا قضت المحكمة بشمول الحكم بالنفاذ المعجل في غير حالات النفاذ المعجل الوجوبي أو الجوازي لعدم توافر إحدى حالات المواد ٢٩٠، ٢٨٩، ٢٨٨ مرافعات ، فهنا يكون الحكم مشمولاً بالنفاذ المعجل خطأ ، مما يمكن للمحكوم له من الحصول علي صورة تنفيذية و يتم تنفيذ الحكم ، لذلك اجاز القانون للمحكوم عليه التظلم من الخطأ بطلب منع التنفيذ امام المحكمة الاستئنافية ، لمنع القوة التنفيذية المشمولة بالنفاذ المعجل خطأ وتعطيلها (١) ، وكذلك اذا قضت المحكمة بالنفاذ المعجل فحكمت بشمول الحكم بالنفاذ المعجل القضائي غير الحتمي -الجوازي من تلقاء نفسها ودون ان يطلب منها ، فيكون لكل ذي مصلحة التظلم من الخطأ في الوصف امام المحكمة الاستئنافية(٢) .

٢- رفض شمول الحكم بالنفاذ المعجل في حالات النفاذ القانوني

إذا قضت محكمة اول درجة برفض شمول الحكم بالنفاذ المعجل في حالة من حالات النفاذ المعجل بقوة القانون ، سواء طلب منها أو لم يطلب منها ، فإنه يجوز التظلم من الخطأ في وصف المحكمة من قبل المحكوم له من قبل المحكمة الاستئنافية (بطلب التنفيذ) كالحكم الصادر في المواد التجارية أو المواد المستعجلة أو الأمر علي عريضة (٣) .

و ترتيباً علي ما سبق و بالبناء عليه فإن الخطأ في النفاذ المعجل من شأنه أن يؤثر علي القوة التنفيذية للحكم ، و بالتالي علي صلاحيته للتنفيذ

(١) د. علي الحديدى ، التنفيذ الجبرى في دولة الامارات العربية المتحدة بدور النشر ، ط ٢٠٠٠ ص ٩٠

د. احمد هدى التنفيذ الجبرى ، المرجع السابق ص ٩٤

د. محمود محمد هاشم . المبادئ العامة للتنفيذ ، المرجع السابق ، ص ١٨٥

(٢) د. احمد هدى ، التنفيذ الجبرى ، المرجع السابق ، ص ٩٤

(٣) د. احمد هدى ، التنفيذ الجبرى ، المرجع السابق ص ٩٤

د. احمد مليجى ، الموسوعه الشاملة في التنفيذ ، المرجع السابق ص ٣٩٣

الاحكام الصادرة في المواد التجارية اعتبرها المشرع الاماراتى من حالات النفاذ المعجل القضائي طبقاً للمادة ٢٢٨ من

قانون الاجراءات المدنية الاماراتى رقم ١١ لسنة ١٩٩٢

الجبري ، ولذلك أجاز القانون لكل ذى مصلحة التظلم من هذا الخطأ أمام المحكمة الاستئنافية (١) .

ثانياً: الخطأ في الكفالة

و يفترض في هذه الحالة فرضين:

١. اذا قضت محكمة اول درجة بالإعفاء من الكفالة في حالة يجب الحكم فيها بالكفالة فهذا يعد وصفا خاطئاً للحكم (٢) ، يؤدي إلى انتهاز المحكوم له الفرصة بتنفيذ حكم دون تقديم كفالة حيث ان قلم الكتاب لا يراجع أمر المحكمة ويعطى المحكوم له صورة تنفيذية رغم عدم تقديم كفالة (٣) ، مما يصيب المحكوم عليه بضرر فيكون من حقه التظلم من الحكم بطلب منع التنفيذ كالحكم الصادر في مادة تجارية استنادا للمادة ٢٨٩ مرافعات بالإعفاء من الكفالة (٤) ، فالكفالة في هذا الحكم واجبة قانونا لا يجوز الإعفاء منها (٥) ، فإذا ما وصفت المحكمة حكمها خطأ فقضت بالإعفاء من الكفالة في حاله يجب فيها الكفالة ، فللمحكوم عليه التظلم من هذا الوصف أمام المحكمة الاستئنافية .

٢. الحكم بالكفاله في حالة الاعفاء منها فقد تنزلق محكمة أول درجة وتخطأ فتقضى بالزام المحكوم له بالكفاله رغم وجود نص يعفيه من الكفاله ، كنص المادة ٦ من قانون العمل (٦) ، ومثال ذلك أيضا

(١) د. احمد هندی ، التنفيذ الجبري ، المرجع السابق ، ص ٩٤
(٢) د. احمد خليل ، قانون التنفيذ لجبري المرجع السابق ، ص ٧٤
(٣) د. احمد المليجي ، الموسوعه الشامله في التنفيذ الجبري ، المرجع السابق ص ٣٩٤
(٤) د. عزمي عبد الفتاح ، قواعد التنفيذ الجبري ، المرجع السابق ص ٢٢٦
(٥) د. محمود محمد هاشم المبادئ العامه في التنفيذ ، المرجع السابق ص ١٨٥
(٦) د. فتحى والى ، التنفيذ الجبري في المواد المدنيه والتجاريه ، المرجع السابق ، ص ٩٥
(٧) د. عزمي عبد الفتاح ، قواعد التنفيذ الجبري ، المرجع السابق ص ٢٢٧
حيث تنص م ٦ من قانون العمل رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ من اعفاء الدعاوى التى ترفع من العاملين والصبيه

الحكم القضائي الصادر في نفقة مشمولاً بالنفاذ المعجل بقوة القانون دون كفالة ، فإذا حكمت المحكمة بالكفالة رغم الإعفاء منها فإنها قد تكون خالفت القانون (١) ، ويكون للمحكوم له التظلم من الخطأ القانوني أمام المحكمة الاستئنافية بطلب التنفيذ وذلك بتنفيذ الحكم الصادر دون كفالة (٢) .

كذلك لو رفضت المحكمة طلب الإعفاء من الكفالة ، فإنها تكون قد خالفت القانون ، وعلى المحكوم له التظلم من وصف الحكم توصلًا لإلغاء الكفالة والتي حكمت بها محكمة أول درجة خطأ والسؤال الذي يطرح نفسه على بساط البحث هو هل يجوز التظلم من الخطأ في وصف الحكم في حالة النفاذ المعجل الجوازي أو الكفالة الجوازية ؟ أو بعبارة أخرى مدى جواز التظلم من الخطأ في وصف الحكم في الحالات التي تتمتع بها المحكمة بسلطة تقديرية في الأمر أو رفض النفاذ المعجل أو الأمر بالكفالة أو الإعفاء منها؟

اختلف الفقه في مدى جواز التظلم من الوصف في حالات السلطة التقديرية للمحكمة (النفاذ المعجل القضائي) إلى ثلاثة آراء كما يلي :

فذهب البعض إلى عدم جواز التظلم من وصف الحكم في الحالات التي تكون للمحكمة سلطه تقديرية واستند أصحاب هذا الرأي إلى أنه إذا استعملت المحكمة سلطتها التقديرية فلا ينسب إليها أي خطأ في وصف ما استقرت عليه عقيدتها (٣) ، لأن هذه السلطة التقديرية خولها القانون

وعمال التلمذه والمستحقين عنهم والرسوم القضائية في جميع مراحل التقاضي والمحكمة في جميع الأحوال ان تامر بالنفاذ المؤقت بلا كفاله ، د. محمد محمد هاشم ، المرجع السابق ص ١٨٣

(١) د. عاشور مبروك ، الوسيط في التنفيذ ، المرجع السابق ، ص ٢١٧

(٢) د. احمد هندی ، التنفيذ الجبري ، المرجع السابق ص ٩٤

(٣) د. محمود محمد هاشم ، المبادئ العامة في التنفيذ ، المرجع السابق ، ص ١٨٣

للمحكمة ولا معقب عليها فيها^(١) ، غير انه ليس من المتصور اعتراف القانون للمحكمة بسلطة معينة في أمر معين ثم ينسب اليها خطأ قانوني فيما انتهت اليه منه^(٢) ، وطالما ان القانون اسند اليه احدى حالات التنفيذ الجوازي فلا يجوز التظلم من حكمه ، إلا إذا كان الحكم مشمولاً بالنفاذ المعجل القانوني الوجوبي جاز التظلم^(٣) ، لذلك لا يجوز التظلم إلا في حالة الخطأ القانوني من قبل المحكمة في وصف الحكم أو في النفاذ المعجل أو الكفالة ، ولا يجوز التظلم في حالة الخطأ في التقدير ، وهي حالات التنفيذ الجوازي ، حيث تستعمل المحكمة سلطتها التقديرية التي منحها المشرع لها ، وهذا الرأي يعتبره البعض الإتجاه القوي في الفقه المصري^(٤) .

بينما ذهب البعض الآخر إلى جواز التظلم من الوصف في جميع الحالات سواء كان الخطأ في القانون أو الخطأ في تقدير المحكمه ، ولا يعقل ان يكون المشرع قصد عبارته وصف الحكم في المادة ٢٩١ مرافعات على حالات الخطأ في القانون^(٥) ، وإنما يقصد المشرع بها الخطأ في القانون وفي التقدير ولا تحول هذه العبارة الأخذ بهذا الرأي^(٦) ، وسند هذا الرأي ان السلطة التقديرية التي منحها المشرع للقاضي

(١) د. محمود مصطفى يونس ، المرجع في قانون اجراءات التنفيذ الجبرى ، المرجع السابق ، ص ١٧٣

(٢) د. على عبد الحميد تركى ، شرح اجراءات التنفيذ الجبرى ، المرجع السابق ، ص ١٣٩

(٣) د. محمود محمد هاشم ، المبادئ العامة في التنفيذ ، المرجع السابق ، ص ١٨١
د. محمود مصطفى يونس ، المرجع في قانون اجراءات التنفيذ الجبرى ، المرجع السابق ، ص ١٧٣

(٤) د. احمد هندی التنفيذ الجبرى ، المرجع السابق ، ص ٩٥

(٥) د. محمد عبدالخالق عمر ، مبادئ التنفيذ المرجع السابق ، ص ٢٠٧ بند ١٨١

(٦) د. احمد ماهر زغول واصول التنفيذ الجبرى ، المرجع السابق ، ص ٢١٦، ٢١٥
حيث يرى سيادته ان صياغته المادة ٤٧٠ من قانون المرافعات السابق كانت اكثر حسما في الدلالة على هذا المعنى

لا يمكن ان تكون نهائية^(١)، ولا تكون تعسفية لا حدود لها، ولا تعد حصانة يتوارى خلفها اخطاء ممارسة المحكمة لسلطتها، فاذا ترتب خطأ فى تطبيق القانون من اجراء ممارسة المحكمة سلطتها التقديرية، جاز التظلم الى المحكمة الاستئنافية لتصحيح ما شاب الحكم من خطأ^(٢).

وقد اخذ بهذا الراى كيوفندا فى ايطاليا، مستندا الى ان قاضى الاستئناف له مراجعة الحكم الصادر من قاضى أول درجة طبقاً لمبدأ التقاضى على درجتين، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، بالاضافة الى ان السلطة التقديرية للمحكمة ليست تعسفية لا تقبل المراجعة^(٣).

بينما ذهب رأى وسط إلى ان السائد فى الفقه والقضاء فى مصر وايطاليا عدم جواز التظلم من الوصف فى حالة النفاذ المعجل الجوازى او الكفالة الجوازية، لان المحكمة لا ترتكب أى خطأ إذا ما استعملت سلطتها التقديرية، ويستثنى من هذا الراى حالة اذا ما قضت المحكمة بشمول الحكم بالنفاذ المعجل طبقاً للمادة (٦/٢٩٠)، وذلك اذا ترتب على تاخير التنفيذ ضرراً جسيماً بمصلحة المحكوم له، فاذا لم تسبب المحكمة الضرر الجسيم تسبباً كافياً واقتصر على مجرد تقديرات عامه جاز التظلم من الأمر بالنفاذ المعجل عن طريق الاعتراض على الوصف^(٤)،

(١) د. عزمى عبد الفتاح، المرجع السابق، ص ٢٢٩، د. محمد عبد الخالق عمر، المرجع السابق، ص ٢١.

(٢) د. احمد ماهر زغلول، المرجع السابق ص ٢١٥، ص ٢١٦، د. عاشور مبروك، المرجع السابق، ص ٢١٨.

د. عاشور مبروك، المرجع السابق، ص ٢١٨.

(٣) د. فتحى والى، التنفيذ الجبرى فى المواد المدنية، المرجع السابق ص ٩٦.

(٤) د. فتحى والى ص ٩٦، د. عاشور مبروك، المرجع السابق ص ٢١٩ حيث يرى سيادته ان الراى القائل بجواز التظلم

مطلقاً هو انسب الاراء لقيام النظام القضائى المصرى على فكره التقاضى على درجتين ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

ويرى الباحث ان الرأى الاول هو الذى أصاب عين الحقيقة
 لاعتراف القانون للمحكمة بالسلطة التقديرية ، وبالتالي تستخدم المحكمة
 سطاتها التى خولها القانون اياها ولا معقب عليها من محكمة الاستئناف
 (١) ، وهو ما نصت عليه المادة ٢٩٠ مرافعات ، حيث اعترفت بالسلطة
 التقديرية للمحكمة والا ترتب على ذلك اهدار للنص بلا موجب قانونى
 (٢) ، كما ان هذا الرأى هو السائد فى الفقه والقضاء فى مصر وايطاليا (٣)
 ، وهو الاتجاه القوى فى الفقه والقضاء والاقترب الى المنطق ، وقد نص
 عليه صراحة المشرع الكويتى فى المادة ١٩٨ مرافعات (٤) ، وما يؤيد ذلك
 ما قضت به محكمة النقض المصرية حيث قضت بان أمر شمول الحكم
 بالتنفيذ متروك لسلطة المحكمة التقديرية والتى لا تملك محكمه النقض مساء
 لتها عما استقرت عليه رايها فى ذلك (٥) ،

ولحسم الامر ومنعا للخلافات الفقهية وعدم إطالة امد النزاع نرى
 جواز التظلم فى حاله الخطأ القانونى فقط ، ولا يجوز التظلم فى حالة
 السلطة التقديرية للمحكمة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك لذلك
 نقترح تعديل المادة ٢١٩ مرافعات لتكون كالتالى:

يجوز التظلم امام المحكمه الاستئنافية من الخطأ القانونى فى وصف
 الحكم أو الأمر أو فى النفاذ المعجل أو الكفالة الخ .

(١) د. احمد هندی ، التنفيذ الجبرى ، المرجع السابق ، ص ٩٥ ، د. على الحديدى ، التنفيذ
 فى دولة الامارات ، المرجع
 السابق ص ٩١

(٢) د. محمد محمود ابراهيم ، اصول التنفيذ الجبرى ، المرجع السابق ، ص ٢٣٨

(٣) د. فتحى والى ، التنفيذ الجبرى فى المواد المدنية والتجارية ، المرجع السابق ص ٩٦

(٤) د. احمد هندی ، التنفيذ الجبرى ، المرجع السابق ، ص ٩٥

(٥) نقض ١٩٣٨/٤/٢١ مجموعه القواعد القانونيه لمحكمه النقض المدنيه م ٢ رقم ١١٦ ص ٣٣١ لدى د.
 رمزى سيف مجله المحاماه بند ٥٦ ، لدى كل من د. اسامه المليجى ص ١٠٩ هامش ٢ ، لدى
 عاشور ميروك ص ٢١٨ . محكمة اسكندريه ١٩٦٢/٣/٣١ المجموعة الرسمية لسنة ٦٠ رقم
 ٨٩ ص ٦٩٢

المبحث الثاني النظام الإجرائي للاستئناف الوصفي

تمهيد وتقسيم

نص المشرع في المادة ١/٢٩١ مرافعات مصري على أنه تختص المحكمة الاستئنافية بنظر الاستئناف الوصفي^(١) ، وهي المحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية التابع لها المحكمة الجزئية وذلك إذا كان الحكم صادر من محكمة جزئية ، أما إذا كان الحكم صادر من المحكمة الابتدائية تختص محكمة الاستئناف العالي التابع لها المحكمة الابتدائية .

ويرفع بالاجراءات المعتادة لرفع الدعوي أو كطلب عارض أثناء نظر الاستئناف ، وللمحكمة نظر الاستئناف الوصفي وتحكم فيه مستقلا عن الموضوع بحكم وقتي لايحوز قوة الامر المقضي ، ولانتقيد به المحكمة الاستئنافية عند نظر استئناف الموضوع ، ولايترتب اي اثر لمجرد رفع التظلم ، وانما يترتب الأثر علي الحكم الصادر في التظلم ، فاذا حسمت المحكمة النزاع المعروض عليها لم يعد لها أي ولاية بالرجوع إليه ، والحكم الصادر في الاستئناف الوصفي حكم وقتي بإجماع الشراح.

مما سبق يثير عدة تساؤلات اهمها

هل يجوز تقديم التظلم من وصف الحكم الي ذات المحكمة التي اصدرت الحكم ؟ وهل هناك ميعاد لرفع الاستئناف الوصفي؟ وكيفية رفع الاستئناف الوصفي؟

ما هي مدى فاعلية الحكم الصادر في الاستئناف الوصفي من حيث حجيتة واثره على التنفيذ وجواز الطعن بالنقض فيه ؟

(١) وهذه المادة يقابلها م ٢٣٣ اجراءات مدنية اماراتي ، المادة ٩٨ مرافعات كويتي

وللإجابة على هذه التساؤلات سوف نعرض لهذا المبحث في مطلبين
كالتالي:

المطلب الأول : إجراءات الاستئناف الوصفي

المطلب الثاني : الحكم في الاستئناف الوصفي وأثره

المطلب الأول

إجراءات الاستئناف الوصفي

تمهيد وتقسيم

قبل الحديث عن الحكم في الاستئناف الوصفي وأثره ، لابد من
التعرض لإجراءات الاستئناف الوصفي، حيث تختص المحكمة الاستئنافية
بالفصل في النظم من وصف الحكم ، ويرفع الاستئناف الوصفي
بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوي ، او في صورة طلب عارض ، و
لا يرتبط الاستئناف الوصفي بالتنفيذ ، ولا يترتب علي مجرد رفع الاستئناف
الوصفي أي أثر علي التنفيذ.

ومن هذا المنطلق نقسم هذا المطلب الي فرعين كالاتي :

الفرع الأول : المحكمة المختصة بنظر الاستئناف الوصفي وكيفية رفعة

الفرع الثاني : ميعاد رفع الاستئناف الوصفي واثره

علي التنفيذ

الفرع الأول

المحكمة المختصة بنظر الاستئناف الوصفي وكيفية رفعة

اولا: المحكمة المختصة

تختص المحكمة الاستئنافية بالفصل في الاستئناف الوصفي وهي محكمة
الاستئناف للمحكمة التي اصدرت الحكم ، فاذا كان الحكم صادر من محكمة
جزئية يرفع الاستئناف الوصفي الي المحكمة الكلية بهيئة استئنافية ، اما اذا

كان الحكم صادر من المحكمة الابتدائية يقدم التظلم من الوصف -
الاعتراض علي الوصف الي محكمة الاستئناف العالي (١) .

وهناك سؤال يدور في الذهن هو هل يجوز تقديم التظلم من وصف الحكم
الي ذات المحكمة التي اصدرت الحكم ؟

لايتصور تقديم التظلم من وصف الحكم الي المحكمة التي اصدرت الحكم ،
لاستنفاد ولاية هذه المحكمة ، وهو مايتفق عليه الفقه ، ولم ينص عليه
المشرع صراحةً في مصر والامارات (٢) ، الا انه يجوز في بعض الحالات
الاعتراض علي وصف الحكم امام ذات المحكمة التي اصدرت الحكم ، وذلك
في حالة التظلم من وصف امر اداء الذي يرفع بالتبعية للتظلم الموضوعي ،
حيث يرفع الي المحكمة التي يتبعها القاضي الأمر (٣) ، وكذلك يجوز
الاعتراض علي وصف الحكم (التظلم من الوصف) امام المحكمة التي
اصدرت الحكم إذا كان الحكم نهائيا ووصفت المحكمة خطأ بانه ابتدائي (٤) ،
فاذا وصفت المحكمة حكمها خطأ بانه ابتدائي وهو في واقع الامر نهائي ولم
يتيسر للمحكوم له تنفيذ الحكم لان الحكم ابتدائي ، ولم يمكنه استئنافه لانه
في الحقيقة نهائي ، فقد حسم المشرع الكويتي هذه المسألة ونص على انه

(١) د.سيد أحمد محمود، أصول التنفيذ الجبري في قانون المرافعات في المواد المدنية والتجارية
وفقا لأحدث التعديلات التشريعية ، ط ٢٠٠٩ م ، دار النهضة العربية ، ص ٣٥٠ ، د. محمود
محمد هاشم ، المرجع السابق ، ص ١٨٦
د. رمزي سيف ، قواعد تنفيذ الاحكام والمحرمات الموثقة ، دار النهضة العربية، ١٩٦٨-
١٩٦٩ ص ٥٥

د. محمد محمد ابراهيم المرجع السابق ص ٢٣٨ د. محمد عبد الخالق عمر ، مرجع سابق
ص ٢١٩

(٢) د. احمد هندي ، التنفيذ الجبري ، المرجع السابق ، ص ٩٦

(٣) د. محمد عبد الخالق عمر ، مبادئ التنفيذ ، للمرجع السابق ص ٢١٠

(٤) وهو ما نصت عليه المادة ١٩٨ من قانون المرافعات الكويتي ينظر في ذلك د. احمد هندي ،
التنفيذ الجبري ، المرجع السابق ص ٩٦

هامش ٢ ، والوضع يختلف في نظام المرافعات الشرعي السعودي حيث يتم الاعتراض على
وصف الحكم امام ذات القاضي الذي اصدره ، فاذا لم يقتنع واكد حكمه ، يرفع الاعتراض الي
محكمة الاستئناف لابداء رايها طبقاً للمادة ١٨٨ ، ١٨٩

يرفع الاعتراض على الوصف - الاستئناف الوصفي الى المحكمة التي اصدرت الحكم (١) .

ثانيا : كيفية رفع الاستئناف الوصفي

يرفع الاستئناف الوصفي بالاجراءات المضادة لرفع الدعوي ويجوز ابدائه اثناء نظر الاستئناف الموضوعي لطلب عارض (٢) ، ويكون ميعاد الحضور ثلاثة ايام (٣) ، وذلك علي النحو التالي :-

١- رفع الاستئناف الوصفي بالاجراءات المعتادة لرفع الدعوي

يرفع الاستئناف الوصفي استقلاً عن الاستئناف المرفوع عن الحكم ، وذلك بالطريق العادي لرفع الدعوي طبقاً للمادة ٢٩١ / ١ مرافعات ، أي بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة المرفوع إليها الاستئناف وإعلانها للخصوم علي يد محضر وفقاً للإجراءات الواردة في المادة ٦٣ مرافعات مصري (٤) ، ولا يتصور تقديمه في هذه الحالة شفاهة ، لذلك يجب تقديمه مكتوباً في صحيفة الدعوي (٥) .

٢- رفع الاستئناف الوصفي في صورة طلب عارض

بالإضافة إلي الطريق العادي لرفع الدعوي حيث يتم رفع الاستئناف الوصفي ، فإنه يجوز تقديم الاعتراض علي الوصف (الاستئناف الوصفي) في صورة طلب عارض ، وذلك بالاجراءات التي تقدم بها الطلبات

(١) مجموعة التشريعات الكويتية ، الصادرة عن مجلس الوزراء لدولة الكويت في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، الجزء الثالث ، ط ٨ ، يناير ٢٠٠٥ ، ص ٢٨٨

(٢) م ٢٩١ مرافعات مصري والمادة ٢٣٣ اجراءات مدنية إماراتي ، المادة ١٩٨ مرافعات كويتي

(٣) هذا الميعاد نص عليه صراحة المشرع المصري والاماراتي ولم ينص عليه المشرع الكويتي صراحة

(٤) د. طلعت دويدار ، النظرية العامة للتنفيذ القضائي المرجع السابق ص ٨١ ، د. عزمي عبد الفتاح ، قواعد التنفيذ الجبري في قانون المرافعات ، المرجع السابق ص ٢٣٠ ، د. احمد ماهر زغلول ، اصول التنفيذ الجبري ، المرجع السابق ص ٢٧١

(٥) د. احمد هندي ، التنفيذ الجبري ، المرجع السابق ، ص ٩٦ ، ٩٧

العارضة أمام المحكمة^(١) ، ويجوز إيداء هذا الاعتراض (التظلم من الوصف) في الجلسة أثناء نظر الاستئناف المرفوع عن الحكم ، كما يمكن تقديم شفاهة أو كتابة ، وإذا قدم شفويًا لابد من حضور الخصم حتي يبيدي في مواجهته ، ويقدم حتي قفل باب المرافعة طبقاً للمادة ١٢٣ مرافعات^(٢) .
وبالبناء علي ماسبق وترتيباً عليه ، فإن الاستئناف الوصفي يرفع مستقلاً عن الاستئناف الموضوعي بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوي ، ولو لم يرفع إستئناف موضوعي ، ويجوز رفعه مع الاستئناف الموضوعي^(٣) ، ومن باب اولي يمكن ابدائه في ذات صحيفة الإستئناف المرفوع عن الحكم^(٤) ، كما يمكن تقديم التظلم من الوصف كطلب عارض ولو شفويًا في حضور الخصم اثناء الجلسة حتي قفل باب المرافعة .

٣- ميعاد الحضور في الاستئناف الوصفي

نص المشرع علي أن ميعاد الحضور في الاستئناف الوصفي هو ثلاثة أيام^(٥) ،^(٦) ، وخلافاً للقاعدة العامة في المادة ٦٦ مرافعات مصري والتي

(١) د. احمد خليل ، قانون التنفيذ الجبري ، المرجع السابق ، ص ٧٧ وذلك طبقاً للمادة ١٢٣ مرافعات والتي نصت علي " أنه تقدم الطلبات العارضة من المدعى أو من المدعى عليه إلى المحكمة بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى قبل يوم الجلسة أو بطلب يقدم شفاهة في الجلسة في حضور الخصم ويثبت في محضرها ولا تقبل الطلبات العارضة بعد إقفال باب المرافعة وكذلك المادة ٩٧ اجراءات اماراتية التي تنص علي انه ١- للمدعي أو المدعى عليه أن يقدم من الطلبات العارضة ما يكون مرتبطاً بالطلب الأصلي ارتباطاً يجعل من حسن سير العدالة نظرهما معاً. ٢- وتقدم هذه الطلبات إلى المحكمة بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى أو بطلب يقدم شفاهة في الجلسة في حضور الخصم ويثبت في محضرها.

(٢) د. احمد هندي ، التنفيذ الجبري ، المرجع السابق ، ص ٩٦ ، د. عزمي عبد الفتاح ، مرجع سابق ، ص ٢٣٠

د. طلعت دويدار ، النظرية العامة للتنفيذ ، ص ٨١

(٣) د. احمد هندي ، التنفيذ الجبري ، المرجع السابق ص ٩٧

(٤) د. احمد خليل ، قانون التنفيذ الجبري ، المرجع السابق ، ص ٧٧

(٥) د. عزمي عبد الفتاح ، المرجع السابق ص ٢٣٠

(٦) ويتفق ميعاد الحضور الذي قرره القانون المصري في المادة ٢٩١ من قانون المرافعات المدنية والتجارية ، مع ميعاد الحضور الذي قرره القانون الإماراتي في المادة ٢٢٣ من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي ، حيث نص علي "ويكون ميعاد الحضور ثلاثة أيام" ينظر في ذلك د. رفاعي علي حسن عبدالرحمن ، الاستئناف الوصفي في القانون الاماراتي ، مجلة الفكر الشرطي ، المرجع السابق ، ص ٢٤٥

تقضي بأن ميعاد الحضور أمام محكمة الاستئناف خمسة عشر يوماً^(١) ،
ورغبةً من المشرع في إختصار الإجراءات ومنعاً من إطالة أمد النزاع
والتعجيل بنظر الاستئناف الوصفي^(٢) ، وإذا لم يحضر الخصم ، فلا مناص
من تأجيل الجلسة لإعلانه ، ويسري ميعاد الحضور وهو ثلاثة أيام أيضاً ،
لان حضور الخصم شرط لتقديم التظلم من الوصف شفويا^(٣) .

الفرع الثاني

ميعاد رفع الاستئناف الوصفي وأثره علي التنفيذ

لايرتبط الاستئناف الوصفي بالتنفيذ ولذلك يجوز رفعه قبل أو اثناء
أوبعد تمام التنفيذ، فيجوز للمحكوم عليه التظلم من وصف الحكم قبل الشروع
في التنفيذ من قبل خصمة لرفع الضرر قبل وقوعه وتقادي التنفيذ ، وعلية أن
يطلب في صحيفة الطعن إلغاء هذا التنفيذ وإلغاء الحكم الصادر فيه^(٤) ،
ويجوز رفع الاستئناف الوصفي بعد تمام التنفيذ لإزالة ماتم من تنفيذ فإذا كان
الحكم قد وصف خطأ بأنه نهائي وتم تنفيذه ثم ألغي الوصف في التظلم أعيد
الحال إلي ماكانت عليه ، لذلك في هذه الحالة يجب ان تتضمن صحيفة
الاستئناف الوصفي طلب إعادة الحال إلي ماكان عليه وإزالة ماتم من
التنفيذ^(٥) .

-
- (١) د. احمد مليجي ، الموسوعة الشاملة في التنفيذ ، مرجع سابق ، ص ٣٩٥ بند ٣٥٢
(٢) د. احمد ماهر زغول المرجع السابق ص ٢١٧ ، د. طلعت دويدار ، النظرية العامة للتنفيذ
ص ٨١
(٣) د. احمد مليجي ، المرجع السابق ، ص ٣٩٥ ، د. احمد ماهر زغول ، المرجع السابق ،
ص ٢١٨
(٤) د. احمد ابو الوفا ، المرجع السابق ، ص ١١٤ يري البعض انه لايجوز تقديم التظلم من
الوصف بعد تمام التنفيذ تطبيقاً لاحكام القضاء بعدم القبول لانعدام المصلحة في رفع الاستئناف
الوصفي بعدم تمام التنفيذ (حكم محكمة القاهرة الابتدائية ١٩٦٩/١٢/٢٧ محاماة ٥٠ ، ص ١٤٣
لدي د. عاشور ميروك ، المرجع السابق ، ص ٢٢٣ هامش ٢ كذلك ، د. محمد عبدالخالق عمر ،
مبادئ التنفيذ ، المرجع السابق ، ص ٢٠٩
(٥) د. احمد مليجي ، المرجع السابق ، ص ٣٩٧ ، د. فتحي والي ، التنفيذ الجبري في المواد
المدنية والتجارية ص ٩٩
د. نبيل عمر ، التنفيذ الجبري ، المرجع السابق ص ٧٦ ، د. احمد هندي ، التنفيذ الجبري ،
المرجع ص ٩٨

والسؤال المطروح علي بساط البحث هو هل هناك ميعاد لرفع الاستئناف الوصفي ؟

لم ينص المشرع المصري^(١) ، والإماراتي والكويتي^(٢) ، علي ميعاد للتظلم من الخطأ في وصف الحكم ، ونظراً لغياب نص تشريعي يُنظم ميعاد التظلم فقد ثار خلافاً في الفقة حيث إنقسم إلى عدة آراء كالتالي :

يذهب رأي في الفقة إلي أنه ليس للاستئناف الوصفي ميعاداً محدداً ، فيجوز رفعة في أي وقت مستقلاً عن الاستئناف المرفوع عن الحكم بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة ، أو مع الطعن في ذات صحيفة الاستئناف الموضوعي ، أو بعد ميعاد الطعن في الاستئناف الموضوعي ما دام الطعن رفع في الميعاد وما زال متداول بالجلسات ، مما يعني انه يقدم في أي وقت حتي قفل باب المرافعة في خصومة الاستئناف^(٣) .

يذهب رأي آخر إلي انه يجب رفع الاستئناف الوصفي خلال ميعاد الاستئناف الموضوعي ، لأن الأصل هو ارتباط التظلم بميعاد الاستئناف^(٤) ، فلا يقدم بعد فوات ميعاد الاستئناف ، فإذا انقضي ميعاد الاستئناف الموضوعي فلا يجوز رفع الاستئناف الوصفي لأن الحكم يصبح نهائياً ويكون جائز التنفيذ ، وبإنهاء ميعاد الاستئناف يحوز الحكم قوة الشيء المقضي به بغض النظر عن وصفه السابق مما يترتب علي ذلك انعدام المصلحة في رفع الاستئناف ، وبالتالي لايجوز التظلم من الحكم بعد ان

(١) د. طلعت دويدار ، النظرية العامة للتنفيذ القضائي في قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني وقانون المرافعات المصري منشورات الحلبي الحقوقية سنة ٢٠٠٨ ، ص ٩٦

(٢) م ٢٩١ مرافعات مصري ، م ٢٣٣ اجراءات مدنية اماراتي ، م ١٩٨ مرافعات كويتي

(٣) د. عبد الباسط جميعي ، الفذايري ، التنفيذ في المواد المدنية والتجارية ، منشأة المعارف وما بعدها بدون سنة نشر ، ص ٩٨ وما بعدها ، د. علي الحديدي ، المرجع السابق ، ص ٩٣ ، د. احمد هندي ، التنفيذ الجبري ، المرجع السابق ، ص ٩٨ ، كذلك ينظر د. عزمي عبد الفتاح ، المرجع السابق ، ص ٢٣١

(٤) د. اسامة احمد شوقي المليجي ، الاجراءات المدنية للتنفيذ الجبري في قانون المرافعات المصري ، المرجع السابق ، ص ١١٤ .

اصبح نهائياً بفوات ميعاد الاستئناف او النزول عن الحق فيه (١) ، وإذا رفع الاستئناف الوصفي بعد الميعاد كان غير مقبول ، وسند هذا الرأي يجد ضالته في أن الاستئناف الوصفي أياً كانت طريقة رفعه فهو تجريح للحكم وطعن فيه ، وينصب علي شقه المتعلق بالوصف ، فهو استئناف بكل معني للكلمة ، لذلك يجب رفعه في الميعاد (٢) ، كما يقول البعض هو استئناف في جوهره (٣) .

وقد انتقد البعض أدلة هذا الرأي بالقول بأن الاستئناف الوصفي ليس استئنافاً بالمعني الدقيق ، أو بعبارة أخرى ليس استئنافاً حقيقياً ، بالإضافة إلي انه يختلف عن الاستئناف المرفوع عن الحكم ، حيث يتعلق الاستئناف الوصفي بوصف إجرائي يلحق به ويؤثر في القوه التنفيذية للحكم ، أما الاستئناف الموضوعي ينصب علي موضوع الحكم (٤) ، وليس من السهل قياسه على الاستئناف العادي حتى يمكن القول بانه يجب رفعه خلال ميعاد الاستئناف (٥) .

ويذهب رأي ثالث إلي أن تحديد ميعاد الاستئناف الوصفي يرتبط بحيازة الحكم لقوة الشئ المقضي به، فإذا حاز حكم أول درجة علي قوة الشئ

(١) د. عبد العزيز بديوي ، قواعد واجراءات التنفيذ الجبري والتحفظ في قانون المرافعات ، دار الفكر العربي، سنة ١٩٨٠ ، ص ١٠٨ ، د. احمد مليجي الموسوعة الشاملة في التنفيذ وفقاً للنصوص الشرعية ، المرجع السابق ، ص ٣٩٧

د. رمزي سيف ، قواعد تنفيذ الاحكام والمحركات الموثقة ، المرجع السابق ، ص ٥٥

د. احمد ابو الوفا ، اجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية ، المرجع السابق ،

ص ١١٣

استئناف القاهرة ١٩٦٢/٢/٢٦ المجموعة الرسمية ٦٠ - ٦٣١ لدي د. عاشور مبروك ،

المرجع السابق ، ص ٢٢٢

(٢) د. رمزي سيف ، قواعد تنفيذ الاحكام والمحركات الموثقة ، المرجع السابق ص ٥٥ ، د. طلعت دويدار ، المتغيرات العامة للتنفيذ ، المرجع السابق ص ٨٢ . د. علي الحديدي المرجع السابق ، ص ٩٤

(٣) د. عزمي عبد الفتاح ، المرجع السابق ، ص ٢٣١

(٤) د. طلعت دويدار ، المرجع السابق ص ٨٢ ، د. احمد ماهر زغلول ، المرجع السابق

ص ٢١٩

(٥) د. احمد خليل ، المرجع السابق ص ٧٨

المقضي به فلا يرفع التظلم من الوصف لأن التظلم يجب ان يرفع قبل ان يحوز الحكم قوة الشيء المحكوم به (١) ، وكذلك إذا فوت المحكوم عليه ميعاد الاستئناف أو قبل الحكم فتنازل عن الحق في الاستئناف ، اصبح الحكم حائزاً قوة الأمر المقضي وبالتالي يكون الحكم واجب النفاذ طبقاً للقواعد العامة ايأ كان وصفه السابق (٢) ، ولذلك لا يكون لصاحب الشأن سواء كان المحكوم له طالب التنفيذ او المحكوم عليه المنفذ ضده اي مصلحة في رفع الاستئناف الوصفي أو الاعتراض علي الوصف والذي اسبغته علي الحكم محكمة اول درجة (٣) ، وبناء علي ماتقدم فإن ميعاد التظلم يختلف باختلاف طريقة رفعه (٤) .

١. فاذا رفع الاستئناف الوصفي علي استقلال عن الاستئناف المرفوع عن الحكم فإن الاستئناف الوصفي يرفع خلال ميعاد الاستئناف الموضوعي ، فإذا انقضي ميعاد الاستئناف الموضوعي كان التظلم الوصفي غير مقبول لأن فوات الأوان يجعل الحكم نهائياً ، ولا يكون هناك مصلحة في الاستئناف الوصفي ، حيث يكون الحكم جائز التنفيذ بغض النظر عن وصفه السابق ، حتي ولو كان الحكم المتظلم من وصفه لا يقبل الطعن بالاستئناف كالحكم النهائي الذي يوصف خطأ بأنه ابتدائي (٥) .

(١) د. احمد ابو الوفا ، اجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية ، المرجع السابق ص ١١٢

(٢) د. احمد ماهر زغلول ، اصول التنفيذ الجبري ، المرجع السابق ص ٢١٩

(٣) د. احمد أبو الوفا ، اجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية ، المرجع السابق ص ١١٣

د. احمد ماهر زغلول ، اصول التنفيذ الجبري ، المرجع السابق ص ٢١٩

(٤) د. احمد ماهر زغلول ، المرجع السابق ص ٢١٩

(٥) د. فتحي والي ، التنفيذ الجبري في المواد المدنية التجارية ، المرجع السابق ص ٩٨ د. احمد

ماهر زغلول المرجع السابق ص ٢١٩ ، د. طلعت دويدار ، المرجع السابق ص ٨٢ ، د. علي

الحديدي ، التنفيذ الجبري في دولة الامارات ، المرجع السابق ص ٩٤ ، د. علي الحديدي ، التنفيذ

الجبري في دولة الامارات ، المرجع السابق ص ٩٤

٢. اما اذا رفع الاستئناف بصفه عارضة أثناء نظر الاستئناف المرفوع عن الحكم فإن الاستئناف الوصفي يرفع في أي وقت أثناء نظر الاستئناف الموضوعي ولو بعد الميعاد الاصلي حتي قفل باب المرافعة طبقا للقاعدة العامة في المادة ١٢٣ مرافعات (١) .

ويري الباحث أن الرأي الثالث حالف الصواب وأصاب عين الحقيقة ، لأنه إذا فات ميعاد الاستئناف الموضوعي دون رفع استئناف وصفي كان التظلم من الوصف غير مقبول، ليس لفوات الميعاد ولكن لم يعد لصاحب الشأن سواء كان المحكوم له طالب التنفيذ او المحكوم عليه المنفذ ضده أية مصلحة في رفع الاستئناف الوصفي ، لان الحكم اصبح نهائيا وحائز علي قوة الامر المقضي به وجائز تنفيذه طبقا للقواعد العامة بصرف النظر عن وصفه (٢) ، وطالما أن الاستئناف الوصفي قد رفع خلال ميعاد الاستئناف المرفوع عن الحكم فلا يجوز التمسك بعدم قبول الاستئناف الوصفي ، فإذا انقضت ميعاد الاستئناف الموضوعي كان التظلم الوصفي غير مقبول ، وتطبيقا لذلك قضى بأن "التمسك بعدم قبول الاستئناف الوصفي لعدم رفع استئناف عن الموضوع بالطريق الذي رسمه القانون رقم ٢٦٤ لسنة ١٩٥٣ المعدل للمادة ٤٠٥ مرافعات هو دفاع يخالطه واقع يتعين معه أن تقول فيه محكمة الموضوع كلمتها (٣) . هذا في حالة رفع الاستئناف الوصفي مستقلا عن الاستئناف الموضوعي اما إذا رفع كطلب عارض أثناء نظر الاستئناف

(١) د. عبد العزيز بديوي ، قواعد واجراءات التنفيذ ، المرجع السابق ص٩٢ ، د. فتحي والي ، التنفيذ الجبري في المواد المعنوية والتجارية ، المرجع السابق ص٩٩ ، د. احمد ماهر زغول ، المرجع السابق ص٢١٩ ، د. طلعت بويدار ، المرجع السابق ص٨٢ ، د. محمد محمود ابراهيم ، المرجع السابق ص٢٣١ (٢) د. احمد مليجي ، الموسوعة الشاملة في التنفيذ المرجع السابق ص٣٩٧ ، د. احمد خليل ، المرجع السابق ص٧٨

(٣) الطعن رقم ٥٨ لسنة ٢٤ ق جلسة ١٣/٢/١٩٥٨ ص ٩ ص ١٤٦

المرفوع عن الحكم جاز تقديمه ولو بعد ميعاد الاستئناف المرفوع عن الحكم طالما رفع الاخير فى الميعاد حتى قفل باب المرافعة (١) .

وصفوة القول ان الاستئناف الوصفى يرفع بصحيفة مستقلة قبل رفع الاستئناف الموضوعى وذلك فى الميعاد المحدد للاستئناف المرفوع عن الحكم على ان يعقبه الاخير فى الميعاد، وقد يرفع الاستئناف الوصفى فى ذات صحيفة الاستئناف المرفوع عن الحكم فى الميعاد المحدد للاخير وقد يرفع الاستئناف الوصفى بعد ميعاد الاستئناف المرفوع عن الحكم طالما رفع الاخير فى الميعاد حتى قفل باب المرافعة (٢) .

لذلك يقترح الباحث تعديل نص المادة ٢٩١ منعا للجدل الفقهي لتكون كالتالى:

ويجوز إيداء هذا التظلم خلال ميعاد الاستئناف المرفوع عن الحكم اذا رفع مستقلا او في الجلسة أثناء نظر الاستئناف الاصلى وحتى قفل باب المرافعة اذا رفع بصفة عارضة

وثمة سؤال اخر يطرح نفسه هو هل مجرد رفع الاستئناف الوصفى أثر على التنفيذ؟

(١) د. فتحي والي ، التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية ص ٩٩
(٢) مجموعة التشريعات الكويتية ، الصادرة عن مجلس الوزراء لدولة الكويت فى قانون المرافعات المدنية والتجارية ، الجزء الثالث ، ط ٨ ، يناير ٢٠٠٥ ، ص ٢٨٧

لايترتب علي مجرد رفع الاستئناف الوصفي أي أثر علي التنفيذ^(١)،^(٢) ،
 فاذا رفع الاستئناف الوصفي من المحكوم له فلا يؤدي مجرد رفعه إلي البدء
 في التنفيذ وإذا رفع من المحكوم عليه فلا يؤدي إلي وقف التنفيذ^(٣) ، وإنما
 الحكم الصادر في التظلم هو الذي يؤثر علي التنفيذ علي النحو الذي سنبيّنه
 بعد ، لذلك يلجأ المتظلم إلي رفع إشكال في التنفيذ لوقف التنفيذ أو
 الاستمرار فيه مؤقتا حتي تفصل المحكمة في الاستئناف الوصفي^(٤) ، ولكن
 اجاز المشرع للمحكمة الاستئنافية ان تامر بناء علي طلب ذوي الشأن بوقف
 النفاذ إذا كان يخشي وقوع ضرر جسيم من التنفيذ وكانت أسباب الطعن في
 الحكم مما يرجح معها النفاذ^(٥) ، وللتوازن بين مصلحة ذوي الشأن اجاز

(١) د. فتحي والي ، التنفيذ الجبري في المواد المدنية التجارية ، المرجع السابق ص ٩٨ ، د.
 نبيل عمر التنفيذ الجبري ،

المستندات التنفيذية ، المرجع السابق ص ٧٥ ، د احمد هندي ، التنفيذ الجبري ، المرجع
 السابق ص ٩٧ ، د. علي عبد

الحمد تركي ، شرح اجراءات التنفيذ الجبري ، المرجع السابق ، ص ٢٠٢ ، د. علي
 الحديدي ، التنفيذ الجبري في دولة

الامارات ، المرجع السابق ، ص ٩٢ ، د . اسامة احمد شوقي المليجي ، الاجراءات المدنية
 للتنفيذ الجبري ، المرجع
 السابق ، ص ١١٤

(٢) د. محمد نور عبدالهادي شحاته ، التنفيذ الجبري في دولة الامارات العربية المتحدة وفقا
 لقانون الاجراءات المدنية الاماراتي رقم ١١ لسنة ١٩٩٢ ، المرجع السابق ، ص ١٢٧

(٣) د. رمزي سيف ، قواعد تنفيذ الأحكام ، والمحرمات الموثقة ، المرجع السابق ص ٥٦ ، د.
 طلعت دويدار ، النظرية العامة

للتنفيذ ، المرجع السابق ص ٨١ ، د. عزمي عبد الفتاح المرجع السابق ص ٢٣١ ، د.
 احمد المليجي ، الموسوعة الشاملة

في التنفيذ ، المرجع السابق ص ٣٩٧

(٤) د. اسامة شوقي المليجي ، المرجع السابق ص ١١٤ هامش ٣ ، كذلك د. احمد هندي ،
 التنفيذ الجبري ، المرجع السابق

ص ٩٧ ، د. علي تركي ، المرجع السابق ص ٢٠٢ ، د. علي الحديدي المرجع السابق ،
 ص ٩٢ د. محمد عبد الخالق

عمر ، المرجع السابق ص ٢١٠

(٥) م ١/١٩٢ مرافعات . ١/٢٣٤ اجراءات مدنية اماراتي ، د. عاشور مبروك ، المرجع
 السابق ص ١٩١ ، د. اسامة

المليجي المرجع السابق ص ٩٩

المشرع وجوب تقديم كفالة وما تراه كفيلا بصيانة حق المحكوم له وذلك عندما تامر بوقف التنفيذ^(١) .

المطلب الثاني

الحكم في الاستئناف الوصفي

تمهيد وتقسيم

سبق القول بان القانون أجاز التظلم من وصف الحكم إذا أخطأت المحكمة في تطبيق القانون أو أخطأت في وصف الحكم ذاته وحيث ان المشرع لم يحدد ميعادا للتظلم ، فطبقا للقواعد العامة لا بد أن يرفع قبل نهائية الحكم سواء قبل رفع الاستئناف أو بعده وقبل التنفيذ أو بعده بالاجراءات المعتادة لرفع الدعوى وتحكم فيه المحكمة فورا (مستقلا) بحكم وقتي أما إذا قضت في الاستئناف واصبح حكمها نهائيا فلا حاجة لها حينئذ للفصل في التظلم^(٢)

وللمحكمة سلطة التحقق من جواز استئناف الحكم ونظر الاستئناف الوصفي مستقلا عن الموضوع ، وكذلك بحث مدى مطابقة وصف الحكم لصحيح للقانون ، والحكم الصادر في التظلم من الوصف له طبيعة وقتية وبالتالي لايجوز قوة الامر المقضي ، ولا يحد من سلطة المحكمة الاستئنافية عند نظرها الاستئناف الموضوعي

لا خلاف في انه لا يترتب اي اثر لمجرد رفع التظلم من وصف الحكم ، وانما يترتب الأثر علي الحكم الصادر في التظلم من الوصف بمجرد صدوره ، فإذا حسمت المحكمة النزاع المعروض عليها لم يعد لها أي ولاية بالرجوع إليه ، ولكن ثار خلاف فقهي حول مدى قابلية الحكم الصادر في الاستئناف الوصفي للطعن بالنقض استقلالا عن الحكم الصادر في الموضوع وبناء عليه نقسم هذا المطلب الى فرعين كالآتي :

(١) د. عيد القصاص ، اصول التنفيذ الجبري ص ٢٦٧ ص ٢٦٨

(٢) متاح على موقع نقابة محامين مصر على الموقع الالكتروني

<https://www.egyils.com/2017/01/23/763>

الفرع الأول : سلطة المحكمة الاستئنافية

الفرع الثاني : فاعلية الحكم الصادر في الاستئناف الوصفي

الفرع الأول

سلطة المحكمة الاستئنافية

اولا : التحقق من جواز استئناف الحكم

علي المحكمة الاستئنافية بحث جواز الاستئناف المرفوع عن الحكم وقبل القضاء في الاستئناف الوصفي ، فإذا رفع المستأنف ضده بعدم جواز نظر الاستئناف ايا كان السبب ، فعلي المحكمة التي تنتظر التظلم من الوصف ان تتحقق من جواز استئناف الحكم وبحثه قبل ان تنتظر التظلم من الوصف ، حيث ان قبول التظلم مرتبط بجواز الاستئناف وقبوله شكلا^(١) .

لانه اذا كان الحكم المستأنف غير جائز استئنافه شكلا او موضوعا ، فان الحكم المستأنف يكون حائز لقوة الأمر المقضي به ، ويكون الحكم واجب التنفيذ عملا بالقواعد العامة ، ويعتبر الاستئناف الوصفي غير مقبول وعلي المحكمة الحكم بعدم قبول التظلم من الوصف^(٢) ، لإنتفاء المصلحة في التظلم^(٣) ، واذ قضت المحكمة الاستئنافية بجواز نظر الاستئناف يعتبر حكما قاطعا يقيد المحكمة عند نظرها للموضوع ، لانه لايعتبر حكما منهيها

(١) د. فتحي والي ، التنفيذ الجبري في المواد المدنية التجارية ، المرجع السابق ص ٩٩ ومابعدها
(٢) طعن رقم ١٤٧ سنة ٢٩ ق جلسة ١٦/١/١٩٦٤ ص ١٥ ص ٩٨ تم قبول هذا الطعن فلاشئة
العدالة القانونية الصادرة عن نقابة المحامين المصرية وكذلك د. احمد مليجي الموسوعة الشاملة في
التعليق كل قانون المرافعات بند ١٨٥٩ ص ١٠٧٦ وكذلك متاح على موقع محكمة النقض
المصرية www.cc.gov.eg

(٣) د. محمد عبد الخالق عمر ص ٢١٠ بند ١٨٧ ، د. علي تركي المرجع السابق ص ٢٠٢ بند

للخصوم^(١) ، وبالتالي لايمكنها اعادة نظر مسألة جواز الاستئناف من جديد
(٢) ،

ثانيا : نظر الاستئناف الوصفي مستقلا عن الموضوع

تنص المادة ٢٩١ / ٢ / مرافعات مصري علي وجوب الحكم في التظلم من الوصف مستقلا عن الاستئناف المرفوع عن الحكم^(٣) ، فتفصل المحكمة الاستئنافية في التظلم من الوصف بصورة مستقلة عن موضوع الحكم الاصيلي ، سواء رفع الاستئناف الوصفي مستقلا عن الاستئناف الاصيلي ، أو مقترنا به فعلي المحكمة الاستئنافية نظر الاستئناف الوصفي قبل الفصل في الموضوع^(٤).

وقد يرفع الاستئناف الوصفي وحده ، كأن يرفع مستقلا قبل أو بعد رفع الاستئناف عن ذات الحكم من ناحية الموضوع ، أو معاصرا معه ، مع استقلال كل منهما اجرائيا كلا بعريضة خاصة به ، وهو مانص عليه المشرع المصري والإماراتي والكويتي حيث نص علي ".....ويحكم في التظلم مستقلا^(٥)، ويمكن رفع الاستئناف الوصفي في ذات صحيفة الاستئناف الموضوعي وبذات الإجراءات في صحيفة واحدة^(٦) .

وايا كان كان الامر فان محكمة الاستئناف تفصل في كل منهما علي استقلال فتفصل في الاستئناف الوصفي قبل الفصل في الموضوع ، حيث يعتبر ذلك

(١) د. احمد هندي التنفيذ الجبري ، المرجع السابق ص ٩٩ ، د. محمد عبد الخالق عمر ، المرجع السابق ص ٢١ بند ١٨٧

د. محمد عبد الخالق عمر ، المرجع السابق ص ٢١ بند ١٨٧

(٢) د. علي تركي ، المرجع السابق ص ٢٠٣

(٣) هذه المادة يقابلها المادة ٣/٢٣٣ إجراءات مدنية اماراتي ، المادة ١٩٨ مرافعات كويتي

(٤) د. احمد هندي ، التنفيذ الجبري ، المرجع السابق ص ٩٩ د. عبد العزيز بديوي ، المرجع السابق ص ٩٢ ، د. محمد محمد ابراهيم المرجع السابق ص ٢٣٩

(٥) المادة ٣/٢٣٣ إجراءات مدنية إماراتي، المادة ٢٩١ مصري ، المادة ١٩٨ كويتي

(٦) د. نبيل عمر ، التنفيذ الجبري للسندات التنفيذية ، المرجع السابق ص ٧٦ ومابعدا

من مقتضيات الحماية الوقتية التي يهدف الاستئناف الوصفي إلي الوصول إليها^(١) ، لأنه إذا فصلت المحكمة الاستئنافية في الاستئناف المرفوع عن الحكم فلا حاجة للفصل في الاستئناف الوصفي - الاعتراض علي وصف الحكم بعد ذلك^(٢) ، لان الفصل في الموضوع يجعل الاستئناف الوصفي غير ذي محل^(٣) ، وتصديقاً لذلك قضت محكمة النقض بأنه^(٤) :

متي كانت محكمة الدرجة الثانية قد فصلت في الاستئناف الأصلي فانها تكون في غني عن نظر الاستئناف المرفوع بشأن وصف النفاذ^(٥) .
والسؤال الذي يطرح نفسه علي بساط البحث هو هل يترتب البطلان علي حكم محكمة الاستئناف لو تصدت للفصل في موضوع الاستئناف قبل الفصل في الاستئناف الوصفي ؟

سبق وان قررت محكمة النقض انه إذا فصلت محكمة الاستئناف في الاستئناف المرفوع عن الحكم قبل الفصل في الاستئناف الوصفي ، فتكون المحكمة في غني عن نظر الأخير ، حيث يكون غير ذي محل ، إلا إنه طالما ان المحكمة منحت الطاعن إيداء دفاعة في موضوع الاستئناف فلها التصدي للفصل في الموضوع قبل أن تقضي في الاستئناف الوصفي ، ولا

(١) د. نبيل عمر ، التنفيذ الجبري للسندات التنفيذية ، المرجع السابق ص ٧٦ وما بعدها
(٢) د. احمد خليل ، المرجع السابق ص ١٠٨ . د. احمد هندي المرجع السابق ص ٩٩ . د. حامد ابو طالب التنفيذ الجبري بدون دار النشر ، سنة ٢٠٠٥ ص ٨٦ ، د. احمد ماهر زغول ، المرجع السابق ، ص ٢٢٠٢٢٠
(٣) د. فتحي والي ، المرجع السابق ص ٩٩ ، د. عاشور مبروك ، المرجع السابق ، ص ٢٢٣ بند ١٧٥
(٤) نقض ١٩٦٣/٥/١٦ السنة ١١ حتى ٦٧٧ . د. احمد مليجي ، المرجع السابق ص ١٠٧٧ بند ١٨٦١
الطعن رقم ٣٩ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٣/٥/١٦ مكتب فني ١٤ جزء ٢ ص ٦٧٧ متاح علي
فلاشة العدالة القانونية
(٥) ينظر في ذلك المستشار/ عز الدين الدناصوري ، حامد عكاز ، القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ في ضوء الفقه والقضاء
، المرجع السابق ، ص ٦٦٨

غبار عليها إذا هي اصدرت حكماً مستقلاً في هذا التظلم - الاعتراض علي الوصف^(١) ،

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأن نص المادة ٢٩١ من قانون المرافعات الذي تناول التظلم أمام المحكمة الاستئنافية من وصف الحكم المستأنف ، لم يحظر علي المحكمة الاستئنافية ان تتصدي للفصل في موضوع الاستئنافية ان تقضي في هذا التظلم ويصبح عندئذ لاجابة بها لإصدار حكم مستقل فيه وليس من شأن ذلك ان يلحق البطلان بحكمها^(٢)

ثالثاً : بحث مدي مطابقة وصف الحكم لصحيح للقانون

تقتصر سلطة محكمة الاستئناف علي بحث مدي صحة تطبيق القانون بالنسبة لوصف الحكم والنفاد والكفالة ، دون ان تتعرض لما قضى به الحكم في للموضوع^(٣) ،^(٤) ، لان التظلم من الوصف يطرح علي المحكمة الاستئنافية موضوعاً محدداً هو الادعاء بوجود خطأ في الوصف الإجرائي للحكم يؤثر في قوته التنفيذية^(٥) ، ولذلك ليس للمحكمة الاستئنافية التعرض لموضوع الحكم المطعون فيه ، وهي عند بحثها لمطابقة وصف الحكم لصحيح القانون ، يجب ان تفترض حقيقة أو عدالة ما جاء في الحكم من صحة الموضوع^(٦) ، او صحة ما اورده الحكم من حيث الموضوع^(١) ، فإذا

(١) د. احمد هندي ، التنفيذ الجبري ، المرجع السابق ص ٩٩
د. احمد ابو الوفا ، اجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية ، المرجع السابق ص ٣٦٨
(٢) الطعن بالنقض رقم ١١٩١ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨٤/٣/٢١ مكتب فني ٣٥ جزء ١
ص ٧٧٧ فلاشة العدالة القانونية الصادر من نقابة المحامين المصرية طعن رقم ١ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧١/٤/١٧ ص ٢٧ ، ص ٩٧٢ كذلك المستشار /
سعید شعله ، المرجع السابق ، ص ٤٣ ، كذلك متاح على موقع محكمة النقض المصرية

www.cc.gov.eg

(٣) د. عاشور مبروك ، المرجع السابق ، ص ٢٢٣ د. فتحي والي ، التنفيذ الجبري في القانون الكويتي ، ط ١ ، سنة ١٩٧٨ ، ص ٥٤
(٤) د. احمد هندي ، التنفيذ الجبري في الامارات العربية المتحدة طبقاً للقانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٢ ، مطبعة كلية شرطة دبي سنة ١٩٩٦ ، ص ١٧٤
(٥) د. احمد ماهر زغلول ، المرجع السابق ص ٢٢٠ ، كذلك د. احمد هندي ، التنفيذ الجبري ، المرجع السابق ص ٩٩
(٦) د. فتحي والي ، التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية ، المرجع السابق ، ص ١٠٠

اثبت الحكم ان المنفذ ضده قد اقر بالالتزام وقضى بالانفاذ المعجل وفقا للماده ٣/٢٩٣ ، وتظلم المحكوم عليه من هذا الوصف على اساس ان هذه الحالة غير متوفرة فليس للمحكمة ان تنتظر هذا الادعاء ، بل تسلم به وتقضى بعدم قبول التظلم (٢) .

وبالتالي فإن المحكمة تفترض ان الحكم المتظلم منه سليما شكلا وموضوعا (٣) ، ولا يجوز لها ان تبني حكمها في الاستئناف الوصفي علي اساس خطأ أو صحة الحكم (٤) ، لان سلطة المحكمة وهي تفصل في التظلم تتحصر في مراقبة صحة تطبيق القانون بالنسبة لوصف الحكم مع فرض صحته من حيث ماقضي به في الموضوع (٥) .

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه يقتصر بحث محكمة الاستئناف عند النظر في طلب التنفيذ أو طلب منعه على تصحيح الخطأ فيما يتعلق بالتنفيذ باعتبار حكم محكمة أول درجة في الموضوع صحيحا وفي محله" (٦) .

الفرع الثاني

فاعلية الحكم الصادر في الاستئناف الوصفي

الحكم الصادر في الاستئناف الوصفي لايجوز قوة الامر المقضي ، لأنه حكم وقتي وبالتالي يترتب عليه أنه لا يقيد المحكمة التي أصدرته عند نظر

نقض مدني ١٩٣١/١٢/٤ ، مجموعة عمر ١-٣٣-١١

(١) د. احمد ماهر زغلول ، المرجع السابق ص ٢٢٠

(٢) استئناف القاهره ١٩٦٢/٢/٢٦ ، المجموعة الرسمية ٦٠-٦٢١-٧٧ وهذه الحالة كانت نفاذ معجل وجوبي في ظل القانون الملغى ، انظر في ذلك د. فتحي والي ، التنفيذ الجبري في

المواد المدنية والتجارية ، المرجع السابق ، ص ١٠٠

(٣) د. نبيل عمر ، التنفيذ الجبري للسندات التنفيذية ، المرجع السابق ص ٧٧

(٤) د. احمد هندي ، التنفيذ الجبري ، المرجع السابق ص ١٠٠ ، كذلك د. محمد عبد الخالق

عمر ، المرجع السابق ، ص ٢١١

(٥) د. طلعت دويدار ، النظرية العامة للتنفيذ القضائي ، المرجع السابق ص ٨٣

د. محمود محمد هاشم ، المرجع السابق ، ص ١٨٩

(٦) طعن رقم ٩ لسنة ١ ق جلسة ١٩٣١/١٢/٣ متاح على موقع محكمة النقض المصريه

www.cc.gov.eg

الاستئناف الموضوعي ، وذلك لأنه لم يتعرض لموضوع النزاع، وإنما كان منصبا على وصف الحكم كما انه لا يمنع من أصدره من نظر الاستئناف الموضوعي ، بالإضافة الى انه لا يقبل الطعن فيه بالنقض استقلا عن الحكم الصادر في الاستئناف الموضوعي ، لأنه لا يعد حكما منهيًا للخصومة كلها وهو ما سنبينه كالآتي:

اولا : حجية الحكم الصادر في الاستئناف الوصفي واثره على التنفيذ

١- حجية الحكم الصادر في الاستئناف الوصفي

الحكم الصادر في التظلم من الوصف له طبيعة وقتية ، وبالتالي لا يحوز قوة الامر المقضي ، ولا يعتد أو يحد من سلطة المحكمة الاستئنافية عند نظرها الاستئناف الموضوعي ، لأن الحكم في التظلم لا يتعرض للطعن في الموضوع (١) ، لذلك لا يصح القول بأن القاضي الذي اصدر الحكم في الاستئناف الوصفي غير صالح لنظر الاستئناف المرفوع عن الحكم الموضوعي (٢) ، كما أن حكم محكمة الاستئناف فيما يتعلق بالنفاذ المعجل لا تأثير له مطلقا علي استئناف الموضوع ، إذ يعتبر متمماً لحكم محكمة الدرجة الاولى ان كان حكمها قد أغفل النفاذ المعجل في حالة يوجبها فيها القانون ، أو ملغياً للنفاذ ان كان حكمها قد أقرب به في غير الأحوال المنصوص عليها فيه (٣) .

واعمالا لذلك قضي بأنه "..... وحكم محكمة الاستئناف في طلب إلغاء وصف النفاذ لا تأثير له مطلقاً علي استئناف الموضوع ، ولايمنع المحكمة

(١) د. احمد ماهر زغلول ، المرجع السابق ، ص ٢٢٠ ، ويشير الى حكم استئناف القاهرة

١٩٥٠/١٢/١٩ - المحاماة ٢٢ - ٦٧١ ، د. احمد هندي ، التنفيذ الجبري ، المرجع السابق ، ص ١٠٠

(٢) د. عاشور ميروك ، المرجع السابق، ص ٢٢٤

(٣) طعن رقم ٩ لسنة ١ ق جلسة ١٩٣١/١٢/٣ متاح على موقع محكمة النقض المصريه

التي اصدرتها من الفصل في استئناف الموضوع^(١) ، وقد قضى بأن ، الحكم في طلب وقف نفاذ الحكم المستأنف هو قضاء وقتي لا يحوز قوة الامر المقضي ، والحكم الصادر في هذا الطلب لا تأثير له علي الفصل في الموضوع^(٢) .

وقضي بأن القول بان الاستئناف الوصفي يعتبر حكما وقتيا بطبيعته لا يحوز قوة الامر المقضي ولا تنقيد به المحكمة عند نظر الاستئناف الموضوع إنما يصدق علي ما يتضمنه قضاء ذلك الحكم من اجراء التنفيذ مؤقتا أو منعه والأمر بالكفالة أو الإعفاء منها^(٣) .

وقضي بأن " القضاء في طلب وقف نفاذ الحكم المستأنف هو قضاء وقتي لا يجوز - و على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - قوة الأمر المقضى ، لأن الفصل في هذا الطلب إنما يستند إلى ما يبدو للمحكمة من ظاهر أوراق الدعوى بما يخولها أن تعدل عند الفصل في الموضوع عن رأى ارتأته وقت الفصل في هذا الطلب ، إذ ليس لحكمها فيه أى تأثير على الفصل فى الموضوع^(٤) .

(١) نقض ١٩٥٧/١/١٠ سنة ٨ص ٤٥ د. احمد مليجي ، الموسوعة الشاملة في التعليق علي قانون المرافعات ، المرجع السابق ص ١٠٠ طعن بالنقض رقم ٣٨ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٩٥٧/١/١٠ مكتب فني ٨ جزء ص ٤٥ ، د. احمد هندي ،

التنفيذ الجبري ، المرجع السابق د. احمد مليجي الموسوعة الشاملة في التنفيذ ، المرجع السابق ص ٤٠٢ بند ٣٦١

(٢) طعن رقم ٤٤٤ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٨/١١/ ٢٧ ص ٢٩ ص ١٧٦٦ المستشار سعيد شحلة ص ٤٣ رقم ٩

(٣) نقض ١٩٦٤/١/١٦ طعن رقم ١٧٤ لسنة ٢٥ ق ص ١٥ ص ٩٨ ، نقض ١٩٧١/١/١٩ طعن رقم ٢٦٤ ، ٣٦٥ ق ص ٢٢ ص ٦٧ ، نقض ١٩٥٧/١/١٠ ص ٨ ص ٤٥ ، انظر في ذلك د. احمد مليجي ، الموسوعة الشاملة في التعليق علي قانون المرافعات ، المرجع السابق ص ١٠٧٨ ، وكذلك د. فتحي والي ، التنفيذ الجبري المرجع السابق هامش ٤ ص ١٠٠

(٤) طعن رقم ٢٦٤ - لسنة ٣٦ ق - تاريخ الجلسة ١٩ / ٠١ / ١٩٧١ - مكتب فني ٢٢ - رقم الجزء ١ - رقم الصفحة ٦٧ - تم رفض هذا الطعن متاح علي فلاشه العدالة القانونيه الصادره عن نقابه محامين مصر

الطعن رقم ٢١٩ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٦ / ١٢ / ٢٩ ص ٢٧ (الطعن رقم ٤٤٤ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٨ / ١١ / ٢٧ ص ٢٩ ص ١٧٦٦) متاح على

<https://www.egylys.com/2017/01/23/763>

فاذا كانت القاعدة ان الحكم الصادر في التظلم من الوصف لا يقيد محكمة الاستئناف عند نظر الاستئناف الموضوعي ، فاعمالا لما سبق فانه اذا قضت محكمة الاستئناف في التظلم من الوصف بقبول طلب التنفيذ فان ذلك لا يمنعها من أن تلغي الحكم المستأنف رغم سبق صدور حكم منها بتعديل وصفه علي نحو يسمح بتنفيذه ، والعكس إذا قضت محكمة الاستئناف بمنع التنفيذ فلها أن تؤيد الحكم موضوعا عند الفصل في الاستئناف الاصلى (١) .

٢- اثر الحكم الصادر في التظلم علي التنفيذ

لا خلاف في انه لا يترتب أي اثر علي القوة التنفيذية للحكم المتظلم منه وصفة لمجرد رفع التظلم من وصف الحكم وانما يترتب الأثر علي الحكم الصادر في التظلم من الوصف بمجرد صدوره حيث تتمدد القوه التنفيذيه علي ضوء الحكم الصادر في الاستئناف الوصفي (٢) ، فاذا صدر الحكم في التظلم بعد التنفيذ فيقف التنفيذ إذا كان لم يبدأ أو كان سارياً ، وإذا تمت اجراءات التنفيذ وصدر الحكم في التظلم بعد التنفيذ وصدر الحكم في التظلم بعد التنفيذ يزول ويعاد الحال إلي ماكان عليه قبل البدء في التنفيذ(٣) ، وعلي

(١) د. احمد مليجي ، الموسوعة الشامله في التنفيذ وفقا للنصوص الشرعيه ، المرجع السابق ص٣٩١ بند ٣٥٥ ، د. احمد هندي ،التنفيذ الجبري ، المرجع السابق ، ص١٠٠ بند ٣٤ ، د. احمد ماهر زغلول ، المرجع لسابق، ص٢٢٠ ، د. عزمي عبدالفتاح ، المرجع السابق، ص٢٣٢ وتطبيقا لما سبق قضت محكمه النقض بانه " طلب الغاء وصف النفاذ هو طلب وقتي تابع للطلب الاصلى وحكم محكمه الاستئناف فيه لا تأثير له مطلقا علي استئناف الموضوع ولا يمنع المحكمه التي اصدرته من الفصل في استئناف الموضوع ،ولهذا اجاز المشرع في المادة ٤٧٨ مرافعات قديم ان يكون التظلم من النفاذ امام نفس الهيئة التي يرفع اليها الاستئناف عن الحكم. وعلى ذلك فلا محل للقول بان رئيس الهيئة التي اصدرت الحكم في الاستئناف الوصفي ابدى رايه في موضوع الدعوي بما جاء باسباب هذا الحكم وانه لذلك قد قام به سبب من اسباب عدم الصلاحيه يمنعه من الفصل في استئناف الموضوع متي كان الحكم في الاستئناف الوصفي انما يستند الي ما يبدو للمحكمة من ظاهر مستندات الدعوي .

طعن رقم ٣٨ سنة ٢٣ ، جلسة ٢١٠/١٩٥٧/١٩٥٧ مكتب ثني ٨ جزءا ص٤٥ متاح علي فلاشه العدالة القانونيه الصادره عن نقابه المحامين المصريين ، وكذلك د. احمد مليجي ، الموسوعة الشامله في التعليق علي قانون المرافعات ، المرجع السابق ص١٠٧٧

(٢) د. عاشور ميروك ، المرجع السابق ، ص٢٢٦

(٣) د. نبيل عمر ، المرجع السابق ، ص٧١ ، كذلك انظر د. احمد خليل ، المرجع السابق ،

المتظلم ان يرفع دعوي تنفيذ موضوعية بالغاء التنفيذ (١) ، او يضيف الي تظلمة من الوصف ازاله ماتم تنفيذه (٢) .

اما إذا كان الحكم الصادر من الاستئناف الوصفي قرر ان الحكم نهائي أو مشمولاً بالنفاذ المعجل بقوة القانون ، فإنه يصبح صالحاً للتنفيذ الجبري بعد الحصول علي الصيغة التنفيذية ، وفي هذه الحالة لو رفع استئنافاً موضوعياً عن نفس الحكم قبل رفع الاستئناف الوصفي ، فيجب علي المحكمة الحكم بعدم قبول الاستئناف الموضوعي لان الحكم المطعون فيه هو حكم نهائي غير قابل بطبيعة للاستئناف (٣) ،

ثانياً: استنفاد المحكمة الاستئنافية سلطتها

يعتبر مبدا استنفاد ولاية المحكمة من الآثار المترتبة علي صدور الحكم القضائي القطعي، فإذا حسمت المحكمة النزاع المعروض عليها لم يعد لها أي ولاية بالرجوع إليه (٤) .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بانه من المقرر إذا حسمت المحكمة النزاع في المسائل المعروضة عليها انقضت سلطتها بشأنها ، ولم تعد لها اي ولاية ولو اتفق الخصوم ويعمل بذلك في سائر الاحكام القطعية الموضوعية كانت او الفرعية (٥) .

(١) د. فتحي والي ، المرجع السابق ، ص ٩٩ بند ٤٨
(٢) د. احمد زغلول ، المرجع السابق ، ص ٢٢١ بند ١٢٣ ، كذلك انظر د. نبيل عمر ص ٧١ ، قارب من هذا د. احمد ابو الوفا ، المرجع السابق ، ص ١١٩
(٣) د. احمد خليل ، المرجع السابق ، ص ٨٠
(٤) انظر رسالتنا في الدكتوراة ، الاجراءات المتبعة في التحكيم عبر الوسائط الالكترونية ، كلية الحقوق جامعة اسكندرية ، ٢٠١٧ ، ص ٢٣٥
(٥) حكم حكمة النقض المصريه ، طعن رقم ٩٧٤ لسنة ٤٥ ، جلسته ١٩٨١/١/١٢ مجموعه احكام النقض، ص ١٧٧ متاح علي البوابه القانونيه لمحكمة النقض www.cc.gov.eg وقد قضت محكمة التمييز الكويتية بان" فصل المحكمة في إحدى المسائل المطروحة عليها - أثره - انتهاء ولايتها بالنسبة لها الطعن رقم ٦٧٠ / ٢٠٠٤ الدائرة المدنية جلسة ٢٦ / ٩ / ٢٠٠٥
<https://www.mohamah.net>

وينطبق ذلك على الاستئناف الوصفي، فالحكم الصادر في التظلم من الوصف حكما قطعيا في وصف الحكم ، لذلك يستتد سلطة المحكمة بالنسبة لهذا الوصف فتلتزم بما قضت به في الوصف فلا تعدل عنه او تقضي بنقيضه^(١) .

وتاكيدا لذلك قضت محكمه النقض بانه متي كانت محكمة الاستئناف عرضت في حكمها الاول الخاص بالتظلم من وصف النفاذ لمسالة جواز الاستئناف أو عدم جوازه بعد ان تجادل فيها الخصوم وفصلت المحكمة فيها بجواز الاستئناف وبقبوله شكلا فانها تكون لذلك قد حسمت النزاع نهائيا في خصوص تلك المساله واستتفذه ولايتها في الفصل فيها فلا تملك بعد ذلك اعاده النظر فيها ولو عند نظر استئناف الموضوع^(٢) .

فإذا قضت المحكمة بان الحكم ابتدائي ، فلا يجوز لها رفض الاستئناف الموضوعي بحجة كونه انتهائيا ، فالحكم الصادر في التظلم من الوصف حكما وقتيا ذو حجيه قلقة بالنسبة لموضوع الاستئناف ، فيفصل قطعيا في وصف الحكم ، فتستتد المحكمة الاستئنافية ولايتها لهذا الوصف فلا تعدله أو تقضي بما يناقضه^(٣) ، هذا غير ان استنفاد المحكمه ولايتها يكون في حدود الوصف ولا يقيد بها في غير ذلك كالاستئناف الموضوعي^(٤) ،^(٥) ، لذا فلا

(١) د. احمد هندي ، التنفيذ الجبري في الامارات العربية المتحدة طبقا للقانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٢ ، المرجع السابق ، ص ١٧٥ ، كذلك ينظر د. احمد ماهر زغلول ، المرجع السابق ، ص ٢٢٠، ص ٢٢١ ، كذلك انظر د. طلعت دويدار ، النظرية العامة للتنفيذ القضائي ، المرجع السابق ص ٨٢ ، د. محمود محمد هاشم ، المرجع السابق ، ص ١٨١

(٢) طعن بالنقض رقم ٤٧ لسنة ٢٩ ، جلسة ١٦/١/١٩٦٤ مكتب فني ١٥ اجزاء ص ٩٨ المستشار/ سعيد شعله ، المرجع السابق ص ٤٢ وكذلك متاح على فلاشة العدالة القانونية الصادرة عن نقابة المحامين المصرية ، وكذلك د. احمد مليجي الموسوعة الشاملة في التعليق كل قانون المرافعات بند ١٨٥٩ ص ١٠٧٦ ، وايضا طعن رقم ١٠٧٩ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٧ مارس ١٩٦٨ انظر مجلة المحاماة العدد ٤٩ ابريل سنة ١٩٦٩ ، وكذلك متاح على موقع محكمة النقض المصريه www.cc.gov.eg

(٣) د. عاشور مبروك ، المرجع السابق ، ص ٢٢٤

(٤) د. طلعت دويدار ، النظرية العامة للتنفيذ القضائي المرجع السابق ، ص ٨٣

(٥) د. طلعت دويدار ، النظرية العامة للتنفيذ القضائي في قانون اصول المحاكمات المدنية

اللبائى وقانون المرافعات المصرى ، المرجع السابق ، ص ٩٧

يصح القول بان القاضي الذي يصدر حكماً في التظلم غير صالح لنظر استئناف الموضوع^(١) ، وتطبيقاً لذلك قضي بانه لا محل للقول بان رئيس الهيئة التي اصدرت الحكم في الاستئناف الوصفي وابدئ رأيه في موضوع الدعوي بما جاء باسباب هذا الحكم وانه بذلك قد قام به سبب من اسباب عدم صلاحية بمنعه من الفصل في استئناف الموضوع ، متى كان الحكم في الاستئناف الوصفي إنما يستند الي ما يبدو للمحكمة من ظاهر مستندات الدعوي^(٢) .

ثالثاً: مدى جواز الطعن بالنقض في حكم الاستئناف الوصفي

ثار خلاف في الفقه حول جواز الطعن بالنقض في الحكم الصادر في الاستئناف الوصفي على النحو التالي:

فيرى البعض ان الحكم الصادر في الاستئناف الوصفي لا يقبل الطعن بالنقض استقلالاً عن الحكم الصادر في الموضوع ، لانه لا يعتبر حكماً منهيماً للخصومة كلها طبقاً للمادة ٢١٢ مرفعات^(٣) ، ولا يغير من هذا النظر أن القانون اجاز التظلم من الوصف استقلالاً أمام المحكمة الاستئنافية طبقاً للمادة ٢٩١ مرفعات مصري^(٤) ، لان نص هذه المادة قد ورد على خلاف الأصل ، وبالتالي لا يجوز القياس عليه لإجازة الطعن بالنقض، وعلي الخصم انتظار الفصل في الاستئناف المنهي للخصومة كلها ليتمكن الطعن فيه بالنقض حسب

(١) د. محمد عبد الخالق عمر ، المرجع السابق ، ص ٢١٠

(٢) نقض ١٩٥٧/١/١٠ سنة ٨ ص ٤٥ ، د. احمد مليجي ، الموسوعة الشاملة في التعليق علي

قانون المرافعات ، المرجع السابق ، ص ١٠٧٧

(٣) د. احمد مليجي ، الموسوعة الشاملة في التعليق علي قانون المرافعات ، المرجع السابق ، ص ١٠٧٦

وما بعدها بنود ١٨٥٧ ، د. فتحي والي ، التنفيذ الجبري ، المرجع السابق ص ١٠١ د. محمد عبد الخالق عمر ،

المرجع السابق ص ٢١١ ، د. عزمي عبد الفتاح ، المرجع السابق ، ص ٢٢٢ د. احمد هندي التنفيذ الجبري ،

المرجع السابق ص ١٠١

(٤) د. عاشور مبروك ، المرجع السابق ص ٢٢٥

القواعد العامة للمادة ٢١٢ مرافعات^(١)، وإذا كان هذا الحكم صادراً من المحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية فهو لا يقبل الطعن عليه بالنقض طبقاً للمادة ٢٤٨ مرافعات^(٢).

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بان " الحكم بإلغاء وقف النفاذ أو بإلغاء الحكم بوقف التنفيذ دون التصدي لموضوع الدعوى يعتبر حكماً صادراً قبل الفصل في الموضوع و لا تنتهي به الخصومة الأصلية المرردة بين الطرفين كلها أو بعضها و لا يجوز الطعن فيه استقلاً عملاً بالمادة ٣٧٨ مرافعات - و لا يغير من هذا النظر ما أجازته المادة ٤٧١ مرافعات للمحكوم عليه من أن يتظلم استقلاً من وصف النفاذ أمام محكمة الدرجة الثانية إذا كانت محكمة الدرجة الأولى قد أمرت به في غير حالات وجوبه أو جوازه - إذ نص هذه المادة قد ورد على خلاف الأصل المقرر بالمادة ٣٧٨ مرافعات و من ثم فلا يجوز القياس عليه لإجازة الطعن بطريق النقض^(٣) .

(١) د. السيد خميس حسين السري ، ضمانات المحكوم عليه في النفاذ المعجل ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة طنطا ، سنة ٢٠١١ ، ص ٣٧٢

(٢) د. اسامة شوقي المليحي ، المرجع السابق ، ص ١١٧ حيث نصت على أنه " للخصوم أن يطعنوا أمام محكمة النقض في الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف إذا كانت قيمة الدعوى تجاوز مائة ألف جنيه او كانت غير مقدره القيمة وذلك في الأحوال الآتية: ١. إذا كان الحكم المطعون فيه مبنياً على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو في تأويله. ٢. إذا وقع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم

(٣) الطعن رقم ٢٦٤ - لسنة ٢٧ ق - تاريخ الجلسة ٠٤ / ٠٤ / ١٩٦٣ - مكتب فني ١٤ - رقم الجزء ٢ - رقم الصفحة ٤٧٥ - تم قبول هذا الطعن متاح على فلاشة العدالة القانونية الصادره عن نقابة محامين مصر

وهو ما نصت عليه المادة رقم ١٧ من القانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٢ بشأن حالات الطعن بالتمييز وإجراءاته لدولة الكويت " لا يجوز الطعن بطريق التمييز في الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع، إلا إذا ترتب عليها منع السير في الدعوى" . وبالتالي فإن الحكم الصادر في الاعتراض على وصف الحكم لا يقبل الطعن فيه بالتمييز استقلاً عن الحكم الصادر في الموضوع لأنه لا ينهي الخصومه ، انظر في ذلك د. فتحي والي ، التنفيذ الجبري في القانون الكويتي ، المرجع السابق ، ص ٥٥ وهو ذات ما نصت عليه المادة رقم ٦ من قانون ١٧ / ١٩٧٨ بشأن تنظيم حالات وإجراءات الطعن أمام المحكمة الاتحادية العليا ، الباب الثاني الطعن بالنقض في المواد المدنية (٤ - ١٩) حيث نصت على أنه " لا يجوز الطعن بطريق النقض في الاحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع الا اذا ترتب عليها منع السير في الدعوى " .

كما قضى بانه" إذا اقتصر الحكم المطعون فيه على رفض طلب وقف النفاذ المعجل دون أن يقضى فى موضوع النزاع فانه بهذا الوصف - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - يعتبر حكما صادرا قبل الفصل فى الموضوع ولا تنتهى به الخصومة الأصلية المرددة بين الطرفين كلها أو بعضها ومن ثم فلا يجوز الطعن فيه بطريق النقض استقلا عملا بالمادة ٣٧٨ من قانون المرافعات السابق المنطبقة على الطعن^(١) .

وهناك رأي عكس الرأي الاول يذهب إلى جواز الطعن مباشرة فى الحكم الصادر فى الاستئناف باعتبار ان هذا الحكم فاصلا فى موضوع الاستئناف الوصفى ، ولا حاجة لانتظار الحكم المنهى لخصومة الاستئناف الموضوعى خاصة وانه لا يوجد استئناف موضوعى^(٢) .

بينما يذهب رأي ثالث الى الطعن بالنقض بحسب المادة التى تفصل فيها المحكمة ، وهو ما اقرته محكمة النقض المصرية ، فإذا كانت المادة مستعجلة كالتظلم من خطأ الحكم فى تطبيق القانون بالنسبة للتنفيذ المعجل أو الكفالة فان الحكم الصادر فيه يكون وقتيا او مستعجلا يقبل الطعن فيه مباشرة وعلى استقلال ولو لم يكن منهيًا للخصومة اعمالا لنص المادة ٢١٢ مرافعات ، اما إذا كانت المادة غير ذلك كالتظلم من الخطأ وصف الحكم بانه ابتدائي او انتهائي على غير الحقيقة فلا يجوز الطعن عليه^(٣) .

ويرى الباحث انه ولما كان التظلم من وصف الحكم هو ضمانه من ضمانات التنفيذ المعجل ، وان الحكم الصادر فى التظلم من الوصف حكم وقتي بإجماع الشراح ، ومن ثم يكون قابلاً للطعن المباشر ، ولو لم يكن منهيًا للخصومة اعمالا لنص المادة ٢١٢ مرافعات والتى تجيز صراحة

(١) الطعن رقم ٤٠٦ لسنة ٣٦ ق جلسة ٤/٥/١٩٧١ س ٢٢ ص ٩٨٨ متاح على موقع نقابة محامين مصر

(٢) د. احمد خليل ، المرجع السابق ص ٧٩ ، ص ٨٠

(٣) د. احمد ماهر زغلول ، المرجع السابق ، ص ٢٢٢

الطعن المباشر للاحكام الوقتية (١) ، باعتبار ان هذا الحكم فاصلا في موضوع الاستئناف الوصفي ، ولا حاجة لانتظار الحكم المنهي لخصومة الاستئناف الموضوعي خاصة في حالة عدم استئناف الموضوع (٢) . وما يعزز ذلك ان محكمة النقض ذاتها اعتبرت طلب الغاء وصف النفاذ هو طلب وقتي (٣) ، كما قضت بان الحكم في طلب وقف نفاذ الحكم المستأنف هو قضاء وقتي (٤) ، ومن ثم يجوز الطعن فيه بطريق النقض استقلالا .

فاذا كان الحكم صادر من محكمة الاستئناف العالي يرفع الطعن الى محكمة النقض او الالتماس أما إذا كان الحكم صادر من المحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية فلا يطعن عليه بالنقض الا وفقا للمادة ٢٤٩ ، ٢٥٠ مرافعات مصرى (٥) .

هذا هو الاطار الاجرائي لخصومة الاستئناف الوصفي الذي تحيا بداخله القوة التنفيذية للحكم والذي حدده المشرع من خلال البحث عن الوصف الحقيقي للحكم

(١) د. احمد ابوالوفا ، المرجع السابق ، ص ٨٧ هامش ٢ ، كذلك انظر د. نبيل عمر ، التنفيذ

الجبري للسندات التنفيذية ، المرجع السابق ، ص ٧٧

(٢) د. احمد خليل ، المرجع السابق ، ص ٧٨

(٣) طعن رقم ٣٨ سنه ٢٣ ، جلسته ٢ / ١٠ / ١٩٥٧ مكتب ثني ٨ جزءا ص ٤٥ متاح علي فلاشه العدالة القانونيه الصادره عن نقابه المحامين المصريين ، وكذلك د. احمد مليجي ، الموسوعه الشامله في التعليق علي قانون المرافعات ، المرجع السابق ص ١٠٧٧

(٤) طعن رقم ٢٦٤ - لسنة ٣٦ ق - تاريخ الجلسة ١٩ / ١ / ١٩٧١ - مكتب فني ٢٢ - رقم الجزء ١ - رقم الصفحة ٦٧ - تم رفض هذا الطعن متاح علي فلاشه العدالة القانونيه الصادره عن نقابه محامين مصر

الطعن رقم ٢١٩ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٢ / ٢٩ / ١٩٧٦ (س ٢٧ ص ١٨٢٨) (الطعن رقم

٤٤٤ لسنة ٤٤ ق جلسة ٢٧ / ١١ / ١٩٧٨ (س ٢٩ ص ١٧٦٦) متاح على

<https://www.egyls.com/2017/01/23/763>

(٥) د. نبيل عمر ، التنفيذ الجبري للسندات التنفيذية ، المرجع السابق ، ص ٧٧ ، ص ٧٨

هذه المواد تقابل المواد ١٧٣ ، ١٧٤ من قانون الاجراءات المدنية الاماراتية

الخاتمة

وبعد أن انتهينا من دراسة التظلم من وصف الحكم نخلص إلى أهم النتائج التي تم التوصل إليها من خلال البحث مع الإشارة إلى بعض التوصيات والمقترحات التي يمكن أن تساهم في القصور الذي اعترى بعض النصوص وذلك على النحو التالي:

أولاً: أهم النتائج التي توصل إليها الباحث

- تشابه كل من المشرع المصري والاماراتي والكويتي مع اختلاف القانون الفرنسي في معالجة الاستئناف الوصفي
- ان تسميه التظلم من وصف الحكم او الاعتراض على الوصف بالاستئناف الوصفي تسميه لاغبار عليها لانه يرفع امام المحكمه الاستئنافيه وينصب على وصف الحكم وليس على موضوع الحكم.
- ان الاستئناف الوصفي هو طريق خاص من طريق الطعن الغرض منه تعديل المحكمه الاستئنافيه للخطأ في وصف الحكم الصادر من محكمه اول درجه وفقا للاجراءات التي نص عليها القانون.
- لا يترتب اي اثر علي القوة التنفيذية للحكم المتظلم من وصفه، لمجرد رفع التظلم من وصف الحكم ، وانما يترتب الأثر علي الحكم الصادر في التظلم من الوصف بمجرد صدور ، حيث تتحدد القوه التنفيذية علي ضوء الحكم الصادر في الاستئناف الوصفي

ثانياً / التوصيات

- الاستفادة من المحامين وخبراتهم حيث انهم يعيشون واقع التنفيذ
- جواز التظلم في حاله الخطا القانوني فقط ، ولا يجوز التظلم في حاله السلطه التقديرية للمحكمه ما لم ينص القانون على خلاف

ذلك ومنعا للخلافات الفقهية وعدم اطاله امد النزاع لذلك نقترح تعديل المادة ٢١٩ مرافعات لتكون كالتالى: يجوز التظلم امام المحكمه الاستئنافيه من الخطأ القانونى فى وصف الحكم او فى النفاذ المعجل او الكفاله الخ .

- تعديل نص المادة ٢٩١ من قانون المرافعات منعا للجدل الفقهى لتكون كالتالى: ويجوز إيداء هذا التظلم خلال ميعاد الاستئناف المرفوع عن الحكم اذا رفع مستقلا او فى الجلسة أثناء نظر الاستئناف وحتى قفل باب المرافعة اذا رفع بصفة عارضه
- تجريم اى افعال من شأنها اعاقة التنفيذ وعرقلته سواء من المحكوم عليه كالمماطله او من معاونى التنفيذ كتعطيل التنفيذ ، او افساء اسرار المنفذ له حتى لا يكون التظلم من الوصف ذريعة لاطالة امد النزاع

والله ولى التوفيق

قائمة المراجع

أولاً: الكتب والمؤلفات العامة

١. احمد ابوالوفا ، إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية ، مكتبة الوفاء القانونية الإسكندرية ، ط ٢٠١٥
٢. د. احمد خليل ، قانون التنفيذ الجبري ، مكتبة الإشعاع الفنية الإسكندرية ، عام ١٩٩٨
٣. د. احمد صدقي محمود ، قواعد المرافعات في دولة الامارات ، ط ١ بدون دار نشر سنة ١٩٩٩
٤. د. احمد ماهر زغلول ، أصول التنفيذ الجبري ، وفقاً لمجموعة المرافعات المدنية والتجارية والتشريعات المرتبطة بهما ، بدون دار نشر ، ط ١ ، ١٩٨٤
٥. د. احمد مليجي ، الموسوعة الشاملة في التعليق على قانون المرافعات ، طبعة نادي القضاة ، ط ١٣ عام ٢٠١٦
٦. د. احمد مليجي ، الموسوعة الشاملة في التنفيذ وفقاً للنصوص الشرعية المركز القومي للإصدارات القانونية - القاهرة ، ط ٢٠٠٨
٧. د. احمد هندي ، التنفيذ الجبري في الامارات العربية المتحدة طبقاً للقانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٢ ، مطبعة كلية شرطة دبي سنة ١٩٩٦
٨. د. احمد هندي ، التنفيذ الجبري على ضوء قانون المرافعات وتعديلاته بالقانون ٧٦ ، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية ، سنة ٢٠١٨
٩. د. احمد هندي ، د. نبيل عمر ، التنفيذ الجبري قواعده وإجراءاته ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠٠٣
١٠. د. اسامه أحمد شوقي المليجي ، الإجراءات المدنية للتنفيذ الجبري ، دار النهضة العربية ، عام ٢٠٠٠

١١. د. حامد ابوطالب ، التنفيذ الجبرى ، بدون دار نشر ، سنة ٢٠٠٥
١٢. د. رمزي سيف ، قواعد تنفيذ الأحكام والعقود الرسمية في قانون المرافعات الجديد ، مجلة المحاماة ، العددان الأول والثاني، السنة الثلاثون-١٩٥٠، ١٩٤٩
١٣. د. رمزي سيف ، قواعد تنفيذ الأحكام والمحرمات الموثقة ، دار النهضة العربية ، ط ٨ سنة ١٩٦٨-١٩٦٩
١٤. د. سيد أحمد محمود، أصول التنفيذ الجبرى في قانون المرافعات في المواد المدنية والتجارية وفقاً لأحدث التعديلات التشريعية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة ٢٠٠٩
١٥. د. طلعت دويدار ، النظرية العامة للتنفيذ القضائى فى قانون اصول المحاكمات المدنية اللبنانى وقانون المرافعات المصرى ، منشورات الحلبي الحقوقية، سنة ٢٠٠٨
١٦. د. طلعت دويدار ، النظرية العامة للتنفيذ القضائى فى قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار الجامعة الجديدة ، عام ٢٠١٧
١٧. د. عاشور مبروك ، الوسيط فى التنفيذ وفقاً لمجموعة المرافعات الحالية ، دار النهضة العربية ، ط ٢ سنة ٢٠٠٤
١٨. د. عبدالباسط جميعى ، امال القزايرى ، التنفيذ فى المواد المدنية والتجارية ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، دون سنة نشر
١٩. د. عبدالعزيز خليل ابراهيم بديوى ، قواعد واجراءات التنفيذ الجبرى والتحفظ فى قانون المرافعات ، دار الفكر العربى ، سنة ١٩٨٠
٢٠. د. عزمي عبدالفتاح ، قواعد التنفيذ الجبرى فى قانون المرافعات المصرى ، دار النهضة العربية - القاهرة عام ٢٠٠٢
٢١. د. علي أبو عطية هيكل ، التنفيذ الجبرى فى قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، عام ٢٠٠٨

٢٢. د. علي الحديدي ، التنفيذ الجبري فى دولة الإمارات العربية المتحدة ، بدون دار نشر ، ط ١ ، ٢٠٠٠
٢٣. د. علي عبدالحميد تركي ، شرح إجراءات التنفيذ الجبري ، ط ١ ، ٢٠٠٩
٢٤. د. عيد القصاص ، أصول التنفيذ الجبري ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠١
٢٥. د. فتحي والي ، التنفيذ الجبري فى القانون الكويتي ، جامعة الكويت ، ط ٢٠٠٦
٢٦. د. فتحي والي ، التنفيذ الجبري فى المواد المدنية والتجارية ، مطبعة جامعة القاهرة ، عام ١٩٩٥ .
٢٧. د. محمد عبدالخالق عمر ، مبادئ التنفيذ ، دار النهضة العربية ، ط ٤ سنة ١٩٧٨
٢٨. د. محمد محمود إبراهيم ، أصول التنفيذ الجبري على ضوء المنهج القضائي ، دار الفكر العربي ، ١٩٨٣
٢٩. د. محمد نور عبدالهادى شحاته ، التنفيذ الجبري فى دولة الامارات العربية المتحدة وفقا لقانون الاجراءات المدنية الاماراتى رقم ١١ لسنة ١٩٩٢ ، مطابع البيان التجارى دبي ، دون سنة نشر
٣٠. د. محمود محمد هاشم ، المبادئ العامة فى التنفيذ ، دار الفكر العربي ، عام ١٩٧٨
٣١. د. محمود مصطفى يونس ، المرجع فى قانون إجراءات التنفيذ الجبري ، دار النهضة العربية ، ٢٠١٣
٣٢. د. نبيل عمر ، التنفيذ الجبري للسندات التنفيذية ، دار الجامعة الجديدة ، ط ٢٠١٥
٣٣. د. وجدي راغب ، النظرية العامة للتنفيذ القضائي فى قانون

المرافعات دار النهضة العربية ط ١٩٧١

٣٤. المستشار/ سعيد احمد شعلة ، قضاء النقض فى التنفيذ والحجز ،
مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض خلال خمسة
وستين عاما من ١٩٣١-١٩٩٥ ، منشأة المعارف بالاسكندرية ،
سنة ١٩٩٧

٣٥. المستشار/ عز الدين الدناصوري ، حامد عكاز ، القضاء المستعجل
وقضاء التنفيذ فى ضوء الفقه والقضاء، الجزء الثالث ، دار المطبوعات
الجامعية ، بدون سنة نشر

٣٦. القاضي / عبدالحافظ زيدان ، التنفيذ المعجل، مركز البحوث
والدراسات الفقهية والتشريعية والقضائية ، دائرة القضاء بابوظبى ،
الطبعة الأولى ، سنة ٢٠١٣

ثانيا: رسائل الماجستير والدكتوراة

١. د.السيد خميس حسين السري ، ضمانات المحكوم عليه فى النفاذ
المعجل ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة طنطا ، سنة
٢٠١١

٢. د. رحائى عبدالرحمن عبدالقادر عوض ، الاجراءات المتبعة فى
التحكيم عبر الوسائط الالكترونيه ، رسالة دكتوراة كلية الحقوق
جامعه اسكندريه ، سنة ٢٠١٧

٣. أ / سعيد محمد الغامدى ، النفاذ المعجل للأحكام فى نظام المرافعات
الشرعية السعودى ، رسالة ماجستير كلية الدراسات العليا جامعة
نايف للعلوم الامنية ، المملكة العربية السعودية ، سنة ٢٠٠٧

ثالثا: المجالات العلمية

١. أ/ محمود شريف بسيوني ، الوثائق الدولية المعنية بحقوق الإنسان،
المجلد الثانى ، دار الشروق، القاهرة ، سنة ٢٠٠٣.

٢. د. رفاعى على حسن عبدالرحمن ، الاستئناف الوصفى فى القانون
الاماراتى ، مجلة الفكر الشرطى ، مركز بحوث الشرطة ، القيادة
العامة لشرطة الشارقة الامارات ، المجلد رقم ٢٥ ، العدد ٩٩ ،
اكتوبر ٢٠١٦

٣. مجلة المحاماة ، العددان ٢،١ ، السنة ٣٠ - ١٩٤٩ ، ١٩٥٠ ،
العدد ٤ السنة ٤٩ ابريل ١٩٦٩

ثانيا : القوانين الوطنية والغربية

١. قانون المرافعات المدنية والتجارية المصرى
٢. قانون الإجراءات المدنية لدولة الامارات رقم ١ لسنة ١٩٩٢
٣. قانون المرافعات المدنية الكويتى
٤. قانون المرافعات الفرنسى الجديد .
٥. قانون ١٧ / ١٩٧٨ بشأن تنظيم حالات وإجراءات الطعن أمام
المحكمة الاتحادية العليا بالامارات
٦. القانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٢ بشأن حالات الطعن بالتمييز وإجراءاته
لدولة الكويت
٧. مجموعة التشريعات الكويتية ، الصادرة عن مجلس الوزراء لدولة
الكويت فى قانون المرافعات المدنية
والتجارية ، الجزء الثالث ، ط ٨ ، يناير ٢٠٠٥

ثالثا : احكام المحاكم

١. محكمة النقض المصرية
٢. محكمة التمييز الكويتية

رابعا : المنتديات القانونية

١. منتدى قانون دولة الامارات

٢. موقع شبكة قوانين الشرق

٣. موقع محكمة النقض المصرية

خامسا : المواقع الالكترونية

<http://hrlibrary.umn.edu/arab/IS-7.html>

<https://www.egyys.com/2017/01/23/76325>

<http://www.mohamoon.com>

www.lowjo.net

www.eastlaws.com

www.cc.gov.eg

<http://www.theuaelaw.com/vb/t3908.html>

**حق ذوي الإعاقة في تولي الوظائف العامة
بين المساواة والتمييز الموضوعي
دراسة مقارنة**

دكتور إسلام إبراهيم شيحا
مدرس القانون العام كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية
أستاذ مساعد بكلية القانون جامعة قطر

▪ مقدمة عامة.

▪ الفصل الأول: مفهوم الإعاقة.

○ المبحث الأول: مفهوم الإعاقة بين النموذج الطبي والنموذج الاجتماعي.

- المطلب الأول: النموذج الطبي لتعريف الإعاقة.

- المطلب الثاني: النموذج الاجتماعي لتعريف الإعاقة.

○ المبحث الثاني: مفهوم الإعاقة في القانون المقارن

- المطلب الأول: مفهوم الإعاقة في القانون الفرنسي.

- المطلب الثاني: مفهوم الإعاقة في القانون المصري.

○ المبحث الثالث: مفهوم الإعاقة في القانون الدولي.

▪ الفصل الثاني: حق ذوي الإعاقة في المساواة أمام الوظائف العامة.

○ المبحث الأول: مضمون حق ذوي الإعاقة في المساواة أمام الوظائف العامة

- المطلب الأول: مضمون مبدأ المساواة أمام الوظائف العامة.

◆ الفرع الأول: مضمون مبدأ المساواة القانونية أمام الوظائف العامة.

◆ الفرع الثاني مضمون مبدأ المساواة الفعلية أمام الوظائف العامة.

- المطلب الثاني: حق ذوي الإعاقة في المساواة أمام الوظائف العامة بين المساواة القانونية والمساواة الفعلية.

◆ الفرع الأول: التحول في مفهوم المساواة لذوي الإعاقة أمام الوظائف العامة.

◆ الفرع الثاني: حق ذوي الإعاقة في الحصول على

الترتيبات التيسيرية المعقولة.

○ المبحث الثاني: الأساس الدستوري والقانوني لحق ذوي

الإعاقة في المساواة أمام الوظائف العامة في القانون

المقارن والقانون الدولي

- المطلب الأول: الأساس الدستوري لحق ذوي الإعاقة في

المساواة أمام الوظائف العامة في القانون المقارن.

◆ الفرع الأول: الأساس الدستوري لحق ذوي الإعاقة

في تولي الوظائف العامة في الأنظمة القانونية

المقارنة.

◆ الفرع الثاني: الأساس الدستوري لحق ذوي الإعاقة

في تولي الوظائف العامة في النظام القانوني

المصري.

- المطلب الثاني: الأساس القانوني لحق ذوي الإعاقة في

المساواة أمام الوظائف العامة في القانون الدولي.

○ المبحث الثالث: آليات تحقيق المساواة الفعلية لذوي الإعاقة

أمام الوظائف العامة.

- المطلب الأول: حق ذوي الإعاقة في أن تقدر صلاحيتهم

الوظيفية لشغل الوظائف العامة في ضوء الوسائل

الممكنة لتعويض الآثار السلبية للإعاقة *Compte tenu*

des possibilités de compensation du

handicap

- المطلب الثاني: حق ذوي الإعاقة في الحصول على

التدابير الملائمة خلال مسابقات التوظيف الحق في

. Le droit à L'aide المساعدة

- المطلب الثالث: حق ذوي الإعاقة في الحصول على
Le droit à des التدابير الملائمة خلال العمل الوظيفي
.mesures appropriées

◆ الفرع الأول: التدابير المتعلقة بتهيئة بيئة العمل
.Aménagement du milieu de travail

◆ الفرع الثاني: التدابير المتعلقة بتهيئة الوظائف التي
Aménagement de poste يشغلها ذوو الإعاقة
.de travail

◆ الفرع الثالث: التدابير المتعلقة بإعادة التعيين
Le reclassement professionnel

◆ الفرع الرابع: التدابير المتعلقة بتهيئة أوقات العمل
Aménagement d'horaires الوظيفية

■ الفصل الثالث: التمييز الموضوعي لذوي الإعاقة أمام الوظائف
العامة.

○ المبحث الأول: مفهوم التمييز الموضوعي ومبرراته.

- المطلب الأول: مفهوم التمييز الموضوعي.

◆ الفرع الأول: الاتجاه الموسع في تحديد مفهوم
التمييز الموضوعي.

◆ الفرع الثاني: الاتجاه المضيق في تحديد مفهوم
التمييز الموضوعي.

- المطلب الثاني: مبررات التمييز الموضوعي.

- المطلب الثالث: التمييز بين التمييز الموضوعي
والترتيبات التيسيرية المعقولة.

○ المبحث الثاني: الأساس الدستوري والقانوني للتمييز الموضوعي لذوي الإعاقة أمام الوظائف العامة في القانون المقارن والقانون الدولي.

- المطلب الأول: الأساس الدستوري للتمييز الموضوعي لذوي الإعاقة أمام الوظائف العامة في القانون المقارن.

◆ الفرع الأول: الأساس الدستوري للتمييز الموضوعي لذوي الإعاقة أمام الوظائف العامة في الأنظمة القانونية المقارنة.

◆ الفرع الثاني: الأساس الدستوري للتمييز الموضوعي لذوي الإعاقة أمام الوظائف العامة في النظام القانوني المصري.

- المطلب الثاني: الأساس القانوني للتمييز الموضوعي لذوي الإعاقة في الوظائف العامة في القانون الدولي.

○ المبحث الثالث: صور التمييز الموضوعي لذوي الإعاقة أمام الوظائف العامة

- المطلب الأول: تخصيص نسبة معينة من الوظائف العامة لتعيين ذوي الإعاقة "نظام الحصص" Quota System.

- المطلب الثاني: الأسلوب التعاقدى لتعيين ذوي الإعاقة في الوظائف العامة.

- المطلب الثالث: استثناء ذوي الإعاقة من شرط الحد الأقصى للسن القانونية للتعيين ببعض الوظائف العامة.

■ خاتمة.

■ نتائج البحث والتوصيات.

مقدمة عامة:

مع تنامي الاهتمام العالمي بكفالة حقوق ذوي الإعاقة، وتأكيد المواثيق الدولية على ضرورة مشاركتهم بفعالية في عمليات التنمية الاقتصادية والاجتماعية، فإن التساؤل يثور عن أفضل السبل أو الوسائل القانونية التي اعتمدها الأنظمة القانونية المقارنة لكفالة حق ذوي الإعاقة في تقلد الوظائف العامة أسوة بأقرانهم من المواطنين.

وتبدو الإجابة على هذا السؤال أكثر إلحاحًا مع التزايد المطرد لأعداد ذوي الإعاقة على مستوى العالم، إذ تقدر نسبة الإعاقة العالمية وفقًا لأحدث الإحصائيات العالمية الصادرة من منظمة الصحة العالمية بحوالي خمس عشرة في المئة من إجمالي عدد سكان العالم.¹

كذلك تبدو الإجابة على هذا التساؤل من الأهمية بمكان في ضوء ما خلصت إليه حديثًا عدد من التقارير والإحصائيات العالمية المعنية بشئون ذوي الإعاقة من نتائج تؤكد استمرار تعرض المعوقين على مستوى العالم للتمييز والتميز الممنهج في مختلف المجالات الحياتية، لاسيما مجال التوظيف. إذ تؤكد منظمة الصحة العالمية، وفقًا لأحدث التقارير الصادرة منها عام ٢٠١٦، ارتفاع معدلات البطالة العالمية لذوي الإعاقة مقارنة بغيرهم من المواطنين،² حيث بلغت نسبة التوظيف العالمية للأشخاص ذوي الإعاقة حوالي 34.9 في المئة من إجمالي عدد المعوقين فيما تصل نسبة توظيف العالمية لغيرهم من الأفراد إلى حوالي ستة وسبعين في المئة.³

¹ التقرير الصادر من منظمة العمل الدولية بعنوان " الممارسات السليمة الناشئة في مجال تأهيل وتوظيف الأشخاص ذوي الإعاقة في لبنان، ٢٠١٣، ص. ٤.

² N. Amrous, M. Barhoumi, *Emploi et Chômage des personnes handicapées, synthèses stat'*, DARES, N.1, nov. 2012, p.1.

³ The 2016 Disability Statistics Annual Report, A publication of the Rehabilitation Research and Training Center on Disability statistics and Demographics, University of New Hampshire, at. 8 available at

❖ إشكالية الدراسة:

تتعلق الإشكالية الأساسية التي تتناولها هذه الدراسة بالبحث عن أفضل الوسائل القانونية لكفالة حق ذوي الإعاقة في شغل الوظائف العامة. إذ يتنازع الإجابة على هذه الإشكالية اتجاهان أساسيان؛ يرى الأول منهما أنه يتعين لكفالة حق ذوي الإعاقة في تقلد الوظائف العامة أن تتضمن قوانين التوظيف تحقيق المساواة الفعلية بين ذوي الإعاقة وغيرهم من المواطنين من ناحية أولى وعدم التمييز ضدهم بسبب حالات العجز التي يعانون منها من ناحية ثانية، في حين يرى الاتجاه الآخر أن حق ذوي الإعاقة في شغل الوظائف العامة لا يمكن كفالته واقعيًا مالم تتضمن قوانين التوظيف نصوصًا تنطوي على تمييز موضوعي - أو تمييز إيجابي كما تعرفه بعض النظم القانونية المقارنة Positive Discrimination - لصالح هذه الفئة على حساب غيرها من المواطنين.

ويستند أنصار الاتجاه الأول إلى فكرة المواطنة أو *la citoyenneté* لتدعيم وجهة نظرهم، وذلك بحسبان أن ذوي الإعاقة، مهما بلغت جسامة عوارهم أو طبيعته، هم في النهاية مواطنون في الدولة شأنهم في ذلك شأن غيرهم من المواطنين، ولهم بموجب تلك الصفة الحق في التمتع بكامل الحقوق والحريات الأساسية التي يقرها النظام القانوني في الدولة أسوة بغيرهم من المواطنين، ولذا فإن كفالة ورعاية حقوق وحريات هذه الفئة من الأفراد، وفي مقدمتها حق التعيين بالوظائف العامة، لا يخرج عن النطاق العام بحسبانه جزء منها. وتأسيسًا على ذلك، يؤكد أنصار هذا الاتجاه أن الإعاقة لا يمكن أن تشكل في حد ذاتها عائقًا دون ترشيح ذوي الإعاقة لأي

https://disabilitycompendium.org/sites/default/files/user-uploads/2016_AnnualReport.pdf

See also Amy Raub, Isabel Latz, Aleta Sprague, Michael Ashely and Jody Heymann, *Constitutional Rights of Persons with Disabilities: an Analysis of 193 Constitutions*, 29 Harv. Hum. Rts. J. 203, 207, (2016).

عمل أو وظيفة، ويعتبر في حكم الباطل قانوناً بالتبعية كل نص أو حكم يشترط لأي عمل أو وظيفة سلامة البنية أو الجسد أو عدم الإصابة بإعاقة أو عاهة.

أما أنصار الاتجاه الثاني، فيستندون في تبرير التمييز الموضوعي لذوي الإعاقة في مجال التعيين بالوظائف العامة إلى عدد من الأفكار كفكرة العدالة الاجتماعية *la justice sociale* وفكرة الكرامة الإنسانية *dignité humaine* وفكرة الاندماج الاجتماعي *social inclusion* وفكرة التعويض عن الإقصاء والتهميش التي طالما عانت منه هذه الفئة *a class-wide remedy*¹، حيث يرون أن حالة العجز أو القصور التي يعاني منها ذوو الإعاقة من شأنها أن تضعهم في مركز غير متكافئ وغير متساو مع غيرهم من المواطنين، وهو الأمر الذي يقتضي من المشرع عند تنظيم أوضاعهم أن يوليهم برعاية خاصة، وأن يعترف لهم بمعاملة تفضيلية تتناسب مع أحوالهم الاستثنائية بغية إعادة التوازن الذي اختل بسبب عوارضهم.² ومن أهم أمثلة صور تلك المعاملة التفضيلية التي ينادي بها أنصار هذا الاتجاه تعيين المعوقين في بعض الوظائف العامة بالدولة في حدود نسبة معينة يتولى تحديدها القانون وهو ما يعرف باسم نظام الحصص أو *Quota System* لذوي الإعاقة. على أنه بالرغم من الواجهة الظاهرة لهذا الاتجاه، فإن انطباقه

¹ Daniel Sabbagh, « les politiques de discrimination positives et la théorie de la justice de John Rawls », *Droits Revue Française de théorie juridique* 1999, vol. 29, p. 177-194 ; Delphine Tharaud et Véronique Van Der Plancke, « Imposer des « discriminations positives » dans l'emploi : vers un conflit de dignités ? », dans « *Justice, éthique et dignité* » (dir. S. Gaboriau et H. Pauliat), Limoges, PULIM, 2006, pp. 177-240.

² Laurène Joly, *L'emploi des personnes handicapées entre discriminations et Egalité*, Nouvelle Bibliothèques de thèses, volume 147, 2015, p. 346.

راجع كذلك المحكمة الدستورية العليا - الطعن رقم ٨ - لسنة ١٦ قضائية - تاريخ الجلسة ٨-٥-١٩٩٥ - مكتب فني ٧ - رقم الجزء ١ - رقم الصفحة ١٣٩.

في الواقع العملي أفرز عن قصر اختيارات ذوي الإعاقة في عدد محدود من الوظائف المتواضعة التي لا تتطلب مهارات عالية ولا تفتح أمامهم آفاق التقدم المهني.

وقد انتقل الخلاف المتقدم إلى النظم القانونية المقارنة، فتباينت مواقفها بشأن السبل القانونية التي اعتمدها لكفالة حق ذوي الإعاقة في التعيين بالوظائف العامة؛ حيث ذهب البعض منها إلى الاكتفاء بإقرار بعض صور التمييز الموضوعي لصالح فئة المعوقين في مجال التوظيف، كالتعيين في بعض الوظائف العامة من خلال نسبة إلزامية يحددها القانون.¹ أما الغالبية العظمى من التشريعات المقارنة، فذهبت إلى تأكيد حق المعوقين في شغل جميع الوظائف العامة على أساس مبدئي المساواة وتكافؤ الفرص مع غيرهم من المواطنين، ولكن بشرط أن يتم تلبية احتياجاتهم ومتطلباتهم الخاصة لتمكينهم من التغلب على الآثار السلبية للإعاقة والنهوض بواجبات وأعباء الوظيفة المراد شغلها.²

وقد وقع اختيارنا على النظام القانوني الفرنسي بسبب التحولات الجذرية التي شهدتها قوانين التوظيف الفرنسية في العقد الأخير بغرض كفالة حقوق ذوي الإعاقة أمام الوظائف العامة على قدم المساواة مع غيرهم من

¹ومن أمثلة القوانين التي اعتمدت هذا الاتجاه القانون المصري رقم ٣٩ لسنة ١٩٧٥ بشأن تأهيل المعوقين، بتاريخ ٣-٧-١٩٧٥ والملفي بقانون رقم ١٠ لسنة ٢٠١٨ بشأن قانون حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، والمنشور بتاريخ ١٩-٢-٢٠١٨.

²ومن أمثلة الدول التي أخذت بهذا الاتجاه؛ دولة فرنسا:

La Loi n. 2005-102 du 11 Février 2005 pour L'Egalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, JORF du 12 Févr. 2005, p. ٢٣٥٣.

- دولة بلجيكا:

La loi du 10 Mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination

- دولة لبنان: القانون رقم ٢٢٠/٢٠٠٠ الخاص بالحقوق الخاصة بالأشخاص المعوقين.

المواطنين.¹ إذ تدخل المشرع الفرنسي بموجب القانون رقم 102-2005 لعام ٢٠٠٥ والمتعلق بالمساواة في الحقوق والفرص والمواطنة والمشاركة

للأشخاص ذوي الإعاقة² La Loi pour L'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées لإحداث تعديلات جوهرية في أهم القوانين الفرنسية الحاكمة للوظيفة العامة بغية كفالة وتعزيز مبدأ المساواة الفعلية وتكافؤ الفرص أمام الوظائف العامة بين ذوي الإعاقة وغيرهم من المواطنين، كالقانون رقم 83-634 لعام ١٩٨٣ المتعلق بحقوق والتزامات الموظفين العموميين،³ والقانون رقم 84-16 لعام ١٩٨٤ بشأن الأحكام القانونية المتعلقة بالوظائف العامة بالدولة،⁴ والقانون رقم 84-53 لعام ١٩٨٤ بشأن الأحكام القانونية المتعلقة بالوظائف العامة الإقليمية،⁵

منهج الدراسة:

في إطار سعينا لحل هذه الإشكالية والتوصل إلى أفضل السبل القانونية لكفالة حق ذوي الإعاقة في تولي الوظائف العامة، سوف نتبع في هذه

¹ Hervé Rihal, L'insertion des personnes handicapées dans la fonction publique après la loi du 11 février 2005, RD55 2005 P. 394, P.3 ; Francis Kessler, L'autonomie des personnes handicapées dans la loi du 11 février 2005, RDSS 2005, P. 382.

² La Loi n. 2005-102 du 11 Février 2005 pour L'Egalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, JORF du 12 Févr. 2005, p. 2353.

³ La Loi du 13 Juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires (L. n. 83-684, 13 Juill. 1983, art. 5 : JO 14 Juill. 1983, p.2174).

⁴ La loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat

⁴ La loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale

⁵ La loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière

الدراسة للمنهج التأصيلي لفكرتي المساواة والتمييز الموضوعي مع بيان أساسهما الدستوري والقانوني في الأنظمة القانونية المقارنة والقانون الدولي. كذلك سوف نتبع في دراستنا لكل من المنهجين الوصفي التحليلي القائم على تحليل النصوص القانونية للتشريعات الوطنية والدستورية المعنية بحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، والمنهج المقارن القائم على المقارنة بين تشريعات التوظيف والتشريعات المعنية بحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة في كل من النظامين القانونيين المصري والفرنسي.

خطة الدراسة:

بناء على ما تقدم، فإننا نقترح تقسيم هذه الدراسة إلى ثلاثة فصول رئيسية؛ نتناول في الفصل الأول منها لمفهوم الإعاقة بوجه عام، فنعرض بداية للتطور الذي لحق مفهوم الإعاقة بين النموذجين الطبي والاجتماعي، ثم لمفهوم الإعاقة في القانون المقارن، وأخيراً لمفهوم الإعاقة في القانون الدولي.

أما الفصل الثاني، فسوف نتناول فيه مضمون حق ذوي الإعاقة في المساواة أمام الوظائف العامة، ونعرض فيه بدايةً لمضمون مبدأ المساواة أمام الوظائف، ثم نعرض بعد ذلك للتطور الذي لحق بمضمون فكرة المساواة بين ذوي الإعاقة وغيرهم من المواطنين أمام الوظائف العامة، ثم للأساس الدستوري والقانوني لحق ذوي الإعاقة في المساواة أمام الوظائف العامة في الأنظمة القانونية المقارنة والقانون الدولي، وأخيراً لأهم الآليات التي اعتمدها الأنظمة القانونية المقارنة لكفالة المساواة الفعلية بين ذوي الإعاقة وغيرهم من المواطنين أمام الوظائف العامة.

أما الفصل الثالث، فنتناول فيه حق ذوي الإعاقة في التمييز الموضوعي لذوي الإعاقة أمام الوظائف العامة، ونعرض فيه بدايةً لمضمون التمييز الموضوعي وأهم المبررات التي قيل بها في تبريره وتميز تدابير عن

الترتيبات التيسيرية المعقولة، ثم نتناول بعد ذلك الأساس الدستوري والقانوني لحق ذوي الإعاقة في التمييز الموضوعي في مجال التعيين بالوظائف العامة في الأنظمة القانونية المقارنة والقانون الدولي، وأخيراً نتناول أهم صور التمييز الموضوعي التي اعترفت بها الأنظمة القانونية المقارنة لذوي الإعاقة في مجال التعيين بالوظائف العامة.

الفصل الأول

مفهوم الإعاقة

تطورت النظرة المجتمعية لذوي الإعاقة على مر الأزمنة تطوراً ملحوظاً. ففي العصور القديمة، كما هو الحال في دولة اليونان القديمة، كان يُنظر إلى الإعاقة باعتبارها لعنة إلهية يصاب بها بكل من لا ترضي عنهم الآلهة.¹ ثم تطورت هذه النظرة قليلاً في العصور الوسطى بعد انتشار الأديان السماوية، فلم تعد الإعاقة قرينة على غضب أو عقاب إلهي كما كانت في السابق، وإنما صار يُنظر إليها باعتبارها حالة مرضية أو وبائية يتعين على المجتمع مواجهتها ومكافحتها خشية نفسيها وانتشارها، وذلك من خلال عزل ذويها في أماكن محددة وعدم السماح لهم بالخروج منها أبداً.²

وقد أخذت تلك النظرة التقليدية والدونية التي سادت العصور القديمة تجاه ذوي الإعاقة في الانحسار عبر السنين حتى مطلع الخمسينات من القرن

¹ Laurène Joly, *op.cit.*, , p.4; Voir encore Philippe Pédrot, Handicap, aptitude à l'emploi et vulnérabilité, RDSS, 2011, p. 791.

² Gerard Quinn & Theresia Degener, Human Rights and Disability: The Current Use and Future Potential of United Nations Human Rights Instruments in the Context of Disability, UNITED NATIONS OFF. HIGH COMMISSIONER HUM. RTS.13 (2002) available at: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HRDisabilityen.pdf>; Charles Manga Fombad, the Constitutional Protection against discrimination in Botswana, I.C.L.Q. 2004, 53(1), 139-170, 2004, at 165.

المنصرم بسبب التقدم الطبي المذهل الذي شهده العالم في علاج ورعاية المعوقين من ناحية، وبسبب تزايد مطالبات ذوي الإعاقة بالتمتع بجميع حقوق الإنسان والحريات الأساسية في شكل كامل ومتساو مع غيرهم من الأفراد من ناحية أخرى، وهو الأمر الذي أدّى إلى ظهور اتجاهين أساسيين في تعريف الإعاقة؛ يعرف أولهما بالنموذج الطبي للإعاقة the medical model of disability، وثانيهما بالنموذج الاجتماعي للإعاقة the social model of disability.

ومع بزوغ الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وتوقيع غالبية الدول للعهديين الدوليين للحقوق المدنية والسياسية والحقوق الاقتصادية والاجتماعية، صارت حقوق ذوي الإعاقة موضع اهتمام لدى الأمم المتحدة على وجه الخصوص والمنظمات الدولية لحقوق الإنسان بوجه عام، فتزايدت المطالبات الدولية بضرورة إقرار تشريعات وطنية لإلزام الحكومات الوطنية باحترام حقوق المعاقين وحرياتهم الأساسية على قدم المساواة مع غيرهم من المواطنين. وقد حدا ما تقدم بالمشرعين الوطنيين إلى سن القوانين المتخصصة لتكريس وتعزيز المساواة وتكافؤ الفرص بين ذوي الإعاقة وغيرهم من المواطنين. وقد اهتمت تلك التشريعات بتحديد المفهوم القانوني للإعاقة وما يترتب عليها من آثار قانونية.¹ وتكمن أهم هذه الآثار القانونية في الاعتراف لذوي الإعاقة، بحسبانهم جوهر هذه التشريعات وغايتها، بمركز قانوني متميز يخول أصحابه الحق في الاستفادة من الحماية القانونية وكامل الضمانات والحقوق التي تكفلها هذه التشريعات.²

¹ ويشير كاتب المقال الأخير أنه حتى عام ١٩٣٠ كان الأطفال حديثي الولادة في بعض من الدول الأفريقية كدولة بوتسوانا يتعرضون للقتل بسبب إعاقته، وأنه حتى بعد تجريم هذه العادة البدائية بواسطة سلطات الاحتلال في الثلاثينيات من القرن الماضي، كان يتم عزل الأطفال المعوقين واقتنائهم في أماكن خاصة بهم.

Élie Alfandari, *Réflexions sur l'absence de définition juridique du handicap*, RDSS, N.2, 1985, pp. 123-128

ولقد شهدت تلك التعاريف القانونية لذوي الإعاقة تطورًا عظيمًا على مستوى التشريعات المقارنة وعلى المستوى الدولي. وسوف نعرض من خلال هذا الفصل للتطور الذي شهده تعريف الإعاقة، فنعرض بداية لمفهوم الإعاقة في كل من النموذجين الطبي والاجتماعي، ثم لمفهوم الإعاقة في القانون المقارن، وأخيرًا لمفهوم الإعاقة في القانون الدولي؛ وبناء على ذلك فإننا نري تقسيم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث رئيسية على النحو التالي:

- المبحث الأول: مفهوم الإعاقة بين النموذج الطبي والنموذج الاجتماعي.
- المبحث الثاني: مفهوم الإعاقة في القانون المقارن.
- المبحث الثالث: مفهوم الإعاقة في القانون الدولي.

المبحث الأول

مفهوم الإعاقة بين النموذج الطبي والنموذج الاجتماعي

تأرجح مفهوم الإعاقة منذ مطلع الخمسينيات من القرن السابق ما بين اتجاهين أساسيين، وهما النموذج الطبي للإعاقة من ناحية والنموذج الاجتماعي للإعاقة من ناحية أخرى. وسوف نتناول من خلال المطلبين التاليين لمفهوم الإعاقة في ضوء كل من هذين النموذجين.

- المطلب الأول: النموذج الطبي لتعريف الإعاقة The Medical model of Disability.
- المطلب الثاني: النموذج الاجتماعي لتعريف الإعاقة The Social Model of Disability.

Quinn & Degener, *supra* note 9. ; V. aussi dans ce sens, « Les personnes sont le principe et la fin du droit ». Portalis. J.E.M. Portalis, Discours préliminaire au Code Civile (an IX).

المطلب الأول

النموذج الطبي لتعريف الإعاقة

The Medical Model of Disability

ظهر النموذج الطبي لتعريف لإعاقة Medical Model of Disability ، والذي يطلق عليه البعض كذلك النموذج الرعائي Welfare Model of Disability، كرد فعل على حالة التهميش والعزلة التي عاني منها ذوو الإعاقة لعقود طويلة.¹ ويستخدم النموذج الطبي أو النموذج الرعائي مصطلحي الإعاقة Disability والعجز Impairment باعتبارهما مصطلحين مترادفين للدلالة على نفس المعنى.² إذ تعد الإعاقة، وفقاً للنموذج الطبي، أحد الخصائص الفردية التي تلحق بالفرد نتيجة عجز أو قصور في أحد الوظائف البدنية أو العقلية، فتجعل منه غير قادر على تلبية متطلبات أداء دوره الطبيعي في المجتمع أو التكيف معه، مما يضعه في وضع أو مركز أدنى من أقرانه الطبيعيين في ذات العمر أو الجنس أو الخصائص الاجتماعية والثقافية.³ بقول آخر، فإن النموذج الطبي في تعريف الإعاقة يركز على حالة العجز أو القصور التي يعاني منها الشخص ذو الإعاقة أكثر مما يركز على قدراته، فيرى في حالة العجز أو القصور في أداء الوظائف الفسيولوجية أو السيكولوجية السبب الوحيد في إعاقته.⁴

وبناء عليه، يرى أنصار هذا الاتجاه، أن السبيل الوحيد للتغلب على الإعاقة يكمن بشكل أساسي في توفير العلاج والرعاية والتأهيل للمعوقين من

¹ Joly, *Op. cit.*, p. ٤.

² Vandana Peterson, Understanding Disability Under the Convention on the Rights of Persons With Disabilities and its Impact on International Refugee and Asylum Law, 42 Ga. J. Int'l & Comp. L. 687, 702, 2014.

³ Joly, *Op. Cit.*, p. ٥.

⁴ Peter Blanck, "The Right to Live in the World": Disability Yesterday, Today, and Tomorrow, 13 Tex. J. C.L. & C.R. 367, 387-88 (2008).

ناحية، وتقديم المساعدات أو الإعانات ذات الطبيعة المالية أو المادية لذوي الإعاقة من ناحية أخرى، وذلك بقصد تعويضهم عن الآثار السلبية التي خلقتها الإعاقة كعدم القدرة على الاعتماد على الذات لكسب الرزق أو العيش باستقلالية.¹

وبالرغم من التطور الذي أفضى إليه النموذج الطبي للإعاقة في سياسات الدول للتعامل مع ذوي الإعاقة، فقد وجه إليه العديد من الانتقادات يمكن إجمالها أهمها فيما يلي:

فمن ناحية أولى، ساهم النموذج الطبي في تعريف الإعاقة في زيادة حالة الإقصاء والتهميش والعزلة التي لا طالما عانى منها ذور الإعاقة، ولعل من أهم صور تلك العزلة التي أفرزها النموذج الطبي في تعريف الإعاقة إيداع ذوي الإعاقة في مؤسسات الرعاية والتأهيل، أو تحديد إقامتهم في أماكن معينة، أو تقييد حقهم في اختيار العمل المناسب

¹ See Marcia H Rihoux, Lee Ann Bassar & Melinda Jones, eds, *Critical Perspective on Human Rights and Disability law*, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2011, p. 42-44. Rioux argues that the medical model places its emphasizes on "tragedy of being disabled and individuals are viewed as anomalies albeit worthy of society's charity and benevolence. Disability is viewed as natural occurrence and luck based, emphasizing the requirement of a private and not societal approach to addressing disability." ; See also Aaron A Dhir, *Human Rights Treaty Drafting Through the Lens of Mental Disability: the Proposed International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities*, 41 *Stan. J. Int'l L.* 181, 192 (2005). "perceiving disability as a condition similar to illness and exclusively as functional limitation means that disability is considered as an individual rather than a societal problem, and that solutions are searched in the individual sphere ... thus neither the society nor the environment have to be changed"

وحصر اختياراتهم في الوظائف الثانوية أو الهامشية بدعوى تناسب متطلباتها وأعبائها مع حالات القصور التي يعانون منها.¹
ومن ناحية ثانية، فقد ساهم عدم اعتراف النموذج الطبي بالطاقات والقدرات التي يتمتع بها الأشخاص ذوو الإعاقة في ترسيخ نظرة المجتمع السلبية لذوي الإعاقة باعتبارهم عبء أو عالة على المجتمع مما يضعهم في

¹ Arlene S. Kanter, *The Law: What's Disability Studies Got to do with it or An Introduction to Disability Legal Studies*, 42 Colum. Hum. Rts. L. Rev. 403, 418-19 (2011); See also Camilla Parker & Luke Clements, *the UN Convention on the Rights of Persons With Disabilities: A New Right to independent living?*, E.H.R.L.R.2008, 4, 508-523, p. 524.

ومن مظاهر هذه العزلة التي أفضي إليها المفهوم الطبي للإعاقة ما قامت به بض الحكومات كحكومة المملكة المتحدة البريطانية بتسكين ذوي الإعاقة في أماكن معزلة بدعوى عدم استحالة تهيئة جميع الأبنية المعدة للسكنى لاستقبال ذوي الإعاقة. أنظر في ذلك قرار رئيس مجلس الوزراء البريطاني الصادر عام ٢٠٠٥ لتحسين الأحوال المعيشية لذوي الإعاقة.

Prime Minister's Strategy Unit (2005) "Improving the Life Chances of Disabled People", January 2005 (Department of Health, London).

كذلك تشير كثير من التقارير الصادرة من منظمات حقوق الإنسان الأوروبية إلى أن المفهوم الطبي للإعاقة أدى إلى انتهاك الكثير من حقوق ذوي الإعاقة الاجتماعية والاقتصادية لاسيما حقهم في اختيار المسكن والحق في مستوى معيشي ملائم، وقد تضمنت هذه التقارير انتقادات حادة لعدد من دول أوروبا الوسطى وأوروبا الشرقية بسبب قيام حكومات هذه الدول بترتيب إطار معيشي خاص لذوي الإعاقة لا يتوافق به المقومات الأساسية للحياة الكريمة مثل التغذية المناسبة والتدفئة اللازمة وخدمات الصرف الصحي. من أمثلة هذه التقارير أنظر:

Amnesty International "Bulgaria, Far from the Eyes of Society: Systematic Discrimination against People with Mental Disabilities, London, Amnesty International" (2003) and Mental Disability Advocacy Center (MDAC) "Cage Beds, Inhuman and Degrading Treatment in Four Accession Countries, Budapest, MDAC" (2003); Commission for Social Care and Inspection and Healthcare Commission, *Joint Investigation into the provision of services for people with learning disabilities at Cornwall Partnership NHS Trust*, (July 2006); see also *The Healthcare Commission Investigation into the service for people with learning disabilities provided by Sutton and Merton Primary Care Trust* (2007); and *The House of Lords, House of Commons, Joint Committee on Human Rights* (discussed at fn.2 above) which reached similar conclusions.

مركز أدني من أقرانهم المواطنين،¹ ولاشك أن هذه النظرة تتعارض مع مبادئ المساواة والكرامة الإنسانية والعدالة الاجتماعية التي تحرص الدساتير والمواثيق الدولية على كفالتها لجميع المواطنين دون تمييز أو تفرقة أو استثناء.

ومن ناحية ثالثة وأخيرة، فإن تركيز النموذج الطبي للإعاقة على حالة العجز أو القصور التي يعاني منها ذوو الإعاقة دون الأخذ في الاعتبار لقدراتهم وملكاتهم انعكس على نوعية الطول التي تبناها هذا الاتجاه للقضاء على الإعاقة والتي تدور في مجملها عند حد تقديم الدعم الصحي أو المالي للمعوقين، دون أن يستلزم ذلك بالضرورة العمل على إدماجهم في مجتمعاتهم أو الاعتراف لهم بالحق في التمتع بكامل الحقوق والحريات الأساسية التي تقرها المواثيق الدولية والقوانين الوضعية على قدم المساواة مع غيرهم من الأفراد.² وقد عبر عن ذلك المفوض السامي للأمم المتحدة بمناسبة تعليقه على اعتماد عدد من التشريعات للنموذج الطبي في تعريف الإعاقة بقوله: إن المفهوم الطبي للإعاقة لا يعترف للمعوقين بالحق في الحماية القانونية المرتبطة بمبدأ سيادة القانون أو بالحق في التمتع بالحقوق والحريات الأساسية أسوة بغيره من المواطنين.³

¹ Peter Blanck, "The Right to Live in the World": Disability Yesterday, Today, and Tomorrow, 13 Tex. J. C.L. & C.R. 367, 387-88 (2008).

² Quinn & Degener, *supra note 9*, Viewing that "the medical model of disability has frequently been contrasted in recent years with the human rights model. The medical model focuses on persons' medical traits such as their specific impairments. This has the effect of locating the problem of disability within the person."

³ Quinn & Degener, , *supra note 9*, explaining that "(persons with disabilities) tended to be viewed as objects rather than subjects in their own right and the legal protections normally associated with the rule of law were either not applied at all or were severely curtailed."; Ana Elena Abello Jimenez, *Criminalizing Disability: The Urgent Need of a New Reading of the European Convention on Human Rights*, 30 Am. U. Int'l L. Rev. 285, 292-93 (2015); Arlene Kanter, *The United*

المطلب الثاني

النموذج الاجتماعي لتعريف الإعاقة

The Social Model of Disability

نتيجة المآخذ السابقة التي تعرض لها النموذج الطبي في تعريف الإعاقة، ظهر اتجاه جديد في تعريف الإعاقة، يطلق عليه النموذج الاجتماعي في تعريف الإعاقة The Social Model of Disability. ويتميز النموذج الاجتماعي للإعاقة بأنه - خلافاً للنموذج الطبي - لا يقصر مفهوم الإعاقة على حالة العجز أو القصور التي يعاني منها ذوو الإعاقة فحسب، بل يمتد ليشمل، فضلاً عن ذلك، الحواجز البيئية والعادات الاجتماعية التي تحرم المعوقين أو تنتقص من قدراتهم على المشاركة الكاملة والمتساوية في الحياة العادية.¹ وبناء على ذلك، يعرف أنصار هذا الاتجاه الإعاقة بأنها محصلة للعلاقة بين ذوي الإعاقة وبيئتهم،² فتتأ - كما عبرت عن ذلك اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة - نتيجة التفاعل بين الأشخاص المصابين بعاهات، والحواجز في المواقف والبيئات المحيطة التي تحول دون

Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and Its Implications for the Rights of Elderly People under International Law, 25 Ga. St. U. L. Rev. 527, 544 (2009).

¹ Serge Milano, Conception et définitions du handicap, RDSS (2015). P. 484. L'auteur argue que « le mot « handicap » exprime la rencontre entre une personne en incapacité ... et un environnement non adapte en raison de ses manques ou de ses insuffisances au regard des besoins de cette personne. Un environnement non adéquat a pour conséquence de restreindre les possibilités de participation à la vie en collectivité et par conséquent de rupture avec autrui. »; See also Rachel Heather Hinckley, Evading Promises: the Promise of Equality under U.S. Disability Law and How the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities Can Help, 39 Ga. J. Int'l & Comp. L. 185, 186 & 192 (2010).

² A/RES/48/96 Standard Rules on the Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities, 85th plenary meeting, 20 December 1993, para. 18.

مشاركتهم مشاركة كاملة فعالة في مجتمعهم على قدم المساواة مع الآخرين.¹ ويتضح من ذلك التعريف أنه، يميز بين مصطلحي العجز والإعاقة، فلكل منهما معنى مغاير عن الآخر، إذ أنه بينما يُقصد بالعجز أوجه القصور في أحد الوظائف البدنية أو الذهنية أو الحسية، فإن مصطلح الإعاقة ينصرف في الأساس إلى "تلاقي المعوق مع بيئته"،² ويعني ذلك أن الإعاقة تنشأ نتيجة تداخل مجموعة من العوامل المتفرقة؛ منها ما يتعلق بذوي الإعاقة أنفسهم نتيجة إصابتهم بإحدى صور العجز، ومنها ما يتعلق بوجود حواجز بيئية واجتماعية أمام ذوي الإعاقة تحول دون مشاركتهم بفعالية في المجتمع.³ ويقصد بالحواجز البيئية عدم موائمة البيئة المادية وتهيئتها لاستقبال ذوي الإعاقة، أما العوائق الاجتماعية فتتنصرف إلى النظرة السلبية التي يرمق بها أفراد المجتمع ذوي الإعاقة.⁴

ويرى أنصار النموذج الاجتماعي للإعاقة أن الحواجز البيئية والاجتماعية تمثل العوائق الأبرز أمام اقتضاء ذوي الإعاقة لكامل حقوقهم

¹ UN General Assembly, Convention on the Rights of Persons with Disabilities, 13 December 2006, A/RES/61/106, Annex I, available at: <http://www.refworld.org/docid/4680cd212.html> [accessed 11 November 2017]. Preamble (e) " Recognizing that disability is an evolving concept and that disability results from the interaction between persons with impairments and attitudinal and environmental barriers that hinders their full and effective participation in society on an equal basis with others."

² A/RES/48/96 Standard Rules on the Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities, 85th plenary meeting, 20 December 1993, para. 18; voir également Pédrot, Op. Cit., p. 793. L'auteur définit le handicap comme « la rencontre entre un contexte lié à l'environnement de la personne de la personne en situation d'handicap et les caractéristiques individuelles de la personne.

³ Peterson, *supra note* 13 at. 702; Kanter, The Law: What's Disability Studies Got to do with it or An Introduction to Disability Legal Studies *supra note* 14 at. 418-19.

⁴ دكتور صالح سويلم الشرفات، دراسة تحليلية للاتفاقية الدولية لحقوق ذوي الإعاقة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية الإنسانية، الجزائر (٢٠١٥)، ص. ٥.

وحررياتهم على قدم المساواة مع الآخرين.¹ فالسبب الرئيسي في الإعاقة يكمن، وفقا لهذا الاتجاه، في سلبية المجتمع الذي عجز عن استيعاب المعوقين والاستفادة بما يملكونه من قدرات وملكات؛ نتيجة العوائق أو الحواجز البيئية والاجتماعية التي تمنعهم من التكيف معه.² وبناء عليه، فإن الحلول التقليدية التي يتبناها النموذج الطبي من توفير العلاج والرعاية والدعم المالي لا تكفي وحدها للقضاء على الآثار السلبية للإعاقة، وإنما يلزم للتغلب على هذه الآثار ضرورة تهيئة البيئة المحيطة وتمهيدها أمام ذوي الإعاقة من ناحية أولى، وتغيير المفاهيم السلبية الراسخة في المجتمع تجاه ذوي الإعاقة من ناحية ثانية.³ وقد لاقى النموذج الاجتماعي قبولاً واسعاً لدى بعض المحاكم العليا في النظم القانونية المقارنة،⁴ ومن قبيل أهم التطبيقات القضائية في ذلك الصدد، أحكام المحكمة العليا بدولة كندا في قضيتي *Eaton v. Brant*

¹ Mark C. Weber, Disability Rights, Welfare Law, 32 Cardozo L. Rev. 2483, 109 (2011). The author argues "to achieve equality, the person with the disability must be the agent rather than the passive recipient of social interventions, the subject of the sentence rather than the object. This is what the social model is about, and that realization strongly supports a full-fledged civil rights approach to disability and disability policy."

وقد مثل للمفهوم الاجتماعي للإعاقة نقطة تحول كبيرة في مجال كفالة تمتع الأشخاص ذوي الإعاقة بالحقوق والحرريات الأساسية على قدم المساواة مع غيرهم من المواطنين لاسيما فيما يخص حق ذوي الإعاقة في العيش المستقل والاندماج المجتمعي، والحق في التعليم والحق في العمل. انظر في ذلك

Arlen S. Kanter, The Promise and challenge of the United Nations Convention..." Syracuse Journal of International Law and Commerce, Spring 2007, 34, 2 p.288; See also Parker & Clements, Supra note 6 at p. 524.

² Milano, Conception et définitions du handicap, Op. Cit., p. 48

³ Theresia Degener, Disabled Persons and Human Rights: The Legal Framework, in Human Rights and Disabled Persons: Essays and Relevant Human Rights Instruments 13 (Theresia Degener & Yolán Koster-Dreese eds., 1995).

⁴ Fay Faraday, Access to Social programs, : Substantive Equality under the Charter of Rights, 21 Nat'l J. Const. L. 111, 118-19.

Granovsky v. Canada و County Board of Education (Minister of Employment & Immigration)، حيث أكدت المحكمة أن السبب الرئيسي في تهميش وإقصاء ذوي الإعاقة لا يرجع إلى حالة العجز التي يعاني منها ذوي الإعاقة، وإنما يرجع إلى العوائق الاقتصادية والاجتماعية في محيط بيئاتهم.¹

ويتضح مما تقدم، أن الاتجاه الاجتماعي ينظر إلى الإعاقة باعتبارها ظاهرة اجتماعية Social phenomena لا تتعلق بأشخاص ذوي الإعاقة فحسب وإنما تمس المجتمع ككل، وذلك خلافاً للنموذج الطبي الذي يتعامل مع الإعاقة باعتبارها ظاهرة فردية أو شخصية ترتبط لزوماً بأشخاص ذوي الإعاقة نتيجة ما لحق بهم من قصور بدني أو ذهني أو حسي²

¹ See (1996), [1997] 1 S.C.R. 241, 1996 CarswellOnt 5035, 1996 CarswellOnt 5036 (S.C.C.) [Eaton] "Exclusion of the main stream of society results from the construction of a society based solely on main stream attributes to which disabled persons will never be able to gain access."; See also [2000] 1 S.C.R. 703, 2000 CarswellOnt 760, 2000 CarswellOnt 761 (S.C.C.) where the court reasoned that "Exclusion and marginalization are generally not created by the individual with disabilities but are created by the economic and social environment and, unfortunately by the state itself."

² Peterson, *supra* note 13 at. 703, viewing that "Both the medical and social approaches to disability deal with a problem versus solution paradigm. In the former, the problem is disability and the solution is the medical treatment. In the latter, the problem is society's negative treatment of an impairment and the solution is enduring changes in society's behavior. Critical of the social approach's reliance on random social agents to create change";

See also Kanter, *The Law: What's Disability Studies Got to do with it or An Introduction to Disability Legal Studies supra* note 14 at. 408. He argues that the examination of disability as a social, cultural, and political phenomenon, which counters the notion of disability as an inherent, immutable trait located in the person, . . . By defining disability as a social category rather than an individual characteristic, disability is no longer the exclusive domain of medicine, rehabilitation, special education, physical or occupational therapy, and other

وقد تدارك المفهوم الاجتماعي المثالب التي تعرض لها المفهوم الطبي، وكان له أثر بالغ في تحول سياسات المجتمع الدولي وعديد من النظم القانونية المقارنة تجاه ذوي الإعاقة،¹ فكان من أهم نتائجه:

- تسليط الضوء على القدرات والطاقات والملكات الكامنة في أشخاص ذوي الإعاقة، والعمل على استغلالها وتطويرها وتنميتها بغية إدماجهم قدر الإمكان في المجتمع وتمكينهم من النهوض بدورهم الطبيعي في المجتمع.²

- إن تركيز النموذج الاجتماعي على ما يمتلكه ذوو الإعاقة من قدرات وإمكانات، خلافاً للمفهوم الطبي الذي لا يعني سوى بحالة العجز أو القصور لديهم، من شأنه تعزيز ثقة المعوقين بأنفسهم وتشجيع مشاركتهم في المجالات المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية، بما يضمن تدارك حالة الحرمان الاجتماعي وإنهاء حالة الإقصاء والتهميش التي لا طالما عانوا منها.³

- إن للمفهوم الاجتماعي أثراً واضحاً في تغيير نظرة المجتمع السلبية تجاه ذوي الإعاقة. إذ لم يعد يُنظر إلى المعوقين، وفقاً لهذا الاتجاه،

professions oriented toward the cure, prevention, or treatment of a disease, injury, or physical or mental impairment.”

¹ Milano, Conception et définitions du handicap, Op. Cit., p. 485

² V.S. Ebersold, l'invention du handicap : la normalisation de l'infirmes, éd. CTNERHI, PUF, 1992, p.42. L'auteur ?que le model social de l'handicap implique que « L'infirmité n'est plus marquée du sceau de l'incapacité, elle est au contraire perçue à travers les aptitudes restantes ou celles qu'il convient de développer.»

³ UN General Assembly, Convention on the Rights of Persons with Disabilities, *supra note* 13 at. Preamble (y) ; Jaccques Chevalier, Réflexions conclusives sur « handicap et aptitude à l'emploi », RDSS, 2011, P. 874.

حيث يرى كاتب المقال أن الأخذ بالنموذج الاجتماعي يحقق فائدة مزدوجة، تكمن أولاً في إنهاء حالة التهميش والإقصاء وإدماج فئة الأشخاص من ذوي الإعاقة اجتماعياً، وثانياً في فائدة اقتصادية، وتمثل في زيادة حجم الأيدي العاملة في الدولة وتخفيض حجم النفقات التي تتحملها الدولة تجاه ذوي الإعاقة تحت مسمى إعانات البطالة لذوي الإعاقة.

بحسبانهم من الفئات المستضعفة التي تستحق الرعاية والعلاج والإحسان، وإنما صار يُنظر إليهم باعتبارهم عناصر فعالة يتعين الاستفادة من قدراتها وامكانياتها الكامنة لتحقيق تقدم المجتمعات وازدهارها.¹

- يساهم هذا الاتجاه الاجتماعي على نحو كبير في تكريس وتعزيز حقوق ذوي الإعاقة وحرّياتهم الأساسية على قدم المساواة مع غيرهم من المواطنين، إذ يجعل من القدرة على المشاركة الفعالة لذوي الإعاقة في مجتمعاتهم على قدم المساواة مع غيرهم من المواطنين جزءاً أساسياً في تعريف ظاهرة الإعاقة،² وهو الأمر الذي يرفع، على حد تعبير بعض الفقهاء، "عن كاهل الأشخاص ذوي الإعاقة وزر إعاقته، فلم تعد مسئولية انتقاص حقوقهم والتمييز ضدهم مردها إعاقتهم بمعزل عن العوامل (البيئية والاجتماعية) الأخرى."³

- أخيراً، يترتب على ربط الاتجاه الاجتماعي للإعاقة بالمجتمع والبيئة المحيطة العدول عن الحلول التقليدية التي تبناها الاتجاه الطبي في التعامل مع ظاهرة الإعاقة والتركيز عوضاً عن ذلك على إزالة العوائق البيئية والاجتماعية التي تحول دون مشاركة ذوي الإعاقة على نحو فعال في المجتمع وعلى قدم المساواة مع غيرهم من المواطنين.⁴

¹ Dhir, *supra* note 16at. 196.

² Milano, Conception et définitions du handicap, *op. cit.*, p. 48.

³ دكتور صالح سويلم الشرقات، المرجع السابق، ص. ٥.

⁴ Quinn & Degener, *supra* note ٩.

المبحث الثاني

مفهوم الإعاقة في القانون المقارن

اهتمت كثير من الأنظمة القانونية المقارنة ببيان مفهوم الإعاقة أو تعريف الأشخاص ذوي الإعاقة بقصد تحديد الإطار القانوني للأشخاص التي يمكنها الاستفادة بما تحويه قوانين ذوي الإعاقة من حقوق و ضمانات. وقد تعددت هذه التعاريف وتباينت فيما بينها، فمنها ما طغت عليه سمات النموذج الطبي، ومنها ما تأثر بخصائص النموذج الاجتماعي، وسوف نعرض فيما يلي لتطور التعاريف القانونية للإعاقة والأشخاص ذوي الإعاقة في كل من النظامين القانونين الفرنسي والمصري، وذلك في المطلبين التاليين:

- المطلب الأول: مفهوم الإعاقة في التشريع الفرنسي.
- المطلب الثاني: مفهوم الإعاقة في التشريع المصري.

المطلب الأول

مفهوم الإعاقة في القانون الفرنسي

بالرغم من تضمن النظام القانوني الفرنسي تاريخياً عدد من التشريعات المتفرقة التي عنيت بتعويض ذوي الإعاقة عن حالات العجز الناشئة بسبب حوادث العمل أو تلك الناجمة عن الحروب،¹ فإن مصطلح "الإعاقة" لم يظهر في التشريعات الفرنسية بوجه عام حتى منتصف الخمسينيات من القرن العشرين.²

وقد ظهر مصطلح الإعاقة لأول مرة في تاريخ النظام القانوني الفرنسي مقترناً بكلمة الموظف "Travailleur handicapé" أو "الموظف المعوق"

¹ Voir par exemple la loi du 9 avril 1898 sur la responsabilité des accidents dont les ouvriers sont les victimes ; Le code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre.

² Philippe Didier-Courbin et Pascale Gilbert, La politique en faveur des personnes handicapées en France trouve ses racines dans l'histoire, RF Aff. Soc, 2005, p. 207; Joly, *op. cit.*, p. 2.

في ثانيا القانون رقم 57-1223 بشأن إعادة التصنيف الوظيفي للعاملين من ذوي الإعاقة *le reclassement professionnel des travailleurs handicapés* الصادر بتاريخ ٢٣ نوفمبر عام ١٩٥٧¹. وبالرغم من عدم تضمن نصوص القانون السالف لتعريف الإعاقة أو تحديداً لبيان من تشملهم طائفة ذوي الإعاقة، فإن تعريف المشرع لمصطلح الموظف المعوق في المادة الأولى من القانون بأنه " كل شخص انتقصت فرصه في الحصول على العمل أو الاحتفاظ به بشكل فعلي بسبب قصور أو نقصان في قدراته البدنية أو العقلية"² أدى إلى هيمنة النموذج الطبي على مختلف نصوص التشريع التي عنيت بتنظيم أوضاعهم الوظيفية بمعزل عن محيط مجتمعهم بدلاً من إدماجهم فيه، وذلك بغرض حمايتهم. إذ انصب تركيز المشرع عند تعريفه للموظف المعوق على عنصرين أساسيين وهما؛ حالة العجز *La déficience* لدى المعوق وعدم قدرته *L'incapacité* على إتيان عمل معين نتيجة هذا

¹ La Loi n. 57-1223 du 23 Novembre 1957 relative au reclassement professionnel des travailleurs handicapés, JORF du 24 Nov. 1957, P. 10858.

² Serge Milano, L'emploi Des Personnes Handicapées en Allemagne et en France, RDSS 2010, p.282 ; Voir également la Loi n. 57-1223 du 23 Novembre 1957, *op.. cit.*, Art. 1: toute personne dont les possibilités d'acquérir ou de conserver un emploi sont effectivement réduites par suite d'une insuffisance ou d'une diminution de ses capacités physiques ou mentales. »

وتجدر الإشارة إلى أن قانون العمل الفرنسي الحالي لا يزال يتضمن ذات التعريف المتقدم للموظف المعوق مع إضافة حالات العجز في الوظائف الحسية والنفسية لحالات العجز في الوظائف البدنية والعقلية. وبناء عليه فإن تعريف الموظف المعوق قد اتسع ليشمل "كل شخص انتقصت فرصه في الحصول على العمل أو الاحتفاظ به بشكل فعلي بسبب التغيير في واحدة أو أكثر من الوظائف البدنية والحسية والعقلية والنفسية".

Code du Travail Art. L5213-1. « Est considéré comme travailleur handicapé toute personne dont les possibilités d'obtenir ou de conserver un emploi sont effectivement réduites par suite de l'altération d'une ou plusieurs fonctions physique, sensorielle, mentale ou psychique. »

العجز، متناسياً ما قد يتمتع به هذا المعوق من ملكات وقدرات قد تجعله يفوق غيره من الأسوياء، ومتجاهلاً للعوائق البيئية أو الاجتماعية التي كثيراً ما تشكل عائقاً حقيقياً أمام ذوي الإعاقة في الحصول على العمل المناسب أو الاستمرار فيه. فصارت الإعاقة إبان هذه الفترة ظاهرة فردية تتعلق بأشخاص ذوي الإعاقة، وأصبحت ترمز لحالة من الضعف *faiblesse* أو الهشاشة *cause de vulnérabilité* تجعل من صاحبها في مركز أدنى من غيره من المواطنين.¹

وفي منتصف السبعينات، تدخل المشرع الفرنسي مرة أخرى لحماية المعوقين بموجب أول قانون متخصص في شؤون ذوي الإعاقة، وهو القانون رقم 75-534 الخاص بتوجيه الأشخاص ذوي الإعاقة *La Loi d'orientation en faveur des personnes handicapées* بتاريخ ٣٠ يونيو ١٩٧٥.^٢ وقد استهدف المشرع من وراء نصوص هذا القانون وضع إطار عام للسياسة الوطنية في التعامل مع ظاهرة الإعاقة في ضوء القيم الدستورية التي قام على أساسها النظام الجمهوري الفرنسي وهي الحرية والمساواة والإخاء *liberté, égalité et fraternité*، وذلك بحسبانها ظاهرة اجتماعية تعني المجتمع ككل وليس ذوو الإعاقة فقط.^٣ وقد تمثلت الفلسفة التي قامت عليها نصوص القانون في عدم قصر دور الدولة عند التعامل مع ظاهرة الإعاقة عند حد توفير الرعاية الصحية والدعم المالي للمعوقين فحسب، وإنما توسيع هذا الدور ليشمل اتخاذ الإجراءات الرامية إلى

¹ Joly, *Op. Cit.*, p.٦. Voir également Pascale Gilbert, les classifications dans le domaine de handicap, centre de ressources en SMS d'Ile de France, Colloque Handicap et enjeux de société, janv. 2006. Elle argue que le modèle médical « contribue à renforcer la vision du handicap comme attribut de la personne. »

² La Loi n. 75-534 du 30 juin 1975 d'orientation en faveur des personnes handicapées, JORF du 1^{er} Juill. 1975, 6596.

³ Joly, *op. cit.*, p. ٢; Didier-Courbin et Gilbert, *op. cit.*, p. 208.

إدماجهم في جميع الأنشطة الحياتية بغية التخفيف من الآثار السلبية للإعاقة. وقد بدت هذه الفلسفة واضحة في ديباجة القانون التي اعتبرت ادماج ذوي الإعاقة في جميع الأنشطة الحياتية اليومية "واجب وطني" obligation nationale¹، وكذلك من خلال المادة الأولى التي تنص على أن الإجراءات التي يتبناها هذا القانون تستهدف ادماج ذوي الإعاقة من القصر والبالغين بشكل كامل في مجال التوظيف بوجه خاص وسائر المجالات الحياتية الأخرى بوجه عام.² ولضمان تحقيق هذا الادماج تضمن القانون نصوصاً عدة تقرر لذوي الإعاقة آليات فعالة تكفل لهم الحق في اقتضاء وممارسة كثير من حقوقهم وحررياتهم الأساسية - كالحق في العمل والحق في سكن والحق في التنقل والحق في اقتضاء المساعدات الطبية والاجتماعية - على قدم المساواة مع غيرهم من المواطنين.³ وبالرغم من سيطرة المفهوم الاجتماعي على مختلف النصوص القانونية التي تضمنها التشريع، والتعامل

¹ Patrick Risselin, *Vingt ans de Politiques sociales du handicap dans le cadre de la loi d'orientation du 30 Juin 1975 : Bilan et perspectives* », RFAS 1998/1. 70.

La Loi n. 75-534 du 30 juin 1975, *op. Cit.*, « la prévention et le dépistage des handicaps, les soins, l'éducation, la formation et l'orientation professionnelle, l'emploi, la garantie d'un minimum de ressources, l'intégration sociale et l'accès aux sports et aux loisirs du mineur et de l'adulte handicapés physiques, sensoriels ou mentaux constituent une **obligation national**. »

² La Loi n. 75-534 du 30 juin 1975, *Op. Cit.*, Art. 1 (l'action poursuivie assure, chaque fois que les aptitudes des personnes handicapées et de leur milieu familial le permettent, l'accès du mineur et de l'adulte handicapés aux institutions ouvertes à l'ensemble de la population et leur maintien dans un cadre ordinaire de travail et de vie.) P. Risselin, « Vingt ans de politiques sociales du handicap dans le cadre de la loi d'orientation du 30 juin 1975 : bilan et perspective), RFAS 1998/1, P.70.

³ Joly, *op. Cit.* , p.35.

مع ذوي الإعاقة كأصحاب مراكز قانونية متميزة،¹ فإن نصوص التشريع قد خلت من أي تعريف للإعاقة أو تحديد للأشخاص ذوي الإعاقة تاركة تحديد العناصر المستفيدة من هذا التنظيم القانوني المتكامل للجان الطبية المتخصصة.²

على أن المشرع الفرنسي عاد في 11 فبراير 2005 ليكرس المفهوم الاجتماعي للإعاقة بشكل صريح،³ وذلك بموجب القانون رقم 102-2005 الخاص بالمساواة في الحقوق والفرص والمشاركة والمواطنة لأشخاص ذوي الإعاقة *La Loi pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées*،⁴ معدلاً بذلك نص المادة L.114 من تقنين العمل الاجتماعي والعائلات *Code d'action Social et des familles*. وقد عرف قانون 2005 الإعاقة بأنها "كل تقييد للنشاط، أو تقييد للمشاركة في المجتمع يعاني منه الفرد في بيئته التي يعيش فيها بسبب تغيير جوهري دائم أو نهائي في واحدة

¹ Milano, Conception et définitions du handicap, op.cit. , p. 490. Danièle lochak, Mutation des droits de l'homme et mutation du droit, RIEJ 1984, n. 13, p. 68. Voir également Pascale Bloch, Cyrille. Duvert et Natacha Sauphanor-Brouillaud (dir.), Différenciation et Indifférenciation des personnes dans le Code Civile, Economica, Coll. « Etudes juridiques », 2006 p. 4.

² Frédéric Tallier, L'évaluation du handicap et de l'aptitude à l'emploi, RDSS, 2011, p. 822 ; Didier-Courbin et Gilbert, Op. Cit., p. 209 « le vocabulaire utilisé (dans cette loi) comportait alors de termes comme infirme, invalide, qui renvoient clairement à des problématiques de séquelles de maladies ou d'accident, et sous-entendent un problème physique.

³ Tallier, Op.Cit., p. 821.

⁴ La Loi n. 2005-102 du 11 Février 2005 pour L'Egalite des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, JORF du 12 Févr. 2005, p. 2353 ; Didier-Courbin et Gilbert, Op. Cit., p. 217.

أو أكثر من الوظائف بدنية أو حسية أو عقلية أو معرفية أو نفسية أو بسبب إعاقات متعددة أو اضطراب شديد في الحالة الصحية.¹

ويتبين من التعريف المتقدم تأثر المشرع الفرنسي بالنموذج الاجتماعي في تعريف الإعاقة واهتمامه بآثارها أكثر من اهتمامه بأسبابها،² إذ اعترف ولأول مرة في تاريخ التنظيم القانوني الفرنسي بأن الإعاقة لا تشمل فقط حالات تقييد نشيط النشاط بسبب العجز، وإنما تشمل كذلك مختلف الحواجز التي قد تقيد من مشاركة أصحاب العجز بفعالية في المجتمع restriction de participation à la vie en société³ ويعني ما تقدم، أن المشرع الفرنسي قد اعتمد في تعريف الإعاقة على فكرة التفاعل interaction بين العناصر الداخلية للإعاقة المتمثلة في حالة الاعتلال la déficience والنقص في المكنات l'altération du pouvoir من جانب، و العناصر الخارجية المتمثلة في العوائق البيئية والمجتمعية التي قد تحد من المشاركة في المجتمع والحياة من جانب آخر.⁴ وقد أكدت الأعمال التحضيرية لقانون المساواة في الحقوق والفرص والمشاركة والمواطنة لذوي الإعاقة رغبة

¹ Code de l'action sociale et des familles, Article L.114, Créé par la loi n°2005-102 du 11 février 2005 - art. 2 (M) JORF 12 février 2005 Modifié par Loi n°2005-102 du 11 février 2005 - art. 2 (V) « Constitue un handicap, au sens de la présente loi, toute limitation d'activité ou restriction de participation à la vie en société subie dans son environnement par une personne en raison d'une altération substantielle, durable ou définitive d'une ou plusieurs fonctions physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques, d'un polyhandicap ou d'un trouble de santé invalidant. »

² pédrot, Op. Cit. p. 792.

³ Tallier, Op. Cit, p. 821. L'auteur argue que la définition de handicap par la loi de 2005 « précise que le handicap n'est pas la problématique médicale de la personne mais plutôt l'ensemble des conséquences de ses altérations de fonction (ou déficience) dans sa vie quotidienne (limitations d'activités et/ou restrictions de participation à la vie en société). »

⁴ دكتور أحمد سيد أحمد محمود، الحماية الإجرائية للمعوقين في القضية: نحو عدالة اجتماعية إجرائية في التقاضي والتنفيذ، دار النهضة العربية، ٢٠١٦، ص. ٤٥.

المشرع الفرنسي الجلية في الأخذ بالمفهوم الاجتماعي للإعاقة اتساقاً مع تطور نظرة القانون الدولي لذوي الإعاقة التي باتت تهتم بالعوائق والتحديات التي يواجهها ذوو الإعاقة أمام المشاركة بفعالية وعلى قدم المساواة في المجتمع أكثر من اهتمامها بحالة العجز أو القصور التي يعاني منها المعاقون، مقرأً بذلك بأهمية الدور الذي يمكن أن تلعبه بيئة المعوق ومجتمعه في تفاقم أو تخفيف آثار حالة العجز التي يعاني منها ذوو الإعاقة.¹

وقد انعكس النموذج الاجتماعي على الطول الذي انتهجها قانون ٢٠٠٥ بشأن المساواة في الحقوق والفرص لمواجهة ظاهرة الإعاقة، والتي تدور في مجملها حول ضرورة إزالة العوائق البيئية والاجتماعية المحيطة بذوي الإعاقة من أجل تحقيق المساواة للمعوقين مع غيرهم من المواطنين.² وقد بدا ذلك واضحاً من خلال اعتراف المشرع الفرنسي صراحة للمعوقين بالحق في le droit de la personne handicapée a la compensation des conséquences de son handicap.³ إذ نصت المادة ١١ من القانون على أن يكون لذوي

¹ Joly, *Op. Cit.*, p.6. (L'exposé des motifs de la loi du 11 février 2005 précise que cette définition prend en compte les conséquences de l'évolution du regard sur le handicap qui s'est déplacé vers les difficultés qui en résultent pour les personnes handicapées quant à leur participation à la vie sociale et le rôle que l'environnement peut jouer dans l'aggravation ou l'atténuation de ces difficultés.)

² Didier-Courbin et Gilbert, *Op. Cit.*, p. 219 qui argue que « cette nouvelle loi définit désormais le handicap en s'appuyant sur une approche plus pratique et notamment sur la prise en compte de l'environnement de vie de la personne.

Theresia Degener, *Disabled Persons and Human Rights: The Legal Framework*, in *Human Rights and Disabled Persons: Essays and Relevant Human Rights Instruments* 13 (Theresia Degener & Yolanda Koster-Dreese eds., 1995).

³ Augustine Boujeka, *Égalité de traitement et handicap : à propos de la proposition de directive européenne du 2 juillet 2008, RDSS 2009, P.92.*

الإعاقة " الحق في طلب التعويض عن الآثار السلبية لحالة العجز التي يعاني منها بغض النظر عن أصل وطبيعة إعاقته أو عمره أو طريقة عيشه".¹ ويقصد بالحق في التعويض عن الآثار السلبية للإعاقة حق المعوق في تلبية احتياجاته ومتطلباته الفردية لكفالة مشاركته على قدم المساواة مع الآخرين في مناحي الحياة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.² ويتم صرف تلك التعويضات من قبل مراكز المقاطعات الفرنسية لذوي الإعاقة Les Maisons Départementales des Personnes handicapées والتي تقوم بتقديرها في ضوء الاحتياجات الفعلية لذوي الإعاقة بغرض تمكينهم من التغلب على مختلف العوائق أو الحواجز التي تحول بينه وبين ممارسته لجميع حقوقه وحرياته الأساسية على قدم المساواة مع غيره من المواطنين.³

¹ La Loi n. 2005-102 du 11 Février 2005 pour L'Egalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, *Op. Cit* art. 11 « La personne handicapée a droit à la compensation des conséquences de son handicap quels que soient l'origine et la nature de sa déficience, son âge ou son mode de vie. »

² Annie Triomphe, La compensation du Handicap dans la loi du 11 Février 2005: du mythe à la Réalité, RDSS 2005, P.371.

³ Tallier, *Op. Cit* p. 821 ; La Loi n. 2005-102 du 11 Février 2005 pour L'Egalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, art. 11 « Cette compensation consiste à répondre à ses besoins, qu'il s'agisse de l'accueil de la petite enfance, de la scolarité, de l'enseignement, de l'éducation, de l'insertion professionnelle, des aménagements du domicile ou du cadre de travail nécessaires au plein exercice de sa citoyenneté et de sa capacité d'autonomie, du développement ou de l'aménagement de l'offre de service, permettant notamment à l'entourage de la personne handicapée de bénéficier de temps de répit, du développement de groupes d'entraide mutuelle ou de places en établissements spécialisés, des aides de toute nature à la personne ou aux institutions pour vivre en milieu ordinaire ou adapté, ou encore en matière d'accès aux procédures et aux institutions spécifiques au handicap ou aux moyens et prestations accompagnant la mise en oeuvre de la protection juridique régie par le titre XI du livre Ier du code civil. Ces réponses adaptées prennent en compte l'accueil et

وتتباين الاحتياجات الفعلية لذوي الإعاقة بحسب نوعية ودرجة جسامه العجز الذي يعاني منه المعوق، وقد تتمثل في توفير المساعدات الإنسانية les aides humaines، أو المساعدات التقنية les aides techniques، أو المساعدات اللازمة لهيئة مكان عمل المعوق أو مكان إقامته أو سيارته d'aides à l'aménagement du milieu du travail, du logement¹.et du véhicule

وفيما يتعلق بحق ذوي الإعاقة في تقلد الوظائف العامة على قدم المساواة مع غيرهم من المواطنين، والذي نعني في مجال بحثنا، كان للاتجاه المستحدث الذي اعتنقه المشرع الفرنسي في تعريف الإعاقة بالغ الأثر في تغيير السياسات الوطنية ذات الصلة بتعيين ذوي الإعاقة في الوظائف العامة. حيث أدخل قانون ٢٠٠٥ بشأن تحقيق المساواة في الحقوق والفرص والمشاركة والمواطنة لذوي الإعاقة تعديلات جوهرية على قوانين التعيين بالوظائف العامة في الدولة والقطاع الإقليمي والقطاع الصحي. وقد تمثلت أولى هذه التعديلات في تعديل نص المادة رقم خمسة من قانون ١٣ يوليو لعام ١٩٨٣ بشأن حقوق والتزامات الموظفين العموميين La Loi du 13² Juillet 1983 portant droit et obligations des fonctionnaires والتي كانت تنص قبل تعديلها على عدم جواز التعيين بالوظائف العامة مالم يكن المرشح مستوفياً لشرط اللياقة الصحية اللازم للنهوض بأعباء وواجبات الوظيفة المرشح إليها. إذ أصبحت الجهة الإدارية ملزمة - على النحو الذي

l'accompagnement nécessaires aux personnes handicapées qui ne peuvent exprimer seules leurs besoins. »

¹ Didier-Courbin et Gilbert, *Op. Cit.*, p. 220.

² La Loi du 13 Juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires (L. n. 83-684, 13 Juill. 1983, art. 5 : JO 14 Juill. 1983, p.2174). Art. 5 avant la modification disposait que Nul ne peut avoir la qualité de fonctionnaire : ... 5° S'il ne remplit les conditions d'aptitude physique exigées pour l'exercice de la fonction.

سوف نبينه تفصيليًا لاحقًا - بموجب التعديل الذي استحدثه المشرع الفرنسي في قانون ٢٠٠٥ عند تقديرها لتوافر شرط اللياقة الصحية من عدمه في حق المرشحين للوظيفة العامة من ذوي الإعاقة أن تضع نصب أعينها احتياجاتهم الفعلية بغرض تمكنهم من التغلب على الآثار السلبية للإعاقة *compte tenu des possibilités de compensation du handicap*¹.

وبناء عليه، لم يعد في مقدور الجهة الإدارية استبعاد ذوي الإعاقة من التعيين بالوظائف العامة أو الاستمرار في شغلها لمجرد تعارض نوعية الإعاقة أو طبيعتها مع متطلبات وواجبات الوظيفة، وإنما بات من الواجب عليها أن تأخذ في الاعتبار عند تقدير صلاحية المعوق لشغل الوظائف العامة التدابير أو الوسائل المؤازرة التي قد تمكن المعوق من تجاوز الآثار السلبية لحالة العجز التي يعاني منها وتساعده على الوفاء بمتطلبات الوظيفة المرشح إليها؛ مثل المساعدات التقنية والإنسانية أو غيرها من صور المساعدات². على أن ما تقدم، لا يمنع الجهة الإدارية من استبعاد المعوق من شغل الوظيفة العامة، إذا ثبت من تقرير المجلس الطبي المختص، أن ثلبيّة احتياجات المعوق الفعلية ليس من شأنها أن تزيل التعارض الواقع بين الإعاقة ومتطلبات الوظيفة المرشح إليها.

¹ La Loi n. 2005-102 du 11 Février 2005 pour L'Égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, Op. cit. p. 2353. Art. 31. « La loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires est ainsi modifiée:

1° Le 5° de l'article 5 et le 4° de l'article 5 *bis* sont complétés par les mots: «compte tenu des possibilités de compensation du handicap»

وبذلك أضحي نص المادة ٥ من قانون ١٣ يوليو ١٩٨٣ بعد التعديل يقرأ على النحو التالي:

Nul ne peut avoir la qualité de fonctionnaire : ... 5° S'il ne remplit les conditions d'aptitude physique exigées pour l'exercice de la fonction compte tenu des possibilités de compensation du handicap.

² Didier Jean-Pierre, Recrutement des handicapés dans la fonction Publique: de nouveaux moyens, La semaine Juridique Administration et Collectivités territoriales n. 10, 7 Mars 2005, 1122.

واتساقاً مع فلسفة التعديل المتقدم، أدخل قانون ٢٠٠٥ تعديلات أخرى في ذات السياق على قوانين التوظيف بالوظائف العامة بالدولة^١ والقطاع الإقليمي^٢ والقطاع الصحي^٣، فصار محظوراً على هذه الجهات استبعاد المعوقين من التعيين بوظائفها بسبب إعاقتهم إلا في الأحوال التي تتعارض فيها الإعاقة مع متطلبات الوظيفة، بشرط أن يتم تقدير صلاحية المعوق الصحية في ضوء الاحتياجات الفعلية التي يحتاجها ذوو الإعاقة للتغلب على الآثار السلبية لعجزهم.^٤

المطلب الثاني

مفهوم الإعاقة في القانون المصري

بالرغم من خلو التنظيم القانوني المصري حتى أوائل عام ٢٠١٨ لأية نصوص تعني بتعريف ظاهرة الإعاقة، إلا أنه قد تضمن أكثر من تعريف لذوي الإعاقة. ومن أهم تلك التعريفات الواردة في التشريعات المصرية ما تضمنه القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٧٥ بشأن تأهيل المعوقين. حيث عرفت المادة الأولى منه المعوق بأنه " كل شخص أصبح غير قادر على الاعتماد على نفسه في مزاوله عمله أو القيام بعمل آخر والاستقرار فيه أو نقصت

¹ La loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat

² La loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale

³ La loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière

⁴ La Loi n. 2005-102 du 11 Février 2005 pour L'Egalite des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, Op. cit. p. 2353. Art. 3٢,33 et 35 « Aucun candidat ... ne peut être écarté, en raison de son handicap, d'un concours ou d'un emploi de la fonction publique, sauf si son handicap a été déclaré incompatible avec la fonction postulée à la suite de l'examen médical destiné à évaluer son aptitude à l'exercice de sa fonction, réalisé en application des dispositions du 5° de l'article 5 ou du 4° de l'article 5 bis du titre 1er du statut général des fonctionnaires. »

قدرته على ذلك نتيجة لقصور عضوي أو عقلي أو حسي أو نتيجة عجز خلقي منذ الولادة.¹

ويتبين من التعريف المتقدم تأثر المشرع المصري إلى حد كبير بالنموذج الطبي في تعريف الإعاقة، إذ اعتمد في تحديد مفهوم "ذوي الإعاقة" على الربط بين عنصرين أساسيين وهما؛ حالة العجز التي يعاني منها المعوق من ناحية، وعدم قدرته على إتيان عمل معين بسبب هذا العجز من ناحية أخرى، دون الالتفات إلى تأثير العوائق البيئية والاجتماعية الأخرى التي قد تحد من قدرة المعوق على المشاركة بفاعلية في المجتمع على قدم المساواة مع الآخرين. ويعكس ذلك التعريف نظرة المشرع المصري إلى ظاهرة الإعاقة بحسبانها ظاهرة فردية وليست اجتماعية.

وقد اعتمد القضاء المصري في أحكامه ذات النموذج الطبي الذي أخذ به المشرع في تعريف الإعاقة، إذ قضت المحكمة الدستورية العليا "أن نواحي القصور التي تعرض (لذوي الإعاقة) مردها إلى عاهاتهم ومن شأنها أن تقيد من حركتهم، وأن تتال بقدر أو بآخر من ملكاتهم، فلا يكونون "واقعا" متكافئين مع الأسوياء حتى بعد تأهيلهم مهنيًا، لتبدوا مشكلاتهم غائرة الأبعاد، لا تلائمها الحلول المبتسرة، بل تكون مجابهتها، نفاذًا إلى أعماقها، حق المعوقين حتى يكونوا أكثر فائدة، وأصلب عودًا، وأوثق اتصالًا بأممتهم."²

وفي تأكيد نفس الاتجاه، قضت محكمة القضاء الإداري في أحد أحكامها الحديثة أن "المشرع رعاية منه للمعاقين بحسبانهم لا يملكون القدرة على الاعتماد على أنفسهم في مزاوله عمل أو القيام بعمل آخر والاستقرار فيه ونقصت قدرتهم على ذلك نتيجة لعوار عضوي أو عقلي أو حسي أو نتيجة

¹ قانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٧٥ بشأن تأهيل المعوقين. - بتاريخ ٣-٧-١٩٧٥.
² المحكمة الدستورية العليا - الطعن رقم ٨ - لسنة ١٦ قضائية - تاريخ الجلسة ٥-٨-١٩٩٥ - مكتب فني ٧ - رقم الجزء ١ - رقم الصفحة ١٣٩؛ راجع في ذلك أيضًا المستشار الدكتور عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مركز رينيه - جان دبوي للقانون والتنمية، ٢٠٠٣، ص. ٣٥٨.

عجز خلقي منذ الولادة ، وإدراكاً منه لهذه الظروف فقد نص في القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٧٥ سالف البيان على حق المعاقين في التأهيل لمواجهة ظروفهم الذاتية والحياتية التي لا يملكون لها دعماً ، إذ ألزم الدولة بأن توفر للمعاق وأسرته خدمات التأهيل الاجتماعية والنفسية والطبية والتعليمية والمهنية دون مقابل في حدود المبالغ المدرجة لهذا الغرض في الموازنة العامة للدولة ، أو بمقابل في الحالات وفي الحدود التي يصدر بها قرار من وزير الشؤون الاجتماعية.^١

وقد بدا تأثير المفهوم الطبي واضحاً على سائر نصوص التشريع، فخلت نصوصه تماماً من أية أحكام تحظر التمييز ضد المعوقين بسبب إعاقتهم أو تقر بحقوقهم في التمتع بالحقوق والحريات الأساسية على أساس المساواة مع غيرهم من المواطنين، وراحت تسلط الضوء عوضاً عن ذلك على تأهيل المعوقين باعتباره أحد الحلول الرئيسية التي يفرضها النموذج الطبي في التعامل مع ظاهرة الإعاقة إلى جانب العلاج والرعاية.

ولكن مما تجدر إليه في هذا السياق، أنه بالرغم من اهتمام المشرع المصري في هذا القانون بمسألة التأهيل، فإن المادة الثالثة من القانون قد عرفت مصطلح تأهيل المعوقين في عبارات واسعة وغير محددة لا تتشأ على عاتق الدولة أية التزامات معينة، فنصت على أن المقصود بتأهيل المعوقين هو "تقديم الخدمات الاجتماعية والنفسية والطبية والتعليمية والمهنية التي يلزم توفيرها للمعوق وأسرته لتمكينه من التغلب على الآثار التي تخلفت عن عجزه" دون بيان لمضمون أي من هذه الخدمات أو تحديد نطاقها. وقد أكدت محكمة القضاء الإداري ما تقدم، حيث رفضت تفسير عبارة الخدمات الاجتماعية على النحو الذي يمنح ذوي الإعاقة الحق في ركوب بعض وسائل

^١ محكمة القضاء الإداري، الطعن رقم ١٩٦٧٥ لسنة ٦٧ قضائية، تاريخ الجلسة ٢٠١٥-٢-١٦ (حكم غير منشور).

النقل بشكل مجاني مؤكدة "إن الحقوق التي يقرها المشروع رعاية للمعاقين في إطار التضامن الاجتماعي الواجب أن يسود بين أفراد المجتمع ووفاء بالحقوق التي تضمنها الدولة لهم ينبغي أن تترجم في العمل إلى التزامات محدودة على جهة الإدارة فلا يكفي تقرير الحق دون تحديد مضمونة، كما لا يكفي تقريره في عبارات غير محددة، ولا أن يُقرر ثم يُقيد بقيود تسلبه ، فيغدو مجرداً من كل فائدة عملية ، فيسلب المشرع ما أعطى من حقوق. ومن حيث إن المشرع لم يحدد مضمون الخدمات الاجتماعية الواجب تقديمها وكفالتها للمعاقين، ولم يمدّها إلى خدمات الانتقال المجاني لهم في وسائل النقل العام المملوكة للدولة بشكل صريح ... فلا يوجد سند قانوني صحيح لطلب المدعين في الدعوى الماثلة، ويتعين الحكم برفض الدعوى."¹

بيد أن التعريف المتقدم لذوي الإعاقة ليس هو التعريف الوحيد في التشريع المصري، إذ تضمن القانون الخاص بإنشاء المجلس القومي لشئون الإعاقة المصري نصاً يتضمن تعريف آخر لذوي الإعاقة حيث نصت المادة الأولى منه على أنه "يقصد بذوي الإعاقة في تطبيق أحكام هذا القرار كل من يعاني من إعاقة فكرية أو حركية أو سمعية أو بصرية أو أية إعاقة أخرى منصوص عليها في الاتفاقيات الدولية المنضمة إليها جمهورية مصر العربية."²

كذلك يوجد تعريف آخر لذوي الإعاقة في القانون رقم ٤٦ لعام ٢٠١٤ بشأن إصدار قانون مجلس النواب،^٣ حيث نصت المادة الثانية على أن المقصود بذوي الإعاقة في تطبيق أحكام ذلك القانون كل "من يعاني من إعاقة

¹ راجع الحكم السابق.

² جمهورية مصر العربية - قرار مجلس الوزراء - رقم ٤١٠ - لسنة ٢٠١٢ بشأن إنشاء المجلس القومي لشئون الإعاقة. استبدلت مسمى المجلس القومي لشئون الإعاقة بمسمى المجلس القومي لرعاية ذوي الإعاقة بموجب قرار مجلس الوزراء رقم ٦٧١ لسنة ٢٠١٢. الوقائع المصرية العدد ٩٠ تابع - بتاريخ ٢٠١٢-٤-١٨ - يعمل به من تاريخ ٢٠١٢-٤-١٩

³ قانون رقم ٤٦ لسنة ٢٠١٤ بشأن إصدار قانون مجلس النواب. الجريدة الرسمية ٥-٦-٢٠١٤ العدد ٢٣ تابع، على أن يعمل به من تاريخ ٦-٦-٢٠١٤

لا تمنعه من القيام بمباشرة حقوقه المدنية والسياسية على نحو ما يحدده تقرير طبي يصدر وفق الشروط والضوابط التي تضعها اللجنة العليا للانتخابات، بعد أخذ رأي المجلس القومي للأشخاص ذوي الإعاقة.¹

وهذه التعريفات، وإن كانت تختلف نسبياً عن التعريف الذي تضمنه قانون تأهيل المعوقين بسبب تركيزها على حالة العوار أو القصور لدى ذوي الإعاقة دون الإشارة إلى أثرها في تقييد قدرته على العمل، إلا أنها قد تأثرت هي الأخرى بالنموذج الطبي الذي لا يعترف بالطاقات والقدرات التي يتمتع بها الأشخاص ذوي الإعاقة ولا يبالي بأهمية إدماجهم في المجتمع على أساس المساواة مع غيرهم من المواطنين.

وقد ظل النموذج الطبي هو النموذج المسيطر على التعاريف المصرية لفكرة الإعاقة حتى ١٩ فبراير ٢٠١٨، وهو التاريخ الذي نشر فيه القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠١٨ بشأن قانون حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة.^١ ويمثل هذا القانون نقطة تحول كبرى في التعامل مع ظاهرة الإعاقة، إذ عرفت المادة الثانية منه الشخص ذي الإعاقة بأنه "كل شخص لديه قصور أو خلل كلي أو جزئي، سواء أكان بدنياً أو ذهنياً أو عقلياً أو حسياً، إذا كان هذا الخلل أو القصور مستقراً، مما يمنعه لدى التعامل مع مختلف العوائق من المشاركة بصورة كاملة وفعالة مع المجتمع وعلى قدم المساواة مع الآخرين."^٢ وهذا التعريف الذي استحدثه قانون رقم ١٠ لسنة ٢٠١٨ يكاد يتطابق مع التعريف الذي أورده الاتفاقية الدولية لحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة على نحو ما سوف نبيّنه لاحقاً في المبحث التالي.

^١ قانون رقم ١٠ لسنة ٢٠١٨ بشأن قانون حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة. الجريدة الرسمية العدد ٧ مكرر (ج) بتاريخ ٢٠١٨-٢-١٩ - يعمل به من تاريخ ٢٠-٢-٢٠١٨. وقد ألغت المادة الأولى من مواد الإصدار القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٧٥ بشأن تأهيل المعوقين، كما ألغت كذلك كل حكم يخالف أحكام هذا القانون.

^٢ القانون السابق، المادة الثانية.

ويتبين من هذا التعريف عدول المشرع المصري عما كان مستقرًا عليه في التشريعات السابق الإشارة إليها من الأخذ بالمفهوم الطبي للإعاقة واستبداله بالمفهوم الاجتماعي. إذ لم تعد ظاهرة الإعاقة، وفقًا للتعريف المتقدم قاصرة على حالة العجز أو القصور التي يعاني منها المعوق، وإنما صارت تشمل كذلك مختلف العوائق التي قد تحرم المعوق أو تنتقص من قدراته على المشاركة بصورة كاملة وفعالة في المجتمع. كذلك تبدوا أهمية هذا التعريف فيما تضمنه من اعتبار المساواة بين ذوي الإعاقة وغيرهم من المواطنين جزءًا أساسيًا في تعريف ظاهرة الإعاقة، وهو ما يعكس رغبة المشرع في كفالة وتكريس حقوق ذوي الإعاقة وحررياتهم على قدم المساواة مع غيرهم من المواطنين دون أي تمييز أو استثناء.

ولم تقتصر آثار الأخذ بالنموذج الاجتماعي على تعريف الأشخاص ذوي الإعاقة فحسب، بل امتدت آثاره لتشمل سائر أحكام القانون الجديد. فلم تقف نصوص هذا الأخير عند حد توفير الحلول التقليدية التي يتبناها النموذج الطبي في التعامل مع ظاهرة الإعاقة كتوفير العلاج والرعاية والدعم المالي، وإنما تضمنت أحكامًا جديدة من شأنها أن تفضي إلى تحولات جذرية في سياسات الدولة المستقبلية لدى التعامل مع ذوي الإعاقة.

ولعل من أهم تلك الأحكام التي استحدثها القانون الجديد تلك التي عنيت بالتركيز على القدرات والطاقات الكامنة لدى ذوي الإعاقة بغية إدماجهم في المجتمع وتمكينهم من النهوض بمسئولياتهم في المجتمع على قدم المساواة مع الآخرين. ومن قبيل المواد الدالة على ما تقدم ما نصت عليه المادة الرابعة من التزام الدولة بحظر التمييز بسبب الإعاقة أو نوعها وضرورة تأمين المساواة الفعلية لذوي الإعاقة في التمتع بجميع حقوق الإنسان وحرياته الأساسية مع إزالة كافة المعوقات التي تحول دون تمتعهم بهذه الحقوق. وكذلك ما تضمنته ذات المادة من التزام الدولة بضرورة تهيئة الظروف

واحترام الفوارق لقبول ذوي الإعاقة كجزء من التنوع البشري، وكذلك التزامها بضرورة احترام حرياتهم في ممارسة اختياراتهم بأنفسهم وبإرادتهم المستقلة.

أيضاً، يندرج ضمن الأحكام التي استحدثها المشرع في القانون الجديد ما قرره المشرع لذوي الإعاقة من إلزام الدولة بتوفير الوسائل الكفيلة بإزالة كافة العوائق البيئية التي من شأنها أن تحول دون مشاركتهم على نحو فعال وعلى أساس المساواة مع الآخرين في مجتمعاتهم، والتي من أهمها توفير سبل الإتاحة لهم في مجالات التعليم والإعداد المهني والنقل والمواصلات من ناحية وتوفير الترتيبات التيسيرية المعقولة لهم في أماكن عملهم من ناحية أخرى.¹ كما يدخل ضمن الأحكام المستحدثة، التزام الدولة بإزالة العوائق الاجتماعية التي تحول دون اقتضاء ذوي الإعاقة لحقوقهم على قدم المساواة مع الآخرين، حيث ألزم التشريع الجديد الدولة باتخاذ الخطوات جديّة لرفع الوعي المجتمعي بحقوق المعوقين ووضع استراتيجيّة جديدة تعمل في إطار تنمية المجتمع وتقوم على تأهيل الأشخاص ذوي الإعاقة وتمكينهم من ممارسة حقوقهم وحرياتهم ودمجهم وإتاحة فرص متكافئة لهم في المجتمع من خلال تضافر جهودهم وأسره وأفراد المجتمع ومنظماته للمساعدة على هذا الاندماج وتفعيل واستخدام كافة الخدمات المناسبة والمتاحة في المجتمع.²

¹ القانون السابق، المادة الثالثة. حيث عيّنت هذه المادة بتعريف كل من وسائل الإتاحة والترتيبات التيسيرية المعقولة. فعرّفت الإتاحة بأنها التجهيزات والإجراءات اللازمة للوصول إلى بيئة دامجّة وموائمة فيزيقيًا ومجتمعيًا ومعلوماتيًا ومادياً للأشخاص ذوي الإعاقة، وتوفير المعدات والأدوات والوسائل المساعدة اللازمة لضمان ممارستهم لحقوقهم وحرياتهم على قدم المساواة مع الآخرين . أما الترتيبات التيسيرية المعقولة، فعرّفتها ذات المادة بأنها مجموعة الإجراءات أو التدابير أو التعديلات المؤقتة التي تهدف إلى تحقيق المواءمة في حال عدم إمكانية تحقيق الإتاحة، بهدف كفالة تمتع الأشخاص ذوي الإعاقة بجميع حقوق الإنسان والحريات الأساسية. وممارستها على أساس المساواة مع الآخرين، وذلك لحين الوصول إلى الإتاحة.

² القانون السابق، المادة الثالثة.

وتعكس هذه الأحكام وغيرها في مجملها رغبة المشرع في تغيير النظرة المجتمعية لذوي الإعاقة وانهاء حالة الإقصاء والعزلة التي لطالما عانت منها تلك الطائفة، وذلك من خلال عدم التعامل مع ذوي الإعاقة كأطراف مستضعفة كما كان عليه الحال سابقاً في قانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٧٥ وإنما كمواطنين فاعلين في الدولة لهم فيها ما لغيرهم من حقوق وعليهم ما على غيرهم من واجبات. ويدعم هذه الاستنتاجات ما نصت عليه المادة الأولى من القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠١٨ من أن الهدف من هذا القانون تتمثل في "حماية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، وكفالة تمتعهم تمتعا كاملا بجميع حقوق الإنسان والحريات الأساسية على قدم المساواة مع الآخرين، وتعزيز كرامتهم، ودمجهم في المجتمع، وتأمين الحياة الكريمة لهم."¹

المبحث الثالث

مفهوم الإعاقة في القانون الدولي

بدأت المحاولات لوضع تعريف دقيق لمفهوم الإعاقة على المستوى الدولي مع بداية السبعينيات من القرن الماضي، عندما قامت الجمعية العامة بإصدار توصيتين غير ملزمتين لكفالة وتعزيز مبدأي المساواة وتكافؤ الفرص بين ذوي الإعاقة وغيرهم من الأفراد.² وقد تمثلت أولى هاتين التوصيتين في إعلان الحقوق لذوي العاهات العقلية *Declaration on the Rights of Mentally Retarded Persons* والتي صدرت دون بيان أو تحديد لمفهوم الإعاقة الذهنية أو تحديداً للفئات التي يمكن إدراجها تحتها. وقد أكدت فيها الجمعية العامة على ضرورة تمتع ذوي العاهات العقلية بسائر الحقوق

¹ القانون السابق، المادة الأولى.

² Joly, *Op. Cit.*, p.120.

المعترف بها لبقاى الأفراد، وإن كانت قصرت نطاق تطبيق ما تحويه من حقوق وضمادات على الحالات التي يكون فيها هذا التمتع ممكناً.¹

أما التوصية الثانية، فصدرت بعنوان إعلان الحقوق لذوي الإعاقة في 1975 Declaration on the Rights of Disabled Persons. وإذا كانت هذه التوصية كسابقتها لم تضمن تعريف دقيق للإعاقة، إلا أن البند الأول منها عرف المعوق بأنه " أي شخص عاجز عن أن يؤمن بنفسه، بصورة كلية أو جزئية، ضرورات حياته الفردية أو الاجتماعية العادية بسبب قصور خلقي أو غير خلقي في قدراته الجسمانية أو العقلية." وقد أكدت الجمعية العامة للأمم المتحدة في هذا الإعلان تمتع ذوي الإعاقة بكامل حقوقهم وحرقاتهم الأساسية المعترف بها أسوة بغيرهم من المواطنين.² كذلك أكد الإعلان ضرورة الاعتراف للمعوق بالحق في "التدابير التي تستهدف تمكينه من بلوغ أكبر قدر ممكن من الاستقلال الذاتي"،³ وأيضاً الحق في العلاج الطبي والنفسي والوظيفي بما في ذلك الحق في الحصول على الأعضاء الصناعية وأجهزة التقويم، والحق في التأهيل الطبي والاجتماعي والتعليمي، والحق في التدريب والتأهيل المهنيين، والحق في المساعدة، والمشورة، والحصول على خدمات التوظيف وغيرها من الخدمات التي تمكنه من إنماء قدراته ومهاراته إلى أقصى الحدود، وتعجل بعملية إدماجه أو إعادة إدماجه في المجتمع."⁴

على أن هاتين التوصيتين كانتا محدودتي الأثر من عدة نواحي، فمن ناحية أولى افتقدت كلتا التوصيتين لصفة الإلزام، وكذلك آليات الرقابة الدولية

¹ Declaration on the Rights of Mentally Retarded Persons, Proclaimed by General Assembly resolution 2856 (XXVI) of 20 December 1971, art. 1.

² Declaration on the Rights of Disabled Persons Proclaimed by General Assembly resolution 3447 (XXX) of 9 December 1975, art. 3.

³ Ibid. art. 5

⁴ Ibid. art. 6

لكفالة إنفاذ ما تضمنته من حقوق وحرّيات لصالح ذوي الإعاقة. ومن ناحية ثانية، كان للنموذج الطبي السائد آنذاك في هذه الفترة تأثيره الواضح على صياغة بنود هاتين التوصيتين، والتي راحت في مجملها تتعامل مع ظاهرة الإعاقة على أنها ظاهرة فردية لا يعني بها سوى ذوي الإعاقة، وقد تبدى ذلك من خلال تسليط الضوء في هذه البنود على حالة العجز أو القصور التي يعاني منها ذوو الإعاقة بحسبانه السبب الجوهرى والوحيد في إعاقته وتقييد نشاطه، أما الحواجز البيئية والاجتماعية التي قد تحول دون مشاركة ذوي الإعاقة على قدم المساواة مع غيرهم من الأفراد فقد بدت مهملة تمامًا.¹

وفي ثمانينات القرن الماضي كان للأمم متحدة دور محوري في تغيير النظرة التقليدية إلى ذوي الإعاقة، حيث أطلقت الأمم المتحدة على الفترة ما بين ١٩٨٣ و١٩٩٢ عقد الأمم المتحدة للمعوقين.² وقد أسفر هذا الاهتمام من جانب الأمم المتحدة إلى قيام الجمعية العامة بإصدار القرار رقم A/Res/48/96 المتعلق بالقواعد الموحدة بشأن تحقيق تكافؤ الفرص للمعوقين *Standards Rules on the Equalization of Opportunities for persons with Disabilities*.³ وتعد تلك التوصية الأولى من نوعها على المستوى الدولي في التمييز بين مصطلحي العجز والإعاقة؛⁴ إذ بينت الفقرة السابعة عشرة منها أن مصطلح لعجز أو Disability ينصرف في الأساس إلى "أوجه التقصير الوظيفي المختلفة التي

¹ Janet E. Lord, David Suozzi and Allyn L. Taylor, *Lessons from the Experience of U.N. Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Addressing the Democratic Deficit in Global Health Governance*, 38 J.L. Med. & Ethics 564, 5 (2010); Dhir, *supra note* 16 at. 187 ;

² Lord, Suozzi and Taylor, *supra note*. 73 at. 566-67.

³ A/RES/48/96 Standard Rules on the Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities, 85th plenary meeting, 20 December 1993.

⁴ Peterson, *supra note* 13 at. 704.

تحدث لدى أية مجموعة من السكان في جميع بلدان العالم. وقد يتعوق الناس باعتلال بدني أو ذهني أو حسي أو بسبب أحوال طبية ما أو مرض عقلي ما. وهذه الاعتلالات أو الأحوال أو الأمراض يمكن أن تكون بطبيعتها دائمة أو مؤقتة¹ في حين بينت الفقرة الثامنة عشرة جلياً أن الإعاقة أو Handicap ما هي إلا تجسيد لتلاقي المعوق مع بيئته، وأنها تعني فقدان المعوق القدرة، كلها أو بعضها، على اغتنام فرص المشاركة في حياة المجتمع على قدم المساواة مع الآخرين.¹ ويظهر ذلك التعريف تطوراً ملحوظاً في نظرة المجتمع الدولي في التعامل مع ظاهرة الإعاقة من زاويتين أساسيتين.

فمن ناحية أولى، وصف التوصية للإعاقة بأنها تلاقي المعوق مع بيئته المحيطة به يؤكد عدول المجتمع الدولي عن الأخذ بالمفهوم الطبي للإعاقة واعتماد بالنموذج الاجتماعي بدلاً عن ذلك، إذ لم تعد الإعاقة وفقاً لهذا التصور قاصرة على حالات تقييد النشاط بسبب العجز، وإنما صارت تنصرف إلى العلاقة بين المعوق ومحيط بيئته الذي عجز عن استيعابه بسبب عدم تهيئته.² بعبارة أخرى، فإن الإعاقة وفقاً للتصور الذي أرسنه التوصية لا تعتد بحالة العجز أو القصور التي يعاني منها ذوو الإعاقة فحسب، وإنما تعتد

¹ Ibid. at. Para. 17 and 18.

Disability "summarizes a great number of different functional limitations occurring in any population in any country of the world. People may be disabled by physical, intellectual or sensory impairment, medical conditions or mental illness. Such impairments, conditions or illness may be permanent or transitory in nature.

Handicap is defined as "the loss or limitation of opportunities to take part in the life of the community on an equal level with others. It describes the encounter between the person with disability and the environment. The purpose of the term is to emphasize the focus on the shortcomings in the environment and in many organized activities in society, for example, information, communication and education, which prevent persons with disabilities from participating on equal terms."

² Milano, Conception et définitions du handicap, *Op. Cit.*, p. 485

كذلك بالحوازر البيئية والعادات الاجتماعية التي قد تحرم المعوقين أو تنتقص من قدراتهم على المشاركة بفعالية في المجتمع.

ومن ناحية ثانية، فإن اهتمام التعريف المتقدم بتحقيق المساواة الكاملة بين ذوي الإعاقة وغيرهم من المواطنين في فرص المشاركة في المجتمع من أجل القضاء على الآثار السلبية للإعاقة يقطع بعدول المجتمع الدولي عن نظرته إلى ذوي الإعاقة بحسبانهم في مركز أقل أو أدنى من المواطنين.¹

وقد أدى تزايد الاهتمام الدولي بكفالة حقوق ذوي الإعاقة وحررياتهم الأساسية على قدم المساواة مع غيرهم من المواطنين إلى تضافر الجهود بين الدول ومنظمات حقوق الإنسان وغيرها من المنظمات التي تعني بحقوق ذوي الإعاقة، فتبني المجتمع الدولي مقترح كانت تقدمت به دولة المكسيك في عام ٢٠٠١ بشأن إعداد اتفاقية دولية خاصة بحقوق ذوي الإعاقة وحررياتهم.^٢ حيث قامت الجمعية العامة للأمم المتحدة بإنشاء لجنة متخصصة لدراسة هذا المقترح، وقد ضمت هذه اللجنة في عضويتها ممثلون عن أربعين دولة وأكثر من أربعمئة منظمة غير حكومية ومنظمات تعني بحقوق ذوي الإعاقة.^٣

وفي 13 ديسمبر من عام ٢٠٠٦ قامت الجمعية العامة للأمم المتحدة بفتح الباب للتوقيع على الاتفاقية الدولية لحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة. وتمثل اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق ذوي الإعاقة The U.N. Convention on the Rights of Persons with Disabilities نقطة تحول تاريخية في

¹ Milano, Conception et définitions du handicap, *Op. Cit.*, p. 485

² Dhir, *supra note* 16 at. 183; Arlene Kanter, The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and Its Implications for the Rights of Elderly People under International Law, *supra note* 17 at. 539-40.

³ Ga 56/168, U.N. Doc. A/56/583/Add.2 (Dec. 21, 2001); Lord, Suozzi and Taylor, *supra note*. 73 at. 567-69.

سياسات المجتمع الدولي تجاه ذوي الإعاقة.¹ إذ تعد هذه الاتفاقية أول وأهم الاتفاقيات الدولية الملزمة في مجال حماية حقوق ذوي الإعاقة وحرياته الأساسية في القرن الواحد والعشرين، حتى أن البعض يصفها بأنها بمثابة "إعلان الاستقلال" أو "Declaration of Independence" لذوي الإعاقة لسببين أساسيين؛ يكمن الأول منهما في أنها تشمل بالحماية حوالي خمس عشرة بالمائة من سكان العالم،² ويتجسد السبب الثاني في أنها تضم بين ثناياها الكثير من الحقوق المدنية والسياسية والحقوق الاقتصادية والاجتماعية، خلافاً لما هو معهود في ميثاق الأمم المتحدة التي درجت على التفرقة بين الحقوق المدنية والسياسية من جانب والحقوق الاقتصادية والاجتماعية من جانب آخر وحماية كل منهما على نحو منفصل ومستقل عن الآخر.³

وقد أكد المفوض السامي في الأمم المتحدة لحقوق الإنسان، إيان إيرام هذه الاتفاقية، أنها تنهض كدليل قاطع على عدول المجتمع الدولي عن النظرة التقليدية لذوي الإعاقة في ضوء المفاهيم الطبية، والتي كان ينظر إليهم من خلالها باعتبارهم أطرافاً مستضعفة لا تستحق من مجتمعاتهم سوى الإحسان أو الرعاية الطبية أو الحماية الاجتماعية "as objects of charity,"

¹ Lord, Suozzi and Taylor, *supra note*. 73 at. 564.

² Arlene Kanter, *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and Its Implications for the Rights of Elderly People under International Law*, *supra note* 17 at. 549.

وقد بلغ عدد الدول التي وقعت على اتفاقية الأمم المتحدة لذوي الإعاقة في اليوم الأول لفتح الباب للتوقيع 82، واليوم يبلغ عدد الدول التي صدقت على هذه الاتفاقية 173 دولة ومنظمة دولية، وكانت آخر هذه الدول التي صدقت على هذه الاتفاقية دولتي النرويج وبيرو حيث قامت كل منهما بالتصديق على المعاهدة في 17 أبريل 2017. راجع في ذلك

https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=IV-15&chapter=4&clang=_en

³ Arlene Kanter, *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and Its Implications for the Rights of Elderly People under International Law*, *supra note* 17 at. 554.

1"medical treatment and social protection". بل على العكس تماماً، هيمنت على أحكام الاتفاقية المفهوم الاجتماعي للإعاقة، إذ بينت ديباجة الاتفاقية أن الإعاقة لازالت تشكل مفهوماً قيد التطور وأنها تحدث بسبب "التفاعل بين الأشخاص المصابين بعاهة، والحوادث في المواقف والبيئات المحيطة التي تحول دون مشاركتهم مشاركة كاملة فعالة في مجتمعهم على قدم المساواة مع الآخرين".² ويؤكد وجهة النظر تلك ما نصت

¹ Statement by Louise Arbour, UN High Commissioner for Human Rights to the Resumed 8th Session of the Ad Hoc Committee on the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, New York, 5 December 2006. Available at <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc8hrcmsg.htm>.

² UN General Assembly, Convention on the Rights of Persons with Disabilities, 13 December 2006, A/RES/61/106, Annex I, preamble (e) available at: <http://www.refworld.org/docid/4680cd212.html> [accessed 12 May 2017]. "that disability is an evolving concept and that disability results from the interaction between persons with impairments and attitudinal and environmental barriers that hinders their full and effective participation in society on an equal basis with others,

See also R. Kayess and P. French, "Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities," *Human Rights Law Review* 8, no. 1 (2008): 1-34, at 30; Lord, Suozzi and Taylor, *supra note*. 73 at. 564-65; Arlene Kanter, *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and Its Implications for the Rights of Elderly People under International Law*, *supra note* 17 at. 554.

واتساقاً مع أحكام الاتفاقية الدولية لحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، فقد اعتمد تقرير لجنة الأمم المتحدة للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية رقم ٥ لسنة ١٩٩٤ ذات المفهوم الاجتماعي للإعاقة. راجع في ذلك

UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 5: Persons with Disabilities, 9 December 1994, E/1995/22, available at: <http://www.refworld.org/docid/4538838f0.html> [accessed 15 May 2017]. Where it states "4. In accordance with the approach adopted in the Standard Rules, this General Comment uses the term "persons with disabilities" rather than the older term "disabled persons". It has been suggested that the latter term might be misinterpreted to imply that the ability of the individual to function as a person has been disabled."

عليه المادة الأولى من الاتفاقية من أن " الغرض من هذه الاتفاقية هو تعزيز وحماية وكفالة تمتع الأشخاص ذوي الإعاقة تمتعاً كاملاً على قدم المساواة مع الآخرين بجميع حقوق الإنسان والحريات الأساسية، وتعزيز احترام كرامتهم المتأصلة.¹ وما يدعم هذا الاستنتاج التحديد الذي أورده المادة الثانية من الاتفاقية للأشخاص "ذوي الإعاقة" حيث اشتمل هذا التحديد على " كل من يعانون من عاهات طويلة الأجل بدنية أو عقلية أو ذهنية أو حسية، قد تمنعهم لدى التعامل مع مختلف الحواجز من المشاركة بصورة كاملة وفعالة في المجتمع على قدم المساواة مع الآخرين."²

وقد كان للمفهوم الاجتماعي تأثيره الواضح على جميع الأحكام التي تضمنتها الاتفاقية، والتي أكدت في مجملها عدم كفاية الطول التقليدية وحدها - على نحو ما يقضي به النموذج الطبي - لكفالة حقوق ذوي الإعاقة وحرياتهم الأساسية على قدم المساواة مع غيرهم من المواطنين، وإنما يتعين لتكريس هذه الحقوق والحريات العمل على تغيير النظرة المجتمعية لذوي الإعاقة وتذليل كافة العوائق البيئية والاجتماعية التي قد تمنعهم أو تحد من مشاركتهم على نحو فعال في المجتمع.³ وتفعيلاً لما تقدم، فقد ألزمت المادة الثامنة من الاتفاقية الدول الأطراف بضرورة اعتماد تدابير فورية وفعالة وملائمة من أجل: إذكاء الوعي في المجتمع بأسره بشأن الأشخاص ذوي الإعاقة، وتعزيز احترام حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة وكرامتهم؛ ومكافحة

¹ Arlene Kanter, *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and Its Implications for the Rights of Elderly People under International Law*, *supra note* 13 at. 549-50.

² United Nations Convention of the Rights of Persons with Disabilities, *supra note*. 86 at. Art. 1.

3

Ravi Malhotra, *The United Nations Convention on the Rights of Canadian and American Jurisprudence, Persons With Disabilities in 32 Windsor Y.B. Access to Just. 1, 2 (2015); Peterson, supra note 13 at. 705-06.*

القوالب النمطية وأشكال التحيز والممارسات الضارة المتعلقة بالأشخاص ذوي الإعاقة؛ وتعزيز الوعي بقدرات وإسهامات الأشخاص ذوي الإعاقة.

كما بينت ذات المادة في الفقرة الثانية عددًا من التدابير التي يمكن اتخاذها لتحقيق هذه الأهداف، من أهمها العمل على بدء ومتابعة تنظيم حملات فعالة للتوعية العامة تهدف إلى تعزيز تقبل حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة؛ نشر تصورات إيجابية عن الأشخاص ذوي الإعاقة، ووعي اجتماعي أعمق بهم؛ وتشجيع الاعتراف بمهارات وكفاءات وقدرات الأشخاص ذوي الإعاقة، وإسهاماتهم في مكان العمل وسوق العمل.

ومن التدابير الأخرى التي أوردتها الاتفاقية حث الدول على تعزيز تبني موقف يتسم باحترام حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة في مجال التعليم، وتشجيع جميع أجهزة وسائل الإعلام على عرض صورة للأشخاص ذوي الإعاقة تتفق والغرض من هذه الاتفاقية؛ وتنظيم برامج تدريبية للتوعية بالأشخاص ذوي الإعاقة وحقوقهم.

الفصل الثاني

حق ذوي الإعاقة في المساواة أمام الوظائف العامة

لا شك أن الوظيفة العامة تمثل الأداة الرئيسية لدى الدولة وأجهزتها المختلفة في تحقيق أهداف النشاط الإداري، ولقد حرصت عديد من الدساتير المقارنة على كفالة هذا الحق لكافة المواطنين بنصوص صريحة.¹ ولعل من أهم وأول الوثائق التي أضفت الصفة الدستورية على ذلك الحق إعلان حقوق الإنسان والمواطن الذي صدر في فرنسا في أعقاب ثورة ١٧٨٩ Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 حيث نصت المادة ٦ منه على أن "جميع المواطنين متساوون أمام القانون، ولكل شخص الحق في الالتحاق بالوظائف العامة على أساس الكفاءة، دون أي تمييز باستثناء ذلك القائم على ما يتمتع به الفرد من فضائل ومواهب."² وفي نفس الاتجاه، تضمنت الدساتير المصرية المتعاقبة نصوصاً تؤكد الطبيعة الدستورية لهذا الحق، كان آخرها نص المادة الرابعة عشرة من الدستور المصري لعام ٢٠١٤، حيث نصت على "الوظائف العامة حق للمواطنين على أساس الكفاءة، دون محاباة أو وساطة، وتكليف للقائمين بها لخدمة الشعب، وتكفل الدولة حقوقهم وحمايتهم، وقيامهم بأداء واجباتهم في رعاية مصالح الشعب، ولا يجوز فصلهم بغير الطريق التأديبي، إلا في الأحوال التي يحددها القانون."³ وتضمن الدستور اللبناني نصاً مماثلاً، إذ

¹ دكتور أنس جعفر، الوظيفة العامة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧، ص. ٧٠٥؛ دكتور أنور أحمد رسلان، الوظيفة العامة، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٥، ص. ١٧؛ دكتور شحاته أبو زيد شحاته دياب، مبدأ المساواة في الدساتير العربية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، ٢٠٠٣، ص. ٢٤٥ وما بعدها.

² Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, art. 6 « Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents. »

³ دستور جمهورية مصر العربية لعام ٢٠١٤، مادة ١٤.

كفلت المادة الثانية عشرة منه الحق في تولي الوظائف العامة حيث نصت على أن يكون "لكل لبناني الحق في تولي الوظائف العامة لا ميزة لأحد على الآخر إلا من حيث الاستحقاق والجدارة حسب الشروط التي ينص عليها القانون. وسيوضع نظام خاص يضمن حقوق الموظفين في الدوائر التي ينتمون إليها."¹ كذلك هذا الدستور الإماراتي حذو الدساتير السابقة، فنصت المادة الخامسة والثلاثين منه على أن "باب الوظائف العامة مفتوح لجميع المواطنين، على أساس المساواة بينهم في الظروف ، وفقا لأحكام القانون."² وعلى الرغم من الطبيعة الدستورية التي يتمتع بها هذا الحق في كثير من الأنظمة القانونية المقارنة على النحو السالف بيانه، فإنه، وكغيره من الحقوق والحريات، لا يمكن كفالاته إلا في ضوء غيره من النصوص الدستورية التي تؤكد المساواة وتكافؤ الفرص بين المواطنين، إذ يفقد الحق في تولي الوظيفة العامة كل معنى له في الأحوال التي يكون فيها التنافس على تقلد هذه الوظائف مقصور على فئة دون أخرى من المواطنين.³ وإذا كان ما تقدم من نصوص تتعلق بكفالة الحق في تولي الوظائف العامة يمنح لذوي الإعاقة بحسبانهم مواطنين في دولهم كامل الحق في تقلد الوظائف العامة على قدم المساواة مع غيرهم من المواطنين، فإنه يثار التساؤل عن كيفية كفالة حقهم في المساواة أمام الوظائف العامة في ضوء حالات العجز أو القصور التي يعانون منها من ناحية، والعوائق البيئية والاجتماعية التي يواجهونها من ناحية أخرى. و يبدو البحث عن إجابة لهذا التساؤل من الأهمية بمكان مع تصاعد معدلات البطالة العالمية لذوي الإعاقة بالمقارنة مع معدلات البطالة لدى غيرهم من المواطنين الآخرين، وعدم

¹ دستور الجمهورية اللبنانية ١٩٢٦، مادة ١٢.

² دستور دولة الإمارات العربية المتحدة لعام ١٩٧١، مادة ٣٥.

³ دكتور حسام فريحات، الحماية الدستورية للحق في المساواة، (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ٢٠٠٤، ص. ١٠٣.

أهمية الوظائف المتاحة لهم أو عدم جدواها في كثير من الأحوال من الناحية
المادية.¹

وللإجابة على هذا التساؤل، فإنه يتعين علينا أن نبين بداية المعنى
الحقيقي لمضمون حق ذوي الإعاقة في المساواة أمام الوظائف العامة، ثم
نعرض للأساس الدستوري والقانوني لحقهم في المساواة أمام الوظائف العامة
في القانون المقارن والقانون الدولي، ونتناول في النهاية لأهم الآليات
والوسائل التي اعتمدها القانون المقارن لتحقيق المساواة بين ذوي الإعاقة
وغيرهم من المواطنين أمام الوظائف العامة.

وبناء على ما تقدم، فإننا نقترح تقسيم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث
أساسية على النحو التالي:

- المبحث الأول: مضمون حق ذوي الإعاقة في المساواة أمام الوظائف
العامة.
- المبحث الثاني: الأساس الدستوري والقانوني لحق ذوي الإعاقة في
المساواة أمام الوظائف العامة في القانون المقارن والقانون الدولي.
- المبحث الثالث: آليات تحقيق المساواة لذوي الإعاقة أمام الوظائف
العامة.

المبحث الأول

مضمون حق ذوي الإعاقة في المساواة أمام الوظائف العامة

تحرص الدساتير المقارنة والمواثيق الدولية بوجه عام على تكريس مبدأ
المساواة في صلب نصوصها صراحة بوصفه أحد المبادئ الدستورية
الأساسية التي يقوم عليها أي نظام دستوري معاصر. إذ يعد مبدأ المساواة
حجر الزاوية في أي نظام قانوني ديمقراطي، فلا يمكن تصور قيام الدولة

¹ V.N. Amrous, M. Barhoumi, « Emploi et Chômage des personnes handicapées », Synthèses stat', DARES, N. 1, NPOV. 2012, P.19-20.

القانونية ما لم تضمن تطبيق القانون بين جميع مواطنيها على قدم المساواة.¹ ومن ناحية أخرى، يعد مبدأ المساواة أساس تمتع الأفراد بجميع الحقوق والحريات التي كفلتها القوانين الوضعية، سواء أكانت هذه الحقوق والحريات مما يكفلها الدستور أو يكفلها المشرع في إطار سلطته التقديرية،² وقد عبر عن ذلك الفقيه Rousseau في كتاباته بقوله إنه لا يمكن ضمان الحريات دون تحقق المساواة "il ne peut y avoir de liberté sans égalité".³ ونظرًا لما لهذا المبدأ من أهمية، فإنه يتعين علينا لتحديد مضمون حق ذوي الإعاقة في المساواة أمام الوظائف العامة، أن نعرض بداية لمضمون مبدأ المساواة أمام الوظائف العامة بوجه عام ثم نعرض بعد ذلك للتطور

¹ Gilles Pélissier, *Le Principe d'égalité en. Droit public*, L. G. D. J, Paris, 1996, P25.

دكتور أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، الطبعة الثانية، دار الشروق، ٢٠٠٠، ص. ١١٣.

² Michelle de Villiers, *Dictionnaire de droit constitutionnel*, A. Colin, Paris, 1999, p. 99.

انظر في ذلك أيضًا دكتور أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص. ١١٢؛ دكتور شحاته أبو زيد شحاته دياب، المرجع السابق، ص. ٤٩ وما بعدها.

أنظر في تأكيد ذلك أيضًا حكم المحكمة الدستورية العليا - الطعن رقم ٩٩ - لسنة ٢٦ قضائية - تاريخ الجلسة ٦-١٢-٢٠٠٩. إذ أكدت المحكمة الدستورية العليا في تفسيرها لمبدأ المساواة "إن مبدأ مساواة المواطنين أمام القانون المنصوص عليه في المادة (٤٠) من الدستور، والذي رددته الدساتير المصرية جميعها، بحسبانه ركيزة أساسية للحقوق والحريات على اختلافها وأساساً للعدل والسلام الاجتماعي، غاية صون الحقوق والحريات في مواجهة صور التمييز التي تنال منها أو تقيد ممارستها، باعتباره وسيلة لتقرير الحماية المتكافئة التي لا تمييز فيها بين المراكز القانونية المتماثلة، فلا يقتصر مجال إعماله على ما كفله الدستور من حقوق، بل يمتد كذلك إلى تلك التي يقرها القانون"؛ أنظر أيضًا حكم المحكمة الدستورية العليا، ١٩ مايو سنة ١٩٩٠، في القضية رقم ٣٧ لسنة ٩ قضائية والذي أكدت فيه المحكمة أن الغاية الأساسية لمبدأ المساواة تتمثل في "صون حقوق المواطنين وحرياتهم في مواجهة صور التمييز التي تنال منها أو تقيد ممارستها".³

Jean-Fabien Spitz, *ROUSSEAU ET LA TRADITION RÉVOLUTIONNAIRE FRANÇAISE: UNE ÉNIGME POUR LES RÉPUBLICAINS*, Les Études philosophiques, No. 4, Rousseau et les républicanismes modernes (Octobre 2007), Presses Universitaires de France, pp. 445-461, 445.

الذي شاهده حق ذوي الإعاقة في المساواة أمام الوظائف العامة بين فكرتي المساواة القانونية والمساواة الفعلية أمام الوظائف العامة. وبناء عليه، فإننا نقترح تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين متتاليين على النحو التالي:

- المطلب الأول: مضمون مبدأ المساواة أمام الوظائف العامة.
- المطلب الثاني: مضمون حق ذوي الإعاقة في المساواة أمام الوظائف العامة بين المساواة القانونية والمساواة الفعلية.

المطلب الأول

مضمون مبدأ المساواة أمام الوظائف العامة

لمبدأ المساواة خصوصية شديدة في مجال الوظيفة العامة، إذ يعد هذا المبدأ حجر الزاوية الذي اعتمده غالبية التشريعات الوضعية المقارنة لتقناد الوظائف العامة. ولا تقتصر أهمية مبدأ المساواة على مجال التعيين في الوظائف العامة فحسب، وإنما يمتد نطاق تطبيق هذا المبدأ مع غيره من المبادئ الحاكمة للوظيفة العامة كمبدأ عدم التمييز وتكافؤ الفرص والجدارة، على سائر الحقوق الوظيفية التي يتمتع بها كل من يشغل المركز القانوني للموظف العام، ومن أهمها الرواتب والعلاوات والترقية.¹

ويقصد بالمساواة بوجه عام المماثلة بين الأفراد في الحقوق والواجبات،² أي عدم جواز التمييز بين الأفراد على أساس الجنس أو الدين أو العرق أو الأصل أو اللون أو الإعاقة أو أي أساس آخر غير مبرر.³ ولقد شهد مبدأ

¹ دكتور أنور رسلان، المرجع السابق، ص. ١٩٢.

² دكتور مهند نوح ودكتور ياسر الحويش، الحريات العامة وحقوق الإنسان، الجامعة الافتراضية السورية، دمشق، ٢٠٠٩، ص. ١٣٥.

³ وفي تأكيد هذا الاتجاه، راجع قضاء المحكمة العليا - الطعن رقم ١١ - لسنة ١ قضائية - تاريخ الجلسة ١-٤-١٩٧٢ - مكتب فني ١ - رقم الجزء ١ - رقم الصفحة ٧٣، حيث قضت المحكمة أن المقصود بمبدأ المساواة الذي نصت عليها المادة ١٢٤ من دستور سنة ١٩٦٤ ومن بعده المادة ٤٠ من الدستور الحالي (دستور ١٩٧١) هو عدم التمييز بين أفراد الطائفة الواحدة إذا تماثلت مراكزهم القانونية. " راجع كذلك دكتور حسام فرحات، المرجع السابق، ص. ٨٤-٨٥.

المساواة عموماً تطوراً كبيراً، فظهرت في البداية المساواة القانونية في أعقاب الثورة الفرنسية، ثم ظهرت بعد ذلك المساواة الفعلية لتلافي المثالب التي أفرزتها المساواة القانونية، وسوف نتناول فيما يلي لمضمون كل من مبدأي المساواة القانونية والمساواة الفعلية أمام الوظائف العامة، وذلك في الفرعين التاليين:

- الفرع الأول: مضمون المساواة القانونية أمام الوظائف العامة.
- الفرع الثاني: مضمون المساواة الفعلية أمام الوظائف العامة.

الفرع الأول

مضمون المساواة القانونية أمام الوظائف العامة

تعد المساواة القانونية أولى صور المساواة من حيث الظهور تاريخياً، وقد اعتنقها رجال الثورة الفرنسية وأقرها إعلان حقوق الإنسان والمواطن بغرض القضاء على جميع أنماط التمييز الطبقية والاجتماعية التي سادت في النظم الإقطاعية القديمة.¹ ويقصد بالمساواة القانونية *Egalite Juridique* أو المساواة الشكلية *Egalite formelle* كما يعرفها البعض، أن يكون القانون واحداً تجاه جميع الأفراد *la loi doit être la même pour tous*،² فيكون حينئذ تطبيقه عاماً ومطلقاً على جميع الأشخاص دون تمييز أو تفرقة.³ ولما كان ذلك مستحيل عملاً بحسبان أن القانون يتضمن في العادة شروطاً وأحكاماً لا تتوافر في جميع الأشخاص المكونين للجماعة، فإن انطباق قواعده لن يكون بطريقة عامة ومطلقة على جميع الأفراد، وإنما

1

Gilles Pélissier, *Le Principe d'égalité en Droit public*, L. G. D. J, Paris, 1996, P25 ; M. David Lepofsky, "The Canadian Judicial Approach to Equality Rights: Freedom Ride or Rollercoaster?" (1992) 1 N.J.C.L. 315.

² Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, art. 6.

³ دكتور إسماعيل البدوي، مبدأ المساواة في النظم المعاصرة، مجلة مصر المعاصرة، ١٩٨١، ص. ١١٨.

سينحصر نطاق تطبيقه على كل من توافرت فيهم شروطه، وتواجدوا في ظروف ومراكز متماثلة.¹

ويتبين من ذلك أن المساواة القانونية إنما تهتم بتحقيق التكافؤ في الفرص والإمكانات القانونية بين البشر دون الاعتداد بما قد يوجد بينهم من فوارق طبيعية أو واقعية،² إذ هي تقوم في جوهرها على إلغاء كل الفوارق بين الأفراد طالما سينطبق عليهم القانون في ظروف مشابهة.³

والمساواة القانونية، وفقاً للمعنى المتقدم، لا يترتب عليها دوماً تحقق المساواة الفعلية بين أفراد الجماعة الواحدة أو إزالة صور اللامساواة الفعلية

¹ دكتورة سميرة لعقابي بشير الشريف، المساواة في تقلد الوظيفة العامة - المظاهر والضمانات، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٤، ص. ١٩. حيث تؤكد الكاتبة أن للمساواة القانونية صورتين أساسيتين تعرف أولهما بالمساواة المطلقة وثانيهما بالمساواة النسبية، والأولى تحقق حال انطباق شروط تطبيق القاعدة العامة والمجردة على كل الأفراد، أما الثانية، فتتحقق عند عدم تتوافر هذه الشروط إلا في طائفة محدودة من الأفراد.

وفي تأكيد ما تقدم راجع مجموعة المبادئ القانونية التي قررها قسم التشريع بمجلس الدولة المصري في خمس سنوات من أول أكتوبر ١٩٧٠ حتى ديسمبر ١٩٩٥ - المكتب الفني - المبدأ رقم ٢١٦ ملف 1974/237 جلسة 1974/8/25، طبعة ١٩٧٩، ص. ١٣٢ حيث أكد القضاء الإداري " أن المقصود بالمساواة هو المساواة النسبية، وليس المساواة المطلقة بين المصريين جميعاً، وإنما المقصود بها المساواة النسبية بينهم. بمعنى المساواة في الحقوق والواجبات بين جميع من تحقق فيهم الشروط اللازم توافرها للتمتع بالحقوق أو الالتزام بالواجب."

وانظر في تأكيد ذات المبدأ حكم المحكمة الدستورية العليا - الطعن رقم ٣٨ - لسنة ١٠ قضائية - تاريخ الجلسة ١٩٩١-٥-٤ - مكتب فني ٤ - رقم الجزء ١ - رقم الصفحة ٣٥١ والذي أكدت المحكمة الدستورية العليا بموجبه " المساواة المنصوص عليها في المادة "٤٠" من الدستور ليست مساواة حسابية ذلك أن المشرع يملك بمقتضى سلطته التقديرية ولمقتضيات الصالح العام وضع شروط موضوعية تتحدد بها المراكز القانونية التي يتساوى بها الأفراد أمام القانون بحيث إذا توافرت هذه الشروط في طائفة من الأفراد، وجب إعمال المساواة بينهم لتمثل مراكزهم القانونية، فإذا انتفى مناط التسوية بينهم بأن توافرت الشروط في بعضهم دون البعض الآخر، كان لمن توافرت فيهم الشروط دون سواهم أن يتمتعوا بالحقوق التي كفلها القانون لهم."

² Joly, Op. Cit., at 11 " le particularisme des individus n'a de place. Les individus, tous identiques, sont tous égaux devant la loi qui s'applique à tous de la même manière. »

انظر أيضاً في تأكيد ذات المعنى دكتورة رشا جواد جمعة، مبدأ المساواة في تولي الوظائف العامة ضمن تطبيقات القضاء الإداري، مجلة القانون، كلية الحقوق - الجامعة المستنصرية، العراق، (٢٠٠١، ص. ٣٧٢).

³ دكتور شحاته أبو زيد شحاته دياب، المرجع السابق، ص. ٥٣ وما بعدها.

أو المادية بينهم، وذلك نظرًا إلى استحالة إلغاء الفوارق بين مختلف المراكز القانونية وجعلها جميعًا متماثلة.^١

وإذا كان ما تقدم يمثل مضمون مبدأ المساواة القانونية بوجه عام، فإن المساواة القانونية في مجال تقلد الوظائف العامة إنما تعني معاملة كل من تتوافر فيهم الشروط القانونية والمؤهلات الخاصة المطلوبة لشغل الوظائف العامة معاملة متكافئة دون أي تمييز لفئة من المواطنين على حساب فئة أخرى، فلا تتميز طائفة على حساب طائفة أخرى، ولا يفضل أحد على الآخرين من بني جنسه في شغل الوظائف العامة إلا على أساس الكفاءة أو الجدارة.^٢ ويقتضي ذلك بطبيعة الحال أن تقوم الدولة بتحديد شروط شغل الوظائف العامة بطريقة عامة ومجردة دون أي تمييز، وذلك على النحو الذي يمكن معه لكل من تتوافر فيه هذه الشروط أن يتقدم لشغلها.^٣ ولا يقتصر تطبيق مبدأ المساواة على النحو السالف على التعيين في الوظائف العامة فحسب، وإنما يشمل كذلك تحقيق المساواة بين الموظفين في الحقوق والواجبات والأجور والمزايا والمكافآت المحددة للوظائف.^٤

الفرع الثاني

مضمون المساواة الفعلية أمام الوظائف العامة

أدى انطباق المساواة القانونية بالمعنى المتقدم في الواقع العملي إلى تفاوت شديد بين الأفراد واتساع الهوة الفاصلة بين الطبقات نتيجة تباين واختلاف الأفراد المكونين للجماعة من حيث المراكز والظروف المادية

^١دكتورة سميحة لعقابي بشير الشريف، المرجع السابق، ص. ٢٠-٢١؛ دكتور شحاته أبو زيد شحاته دياب، المرجع السابق، ص. ٤٩ وما بعدها.

Félicien Lemaire, La notion de non-discrimination dans le droit français : un principe constitutionnel qui nous manque, RFDA, 2010, p.301.

^٢دكتور إسماعيل البدوي، المرجع السابق، ص. ١٢٠.

^٣دكتورة سميحة لعقابي بشير الشريف، المرجع السابق، ص. ١٩.

^٤دكتور إسماعيل البدوي، المرجع السابق، ص. ١٦٣.

والطبيعية، وقد ترتب على ذلك ظهور اتجاه في الفقه والقضاء لا يقصر مفهوم المساواة على الأحوال التي يساوي فيها المشرع بين الأفراد الموجودين في مراكز قانونية متماثلة، وإنما يمدده ليشتمل كذلك الأحوال التي يباين فيها المشرع في المعاملة بين الأشخاص تبعاً لاختلاف مراكزهم، أي بتخصيص قواعد متميزة للمواطنين المتواجدين في مراكز قانونية مختلفة.¹ وتلك المساواة يعرفها الفقه والقضاء بالمساواة الواقعية Egalite Réel أو المساواة الفعلية Egalite Concrète أو المساواة بالاختلاف Egalite par différenciation، وهي تستهدف في المقام الأول القضاء على صور اللامساواة الفعلية أو المادية التي أفرزتها المساواة القانونية la correction des deficits d'égalité formelle وتحقيق العدالة في المجتمع، وذلك بحسبانها، على عكس المساواة القانونية، تأخذ في الاعتبار ظروف الأفراد المختلفة وأحوالهم المتباينة، فتعتد من ثم بالفوارق المادية والطبيعية بين البشر.² وقد برزت هذه المساواة الفعلية بشكل أساسي مع انتشار مبادئ العدالة الاجتماعية، وذلك من خلال التشريعات الاجتماعية التي تدخلت بها الدول للتخفيف من شدة الفوارق المادية والاقتصادية والاجتماعية

¹ Joly, Op. Cit., at. 11. L'auteur argue que « que l'application uniforme de la même règle à tous, au nom de l'Egalite intrinsèque de tous les être humain, peut aboutir à des situations objectives d'inégalités ou produire des effets discriminatoires envers les individus d'un certain groupe. Des lors, l'égalité matérielle consiste à affirmer que les personnes qui occupent des situations identiques doivent bénéficier de traitement analogues et, inversement les personnes qui se trouvent dans des situations différentes doivent être traitées différemment. Parvenir à l'égalité concrète nécessite donc parfois la prise en compte, par le droit, des différences qui existent entre les individus. »

² Lemaire, Op.Cit., p.301.

³ دكتور إسماعيل البدوي، المرجع السابق، ص. ١١٨.

بين الأفراد، وتعويض الضعفاء والمحرومين من الملكات والقدرات والموهب.¹

وقد أقر القضاء الدستوري المقارن بدستورية المساواة الفعلية منذ أمد بعيد، وفي تأكيد ذلك، ذهبت المحكمة الدستورية الإيطالية في بواكير أحكامها عام ١٩٥٨ إلى أن القانون الذي يوحد في المعاملة بين المراكز القانونية المختلفة اختلافا موضوعيًا يتعارض مع مفهوم مبدأ المساواة كما كرسه الدستور ويصطدم مع ما هو مستقر عليه في قضاء هذه المحكمة.² وفي تأكيد ذات الاتجاه، انتهت المحكمة الدستورية الفيدرالية بألمانيا في حكم صادر لها عام ١٩٨٠ إلى أن المفهوم الحقيقي لمبدأ المساواة يقتضي المغايرة في المعاملة بين الأشخاص الموجودين في مراكز قانونية مختلفة.³ ولا يختلف الوضع كثيرًا في فرنسا، إذ أكد المجلس الدستوري الفرنسي في هذا المقام أن مبدأ المساواة كما كرسه الدستور لا يتعارض مع إمكانية المغايرة في المعاملة نتيجة اختلاف المراكز القانونية طالما كانت المغايرة أو الاختلاف في المعاملة مرتبطة بشكل مباشر مع الهدف من القانون.⁴

¹دكتور إسماعيل البدوي، المرجع السابق، ص. ١٢٠. دكتور حسام فرحات، المرجع السابق، ص. ٨٨.

² La Cour Constitutionnelle Italienne, 14 Juillet 1958, (Arrêt n. 53/1958). « Une loi qui rendrait égales des situations objectivement différentes violerait, par-là même, le principe d'Egalité et serait contraire aux affirmations répétées de la Cour selon lesquelles la réglementation législative différente de situations différentes doit être considérée comme conforme a la Constitution. » V. Les Grandes Décisions des Cours Constitutionnelles européennes, Dalloz, (2008). P.228.

³ Les Grandes Décisions des Cours Constitutionnelles européennes, Dalloz, (2008). P.233 ; sur cette évolution, v. O. Jouanjan, Le Principe D'égalité devant la loi en droit allemand, préface M. Fromont, Paris, Economica, 1992, P. 127 s.)

⁴ Cons. Const. 7 Janv. 1988, n. 87-232 DC, Rec. p.17, Considérant 10; Cons. Const. 16 Juill. 1996, n.96-377 DC, Rec. p.87, Considérant 22. « Le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à

وفي مصر، شابت المحكمة الدستورية العليا أقرانها في الدول الأوروبية في تأكيد مبدأ المساواة الفعلية، إذ استقر قضاؤها على "إن مبدأ مساواة المواطنين أمام القانون - على ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة - لا يعني أن تعامل فئاتهم على ما بينها من تفاوت في مراكزها القانونية معاملة قانونية متكافئة، كذلك لا يقوم هذا المبدأ على معارضة صور التمييز جميعاً، ذلك أن من بينها ما يستند إلى أسس موضوعية ولا ينطوي بالتالي على مخالفة لنص المادة أربعين من الدستور، بما مؤداه أن التمييز المنهي عنه بموجبها هو ما يكون تحكيمياً، ذلك أن كل تنظيم تشريعي لا يعتبر

l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvue que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit. »

ويلاحظ من استقراء أحكام المجلس الدستوري في هذا الخصوص، أنه بالرغم من ميل المجلس إلى تفضيل المساواة القانونية، فإنه لم يمنع المشرع الفرنسي من إمكانية إقرار المساواة الفعلية عندما يرى ضرورة لذلك، حيث انتهى في قرار له عام ٢٠٠٣ إلى أنه إذا كان مبدأ المساواة يقضي بتوحيد المعاملة بين الأشخاص الموجودين في ذات المراكز القانونية، إلا أنه لا يتطلب بالضرورة المغايرة في المعاملة بين المراكز القانونية المختلفة. ويُفهم من ذلك القرار أن المجلس الدستوري - خلافاً لنظرانه في الدول الأوروبية - وإن كان لا يوجب على المشرع من حيث المبدأ أن يغير في المعاملة بين الأشخاص الموجودين في مراكز قانونية مختلفة إلا أنه لم يحظر هذه المغايرة في المعاملة بشكل مطلق، وإنما منح المشرع سلطة تقديرية في ذلك الشأن، فإن راي ضرورة لإعمال المساواة الفعلية، كان له حينئذ أن يغير في المعاملة بين الأشخاص المتواجدين في مراكز قانونية مختلفة. أنظر في ذلك قرار المجلس الدستوري الفرنسي التالي

Cons. Const. 29 dec. 2003, n. 2003-489 DC, Rec. p. 487, Considérant 37. « Si, en règle générale, le principe d'égalité impose de traiter de la même façon des personnes qui se trouvent dans la même situation, il n'en résulte pas pour autant, qu'il oblige à traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes. »

ويشايح مجلس الدولة الفرنسي موقف المجلس الدستوري من المساواة الفعلية، إذ أكد في أحكامه ذات المبدأ المتقدم الذي استقر عليه المجلس الدستوري. راجع في حكم مجلس الدولة الفرنسي التالي:

CE. 20 Avr. 2005, Union des familles en Europe, Req. N. 266572, AJDA 2005. 2233, NOTE I. Burgogue -Larsen. « « Si, en règle générale, le principe d'égalité impose de traiter de la même façon des personnes qui se trouvent dans la même situation, il n'en résulte pas pour autant, qu'il oblige à traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes. »

مقصوداً لذاته، بل لتحقيق أغراض بعينها يعتبر هذا التنظيم ملتبساً لها، وتعكس مشروعية هذه الأغراض إطاراً للمصلحة العامة التي يسعى المشرع لبلوغها متخذاً من القواعد القانونية التي يقوم عليها هذا التنظيم سبباً إليها...¹

كذلك قضت المحكمة الدستورية بأن "مبدأ المساواة أمام القانون، ليس مبدأً تقنياً جامداً منافياً للضرورة العملية، ولا هو بقاعدة صماء iron rule تتبذ صور التمييز جميعها، ولا كافلاً لتلك الدقة الحسابية التي تقتضيها موازين العدل المطلق بين الأشياء. وإذا جاز للدولة أن تتخذ بنفسها ما تراه ملائماً من التدابير، لتنظيم موضوع محدد أو توفياً لشر تقتدر ضرورة رده، وكان دفعها للضرر الأكبر بالضرر الأقل لازماً، إلا أن تطبيقها مبدأ المساواة لا يجوز أن يكون كاشفاً عن نزواتها، ولا منبئاً عن اعتناقها لأوضاع جائزة تثير ضغائن أو أحقاد تتفلت بها ضوابط سلوكها، ولا عدواناً معبراً عن بأس سلطانها، بل يتعين أن يكون موقفها اعتدالاً في مجال تعاملها مع المواطنين، فلا تمايز بينهم إملاء أو عسفاً. ومن الجائز بالتالي أن تغيّر السلطة التشريعية — ووفقاً لمقاييس منطقية — بين مراكز لا تتحد معطياتها، أو تتباين فيما بينها في الأسس التي تقوم عليها، على أن تكون الفوارق بينها حقيقية لا اصطناع فيها ولا تخيل، ذلك أن ما يصون مبدأ المساواة، ولا ينقض محتواه، هو ذلك التنظيم الذي يقيم تقسيماً تشريعياً ترتبط فيه النصوص الثانوية التي يضمها، بالأغراض المشروعة التي يتوخاها. فإذا قام الدليل على انفصال هذه النصوص عن أهدافها، كان التمييز انفلاتاً لا تبصر فيه. كذلك الأمر إذا كان اتصال الوسائل بالمقاصد واهياً، إذ يعتبر

¹ المحكمة الدستورية العليا - الطعن رقم ١٩٥ - لسنة ٢٠ قضائية - تاريخ الجلسة ١-١-٢٠٠٠ -
مكتب فني ٩ - رقم الجزء ١ - رقم الصفحة ٤٢٨

التمييز عندئذ مستنداً إلى وقائع يتعذر أن يحمل عليها، فلا يكون مشروعاً دستورياً.¹

وعلى المستوى الدولي، أكدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في تفسيرها لنص المادة الرابعة عشرة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والمتعلقة بحظر كافة صور التمييز بين مواطني الاتحاد الأوروبي فيما تخولهم الاتفاقية من حقوق وحرّيات ما سبق وأن استقر عليه قضاء المحاكم الدستورية الأوروبية بخصوص مدى دستورية المساواة الفعلية، إذ أوضحت جلياً في حكمها الصادر بقضية *Thlimmenos v. Greece* أن الإخلال بمبدأ المساواة وعدم التمييز لا يتحقق فحسب في الأحوال التي في الأحوال التي تغاير الدولة فيها دون سند موضوعي ومعقول في المعاملة بين أشخاص متواجدين في مراكز قانونية متماثلة، وإنما يعد كذلك إخلالاً بمبدأ المساواة وانتهاكاً صارخاً لحق مواطني الاتحاد الأوروبي في التمتع بما تخول الاتفاقية الأوروبية من حقوق وحرّيات دون تمييز عدم مغايرة الدولة في المعاملة، دون سند موضوعي ومعقول، بين الأشخاص المتواجدين في مراكز قانونية مختلفة.²

وعن تحقيق المساواة الفعلية بخصوص التعيين بالوظائف العامة، أكد المجلس الدستوري الفرنسي منذ أمد طويل في عديد من قراراته أنه إذا كان مبدأ المساواة بين المواطنين أمام الوظائف العامة، كما كرسته نص المادة

¹ المحكمة الدستورية العليا - الطعن رقم ٤٧ - لسنة ١٧ قضائية - تاريخ الجلسة ٤-١-١٩٩٧ - مكتب فني ٨ - رقم الجزء ١ - رقم الصفحة ٢٢٣

² CEDH 6 Avr. 2000, *Thlimmenos c. Grece*, Req. n. 34369/97, point 44; RTD civ. 2000 433, obs., J. -P. Marguenaud. « Le droit de jouir des droits garantis par la convention sans être soumis à discrimination est également transgressé lorsque, sans justification objective et raisonnable, les Etats n'appliquent pas un traitement différent a des personnes dont les situations sont sensiblement différentes. »

السادسة من إعلان حقوق الإنسان والمواطن، يقتضي ألا يؤخذ في الحسبان عند التعيين في الوظائف العامة سوى بقدرات المرشحين ومواهبهم وملكاتهم، فإن انطباقه على هذا النحو لا يمنع المشرع أو الجهة الإدارية من المغايرة في المعاملة بشأن قواعد التعيين بالوظائف العامة ذات الصلة بتقدير صلاحية المرشحين أو قدراتهم لشغل الوظيفة، طالما كان الهدف الأساسي من الاختلاف في المعاملة تعيين المرشح الأجدر.¹

المطلب الثاني

حق ذوي الإعاقة في المساواة أمام الوظائف العامة بين المساواة القانونية والمساواة الفعلية

بعد أن عرضنا لفكرتي المساواة القانونية والمساواة الفعلية بوجه عام في المطلب المتقدم، نتناول من خلال هذا المطلب التطور الذي شهده مضمون مبدأ المساواة في مجال كفالة حق ذوي الإعاقة في التعيين بالوظائف العامة أو الاستمرار في ممارستها، وذلك في ضوء الاتجاهات الفقهية والتشريعية الحديثة. إذ استقرت هذه الاتجاهات على أن المساواة الحقيقية لذوي الإعاقة بغيرهم من المواطنين أمام الوظائف العامة لا يمكن تحققها واقعيًا ما لم تقم

¹ Joel Mekhantar, La lutte contre les discriminations en matière d'accès aux emplois publique, AJFP 2011, P.146; Décision 82-153 DC - 14 janvier 1983 - Loi relative au statut général des fonctionnaires - Non-conformité partielle. « Considérant que, si le principe de l'égal accès des citoyens aux emplois publics, proclamé par l'article 6 précité de la Déclaration de 1789, impose que, dans les nominations de fonctionnaires, il ne soit tenu compte que de la capacité, des vertus et des talents, il ne s'oppose pas à ce que les règles de recrutement destinées à permettre l'appréciation des aptitudes et des qualités des candidats à l'entrée dans une école de formation ou dans un corps de fonctionnaires soient différenciées pour tenir compte tant de la variété des mérites à prendre en considération que de celle des besoins du service public. »; Décision 85-204 DC - 16 janvier 1986 - Loi portant diverses dispositions d'ordre social - Non-conformité partielle.

على أمرين أساسيين، يكمن أولهما في ضرورة المغايرة في المعاملة بين ذوي الإعاقة وغيرهم من المواطنين بسبب اختلاف مراكزهم القانونية. أما ثانيهما، فيتمثل في ضرورة مراعاة هذه المعاملة المغايرة للاحتياجات أو المتطلبات الخاصة بذوي الإعاقة، وذلك من خلال الاعتراف لهم بالحق في الحصول على الترتيبات التيسيرية المعقولة (The right to a reasonable accommodation – le droit à des mesures appropriées) للتخفيف من الآثار السلبية للإعاقة وإزالة المعوقات التي تحول دون تمتعهم بهذا الحق على قدم المساواة مع الآخرين.¹

وبناء عليه، فإننا نقترح تقسيم هذا المطلب إلى فرعين رئيسيين على

النحو التالي:

- الفرع الأول: التحول في مفهوم المساواة لذوي الإعاقة أمام الوظائف العامة.
- الفرع الثاني: حق ذوي الإعاقة في الحصول على الترتيبات التيسيرية المعقولة.

¹ Joly, Op. cit., p.6-7. L'auteur argue dans son thèse que « la personne handicapée possède un statut juridique particulier ... Ainsi, deux mécanismes complémentaires donnent une assise à ce statut. Le premier réside dans un exercice de différenciation entre les personnes handicapées et les autres. Le second consiste à élaborer un ensemble de règles permettant de conjurer le handicap, conçu comme critère de distinction. Cette démarche découle de l'idée que certains droits peuvent et doivent être attribués appartenant à une catégorie déterminée ; des droit qui ne visent plus l'homme dans son essence et sa totalité mais des catégories d'individus identifiées qui ne postulent plus une nature humaine éternelle et immuable, mais prennent au contraire en considération l'insertion de l'individu dans le social. »; Voir également D. lochak, Mutuation des droits de l'homme et mutuation du droit, RIEJ 1984, N. 13, P. 68.

الفرع الأول

التحول في مفهوم المساواة لذوي الإعاقة أمام الوظائف العامة

سبق وأن أوضحنا في الفصل الأول من هذه الدراسة أن ذوي الإعاقة يواجهون الكثير من المعوقات التي تحول دون تمتعهم بحقوقهم وحررياتهم الأساسية، ومن بينها الحق في تولي الوظائف العامة، على قدم المساواة مع غيرهم من المواطنين. ولا تقتصر هذه المعوقات - كما بينا سلفاً - على حالة العجز أو القصور فحسب، وإنما تتسع لتشمل كذلك ما يواجه المعوقون من عوائق اجتماعية تتعلق بموقف المجتمع إجمالاً من ذوي الإعاقة ونظراته السلبية إليهم، وأخري بيئية تتعلق بعدم تمهيد البيئات المحيطة بهم¹ ولا شك أن هذه المعوقات التي يواجهها ذوو الإعاقة في تقلد الوظائف العامة أو الاستمرار في شغلها دون غيرهم من المواطنين تجعل منهم في مركز قانوني مختلف عن غيرهم المواطنين، إذ غالباً ما تكون السبب الرئيسي - كما بينت منظمة العمل الدولية - في حرمان ذوي الإعاقة من الترشح لشغل وظائف بعينها أو قصر اختياراتهم في عدد من الوظائف الثانوية التي لا تتطلب أي مهارات خاصة².

¹ صالح سويلم الشرفات، المرجع السابق، ص. ٥.

² See UN. GA. A/CONF.157/PC/61/Add.10,3 March 1993, p. 12. "In accordance with international labor standards, workers enjoy social protection in the event of disability, the principle aim being to ensure that disabled workers have equitable access to employment and income from work. The underlying concept is that disabled workers, who are job-ready, after a process of rehabilitation, are not unjustifiably barred from access to jobs and are not denied the opportunity to choose their employment freely."

انظر في ذلك على سبيل المثال لا الحصر؛ قرار وزير الصحة والسكان - جمهورية مصر العربية - رقم ١٣٣ - لسنة ١٩٨٣ بشأن أحكام اللياقة الصحية التي يجري على أساسها الفحص الطبي الابتدائي تنفيذاً للمادة ١١٦ من قانون العمل رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ - بتاريخ ٢٥-٥-١٩٨٣، وكذلك قرار وزير الصحة والسكان - جمهورية مصر العربية - رقم ١٨٤ - لسنة ٢٠٠١ بشأن إضافة بعض الأمراض إلى القرار الوزاري رقم ١٣٣ لسنة ١٩٨٣ بشأن قواعد اللياقة الصحية. الوقائع المصرية العدد ١٨٠ - بتاريخ ١١-٨-٢٠٠١ - يعمل به من تاريخ ٢٥-٧-٢٠٠١، وأيضاً قرار وزير الصحة والسكان - جمهورية مصر العربية - رقم ٣٧١ - لسنة ٢٠١٠ بشأن تعديل الجدول

وإزاء هذا الاختلاف في المراكز القانونية، نادى كثير من الفقه المعاصر بعدم ملائمة الأخذ المساواة القانونية *Dépassement de l'égalité juridique* في مجال كفالة حقوق ذوي الإعاقة أمام الوظائف العامة،¹ وقد تمثلت أهم الحجج التي قيل بها في تبرير العدول عن الأخذ بالمساواة القانونية فيما يلي:

أولاً: أن الأخذ بفكرة المساواة القانونية أمام الوظائف العامة من شأنه أن يفضي عملاً إلى حالة من حالات عدم المساواة الواقعية أو الفعلية بين ذوي الإعاقة وغيرهم من المواطنين، وذلك بحسبانها لا تكثرث للفوارق الطبيعية بين ذوي الإعاقة وغيرهم من ناحية، ولا تعباً بإزالة العوائق أو الصعوبات التي تحول دون تقلد أو استمرار ذوي الإعاقة في الوظائف العامة من ناحية أخرى.² فالعائق الوحيد الذي تعترف به المساواة القانونية أمام تولي الوظائف

رقم (١) المرفق بالقرار الوزاري رقم ١٣٣ لسنة ١٩٨٣. الوقائع المصرية العدد ١٦٨ - بتاريخ ٢١-٧-٢٠١٠ - يعمل به من تاريخ ٢٢-٧-٢٠١٠.

فقد أوردت هذه القرارات تحديداً لكثير من العاهات والأمراض التي تمنع المصابون بها من شغل كثيراً من الوظائف العامة بالدولة لمجرد إصابتهم بأي منها حتى وإن كانت هناك من الوسائل الطبية أو غيرها من التدابير الملائمة ما يستطيع من خلالها أصحاب هذه الأمراض تلافي الآثار السلبية لأمراضهم. حيث نص قرار وزير الصحة والسكان - جمهورية مصر العربية - رقم ١٣٣ - لسنة ١٩٨٣ بشأن أحكام اللياقة الصحية التي يجرى على أساسها الفحص الطبي الابتدائي، أن من قبيل الأمراض الصحية التي تمنع من التعيين بوظائف النيابة العامة أمراض الأذن المزمنة التي تؤدي إلى ضعف شديد بقوة السمع بدون سماعة، وكذلك اشتراط ألا تقل قوة الإبصار لكل عين على حدة إلى (١٨ / ٦، ٢٤ / ٦) بالنظارة.

¹ See Marcia H Rihoux, Lee Ann Bassar & Melinda Jones, eds, *Critical Perspective on Human Rights and Disability law*, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2011, p. 42-44. Rioux argues that formal equality is not sufficiently attuned to the concrete needs of those who are in fact different or who are not similarly situated. V. encore Félicien Lemaire, Op. Cit., p. 301 ; Dhir, supra note 16, at. 200; M. David Lepofsky, *The Charter's guarantee of Equality to People with Disabilities – How well is it working?*, 16 Windsor Y.B. Access to Justice. 155, 1998, 164; M. David Lepofsky, "The Canadian Judicial Approach to Equality Rights: Freedom Ride or Rollercoaster?", supra note 110, at. 318.

² Jérôme Porta, *Egalite, discrimination, Egalite de traitement*, A propos des sens de l'égalité dans le droit (2^e partie), *Revue de droit*

العامة أو الاستمرار في شغلها يتمثل في عدم توافر الجدارة لدى المرشح، أما غير ذلك من العوائق فلا تلتفت إليها أو تعترف بوجودها.¹ ومن ثم فإن توحيد المعاملة بين المراكز القانونية المخاطبة بأحكام قوانين التوظيف دون الاعتداد بالفوارق الطبيعية بين المعوقين وغيرهم على النحو الذي يقتضيه مبدأ المساواة القانونية من شأنه أن يفضي عملاً إلى حرمان فئة الأفراد من ذوي الإعاقة من التمتع الفعلي بالحق في شغل الوظائف العامة على قدم المساواة مع غيرهم من المواطنين.² بعبارة أخرى، فإن تجاهل ظاهرة

de travail 2011 p. 354, l'auteur argue q' « en dépit du respect de l'égalité formelle, peut être considérée comme discriminée, la personne qui n'accède pas à un bien, un droit, un avantage en raison de qualités singularisées - le sexe, l'âge, le handicap, etc. - méconnues par la norme. Son application indifférenciée peut ainsi créer une situation de désavantage. Tel est le cas chaque fois qu'un sujet de droit échoue à remplir les conditions d'accès à un droit ou une protection du fait de la non prise en compte d'une qualité singularisée. La réalisation d'une égalité matérielle peut alors consister à compenser ce désavantage par l'allocation d'un droit spécifique. » ; See also Arlene S. Kanter, A Comparative view of Equality Under The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the Disability Laws of the United States, 32 Windsor Y.B. Access to Just. 65, (2015), 68.

¹ Kanter, *Ibid.* the author argued that formal equality "ignores the fact that other people may experience disadvantages based on factors also unrelated to merit."

² Lepofsky, The Charter's guarantee of Equality to People with Disabilities – How well is it working?, *supra note* 135, p. 164. The author insisted that formal equality vision "does little or nothing for persons with disabilities and other similarly disadvantage groups. It fails to recognize that there are certain insular groups in society who traditionally suffer disadvantage and whom equality rights are intended to serve. It unfairly requires that persons seeking to invoke their equality rights first prove that they are similarly situated to the more advantaged group in society something which disadvantaged minorities such as persons with disabilities often cannot do." He further explained, "Similarity of treatment often does not promote the full inclusion of persons with disabilities in society. To the contrary,

الإعاقة عند تقدير صلاحية المعوق الوظيفية على نحو ما تقضي به المساواة القانونية يفضي عملاً إلى تمييز غير مبرر ضد ذوي الإعاقة.¹

ثانياً: إن الأخذ بالمساواة القانونية أمام الوظائف العامة من شأنه أن يؤدي عملاً إلى التمييز المباشر أحياناً أو غير المباشر في أحيان أخرى ضد ذوي الإعاقة.² فيتحقق التمييز المباشر على سبيل المثال حال اشتراط قوانين

barriers are often created when persons are treated if they had no disability."

¹ Morgan Sweeney, Les actions positives à l'épreuve des règles de non-discrimination, Revue de droit du travail, 2012, p. 87.

« L'employeur a l'obligation d'étudier le cas spécifique du candidat handicapé qui se présente à lui. Il apparaît donc que l'employeur ne peut ignorer le handicap de la personne candidate, mais au contraire qu'une telle ignorance serait constitutive de discrimination, car non justifiée. Contrairement aux critères de la race et du genre, pour lesquels l'employeur est tenu à une obligation de cécité, en matière de handicap il est astreint à une obligation de handicap de conscience. »

² يقصد بالتمييز المباشر معاملة الشخص أو مجموعة من الأشخاص على أنهم أقل حظاً أو على نحو يلحق بهم أذى استناداً إلى صفة أو سمة محظورة؛ كعرقهم أو لونهم أو دينهم أو أصلهم أو إعاقتهم، أو غير ذلك من الأسباب المحظورة، أما التمييز غير المباشر فهو ذلك الذي يتولد عن ممارسات أو قواعد أو شروط وإن تبدو محايدة في مظهرها، إلا أنها تفتأنها تؤثر على أفراد أو جماعات بعينها بصورة سلبية، شريطة ألا يكون الهدف من هذه الممارسة أو القاعدة أو الشرط مشروعاً، وأن تكون الآليات والوسائل المستخدمة لتحقيق هذا الهدف متناسبة. وقد حظرت كثير من التشريعات المقارنة والمواثيق الدولية صورة التمييز المباشر وغير المباشر ضد ذوي الإعاقة، ومن قبيل الأمثلة على القوانين المقارنة التي تضمنت هذا الحظر، القانون الفرنسي المتعلق بإدماج بعض أحكام القانون الأوروبي في مجال مكافحة التمييز.

La Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, art. 1 « Constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de son origine, de son sexe, de sa situation de famille, de sa grossesse, de son apparence physique, de la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur, de son patronyme, de son lieu de résidence ou de sa domiciliation bancaire, de son état de santé, de sa perte d'autonomie, de son handicap, de ses caractéristiques génétiques, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son identité de genre, de son âge, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales, de sa capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de son appartenance ou de sa

التوظيف للتعيين بالوظائف العامة أو الاستمرار في شغلها، سلامة البنية أو سلامة الجسد أو عدم الإصابة بإعاقة أو عاهة أو ما شابه ذلك من تعابير وألفاظ، مما يؤدي إلى الحول دون قبول طلب المعوق أيًا كانت قدراته أو إمكانياته، بل حتى ولو كانت هذه القدرات والإمكانيات من شأنها أن تجعله

non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une prétendue race ou une religion déterminée, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable.

Constitue une discrimination indirecte une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés au premier alinéa, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne s' soient nécessaires et appropriés. »

انظر كذلك في تأكيد حظر التمييز المباشر وغير المباشر، التوجيه الصادر من المجلس الأوروبي رقم 2000/78/CE بشأن وضع الإطار العام للمساواة في المعاملة في مجال حق العمل والتوظيف في ٢٧ نوفمبر ٢٠٠٠.

Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail : art. 2 (a-b) : a) une discrimination directe se produit lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable, sur la base de l'un des motifs visés à l'article 1er;

b) une discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une religion ou de convictions, d'un handicap, d'un âge ou d'une orientation sexuelle donnés, par rapport à d'autres personnes, à moins que:

i) cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires, ou que; ii) dans le cas des personnes d'un handicap donné, l'employeur ou toute personne ou organisation auquel s'applique la présente directive ne soit obligé, en vertu de la législation nationale, de prendre des mesures appropriées conformément aux principes prévus à l'article 5 afin d'éliminer les désavantages qu'entraîne cette disposition, ce critère ou cette pratique. »

أكثر جدارة من غيره من المرشحين. أما التمييز غير المباشر فيتحقق في الأحوال التي لا تراعي فيها قوانين، وأنظمة التوظيف - وإن خلت من الشروط السالف الإشارة إليها - عند التعيين في الوظائف العامة الاحتياجات الخاصة لذوي الإعاقة والتي من شأنها تمكينهم من التغلب على الآثار السلبية للإعاقة والنهوض بأعباء الوظائف المرشحين إليها.¹

ثالثاً: يستند الفقه كذلك في تبرير عدم ملائمة الأخذ بالمساواة القانونية أمام الوظائف العامة إلى خصوصية حظر التمييز على أساس الإعاقة واختلافه عن غيره من صور التمييز المحظورة بنصوص الدستور أو القانون، كالتمييز على أساس الجنس أو العرق أو اللون أو الدين على سبيل المثال. فإذا كان من المستقر عليه أن عدم جواز التمييز بوجه عام يفرض على الدولة التزام ذي مضمون سلبي؛ مفاده الامتناع عن الاعتداد بأي من هذه المعايير المحظورة لتمييز فئة على حساب فئة أخرى، فإن حظر التمييز على أساس الإعاقة يتعين تفسيره بشكل أوسع من ذلك، بحسبان أن الغرض الرئيس من وراء حظر التمييز على أساس الإعاقة يتمثل أساساً في تعزيز فرص إدماج ذوي الإعاقة في الكيان الاجتماعي. وهو ما يعني أن حظر التمييز على أساس الإعاقة لا يلقي على الدولة التزاماً سلبياً بعدم التمييز ضد ذوي الإعاقة فحسب، وإنما يفرض عليها كذلك التزاماً إيجابياً بالتدخل لإزالة

¹ Dhir, *supra note*16, at. 200-01. Joly, 257-60; Kanter, A Comparative view of Equality Under The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the Disability Laws of the United States, *supra note*, 138, at. 69 "although formal equality may be codified by a law, a qualified person with a disability will nonetheless face discrimination in hiring and promotion unless the workplace is actually made accessible, unless written materials are available in alternate formats for employees who are blind, unless communication access is guaranteed for people who are deaf or hard of hearing, and unless the physical building is accessible for people with mobility impairment."

مختلف صور العوائق أو المعوقات التي تحول دون تمتع ذوي الإعاقة بكامل حقوقهم وحرياتهم الأساسية على قدم المساواة مع الآخرين.¹ وفي ضوء ما تقدم من حجج، ذهب عديد من الفقهاء إلى أن حقوق ذوي الإعاقة في التعيين بالوظائف العامة أو الاستمرار في شغلها لا يمكن كفالتها من الناحية الواقعية إلا من خلال تطبيق بالمساواة الفعلية. فتحقق المساواة الفعلية عند المغايرة في المعاملة بين ذوي الإعاقة وغيرهم من المواطنين من خلال تخصيص المشرع لقواعد متميزة لذوي الإعاقة نظرًا لاختلاف مراكزهم القانونية، شريطة أن تأخذ هذه المعاملة المغايرة في الحسبان ضرورة إزالة الحواجز والعقبات التي تحول دون ممارسة ذوي الإعاقة

¹ Lemaire, Op.Cit., p.301; Joly, 186-88; v. encore en ce sens Morgan Sweeny, « Le Principe d'égalité de traitement en droit de social de l'union européenne : d'un principe moteur a un principe matriciel », RFAS 2012/1. 58 « Les règles relatives à la non-discrimination en raison du handicap ou de l'âge renouvellent le concept même de discrimination. Elles ne sont en effet pas essentiellement fondées sur une logique de prohibition, s'est à dire interdiction faite aux Etats membres ou en employeurs de fonder leurs décisions sur le critère discriminatoire. Aux contraires, ces dispositifs antidiscriminatoires autorisent la prise en considération des critères qu'ils visent, mais l'invocation de ces critères demeurent fermement encadrée. Contrairement aux critères de la race et du sexe, pour lesquels l'employeur est tenu a une obligation de cécité. »

See also Lepofsky, The Charter's guarantee of Equality to People with Disabilities – How well is it working?, *supra note* 135, p. 166. He argues that that this vision of equality "creates for the first time a duty to accommodate the needs of equality-seeking disadvantaged groups. Central to the guarantee of equality generally, this duty is especially important in the search for disability equality. Many, if not most of the barriers impeding people with disabilities could be removed or redressed if reasonable steps were taken to accommodate their needs."

لحقهم في شغل الوظائف العامة على قدم المساواة مع غيرهم من المواطنين، فيتساوى الجميع حينئذ أمام الوظائف العامة.¹

والواقع أننا لا نرى من جانبنا في هذه المساواة أي تعارض مع المساواة القانونية، طالما سلمنا بفكرة المدلول النسبي للمساواة القانونية واستحالة تحقيق المساواة المطلقة، كما بينا آنفاً، إذ أن تخصيص قواعد قانونية لكل فئة من المواطنين ممن يشغلون مراكز قانونية مختلفة، لا يتعارض مع ما يجب أن تتسم به القاعدة القانونية من عمومية وتجريد، إنما هو أثر حتمي لطبيعة القانون الذي يقوم على فكرة التصنيف، ويمكن عد المساواة الفعلية في هذا المقام من قبيل المساواة الرافعة *Egalite Elévatrice* التي قال بها بعض الفقه، لرفع مستوى الفقراء والضعفاء إلى مستوى الأغنياء والأقوياء، إذ تستهدف المساواة التي ينادي بها الفقه المعاصر لكفالة حقوق ذوي الإعاقة أمام الوظائف العامة، القضاء على الحواجز والعقبات التي تواجه ذوي الإعاقة أمام الوظائف العامة، من أجل رفع مستواهم إلى مستوي غيرهم من المواطنين، دون أن يكون ذلك على حسابهم، بحيث يتساوى الجميع في النهاية في شروط شغل الوظائف العامة والاستمرار فيها.²

¹ دكتور أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص. ١١٢؛ دكتور شحاته أبو زيد شحاته دياب، المرجع السابق، ص. ٥٤. وتعد المساواة الرافعة أو *l'égalité élévatrice* أحد الصور أو الوسائل التي قال بها بعض الفقه لتحقيق المساواة الفعلية بين أفراد المجتمع الواحد من خلال رفع مستوى الضعفاء والفقراء إلى مستوى الأغنياء والأقوياء، ويكاد يتمثل النقد الوحيد الذي وجه لهذه الفكرة في استحالة تطبيقها من الناحية العملية بالنظر لكثرة عدد الضعفاء والفقراء وصعوبة تحديد الأشخاص المستفيد من تطبيقها. على أن هذه الحجة وإن صدقت في المطلق، فإنه لا تصدق والحالة التي يتعلق الأمر فيها بتحقيق المساواة الفعلية بين ذوي الإعاقة وغيرهم من المواطنين وذلك بالنظر إلى قلة عدد من ينتمون إلى هذه الطائفة وإمكانية تحديد أشخاص المستفيدين من تطبيقها، وهم من ينطبق عليهم وصف ذوي الإعاقة، على الوجه الذي بيناه في الفصل الأول من هذا البحث.

وتجدر الإشارة إلى أن هناك نوعاً آخر من المساواة قال بها الفقه في نفس السياق وهي المساواة الخافضة *l'égalité nivélatrice* وهي تلك التي ترمي إلى إنزال الأغنياء إلى مرتبة الضعفاء. وقد انتقد الفقه، وبحق هذا النوع من المساواة، حيث قد يستغلها القادة لكسب شعبية لدى الجماهير إبان الثورات بغرض توطيد سيطرتهم.

² دكتور حسام فرحات، المرجع السابق، ص. ٩٤-٩٥؛ دكتور شحاته أبو زيد شحاته دياب، المرجع السابق، ص. ٢٣٥؛ دكتور عبد الحميد متولي، الحريات العامة نظرات في تطورها وضمائنها ومستقبلها، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٧٤، ص. ٦٧-٦٨.

وتتفق المساواة الفعلية من هذه الزاوية مع التوجهات العالمية في الأخذ بالنموذج الاجتماعي للإعاقة، والذي يركز في جوهره، كما بينا سلفاً، على القدرات والملكات المتبقية للمعوقين، وتأكيد وتعزيز فرص مشاركتهم في المجتمع على قدم المساواة مع غيرهم من المواطنين، مع ضرورة احترام الفوارق وقبول الأشخاص ذوي الإعاقة كجزء لا يتجزأ من التنوع البشري والطبيعة البشرية.¹ كذلك فإن كفالة المساواة الفعلية يتفق مع النموذج الاجتماعي للإعاقة فيما يفرضه من تركيز الاهتمام على مواجهة العقبات والعوائق التي تمنع المعاقين من المشاركة على وجه فعال في المجتمع، وذلك من خلال إزالة الحواجز المصطنعة التي تحول دون الاندماج في المجتمع بصفة عامة والتوظيف بصفة خاصة، وهو ما يقتضي من الدولة والمجتمع أيضاً، العمل على توفير التدابير الملائمة للقضاء على كافة صور هذه العقبات.²

من ناحية أخرى، فإن المساواة الفعلية على النحو السالف بيانه لا تتعارض مع مبدأ الجدارة، أحد أهم المبادئ التي تقوم عليها الوظيفة العامة، والذي يقوم في جوهره على ضرورة إخضاع شغل الوظائف العامة والبقاء فيها لمعايير القدرة والصلاحية والكفاية دون محاباة أو تمييز، بغرض اختيار أفضل العناصر لشغل الوظيفة العامة.³ إذ أن إزالة العقبات التي تمنع ذوي

¹ UN General Assembly, Convention on the Rights of Persons with Disabilities, art. 3 (c-d).

² Faraday, *Supra note 29*, at. 118 citing the Supreme Court of Canada's vision of equality, which centers on the idea that "equality does not require identical treatment. In fact, identical treatment can itself be the source of discrimination. Instead, equality requires taking into account the underlying differences between individuals and groups in society and accommodating those differences in order to ensure equality of impact and outcome."

³ انظر في ذلك دكتور شمس الدين بشير الشريف، الجدارة في تقلد الوظيفة العامة بين النظرية والتطبيق، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، ٢٠١٤، ص. ٧ وما بعدها. دكتور محمد عبد الرحمن النسوقي، شغل الوظيفة العامة في ضوء المتغيرات المعاصرة، دار

الإعاقة من التعيين في الوظائف العامة أو البقاء فيها على النحو الذي يحقق المساواة الفعلية بينهم وبين غيرهم من المواطنين ليس من شأنه أن يجعل من ذوي الإعاقة أكثر كفاية أو صلاحية لشغل الوظائف العامة، وإنما من شأنه أن يخلق فرصاً متساوية لذوي الإعاقة أمام الوظائف العامة، بغرض الكشف عن مدى جدارتهم وصلاحيتهم لشغل الوظائف العامة أو البقاء فيها، فإن ثبتت جدارتهم أو صلاحيتهم حق لهم حينئذ شغل الوظائف العامة والبقاء فيها، وإن لم تثبت كان للإدارة أن تختار من غيرهم ممن استوفوا هذا الشرط من المترشحين على هذه الوظائف. وقد سبق للمحكمة الدستورية العليا المصرية أن أكدت ما تقدم في أحد أحكامها المتعلقة بكفالة حقوق ذوي الإعاقة، مؤكدة أن الفرص التي يتيحها المشرع لذوي الإعاقة لمواجهة آثار عجزهم وتمكينهم من مباشرة مسئولياتهم ليس من شأنها "أن تفاضل بين المعوقين وغيرهم لتجعلهم أشد بأساً أو أفضل موقعاً من سواهم، ولكنها تخولهم تلك الحقوق التي يقوم الدليل جلياً على عمق اتصالها بمتطلباتهم الخاصة، وارتباطها بأوضاعهم الاستثنائية، لتعيد إليها توازناً اختل من خلال عوارضهم."¹

النهضة العربية، ٢٠٠٩، ص. ٥٧ وما بعدها. دكتور مصطفى أبو زيد فهمي، الوسيط في القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، ٢٠٠٥، ص. ٧٢١ وما بعدها. دكتور محمود سامي جمال الدين، التنظيم الإداري للوظيفة العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، ١٩٩٠، ص. ١٤٣ وما بعدها. دكتور محمد باهي أبو يونس، الاختيار على أساس الصلاحية للوظيفة العامة في النظام الإداري الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، ١٩٩٩، ص. ٢٧.

انظر أيضاً في تعريف مبدأ الجدارة أمام الوظيفة العامة حكم محكمة القضاء الإداري - الطعن رقم ٧٥٩ - لسنة ٥ قضائية - تاريخ الجلسة ٢١-٣-١٩٥٤ - مكتب فني ٨ - رقم الجزء ٢ - رقم الصفحة ١٠٢٨، حيث قضت بأن "الجدارة هي جماع من العناصر منها ما يتصل بالكفاية الفنية والكفاية الإدارية في الوظائف الرئيسية ومنها ما يتجمع لدى الإدارة من عناصر أخرى وهذا من الملائمات المتروكة لتقدير الإدارة بلا معقب عليها من هذه المحكمة ما دام خلا تقديرها من إساءة استعمال السلطة ولم يقيد القانون بنظام يجب التزامه في كيفية تقدير هذه العناصر".

¹ المحكمة الدستورية العليا - الطعن رقم ٨ - لسنة ١٦ قضائية - تاريخ الجلسة ٨-٥-١٩٩٥ - مكتب فني ٧ - رقم الجزء ١ - رقم الصفحة ١٣٩

كذلك، فإن كفالة المساواة الفعلية بين ذوي الإعاقة وغيرهم من المواطنين أمام الوظائف العامة تضمن تحقيق تكافؤ الفرص *Egalité des Chances* لذوي الإعاقة، وذلك من خلال إتاحة فرص حقيقية لذوي الإعاقة للتعيين بالوظائف العامة والاستمرار في شغلها، وكذلك الترقى في مدارجها على قدم المساواة مع الآخرين. فإذا كان من المستقر عليه - على حد تعبير بعض الفقهاء - أن تكافؤ الفرص يعني "أن تتاح للجميع نقطة انطلاق مشتركة في سباق أو تنافس ما، وأن يحكم الجميع مجموعة من القواعد التي تطبق على المتنافسين بشكل طبيعي"¹ فإن تخصيص المشرع لقواعد متميزة بشأن تعيين ذوي الإعاقة واستمرارهم في الوظائف العامة، تقوم في جوهرها على تلبية متطلباتهم الخاصة والقضاء على مختلف العوائق التي تحول دون تمتعهم فعليًا بهذا الحق يضحى متطلبًا أوليًا لتوفير نقطة انطلاق مشتركة لذوي الإعاقة وغيرهم من المواطنين في التنافس أمام الوظائف العامة.²

وفد تأثرت كثير من تشريعات التوظيف المقارنة بالتحول الذي قال به الفقه المعاصر من المساواة القانونية إلى المساواة الفعلية لكفالة حقوق ذوي الإعاقة في التعيين بالوظائف العامة أو الاستمرار في شغلها، فأخذ

¹ دكتور حسام فرحات، المرجع السابق، ص. 35-134.

Kanter, A Comparative view of Equality under the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the Disability Laws of the United States, *supra note*, 138, at. 69. He explained that "this model of equality supports the view that all people will be treated equally once we remove the barriers that prevent people – for whatever reason – from participating equally in society."²

Joly, Op. Cit. 13. Elle argue « si les personnes sont soumises à des conditions différentes, il faut procéder à une égalisation des conditions de départ pour garantir l'égalité concrète. Aussi la personne handicapée devient-elle celle dont les chances doivent être égalisées. Cette notion d'égalité des chances implique que la prise en considération des inégalités de fait pour permettre de corriger les effets pervers de l'égalité formelle. »

المشرعون الوطنيون يضمنون قوانين التوظيف بأحكام خاصة تستهدف تحقيق المساواة الفعلية بين ذوي الإعاقة وغيرهم في مسائل التعيين والاستمرار بالوظائف العامة من خلال تلبية متطلبات المعوقين واحتياجاتهم الخاصة. وقد تمخض عن هذه الأحكام ظهور ما يسمى بحق ذوي الإعاقة في الحصول على الترتيبات التيسيرية المعقولة - أو التدابير الملائمة كما تتعتها بعض الأنظمة - لتعويض الآثار السلبية للإعاقة وتمكينهم من القيام بمتطلبات الوظائف المرشحين إليها. ومن قبيل القوانين المقارنة التي اعترفت صراحة لذوي الإعاقة بهذا الحق:

- قانون الأمريكيون ذوي الإعاقة¹ American with Disability Act والذي نص صراحة على عدم جواز التمييز ضد ذوي الإعاقة بسبب إعاقتهم في خصوص إجراءات التعيين بالوظائف العامة، أو التعيين فيها أو الترقية في مدارجها أو الإحالة للتقاعد أو الراتب أو التأهيل المهني. وقد اعتبر القانون في حكم التمييز المنهي عنه بموجب المادة

الم يعرف النظام القانوني الأمريكي قوانين مكافحة التمييز بوجه عام إلا في بدايات الستينات. إذ شهدت الولايات المتحدة الأمريكية في هذه الفترة، وتحديداً في عام 1964، أول تشريع قانوني لمكافحة التمييز تحت مسمى قانون الحقوق المدنية Civil Rights Act على أن هذا القانون بالرغم من تكريسه لمبدأ حظر التمييز على أساس الجنس أو اللون أو الأصول التاريخية أو الدين، فإن نصوصه لم تتعرض للإعاقة كأحد الأسباب غير المشروعة للتمييز.

وفي عام 1973 وافق الكونجرس الأمريكي على مشروع قانون متخصص لحماية حقوق ذوي الإعاقة وهو قانون إعادة التأهيل أو Rehabilitation Act، وقد استهدف هذا القانون بشكل أساسي حظر التمييز بين المواطنين على أساس الإعاقة في مجال التوظيف بالوظائف المتعلقة بالبرامج والأنشطة التي تمويلها الحكومة الفيدرالية. ولاحقاً، في عام 1990، تدخل الكونجرس مرة ثانية بموجب تشريع آخر يطلق عليه الأمريكيون ذوي الإعاقة Americans with Disabilities ليوسع من نطاق الحماية التي يكفلها التنظيم القانوني الأمريكي لذوي الإعاقة. للمزيد حول الحماية التي يكفلها النظام القانوني الأمريكي لذوي الإعاقة، أنظر:

Rachel Heather Hinckley, Evading Promises: the Promise of Equality under U.S. Disability Law and How the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities Can Help, 39 Ga. J. Int'l & Comp. L. 185, (2010); Peter Blanck, "The Right to Live in the World": C.R. Disability Yesterday, Today, and Tomorrow, 13 Tex. J. C.L. & 367, (2008); The ADA: Congress Breathes New Life into the American with Disabilities Act, 81-MAR J. Kan. B.A.22 (2012).

السالفة، عدم الاعتراف لذوي الإعاقة بالحق في الترتيبات التيسيرية المعقولة the right to reasonable accommodation شريطة أن تكون هذه الترتيبات متناسبة، وألا يترتب عليها أي مشقة غير مبررة Undue hardship¹. وقد بين القانون، على سبيل المثال لا الحصر، بعض صور الترتيبات التيسيرية المعقولة التي يمكن توفيرها لذوي الإعاقة بقصد التغلب على الآثار السلبية للإعاقة والنهوض بأعباء الوظائف المرشحين إليها ومنها: تيسير سبل الوصول إلى الطرق والمباني، إعادة هيكلة الوظائف، العمل بدوام جزئي، الحصول على دورات تدريبية وتأهيلية، تيسير سبل الاتصال والتواصل مع ذوي الإعاقة عن طريق استخدام الوسائل التكنولوجية، كتزويد أجهزة الحاسوب ببرامج قارئة للشاشة أو مكبرة للحروف.²

1

No covered :42 U.S. Code § 12112 - Discrimination (a) General rule entity shall discriminate against a qualified individual on the basis of disability in regard to job application procedures, the hiring, advancement, or discharge of employees, employee compensation, job training, and other terms, conditions, and privileges of employment.

(b)Construction As used in subsection (a), the term "discriminate against a qualified individual on the basis of disability" includes—

(A) not making reasonable accommodations to the known physical or mental limitations of an otherwise qualified individual with a disability who is an applicant or employee, unless such covered entity can demonstrate that the accommodation would impose an undue

hardship on the operation of the business of such covered entity; or
(B) denying employment opportunities to a job applicant or employee who is an otherwise qualified individual with a disability, if such denial is based on the need of such covered entity to make reasonable accommodation to the physical or mental impairments of the employee or applicant;

² 42 U.S. Code § 12111 - Definitions (9) Reasonable accommodation The term "reasonable accommodation" may include—

(A) making existing facilities used by employees readily accessible to and usable by individuals with disabilities; and

- وعلى غرار المشرع الأمريكي، تدخل المشرع الفرنسي بموجب قانون المساواة في الحقوق والفرص والمشاركة والمواطنة La Loi pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées ليؤكد عدم جواز التمييز ضد ذوي الإعاقة في خصوص التعيين بالوظائف العامة أو الاستمرار في شغلها، مبيناً أن المساواة الفعلية بين ذوي الإعاقة وغيرهم من المواطنين لا يمكن كفالته واقعيًا ما لم يراعى عند تقدير صلاحيتهم لشغل الوظائف العامة أو استمرارهم فيها لمتطلباتهم الخاصة واحتياجاتهم الفعلية compte tenu des possibilités de compensation du handicap¹. وبناء عليه، لم يعد في مقدور الجهة الإدارية، كما بينا سابقاً، استبعاد ذوي الإعاقة لمجرد تعارض نوعية الإعاقة أو طبيعتها مع متطلبات وواجبات الوظيفة، وإنما بات من المتعين عليها أن تقوم بتقدير صلاحية المعوق في ضوء الاحتياجات الفعلية التي يحتاجها ذوو الإعاقة للتغلب على الآثار السلبية لعجزهم. وقد نشأ بموجب ما تقدم

(B) job restructuring, part-time or modified work schedules, reassignment to a vacant position, acquisition or modification of equipment or devices, appropriate adjustment or modifications of examinations, training materials or policies, the provision of qualified readers or interpreters, and other similar accommodations for individuals with disabilities

¹ La Loi n. 2005-102 du 11 Février 2005 pour L'Égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, Op. cit. p. 2353. Art. 31. « La loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires est ainsi modifiée:

1° Le 5° de l'article 5 et le 4° de l'article 5 bis sont complétés par les mots: «compte tenu des possibilités de compensation du handicap»

وبذلك أضحي نص المادة 5 من قانون 13 يوليو 1983 بعد التعديل يقرأ على النحو التالي:
Nul ne peut avoir la qualité de fonctionnaire : ... 5° S'il ne remplit les conditions d'aptitude physique exigées pour l'exercice de la fonction compte tenu des possibilités de compensation du handicap.

حق أصيل لذوي الإعاقة في الحصول على التدابير الملائمة les mesures appropriées لتمكينهم من تجاوز الآثار السلبية لحالة العجز التي يعانون منها، والوفاء بمتطلبات الوظائف المرشحين إليها.¹

- وفي مصر، تدخل المشرع المصري بموجب القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠١٨ بشأن قانون حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة ليكرس ولأول مرة مبدأ المساواة الفعلية بين ذوي الإعاقة وغيرهم من المواطنين، حيث نص البند الأول من المادة الرابعة على عدم جواز التمييز بسبب الإعاقة أو نوعها أو جنس المعوق، وتأمين المساواة الفعلية في التمتع بجميع حقوق الإنسان وحياته الأساسية في كافة الميادين، وإزالة جميع العقبات والمعوقات التي تحول دون تمتعهم بهذه الحقوق.

ولضمان تحقيق هذه المساواة من الناحية العملية، كفلت نصوص هذا القانون لذوي الإعاقة الحق في الحصول على وسائل الإتاحة والترتيبات التيسيرية المعقولة، بحسبانها وسائل أساسية لكفالة تمتعهم بجميع حقوق والحريات الأساسية على أساس من المساواة مع الآخرين. وتعد الأحكام السالفة من أهم الأحكام التي استحدثها المشرع في هذا القانون، بالمخالفة لما كان مستقرًا عليه في القوانين المصرية السابقة المعنية بتنظيم أوضاع ذوي الإعاقة وحقوقهم وحياتهم، حيث كانت هذه الأخيرة - كما بينا سلفاً في الفصل الأول - تميل إلى الأخذ بالمفهوم الطبي للإعاقة، وتقتصر نواحي الاهتمام

¹ La Loi n. 2005-102 du 11 Février 2005 pour L'Egalite des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, JORF du 12 Févr. 2005, p. 2353, art. 24. V. encore Ministère de travail, de l'emploi, de la formation personnelle et du dialogue, Handicap & emploi droits et dispositifs, édition 2016, 340-343.

بهذه الطائفة عند حد توفير الدعم المالي والصحي والرعائي، دون أن يستلزم ذلك بالضرورة العمل على إدماجهم في المجتمع، أو الاعتراف لهم بالحق في التمتع بكامل الحقوق والحريات الأساسية على قدم المساواة مع غيرهم من المواطنين.

الفرع الثاني

حق ذوي الإعاقة في الحصول على الترتيبات التيسيرية المعقولة

بيننا فيما تقدم، أن المساواة الحقيقية لذوي الإعاقة بغيرهم من المواطنين أمام الوظائف العامة لا تقتضي المغايرة في المعاملة بينهم فحسب، وإنما يتعين أن تراعي هذه المعاملة المغايرة الاحتياجات الخاصة بذوي الإعاقة لتمكينهم من التغلب على الآثار السلبية للإعاقة. وقد تولد عن هذا التحول في المفاهيم التقليدية لمبدأ المساواة أمام الوظائف حق أصيل لذوي الإعاقة في الحصول على الترتيبات التيسيرية المعقولة. وسوف نتناول من خلال هذا الفرع تحديد مضمون هذا الحق أولاً، ثم نعرض لنطاقه ثانياً.

أولاً: مضمون الحق في الحصول على الترتيبات التيسيرية المعقولة.

تجد الترتيبات التيسيرية المعقولة سندها الرئيسي، كما بينا سلفاً، في فكرة المساواة الفعلية وما تقتضيه من ضرورة المغايرة في المعاملة بين المراكز القانونية المتفاوتة من ناحية، والاعتداد بالفوارق الطبيعية والمادية بين هذه المراكز من ناحية أخرى.

ويقصد بالترتيبات التيسيرية المعقولة Reasonable accommodation or aménagement raisonnable - والتي تعرفها بعض الأنظمة القانونية الأخرى تحت مسمى التدابير الملائمة les mesures appropriées¹، تلك التدابير أو الإجراءات التي يمكن اتخاذها للحد قدر

¹ يستخدم النظام القانوني الفرنسي مصطلح التدابير المناسبة les mesures appropriées، حيث ورد هذا المصطلح في قانون ٢٠٠٥ بشأن المساواة في الحقوق والفرص والمشاركة والمواطنة لذوي الإعاقة، وذلك بالمقابلة لمصطلح التدابير التيسيرية المعقولة les

الإمكان من الآثار السلبية للإعاقة وتذويب الفوارق الطبيعية الناجمة بسببها بين ذوي الإعاقة وغيرهم من المواطنين، بقصد تحقيق المساواة الحقيقية، وتكافؤ الفرص فيما بينهم.¹

كما ذهب بعض آخر من الفقه إلى تعريف الترتيبات التيسيرية المعقولة بأنها تلك التدابير التي تستهدف إزالة العراقيل التي تمنع الموظفين من ذوي الإعاقة من التواجد في مركز قانوني مماثل لنظرائهم.²

ويذهب جانب ثالث من الفقه إلى القول بأنه يقصد بالترتيبات التيسيرية المعقولة " ذلك الالتزام الذي يقع على عاتق الدولة والقطاع الخاص بالخروج على القواعد أو الممارسات أو السياسات المشروعة والمبررة التي تطبق على الجميع دون استثناء بقصد تلبية المتطلبات الخاصة للأقليات، لاسيما ذوي الإعاقة."³

aménagements raisonnables الذي اعتنقه كثير من الدول الأوروبية في تشريعاتها ذات الصلة بذوي الإعاقة بالتطبيق لأحكام التوجيه الصادر من المجلس الأوروبي رقم 2000/78/CE بشأن وضع الإطار العام للمساواة في المعاملة في مجال حق العمل والتوظيف في ٢٧ نوفمبر ٢٠٠٠.

¹ Augustin Boujeka, « Égalité de traitement et Handicap: à propos de la proposition de directive européenne du 2 juillet 2008 », RDSS,2009, p. 94.

دكتور صالح سويلم الشرفات، المرجع السابق، ص. ٥- ١٢. يؤكد المؤلف أن الترتيبات التيسيرية ليست بغريبة عن التراث والثقافة الإسلامية، فقد عرفت الحضارة الإسلامية صوراً متعددة للترتيبات التيسيرية في مجال الوظيفة ويأتي على رأسها حق الموظف في الاستعانة بشخص آخر لمساعدته في القيام ببعض متطلبات الوظيفة. ومن أولى السوابق في هذا الصدد ما روي عن ابن مكتوم رضي الله عنه - وهو من كان يرفع الأذان الثاني لصلاة الفجر - كان يصعب عليه بسبب ضعف نظره أن يتثبت من لحظة بزوغ الفجر ولذا فإنه كان ينتظر من يخبره بحلول هذه اللحظة حتى يرفع الأذان. ومن السوابق الأخرى في هذا الخصوص، ما كان متبعاً في عصر الدول الاموية حيث كان يتم توفير قارئ ومرافق لكل شخص كفيف، وكانت الدولة تقوم بدفع رواتبهم من البيت المال آنذاك.

² Lisa Waddington "implementing and interpreting the Reasonable accommodation provision of the Framework Employment Directive: Learning from Experience and Achieving Best Practice", Réseau European des Experts en Matière de Discrimination Fondée sur le Handicap, 2004, p.81.

³ Jose Woehrling, " L'obligation d'accommodement Reasonnable et L'adaptation de la Société a la Diversité Religieuse", Revue de droit de Mc Gill, vol. 3 1998, p.328.

وأخيراً عرفت الاتفاقية الدولية لحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة الترتيبات التيسيرية المعقولة بأنها "التعديلات والترتيبات اللازمة والمناسبة التي لا تفرض عبئاً غير متناسب أو غير ضروري، والتي تكون هناك حاجة إليها في حالة محددة، لكفالة تمتع الأشخاص ذوي الإعاقة على أساس المساواة مع الآخرين بجميع حقوق الإنسان والحريات الأساسية وممارستها".¹

ويتبين من التعاريف السابقة، أن الحق في الحصول على الترتيبات التيسيرية المعقولة إنما يتولد عنه التزام على عاتق الدولة، عند تقدير صلاحية المعوق لشغل الوظائف العامة أو الاستمرار في شغلها، بمراعاة المتطلبات الخاصة بذوي الإعاقة وتوفير التدابير المناسبة بقصد الحد من الآثار السلبية للإعاقة، وإزالة ما يواجهونه من معوقات تحول دون تمتعهم بهذه الحقوق على قدم المساواة مع غيرهم من المواطنين.

وهذه الترتيبات، وفقاً لما تقدم، لا تعدوا أن تكون تدابير فردية أو إجراءات إصلاح فردية *Correctif individuel* - على حد تعبير بعض الفقه - تستهدف الفرد داخل المجموعة وليست المجموعة ككل، إذ لا يتولد عنها حق جماعي لجميع الأفراد المنتمين إلى فئة ذوي الإعاقة، وإنما فقط حق فردي لا يمكن المطالبة به إلا عندما تعن الحاجة إليه وبما يتلاءم مع طبيعة الإعاقة في ضوء كل حالة على حدي.²

وتختلف الترتيبات التيسيرية المعقولة، وفقاً للمعنى المتقدم، عن إجراءات التمييز الإيجابي، إذ بينما تستهدف هذه الأخيرة تحقيق العدالة لجميع الأفراد المنتمين إلى أقلية ما، من خلال القضاء على التمييز الناتج عن قاعدة قانونية

¹ UN General Assembly, Convention on the Rights of Persons with Disabilities, *supra note* 22, art. 2.

² Joly, Op. Cit., p. 240. « Les aménagements raisonnables visent l'individu au sein d'un groupe et non le groupe dans son ensemble. Ils ne sont consentis qu'en cas de nécessité et sont adaptées aux caractéristiques de chaque cas particulier. »

محددة تجاه هذه الأقلية في مجملها، فإن الترتيبات التيسيرية المعقولة تستهدف إزالة التمييز الناشئ عن تطبيق قاعدة محددة على فرد بعينه.¹ وتأسيسًا على ما تقدم، فإن الترتيبات التيسيرية المعقولة لا تشكل أي إخلال بمبدأ المساواة أو تمييزًا يجعل من ذوي الإعاقة في موقع أفضل من غيرهم من المواطنين، وإنما على العكس، تمثل هذه الترتيبات ضمانة هامة لتحقيق المساواة الحقيقية لذوي الإعاقة بغيرهم من المواطنين، بالنظر لاتصالها الوثيق بمتطلباتهم الخاصة وارتباطها اللصيق بأوضاعهم الاستثنائية.²

¹ Joly, Op. Cit., p. 239. L'auteur affirme que l'aménagement raisonnable « n'est pas une mesure d'action positive. L'action positive procède d'une justice de groupe qui répond à un impact disproportionné d'une règle sur un groupe détermine et non, à la différence de l'aménagement raisonnable, d'une réparation individuelle qui répond à l'effet discriminatoire d'une règle sur une personne. »

² Woehrling, Op. Cit., p.325-401. L'auteur souligne que « si les mesures d'accommodement accordées à certaines personnes ne doivent pas avoir d'effet discriminatoire déraisonnable sur d'autres, le simple fait de prévoir un traitement particulier pour les demandeurs d'accommodement ne constituent pas de la « discrimination à rebours », si cette mesure est nécessaire pour éviter que ceux-ci ne soient pas pénalisés du fait de leur appartenance à un groupe minoritaire. »

See also UN General Assembly, Convention on the Rights of Persons with Disabilities, *supra note 22*, at. art. 5-4.

انظر أيضًا في تأكيد هذا الاتجاه حكم المحكمة العليا بدولة كندا في القضية التالية والتي أكدت فيها أن الامتناع عن الاعتراف لذوي الإعاقة بالحق في الحصول على الترتيبات التيسيرية المعقولة يمثل انتهاكًا صارخًا بمبدأ المساواة:

See (1996), [1997] 1 S.C.R. 241, 1996 CarswellOnt 5035, 1996 CarswellOnt 5036 (S.C.C.) [Eaton] "It is the failure to make reasonable accommodation, to fine-tune society so that its structures and assumptions do not result in the relegation and banishment of disabled persons from participation, which results in discrimination against them ... It is the recognition of the actual characteristics, and reasonable accommodation of these characteristics which is the central purpose of S. 15(1) (equality and non-discrimination provision

وقد أكدت لجنة الأمم المتحدة المعنية بالحقوق الاجتماعية والاقتصادية والاجتماعية ما تقدم في إحدى تقاريرها عند إشارتها إلى أهمية اتخاذ الدول للتدابير المناسبة لإزالة التمييز القائم وإيجاد فرص متساوية لذوي الإعاقة، حيث شددت على أنه " لا ينبغي النظر لهذه الإجراءات على أنها تمييزية بالمعنى الذي جاء في الفقرة الثانية من المادة الثانية من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية ما دامت تستند إلى مبدأ المساواة ولا تستخدم إلا بالقدر الضروري لبلوغ هذا الهدف".¹ وفي نفس الاتجاه، حرصت اتفاقية الأمم المتحدة للأشخاص من ذوي الإعاقة على النص صراحة على أن امتناع الدولة أو تقاعسها عن توفير الترتيبات التيسيرية المعقولة يشكل ضرباً من ضروب التمييز المنهي عنه ضد ذوي الإعاقة.²

of the Canadian Charter of rights and freedoms) in relation to disability."

¹ UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 5: Persons with Disabilities, 9 December 1994, E/1995/22, Art. 18 available at: <http://www.refworld.org/docid/4538838f0.html>.

² Ibid. at. Art. 2.

وقد أخذ بذات الحكم التوجيه الصادر من المجلس الأوروبي رقم 2000/78/CE بشأن وضع الإطار العام للمساواة في المعاملة في مجال حق العمل والتوظيف في ٢٧ نوفمبر ٢٠٠٠.

Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail : art. 5.

كذلك أخذ بذات الحكم قانون المساواة في الحقوق والفرص والمواطنة والمشاركة لذوي الإعاقة الفرنسي في نص المادة ٢٤.

La Loi n. 2005-102 du 11 Février 2005 pour L'Egalite des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, Op. Cit., art. 24 :

« Les mesures appropriées au bénéfice des personnes handicapées visant à favoriser l'égalité de traitement prévues à l'article L. 323-9-1 ne constituent pas une discrimination.»

Le refus de prendre des mesures appropriées au sens du premier alinéa peut être constitutif d'une discrimination au sens de l'article L. 122-45-4.»

ولا يقتصر حق المعوق في الحصول على الترتيبات التيسيرية المعقولة عند التقدم للتعين بالوظائف العامة، وإنما يكون له الحق في الحصول عليها كذلك حال إصابته بالإعاقة أثناء مباشرته للوظيفة المعين بها، إذ من شأن هذه التدابير أن تسمح له بالاستمرار في عمله أو إعادة تعيينه في وظيفة أخرى تتناسب وطبيعة إعاقته بعد الحصول على الدورات التدريبية والتأهيلية اللازمة.¹

ويضرب نفر من الفقه مثلاً لتلك الترتيبات التيسيرية المعقولة التي يتعين على الجهات الحكومية توفيرها لذوي الإعاقة عند الترشيح لوظيفة معينة أو لضمان بقائه بها حال كون الإعاقة لاحقة على التحاقه بالوظيفة، بقوله: لا يجوز على سبيل المثال رفض توظيف أحد الأشخاص من ذوي الإعاقة البصرية بدعوى أن الوظيفة المراد شغلها تتطلب من شاغلها العمل على الحاسوب الإلكتروني، إذ أن هذا العائق البيئي التكنولوجي يمكن إزالته بتحميل قارئ الشاشة الناطق الذي يحول النص المكتوب إلى نص منطوق، فيصبح المعوق حينئذ قادرًا على استخدام الحاسوب بكل إمكانياته، وأهلًا للقيام بمتطلبات الوظيفة.²

وتجدر الإشارة في النهاية قبل التطرق إلى نطاق الالتزام بتوفير الترتيبات التيسيرية المعقولة، إلى أن أعمال المساواة الفعلية وتكافؤ الفرص على النحو المتقدم - وإن كان يفترض أن تكون الوظائف العامة في مجملها متاحة لذوي الإعاقة دون أي تمييز مباشر أو غير مباشر ضدهم على أساس الإعاقة - لا يعني السماح لذوي الإعاقة بتولي الوظائف العامة حال عدم كفاية ما يتمتع به المعوق من قدرات وإمكانيات - بالرغم من اتخاذ كافة الترتيبات التيسيرية المعقولة والممكنة للحد من الآثار السلبية للإعاقة المعقولة

¹ Hervé Rihal, L'insertion des personnes handicapées dans la fonction publique après la loi du 11 février 2005, RD55 2005 P. 394.

²كتور، صالح سويلم الشرفات، المرجع السابق، ص.8.

- للهبوض بمتطلبات ومسئوليات الوظيفة المراد شغلها.¹ ولذا فإن تقدير صلاحية المعوق للهبوض بواجبات وأعباء الوظيفة، يتعين أن يتم في كل حالة على حده في ضوء نوعية الإعاقة ودرجة جسامتها من ناحية، ومدى كفاية قدراته وإمكانياته مع طبيعة الوظيفة المراد شغلها من ناحية أخرى. وإذا كانت للجهة الإدارية سلطة تقديرية واسعة في تقدير توافر شرط الصلاحية من عدمه بحسبانها مسؤولة عن ضمان سير المرفق بانتظام وإطراد، فإن سلطتها في تقدير صلاحية المعوق ليس طليقة من كل قيد، حيث يتعين أن يتم هذا التقدير - على نحو ما سوف يتم بيانه لاحقاً - في ضوء الترتيبات التيسيرية المعقولة أو التدابير الملائمة التي يمكن توفيرها لذوي الإعاقة للحد من الآثار السلبية للإعاقة.²

ثانياً: نطاق الحق في الحصول على الترتيبات التيسيرية المعقولة.

بالرغم من اعتراف كثير من الأنظمة القانونية المقارنة لذوي الإعاقة بالحق في الحصول على الترتيبات التيسيرية المعقولة بمناسبة تقدير صلاحيتهم عند الترشح لشغل الوظائف العامة أو الاستمرار في شغلها والقيام بتبعاتها، فقد تباينت هذه الأنظمة فيما بينها حول نطاق هذا الحق وما يولده من التزام على عاتق الدولة.

¹ في تأكيد ذلك أنظر التوجيه الصادر من المجلس الأوروبي رقم 2000/78/CE بشأن وضع الإطار العام للمساواة في المعاملة في مجال حق العمل والتوظيف في 27 نوفمبر 2000. Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail : art. 17 « La présente directive n'exige pas qu'une personne qui n'est pas compétente, ni capable ni disponible pour remplir les fonctions essentielles du poste concerné ou pour suivre une formation donnée soit recrutée, promue ou reste employée ou qu'une formation lui soit dispensée, sans préjudice de l'obligation de prévoir des aménagements raisonnables pour les personnes handicapées. »

² Frédéric Dieu, la Condition d'aptitude Physique dans la fonction publique, AJFP 2009, p. 203.

ويرجع تباين هذه الأنظمة واختلافها حول النطاق بشكل أساسي إلى صعوبة وضع تعريف محدد لمصطلح المعقولية أو الملائمة الذي يتعين أن تتسم به هذه التدابير أو الترتيبات.¹ ويمكننا التمييز بين ثلاث اتجاهات رئيسية في خصوص هذه المسألة:

- يذهب الاتجاه الأول في تحديد معنى المعقولية إلى اشتراط تناسب هذه التدابير أو الترتيبات مع قدرات وموارد جهة التوظيف *la proportion aux capacités et aux ressources*، فتتحلل الدولة من التزامها بتوفير هذه التدابير إذا كان يترتب على اتخاذها تكلفة عالية أو مشقة مفرطة. وقد أخذ بذلك الاتجاه دولة فنلندا، وألمانيا، وإسبانيا، والولايات المتحدة الأمريكية.²

- أما الاتجاه الثاني، فيذهب في تحديد معنى المعقولية إلى التركيز على مدى فعالية و ملائمة *l'efficacité et l'adéquation* هذه التدابير واقعياً في تلبية المتطلبات الخاصة بذوي الإعاقة ومراعاة أوضاعهم الاستثنائية للنهوض بأعباء ومتطلبات الوظائف المراد شغلها. وقد أخذ بذلك الاتجاه دولة هولاندا.³ كذلك فإننا نعتقد بأن هذا الاتجاه، هو ما أخذت به من حيث الظاهر نصوص القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠١٨ في مصر، إذ ألقت المادة العشرون من هذا القانون التزام عام على كاهل الدولة بتوفير الترتيبات التيسيرية لذوي الإعاقة دون اشتراط معقولية

¹ Olivier Corten, *L'utilisation du Reasonable par le juge international*, Discours juridique, raison et contradiction, Bruylant & éd. De L'ULB, coll ; See also Lisa Waddington, *When it is Reasonable for Europeans to be confused: Understanding when a disability Accommodation is Reasonable from a comparative perspective*, *Comparative Labor Law & Policy Journal* 2008, vol. 29, No. 3.

² Joly, *Op. cit.*, p. 286 & 302.

³ Joly, *Op. cit.*, p. 287.

تكاليفها أو اشتراط تناسبها مع موارد جهات التوظيف، وذلك على غرار التشريعات التي أخذت بالاتجاه الأول.

- وفيما يتعلق بالاتجاه الثالث، فقد أخذ في تحديد معنى المعقولة بالمعيارين السالفين، وبناء عليه، فإنه يشترط لمعقولة الترتيبات التيسيرية التي تلتزم الدولة باتخاذها لتحقيق المساواة الفعلية بين ذوي الإعاقة وغيرهم من المواطنين أمام الوظائف العامة، ألا يترتب على اتخاذها تحميل الدولة بنفقات باهظة أو مكلفة من ناحية، وأن تلبي الاحتياجات الخاصة لذوي الإعاقة من ناحية أخرى. وقد حذا حذو هذا الاتجاه تشريعات دول فرنسا، واليونان، والمملكة المتحدة.¹

وأياً ما كانت المعايير التي تأخذ بها التشريعات المقارنة في تحديد معقولة أو ملائمة هذه الترتيبات التيسيرية، فإنه يتضح من استقراء أحكام القضاء المقارن ذات الصلة بهذا الموضوع، أن الرقابة القضائية حول مدى معقولة أو ملائمة هذه الترتيبات التيسيرية تتم في ضوء كل قضية على حده وفقاً للظروف والملابسات المحيطة بها، إذ أن ما يمكن أن يكون معقولاً في

¹ Joly, Op. cit., p. 288; voir par exemple, La Loi n. 2005-102 du 11 Février 2005 pour L'Egalite des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, JORF du 12 Févr. 2005, p. 2353, art. 31 modifiant la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires; 2° Après l'article 6 quinquies, il est inséré un article 6 sexies ainsi rédigé :

« Art. 6 sexies. - Afin de garantir le respect du principe d'égalité de traitement à l'égard des travailleurs handicapés, les employeurs visés à l'article 2 prennent, en fonction des besoins dans une situation concrète, les mesures appropriées pour permettre aux travailleurs mentionnés aux 1°, 2°, 3°, 4°, 9°, 10° et 11° de l'article L. 323-3 du code du travail d'accéder à un emploi ou de conserver un emploi correspondant à leur qualification, de l'exercer et d'y progresser ou pour qu'une formation adaptée à leurs besoins leur soit dispensée, sous réserve que les charges consécutives à la mise en oeuvre de ces mesures ne soient pas disproportionnées, notamment compte tenu des aides qui peuvent compenser en tout ou partie les dépenses supportées à ce titre par l'employeur. »

خصوص تولي بعض الوظائف أو الاستمرار فيها، قد لا يكون كذلك في وظائف أخرى.¹

المبحث الثاني

الأساس الدستوري والقانوني لحق ذوي الإعاقة في المساواة أمام الوظائف العامة في القانون المقارن والقانون الدولي

بعد أن عرضنا في المطلب الأول لمضمون حق ذوي الإعاقة في المساواة أمام الوظائف العامة، نتناول من خلال هذا المطلب الأساس الدستوري والدولي لحق ذوي الإعاقة في المساواة أمام الوظائف العامة؛ وذلك من خلال الفرعين التاليين:

- المطلب الأول: الأساس الدستوري لحق ذوي الإعاقة في المساواة أمام الوظائف العامة في القانون المقارن.
- المطلب الثاني: الأساس القانوني لحق ذوي الإعاقة في المساواة أمام الوظائف العامة في القانون الدولي.

المطلب الأول

الأساس الدستوري لحق ذوي الإعاقة في المساواة أمام الوظائف العامة في القانون المقارن

تعني الدساتير بوجه عام بتكريس مبدأ المساواة بين جميع المواطنين بحسبانه متطلب أولي لتحقيق سيادة القانون من ناحية أولى، وكفالة الحقوق والحريات الدستورية من ناحية ثانية.² إذ أن إعلاء مبدأ سيادة القانون وكفالة تطبيقه في الواقع العملي لا يمكن تصورهما في مجتمع تنطبق فيه القواعد

¹ Georges khairallh, « le Raisonnable en droit français – développements récents » RTD civ. 1984, p. 455. Selon l'auteur le « raisonnable de modulation sollicite effectivement la prise en compte de toutes les données de l'espèce, y compris celles qui concernent personnellement les parties. »

² دكتور أحمد فتحي سرور المرجع السابق، ص. ١١٣. أنظر أيضاً حكم المحكمة الدستورية العليا، الدعوى رقم ٢١ لسنة ٧ قضائية المحكمة الدستورية العليا "دستورية".

القانونية على فئة من الأفراد دون أخرى. كذلك فإن الحديث عن كفالة الحقوق والحريات ذات الطبيعة الدستورية أو تلك التي يعترف بها المشرع في حدود سلطته التقديرية، يصبح ضرباً من ضروب العبث، وأمرًا نظريًا محضًا، إن لم تضمن الدولة كفالة تمتع جميع المواطنين بها على قدم المساواة دون استثناء أو تمييز أو تفرقة. ولعل ما تقدم هو ما دفع جانب كبير من الفقه إلى تأكيد الصفة الدستورية لمبدأ المساواة، سواء كرسه الدستور صراحة أو أغفله، بحسبان أن الصبغة الدستورية لمبدأ المساواة تركز في جوهرها على دعائم النظام الديمقراطي ومتطلبات إعمال مبدأ سيادة القانون.¹

ونظرًا لما لمبدأ المساواة من أهمية شديدة في مجال كفالة حق ذوي الإعاقة في العمل بوجه عام، وحققهم في تولي الوظائف العامة بوجه خاص، فسوف نعرض فيما يلي للأساس الدستوري لهذا المبدأ في الأنظمة القانونية المقارنة والنظام القانوني المصري، وذلك في الفرعين التاليين:

- الفرع الأول: الأساس الدستوري لحق ذوي الإعاقة في المساواة أمام الوظائف العامة في الأنظمة القانونية المقارنة.
- الفرع الثاني: الأساس الدستوري لحق ذوي الإعاقة في المساواة أمام الوظائف العامة في النظام القانوني المصري.

الفرع الأول

الأساس الدستوري لحق ذوي الإعاقة في المساواة في تقلد الوظائف العامة

في الأنظمة القانونية المقارنة

تحرص عديد من الدساتير المقارنة، لاسيما تلك التي أقرت أو تعدلت بعد عام ٢٠١٠،^٢ على تكريس مبدأ المساواة وحظر التمييز على أساس

¹ المرجع السابق، ص. ١١٣.

² Amy Raub, Isabel Latz, Aleta Sprague, Michael Ashely and Jody Heymann, Constitutional Rights of Persons with Disabilities: an Analysis of 193 Constitutions, 29 Harv. Hum. Rts. J. 203, 204 (2016).

الإعاقة بنصوص عامة يمكن سحبها أو صرفها على جميع الحقوق والحريات الأساسية، ومن بينها الحق في تولى الوظائف العامة.

ومن قبيل الأمثلة على دساتير هذا الاتجاه، دستور دولة سويسرا، إذ نصت الفقرة الثانية من المادة الثامنة منه على عدم جواز التمييز ضد أي شخص "بسبب الأصل أو العرق أو الجنس أو السن أو اللغة أو الوضع الاجتماعي أو طريقة الحياة أو المعتقدات الدينية أو العقائدية أو السياسية أو بسبب الإعاقة الجسدية أو العقلية أو النفسية".¹ وفي نفس الاتجاه نصت الفقرة الأولى من المادة الرابعة عشرة من دستور دولة أرمينيا على عدم جواز التمييز "القائم على الجنس أو العرق أو لون البشرة أو الأصل الاثني أو الاجتماعي أو الظروف الجينية أو اللغة أو الدين أو وجهات النظر أو الآراء السياسية أو غيرها من الآراء أو الانتماء إلى أقلية قومية أو على أساس الملكية أو المولد أو الإعاقة أو السن أو غير ذلك من الشروط الشخصية أو الطابع الاجتماعي".² أيضًا من الدول التي شابت هذا الاتجاه دولة النمسا، إذ نصت الفقرة الأولى من المادة السابعة من الدستور على "أن جميع المواطنين متساوون أمام القانون، ولا يجوز التمييز بينهم على أساس الولادة أو الجنس أو الثروة أو الطبقة أو الدين، وكذلك لا يجوز التمييز ضد أحد بسبب إعاقته".³ كذلك فقد حذا حذو هذه الدساتير، دساتير كل من دولة بوليفيا⁴ ودولة كندا⁵ ودولة الإكوادور⁶ ودولة ألمانيا¹ ودولة السويد.²

حيث بينت هذه الدراسات المسحية التي نشرتها مجلة هارفرد الدولية لحقوق الإنسان بكلية الحقوق جامعة هارفرد، الولايات المتحدة الأمريكية حديثًا في عام ٢٠١٦، أنه بالرغم من قلة عدد الدساتير التي تناولت حقوق ذوي الإعاقة في نصوص صريحة، إلا أن أغلب الدساتير التي تضمنت هذه النوعية من النصوص قد تم وضعها أو أدخلت عليها تعديلات بعد عام ٢٠١٠.

¹ Constitution of Switzerland 1999 (rev. 2014), Art. 8(2).

² Constitution of Armenia 1995 (rev. 2015), Art. 14(1).

³ Constitution of Austria 1945 (rev. 2013), Art. 7(1).

⁴ Constitution of Bolivia 2009, Article 14 II.

⁵ Constitution Act of Canada 1982, PART I, F 15(1).

⁶ Constitution of Ecuador 2008 (rev. 2015), Art. 11.

وبخلاف تلك النصوص العامة للمساواة والتي يمكن سحبها كما أشرنا على جميع الحقوق، فإن هناك من الدساتير المقارنة ما تحرص نصوصها على إعادة تكريس مبدأ المساواة مرة أخرى بشكل صريح في خصوص التعيين بالوظائف العامة، وذلك لما لهذا المبدأ من أهمية خاصة في هذا المجال، ومن قبيل هذه الدساتير دستور دولة لبنان، والذي نصت المادة الثانية عشرة منه على "أن لكل لبناني الحق في تولي الوظائف العامة، لا ميزة لأحد على الآخر، إلا من حيث الاستحقاق والجدارة حسب الشروط التي ينص عليها القانون."^٣ وفي ذات الاتجاه، نصت المادة الحادية والثلاثون من الدستور المغربي على أن "تعمل الدولة والمؤسسات العمومية والجماعات الترابية، على تعبئة كل الوسائل المتاحة، لتيسير أسباب استفادة المواطنين والمواطنات، على قدم المساواة، من الحق في: ... ولوج الوظائف العمومية حسب الاستحقاق..."^٤ أيضاً، نصت المادة الخامسة والثلاثون من دستور دولة الإمارات العربية المتحدة على أن باب الوظائف مفتوح لجميع المواطنين على أساس الوظائف بينهم في الظروف."^٥

أيضاً فإن هناك من الدساتير ما حظرت نصوصها صراحة التمييز على أساس الإعاقة في مجال التوظيف وسائر الحقوق الوظيفية الأخرى.^٦ ومن قبيل الأمثلة على هذه الدساتير ما اشتمل عليه الدستور السوداني في الفقرة الثانية من المادة الثانية عشرة والتي أكدت عدم جواز حرمان "أي شخص مؤهل من الالتحاق بأي مهنة أو عمل بسبب الإعاقة..."^٧، وكذلك نص المادة الحادية والثلاثين من دستور دولة مالوي، التي نصت على أن "لكل

¹ German Basic law 1995 (rev. 2014) Art. 3.

² Constitution of Sweden 1974 (rev. 2012), Art. 2.

³ دستور دولة لبنان الصادر عام ١٩٢٦ وفقاً لآخر التعديلات عام ٢٠٠٤، مادة ١٢.

⁴ دستور المملكة المغربية الصادر عام ٢٠١١، المادة رقم ٣١.

⁵ دستور دولة الإمارات العربية المتحدة الصادر عام ١٩٧١، المادة رقم ٣٥.

⁶ Amy Raub, *Supra note* 180, at. 204.

⁷ دستور دولة السودان الصادر عام ٢٠٠٥، المادة رقم ١٢(٢).

شخص الحق في الحصول على راتب أو أجر عادل دون أي تمييز أو تفرقة،
لإسيما التمييز على أساس الجنس والعرق والإعاقة.¹

ومقتضى مبدأ المساواة في التوظيف على نحو ما كفلته الدساتير السالفة
هو تمكين جميع المواطنين من التقدم على أساس المساواة وتكافؤ الفرص
للالتحاق بالوظائف العامة دون أي تمييز أو تفرقة أو استثناء. كذلك فإن
مقتضى إدراج النصوص الدستورية السالفة للتمييز القائم على أساس الإعاقة
ضمن صور التمييز المحظورة لا هو بمثابة دليل قاطع على أن الإعاقة لا
يمكن أن تشكل في حد ذاتها عائقاً دون التعيين بالوظائف العامة أو حائلاً دون
قبول طلبات المعوق في التوظيف. فالفرص يجب أن تكون متاحة أمام ذوي
الإعاقة لشغل كافة الوظائف العامة وتولي جميع المناصب الحكومية، دونما
ثمة تمييز في ذلك وبغير أن يتم حصر اختياراتهم في طائفة محددة من
الوظائف أو حرمانهم من التقدم لشغل طائفة أخرى بعينها.

وأخيراً، تجدر الإشارة إلى أن هناك من الدول ما لم تكثف دساتيرها
بتأكيد مبدأ المساواة أو حظر التمييز على أساس الإعاقة فحسب، وإنما
اشتملت دساتيرها على نصوص خاصة تلتزم بمقتضاها الدولة باتخاذ التدابير
الملائمة لتحقيق المساواة الفعلية لذوي الإعاقة في كافة المجالات الحياتية
وتعويضهم عن الآثار السلبية لإعاقتهم.

ومن قبيل هذه الدساتير دستور دولة باراجواي، إذ أكدت المادة الثامنة
والخمسون على أنه يستلزم لتمتع ذوي الإعاقة بكامل الحقوق التي يتمتع بها
المقيمون في الجمهورية على أساس تكافؤ الفرص مع غيرهم من المواطنين،
تعويضهم عن الآثار السلبية للإعاقة.² وفي نفس الاتجاه، أكدت المادة الثامنة
والأربعون في الفقرة السابعة من دستور دولة الإكوادور على ضرورة التزام

¹ Constitution of Malawi 1994 (rev. 1999), Art. 31

² Constitution of Paraguay 1992 (rev. 2011), Art. 58 recognized to them."

الدولة بتوفير كافة التدابير اللازمة "لضمان الممارسة الكاملة لحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة. ويعاقب القانون على التخلي عنهم وعلى الإتيان بأي فعل يؤدي إلى أي نوع من المعاملة المسيئة واللاإنسانية والمهينة والتمييز بسبب إعاقتهم".¹ وقد اشتمل الدستور التونسي على نص مماثل لما تقدم من نصوص، حيث نصت المادة الثامنة والأربعون على التزام الدولة بحماية ذوي الإعاقة من كافة أشكال التمييز وإلزامها باتخاذ التدابير الضرورية لتمكين ذوي الإعاقة، كل بحسب طبيعة إعاقتهم، من الاندماج الكامل في المجتمع.² وأخيراً، نصت المادة الثامنة والأربعون من الدستور البلغاري على إلزام الدولة بتهيئة الظروف لكفالة وإنفاذ حق ذي الإعاقة في العمل، سواء أكانت الإعاقة بدنية أم ذهنية.³

الفرع الثاني

الأساس الدستوري لحق ذوي الإعاقة في المساواة في تقلد الوظائف العامة في النظام القانوني المصري

عني دستور جمهورية مصر العربية لعام ٢٠١٤ بتكريس مبادئ المساواة والعدل وتكافؤ الفرص بوجه عام بين جميع المواطنين في أكثر من موضع، وقد أظهرت ديباجة دستور ٢٠١٤ رغبة المشرع الدستوري الجلية في أن تكون الوثيقة الدستورية أساساً لتحقيق هذه المبادئ بين جميع المواطنين في الحقوق والواجبات دون أي تمييز أو تفرقة أو استثناء، وقد تأكدت تلك الرغبة في نص المادة الرابعة من الدستور، والتي تنص على أن "السيادة للشعب وحده، يمارسها ويحميها، وهو مصدر السلطات، ويصون

¹ Constitution of Ecuador 2008 (rev. 2015), Art. 48 (7).

² دستور دولة تونس الصادر عام ٢٠٠٤، المادة رقم ٤٨.

³ Constitution of Bulgaria (1991), Art. 48 (2). It reads, "The state shall create conditions conducive to the exercising of the right to work by the physically or mentally disabled."

وحدته الوطنية التي تقوم على مبادئ المساواة والعدل وتكافؤ الفرص بين جميع المواطنين، وذلك على الوجه المبين في الدستور."

علاوة على ذلك، فقد تضمن الدستور الكثير من النصوص التي تؤكد هذه المبادئ، إذ اشتملت المادتين رقم ثمانية وتسعة على التزام الدولة بتحقيق العدالة الاجتماعية وتكافؤ الفرص بين جميع المواطنين في كافة المجالات دون تمييز، وكذلك نصت المادة الثالثة والخمسون من الدستور على أن "المواطنون لدى القانون سواء، وهم متساوون في الحقوق والحريات والواجبات العامة، لا تمييز بينهم بسبب الدين، أو العقيدة، أو الجنس، أو الأصل، أو العرق، أو اللون، أو اللغة، أو الإعاقة، أو المستوى الاجتماعي، أو الانتماء السياسي أو الجغرافي، أو لأي سبب آخر...". ولم يقتصر نص هذه المادة على حظر جميع صور التمييز على الوجه المبين، وإنما اعتبرت التمييز جريمة يعاقب عليها القانون، وأوجبت على الدولة اتخاذ التدابير اللازمة للقضاء على كافة أشكال التمييز بغية تحقيق المساواة من خلال إنشاء مفوضية مستقلة تتطلع خصيصًا بتحقيق هذا الغرض.

وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن إضافة مصطلح الإعاقة، كسبب من الأسباب المحظور التمييز على أساسها بين المواطنين، إلى نص المادة الثالثة والخمسين من الدستور هو أمر لم تعهده النصوص الخاصة بالمساواة وعدم التمييز في أي من الدساتير المصرية السابقة، ويعكس دون شك رغبة المشرع في حماية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة وكفالة تمتعهم تمتعًا كاملًا بجميع الحقوق والحريات الأساسية على قدم المساواة مع الآخرين.

وبالرغم من أن هذه النصوص تمثل أساسًا دستوريًا قويًا لمساواة ذوي الإعاقة بغيرهم من المواطنين في التمتع بكامل الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور والتشريع ومن بينها الحق في تولي الوظائف العامة، إلا أن المشرع الدستوري حرص على تكريس مبدأ المساواة مرة أخرى بشكل صريح أمام

الوظائف العامة بموجب نص المادة الرابعة عشرة التي أكدت على حق جميع المواطنين في تقلد الوظائف العامة على أساس الكفاءة، دون محاباة أو وساطة. وكما هو بين من النص، فإن المشرع الدستوري قد ضمن هذه المادة الأسس والمبادئ الدستورية الحاكمة للتعيين بالوظيفة العامة، والتي تتمثل في الكفاءة من ناحية وعدم المحاباة أو التمييز من ناحية أخرى، وذلك على خلاف نص المادة الرابعة عشرة من دستور مصر السابق لعام ١٩٧١ التي كفلت حق التعيين في الوظائف العامة للمواطنين دون أن تعني ببيان الأسس الدستورية الحاكمة لها.¹

وبناء عليه، فإن هذا النص يدل بما لا يدع مجالاً للشك على قدسية ومكانة مبدأ المساواة وعدم التمييز أمام الوظائف العامة في التنظيم القانوني المصري، ويتولد عنه التزاماً على عاتق الدولة بتمكين جميع المواطنين دون استثناء من التقدم على قدم المساواة للائحاق بالوظائف العامة، وألا تجعل من الإعاقة في حد ذاتها حائلاً دون الترشح أو التقدم لأي عمل أو وظيفة، طالما أن النص يحظر كافة صور المحاباة أو التمييز باستثناء ذلك القائم على أساس الكفاءة والجدارة.^٢

¹ بالرغم من عدم نص المادة ١٤ من دستور مصر لعام ١٩٧١ على مبدأ المساواة أو عدم التمييز أمام الوظائف العامة كأحد المبادئ الحاكمة للتعيين بالوظائف العامة، فقد أكد القضاء والفقهاء أن مبدأ المساواة أمام القانون الذي تضمنته المادة ٤٠ من ذات الدستور يتصرف لحق التعيين في الوظائف العامة كما تنصرف لغيرها من الحقوق والحريات الأساسية.

² المحكمة الدستورية العليا - الطعن رقم ٣٨ - لسنة ١٧ قضائية - تاريخ الجلسة ١٨-٥-١٩٩٦ - مكتب في ٧ - رقم الجزء ١ - رقم الصفحة ٦٣٧. وقد بينت المحكمة الدستورية العليا بموجب الحكم السابق شروط التمييز المشروع في مجال تقلد الوظائف العامة حيث قضت أن " إن الشروط التي يتطلبها المشرع لمزاولة حرفة أو مهنة بذاتها لا يجوز تقريرها بعيداً عن متطلبات ممارستها بل يتعين أن ترتبط عقلاً بها وأن يكون فرضها لازماً لأداء المهام التي تقوم عليها كما أنها فيها ملتزمة مع طبيعتها منبثاً عن صدق اتصالها بأوضاعها وإرهاقاً لبيئة العمل ذاتها وما ينبغي أن يهيم عليها من القيم التي تعلق الحق والتواء بمقاصدها وإرهاقاً لبيئة العمل ذاتها وما ينبغي أن يهيم عليها من القيم التي تعلق العمل ولا تخل بطبيعة الشروط التي يقتضيها وبوجه خاص كلما دل تطبيقها على مناهضتها لتكافؤ الفرص أو تمييزها في التعامل دون مقتض بين المتزاحمين على العمل، أو إنكارها لحقهم في الأمن - اجتماعياً أو اقتصادياً - أو إضرارها بالظروف الأفضل لضمان حريتهم وكرامتهم أو عدوانها على الحق في تدريبهم مهنيًا. إن ما تقدم مؤداه أن لكل حق أوضاعاً يقتضيها وأثاراً يرتبها من بينها - في مجال حق العمل - ضمان الشروط التي يكون أداء العمل في نطاقها منصفاً وإنسانياً ومواتياً في

ولا يقتصر الأساس الدستوري لحق ذوي الإعاقة في المساواة أمام الوظائف العامة على النصوص السالف ذكرها فحسب، إذ لم يكتف المشرع الدستوري بهذه النصوص بالرغم من قطعية دلالتها على عدم جواز التمييز بين المواطنين على أساس الإعاقة، وإنما ألزم الدولة بضمان توفير فرص العمل لذوي الإعاقة على أساس مبادئ المساواة والعدالة وتكافؤ الفرص مع غيرهم من المواطنين. فنصت المادة الحادية والثمانون على التزام الدولة بضمان حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة والأقزام، صحياً واقتصادياً واجتماعياً وثقافياً وترفيهياً ورياضياً وتعليمياً، وتوفير فرص العمل لهم، مع تخصيص نسبة منها لهم، وتهيئة المرافق العامة والبيئة المحيطة بهم، وممارستهم لجميع الحقوق السياسية، ودمجهم مع غيرهم من المواطنين، إعمالاً لمبادئ المساواة والعدالة وتكافؤ الفرص."

ونرى في هذا النص الأخير أساساً دستورياً آخر لإلزام الدولة بضرورة التدخل لضمان تحقيق المساواة الفعلية وتكافؤ الفرص بين ذوي الإعاقة وغيرهم من المواطنين أمام الوظائف العامة. ويقضي هذا التدخل أن تقوم الدولة بإزالة كافة أشكال العراقيل والعقبات التي تعوق دون اقتضاء ذوي الإعاقة لهذه الحقوق أو ممارستها على وجه فعال، وذلك حتى تكون الفرص المتاحة لهم لشغل الوظائف أو البقاء فيها حقيقية، لا وهمية أو نظرية.

وتؤكد هذه المادة ما سبق وأن بيناه عند تناولنا لمضمون حق ذوي الإعاقة في المساواة أمام الوظائف العامة من خصوصية حظر التمييز على أساس الإعاقة وتميزه عن غيره من صور التمييز غير المشروع. إذ أن حظر التمييز على أساس الإعاقة يتعين تفسيره بشكل أوسع عن غيره من

تنتزع هذه الشروط قسراً من محيطها ليكون مبناهما التحامل، أو لتناقض بفحواها ما ينبغي أن يرتبط صنفًا وحقًا وعقلًا بالأوضاع الطبيعية لأداء العمل *Bona fide occupational qualification reasonably necessary to the normal operation of the particular business*."

الأسس المحظور التمييز على أساسها، وذلك بحسبان أن الغرض الرئيسي من وراء حظر التمييز على أساس الإعاقة يتمثل أساسًا في تعزيز فرص إدماج ذوي الإعاقة في الكيان الاجتماعي. وهو ما يعني أن هذا الحظر، خلافًا لغيره من صور الحظر، لا يلقي على الدولة التزامًا سلبيًا بعدم التمييز ضد ذوي الإعاقة فحسب، وإنما يفرض عليها كذلك التزامًا إيجابيًا بالتدخل لإزالة مختلف صور العوائق أو المعوقات التي تحول دون تمتع ذوي الإعاقة بكامل حقوقهم وحررياتهم الأساسية على قدم المساواة مع الآخرين.¹

واتساقًا مع هذا المنطق، فقد ذهبت المحكمة الدستورية العليا المصرية - في وقت سابق على صدور دستور ٢٠١٤ - في معرض تحديدها لمفهوم مبدأ المساواة بين ذوي الإعاقة وغيرهم من المواطنين إلى تفسيره تفسيرًا موسعًا. فأكدت أن التدابير الملائمة التي قد يختص بها المشرع ذوي الإعاقة دون غيرهم من المواطنين كتأهيلهم وتدريبهم على المهن والأعمال المختلفة لا تعد من قبيل التمييز المحظور دستوريًا، وإنما هي مفترض أولي لتحقيق المساواة وتكافؤ الفرص بين ذوي الإعاقة وغيرهم من المواطنين. وقد بررت المحكمة ما خلصت إليه بإبراز الارتباط بين هذه التدابير وأوضاع ذوي الإعاقة الاستثنائية ومتطلباتهم الخاصة، مؤكدة أنه ليس في هذه التدابير ما يجعل من المعوقين في مركز أفضل من غيرهم من المتنافسين على الوظائف، وأن الغرض الرئيس من وراء إقرارها يكمن في تحقيق التوازن الذي اختل بسبب ما لحقهم من عوارض.

فقضت في هذا السياق "بأن حرص المشرع على تأهيل المعوقين بتدريبهم على المهن والأعمال المختلفة ليقربهم من بيئتهم وليمكنهم من النفاذ إلى حقهم في العمل لا يعتمدون في ذلك على نوازع الخير عند الآخرين ولا على تسامحهم بل من خلال حمل هؤلاء على أن تكون الفرص التي يقدمونها

¹ Joly, 186-88.

للمعوقين مناسبة لاحتياجاتهم، مستجيبة لواقعهم، وأن يكون هدفها مواجهة آثار عجزهم ومباشرة مسؤولياتهم كأعضاء في مجتمعاتهم تمنحهم عوناً وتقليلهم من عثراتهم، وليس ذلك تمييزاً جائزاً منهاً عنه دستورياً، ذلك أن النصوص المطعون عليها لا تفاضل بين المعوقين وغيرهم لتجعلهم أشد بأساً أو أفضل موقعاً من سواهم، ولكنها تخولهم تلك الحقوق التي يقوم الدليل جلياً على عمق اتصالها بمتطلباتهم الخاصة، وارتباطها بأوضاعهم الاستثنائية، لتعيد إليها توازناً اختل من خلال عوارضهم وتلك هي العدالة الاجتماعية التي حرص الدستور على صونها لكل مواطن توكيداً لجدارته بالحياة اللائقة. وانطلاقاً من أن مكانة الوطن وقوته وهيبته ينافيها الإخلال بقدر الفرد ودوره في تشكيل بنيانه يدعم ما تقدم أن الأصل في كل تنظيم تشريعي أن يكون منظوياً على تقسيم Classification أو تمييز من خلال الأعباء التي يلقيها على البعض أو المزايا التي يمنحها لفئة دون غيرها Legislators may select different persons or groups for different treatment since classification is inherent in legislation rational اتفاق هذا التنظيم مع الدستور، أن تتوافر علاقة منطقية relationship بين الأغراض المشروعة التي اعتنقها المشرع في موضوع محدد وفاء بمصلحة عامة لها اعتبارها والوسائل التي اتخذها طريقاً لبلوغها فلا تتفصل النصوص القانونية التي نظم بها هذا الموضوع عن أهدافها بل يجب أن تعد مدخلاً إليها appropriate means to the attainment of justifiable ends بما مؤدها أن المزايا التي منحها المشرع للمعوقين من خلال النصوص المطعون عليها لا يمكن فصلها عن أوضاعهم، ولا عن الأغراض التي توخاها من خلال فرص العمل التي مكنهم منها.¹

¹ المحكمة الدستورية العليا - الطعن رقم ٨ - لسنة ١٦ قضائية - تاريخ الجلسة ٥-٨-١٩٩٥ - مكتب فني ٧ - رقم الجزء ١ - رقم الصفحة ١٣٩

وبالرغم من قطعية الأسس الدستورية السالفة في الدلالة على ضرورة تبني تشريعات وسياسات تقوم في جوهرها على تحقيق المساواة الفعلية وتكافؤ الفرص لذوي الإعاقة. أمام جميع الوظائف العامة، فقد كان للمشرع وإدارة الفتوى والتشريع بمجلس الدولة موقفًا مغايرًا من تحقيق المساواة الفعلية لذوي الإعاقة أمام الوظائف العامة، وسوف نحاول فيما يلي إبراز موقف كل من المشرع وإدارة الفتوى والتشريع بمجلس الدولة:

- أولاً: موقف المشرع المصري من تحقيق المساواة الفعلية لذوي الإعاقة أمام الوظائف العامة.

خلت التشريعات المصرية ذات الصلة بذوي الإعاقة في مجملها، وكذلك تشريعات التوظيف، حتى عام ٢٠١٨ من أية نصوص تقر بالمساواة وتكافؤ الفرص بين ذوي الإعاقة وغيرهم من المواطنين أمام الوظائف العامة. كذلك خلّت نصوص هذه التشريعات من أية أحكام تعترف لذوي الإعاقة بالحق في الحصول على الترتيبات التيسيرية المعقولة، والتي تضمن لذوي الإعاقة فعليًا الحق في التعيين والاستمرار في شغل الوظائف العامة على قدم المساواة مع الآخرين.

بل إن هناك من القرارات التنفيذية الصادرة بالتطبيق لهذه القوانين وغيرها من التشريعات المصرية ما راحت نصوصها تميز بين المواطنين صراحة في مجال التعيين ببعض الوظائف العامة على أساس الإعاقة. ومن قبيل الأمثلة الدالة على ذلك قرار وزير الصحة والسكان رقم ١٣٣ لعام ١٩٨٣ بشأن أحكام اللياقة الصحية التي يجري على أساسها الفحص الطبي الابتدائي^١ حيث عد القرار مجرد الإصابة ببعض الإعاقات مانعًا من التعيين في بعض الوظائف العامة، وذلك بغض النظر عن صلاحية المرشح

^١ قرار وزير الصحة والسكان - رقم ١٣٣ - لسنة ١٩٨٣ بشأن أحكام اللياقة الصحية التي يجري على أساسها الفحص الطبي الابتدائي تنفيذًا للمادة ١١٦ من قانون العمل رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ - بتاريخ ٢٥-٥-١٩٨٣

الفعلية للنهوض بأعباء الوظيفة المرشح إليها من عدمه. فأوردت نصوصه تحديداً لعدد من العاهات والأمراض التي تمنع المصابين بها من التعيين في كثيرًا من الوظائف العامة بالدولة لمجرد إصابتهم بأي منها، حتى وإن كانت هناك من الوسائل الطبية أو غيرها من التدابير الملائمة ما يستطيع من خلالها أصحاب هذه الأمراض تلافي الآثار السلبية لأمرضهم. فنص على سبيل المثال أن من قبيل الأمراض الصحية التي تمنع من التعيين بوظائف النيابة العامة أمراض الأذن المزمنة التي تؤدي إلى ضعف شديد بقوة السمع بدون سماع، وكذلك اشتراط ألا تقل قوة الإبصار لكل عين على حدة (٦/ ١٨، ٢٤) بالنظارة، وذلك بالرغم من عدم تعارض هذه الإعاقات من حيث الظاهر مع مقتضيات أو أعباء المنصب القضائي.

والادعاء في هذا الشأن بأن ما كفلته تشريعات ذوي الإعاقة من تخصيص نسبة معينة من الوظائف الحكومية لصالح المعوقين حددها القانون المصري بنسبة خمسة في المائة من مجموع عدد العاملين ب وحدات الجهاز الإداري للدولة والهيئات العامة والقطاع العام^١ لهو بمثابة دليل على رغبة المشرع في تحقيق مبدأ المساواة الفعلية بين ذوي الإعاقة وغيرهم من المواطنين أمام الوظائف العامة مردود بأن هذه النسبة لم تكفل لذوي الإعاقة الحق في التعيين، أسوة بأقرانهم، التعيين في مختلف الوظائف العامة بالدولة كالتعيين بالهيئات التدريسية في الجامعات أو الهيئات القضائية أو هيئات السلك الدبلوماسي والقنصلي، وإنما حصرت اختياراتهم في التعيين في طائفة محددة من الوظائف ب وحدات الجهاز الإداري بالدولة والهيئات العامة والقطاع العام فحسب.

^١ قانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٧٥ بشأن تأهيل المعوقين بتاريخ ٣-٧-١٩٧٥ والمعدل بقانون رقم ٤٩ لعام ١٩٨٢ بتاريخ ٢٦/٦/١٩٨٢ المادة رقم ١٠؛ قانون رقم ٨١ لسنة ٢٠١٦ بشأن إصدار قانون الخدمة المدنية لسنة ٢٠١٦ المادة ١٣. الجريدة الرسمية العدد 43 مكرر (أ) - بتاريخ ١-١١-٢٠١٦ - يعمل به من تاريخ ٢-١١-٢٠١٦؛ أنظر كذلك حكم محكمة النقض، مدني، الطعن رقم ١٣١٤٤ لسنة ٧٨ قضائية، تاريخ الجلسة ١٦-٢-٢٠١٠، مكتب فني ٦١، رقم الصفحة ٢٣٧.

بل إن حتي تخصيص المشرع لنسبة الخمسة بالمائة من الوظائف بالجهات التي حددها القانون المصري، على نحو ما ورد بالنسخة الأولى لقانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٧٥ بشأن تأهيل المعوقين، لم تكفل لهم، على الأقل من الناحية النظرية، سوي التعيين في الوظائف التي لا تتطلب أي مهارات خاصة أو تهيئ لهم آفاق التقدم المهني، يؤكد ذلك ما ورد في قرار وزير الشؤون الاجتماعية الصادر بالتطبيق لنص المادة الحادية عشرة من القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٧٥ بشأن تأهيل المعاقين بتحديد الوظائف والأعمال التي يعين فيها المعوقون المؤهلون، إذ اقتصر القرار على تحديد عدد من الوظائف التي لا تتطلب أي مهارات أو مؤهلات دراسية عليا دون أن يتطرق لغيرها من الوظائف والأعمال.^١

ولقد تعدل هذا الوضع بصدر قانون رقم ١٠ لسنة ٢٠١٨ بشأن حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، حيث حظر المشرع المصري بموجب نص المادة الرابعة من هذا القانون، ولأول مرة في تاريخ التنظيم القانوني المصري، التمييز بين الأفراد على أساس الإعاقة أو نوعها أو جنس المعوق، وشدد علاوة على ذلك على ضرورة تأمين المساواة الفعلية لذوي الإعاقة في التمتع بجميع الحقوق والحريات الأساسية في كافة الميادين.

ويدل هذا النص بما لا يدع مجالاً للشك على عدول المشرع المصري عن الأخذ بمفهوم المساواة القانونية وتحوله إلى المساواة الفعلية في مجال

^١قرار وزير التأمينات والشؤون الاجتماعية رقم ١٣٥ لسنة ١٩٨٤ بتاريخ ١-٤-١٩٨٥ بشأن تعديل الكشف المرافق للقرار الوزاري رقم ٤٢٦ لسنة ١٩٧٩ بتحديد الوظائف والأعمال التي تخصص للمعوقين المؤهلين.

وتجدر الإشارة في ذلك الصدد أن النص الأصلي للمادة ١١ من القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٧٥ بشأن تأهيل المعاقين قبل تعديله بموجب القانون رقم ٤٩ لعام ١٩٨٢ كان يقصر تعيين المعوقين في حدود نسبة الخمسة بالمائة على وظائف المستوى الثالث، وهي أنني المستويات الوظيفية في ظل القانون رقم ٥٨ لعام ١٩٧١ في ذلك الوقت، بالجهاز الإداري للدولة والهيئات العامة والمؤسسات العامة والوحدات الاقتصادية التابعة لها.

أنظر في ذلك الصدد قرار إدارة الفتوى والتشريع بمجلس الدولة رقم ٧٦٠ لسنة ٥٠ بتاريخ ٢٢-١٠-١٩٩٥، تاريخ الجلسة ١٠٠٠٤-١٩٩٥ رقم الملف ٨٦/٦/٤٤٩ رقم الصفحة ٣١.

كفالة حقوق ذوي الإعاقة وعلى رأسها حقهم في تولي الوظائف العامة؛ وذلك بسبب ما أفضت إليه الممارسات القائمة على المساواة القانونية في الواقع العملي من تمييز ضدهم تارة، وحرمانهم من التمتع الفعلي بحقوقهم الأساسية تارة أخرى. أما المساواة الفعلية التي اعتمدها النص، فقد استهدف المشرع من ورائها القضاء على كافة صور اللامساواة الفعلية التي أفرزتها المساواة القانونية، وضمان تمتع ذوي الإعاقة بكامل حقوقهم وحررياتهم الأساسية.

وإذا كانت المساواة الفعلية - على نحو ما بينا سابقاً - تتطلب ليس فقط ضرورة المغايرة في المعاملة بين ذوي الإعاقة وغيرهم من المواطنين، وإنما تتطلب كذلك إزالة جميع العقبات والمعوقات التي تحول دون تمتعهم بهذه الحقوق، فقد جاءت نصوص القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠١٨ بشأن ذوي الإعاقة مواكبة لمفهوم المساواة الفعلية كما حددها، حيث أقر المشرع بموجب نصوص هذا القانون بحق ذوي الإعاقة في الحصول على معاملة متميزة عن الآخرين، وذلك من خلال اعترافه لهم بالحق في الحصول على وسائل الإتاحة والترتيبات التيسيرية اللازمة للقضاء على ما يعترضهم من حواجز، والوصول من ثم إلى بيئة دامجة وموائمة فيزيقيًا ومجتمعيًا وماديًا للأشخاص ذوي الإعاقة.

- ثانيًا: موقف إدارة الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري من تحقيق المساواة الفعلية لذوي الإعاقة أمام الوظائف العامة.

لا يختلف موقف إدارة الفتوى والتشريع بمجلس الدولة كثيرًا عن موقف التشريعات المصرية وقراراتها التنفيذية قبل صدور القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠١٨ إزاء تحقيق المساواة الفعلية لذوي الإعاقة أمام الوظائف العامة، إذ ذهبت في إحدى الفتاوي الحديثة لها في عام ٢٠١٤ إلى عدم جواز قبول أحد المرشحين من ذوي الإعاقة في امتحان المسابقة الذي تعقده وزارة الخارجية للتعيين في وظيفة ملحق دبلوماسي، ورفض طلبه بتشكيل لجنة خاصة

لاختباره مراعاة لظروف إعاقته، مؤكدة أن نوعية الإعاقة التي يعاني منها المرشح المعروض حالته، والمتمثلة في فقدان حاسة البصر، تحول بينه وبين التعيين في وظائف السلك الدبلوماسي والقنصلي.¹

وقد استندت الجمعية العمومية في رأيها إلى تعارض نوعية الإعاقة المعروضة مع طبيعة المهام والواجبات المنوطة بأعضاء السلك الدبلوماسي، لاسيما المناصب القيادية في هذا السلك، وذلك دون أن تتعرض لما يتمتع به المرشح من قدرات أو إمكانات قد تؤهله للنهوض بأعباء ومتطلبات الوظيفة المراد شغلها، ودون أن تراعي الاحتياجات الخاصة لذوي الإعاقة أو تعترف لهم بالحق في التدابير التيسيرية التي قد تمكنهم من الاضطلاع بأعباء ومهام الوظيفة على الوجه المطلوب.²

ويؤخذ على هذه الفتوى الكثير من المثالب التي يمكن إجمال أهمها فيما يلي:

يلي:

- فمن ناحية أولى، يتعارض ما انتهت إليه هذه الفتوى مع مبدأ المساواة الفعلية أمام الوظائف العامة، والذي يقتضي، كما بينا سلفاً، أن تكون الفرص متاحة أمام ذوي الإعاقة لشغل كافة الوظائف العامة في الدولة دون تمييز أو تفرقة، وألا يتم حصر اختياراتهم في طائفة محددة من الوظائف أو حرمانهم من التقدم لشغل وظائف بعينها.

¹ إدارة الفتوى والتشريع بمجلس الدولة رقم ١٩١ لسنة ٦٨ - بتاريخ ٢٠٠٣-٠٣-٢٠١٤ تاريخ الجلسة ١٠٠٩-٢٠١٣ رقم الملف ٨٦/٣/١١٣٩ رقم الصفحة ٣٦. وتتلخص وقائع المسألة المعروضة على إدارة الفتوى في قيام أحد الأشخاص من ذوي الإعاقة بعد حصوله على شهادة البكالوريوس في العلوم السياسية من الجامعة الأمريكية بالتقدم بطلب إلى وزارة الخارجية المصرية يلتبس فيه قبول أوراقه بمسابقة الالتحاق بالسلك الدبلوماسي، ويطلب تشكيل لجنة خاصة لاختباره بسبب إعاقة المتمثلة في فقدان البصر، فطلبت وزارة الخارجية من إدارة الفتوى المختصة الرأي القانوني. وقد انتهت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة في خصوص هذه المسألة إلى أن فقد البصر يحول ابتداء دون توفر شرط اللياقة الصحية المتطلب قانوناً لشغل هذه الوظيفة، ومن ثم لا يجوز قبول أوراق المعروضة حالته في امتحان المسابقة الذي تعده وزارة الخارجية للتعين في وظيفة ملحق دبلوماسي.

² الفتوى السابقة.

- ومن ناحية ثانية، تتعارض هذه الفتوى مع المفهوم الاجتماعي - السالف عرضه - في تعريف الإعاقة والذي أخذت بها النظم القانونية المقارنة، والقانون الدولي لضمان ادماج ذوي الإعاقة في المجتمع، ومشاركتهم فيه على نحو فعال، وعلى قدم المساواة مع غيرهم من المواطنين. إذ يقتضي هذا المفهوم عند تقدير صلاحية ذوي الإعاقة لتولي الوظائف العامة التركيز على ما يتمتع به المرشح المعوق من قدرات وملكات، بدلاً من التركيز على الطبيعة المجردة للإعاقة ومدى توافقها أو تعارضها مع متطلبات الوظيفة المراد شغلها.

- أيضاً، فإن الفتوى تجاهلت حق ذوي الإعاقة في طلب الترتيبات التيسيرية المعقولة خلال مسابقات التوظيف، وحقهم في أن يتم تقدير صلاحيتهم لشغل الوظائف العامة في ضوء هذه الترتيبات بالمخالفة لأحكام الاتفاقية الدولية لحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة - كما سنبين لاحقاً - والتي صدقت عليها مصر وتم نشرها في الجريدة الرسمية بتاريخ ٣/٧/٢٠٠٨^١.

- كذلك من الأمور التي تجاهلتها هذه الفتوى أن تقدير الصلاحية الوظيفية لمرشح ما للتعيين بكادر وظيفي معين، لا يستوجب التحقق من صلاحيته لشغل جميع الوظائف الموجودة بهذا الكادر، لاسيما المناصب العليا في قمة مدارجه. إذ أن تعيين الشخص في وظيفة معينة في جهة

¹ UN General Assembly, Convention on the Rights of Persons with Disabilities, 13 December 2006, A/RES/61/106, Annex I, art. 27 1(a-e) available at: <http://www.refworld.org/docid/4680cd212.html>.

نصت المادة ٢٧ من الاتفاقية الدولية لحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة المتعلقة بالعمل والعمالة على حظر التمييز على أساس الإعاقة فيما يختص بكافة أشكال العمالة، ومنها شروط التوظيف والتعيين والعمل، واستمرا العمل والتقدم الوظيفي، وظروف العمل الآمنة والصحية وكفالة توفير ترتيبات تيسيرية معقولة للأشخاص ذوي الإعاقة في أماكن العمل.

معينة وكادر معين، لا يعني أنه يعدو أهلاً أو صالحاً لشغل جميع الوظائف الموجودة بهذه الجهة أو ذلك الكادر.

- علاوة على ذلك، فإن هذه الفتوى تأتي بالمخالفة لفتوى سابقة كانت قد أصدرتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة في خصوص مدى ملائمة تعيين احدى الخريجات من فاقدات البصر في وظيفة معيد بكلية الاقتصاد والعلوم السياسية بجامعة القاهرة. إذ انتهت الجمعية في خصوص هذه المسألة إلى أحقية المرشحة في التعيين بالوظيفة، مؤكدة أن استبعاد المعروضة حالاتها من التعيين في الوظيفة استناداً إلى إعاقته البصرية يعد منافياً لمبدأ المساواة في تولي الوظائف العامة وتمييزاً غير مبرر ضدها بالرغم من توافر شروط شغل الوظيفة. وقد استندت الجمعية العامة في تدعيم رأيها إلى ما تتمتع به المرشحة من قدرات ومؤهلات مكنتها بالرغم من إعاقته من التفوق على مدار سنوات الدراسة الجامعية، فبررت ما خلصت إليه بقولها "إن الإعاقة البصرية للحالة المعروضة حالتها لم تحل دون تفوقها العلمي على مدار السنوات المتعاقبة، وحصولها على أعلى التقديرات متفوقة في ذلك على أقرانها المبصرين بما يؤهلها لشغل وظيفة معيد" وأن اللياقة الصحية المتطلبة لشغل وظيفة معيد لا يمكن "أن تزيد بأي حال عن اللياقة الصحية التي تمكن الطالب من النجاح في سنوات الدراسة الجامعية والحصول على أعلى التقديرات متفوقاً في ذلك على أقرانه."¹

- كذلك، تأتي هذه الفتوى بالمخالفة لما هو مستقر عليه في النظم القانونية المقارنة من إمكانية شغل ذوي الإعاقة، لاسيما المكفوفين، لوظائف السلك الدبلوماسي والقنصلي وتدرجهم فيها وصولاً لأعلى المناصب. ويعتبر من أهم التطبيقات في ذلك الصدد تعيين أحد المعوقين من فاقد

¹ إدارة الفتوى والتشريع بمجلس الدولة، ملف رقم ٥٨-١-١٩٦، بتاريخ ١٣-٧-٢٠٠٩.

البصر ويدعي Avraham Rabbi في إحدى الوظائف بالسلك الدبلوماسي في الولايات المتحدة الأمريكية.¹ وقد تدرج إفرام في مناصب السلك الدبلوماسي إلى أن وصل لأعلى المناصب فيها مستندًا في ذلك على قرار كانت قد أصدرته لجنة فرص التوظيف المتساوية بالولايات المتحدة الأمريكية Equal Employment Opportunity Commission لصالحه، وقضت فيه بإلزام وزارة الخارجية بتوفير الترتيبات التيسيرية المعقولة لتمكينه من النهوض بأعباء المناصب القيادية في هذا الكادر، شريطة ألا يترتب على ذلك أي مشقة غير مبررة Undue hardship.²

- أخيرًا، فإننا نرى أن هذه الفتوى تفقد كثيرًا من قيمتها بعد صدور القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠١٨ بشأن قانون حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، حيث يصطدم ما خلصت إليه بجلاء مع الأحكام التي استحدثتها المشرع المصري في نصوصه، والتي من أهمها حظر التمييز ضد ذوي الإعاقة بسبب إعاقتهم أو نوعها في كافة الميادين، وإلزام الدولة بتأمين المساواة الفعلية لذوي الإعاقة في التمتع بجميع حقوقهم وحررياتهم

¹ Marc Lacey, A U.S. Diplomat With an Extraordinary Global View, the New York Times, Jul. 7, 2007, available at

<http://www.nytimes.com/2007/07/07/washington/07rabby.html>

² Avraham Rabbi v. Condoleeza Rice (Secretary of the Department of State), Equal Employment Opportunity Commission, Appeal No. 120071659. Agency No. F-048-06, 28 Aug. 2008. Available at <https://www.eeoc.gov/decisions/0120071659.txt>. The Commission asserted that "Under the Commission's regulations, an agency is required to make reasonable accommodation to the known physical and mental limitations of a qualified individual with a disability unless the agency can show that accommodation would cause an undue hardship" and that "An employer should respond expeditiously to a request for reasonable accommodation."

والأساسية، والاعتراف للمعوقين بالحق في الحصول على الترتيبات التيسيرية المعقولة في أماكن العمل.^١

المطلب الثاني

الأساس القانوني لحق ذوي الإعاقة في المساواة أمام الوظائف العامة

في القانون الدولي

عني القانون الدولي بكفالة وتعزيز مبدأ المساواة وعدم التمييز بين الأفراد كمتطلب أولي لحماية حقوق الإنسان وحرياته.^٢ فكرسته بنصوص صريحة أهم المواثيق الدولية لحقوق الإنسان كالإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وكل من العهدين الدوليين للحقوق المدنية والسياسية من ناحية والحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية من ناحية أخرى.^٣

وبالرغم من انسحاب مبدأ المساواة التي تكرسه هذه الاتفاقيات على جميع ما تحويه من حقوق وحرريات، فقد حرصت هذه المواثيق على تأكيد مبدأ المساواة أمام الوظيفة العامة دون أي تفرقة أو استثناء. فنصت المادة

^١ وعلى أية حال، فإنه مما يخفف من وطأة هذه الفتوى ما أشارت إليه الجمعية العامة في ختام هذه الفتوى من أن ما انتهت إليه في هذه الفتوى لا يضع حظراً عاماً على تولي المعوقين لوظائف المسالك الدبلوماسية، وإنما يتعين بحث كل حالة على حدة للوقوف على مدى تأثير حالة الإعاقة على اللياقة الصحية المطلوبة لشغل الوظيفة الدبلوماسية، ومدى إمكانية توفير الترتيبات التيسيرية المعقولة لمباشرة المهام الأساسية للوظيفة دون تغيير في المهام.

^٢ موايسي بوعلام، حماية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة في القانون الدولي لحقوق الإنسان، مجلة الفقه والقانون، المغرب (٢٠١٤)، ص. ١٧٧.

^٣ UN General Assembly, Universal Declaration of Human Rights, 10 December 1948, 217 A (III), Art. 2&7 available at:

<http://www.refworld.org/docid/3ae6b3712c.htm> (Hereinafter UDHR)

UN General Assembly, International Covenant on Civil and Political Rights, 16 December 1966, United Nations, Treaty Series, vol. 999, p. 171, Art. 2& 26 available at:

<http://www.refworld.org/docid/3ae6b3aa0.html> (Hereinafter ICCPR);

UN General Assembly, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 16 December 1966, United Nations, Treaty Series, vol. 993, p. 3, available at:

<http://www.refworld.org/docid/3ae6b36c0.html> [accessed 26

November 2017] Art. 2 (Hereinafter ICESCR)

الفقرة الثانية من المادة الحادية والعشرين من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أن "لكل شخص بالتساوي مع الآخرين حق تقلد الوظائف العامة في بلده"،¹ وتضمن العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية نصاً مماثلاً، فنصت المادة الخامسة والعشرون فقرة (ج) أن "يكون لكل مواطن، دون أي وجه من أوجه التمييز وعلى قدم المساواة عموماً مع سواه، فرصة تقلد الوظائف العامة في بلده".² أما العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية، فقد أكدت نصوصه على ضرورة اعتراف الدول لمواطنيها بالحق في اختيار العمل المناسب سواء أكان بالقطاع العام أم الخاص، كما ألزمت نصوصه كذلك الدول الأطراف باتخاذ جميع التدابير المناسبة وتوفير الظروف الملائمة لكفالة هذا الحق على نحو يضمن تحقيق المساواة بين جميع المواطنين.³ وقد أكدت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في التعليق العام رقم ثمانية عشرة والصادر بتاريخ ٢٥ نوفمبر ٢٠٠٥ على عدم جواز التمييز ضد ذوي الإعاقة فيما يتعلق بالحق في العمل، مؤكدة أن حق ذوي الإعاقة في العمل لا يمكن كفاله ما لم تتخذ الدول التدابير الملائمة لتمكين المعوقين من ضمان عمل مناسب والاحتفاظ به والتقدم في مجالهم المهني، وذلك بغرض تيسير إدماجهم أو إعادة إدماجهم في المجتمع.⁴

¹ UDHR, *Supra* note 2٢٢, Art. 21(2).

² ICCPR, *Supra* note 2٢٢, Art. 25(c).

³ UN General Assembly, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 16 December 1966, United Nations, Treaty Series, vol. 993, p. 3, art. 6 & 7, available at: <http://www.refworld.org/docid/3ae6b36c0.html>.

⁴ UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 18: The Right to Work (Art. 6 of the Covenant), 6 February 2006, E/C.12/GC/18, Art. 17 available at: <http://www.refworld.org/docid/4415453b4.html>. "States parties must take measures enabling persons with disabilities to secure and retain appropriate employment and to progress in their occupational field,

وبالرغم من أهمية هذه الوثائق الدولية في تكريس مبدأ المساواة وحظر التمييز بشتى أنواعه بين الأفراد، فإن ما أفرزت عنه الممارسات السياسية والتشريعية لكثير من دول العالم من إنكار تمتع ذوي الإعاقة بكثير من الحقوق المدنية والسياسية والاجتماعية والاقتصادية التي كفلتها المواثيق المتقدمة، لاسيما حقهم في تقلد الوظائف العامة على قدم المساواة مع غيرهم من المواطنين¹ قد دفع المجتمع الدولي إلى إقرار عدد من الوثائق الدولية لكفالة وتعزيز مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص بين ذوي الإعاقة وغيرهم من المواطنين.

ومن أهم الوثائق الدولية التي عنيت صراحة بتأكيد مبدأ المساواة بين المعوقين وغيرهم من الأفراد، التوصية رقم A/RES/48/96 والصادرة من الجمعية العامة للأمم المتحدة في ٢٠ مارس ١٩٩٣ بعنوان القواعد الموحدة بشأن تحقيق تكافؤ الفرص للمعوقين Standard Rules on the Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities. وقد بينت التوصية في ديباجتها أن الغرض من هذه القواعد هو ضمان المشاركة الفعلية لذوي الإعاقة، وتمكينهم، بوصفهم مواطنين في مجتمعاتهم، من ممارسة ما يمارسه غيرهم من حقوق والتزامات على أساس من المساواة وتكافؤ الفرص.^٢

thus facilitating their integration or reintegration into society.”; v. Pierre Verge, *Personnes Handicapées: L'obligation d'accommodement raisonnable selon le droit international et le droit canadien*, Droit Social 2010, p. 965.

¹ Ana Elena Abello Jimenez, *Criminalizing Disability: The Urgent Need of a New Reading of the European Convention on Human Rights*, 30 Am. U. Int'l L. Rev. 285, 286 (2015).

² UN General Assembly (48th sess. : 1993-1994), A/RES/48/96, 20 December 1993, Introduction (para. 15).

ولضمان تحقيق الغرض المنشود، فقد أوجبت الجمعية العامة على الدول الأعضاء في الأمم المتحدة بموجب هذه التوصية ضرورة إعادة النظر في تشريعات التوظيف والأنظمة السارية على النحو الذي يكفل عدم التمييز ضد ذوي الإعاقة في ميدان التوظيف بالقطاعات العام والخاص. وألزمت التوصية الدول، تأسيسًا على ذلك، بإزالة كافة العراقيل المادية التي تمتع ذوي الإعاقة بحقهم في شغل الوظائف العامة على قدم المساواة مع غيرهم من المواطنين.¹

ولتفعيل هذا الالتزام، ناشدت الجمعية الدول الأعضاء بتضمين تشريعاتها الداخلية للتوظيف موادًا تعترف لذوي الإعاقة بالحق في طلب التدابير الملائمة أو الترتيبات التيسيرية المعقولة عند نقلد الوظائف العامة أو الاستمرار في شغلها لمساعدتهم في النهوض بواجبات وأعباء الوظيفة.² وقد بينت التوصية بعض الصور لهذه التدابير أو الترتيبات والتي منها على سبيل المثال؛ تهيئة وموائمة المباني والأماكن المخصصة للعمل على النحو اللازم لاستقبال مختلف حالات العجز لذوي الإعاقة، استخدام الوسائل التكنولوجية الحديثة وتطوير الآلات والمعدات المتعلقة بالعمل بما يكفل قيام المعوق لمتطلبات الوظيفة المرشح إليها أو التي يشغلها بالفعل، اتباع سياسيات منصفة في مجال التعيين والترقية، وشروط الخدمة ومعدلات الأجور، وأيضًا اتخاذ جميع التدابير الرامية إلى إيجاد فرص تدريب وتوظيف المعاقين، والتي من بينها نظام ساعات العمل المرنة، العمل بدوام جزئي.³

ومع تنامي إدراك المجتمع الدولي بأهمية تمتع ذوي الإعاقة بكامل الحقوق والحريات على أساس المساواة وتكافؤ الفرص مع الآخرين من ناحية، وغياب التنظيم القانوني الإلزامي على المستوى الدولي لحقوق

¹ *Ibid.* at. Art. 7-1).

² *Ibid.* at. Art. 7-2

³ *Ibid.* at art. 7(1-2-6-9)

وحرريات ذوي الإعاقة من ناحية أخرى - نظراً لافتقار التوصية السالفة للطابع الإلزامي - فقد تبنت منظمة الأمم المتحدة في عام ٢٠٠٦ اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة والتي دخلت حيز التنفيذ عام ٢٠٠٨.^١ وتجدر الإشارة هنا إلى أنه بالرغم من أن اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة تعد الأولى من نوعها على المستوى الدولي في تكريس حقوق ذوي الإعاقة على قدم المساواة مع الآخرين، فقد كان الهدف الرئيسي من وراء صياغتها هو تدارك ما أفضت إليه الممارسات السياسية والتشريعية في بعض الدول من تمييز مباشر ضدهم تارة، وتمييز غير مباشر تارة أخرى بسبب إعاقتهم.^٢ يؤكد ذلك ما بينته الأعمال التحضيرية للاتفاقية وغيرها من الوثائق الدولية التي صاحبت إعدادها وصياغتها، والتي أكدت في مجملها أن هدفها الأساسي لم يكن إنشاء حقوق أو حرريات جديدة لذوي الإعاقة، وإنما التأكيد على ضمان وتعزيز تمتع ذوي الإعاقة بكامل الحقوق والحرريات التي تضمنتها المواثيق الدولية لحقوق الإنسان على قدم المساواة مع الآخرين.^٣

¹ UN General Assembly, Convention on the Rights of Persons with Disabilities, 13 December 2006, A/RES/61/106, Annex I, available at: <http://www.refworld.org/docid/4680cd212.html>.

² Ana Elena Abello Jimenez, *Criminalizing Disability: The Urgent Need of a New Reading of the European Convention on Human Rights*, 30 Am. U. Int'l L. Rev. 285, 286 (2015).

³ UN General Assembly, Convention on the Rights of Persons with Disabilities, Preamble. (C-D); Peterson, *supra note 13* at. 696 citing the Chair of the Ad Hoc Committee, Ambassador Don MacKay who opined that "existing human rights instruments have fallen far short in their protection of the human rights and fundamental freedoms guaranteed to persons with disabilities . . . many of the obligations under other instruments are set out in quite a broad and generic way, which can leave grey areas for their practical implementation in respect of particular groups."; See also Camilla Parker & Luke Clements, *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A New Right to Independent Living*, European Human Rights Law Review, Vol.4, 510 (2008). Ravi Malhotra, *The Unites*

وتأكيدًا لما تقدم، فقد أوجبت الاتفاقية على الدول الأطراف حظر كافة صور التمييز وكفالة الحماية القانونية المتساوية والفعالة لذوي الإعاقة من التمييز على أي أساس.¹ وفي هذا الخصوص، عدت الاتفاقية تمييزًا على أساس الإعاقة " كل تمييز أو استبعاد أو تقييد على أساس الإعاقة يكون عرضه أو أثره إضعاف أو إحباط الاعتراف بكافة حقوق الإنسان والحريات الأساسية أو التمتع بها أو ممارستها على قدم المساواة مع الآخرين، في الميادين السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية أو الثقافية أو المدنية أو أي ميدان آخر..."²

وفي مجال كفالة حق ذوي الإعاقة في العمل بوجه عام وتقلد الوظائف العام بوجه خاص، أكدت المادة الساعة والعشرون من الاتفاقية على حق ذوي الإعاقة في العمل، وعلى حرية اختيار العمل المناسب على قدم المساواة مع الآخرين، وألزمت الدول الأطراف بكفالة هذا الحق وحمايته في كل من القطاعين العام والخاص بالدولة، مع التأكيد على حظر التمييز بسبب الإعاقة في جميع المسائل المتعلقة بكافة أنواع العمل، ويندرج ضمن هذه المسائل شروط التوظيف والتعيين والعمل، واستمرار العمل، والترقية، وكذلك ظروف العمل الآمنة والصحية.³

وقد أكدت الاتفاقية أن كفالة حق ذوي الإعاقة في العمل أو التعيين بالوظائف العامة على المستويات الوطنية مرهون بضمان تحقق المساواة الفعلية وتكافؤ الفرص بين ذوي الإعاقة وغيرهم من المواطنين، إذ بينت المادتين السابعة والعشرون والتاسعة والعشرون من الاتفاقية، أنه يتعين على

Nations Convention on the Rights of Persons With Disabilities in Canadian and American Jurisprudence, 32 Windsor Y.B. Access to Just. 1, 3-4 (2015).

¹ Ibid. at. Art. 5-1.

² Ibid, at. Art. 2.

³ Ibid. at. Art. 27 & 29.

الدول، لكفالة حق ذوي الإعاقة في العمل وتولي المناصب الحكومية في شتى مستوياتها على قدم المساواة مع غيرهم من المواطنين، الاعتراف لهم بالحق في الحصول على الترتيبات التيسيرية المعقولة سواء عند التقدم لشغل الوظائف العامة أو في الأماكن المخصصة للعمل، وذلك بغرض تمكينهم من القيام بمهامهم الوظيفية على أكمل وجه.¹ ولا يعتبر إلزام الدولة بتوفير هذه التدابير الملائمة لتحقيق المساواة الفعلية للأشخاص ذوي الإعاقة تمييزاً لصالح هذه الفئة،² وإنما العكس هو الصحيح، فقد أكدت اتفاقية الأمم المتحدة للأشخاص ذوي الإعاقة أن امتناع الدولة أو تقاعسها عن توفير هذه التدابير هو ما يشكل تمييزاً منهي عنه ضد ذوي الإعاقة.³

المبحث الثالث

آليات تحقيق المساواة الفعلية لذوي الإعاقة أمام الوظائف العامة

بعد أن عرضنا في المبحثين السابقين لمضمون حق ذوي الإعاقة في المساواة الفعلية أمام الوظائف العامة وللأساس الدستوري والقانوني لهذا الحق في الأنظمة القانونية المقارنة والقانون الدولي، نتناول في هذا المبحث لأهم الآليات التي اعتمدها القانون المقارن لكفالة تحقيق المساواة الفعلية بين ذوي الإعاقة وغيرهم من المواطنين أمام الوظائف العامة.

وقد وقع اختيارنا، كما أشرنا في مقدمة هذا البحث، على النظام القانوني الفرنسي بسبب التحولات الجذرية التي شهدتها قوانين التوظيف الفرنسية في العقد الأخير بغرض كفالة حقوق ذوي الإعاقة أمام الوظائف العامة على قدم

¹ Ibid. at. Art. 27 & 29.

² Ibid. at. Art. 5-4. See also Lord, Suozzi and Taylor, *supra* note. 73 at. 566-67.

³ Ibid. at. Art. 2; See also Arlene S. Kanter, A Comparative View of Equality under the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the Disability Laws of the United States and Canada, 32 Windsor Y.B. Access to Just. 65, 87 (2015).

المساواة مع غيرهم من المواطنين.¹ إذ تدخل المشرع الفرنسي بموجب القانون رقم 102-2005 والمتعلق بالمساواة في الحقوق والفرص والمواطنة والمشاركة للأشخاص ذوي الإعاقة² La Loi pour L'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées لإحداث تعديلات جوهرية في أهم القوانين الفرنسية الحاكمة للتوظيف العامة بغية كفالة وتعزيز مبدأ المساواة الفعلية، وتكافؤ الفرص أمام الوظائف العامة بين ذوي الإعاقة وغيرهم من المواطنين، كالقانون رقم 634-83 لعام 1983 المتعلق بحقوق والتزامات الموظفين العموميين،³ والقانون رقم 16-84 لعام 1984 بشأن الأحكام القانونية المتعلقة بالوظائف العامة بالدولة،⁴ والقانون رقم 53-84 لعام 1984 بشأن الأحكام القانونية المتعلقة بالوظائف العامة الإقليمية،⁵ والقانون رقم 86-33 لعام 1986 بشأن الأحكام القانونية المتعلقة بالوظائف العامة في القطاع الصحي.⁶

وقد حملت هذه التعديلات في طياتها الاعتراف لذوي الإعاقة بكثير من الحقوق لكفالة وتعزيز حقهم في المساواة أمام الوظائف العامة، كحقهم في أن

¹ Hervé Rihal, L'insertion des personnes handicapées dans la fonction publique après la loi du 11 février 2005, RD55 2005 P. 394, P.3 ; Francis Kessler, L'autonomie des personnes handicapées dans la loi du 11 février 2005, RDSS 2005, P. 382.

² La Loi n. 2005-102 du 11 Février 2005 pour L'Egalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, JORF du 12 Févr. 2005, p. 2353.

³ La Loi du 13 Juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires (L. n. 83-684, 13 Juill. 1983, art. 5 : JO 14 Juill. 1983, p.2174).

⁴ La loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat.

⁵ La loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale.

⁶ La loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière.

تُقدر صلاحيتهم البدنية لشغل الوظائف العامة في ضوء التدابير الملائمة التي قد تمكنهم من النهوض بأعباء ومسئوليات الوظيفة المراد شغلها، وحقهم في الحصول على التدابير الملائمة في مسابقات التوظيف التي تعقدها الجهات الحكومية للاتحاق بالوظائف العامة، وأخيراً حقهم في الحصول على التدابير الملائمة خلال ممارستهم لأعمالهم الوظيفية.

وسوف نعرض من خلال هذا المبحث لمضمون هذه الحقوق وأهم التطبيقات القضائية الصادرة بشأنها في المطالب الثلاثة التالية:

- **المطلب الأول:** حق ذوي الإعاقة في أن تُقدر صلاحيتهم الوظيفية لشغل الوظائف العامة في ضوء الوسائل الممكنة للحد من الآثار السلبية للإعاقة *Compte tenu des possibilités de compensation du handicap.*
- **المطلب الثاني:** حق ذوي الإعاقة في الحصول على التدابير الملائمة خلال مسابقات التوظيف بالوظائف العامة *Le droit à l'aide*.
- **حق ذوي الإعاقة في الحصول على التدابير الملائمة خلال العمل الوظيفي** *Le droit à des mesures appropriées*.

المطلب الأول

حق ذوي الإعاقة في أن تُقدر صلاحيتهم الوظيفية لشغل الوظائف العامة في

ضوء الوسائل الممكنة لتعويض الآثار السلبية للإعاقة

Compte tenu des possibilités de compensation du handicap

تطلب القانون الفرنسي رقم 83-634 لعام ١٩٨٣ بشأن حقوق

والتزامات الموظفين العموميين *Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983*

، *portant droits et obligations des fonctionnaires* ، على غرار

كثير من التشريعات المقارنة للتوظيف، في المرشح للتعين بالوظائف العامة، ثبوت لياقته الصحية لضمان تمكنه من النهوض بأعباء ومتطلبات الوظيفة المراد شغلها بكفاءة واقتدار.¹

ويتعين علي جميع الجهات الحكومية، إعمالاً لهذا الشرط، أن تثبت من استيفاء جميع المرشحين للياقة الصحية المطلوبة قبل التعاقد معهم أو قبل السماح لهم بدخول المسابقة إذا كانت الوظيفة المعلن عنها مما تشغل بطريق المسابقة.² ولإثبات توافر هذا الشرط، يتطلب القانون الفرنسي إجراء الفحوص الطبية اللازمة على جميع المرشحين بواسطة أحد الأطباء المعتمدين les médecins agréés لدى الجهة الحكومية.³ وإذا كان من بين المرشحين أو المتقدمين لشغل الوظيفة المعلن عنها شخص معوق، فإنه يتعين لثبوت لياقته الصحية أن يحصل على شهادة من أحد الأطباء المعتمدين تفيد عدم تعارض إعاقته مع متطلبات الوظيفة المراد شغلها.⁴

¹ Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. Loi dite loi Le Pors. Article 5 Sous réserve des dispositions de l'article 5 bis Nul ne peut avoir la qualité de fonctionnaire ...

5° S'il ne remplit les conditions d'aptitude physique exigées pour l'exercice de la fonction.

² CE 8 juin 1994, Colino, Lebon T. 1017 ; CE 29 déc. 1999, Ministre des Postes et Télécommunications, Lebon 432.

³ Décret n. 86-442, du 14 Mars 1986 relatif à la désignation des médecins agréés, Art. 20.

⁴ Ibid.; Dieu, Op. Cit., p. 203 ; Triomphe, Op. Cit., p.371.

تجدر الإشارة إلى أن القانون الفرنسي يشترط في ترشيح المعوق لشغل الوظائف العامة، قبل إخضاعه للكشف الطبي من قبل أحد الأطباء المعتمدين للجهة الحكومية أن يكون من الحاصلين على صفة العامل المعوق la qualité de travailleur handicapée . ويتعين لاكتساب هذه الصفة ان يتقدم المعوق أو ممثله القانوني بطلب خاص يعرف ب La demande de reconnaissance de la Qualité de travailleur handicapé (RQTH) مراكز المقاطعات لنوي الإعاقة الموجودة بمختلف المقاطعات الفرنسية La Maison Départementale des Personne handicapées، والمختصة باستقبال ذوي الإعاقة وأسرهم، وتوعيتهم بمختلف حقوقهم في التشريعات الوطنية. ويحال هذا الطلب إلى لجنة متخصصة داخل مركز المقاطعة تعرف بلجنة حقوق واستقلال ذوي الإعاقة La commission des droits et de l'autonomie des Personnes handicapées (CDAPH).

وقد أدى تضمن تشريعات التوظيف الفرنسية لهذا الشرط من الناحية الواقعية إلى حرمان ذوي الإعاقة من التعيين في كثير من الوظائف العامة في الدولة، وحصر اختياراتهم على طائفة محددة من الوظائف بعينها بسبب عدم مراعاة التشريع للمتطلبات الخاصة لذوي الإعاقة.¹

وتتنوع اختصاصات هذه اللجنة، فمنها ما يتعلق بتحديد نسبة الإعاقة ومدى قدرة ذوي الإعاقة على العمل، واقتراح الحلول الممكنة للتغلب على حالة العجز، ومنها ما يتعلق بتوجيه ذوي الإعاقة نحو سوق العمل، وتحديد التدابير اللازمة لتيسير إدماجهم في الحياة المهنية والاجتماعية، ومنها ما يرتبط بتحديد الهيئات والمؤسسات القادرة على استقبال ذوي الإعاقة، وإعدادهم، وتدريبهم على المستوى المهني. على أن أهم هذه الاختصاصات التي تعيننا في مجال بحثنا هي منح المعاق صفة العامل المعوق *la qualité de travailleur handicapée*. حيث يتعين على اللجنة الرد على الطلبات التي يقدمها ذوي الشأن إليها باكتساب هذه الصفة بقرار مسبب يصدر بموافقة أغلبية الأعضاء في كل حالة على حدة، وذلك في ضوء المعطيات المتعلقة بنسبة الإعاقة والقدرة على القيام بالعمل. ويشترط القانون أن تقتزن القرارات الصادرة من هذه اللجنة بالموافقة بتوجيه ذوي الإعاقة إما نحو سوق العمل العادي *ordinaire de travail le milieu* -والذي يشمل وظائف القطاع العام والخاص على السواء بالإضافة للهيئات والمؤسسات الاقتصادية المهيأة لاستيعاب ذوي الإعاقة للعمل بها *entreprise adaptées de travail protégé* - أو نحو سوق العمل المحمي *le milieu de travail protégé* - وهي عبارة عن كيانات أعدت خصيصاً لتوفير بعض الأنشطة المهنية لذوي الإعاقة مع الدعم الصحي والاجتماعي والتعليمي اللازم - أو توجيه نحو إحدى البرامج التدريبية والتأهيلية لذوي الإعاقة.

وهذه القرارات الصادرة بمنح صفة الموظف المعاق *la qualité de travailleur handicapée* هي قرارات إدارية، أوجب القانون تسيبها. كما أن هذه القرارات هي قرارات وقتية لها مدة صلاحية تتراوح بين سنة وخمس سنوات، ويتعين لتجديدها أن يتقدم ذوي الشأن بطلب صريح بتجديدها قبل انتهاء صلاحيتها بستة أشهر على الأقل. ويمكن لذوي الشأن الطعن في القرارات السابقة أمام المحاكم الإدارية التي يتبعها مركز المقاطعة لذوي الإعاقة، ويعتبر امتناع لجنة حقوق واستقلال ذوي الإعاقة عن الرد على الطلبات المقدمة إليها لمدة أربعة أشهر من تاريخ تقديم الطلب قرار بالرفض، ويمكن لذوي الشأن حينئذ الطعن فيها أمام المحكمة المختصة. كذلك تجدر الإشارة إلى أن قرارات لجنة حقوق واستقلال ذوي الإعاقة بتوجيه ذوي الإعاقة نحو سوق العمل العادي أو سوق العمل المحمي أو البرامج التدريبية أو التأهيلية تتوقف في كل حالة على أساس حجم الإعاقة من ناحية ومدى قدرة الشخص على العمل من ناحية أخرى.

وعلى أية حال فيمجرد اكتساب ذوي الإعاقة لصفة المعاق القادر على العمل وتوجيه نحو سوق العمل العادي يكون من حيث المبدأ أهلاً لتولي الوظائف العامة⁴ على أن ما تقدم لا يفقد الإدارة سلطتها في رفض المرشح إذا ارتأت أن ما يتمتع به من ملكات وقدرات لا يتناسب مع طبيعة أو متطلبات الوظيفة المراد شغلها. إذ ليس من اختصاص اللجنة المعنية بحقوق واستقلال ذوي الإعاقة تقدير توافر شرط الصلاحية البدنية أو مدي ملائمة إعاقة المرشح مع متطلبات وظيفة بعينها، وإنما يقتصر دورها على بحث صلاحية ذوي الإعاقة للعمل عمومًا، وهو ما يتحقق بمجرد منح ذوي الإعاقة شهادة بصلاحية العمل في سوق العمل. وبناء عليه فإن للإدارة أن تثبت من توافر شرط الصلاحية البدنية للوظيفة المعلن عنها في المرشح المعاق، قبل التعاقد معه أو قبل السماح له بدخول المسابقة.

¹ Frédéric Dieu La condition d'aptitude physique dans la fonction publique, AJFP 2009 p.203.

ونتيجة هذا التمييز غير المباشر ضد ذوي الإعاقة أمام التعيين بالوظائف العامة، تدخل المشرع الفرنسي بموجب قانون المساواة في الحقوق والفرص والمشاركة والمواطنة *La Loi pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées* بتعديل جوهرى على النص الخاص بشرط اللياقة الصحية في القانون المتعلق بحقوق والتزامات الموظفين العموميين. حيث أوجب بموجب هذا التعديل على الجهات الحكومية عند تقدير صلاحية ذوي الإعاقة الوظيفية مراعاة متطلباتهم الخاصة واحتياجاتهم الفعلية لتعويض الآثار السلبية للإعاقة *compensation du handicap*¹.

وبناء عليه، لم يعد في مقدور الجهة الإدارية استبعاد ذوي الإعاقة بحجة تعارض نوعية الإعاقة أو طبيعتها مع متطلبات وواجبات الوظيفة، وإنما بات من المتعين عليها أن تقوم بتقدير صلاحية المعوق وقدراته، في كل حالة على حده، وذلك في ضوء الاحتياجات الفعلية التي يحتاجها ذوو الإعاقة للتغلب على الآثار السلبية لعجزهم.²

¹ Triomphe, Op. Cit., p.371; La Loi n. 2005-102 du 11 Février 2005 pour l'Egalite des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, Op. cit. p. 2353. Art. 31. « La loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires est ainsi modifiée:

1° Le 5° de l'article 5 et le 4° de l'article 5 *bis* sont complétés par les mots: «compte tenu des possibilités de compensation du handicap»

وبذلك أضحي نص المادة 5 من قانون ١٣ يوليو ١٩٨٣ بعد التعديل يقرأ على النحو التالي:
Nul ne peut avoir la qualité de fonctionnaire : ... 5° S'il ne remplit les conditions d'aptitude physique exigées pour l'exercice de la fonction compte tenu des possibilités de compensation du handicap.

² Dieu, Op. Cit., p. 203 ; Voir encore CE, 8ème et 3ème sous-sections réunies, 06/06/2008, 299943 « qu'il résulte de ces dispositions que l'appréciation des conditions d'aptitude physique particulières pour l'admission dans des corps de fonctionnaires ne peut porter que sur la capacité de chaque candidat, estimée au

وتتباين تلك الاحتياجات الفعلية، بحسب نوعية الإعاقة التي يعاني منها المرشح، ما بين مساعدات تقنية وتكنولوجية أو مساعدات إنسانية أو غيرها من المساعدات التي يمكن توفيرها لمساعدة المرشحين من ذوي الإعاقة على إنجاز واجبات وأعباء الوظيفة.¹ وتستطيع الجهات الحكومية تدبير النفقات اللازمة لتوفير تلك المساعدات على اختلاف أنواعها من خلال الاعتمادات المالية التي تحصل عليها من قبل الصندوق الخاص بتشغيل ذوي الإعاقة في الوظائف العامة أو Fonds pour l'insertion des personnes handicapées dans la fonction publique.²

moment de l'admission, à exercer les fonctions auxquelles ces corps donnent accès. »

وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي في هذا القضاء اللاحق للتعديل التشريعي أن سلطة الإدارة في تقدير صلاحية المعوق الوظيفية لشغل الوظائف العامة باتت منذ صدور القانون الخاص بالمساواة في الحقوق والفرص لذوي الإعاقة مقيدة بمراعاة الاحتياجات الخاصة بذوي الإعاقة للحد من الآثار السلبية للإعاقة، مؤكداً أن الادعاء بالتعارض المجرّد للإعاقة التي يعاني منها المرشح مع متطلبات الوظيفة المراد شغلها لا يكفي لتبرير القرار الصادر باستبعاده من الوظيفة، وإنما يتعين على الجهة الإدارية عند تقديرها لصلاحية المعوق الوظيفية أن تأخذ في الاعتبار، في كل حالة على حده، تأثير هذه الإعاقة على الحالة الصحية للمرشح وما يتمتع به من قدرات ومكّنات.

¹ Hervé Rihal, L'insertion des personnes handicapées dans la fonction publique après la loi du 11 février 2005, Op.Cit. P. 394; Rémy Fontier, Travailleur handicapé * Fonctionnaire stagiaire * Concours de la fonction publique * Absence de prise en compte du handicap * Droit à compensation, RDSS 2010, p. 174; Voir aussi Rémy Fontier, Fonction publique * Handicap * Droit à la compensation * Violations répétées * Indemnisation RDSS 2009. 117 : Ministère de travail, de l'emploi, de la formation personnelle et du dialogue, Handicap & emploi droits et dispositifs, édition 2016, 340-343.

² Fontier, Travailleur handicapé * Fonctionnaire stagiaire * Concours de la fonction publique * Absence de prise en compte du handicap * Droit à compensation, Op. Cit., p.174, p. 1. : Voir aussi, V. Desgardin Emploi et développement durable : place des travailleurs handicapés, Rép. min. n° 52227, JOAN Q 6 oct. 2009.

تجدر الإشارة إلى ان أحد المصادر الرئيسية لتمويل صندوق توظيف ذوي الإعاقة بالوظائف العامة Le Fonds pour L'insertion professionnelle des Personnes Handicapées dans la fonction Publique تتمثل فيما يحصل عليه الصندوق من مبالغ مالية من قبل الجهات الحكومية نظير تخلفها عن الوفاء بالتزامها بتخصيص ما لا يقل عن 6% من وظائفها

وقد جاء هذا التعديل التشريعي استجابةً لأحكام مجلس الدولة الفرنسي السابقة على صدوره، والتي ألزم فيها الجهة الإدارية عند تقدير صلاحية ذوي الإعاقة لشغل الوظائف العامة بمراعاة وتلبية احتياجاتهم الخاصة ضماناً لكفالة حقهم في التعيين بالوظائف العامة على قدم المساواة مع غيرهم من المواطنين. وقد استند مجلس الدولة في تيرير قضائه إلى نص المادتين L.114-1 و L. 243-3 من قانون العمل الاجتماعي والعائلات Code de l'action sociale et de la famille واللاتين تقضيان بحظر التمييز بين المواطنين أمام الوظائف العامة على أساس الإعاقة (L.243-3) وبالزام الدولة بكفالة تمتع ذوي الإعاقة بكامل حقوقهم وحررياتهم على قدم المساواة مع غيرهم من المواطنين (L.114-1).¹ حيث وجد مجلس الدولة في هذه النصوص أساساً قانونياً كافياً لإلزام الدولة بضرورة المغايرة في المعاملة بين ذوي الإعاقة وغيرهم من المواطنين في خصوص تقدير شرط اللياقة الصحية للتعيين بالوظائف العامة، شريطة أن تأخذ هذه المعاملة المغايرة في الحسبان

الداخلية لصالح ذوي الإعاقة. كذلك يندرج في مصادر التمويل أموال التبرعات والوصايا أو غير ذلك من المصادر. انظر في ذلك

Article Code de Travail Français, Article L5214-1, Article L5214-2, L5214-3.

¹ Code de L'action sociale et de la famille, Art. L.114-1: Toute personne handicapée a droit à la solidarité de l'ensemble de la collectivité nationale, qui lui garantit, en vertu de cette obligation, l'accès aux droits fondamentaux reconnus à tous les citoyens ainsi que le plein exercice de sa citoyenneté. L'Etat est garant de l'égalité de traitement des personnes handicapées sur l'ensemble du territoire et définit des objectifs pluriannuels d'actions.

Art. L. 243-3:Aucun Candidat handicapé ne peut être écarté, en raison de son handicap, d'un concours donnant accès à un emploi de L'état ou d'une des collectivités ou établissements mentionnés à l'article L. 323-2 du code de travail, si ce handicap a été reconnu compatible avec cet emploi par la commission technique d'orientation et de reclassement professionnel. (Abrogée)

مراعاة الاحتياجات الفعلية المرتبطة بأوضاع ذوي الإعاقة الاستثنائية، وذلك توصلًا لتحقيق المساواة الفعلية بينهم وبين غيرهم أمام الوظائف العامة.

ومن أهم التطبيقات القضائية لمجلس الدولة في هذا الصدد، قضاؤه في عام ٢٠٠٣ بإلغاء القرار الصادر من السلطة المختصة باستبعاد الأستاذ Houama من خوض المسابقة المعلن عنها لشغل وظيفة أستاذ جغرافيا وتاريخ بإحدى المدراس الحكومية. وتتلخص وقائع الدعوي في قيام اللجنة المختصة بوزارة التربية والتعليم بإصدار قرار يقضي باستبعاد أحد المرشحين المعاقين من دخول المسابقة استنادًا إلى أن إعاقته، والمتمثلة في فقدانه حاسة البصر، لا تتناسب مع طبيعة ومقتضيات الوظيفة المراد شغلها وذلك بسبب الصعوبات التي قد يواجهها في استخدام الوثائق الخاصة بتدريس المادة المعنية لا سيما الخرائط.¹ وقد أكد مجلس الدولة في حكمه أن تقدير الجهة الإدارية لصلاحية المرشح المعاق الوظيفية لا بد وأن يتم في ضوء الوسائل التي يمكن للإدارة توفيرها لتمكين المرشح من النهوض بأعباء الوظيفة حال اجتيازه المسابقة. وانتهى المجلس، في ضوء ما تقدم، إلى أن قرار الجهة الإدارية بحرمانه من دخول المسابقة هو قرار معيب لاسيما وأن التقارير التي قدمها الطاعن عن الدورات التدريبية التي حصل عليها تقطع

¹ Conseil d'Etat, 3 / 8 SSR, du 29 juillet 2002, 238516, mentionné aux tables du recueil Lebon. Considérant qu'appelée à se prononcer sur la candidature aux épreuves du certificat d'aptitude au professorat de l'enseignement du second degré (CAPES) d'histoire et géographie de M. Hichem X..., invalide à 80 % pour déficience visuelle, la commission nationale a estimé, dans ses décisions attaquées du 8 juin et du 7 décembre 2001, que ce handicap n'était pas compatible avec les fonctions auxquelles le requérant postulait eu égard "à la difficulté rencontrée pour utiliser en classe les documents spécifiques à l'enseignement des disciplines concernées et à l'impossibilité de vérifier, pendant les cours, les productions cartographiques et l'exactitude des commentaires des élèves sur les documents iconographiques."

بقدرته على تجنب الآثار السلبية للإعاقة، والنهوض بمسؤوليات الوظيفة المرشح إليها إذا سمحت الإدارة له باستخدام شخص آخر يعاونه عند الحاجة في أداء بعض الأعمال الوظيفية أو باستخدام الأجهزة التقنية الحديثة التي تمكنه من قراءة كافة الوثائق المتعلقة بتدريس المقرر المعني.¹

وفي نفس الاتجاه، قضى مجلس الدولة في قضية أخرى عام ٢٠٠٤ بإلغاء القرار الصادر باستبعاد أحد المرشحات وتدعى Monnier من خوض إحدى مسابقات التوظيف التي تعقدتها وزارة التربية والتعليم لشغل وظيفة أستاذ تربية رياضية وبدنية.² وقد استندت الجهة الإدارية في قرارها باستبعاد المرشحة من المسابقة إلى أن إعاقاتها، والمتمثلة في إصابتها بشلل نصفي أقعدها عن الحركة، تتنافى مع متطلبات الوظيفة وتشكل خطراً واضحاً على حياة طلاب المدرسة، حيث يشترط للتعيين في هذه الوظيفة أن يتوافر لدى المرشح القدرة على القيام بتدريب طلاب المدارس على رياضتي السباحة والغطس وتأمين سلامتهم خلال ممارستهم لهذه الأنشطة.³ وقد بين مجلس الدولة جلياً بموجب حكمه في هذه القضية أنه يتعين على عائق الجهة

¹ Ibid. « les établissements relevant du ministre chargé de l'éducation, doit apprécier la compatibilité du handicap avec l'exercice des fonctions auxquelles postule le candidat en prenant en compte les aménagements de poste que l'administration est légalement tenue de mettre en place pour les personnes handicapées ... Ce dernier peut, avec un appareil de lecture informatique approprié et l'assistance d'une tierce personne, surmonter l'essentiel des difficultés ou impossibilités mentionnées par la commission ; que par suite, et compte tenu des règles relatives à l'assistance des professeurs atteints d'infirmités par un autre fonctionnaire, les décisions attaquées sont entachées d'erreur d'appréciation et doivent être annulées »

² Conseil d'Etat, 8ème et 3ème sous-sections réunies, du 30 avril 2004, 254106, mentionné aux tables du recueil Lebon. Voir également Emmanuel Aubin, L'accès des personnes handicapées aux emplois publics, La compensation et L'erreur d'appréciation, AJDA 2004, P. 1718.

³ Conseil d'Etat, 8ème et 3ème sous-sections réunies, du 30 avril 2004, 254106, mentionné aux tables du recueil Lebon.

الإدارية عند تقدير صلاحية المرشح المعوق لشغل الوظيفة أن تضع نصب أعينها كافة الوسائل الممكنة لتعويض المعوق عن الآثار السلبية لإعاقته، كما أكد على أنه لا يكفي لتحلل الإدارة من هذا الالتزام تذرعها، دون دليل قاطع، بأنه ليس هناك في هذه الوسائل ما يمكن أن يعين المرشح على النهوض بواجبات ومسئوليات الوظيفة المراد شغلها.

وانتهى المجلس في هذه القضية إلى إلغاء القرار الصادر باستبعاد المرشحة من دخول المسابقة بسبب تجاوز الإدارة في استعمال سلطتها *excès de pouvoir*، مستندًا في ذلك إلى ما تقدمت به المرشحة من أوراق تثبت تمثيلها لدولتها في دورة الألعاب الأولمبية لذوي الإعاقة مسبقًا في برشلونة، وحصولها على عدة شهادات خبرة تؤكد اجتيازها لعدد من الدورات التدريبية والتأهيلية في مجال الأنشطة التربوية البدنية والرياضية.¹ كذلك استند المجلس في حكمه إلى تقرير المستشار التعليمي الذي يؤكد أن تعارض إعاقة المرشحة مع تعليم بعض الأنشطة كالسباحة والغطس من الممكن التغلب عليه عن طريق توفير بعض التدابير الملائمة الفعالة للحد من الآثار السلبية للإعاقة، كتعيين مساعدة لها.²

¹ *Ibid.*

وقد أكد تقرير مفوض الدولة بخصوص هذه القضية أن من بين التدابير الملائمة أو الترتيبات التيسيرية الممكن توفيرها للمرشحة للحد من الآثار السلبية لإعاقتها ومساعدتها في التغلب على ما قد يواجهها من صعوبات تعيين مساعدة لها، ذلك أن إعاقة المرشحة لا تعوقها عما يندرج في صميم عملها واختصاصها وهو تعليم الطلاب المدارس والقواعد والحركات الأساسية لممارسة رياضة السباحة والغطس دون أن تكون ملزمة بممارسة هاتين الرياضتين أمام الطلاب، وأنه من الممكن للجهة الإدارية أن تقوم بتعيين مساعدة لها تتولى عنها القيام ببيان عملي أمام طلاب المدرسة إذا استلزم الأمر ذلك، وهو ما يعني أن دور المساعدة يقتصر فقط على البيان العملي للدروس النظرية دون أن يكون منوطًا بها - على عكس ما تنتزع به الجهة الإدارية - أن تحل محل المرشحة في ممارسة الأنشطة التربوية المختلفة. راجع في ذلك:

Fontier, La compensation des conséquences du handicap en matière d'accès aux emplois publics, Note sous Conseil d'Etat, 30 avril 2004, Mlle Monnier, requête n° 254106, AJDA 2004.1718, note Aubin, p.1-3.

² Conseil d'Etat, 8ème et 3ème sous-sections réunies, du 30 avril 2004, 254106, mentionné aux tables du recueil Lebon.

وتبدو أهمية هذا القضاء فيما قرره من نقل عبء إثبات عدم توافر شرط اللياقة الصحية Aptitude Physique إلى الجهة الإدارية، بل وبموجب هذا القضاء أصبحت الجهة الإدارية ملزمة عند استبعاد المعوق من التعيين بالوظائف العامة بإثبات ليس فقط عدم تناسب إعاقته مع متطلبات الوظيفة، وإنما يتعين عليها أن تثبت، بما لا يدع مجالاً للشك، أنه ليس هناك في الوسائل الممكنة لتعويض الآثار السلبية للإعاقة ما يمكن أن يساعده في النهوض بواجبات وأعباء الوظيفة المراد شغلها على النحو المطلوب.¹

والواقع أن هذه الأحكام تقف كدليل دامغ على موقف القضاء الإداري الفرنسي من تعزيز فرص ذوي الإعاقة في تقلد الوظائف العامة بالدولة، بالمقابلة لموقف الجهات الإدارية المتحفظ من قبول ذوي الإعاقة في وظائفها استناداً، لاعتبارات تتعلق بضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد من ناحية، وعدم تحميل موازنات الجهات الحكومية تكاليف إضافية لتهيئة الوظائف أو بيئة العمل لاستقبال ذوي الإعاقة من ناحية أخرى.² كذلك تؤكد

ولأحكام أخرى في ذات الاتجاه، انظر قضاء مجلس الدولة الفرنسي في القضية التالية:

CE 19 nov. 2004, Balanger, n° 263547.

وكذلك قضاء المحكمة الإدارية بمدينة روان Rouen والذي انتهت فيه المحكمة إلى إلغاء القرار الصادر بحرمان أحد المرشحين المعوقين بسبب إعاقته المتمثلة في عدم قدرته على النطق من دخول المسابقة الخاصة بالتعيين في وظيفة مدرسة تربية رياضية وبدنية

TA Rouen 9 juill. 2009, Thely, RDSS 2009. 1171, OBS. r. Fontier.

¹ Hervé Rihal, La conceptualisation du handicap en droit français : l'aptitude à l'emploi à la lumière de la jurisprudence administrative, RDSS 2011, p. 816; Rihal, L'insertion des personnes handicapées dans la fonction publique après la loi du 11 février 2005, Op. Cit. 394.

² Rihal, La conceptualisation du handicap en droit français : l'aptitude à l'emploi à la lumière de la jurisprudence administrative, Op. Cit., p. 816 ; Frédéric Dieu, Op. Cit, p.203.

تجدر الإشارة إلى أن هذه الأحكام وإن كانت تعبر عن موقف مجلس الدولة المنحاز إلى تشغيل وإمماج ذوي الإعاقة بالوظائف العامة، إلا أنه لا يتعين أن يفهم منها أن مجلس الدولة قد سمح لذوي الإعاقة بشغل جميع أنواع الوظائف العامة، حيث رفض المجلس في أحكام أخرى تعيينهم في الوظائف التي تتطلب في شاغليها قدرات أو مكنات خاصة.

وقد أكد مجلس الدولة هذا المبدأ في كثير من أحكامه، فقضي على سبيل المثال أن الإعاقة المتمثلة في التشنج أو صعوبة الكلام تعد مانعاً مقبولاً من تعيين صاحبها في أحد الوظائف الإشرافية بوزارة

هذه الأحكام رغبة القضاء الفرنسي في أن تكون الدولة ومرافقها المختلفة نموذجًا يحتذى به أمام القطاع الخاص فيما يتعلق بتشغيل ذوي الإعاقة، إذ يصعب إجبار المؤسسات التي تنتمي لهذا القطاع الأخير على الوفاء بالتزامها بتشغيل ذوي الإعاقة إذا كانت الدولة ومؤسساتها لا تحترم هذا الالتزام ولا تبالي بإدماجهم في وظائفها.¹

وإذا كانت تشريعات التوظيف المصرية وكذلك التشريعات المعنية بذوي الإعاقة السابقة على صدور القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠١٨، لم تتضمن نصوصًا مماثلة لما أورده تشريع المساواة في الحقوق والفرص والمشاركة والمواطنة لذوي الإعاقة من تعديلات في خصوص تقدير شرط اللياقة الصحية لذوي الإعاقة عند التعيين بالوظائف العامة، فإننا نعتقد أن الأحكام التي استحدثها قانون رقم ١٠ لسنة ٢٠١٨ بشأن حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، وفي مقدمتها عدم جواز التمييز بين المواطنين بسبب الإعاقة، وضرورة تأمين المساواة الفعلية بين ذوي الإعاقة وغيرهم في التمتع بجميع الحقوق والحريات الأساسية، باتت منذ صدورهما تشكل قيدًا على سلطة الإدارة في تقدير توافر شرط الصلاحية البدنية لدى المرشحين لشغل الوظيفة العامة من ذوي الإعاقة، إذ تنشئ هذه الأحكام على عاتق الدولة، التزامًا بمراعاة الاحتياجات الخاصة بذوي الإعاقة للحد من الآثار السلبية للإعاقة.

بعبارة أخرى، فإنه لم يعد يكفي لتبرير قرارات الجهة الإدارية باستبعاد المعوقين من شغل الوظائف العامة، مجرد التذرع بالتعارض المجرد للإعاقة التي يعاني منها المرشح مع متطلبات الوظيفة المراد شغلها، وإنما صار

التعليم ; 119 n° , Dr. adm. 2007, n° 275917, CE 7 févr. 2007, Courtoux, AJDA 2007. 991. كما قضي بمشروعية قرار الجهة الإدارية الذي يتطلب حدة البصر في المرشحين لشغل وظيفة مفتش شرطة بالنظر للطبيعة الخاصة ومتطلبات هذه الوظيفة CE 23 nov. 1990, Levesque, n° 104798.

¹ Rihal, L'insertion des personnes handicapées dans la fonction publique après la loi du 11 février 2005, Op. Cit., p. 394; Dieu, Op. Cit., p.203.

يتعين على الجهة الإدارية عند تقديرها لصلاحية المعوق الوظيفية أن تأخذ في الاعتبار، تأثير هذه الإعاقة على الحالة الصحية للمرشح، وما يتمتع به من قدرات ومكنات. ويدعم هذا الاستنتاج ما نصت عليه المادة الثانية والعشرون من القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠١٨ من إلزام الدولة بتوفير الترتيبات التيسيرية المعقولة لذوي الإعاقة في أماكن العمل، إذ يقتضي هذا الالتزام من باب أولى عدم استبعاد ذوي الإعاقة من تولي الوظيفة طالما كانت الترتيبات التيسيرية التي ستوفرها الدولة في أماكن العمل تتناسب مع الاحتياجات الفعلية للمعوق وتستهدف تمكينه من النهوض بأعباء وواجبات وظيفته على أكمل وجه.

ولا وجه للتحدي هنا بمقولة إن القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠١٨ قد خلت نصوصه، على عكس القانون الفرنسي، من نص صريح يوجب على الإدارة عند تقدير صلاحية ذوي الإعاقة الوظيفية مراعاة متطلباتهم الخاصة واحتياجاتهم الفعلية لتعويض الآثار السلبية للإعاقة، إذ رأينا كيف أكدت أحكام مجلس الدولة الفرنسي هذا الالتزام ومهدت لإدراجه في صلب تشريعات التوظيف - قبل صدور قانون المساواة في الحقوق والفرص والمشاركة والمواطنة لذوي الإعاقة - استنادًا إلى النصوص القانونية العامة التي تحظر التمييز ضد ذوي الإعاقة وتؤكد حقهم في التمتع بكامل الحقوق والحريات الأساسية، وذلك لضمان تحقيق المساواة الفعلية بين ذوي الإعاقة وغيرهم من المواطنين.

المطلب الثاني

حق ذوي الإعاقة في الحصول على التدابير الملائمة خلال مسابقات التوظيف

Le droit à L'aide المساعدة

اعتمد المشرع الفرنسي كقاعدة عامة للتعيين في الوظائف العامة بالدولة نظام المسابقات، بغية تحقيق المساواة الكاملة بين جميع المتقدمين لشغل هذه

الوظائف،¹ وقد حرص مجلس الدولة الفرنسي من جانبه على تأكيد مبدأ المساواة بين جميع المرشحين خلال هذه المسابقات، فبات يبطل منها تلك التي شاب انعقادها أي إخلال بمبدأ المساواة.²

وإذا كانت المساواة في مسابقات التعيين بالوظائف العامة تقتضي خضوع جميع المرشحين لذات القواعد الحاكمة للمساواة، فقد أدخل المشرع الفرنسي بموجب المواد أرقام ٣٢ و ٣٣ و ٣٥ من القانون رقم 102-2005 والخاص بالمساواة في الحقوق والفرص، والمشاركة والمواطنة لذوي الإعاقة عددًا من التعديلات الجوهرية على القوانين المتعلقة بالوظائف العامة في الدولة والقطاع الإقليمي والقطاع الصحي،³ أجاز بمقتضاها الخروج على

¹ Hervé Rihal, *Concours et personnes handicapées : la reconnaissance d'un droit à l'aide*, Note sous CE 18 novembre 2009, M. Wright, n° 318565, RDSS 2010, 349.

² للمزيد حول قضاء مجلس الدولة الفرنسي بخصوص تطبيق مبدأ المساواة خلال مسابقات التوظيف في الوظائف العامة، أنظر الأحكام التالية،

١- Conseil d'Etat, 4 / 1 SSR, du 4 février 1983, 31877, mentionné aux tables du recueil Lebon

وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي في هذه القضية بإلغاء نتيجة المسابقة الخاصة بقبول طلاب المدرسة الوطنية للقضاة نظرًا لقيام القائمين على تنظيم المسابقة بالسماح لبعض الطلاب دون البعض الآخر باستخدام المراجع القانونية والفقهية أثناء المسابقة.

٢- Conseil d'Etat, 3 / 5 SSR, du 20 février 1985, 43657, publié au recueil Lebon

في هذه القضية، قضى مجلس الدولة الفرنسي بإلغاء نتيجة المسابقة الخاصة بالتعيين في إحدى الوظائف الشاغرة بالإدارة المركزية بوزارة الثقافة والاتصالات، وذلك لقيام أحد المرشحين بكتابه اسمه على ورقة الامتحان وقيام المصحح بتصحيح الورقة بالمخالفة لمبدأ حظر كشف الهوية.

٣- Conseil d'État, 5ème et 4ème sous-sections réunies, 10/04/2009, 311888, Publié au recueil Lebon

في هذه القضية، انتهى مجلس الدولة إلى إلغاء نتيجة المسابقة الخاصة بالتعيين في إحدى الوظائف العامة بسبب ما شابها من إخلال بمبدأ المساواة نتيجة إصرار أحد المحكمين في المسابقة على طرح مجموعة من الأسئلة لأحد المتسابقين تتعلق بأصله وأصل زوجته وعاداتهم الطائفية.

³ Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, Art. 32,33 et 35 « Des dérogations aux règles normales de déroulement des concours et des examens sont prévues afin, notamment, d'adapter la durée et le fractionnement des épreuves aux

القواعد العامة الحاكمة لمسابقات واختبارات التعيين بالوظائف العامة. وقد تمثلت هذه التعديلات في إلزام الجهات الحكومية بمنح وقت إضافي لذوي الإعاقة خلال مسابقات التوظيف مراعاة لاحتياجاتهم الخاصة، وبتوفير المساعدات الإنسانية أو التقنية اللازمة لهم لتمكينهم من تجاوز الآثار السلبية للإعاقة أثناء انعقاد الاختبار، وأخيرًا بمنحهم فترات راحة كافية بين أي اختبارين متتاليين لتمكينهم من أداء الاختبارات في ظروف تتوافق مع إمكانياتهم البدنية.¹ وقد تولد عن تلك الالتزامات التي ألقاها المشرع على عاتق الجهات الحكومية عند تنظيم المسابقات الخاصة بالتعيين في الوظائف العامة، حق للمعوقين، عرفه الفقه والقضاء الفرنسي بالحق في المساعدة خلال مسابقات التوظيف le droit à l'aide.²

وتجدر الإشارة إلى أن التزام الجهة الإدارية بتوفير هذه المساعدات مرهون بتقديم ذوي الإعاقة، أثناء تسجيل أسمائهم لخوض المسابقة المعلن عنها، لطلب خاص إلى الجهة الحكومية يعينوا فيه على وجه التحديد نوعية

moyens physiques des candidats ou de leur apporter les aides humaines et techniques nécessaires précisées par eux au moment de leur inscription. Des temps de repos suffisant sont notamment accordés à ces candidats, entre deux épreuves successives, de manière à leur permettre de composer dans des conditions compatibles avec leurs moyens physiques. »

¹ La Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, Art. 32,33 et 35.

² Rihal, Concours et personnes handicapées : la reconnaissance d'un droit à l'aide, Note sous CE 18 novembre 2009, Op.cit., p. 349.

تجدر الإشارة إلى أنه بالرغم من أن المشروع الأصلي للقانون الخاص بالمساواة في الحقوق والفرص والمشاركة والمواطنة لذوي الإعاقة كما تقدم به ممثل الحكومة الفرنسية للبرلمان كان يخول للجهة الإدارية سلطة تقديرية في الموافقة أو الرفض على الطلبات المساعدة المقدمة من ذوي الإعاقة، إلا أن الصياغة النهائية النهائية التي اعتمدها المشرع الفرنسي قد قيدت من سلطة الإدارة، فأوجبت على الجهات الحكومية قبول طلبات المعوقين بتوفير المساعدات اللازمة حال طلبها بغية تحقيق المساواة الحقيقية في الفرص بين ذوي الإعاقة وغيرهم من المرشحين لشغل الوظائف العامة.

المساعدة المطلوبة.¹ على أن التزام الإدارة بإجابة المرشح المعوق إلى طلبه خلال مسابقات التوظيف مرهون باستيفائه لشرط اللياقة الصحية في ضوء ما تم عرضه في المطلب السابق، أي في ضوء الوسائل الممكنة لتعويض الآثار السلبية للإعاقة، ومن ثم تستطيع الإدارة أن ترفض طلبات المساعدة إذ ما قدرت عدم صلاحية الموظف المهنية بسبب تعارض إعاقته مع متطلبات الوظيفة.²

ويرى الفقه الفرنسي في إلزام الجهة الإدارية بتوفير مثل هذه المساعدات لذوي الإعاقة الآلية الوحيدة لتحقيق المساواة الفعلية وتكافؤ الفرص بين ذوي الإعاقة وغيرهم من المرشحين في مسابقات التعيين بالوظائف العامة شريطة أن تكون هذه المساعدات مبررة وذات فاعلية للقضاء على الصعوبات التي يواجهها ذوو الإعاقة.³

وتتنوع صور المساعدات التي يمكن للإدارة توفيرها لذوي الإعاقة خلال مسابقات التوظيف، غير أن أهم صور هذه المساعدات على الإطلاق وفقاً لقضاء مجلس الدولة الفرنسي تتمثل في منح المرشحين من ذوي الإعاقة وقتاً إضافياً بما لا يزيد عن ثلث الوقت المخصص لمسابقة، أو توفير من يساعدهم في الكتابة أو القراءة في الاختبارات الكتابية، أو توفير الوسائل

¹ Hervé Rihal, L'insertion des personnes handicapées dans la fonction publique après la loi du 11 février 2005, RD55 2005 P. 394, P. ٢.

² CE 8 juin 1994, Colino, Lebon T. 1017 ; CE 29 déc. 1999, Ministre des Postes et Télécommunications, Lebon 432; voir également Frédéric Dieu La condition d'aptitude physique dans la fonction publique, AJFP 2009 p.203, p.5.

³ Hervé Rihal, Concours et personnes handicapées : la reconnaissance d'un droit à l'aide, Note sous CE 18 novembre 2009 Op.cit., p. 349 ; D. Jean-Pierre, note sous l'arrêt Wright, JCP A 2009, n° 2305.

التكنولوجية الحديثة لمساعدتهم في أداء تلك الاختبارات، وكذلك السماح لهم بأداء اختبارات كتابية في الحالات التي يكون اختبار المسابقة فيها شفويًا.¹ ومن أهم التطبيقات القضائية في هذا الخصوص حكم لمجلس الدولة الفرنسي عام ٢٠٠٩، انتهى فيه إلى بطلان نتيجة إحدى مسابقات التوظيف بسبب عدم ملائمة وسيلة المساعدة التي قدمتها الجهة الإدارية لإحدى المرشحين المعوقين في اختبار المسابقة للتوظيفة المعلن عنها.² وتتلخص وقائع هذه القضية في قيام الأستاذ Wright بالتقدم إلى إحدى مسابقات التوظيف الخاصة بوظائف مفتشي الصحة والشئون الاجتماعية، طالبًا من الجهة الإدارية أن تمنحه وقتًا إضافيًا لأداء المسابقة، وأن توفر له من يعاونه في قراءة أسئلة الاختبار بشكل واضح وسريع، بسبب إعاقته المتمثلة في الضعف الشديد لحاسة النظر.³ وبالرغم من موافقة الجهة الإدارية على منحه وقتًا إضافيًا وتوفير من يعاونه في قراءة أسئلة الاختبار، إلا أن الأستاذ Wright قام بالطعن على نتيجة المسابقة بسبب عدم وجود اسمه بين قوائم الناجحين، مدعيًا أن السبب الرئيسي في عدم اجتيازه للمسابقة يرجع إلى كون المساعدة التي وفرتها الجهة الإدارية لمعاونته في قراءة أسئلة المسابقة غير مؤهلة، حيث كانت تعاني من تشنجات نتيجة إصابتها بمرض الصرع، وهو الأمر الذي أضر به ضررًا بالغًا، وحرمه من الإجابة على كثير من أسئلة المسابقة.⁴

¹ Conseil d'Etat, 4 / 1 SSR, du 21 janvier 1991, 103427, publié au recueil Lebon.

² Conseil d'État, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 18/11/2009, 318565, Publié au recueil Lebon.

³ Hervé Rihal, Concours et personnes handicapées : la reconnaissance d'un droit à l'aide, Note sous CE 18 novembre 2009 Op.cit., p. 349.

⁴ Hervé Rihal, Op.Cit., p. 2.

وقد أكد مجلس الدولة في هذه القضية أن الحق في المساعدة الذي أقره القانون الفرنسي لصالح ذوي الإعاقة في خصوص مسابقات التعيين بالوظائف العامة لا يقف عند مجرد إلزام الجهة الحكومية بإجابة ذوي الإعاقة إلى طلباتهم وتوفير المساعدة اللازمة لهم، وإنما يتعين أن تتلاءم هذه المساعدات، إنسانية كانت أم تقنية، مع طبيعة المسابقة وطابعها الفني.¹ بعبارة أخرى، فإنه يتعين، وفقاً لهذا القضاء، أن تكون المساعدة المتاحة من قبل الإدارة لذوي الإعاقة خلال مسابقات التوظيف فعالة حتى تمكن ذوي الإعاقة من التغلب على ما قد يلاقونه من صعوبات خلال المسابقات بسبب الإعاقة.² وانتهى المجلس في هذه القضية إلى الحكم بإلغاء نتيجة المسابقة

¹ CE, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 18/11/2009, 318565, Publié au recueil Lebon. « Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que M. A. a demandé, au moment de son inscription aux épreuves écrites du concours interne des inspecteurs de l'action sanitaire et sociale, de bénéficier du tiers temps supplémentaire et de l'assistance d'une tierce personne ; qu'il a alors précisé qu'il aurait besoin d'une personne qui procède à la lecture des documents pour l'épreuve de la note de synthèse ; que lors de l'épreuve de la note de synthèse la personne chargée d'aider M. A à la lecture des documents s'est présentée comme devant l'aider à la rédaction ; que si l'aide à la lecture a été finalement apportée au requérant, il n'est pas contesté qu'elle l'a été par une personne n'ayant pas les aptitudes requises pour procéder à la lecture à haute voix du dossier de l'épreuve de note de synthèse dans des conditions répondant aux exigences de ce concours ; qu'il en résulte que l'autorité administrative organisatrice du concours a apporté à M. A une aide humaine non conforme aux exigences requises par les dispositions précitées de la loi du 11 janvier 1984 et a ainsi entaché d'irrégularité les opérations du concours ; que par suite, M. A est fondé à demander l'annulation des décisions des 29 mai et 5 juillet 2007 du jury du concours interne des inspecteurs de l'action sanitaire et sociale pour la session 2007 établissant la liste des candidats respectivement admissibles et admis à ce concours. »

² D. Jean-Pierre, note sous l'arrêt Wright, JCP A 2009, n° 2305. Selon Didier Jean-Pierre, « l'arrêt du 18 novembre 2009 enseigne que les mesures de compensation doivent être aussi envisagées sur le plan

نظرًا لأن الشخص الذي أوكلت إليه الجهة الإدارية مهمة مساعدة ذوي الإعاقة لم تتوافر فيه المؤهلات والقدرات اللازمة لإنجاز المهمة، وهو الأمر الذي يجعل من هذه المساعدة غير ملائمة.

وبالرغم من أهمية حق ذوي الإعاقة في المساعدة خلال اختبارات التوظيف في تحقيق المساواة الفعلية وتكافؤ الفرص بينهم وبين غيرهم من المواطنين، فإن تشريعات التوظيف والتشريعات المعنية بذوي الإعاقة في مصر قد خلت من النص على أي حق مماثل لذوي الإعاقة، ولم يختلف موقف مجلس الدولة المصري، بل على العكس أنكرت إدارة الفتوى والتشريع بمجلس الدولة على المعوقين تمتعهم بهذا الحق في أحد فتاويها الحديثة - والتي سبق وأن انتقدناها - حيث رفضت الطلب المقدم من أحد المعوقين إلى وزارة الخارجية بتشكيل لجنة خاصة لاختباره مراعاة لظروف إعاقته، استنادًا إلى أن نوعية الإعاقة التي يعاني منها المرشح المعروض حالته والمتمثلة في فقدان حاسة البصر تحول بينه وبين التعيين في وظائف السلك الدبلوماسي والقنصلي.¹

على أننا نرى - بالرغم من الإغفال التشريعي لهذا الحق - في النصوص التي تضمنها القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠١٨ بشأن حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، والخاصة بعدم جواز التمييز بين المواطنين بسبب الإعاقة وضرورة تأمين المساواة الفعلية أساسًا قانونيًا كافيًا لإلزام الدولة بتوفير المساعدات اللازمة - تقنية كانت أم إنسانية - لذوي الإعاقة في مسابقات التوظيف بغرض تمكينهم من تجاوز الآثار السلبية للإعاقة. ولذا فإننا نأمل من مجلس الدولة، حصن الحقوق والحريات، مراجعة هذه الفتوى والاعتراف

qualitatif afin de donner toute leur effectivité aux droits reconnus par le législateur aux personnes handicapées

¹ إدارة الفتوى والتشريع بمجلس الدولة رقم ١٩١ لسنة ٦٨ - بتاريخ ٠٥-٠٣-٢٠١٤ تاريخ الجلسة ٠٩-١٠-٢٠١٣ رقم الملف ٨٦/٣/١١٣٩ رقم الصفحة ٣٦.

للمعوقين بهذا الحق لاتصاله بمتطلباتهم الخاصة وارتباطه بأوضاعهم الاستثنائية.

المطلب الثالث

حق ذوي الإعاقة في الحصول على التدابير الملائمة خلال العمل الوظيفي

Le droit à des mesures appropriées

تحقيقاً للمساواة الفعلية بين الموظفين المعوقين وغيرهم من الموظفين العموميين، وضماناً لتمكينهم من القيام بأعباء ومسؤوليات وظائفهم بكل كفاءة واقتدار، فقد ألزم المشرع الفرنسي، بموجب القانون رقم 102-2005 بشأن المساواة في الحقوق والفرص، والمشاركة والمواطنة لذوي الإعاقة، جميع الجهات الحكومية، أسوةً بمؤسسات القطاع الخاص، باتخاذ ما يلزم من التدابير المناسبة les mesures appropriées لتمكين ذوي الإعاقة من الولوج أو الاستمرار في الوظائف العامة التي تتناسب مع مؤهلاتهم وقدراتهم.¹

¹ La Loi n. 2005-102 du 11 Février 2005 pour L'Egalite des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, JORF du 12 Févr. 2005, p. 2353, art. 31, modifiant la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires est ainsi modifiée :

2° Après l'article 6 quinquies, il est inséré un article 6 sexies ainsi rédigé :

« Art. 6 sexies. - Afin de garantir le respect du principe d'égalité de traitement à l'égard des travailleurs handicapés, les employeurs visés à l'article 2 prennent, en fonction des besoins dans une situation concrète, les mesures appropriées pour permettre aux travailleurs mentionnés aux 1°, 2°, 3°, 4°, 9°, 10° et 11° de l'article L. 323-3 du code du travail d'accéder à un emploi ou de conserver un emploi correspondant à leur qualification, de l'exercer et d'y progresser ou pour qu'une formation adaptée à leurs besoins leur soit dispensée, sous réserve que les charges consécutives à la mise en oeuvre de ces mesures ne soient pas disproportionnées, notamment compte tenu des aides qui peuvent compenser en tout ou partie les dépenses supportées à ce titre par l'employeur. »

ويقابل مصطلح التدابير الملائمة في فرنسا مصطلح الترتيبات التيسيرية المعقولة أو Reasonable accommodation الذي أخذ به القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠١٨ الخاص بحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة،^١ ويقصد بهما، كما بينا سابقاً، الإجراءات التي يمكن اتخاذها للحد قدر الإمكان من الآثار السلبية للإعاقة، وتذويب الفوارق الطبيعية الناجمة بسببها بين ذوي الإعاقة وغيرهم من المواطنين؛ بقصد تحقيق المساواة الحقيقية وتكافؤ الفرص فيما بينهم أمام الوظائف العامة. وتقتضي هذه التدابير، كما بينا آنفاً، الخروج على القواعد أو السياسات المشروعة و المطبقة على الجميع بقصد تلبية المتطلبات الخاصة لذوي الإعاقة.^٢

وتجدر الإشارة إلى أن التزام الجهات الحكومية باتخاذ تلك التدابير الملائمة لا يعني به سوى الجهات التي يشغل كل أو بعض وظائفها أفراد من ذوي الإعاقة. كما أن التزام الجهة الحكومية بتوفير هذه التدابير للمعوقين مرهون بمعقوليتها، أي ألا يترتب على أعمال هذه التدابير أو تنفيذها تكاليف باهظة أو غير متناسبة مع موارد الجهات الحكومية.^٣ وقد أكد القانون رقم

ويأتي إزام الدولة بتوفير هذه التدابير لصالح ذوي الإعاقة كأحد الوسائل القانونية التي ابتدعتها المشرع الفرنسي لتفادي التمييز المباشر وغير المباشر ضد الموظفين العموميين بسبب صحتهم، تطبيقاً للمادتين الخامسة والسادسة من القانون رقم ٨٣-٦٣٤ المتعلق بحقوق والتزامات الموظفين العموميين.

Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. Loi dite loi Le Pors.

^١ تجدر الإشارة إلى أنه بالرغم من كفاية المادة ٢٠ من القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠١٨ بشأن حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة لحق المعوقين في الحصول على الترتيبات التيسيرية في أماكن العمل، إلا أنها لم تبيّن أي من تطبيقات هذه التدابير أو صورها.

^٢ Woehrling, Op. Cit., p.328.

^٣ La Loi n. 2005-102 du 11 Février 2005 pour L'Egalite des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, JORF du 12 Févr. 2005, p. 2353, art. 31.

وقد بينت المادة ٣١ من القانون السالف أنه يدخل في تقدير قيمة تكاليف الترتيبات التيسيرية المعقولة التي تلتزم الجهات الحكومية بتوفيرها لذوي الإعاقة بغرض تيسير انخراطهم في الوظائف العامة، وضمن بقائهم فيها، المساعدات التي تتلقاها من الصندوق الخاص بإدماج ذوي الإعاقة في الوظائف

83-634 بشأن حقوق والتزامات الموظفين العموميين أن إخلال الجهة الحكومية بهذا الالتزام أو تقاعسها عن توفير هذه التدابير لذوي الإعاقة يعد ضرباً من ضروب التمييز المحظورة.¹

وتتنوع تطبيقات التدابير الملائمة أو الترتيبات التيسيرية المعقولة التي يتعين على الجهات الحكومية توفيرها لتمكين ذوي الإعاقة من النهوض بأعباء ووظائفهم على قدم المساواة مع الآخرين، ويمكننا التمييز في هذا الصدد بين أربعة أنواع رئيسية من هذه التدابير وهي: أولاً، التدابير المتعلقة بتهيئة بيئة العمل Aménagement du milieu de travail وثانياً: التدابير المتعلقة بتهيئة الوظائف التي يشغلها ذوو الإعاقة Aménagement de poste de travail وثالثاً: التدابير المتعلقة بإعادة التعيين Le reclassement professionnel ورابعاً، التدابير المتعلقة بتهيئة أوقات

Fonds d'insertion des personnes handicapées dans la fonction العامة public

¹ Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. Loi dite loi Le Pors. – Art. 6, Aucune distinction, directe ou indirecte, ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison de leurs opinions politiques, syndicales, philosophiques ou religieuses, de leur origine, de leur orientation sexuelle ou identité de genre, de leur âge, de leur patronyme, de leur situation de famille, de leur état de santé, de leur apparence physique, de leur handicap ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race. Toutefois des distinctions peuvent être faites afin de tenir compte d'éventuelles inaptitudes physiques à exercer certaines fonctions.

وفي تأكيد ذات المعنى أنظر المادة ٢٤ فقرة ٦ من القانون رقم 102-2005 بشأن المساواة في الحقوق والفرص، والمشاركة والمواطنة لذوي الإعاقة

La Loi n. 2005-102 du 11 Février 2005 pour L'Égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, JORF du 12 Févr. 2005, p. 2353, art. art. 24 alinéa 6. « ... Le refus de prendre des mesures appropriées au sens du premier alinéa peut être constitutif d'une discrimination au sens de l'article L. 122-45-4. »

العمل الوظيفية 'Aménagement d'horaires، وسوف نتناول كل من هذه التدابير على حده في الفروع الأربع التالية:

- الفرع الأول: التدابير المتعلقة بتهيئة بيئة العمل Aménagement du milieu de travail.

- الفرع الثاني: التدابير المتعلقة بتهيئة الوظائف التي يشغلها ذوو الإعاقة Aménagement de poste de travail.

- الفرع الثالث: التدابير المتعلقة بإعادة التعيين Le reclassement professionnel.

- الفرع الرابع: التدابير المتعلقة بتهيئة أوقات العمل الوظيفية Aménagement d'horaires.

الفرع الأول

التدابير المتعلقة بتهيئة بيئة العمل

Aménagement du milieu de travail

يقصد بالتدابير المتعلقة بتهيئة بيئة العمل أو milieu de travail تلك التي يقع على عاتق الجهات الإدارية اتخاذها بغرض تهيئة بيئة العمل لاستقبال ذوي الإعاقة، وتمكينهم من الوصول إلى وظائفهم والقيام بأعبائهم وواجباتهم الوظيفية، وذلك بغرض كفالة حق ذوي الإعاقة في تولي وشغل الوظائف العامة على قدم المساواة مع الآخرين.

1

La loi précitée article 24 alinéa 6 « Ces aides peuvent concerner notamment l'adaptation de machines ou d'outillages, l'aménagement de postes de travail, y compris l'accompagnement et l'équipement individuels nécessaires aux travailleurs handicapés pour occuper ces postes, et les accès aux lieux de travail ... Au titre des mesures appropriées prévues à l'article L. 323-9-1, les salariés handicapés mentionnés aux 1°, 2°, 3°, 4°, 9°, 10° et 11° de l'article L. 323-3 bénéficient à leur demande d'aménagements d'horaires individualisés propres à faciliter leur accès à l'emploi, leur exercice professionnel ou le maintien dans leur emploi. »

وهذه التدابير لا تقع تحت حصر، بل يتسع نطاقها لتشمل كل ما من شأنه إزالة العوائق البيئية أمام المعوق، سواء أكانت تلك العوائق مادية أم معنوية.¹ ومن صور هذه التدابير تلك المتعلقة باستخدام المصاعد التي تسمح باستقبال ذوي الإعاقة من أصحاب الكراسي المتحركة بداخلها، إقامة المنحدرات المائلة للكراسي داخل وخارج المباني الحكومية، وجود علامات أو إشارات مثبتة على الأرض داخل مقر العمل الحكومية لمساعدة الموظف الكفيف في التنقل، وتخصيص أماكن في مواقف الجهات الحكومية للموظفين لصالح سيارات ذوي الإعاقة من الموظفين، تخصيص دورات مياه لذوي الإعاقة.²

ولا يفوتنا في هذا المقام الإشارة إلى أحد الأحكام الحديثة الصادرة من مجلس الدولة الفرنسي في قضية Mme Bleitrach عام ٢٠١٠ بإقرار مسئولية الدولة عن عدم تهيئة المحاكم وسائر الأبنية التابعة لمرفق العدالة لاستقبال المحامين من ذوي الإعاقة.³

وتعود وقائع هذه القضية إلى قيام الطاعنة Mme Bleitrach - محامية فرنسية مصابة بإعاقة حركية تجبرها على التحرك بواسطة كرسي متحرك -- برفع دعوى أمام المحكمة الإدارية بمدينة Lille تطالب فيها الدولة بجبر الأضرار التي حاققت بها بسبب عدم تهيئة أبنية المحاكم التي تمارس فيها عملها بشكل معتاد لاستقبال ذوي الإعاقة، حيث تجد نفسها مضطرة لسؤال موظفي الاستقبال بالمحكمة أو حراس الأمن أن يحملوها ويساعدوها في التنقل بين أبنية المحاكم وأروقفتها وقاعاتها، وهو ما ترى فيه انتهاكاً لكرامتها

¹دكتور صالح سويلم الشرفات، المرجع السابق، ص. ٥.

² Voir :

- Code de la construction et d'habitation art. L. 111-7 et L.125-2
- Le Décret n. 94-86 de 26 janvier 1994

³ Conseil d'État, Assemblée, 22/10/2010, 301572, Publié au recueil Lebon.

وانتقاصًا من قيمتها. وقد حكمت المحكمة الإدارية بمدينة Lille في هذه الدعوى برفض طلب الطاعنة، ولكنها استأنفت الحكم أمام المحكمة الاستئنافية الإدارية بمدينة Douai التي أيدت بدورها حكم المحكم الإدارية برفض طلب الطاعنة، مما دفعها إلى الطعن بالنقض أمام مجلس الدولة.¹

¹ Hervé Rihal, La responsabilité de l'état du fait des difficultés d'accès des lieux de travail d'un auxiliaire de justice handicapé, RDSS, 2011, P.151; Cyril Roger-Lacan, nouvelle reconnaissance de la responsabilité pour rupture de l'Egalite devant les charges publiques : le difficultés d'accès des handicapés aux bâtiments publics, RFDA 2011, P.141.

وتجدر الإشارة إلى أن مجلس الدولة قد أقام مسؤولية الدولة في هذه القضية لا على أساس الخطأ، وإنما على أساس الإخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء والتكاليف العامة rupture d'égalité devant les charges publiques.

حيث رفض المجلس إقامة مسؤولية الدولة على أساس الخطأ المتمثل في مخالفة التشريعات الفرنسية لتعهدات فرنسا الدولية والأوروبية و la responsabilité de l'Etat du fait de l'intervention d'une loi adoptée en méconnaissance des engagements internationaux et européens de la France رقم 78/2000 الذي يفرض التزاما على عاتق الدولة بكفالة الترتيبات التيسيرية المعقولة لذوي الإعاقة خلال مدة 3 سنوات، مع الأخذ في الحسبان أن دولة فرنسا قد طالبت الاتحاد الأوروبي بمد هذا الأجل لثلاثة سنوات إضافية. وبين المجلس جليًا أن المدة التي استلزم قانون المساواة في الحقوق والفرص والمشاركة والمواطنة لذوي الإعاقة تهيئة الأماكن والمؤسسات خلالها لاستقبال ذوي الإعاقة والتي حددها المرسوم الصادر من مجلس الدولة بعشر سنوات من تاريخ نشر القانون السالف، لا تتعارض مع الأحكام الواردة بالتوجيه الأوروبي ولا تتطوي على أي تجاوز غير معقول، وذلك بالنظر لكثرة عدد المباني التابعة لمرفق القضاء، وتنوعها، وقدم كثيرًا منها، وخضوع أغلبها للقواعد المنظمة للمعالم التاريخية.

كذلك رفض مجلس الدولة تأسيس مسؤولية الدولة على أساس الخطأ المتمثل في عدم كفالة حق الوصول لذوي الإعاقة إلى الأبنية التابعة لمرفق القضاء la responsabilité pour faute de l'Etat du fait de l'insuffisante accessibilité des bâtiments judiciaires aux personnes handicapées. حيث اتخذت خطوات تدريجية لتفعيل حق الوصول لذوي الإعاقة، وتأسيسًا على ما تبذله السلطات القضائية من جهود لتسهيل وصول الطاعنة لأماكن ممارسة مهامها، كمساعدة الطاعنة في الانتقال بين المباني وأروقعتها.

ولكن بالنهاية ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى إقامة مسؤولية الدولة على أساس الإخلال بالمساواة أمام الأعباء والتكاليف العامة rupture d'égalité devant les charges publiques. على أن المجلس رفض طلب الطاعنة بجبر الضرر المادي تأسيسًا على أن المدعية لم تثبت على وجه اليقين أن عدم تهيئة المحاكم لاستقبالها كان السبب الرئيسي في فقدانها لعملائها، واقتصر في حكمه على تعويض الضرر المعنوي المتمثل في الوضع المهين التي تواجهه الطاعنة كمعونة قضاء عند الانتقال بين الأبنية المتعددة لمرفق القضاء وقاعاتها المختلفة، إذ ارتأت المحكمة في هذا الوضع ضررًا خطيرًا grave وخاصًا special لا يمكن للطاعنة أن تتحملها.

وتبدوا أهمية الحكم الذي أصدره مجلس الدولة في وجهة نظرنا بخصوص هذه القضية فيما قرره من توسيع نطاق التزام الدولة - وفقاً للمادة الخامسة من التوجيه الأوروبي 78/2000 بتوفير التدابير الملائمة لموظفيها من ذوي الإعاقة - حيث ألزمها الحكم بتوفير ذات التدابير إلى فئة المحامين من ذوي الإعاقة بحسبانهم من مساعدي القضاء *auxiliaire de justice* وبالنظر لأهمية الدور الذي يضطلعون به أمام مرفق القضاء.¹

و بموجب هذا القضاء، أصبحت الدولة ملزمة باتخاذ التدابير المناسبة لتهيئة ظروف العمل في مرفق العدالة وتهيئة جميع الأبنية التابعة له لاستقبال المحامين من ذوي الإعاقة، شريطة ألا يترتب على اتخاذ هذه التدابير أعباء غير متناسبة.²

¹ Conseil d'État, Assemblée, 22/10/2010, 301572, Publié au recueil Lebon « Considérant qu'il résulte de la combinaison des articles 2, 3 et 5 précités de la directive 2000/78 du 27 novembre 2000 et de l'article 3 également précité de la loi du 31 décembre 1971 que, si cette directive, qui concerne le cadre de l'emploi et du travail, impose à titre principal, en ce qui concerne les aménagements raisonnables à réaliser pour les personnes handicapées, des obligations aux employeurs, elle a également pour effet d'imposer à l'Etat, alors même qu'il n'est pas l'employeur des avocats, des obligations à l'égard de ces derniers lorsque ceux-ci, qui ont la qualité d'auxiliaire de justice et apportent un concours régulier et indispensable au service public de la justice, exercent une part importante de leur activité professionnelle dans des bâtiments affectés à ce service public ; qu'en particulier, l'Etat est tenu de prendre des mesures appropriées pour créer, en fonction des besoins dans une situation concrète, des conditions de travail de nature à permettre aux avocats handicapés d'exercer leur profession, sauf si ces mesures imposent une charge disproportionnée. »

² Ibid. Hervé Rihal, La responsabilité de l'état du fait des difficultés d'accès des lieux de travail d'un auxiliaire de justice handicapé, RDSS, 2011, P.151.

الفرع الثاني

التدابير المتعلقة تهيئة الوظائف التي يشغلها ذوي الإعاقة

Aménagement de poste de travail

يقصد بالتدابير المتعلقة بتهيئة الوظائف التي يشغلها ذوي الإعاقة أو Aménagement de poste de travail مجموعة الوسائل أو التدابير التي ترمي إلى تحقيق الموازنة بين المعوق ووظيفته، لإدماجه مهنيًا وضمان قيامه بمتطلبات وأعباء وظيفته.

وقد تضمن القانون الفرنسي رقم 83-634 الخاص بحقوق والتزامات الموظفين صورًا لما يمكن أن يندرج في إطار هذه التدابير، فنصت المادة السادسة مكرر منه على أنه يدخل في نطاق هذه التدابير تطوير جميع الأدوات والمعدات بما في ذلك برامج الأعمال والمكاتب والأجهزة المحمولة.¹ والتعداد الوارد بهذا النص هو تعداد على سبيل المثال لا الحصر، ذلك أن هذه النوعية من التدابير، كسالفها، لا يمكن أن تخضع هي الأخرى لأي حصر ممكن. ولذا فإنه من الممكن أن يندرج في إطار هذه التدابير على سبيل المثال توفير التقنيات الحديثة لذوي الإعاقة البصرية مثل تحميل قارئ الشاشة الناطق الذي يسمح بتحويل النص المكتوب إلى نص منطوق. أيضًا يندرج في إطار هذه التدابير تجهيز السيارات الحكومية لتمكين المعوقين جسديًا من قيادتها. ومن قبيل تلك التدابير أيضًا توفير برامج التوجيه التقني والمهني لذوي الإعاقة.

ولا تقتصر التدابير المتعلقة بتهيئة الوظائف على المساعدات التقنية فحسب، وإنما تشمل فضلًا عن ذلك المساعدات البشرية أو الإنسانية aides

¹ Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. Loi dite loi Le Pors, art. 6 bis. « ... Ces mesures incluent notamment l'aménagement de tous les outils numériques concourant à l'accomplissement de la mission des agents, notamment les logiciels métiers et de bureautique ainsi que les appareils mobiles. »

humaines، كالاستعانة بمساعد¹ أو الاستعانة بمترجم لغوي للعلامات والإشارات في حالتها الصم والبكم.²

وتحديد أفضل هذه التدابير وأكثرها ملائمة هو مما تستقل به الجهات الحكومية في كل حالة على حدة تحت رقابة القضاء. ويلعب الطبيب المختص في هذا الخصوص دورًا بالغ الأهمية، وذلك بحسبانه الشخص المنوط به تحديد أفضل هذه التدابير وأكثرها ملائمة - مع طبيعة الإعاقة في كل حالة على حدة - لتمكين الموظف المعوق من النهوض بواجبات وأعباء الوظيفة على قدم المساواة مع الآخرين. ويتعين على الجهات الحكومية أن تأخذ بعين الاعتبار جميع توصيات الطبيب المختص والعمل على وضعها موضع التنفيذ، ولا يرد على التزام الجهة الحكومية بتوفير هذه التدابير سوى استثناء وحيد، ألا وهو شرط المعقولية أو التناسب، أي تناسب هذه التدابير أو الترتيبات مع قدرات وموارد جهة التوظيف، مع ملاحظة أنه يدخل في الاعتبار عند تقدير معقولية هذه التدابير على اختلاف أنواعها تلك الاعتمادات المالية التي تحصل عليها الجهات الحكومية من قبل الصندوق الخاص بتشغيل ذوي الإعاقة في الوظائف العامة أو *Fonds pour l'insertion des personnes handicapées dans la fonction publique* ذوي الإعاقة في أجهزتها الوظيفية.³

¹ Conseil d'Etat, 8ème et 3ème sous-sections réunies, du 30 avril 2004, 254106, mentionné aux tables du recueil Lebon; Conseil d'Etat, 3 / 8 SSR, du 29 juillet 2002, 238516, mentionné aux tables du recueil Lebon.

² La Délibération de la Halde n. 2010-126 du 14 juin 2010 relative à l'accès à l'emploi privé des personnes handicapées, p.5.

³ Fontier, Travailleur handicapé * Fonctionnaire stagiaire * Concours de la fonction publique * Absence de prise en compte du handicap * Droit à compensation, Op. Cit., p.174, p. 1. : Voir aussi, V. Desgardin Emploi et développement durable : place des travailleurs handicapés, Rép. min. n° 52227, JOAN Q 6 oct. 2009.

الفرع الثالث

التدابير المتعلقة بإعادة التعيين

Le reclassement professionnel

تضمنت تشريعات ومراسيم التوظيف الفرنسية الخاصة بالوظائف العامة بالدولة والقطاع الإقليمي والقطاع الصحي نصوصاً صريحة تقضي بإمكانية إعادة تعيين الموظفين في القطاعات السالفة عند إصابتهم بأي إعاقة تمنعهم من النهوض بأعباء ومتطلبات وظائفهم.¹ على أن التزام الجهات الحكومية

¹ L. n° 84-16 du 11 janv. 1984, relative au statut de la fonction publique de l'État, art. 63 Lorsque les fonctionnaires sont reconnus, par suite d'altération de leur état physique, inaptes à l'exercice de leurs fonctions, le poste de travail auquel ils sont affectés est adapté à leur état physique. Lorsque l'adaptation du poste de travail n'est pas possible, ces fonctionnaires peuvent être reclassés dans des emplois d'un autre corps s'ils ont été déclarés en mesure de remplir les fonctions correspondantes.

En vue de permettre ce reclassement, l'accès à des corps d'un niveau supérieur, équivalent ou inférieur est ouvert aux intéressés, quelle que soit la position dans laquelle ils se trouvent, selon les modalités retenues par les statuts particuliers de ces corps, en exécution de l'article 26 ci-dessus et nonobstant les limites d'âge supérieures, s'ils remplissent les conditions d'ancienneté fixées par ces statuts. Un décret en Conseil d'Etat détermine les conditions dans lesquelles le reclassement, qui est subordonné à la présentation d'une demande par l'intéressé, peut intervenir.

Il peut être procédé au reclassement des fonctionnaires mentionnés à l'alinéa premier du présent article par la voie du détachement dans un corps de niveau équivalent ou inférieur. Dès qu'il s'est écoulé une période d'un an, les fonctionnaires détachés dans ces conditions peuvent demander leur intégration dans le corps de détachement.

Le fonctionnaire reconnu inapte à l'exercice de ses fonctions a droit, selon des modalités définies par décret en Conseil d'Etat, à une période de préparation au reclassement avec traitement d'une durée maximale d'un an. Cette période est assimilée à une période de service effectif.; Loi n° 84-53 du 26 janv. 1984, relative au statut de la fonction publique territoriale, art. 81 à 86 ; Loi n° 86-33 du 9 janv. 1986, relative au statut de la fonction publique hospitalière, art. 71 à 76.

بإعادة تعيين هؤلاء الموظفين، يتطلب منها في البداية بذل كل المحاولات الممكنة لتهيئة الوظيفة الأصلية للموظف الذي لحقته الإعاقة بما يتناسب وطبيعة إعاقته، فإن باءت تلك المحاولات بالفشل واستحال تهيئة الوظيفة بما يلائم إعاقة الموظف، فإنه يتعين حينئذ على الجهة الحكومية أن تقوم بإعادة تعيينه في وظيفة أخرى تتناسب مع طبيعة ودرجة إعاقته.¹

وتظهر أهمية هذه الصورة من صور التدابير الملائمة في الحالات التي تلحق فيها الإعاقة بأحد الموظفين العموميين أثناء حياتهم الوظيفية، فتفقد القدرة على القيام بمتطلبات الوظيفة التي يشغلها وتهدد مستقبله الوظيفي. إذ يحول هذا التدبير دون انتهاء خدمة هذا الموظف ويخوله حقاً بإعادة تعيينه في وظيفة أخرى تتناسب وطبيعة إعاقته.²

والتزام الجهات الحكومية بإعادة تعيين للموظف في الحالة السابقة يخضع لمجموعة من القيود والضوابط استقرت عليها أحكام القضاء الإداري الفرنسي، وتتمثل أهم هذه الضوابط فيما يلي:

فمن ناحية أولى، استقرت أحكام القضاء على أن التزام الجهة الإدارية بإعادة إدماج الموظف الذي لحقت به إعاقة في وظيفة جديدة مرهون باستيفاء

Voir encore: Décr. n° 84-1051 du 30 nov. 1984, relatif au reclassement des fonctionnaires de l'État reconnus inaptes à l'exercice de leurs fonctions ; décr. n° 85-1054 du 30 sept. 1985, relatif au reclassement des fonctionnaires territoriaux reconnus inaptes à l'exercice de leurs fonctions ; décr. n° 88-386 du 19 avr. 1988, relatif aux conditions d'aptitude physique et aux congés de maladie des agents de la fonction publique hospitalière ; décr. n° 89-376 du 8 juin 1989, relatif au reclassement des fonctionnaires hospitaliers reconnus inaptes à l'exercice de leurs fonctions.

¹ Sophie Fantoni-Quinton, Les contours de l'obligation de reclassement des agents publics pour inaptitude médicale : un élément de gestion des ressources humaines, AJFP 2015 p.78

² CE 29 juin 1983, Lefèvre, Lebon 285; Dieu, Op. Cit. p.203; Rihal, L'insertion des personnes handicapées dans la fonction publique après la loi du 11 février 2005, Op. Cit., p. 394.

هذا الموظف لشرط الصلاحية البدنية الذي تتطلبه الوظيفة الجديدة، ومن ثم فإنه لا محل لإعمال هذا الالتزام في الأحوال التي تخلص فيها الجهة الطبية المختصة إلى عدم صلاحية الموظف البدنية لتولي أي وظيفة أو عمل حكومي.¹

من ناحية ثانية، يشترط لإعادة الإدماج الوظيفي، وجود وظائف شاغرة يمكن تعيين الموظف فيها، وقد منح القانون الفرنسي الموظفين الذين لحقتهم إعاقة خلال حياتهم الوظيفية أولوية في التعيين على حساب من يشغلون الوظائف العامة بصفة مؤقتة les agents non-titulaires، أي أن تلك الوظائف الأخيرة تعد بمثابة وظائف شاغرة أمام الموظفين الذين أصابتهم إعاقة خلال عملهم الوظيفي.²

من ناحية ثالثة، يشترط لإعمال هذا الالتزام أن يتقدم الموظف الذي لحقت به إعاقة بطلب كتابي إلى الجهة الحكومية يطلب فيها إعادة تعيينه في وظيفة جديدة تتناسب وطبيعة الإعاقة التي حلت به، ويتعين أن يرفق هذا الطلب بتقرير اللجنة الطبية المختصة.³ ويتعين على الجهة الحكومية للوفاء بالتزامها، أن تقترح على الموظف ثلاث وظائف تتوافق كل منها مع طبيعة الإعاقة التي لحقت به، فإذا رفض الموظف تولى أيًا منها، جاز للجهة

¹ وقد أكدت المحكمة الإدارية الاستئنافية بمدينة ننت الفرنسية La Cour administrative d'appel de Nantes ضرورة استيفاء الموظف لشرط الصلاحية البدنية في الوظيفة المراد تعيينه فيها.

CAA Nantes, 27 avr. 2007, n° 06NT00612 : « que l'administration n'est toutefois pas tenue de rechercher un poste de reclassement pour un agent dont le reclassement est impossible ; qu'ainsi qu'il vient d'être dit, M^{me} X. a été jugée inapte à l'exercice de toutes fonctions par le comité médical départemental

² Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, Op. Cit., art. 3.

³ Loi n° 86-33 du 9 janv. 1986, art. 71 ; L. n° 84-16 du 11 janv. 1984, art. 63 ; L. n° 84-53 du 26 janv. 1984, art. 81 ; V., en ce sens, CAA Lyon, 4 déc. 1999, n° 96LY01716.

الحكومية إحالته إلى التقاعد.¹ أما إذا تعذر على الجهة الحكومية القيام بذلك؛ بسبب عدم وجود وظائف شاغرة، فقد ألزمها القانون بإخطار اللجنة الإدارية المشتركة *la commission administrative paritaire* وكذلك اللجنة الطبية المختصة *la comité médicale* بعدم وجود أية وظائف شاغرة للموظف، وذلك بموجب قرار مسبب.²

من ناحية رابعة، فإن القانون الفرنسي لم يشترط لإعادة تعيين الموظف المعوق تعيينه في وظيفة من نفس درجة وظيفته الأصلية، وإنما أجاز إعادة تعيينه في وظيفة من درجة أعلى أو وظيفة من درجة أدنى، وإن كان

¹ V., en ce sens, CE 2 sept. 2009, n° 307321, *Centre hospitalier de Versailles*, Lebon; AJDA 2009. 1583; CAA Nancy, 26 janv. 2012, n° 11NC01672, AJFP 2012. 296, et les obs. : « considérant que M. A. a été déclaré inapte de manière définitive à tout poste à la Faculté de médecine, par avis du médecin de prévention en date du 18 septembre 2006, lequel précise : nécessité d'un reclassement sur un poste dans un service ne dépendant pas de la Faculté de médecine. Pas de contre-indication médicale à un reclassement sur un poste de technicien animalier dans un laboratoire ne dépendant pas de la Faculté de médecine, à condition qu'il soit aussi proche que possible des emplois antérieurs [...] ; que si le requérant aurait souhaité être reclassé sur un poste de technicien animalier en dehors de la Faculté de médecine, il ne conteste pas qu'aucun poste de ce type n'était alors vacant ; que l'avis précité du médecin de prévention ne contraignait au demeurant pas l'administration à proposer un tel poste à M. A ; que pour satisfaire à son obligation de reclassement, l'université a proposé à l'intéressé, le 28 novembre 2006, un poste administratif au service administratif d'action sociale, puis deux autres postes à caractère administratif le 28 mars 2007, l'un à l'agence comptable, l'autre à la division des ressources humaines ; que si le requérant les a refusés par courrier des 1er déc. 2006 et 5 avr. 2007, l'université a, en proposant les trois postes susmentionnés, satisfait à son obligation de recherche de reclassement et n'a ainsi pas commis de faute de nature à engager sa responsabilité ».

² V. décr. n° 91-298 du 20 mars 1991, art. 41.

الموظف يظل متمتعاً في هذه الحالة الأخيرة بذات الراتب الوظيفي الذي كان يتقاضاه في وظيفته السابقة.¹

من ناحية خامسة وأخيرة، يتعين لوفاء الجهات الحكومية بالتزامها أن تقوم بإعادة تعيين الموظف الذي لحقته إعاقة في وظيفة أخرى خلال مدة معقولة *délai raisonnable*، وقد قضت المحكمة الاستئنافية الإدارية بمدينة بوردو Bordeaux في هذا الخصوص أن تقاسم الجهة الإدارية المختصة عن تنفيذ التزامها بإعادة تعيين إحدى الموظفين بسبب عدم قدرتها على أداء متطلبات وظيفتها الأصلية في وظيفة أخرى تتناسب وطبيعة إعاقتها لمدة تتجاوز الأربعة أشهر، يستوجب إقرار مسئوليتها وإلزامها بالتعويض.²

وتجدر الإشارة في نهاية الحديث عن هذه الصورة من صور التدابير الملائمة إلى أنه بالرغم أن قوانين التوظيف الفرنسية تقصر نطاق التزام الجهات الحكومية بإعادة التعيين على الحالات التي يصاب فيها إحدى موظفيها الدائمين *les fonctionnaires titulaires* بإعاقة، فقد وسع مجلس الدولة الفرنسي من نطاق هذا الالتزام ليشمل كذلك الحالات التي يصاب فيها الموظفون في فترة الاختبار *agents stagiaires* أو الموظفون بعقود إدارية

¹ Fantoni-Quinton, Op. Cit., p. 78.

² CAA Bordeaux, 9 avr. 2013, n° 12BX00099. « 7- Considérant que Mme B...a été déclarée le 27 janvier 2009 inapte physiquement à la fonction d'assistante maternelle ; que si le centre communal d'action sociale fait valoir que la recherche d'un poste adapté à la requérante au sein de l'établissement a été très difficile en raison du " très gros travail d'analyse de tous les postes qui pouvaient être présentés " à l'intéressée, il ne résulte pas de l'instruction que ce travail de recherche de reclassement de la requérante ait débuté avant le mois de mai 2009 ; qu'ainsi que l'a jugé le tribunal administratif, ce délai de quatre mois peut être regardé comme excédant le délai raisonnable pour commencer à opérer une recherche d'un poste de reclassement à compter de la constatation de l'inaptitude physique de l'intéressée à continuer à occuper son poste ; que seul ce retard a constitué une faute de nature à engager la responsabilité du centre communal d'action sociale... »

agents contractuels بإعاقه تمنعهم من النهوض بأعباء وظائفهم، مبرراً ذلك بأن إعادة التعيين في هذه الأحوال يتعين النظر إليه بوصفه أحد المبادئ العامة لقانون الوظيفة العامة.¹

الفرع الرابع

التدابير المتعلقة بتهيئة أوقات العمل الوظيفية

Aménagement d'horaires

تمثل التدابير المتعلقة بتهيئة أوقات العمل الوظيفية للمعوق Aménagement d'horaires أحد أهم صور التدابير الملائمة التي تضمنتها تشريعات التوظيف الفرنسية بالوظائف العامة بالدولة والقطاع الإقليمي والقطاع الصحي.²

¹ V. CE 26 févr. 2007, n° 276863, Agence nationale pour l'emploi, Lebon ; AJDA 2007. 504 ; CE 17 déc. 2008, n° 299665, Bahman, Lebon ; AJDA 2009. 447. « il résulte du principe général du droit dont s'inspirent tant les dispositions du code du travail relatives à la situation des salariés qui, pour des raisons médicales, ne peuvent plus occuper leur emploi que les règles statutaires applicables dans ce cas aux fonctionnaires que, lorsqu'il a été médicalement constaté qu'un salarié se trouve de manière définitive atteint d'une inaptitude physique à occuper son emploi, il appartient à l'employeur de le reclasser dans un autre emploi et, en cas d'impossibilité, de prononcer, dans les conditions prévues pour l'intéressé, son licenciement. Ce principe est applicable en particulier aux agents contractuels de droit public »

² La loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat art. 40 ter; La loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, art. 60 quinquies; La loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière, art. 47-2. « Des aménagements d'horaires propres à faciliter son exercice professionnel ou son maintien dans l'emploi sont accordés à sa demande au fonctionnaire handicapé relevant de l'une des catégories mentionnées aux 1°, 2°, 3°, 4°, 9°, 10° et 11° de l'article L. 5212-13 du code du travail, dans toute la mesure compatible avec les nécessités du fonctionnement du service. »

ويندرج في إطار هذه الطائفة من التدابير نوعان رئيسيان من التدابير، وهما أولاً، تعديل أوقات العمل الوظيفية لذوي الإعاقة، وثانياً، السماح لذوي الإعاقة بالعمل في الوظيفة العامة بدوام جزئي.

ويتيح النوع الأول من هذه التدابير للجهة الإدارية تعديل أوقات العمل الرسمية لذوي الإعاقة بما يسمح لهم بالالتحاق بالوظائف العامة والاستمرار فيها. على أن هذا التدبير لا يتولد عنها حق جماعي لجميع الموظفين من ذوي الإعاقة، وإنما يستفيد منها فقط، شأنها شأن باقي التدابير الملائمة، من تستلزم طبيعة إعاقته هذا التغيير في المواعيد. كذلك فإن استجابة الجهة الحكومية لطلب المعوق بتغيير أوقات عمله الرسمية مرهون بالأ يخل ذلك التغيير بضروريات سير المرفق بانتظام واطراد.¹

وقد استقرت أحكام القضاء الفرنسي منذ أمد طويل على إخضاع قرارات السلطات الإدارية برفض طلب المعوق بتعديل أوقات العمل الوظيفية بما يتوافق مع حالته الصحية أو إعاقته إلى مبدأ الرقابة القضائية،² ومن أهم التطبيقات القضائية في هذا الخصوص، ما انتهت إليه المحكمة الإدارية في باريس من إقرار مسئولية أحد مكاتب البريد الفرنسية وإلزامها بأداء مبلغ نقدي يعادل خمسة وعشرين ألف فرنك سويسري - على سبيل التعويض - لإحدى الموظفات بسبب تأخر المكتب في الوفاء بالتزامه بتغيير مواعيد العمل الرسمية لها، وذلك على الرغم من قيام الموظفة بتقديم تقارير طبية

¹ *Ibid.* « dans toute la mesure compatible avec les nécessités du fonctionnement du service. ». Hervé Rihal, L'insertion des personnes handicapées dans la fonction publique après la loi du 11 février 2005, RD55 2005 P. 394.

² Rémy Fontier, Travailleur handicapé * Fonctionnaire stagiaire * Concours de la fonction publique * Absence de prise en compte du handicap * Droit à compensation, RDSS 2010, p. 174.

موتقة تؤكد إصابتها بمرض خطير، وتستلزم لاستمرار بقائها في وظيفتها اسناد جداول منتظمة إليها.¹

أما النوع الثاني من التدابير المنتمية إلى هذه الطائفة فيتمثل في إمكانية السماح لذوي الإعاقة بالعمل في وظيفته ولكن بدوام جزئي L'autorisation d'accomplir un travail à temps partiel. وقد تضمنت جميع قوانين التوظيف الفرنسية بالوظائف العامة بالدولة والقطاع الإقليمي والقطاع الصحي نصوص صريحة تخول لذوي الإعاقة الحق في الاستفادة من هذا التدبير بعد استشارة طبيب الوقاية المختص le médecin de prevention². وجاء القانون رقم 102-2005 الخاص بالمساواة في الحقوق والفرص والمشاركة

¹ TA Paris 2 Nov. 1995, n. 9411220/5 Gallot. « Considérant qu'il résulte de l'instruction, que M. Jacques GALLOT, agent d'exploitation de La Poste, l'aménagement ses horaires de travail afin de substituer à un horaire régulier alternant un poste du matin avec un poste de l'après-midi un horaire mixte de caractère régulier ; que malgré les avis favorables des médecins et du Comité médical constamment réaffirmés depuis décembre 1991, avis qui faisaient état d'une pathologie lourde ne rendant pas M. GALLOT inapte au travail mais nécessitant impérativement l'attribution d'horaires réguliers, La Poste n'a affecté M. GALLOT sur un poste aux horaires compatibles avec son état de santé que le 24 mai 1993, à titre provisoire, puis le 29 octobre 1993 à titre définitif ... Considérant qu'il sera fait une juste appréciation du préjudice subi par M. Jacques GALLOT au titre des troubles dans les conditions d'existence qui ont résulté pour lui du maintien de son affectation sur un poste de travail inadapté à son état de santé en l'évaluant à la somme de 25.000 F ; qu'il y a lieu, par suite, de condamner La Poste à verser à M. Jacques GALLOT, une somme de 25.000 F »

² La loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat art. 37 bis; La loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, art. 60 bis; La loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière, art. 46-1, « L'autorisation d'accomplir un service à temps partiel est accordée de plein droit aux fonctionnaires relevant des catégories visées aux 1°, 2°, 3°, 4°, 9°, 10° et 11° de l'article L. 5212-13 du code du travail, après avis du médecin de prévention. »

والمواطنة لذوي الإعاقة ليوسع من نطاق هذا الحق، فقيد من سلطة الإدارة
بصدد الطلبات المقدمة من ذوي الإعاقة للعمل في وظائف بدوام جزئي،
حيث ألزمها بقبول طلبات المعوقين في هذا الخصوص حتى ولو كان من شأن
ذلك التأثير على سير المرفق بانتظام واطراد L'autorisation
d'accomplir un service à temps partiel est accordée de
'plein droit aux fonctionnaires

وتجدر الإشارة، في نهاية الحديث عن التدابير المتعلقة بتهيئة أوقات
العمل الوظيفية، أن التنظيم القانوني للوظيفية العامة بمصر وإن لم يتضمن
نصوص مماثلة لما أورده المشرع الفرنسي في هذا الخصوص، فقد تضمن
في المادة الخامسة والأربعين من القانون رقم ٨١ لسنة ٢٠١٦ بإصدار قانون
الخدمة المدنية النص على إلزام الجهات الحكومية الخاضعة لتطبيق أحكام
هذا القانون على "تخفيض عدد ساعات العمل اليومية بمقدار ساعة للموظفين
من ذوي الإعاقة." وهذا الاستثناء الذي تضمنه القانون المصري لصالح فئة
الأشخاص من ذوي الإعاقة يختلف عما أورده المشرع الفرنسي من زاويتين
أساسيتين:

فمن ناحية أولى، لا يندرج هذا الاستثناء، خلافاً للتدابير الفرنسية، في
إطار الترتيبات التيسيرية المعقولة التي يتعين على الجهات الحكومية توفيرها
لكل معوق على حده في أحوال الضرورة الملحة، وبما يتناسب مع إعاقته
 واحتياجاته الفعلية، بقصد تمكينه من النهوض بأعباء ومتطلبات الوظيفة،
 وإنما هو أقرب لأن يكون أحد صور التمييز الموضوعي لكل من ينتمون إلى

¹ La Loi n. 2005-102 du 11 Février 2005 pour L'Egalité des droits et
des chances, la participation et la citoyenneté des personnes
handicapées, JORF du 12 Févr. 2005, p. 2353, art. 32,33 et 35 ;
Hervé Rihal, L'insertion des personnes handicapées dans la fonction
publique après la loi du 11 février 2005, RD55 2005 P. 394.

طائفة ذوي الإعاقة، أي بمثابة حق جماعي لجميع من ينتمون إلى هذه الفئة، بغض النظر عن نوعية الإعاقة أو درجة جسامتها.

من ناحية أخرى، فإن الاستثناء الذي تضمنه القانون المصري، لا يضمن للمعوق، خلافاً للتدابير المتعلقة بتهيئة أوقات العمل الوظيفية في القانون الفرنسي، الاستمرار أو البقاء في وظيفته إذا اقتضت طبيعة إعاقته تغيير أوقات العمل الوظيفية، وإنما يسمح فقط للمعوق بتخفيض عدد ساعات عمله اليومي بمقدار ساعة واحدة يومياً.

الفصل الثالث

التمييز الموضوعي لذوي الإعاقة أمام الوظائف العامة

بالرغم من اعتماد كثير من الأنظمة القانونية المقارنة لمبدأ حظر التمييز على أساس الإعاقة فيما يتعلق بشغل الوظائف العامة، إلا أن التمثيل المنخفض لذوي الإعاقة بالوظائف العامة والفجوة الكبيرة بين أعدادهم وأعداد غيرهم من المواطنين في هذه الوظائف قد دفع المشرعين الوطنيين في عديد من الدول إلى تضمين تشريعات التوظيف لنصوص لا تقتصر مضامينها على حظر التمييز ضد ذوي الإعاقة، و تأكيد حقهم في تولي الوظائف العامة على أساس من المساواة مع غيرهم من المواطنين، وإنما تعترف لهم كذلك بنوع من المعاملة التفضيلية أو التمييز الموضوعي؛ بغرض ضمان تمثيلهم في الوظائف العامة بنسب تتلاءم مع أعدادهم في الواقع العملي، وتأمين التقدم الكافي لهم بما يضمن تحقيق المساواة الفعلية بينهم وبين نظرائهم من المواطنين.¹

على أن ما تقدم لا يعني اقتصار تطبيق تدابير التمييز الموضوعي في الأنظمة القانونية التي تحظر التمييز بين المواطنين أمام الوظائف العامة على أساس الإعاقة، بل أخذت بها كذلك الدول التي خلت نظمها القانونية من حظر مماثل، وذلك كنوع من التعويض الممنوح لهذه الفئة عن التمييز الذي مورس ولا يزال يمارس ضدها.

وتتباين صور التمييز الموضوعي أمام الوظائف العامة باختلاف الأنظمة القانونية، ولعل من أكثر هذه الصور شيوعاً تخصيص نسبة معينة

¹ تجدر الإشارة إلى أن هناك من الأنظمة القانونية المقارنة ما قامت بإلغاء نظام الوظائف المحجوزة، إحدى أهم صور التمييز الموضوعي، بمجرد إقرارها لتشريعات تتعلق بحظر التمييز على أساس الإعاقة في التوظيف. ومن قبيل هذه الأنظمة القانونية المقارنة النظام القانوني البريطاني، حيث ألغى المشرع بموجب قانون حظر التمييز على أساس الإعاقة Disability Discrimination Act في عام ١٩٩٥ نظام الوظائف المحجوزة، والذي دأبت قوانين التوظيف في المملكة المتحدة على الأخذ به منذ عام ١٩٤٤.

من الوظائف العامة لصالح ذوي الإعاقة (نظام الحصص أو Quota system). كما يندرج في إطار هذه الصور اللجوء إلى الأسلوب التعاقدى كبديل عن نظام المسابقات لتعيين المعوقين بالوظائف العامة، وكذلك استثناء المعوقين من شرط الحد الأقصى لسن التعيين في الوظائف العامة. وتأخذ غالبية الأنظمة القانونية المقارنة بفكرة التمييز الموضوعي لذوي الإعاقة ليس في مجال التعيين بالوظائف العامة فحسب، وإنما في كثير من المجالات الحياتية الأخرى كالصحة والتعليم والتوظيف بالقطاع الخاص. وللتمييز الموضوعي مسميات مختلفة تختلف باختلاف الأنظمة القانونية، إذ درج البعض من الأنظمة على تسميته بالتمييز الإيجابي Discrimination Positive أو Positive Discrimination، أو بالتمييز التعويضي Discrimination Compensatrice¹، أو بالمعاملة التفضيلية Preferential Treatment²، أو بالإجراءات الإيجابية Action Positives أو Affirmative Actions².

وسوف نتناول من خلال هذا الفصل فكرة التمييز الموضوعي لذوي الإعاقة أمام الوظائف العامة، فنعرض في المبحث الأول لمفهوم التمييز الموضوعي وأهم المبررات التي سبقت في تبريره مع التمييز بينه وبين الترتيبات التيسيرية المعقولة، ثم نعرض في المبحث الثاني للأساس الدستوري والقانوني للتمييز الموضوعي في القانون المقارن والقانون الدولي،

¹ F. Cafarelli, Recherche sur le fondement juridique des discriminations compensatoires en droit publique français, thèse université Montpellier 1, 2007.

² Carlos A. Ball, Preferential Treatment and Reasonable Accommodation under the Americans with Disability Act, 55 Ala. L. Rev. 951, (2004).

³ورد مصطلح الإجراءات الإيجابية أو positive actions في القانون الأميركي، وتحديداً في النصوص المتعلقة بتوظيف الأشخاص من ذوي الإعاقة. في تأكيد ذلك انظر:

29 U.S. Code § 791 - Employment of individuals with disabilities

وأخيراً، نعرض في المبحث الثالث لبعض تطبيقات التمييز الموضوعي لذوي الإعاقة في مجال التعيين بالوظائف العامة في النظام القانوني الفرنسي، وذلك في المباحث الثلاثة التالية:

- المبحث الأول: مفهوم التمييز الموضوعي ومبرراته.
- المبحث الثاني: الأساس الدستوري والقانوني للتمييز الموضوعي في القانون المقارن والقانون الدولي.
- المبحث الثالث: صور التمييز الموضوعي لذوي الإعاقة أمام الوظائف العامة.

المبحث الأول

مفهوم التمييز الموضوعي ومبرراته

نتناول من خلال هذا المبحث الاتجاهات الفقهية التي قيل بها في تحديد مفهوم التمييز الموضوعي، ثم نعرض لأهم الحجج التي ساقها الفقه والقضاء لتبرير التمييز الموضوعي لصالح ذوي الإعاقة أمام الوظائف العامة، وأخيراً، نتناول في المطلب الثالث لأوجه الشبه والمخالفة بين تدابير التمييز الموضوعي والترتيبات التيسيرية المعقولة؛ وذلك في المطالب الثلاثة الآتية:

- المطلب الأول: مفهوم التمييز الموضوعي.
- المطلب الثاني: مبررات التمييز الموضوعي.
- المطلب الثالث: التمييز بين التمييز الموضوعي والترتيبات التيسيرية المعقولة.

المطلب الأول

مفهوم التمييز الموضوعي

بالرغم من إقرار كثير من تشريعات التوظيف المقارنة لبعض صور التمييز الموضوعي لذوي الإعاقة في مجال التعيين بالوظائف العامة، إلا أن

نصوصها قد خلت من أي بيان لمفهوم التمييز الموضوعي أو التمييز الإيجابي كما تعرفه بعض الأنظمة القانونية.

ويرجع البعض السبب في خلو التشريعات الوضعية من أية تعاريف للتمييز الموضوعي إلى كونه مصطلحًا ذا مدلول سياسي أكثر من كونه ذا مدلول قانوني،¹ ويرى بعض آخر أن السبب الحقيقي وراء غياب التعريفات التشريعية لفكرة التمييز الموضوعي، إنما يكمن في تعدد صورته واستحالة حصرها.²

وعلى أية حال، فإن خلو التشريع المقارن لم يمنع الفقه من التصدي لهذه المسألة، فتعددت المحاولات الفقهية الرامية إلى تحديد مفهوم التمييز الموضوعي. ويمكن التمييز بين اتجاهين أساسيين في هذا الصدد وهما؛ الاتجاه الموسع والاتجاه المضيق. وسوف نعرض من خلال الفرعين التاليين لبعض المحاولات الفقهية المنتمية إلى كل من هذين الاتجاهين مع إبراز وجهة نظرنا حولها، وذلك على النحو التالي:

- الفرع الأول: الاتجاه الموسع في تحديد مفهوم التمييز الموضوعي.
- الفرع الثاني: الاتجاه المضيق في تحديد مفهوم التمييز الموضوعي.

الفرع الأول

الاتجاه الموسع في تحديد مفهوم التمييز الموضوعي

من أهم المحاولات الفقهية التي قيل بها في تحديد مفهوم التمييز الموضوعي والمنتمية إلى ذلك الاتجاه، ذلك التعريف الذي أورده إريك كسلسي Eric Keslassy، حيث عرف التمييز الموضوعي أو الأعمال الإيجابية كما أسماها، بأنها تلك الأعمال التي تتطوي على إخلال بالمساواة الشكلية بغية القضاء على أوجه عدم المساواة الواقعية، وهو الأمر الذي

¹دكتور حسام فرحات، المرجع السابق، ص. ٤٦٣

² Nurul Izza Idris, Rethinking the Value of Preferential Treatment, UCL Juris. Rev. 2009, 15, 45-71, p. 66.

يتحقق من خلال الاعتراف لبعض القطاعات السكانية بمعاملة تفضيلية لتحقيق المساواة الفعلية بينهم وبين غيرهم من المواطنين.¹

وفي نفس الاتجاه ذهبت جوينال كالفس Gwénaële Calvès إلى أن تدابير التمييز الإيجابي تسعى لتحقيق المساواة الفعلية وتكافؤ الفرص، وسد الفجوة الاقتصادية والاجتماعية بين مختلف الطوائف داخل الجماعة الواحدة. وقد بررت جوينال ما انتهت إليه بقولها: إن المساواة الواقعية لا تتحقق دائماً في الأحوال التي يغير فيها المشرع في المعاملة بين الأشخاص تبعاً لاختلاف مراكزهم القانونية، وإنما قد يتطلب الأمر لتحقيق المساواة الفعلية أحياناً القيام بما هو أكثر من مجرد المغايرة في المعاملة كالاعتراف لبعض الطوائف بنوع من المعاملة التفضيلية على حساب باقي أفراد المجتمع. وبينت كذلك أن تدابير التمييز الإيجابي، وفقاً للمعنى السالف، لا تعدوا أن تكون تدابير وقتية يتعين وقف العمل بها بمجرد تحقق المساواة الواقعية بين الأفراد المنتمين إلى الجماعات الضعيفة أو المهمشة وغيرهم من المواطنين في الدولة.²

¹ Eric Keslassy, De la discrimination positive, Breal, 2004, p.10. « La discrimination positive repose sur un principe de base unique: instituer des inégalités formelles pour lutter contre les inégalités de fait, ce qui revient à accorder à certaines fractions de la population, un traitement favorable pour tenter d'installer une égalité réelle. »

² Gwénaële Calvès, la discrimination positive, PUF, coll. « que sais-je », n.3712,2010, p.7. Elle argue que la discrimination positive est « un instrument clé d'une politique de rattrapage entre différents groupes. Elle vise à promouvoir entre eux une plus grande égalité de fait, ou, à tous le moins, à garantir aux membres des groupes désavantagés une véritable égalité de chances. Elle s'inscrit dans une logique de comblement d'un écart de développement économique et social et suppose donc, plus qu'un simple traitement différencié, l'instauration d'un véritable traitement préférentiel. Par définition, celui-ci a vocation à disparaître lorsque le groupe ou les groupes concernés auront surmonté leur handicap et rattrape leur retard par rapport au reste de la société. »

ومن التعريفات التي تنتمي إلى ذات الاتجاه أيضاً، ذلك التعريف الذي أورده مارك بوسويت Marc Bossuyt المقرر الخاص للأمم المتحدة، حيث عرف التمييز الإيجابي بأنه ذلك التمييز الذي يتكون من مجموعة من التدابير الوقتية التي تستهدف في الأساس تحسين أحوال الأفراد المنتمين إلى إحدى الفئات في المجتمع بقصد تحقيق المساواة الفعلية بين جميع الأفراد المنتمين إلى ذات المجتمع.¹

الفرع الثاني

الاتجاه المضيق في تحديد مفهوم التمييز الموضوعي

بالرغم من وجاهة التعريفات السابقة، فقد وجهت إليها سهام النقد بسبب توسعها الشديد في تحديد مفهوم تدابير التمييز الإيجابي، حيث تسمح هذه التعريفات بإمكانية الاعتراف لبعض الفئات في المجتمع بنوع من المعاملة التفضيلية، استناداً إلى مجرد اختلاف مراكزهم القانونية عن باقي طوائف المجتمع، دون أن تنطرق أو تشترط لاستحقاق هذه المعاملة التفضيلية انتماء المنفعين بها لإحدى الطوائف التي يحظر الدستور والقانون التمييز ضدها،² مع العلم بأن هذا العنصر الأخير كان الدافع الرئيسي وراء اعتماد الأنظمة القانونية لبرامج التمييز الإيجابي تاريخياً، حيث تمثل الغرض الرئيسي من

¹ Marc Bossuyt, Rapporteur spécial, "Prévention de la discrimination. La notion d'action positive et son application pratique. », rapport finale présenté le 8 Aout 2002 en application de la résolution 1998/5 de la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, p.3. « L'action positive consiste en un ensemble cohérent de mesures, de caractère temporaire, visant spécifiquement à améliorer la situation des membres d'un groupe cible dans la société a un plusieurs égards, afin d'assurer leur égalité effective avec les autres. »

² Joly, *Op. Cit.*, p. 339.

وراء إقرارها في الحد من صور التمييز التي تعرضت لها الفئة المستفيدة من برامج العمل الإيجابي في الماضي.¹

وإزاء هذا النقد، حاول جانب من الفقه التضييق من مفهوم التمييز الإيجابي وربطه بحالة التمييز التي تعرضت أو مازالت تتعرض له الفئة المستفيدة منه. ومن أهم التعريفات في ذلك الصدد ما أورده الأستاذة أوليفيا بويكسيان Olivia Bui-Xuan، حيث عرفت التمييز الإيجابي بأنه مجموعة التدابير التفضيلية المقررة لصالح فئة من الفئات التي عانت من التمييز ضدها، من أجل تصحيح أوضاعهم.²

وفي نفس الاتجاه، ذهبت برنادت رينولد Bernadette Renaud إلى أن برامج التمييز الإيجابي تقتضي وجود إحدى الفئات التي يعاني أفرادها من التمييز المنهج ضدهم من ناحية أولى، وخطة واضحة من حيث الأهداف والآليات للحد من هذا التمييز من ناحية ثانية.³

¹ Bernadette Renaud, les discriminations positives. Plus ou moins d'égalité, RTDH 1997, p. 427. L'auteure explique que l'objectif de la discrimination positive est d'«offrir une réponse, un correctif a une situation constatée de discrimination vécu par le groupe visé. » ; Fombad, supra note. , at. 15, the author argues in this article that there are two qualifying conditions for any measures implementing an affirmative action programme to be legally valid. First, the person or persons targeted must fall within the category of protected persons specified in the constitution. Secondly, the measures taken must be dictated by the nature and special circumstances of such persons and must be reasonably dictated justifiable in a democratic society.

² Olivia Bui-Xuan, le droit public français entre universalisme et différencialisme, Economica, coll. « Corpus/Essais », 2004.

³ Renaud, *Op. Cit.*, p. 429 « la discrimination positive exige d'être en présence d'un groupe d'individus suffisamment défini, d'une discrimination structurelle dont les membres de ce groupe sont victimes, et enfin d'un plan établissant des objectifs et définissant des moyens à mettre en œuvre visant à corriger la discrimination envisagée.

ونحن نشاطر هذا الاتجاه الفقهي الأخير فيما ذهب إليه من ضرورة التضييق من مفهوم التمييز الموضوعي، من خلال اشتراط انتماء المنتفعين من برامج إلى إحدى الطوائف أو الفئات التي عانت ومازالت تعاني من التمييز، وذلك لأن التمييز الموضوعي يمثل خروجاً صريحاً على مبدأ المساواة بين المواطنين أمام الوظائف العامة¹، والذي يتطلب أن يكون شغل الوظائف قائماً على أساس الجدارة والاستحقاق والاعتبارات الموضوعية الفردية.

وقد أكد التقرير الصادر من مجلس الدولة الفرنسي لعام ١٩٩٦ والمتعلق بالمساواة، الطابع الاستثنائي لتدابير التمييز الموضوعي، بنصه على أن التمييز الإيجابي يعد صورة خاصة من التمييز المبرر تطبيقاً لسياسة طوعية بغرض الحد من مظاهر عدم المساواة.²

كذلك شايحت المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية هذا الاتجاه المضيق في تحديد مفهوم التمييز الموضوعي أو التمييز الإيجابي كما تتعته، إذ استقر قضاؤها - في مجال التمييز على أساس الجنس أو العرق - على عدم دستورية برامج التمييز الإيجابي التي تقررها المؤسسات الحكومية وغير الحكومية، لفئات أو طوائف لم يثبت على وجه اليقين تعرضها للتمييز في الماضي أو في الحاضر.

¹ Bills of Rights as process: the Canadian Experience, Int. J.L.C. 2007, 3(4), 343-372, 351.

انظر في تأييد هذا الاتجاه كذلك دكتور أنس جعفر، الوظيفة العامة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧، ص. ٦٣.

² Conseil d'Etat, Rapport Public 1996, Considérations générales : sur le principe d'égalité, la documentation française, 1997, p.83 « a discrimination positive est une catégorie particulière de discrimination justifiée mise en œuvre par une politique volontariste et dont l'objectif est la réduction d'une inégalité. »

ومن أهم التطبيقات القضائية الدالة على اعتناق المحكمة العليا للمفهوم الضيق للتمييز الإيجابي في مجال التمييز على أساس الجنس، حكمها الشهير في قضية جامعة المسيسيبي للسيدات ضد هوجن *Mississippi University for Women v. Hogan*¹، والذي انتهت فيه إلى الحكم بعدم دستورية سياسات جامعة المسيسيبي. القاضية بقبول الإناث دون الذكور في كلية التمريض. وقد رفضت المحكمة دفاع الجامعة عن سياساتها بأنها تمثل تعويضًا ملائمًا لطائفة النساء عن التمييز ضدهن في الماضي، نظرًا لعدم ثبوت هذا التمييز على نحو قاطع لا في الماضي ولا في الحاضر.²

وقد أكدت المحكمة قضاؤها السالف في مجال التمييز على أساس العرق بشكل أكثر وضوحًا، فاشتترطت صراحة في قضية *Adarand Constructors, Inc v. Pena* للحكم بدستورية برامج التمييز الإيجابي التي تقرها الحكومة لصالح إحدى الفئات أو الأقليات الموجودة في المجتمع الأمريكي أن يثبت على نحو قاطع تعرض هذه الفئة أو الأقلية لتمييز ممنهج

¹ *Mississippi University for Women v. Hogan*, 458 U.S. 718 (1982). وتتلخص وقائع هذه القضية في قيام أحد الأشخاص ويدعي جون هوجن بالتقدم بطلب فيه قيده بكلية التمريض بجامعة المسيسيبي للسيدات، غير أن الجامعة قد رفضت طلبه بالقيود وسمحت له فقط بحضور المحاضرات بحجة أن القبول في برنامج التمريض قاصر فقط على العنصر النسائي كتعويض لهن عن التمييز الذي عانين منه في الماضي.

² *Id.* at. 728-30. the Court explained, "In limited circumstances, a gender-based classification favoring one sex can be justified if it intentionally and directly assists members of the sex that is disproportionately burdened ... (however) Mississippi has made no showing that women lacked opportunities to obtain training in the field of nursing or to attain positions of leadership in that field when the MUW School of Nursing opened its door, or that women currently are deprived of such opportunities ... (therefore) the policy is invalid also because it fails the second part of the equal protection test, for the State has made no showing that the gender-based classification is substantially and directly related to its proposed compensatory objective."

ومتواتر على نطاق واسع "Pervasive, systematic and obstinate discriminatory conduct".¹

المطلب الثاني

مبررات التمييز الموضوعي

تباينت الأسباب التي قيل بها في تبرير التمييز الموضوعي لذوي الإعاقة في التعيين بالوظائف العامة، ويمكن رد المبررات التي استند إليها الفقه لتبرير صور التمييز الموضوعي لذوي الإعاقة وما تحمله لهم من معاملة تفضيلية في مجال التعيين بالوظائف العامة إلى أربعة مبررات رئيسية على النحو التالي:

- ذهب البعض في تبرير تدابير التمييز الموضوعي لصالح المعوقين استنادًا إلى فكرة العدالة الاجتماعية *la justice sociale* التي تهدف إلى إزالة الفوارق الكبيرة بين أفراد المجتمع. ويعد الفيلسوف الأمريكي جون رولز John Rawls أول من نادي بهذه الفكرة.² وتستند نظرية Rawls إلى حجة مؤداها أن المعوقات التي يواجهها ذوو الإعاقة دون غيرهم من المواطنين للمشاركة بفعالية في مختلف الأنشطة الحياتية، تجعل منهم في مركز قانوني أدنى من أقرانهم من المواطنين، وتوسع من نطاق الفوارق فيما بينهم. وأن إزالة هذه الفوارق لا يتطلب المغايرة

¹ Adarand Constructors, Inc. v. Peña, 515 U.S. 200 (1995).

وقد تمثل التمييز الإيجابي في هذه القضية في احتواء العقود التي تبرمها الحكومة الفيدرالية مع المقاولين على حوافز مالية إضافية لصالح المقاولين الذين يولكون شركات أخرى للقيام ببعض الأعمال من الباطن شريطة أن تكون هذه الشركات الأخيرة مملوكة لأفراد ممن ينتمون إلى طوائف مهمشة اقتصادياً أو اجتماعياً *socially and economically disadvantaged group*. وقد تضمنت هذه العقود الحكومية بياناً بالطوائف المهمشة اقتصادياً واجتماعياً كفئة الأفراد من أصحاب البشرة السوداء ذوي الأصول الأفريقية، أو من أصحاب الأصول الإسبانية أو الآسيوية أو من المنتمين إلى الأمريكيين الأصليين *Native Americans*.

² Daniel Sabbagh, les politiques de discrimination positive et la théorie de la justice de John Rawls, *Droits. Revue française de théorie juridique* 1999, vol. 29, p. 177.

في المعاملة بينهم وبين غيرهم من المواطنين فحسب، وإنما يتطلب فضلاً عن ذلك تخصيصهم بنوع من المعاملة التفضيلية لوضعهم في مستوى متكافئ مع الآخرين.¹ ويقتضي ما تقدم لزوماً أن تكون الفرص المتاحة لذوي الإعاقة من خلال هذه المعاملة التفضيلية مناسبة لاحتياجاتهم، ومستجيبة لواقعهم، وأن يكون الهدف منها مواجهة آثار عجزهم وتمكينهم من مباشرة مسؤولياتهم كأعضاء فاعلين في مجتمعاتهم.²

- ذهب بعض آخر في تبرير تدابير التمييز الموضوعي إلى الاستناد لفكرة الكرامة الإنسانية *la dignité humaine*.³ ويرى أنصار هذا

¹ Sabbagh, Op. Cit., p.180.

² المحكمة الدستورية العليا، الطعن رقم ٨ لسنة ١٦ قضائية، تاريخ الجلسة ٨٥-١٩٩٥، مكتب فني ٧، رقم الجزء ١، رقم الصفحة ١٣٩. تجدر الإشارة إلى أن المحكمة الدستورية العليا قد استندت إلى ذات التبرير في القضية السالف الإشارة إليها للحكم بدستورية المادة ١٠ من القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٧٥ والخاصة بتخصيص نسبة خمسة في المائة من مجموع عدد العاملين بكل وحدة من وحدات الجهات الإدارية بالدولة والهيئات العامة والقطاع العام، فأكدت أن هذه النسبة تقتضيها "فكرة العدالة الاجتماعية التي حرص الدستور على صونها لكل مواطن توكيدا لجدارته بالحياة اللائقة، وانطلاقاً من أن مكانة الوطن وقوته وهيبته ينافيها الإخلال بقدر الفرد ودوره في تشكيل بنيانه."

³ Delphine Tharaud et Veronique Van. Der Plancke, Imposer des discriminations positives dans l'emploi ; vers un conflit de dignité ?, in S. Gaboriau et H. Pauliat (dir.), Justice, ethnique et dignité, Pulim, Coll. « Entretiens d'Aguesseau », 2006, p.239. Pour ces auteurs « en améliorant le statut des membres des groupes marginalisés, l'action positive recherche la plus grande dignité de tous. »

وعن أهمية هذه الحجة في تدابير التمييز الموضوعي، لا يفوتنا أن نشير في هذا المقام إلى قضاء مجلس الدولة الفرنسي الشهير في قضية *Commune de Morsang-sur-orge et villes d'Aix-en Provence* عام ١٩٩٥ التي ذهب فيها إلى مشروعية قرارات السلطات الإدارية بمنع أحد الألعاب التي كانت تمارس في الحانات والملاهي الليلية والمعروفة باسم "إلقاء الأقرام" أو *Lancer de nains*، حيث كان يتم إلقاء الأقرام في الهواء لمسافات بعيدة ليسقطوا في النهاية على مجموعة من المراتب. وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي في هذه القضية أن الكرامة الإنسانية أو *la dignité de la personne* هي أحد دعائم النظام العام في فرنسا، وأنه يجوز للسلطات الإدارية أن تقوم بإلغاء الأنشطة والفعاليات المنطوية على انتهاك لكرامة الإنسان، حتى ولو ارتضى الأقرام القيام بهذه الأنشطة طواعية واختياراً. كذلك بين مجلس الدولة أن حرية اختيار العمل المناسب وحرية التجارة والصناعة ليس من شأنها أن تؤثر على مشروعية قرارات الجهة الإدارية بحظر هذه الأنشطة وذلك لما فيها من تقويض واضح لكرامة المعوقين. أنظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي

الاتجاه أن تدابير التمييز الموضوعي تستهدف تعزيز قدرات المعوقين، وتحقيق المساواة بينهم وبين أقرانهم على نحو يضمن للمعوقين جميعاً، على غرار أقرانهم في المجتمع، جرية اختيار العمل الذي يتلاءم مع قدراتهم ومكثرتهم. فما تكثر له هذه النظرية هو كفالة تمتع المعوقين بالحق في ممارسة حقوقهم وحررياتهم على قدم المساواة، وترى من ثم في تدابير التمييز الموضوعي ضماناً جوهرية لكفالة حقهم في التوظيف وحرية اختيار العمل الملائم أسوةً بغيرهم من المواطنين.¹

- ويبرر فريق ثالث تدابير التمييز الموضوعي استناداً إلى فكري الاندماج والتنوع. حيث يرى أنصار ذلك الاتجاه أن هذه التدابير تمثل أكثر الآليات فعالية لإدماج ذوي الإعاقة social inclusion في مجتمعاتهم بوصفهم جزء من التنوع البشري والاجتماعي في المجتمع diversité humaine et sociale من ناحية، وتعزيز التفاهم والاتصال بين الأغلبية والأقليات على المستوى المهني من ناحية أخرى. كما يرى أنصار هذا الاتجاه في هذه التدابير الوسيلة الوحيدة

Conseil d'Etat, Assemblée, du 27 octobre 1995, 136727, recueil Lebon. « Considérant que le respect du principe de la liberté du travail et de celui de la liberté du commerce et de l'industrie ne fait pas obstacle à ce que l'autorité investie du pouvoir de police municipale interdise une activité même licite si une telle mesure est seule de nature à prévenir ou faire cesser un trouble à l'ordre public ; que tel est le cas en l'espèce, eu égard à la nature de l'attraction en cause. »

v. encore Hervé Rihal, La conceptualisation du handicap en droit français, L'aptitude à L'emploi à la lumière de la jurisprudence administrative, RDSS 2011 p.816.

¹ See also Karon Monaghan, Constitutionalizing Equality : New Horizons, E.H.R.L.R. 2008, 1, 20-43, p. 33 & 36, karon argues that dignity model "protects a person or a group of persons if the distinction complained of is based on attributes or characteristics that objectively have the potential to impair fundamental human dignity of persons as human beings."

تحقيق العدالة التوزيعية في المجتمع، إذ من خلالها وحدها تستطيع الدولة أن تتدخل لضمان تمثيل المعوقين في الوظائف العامة بالقدر الذي يتناسب مع أعدادهم.¹

- أخيراً، يستند أنصار الاتجاه الرابع في تبرير تدابير التمييز الموضوعي لصالح ذوي الإعاقة إلى فكرة التعويض، حيث يرون في هذه التدابير علاجاً أو تعويضاً ملائماً عن التمييز الذي عانت منه هذه الفئة في الماضي *a class-wide remedy* وأدى بالتبعية إلى إقصائهم وتهميشهم في مجتمعاتهم، وذلك من خلال كفالة بعض الفرص لهم في المجالات المختلفة على حساب الفئة التي ينتمي إليها من قاموا بالتمييز ضدهم.² ويمثل تعرض الفئة المستفيدة من برامج العمل الإيجابي للتمييز ضدها في الماضي، لدى هذا الاتجاه، حجر الزاوية في الاستفادة من البرامج المتاحة.³ ويرى البعض من أنصار هذا الاتجاه في تدابير التمييز الموضوعي - فضلاً عن كونها تعويضاً ملائماً لضحايا التمييز - أكثر الحلول فعالية للقضاء على كافة صور التمييز الممنهج من قبل المجتمع بشرائه المختلفة ضد ذوي الإعاقة *pour combattre la discrimination systémique* والجد من الممارسات الاجتماعية السلبية تجاههم، بغرض تحقيق المساواة الفعلية بينهم وبين غيرهم من المواطنين.⁴

وبالرغم من تباين المبررات المتقدمة في تبرير تدابير التمييز الموضوعي لذوي الإعاقة في التعيين بالوظائف العامة، إلا أننا نرى أنه يجمع بينها جميعاً قاسم مشترك، وهو أنها تنظر إلى تلك التدابير بحسبانها

¹ Idris, supra note 338, at 51.

² Ball, Supra note, at. 974.

³ دكتور حاسم فرحات، المرجع السابق، ص. ٤٦٣ وما بعدها.

⁴ Joly, Op. Cit., p. 3٤١; Idris, supra note 338, at 51.

وسائل تستهدف تحقيق العدالة لصالح فئة ذوي الإعاقة أكثر من سعيها لتحقيق المساواة بين ذوي الإعاقة وغيرهم من المواطنين.

المطلب الثالث

التمييز بين التمييز الموضوعي والترتيبات التيسيرية المعقولة

بالرغم من خلط البعض بين الترتيبات التيسيرية المعقولة، وتدابير التمييز الموضوعي لصالح ذوي الإعاقة في خصوص التعيين بالوظائف العامة، فإن غالبية الفقه وأحكام القضاء المقارن تمايز بجلاء بين كل منهما.¹ ويرجع هذا الخلط من جانب البعض في تقديرنا إلى تشابه كليهما فيما يلقيانه من التزام علي عاتق الدولة بضرورة المغايرة في المعاملة بين المعوقين وغيرهم من المرشحين لتولي الوظائف العامة.² ولكن بالرغم من هذا التشابه، فإن تدابير التمييز الموضوعي تختلف عن التدابير التيسيرية المعقولة من أكثر من ناحية.

فمن ناحية أولى، بينما يشترط للاستفادة من برامج أو صور التمييز الموضوعي وجود نص دستوري يسمح بإعمالها لما فيها من خروج صريح على مبدأ المساواة، فإن الاعتراف للمعوقين بالحق في الحصول على التدابير

¹ Voir par exemple la Délibération de la Halde n. 2010-126 du 14 juin 2010 relative à l'accès à l'emploi privé des personnes handicapées « les mesures d'action positive se distinguent des mesures appropriées mises à la charge des employeurs puisque, d'une part, elle doivent être autorisées par une disposition législative ou réglementaire et, d'autre part, elles ne visent pas la personne dans une situation concrète mais une catégorie de personnes de façon abstraite, à savoir celles atteinte d'un handicap, quel qu'il soit, ou appartenant à un même sexe, un même groupe ethnique... »

² Ball, *Supra* note, at. 968; Samuel Bagenstos, *Subordination, Stigma, and Disability*, 86 Va. L. Rev. 397, 457-58, 2000 ; Kenneth Davis, *Undo Hardship : An Argument for Affirmative Action as a Mandatory Remedy in Systematic Racial Discrimination Cases*, 107 Dick. L. Rev. 503, 519, 2003.

التيسيرية المعقولة لا يحتاج إلى نص مماثل، بحسبانه متطلبًا أساسيًا لتحقيق المساواة الفعلية بين ذوي الإعاقة وغيرهم.

من ناحية ثانية، يختلف كلاهما من حيث الهدف؛ إذ بينما تستهدف التدابير التيسيرية القضاء على العوائق التي تواجه ذوي الإعاقة في تقلد الوظائف العامة دون غيرهم من المواطنين، تستهدف تدابير التمييز الموضوعي تعويض المعوقين عن حالة التمييز الممنهج والمتواتر التي عانوا منها لعقود طويلة في مجتمعاتهم.¹ وبناء عليه، فإن تدابير التمييز الموضوعي، خلافًا للتدابير التيسيرية المعقولة، لا تستهدف تلبية الاحتياجات أو المتطلبات الفردية للمعوق بغية تمكينه من النهوض بأعباء ومسئوليات الوظيفة، وإنما تستهدف تعويض وتحسين الأحوال المعيشية والاجتماعية والاقتصادية لطائفة المعوقين في مجملها بسبب التمييز الممنهج التي عانت ومازالت تعاني منه هذه الطائفة.² ومن هذا المنطلق، فإن هذه التدابير لا

¹ Charles Manga Fombad, the Constitutional Protection against discrimination in Botswana, I.C.L.Q. 2004, 53(1), 139-170, 2004, at. 153.

² Joly, *Op. Cit.*, p. 330. « L'action positive s'adresse à des individus parce qu'ils appartiennent à des groupes considérés comme durablement désavantagés dans leurs perspective d'intégration à la vie économique et sociale. »

وقد أكدت المحكمة العليا الأمريكية وجهة النظر المتقدمة في حكمها في قضية Adarand Constructors, Inc. v. Pena, 515 U.S.200, 237(1995) ومن قبلها حكمها في قضية Local 28 of Sheet Metal Workers' Int'l Ass'n v. EEOC, 478 U.S. (1986) 445, 421، حيث انتهت فيهما إلى دستورية تدابير التمييز الموضوعي في أحوال التمييز على أساس العرق، متى ثبت على نحو قاطع تعرض الطائفة المستفيدة من هذه التدابير لتمييز ممنهج ومتواتر على نطاق واسع.

“Affirmative action may be appropriate where an employer or a labor union has engaged in persistent or egregious discrimination, or where necessary to dissipate the lingering effects of pervasive discrimination.”

تستهدف تحقيق العدالة على المستوى الفردي للمعوق، وإنما تستهدف تحقيق العدالة الجماعية لطائفة ذوي الإعاقة في مجملها.¹

وفي تأكيد وجهة النظر المتقدمة يذهب البعض من الفقه الفرنسي إلى القول بأن تدابير التمييز الموضوعي تظهر وكأنها وسيلة للالتحاق بالركب *une méthode de rattrapage historique* لتعويض ذوي الإعاقة عن حالة التمييز المنهج ضدهم من ناحية، وتعزيز تكافؤ الفرص بينهم وبين أقرانهم من المواطنين من ناحية أخرى.²

ومن ناحية ثالثة وأخيرة، تختلف تدابير التمييز الموضوعي عن التدابير التيسيرية المعقولة من حيث نطاق الأشخاص المستفيدين. إذ أن تدابير التمييز الموضوعي هي تدابير متاحة لكل من تشملهم طائفة ذوي الإعاقة *a class-wide remedy*، أي يحق لكل من ينتمي إلى هذه الفئة اقتضاؤها بغض النظر عن طبيعة الإعاقة أو نوعيتها أو غير ذلك من الظروف، وذلك خلافاً للتدابير التيسيرية المعقولة التي تستهدف تلبية الاحتياجات الفردية للمعوق بغرض تمكينه من النهوض بأعباء الوظيفة المرشح إليها في كل حالة على حده. فالانتماء إلى طائفة ذوي الإعاقة، وإن كان شرطاً جوهرياً للمطالبة بهذه التدابير الأخيرة، إلا أنه ليس كافياً وحده لاقتضاؤها، بل يتوقف اقتضاؤها بحسب ظروف كل حالة على عدد من العوامل الأخرى، كنوعية وطبيعة

¹ Joly, Op. Cit., p. 330. Joly argue que « L'action positive remet en cause le primat de l'individu sur le groupe. Il ne s'agit plus uniquement de réaliser la justice au plan individuel mais aussi la justice collective. Alors avec les règles de non-discriminations, il s'agit de supprimer les discriminations en éliminant les décisions préjudiciables aux individus, prises pour des motifs illégitimes, avec les actions positives, on prend en compte la position relative de groups ou de catégories plutôt que d'individus pour améliorer la situation du groupe désavantagé. »

² Joly, Op. Cit., p. 334. V. encore O. Schutter, Egalite et différence, le débat constitutionnel sur la discrimination positive aux Etats-Unis, RTDH, 1991, p.347.

الإعاقة التي يعاني منها المرشح للتعين وكذلك مدى معقولية هذه التدابير وتكلفتها.¹

المبحث الثاني

الأساس الدستوري والقانوني للتمييز الموضوعي لذوي الإعاقة أمام الوظائف

العامّة في القانون المقارن والقانون الدولي

بعد أن تناولنا في المبحث المتقدم مفهوم التمييز الموضوعي، وأهم مبرراته، وكذلك أوجه الشبه والاختلاف بينه وبين الترتيبات التيسيرية المعقولة، نعرض فيما يلي للأساس الدستوري والقانوني للتمييز الموضوعي لذوي الإعاقة أمام الوظائف العامة في القانون المقارن والقانون الدولي، وذلك في مطلبين متتاليين على النحو التالي:

- المطلب الأول: الأساس الدستوري للتمييز الموضوعي لذوي الإعاقة أمام الوظائف العامة في القانون المقارن.
- المطلب الثاني: الأساس القانوني للتمييز الموضوعي لذوي الإعاقة أمام الوظائف العامة في القانون الدولي.

المطلب الأول

الأساس الدستوري للتمييز الموضوعي لذوي الإعاقة أمام الوظائف العامة في

القانون المقارن

نتناول من خلال هذا المطلب الأساس الدستوري للتمييز الموضوعي لذوي الإعاقة في الأنظمة القانونية المقارنة والنظام القانوني المصري، وذلك في فرعين متتاليين على النحو التالي:

- الفرع الأول: الأساس الدستوري للتمييز الموضوعي لذوي الإعاقة أمام الوظائف العامة في الأنظمة القانونية المقارنة.

¹ Ball, *supra note* , at. 974.

- الفرع الثاني: الأساس الدستوري للتمييز الموضوعي لذوي الإعاقة أمام الوظائف العامة في النظام القانوني المصري.

الفرع الأول

الأساس الدستوري للتمييز الموضوعي لذوي الإعاقة أمام الوظائف العامة في الأنظمة القانونية المقارنة

تجد تدابير التمييز الموضوعي لصالح ذوي الإعاقة أساسها الدستوري في صلب كثير من الدساتير المقارنة التي حرصت على تكريسها بنصوص صريحة ليس في مجال التوظيف فحسب، وإنما في شتى المجالات الحياتية الأخرى كالصحة والتعليم والنقل وغير ذلك من المجالات.

ويمكننا التمييز في خصوص هذه الدساتير بين اتجاهين أساسين؛ يذهب أولاهما إلى فتح مجال الاستفادة من برامج التمييز الموضوعي ليس لطائفة الأشخاص ذوي الإعاقة فحسب، وإنما لغيرهم كذلك من الأفراد والفئات المهمشة أو المحرومة، أما الاتجاه الآخر، فيقتصر نطاق الاستفادة من برامج التمييز الموضوعي على المعوقين دون غيرهم من الفئات المهمشة.¹

ومن أهم تطبيقات الاتجاه الأول، ما تضمنته الفقرة الثانية من المادة الخامسة عشرة من الميثاق الكندي للحقوق والحريات *Canadian Charter of Rights and Freedoms*، حيث نصت على أن أعمال مبدأ المساواة أمام القانون الذي كرسته الفقرة الأولى من ذات المادة لا يتعارض مع إمكانية إقرار برامج التمييز الإيجابي لتحسين أوضاع الأفراد أو الفئات المهمشة، بسبب العرق أو الأصل القومي أو الإثني أو اللون أو الدين أو الجنس أو الإعاقة العقلية أو الجسدية.² ومن دساتير ذلك الاتجاه كذلك

¹ Amy Raub, *Supra note* 180, at. 214.

² The Constitution Act of Canada, 17 April 1982, Sec. 15 "(1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination

دستور دولة أوغندا، حيث نصت المادة ثلاثة وثلاثون منه على أن تتخذ الدولة إجراءات إيجابية لصالح الفئات المهمشة على أساس الجنس أو السن أو الإعاقة أو غير ذلك من الأسباب الناجمة عن التاريخ أو الأعراف أو التقاليد، بهدف القضاء على كافة صور اللامساواة الفعلية بينهم وبين نظرائهم من المواطنين.¹ وفي نفس المعنى، كفلت المادتان الحادية عشرة والخامسة والستين من دستور دولة الإكوادور حق ذوي الإعاقة في الاستفادة من برامج التمييز الإيجابي لتحقيق المساواة وضمان مشاركتهم الفعلية في المجتمع.² أيضاً، تضمن الدستور التونسي نصاً أكثر عمومية بشأن التزام الدولة بإعمال برامج التمييز الإيجابي دون بيان أو تحديد للطوائف التي يمكن لها الاستفادة منها، فنصت المادة الثانية عشرة منه على أن "تسعى الدولة إلى تحقيق العدالة الاجتماعية، والتنمية المستدامة، والتوازن بين الجهات، استناداً إلى مؤشرات التنمية واعتماداً على مبدأ التمييز الإيجابي".³ أخيراً، تضمن

and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability. (2) Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability." See also Karon Monaghan, *Constitutionalising Equality: New Horizons*, E.H.R.L.R. 2008, 20 - 43, 2008 at. 41.

¹ Constitution of Uganda, 1995 (Rev.2005), art. 33 (5) reads that "notwithstanding anything in this Constitution, the State shall take affirmative action in favour of groups marginalised on the basis of gender, age, disability or any other reason created by history, tradition or custom, for the purpose of redressing imbalances which exist against them."

² Constitution of Ecuador, 2008 (Rev. 2015), Art. 11 (2) reads that "the State shall adopt affirmative action measures that promote real equality for the benefit of the rights-bearers who are in a situation of inequality" and Art. 65 provides that "The State shall adopt affirmative action measures to guarantee the participation of discriminated sectors."

³ دستور دولة تونس لعام 2014.

الدستور الكيني نصوصًا مماثلة لضمان الإنفاذ الكامل لما تتضمنه من حقوق، فأوجبت الفقرة السادسة من المادة السابعة والعشرين على الدولة أن تقوم باعتماد برامج وسياسات التمييز الإيجابي المصممة لإصلاح الضرر الذي لحق بالأفراد والفئات نتيجة التمييز ضدهم في الماضي، وبينت المادة رقم مائة وستون من ذات الدستور أن برامج التمييز الإيجابي يتسع نطاقها لتشمل أي إجراء يكون من شأنه تجنب أو إصلاح غياب المساواة أو الحرمان من الحقوق أو الحريات الأساسية أو الحرمان منها بصورة نظامية.¹

أما عن تطبيقات الاتجاه الثاني، فإن من أهمها، ما نصت عليه المادة الحادية والسبعون من دستور دولة بوليفيا، حيث ألزمت الدولة بأن تتبنى برامج التمييز الإيجابي لدعم الاندماج الفعال للأشخاص المعاقين في المجالات الاقتصادية والسياسية والاجتماعية والثقافية المنتجة، دون أي تمييز على الإطلاق.² وفي نفس الاتجاه، أوجبت المادة التاسعة والأربعون من دستور دولة إسبانيا السلطات العمومية بإقرار سياسات وقائية، وعلاجية، وتأهيلية، وإدماجية للأشخاص الذين يعانون من إعاقات بدنية أو حسية أو نفسية، وأن توفر لهم العناية الخاصة التي يحتاجونها، وبالأساس الحماية

¹ Constitution of Kenya, 2010, Art. 27(6) provides that "to give full effect to the realisation of the rights guaranteed under this Article, the State shall take legislative and other measures, including affirmative action programmes and policies designed to redress any disadvantage suffered by individuals or groups because of past discrimination." Art. 260 "...affirmative action" includes any measure designed to overcome or ameliorate an inequity or the systemic denial or infringement of a right or fundamental freedom..."

² Constitution of Bolivia, 2009, Art. 71,II provides that The State shall adopt measures of affirmative action to promote the effective integration of disabled persons into the productive, economic, political, social, and cultural sphere, without any discrimination whatsoever."

الضرورية لكي يتمتعوا بالحقوق التي يمنحها هذا الباب لجميع المواطنين.¹ وهذا الدستور البرتغالي ذات المنهج، فنصت المادة الحادية والسبعون منه على ضرورة كفالة تمتع المواطنين من ذوي الإعاقات الجسدية أو العقلية بكامل بالحقوق التي ينص عليها الدستور، مع إلزام الدولة بسياسة وطنية للوقاية من الإعاقة، وعلاج المواطنين المعاقين، وإعادة تأهيلهم ودمجهم في المجتمع، وتوفير المعونة لأسرهم، وتثقيف المجتمع وتوعيته بواجبات احترام مثل هؤلاء المواطنين والتضامن معهم، وضمنان تمتعهم الفعّال بحقوقهم.² ويتضح من خلال المفهوم العام لما تقدم من نصوص أنها، باتت تشكل الأساس الدستوري لبرامج وتدابير التمييز الإيجابي التي قد تعتمدھا الدول في سياساتها في التعامل مع ذوي الإعاقة، وسواء تعلقت هذه السياسات بعلاج المعوقين، أو بتأهيلهم المعوقين، أو تعليمهم، أو توظيفهم أو دمجهم في مجتمعاتهم.

¹ Constitution of Spain, 1978 (Rev. 2011), Sec. 49. "The public authorities shall carry out a policy of preventive care, treatment, rehabilitation and integration of the physically, sensorially and mentally handicapped by giving them the specialized care they require, and affording them special protection for the enjoyment of the rights granted by this Part to all citizens."

² Constitution of Portugal, 1976 (Rev. 2005), Art. 71. "1. Citizens with physical or mental disabilities shall fully enjoy the rights and shall be subject to the duties enshrined in this Constitution, save the exercise or fulfilment of those for which their condition renders them unfit. 2. The state shall undertake a national policy for the prevention of disability and the treatment, rehabilitation and integration of disabled citizens and the provision of support to their families, shall educate society and make it aware of the duties of respect and solidarity towards such citizens, and shall ensure that they effectively enjoy their rights, without prejudice to the rights and duties of their parents or guardians."

الفرع الثاني

الأساس الدستوري للتمييز الموضوع لذوي الإعاقة أمام الوظائف العامة

في النظام القانوني المصري

على غرار كثير من الدساتير الديمقراطية المعاصرة، حرص المشرع الدستوري المصري على تضمين نصوص دستور ٢٠١٤ لبعض صور التمييز الموضوعي لذوي الإعاقة في عدد من المجالات الحياتية. ولعل أهم صور التمييز الموضوعي المتاحة لذوي الإعاقة في دستور ٢٠١٤ ما اشتملت عليه المادة الخامسة والخمسون، حيث نصت على إلزام الدولة بتوفير وسائل الإتاحة لذوي الإعاقة عند القبض عليهم أو تقييد حريتهم وذلك بما يحفظ كرامتهم الإنسانية.^١ وقد جاءت المادة الخامسة والثلاثون من القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠١٨ بشأن حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة لتؤكد تمتع ذوي الإعاقة بوسائل الإتاحة التي تمكنهم من إبداء دفاعهم، وذلك على النحو الذي تنظمه اللائحة التنفيذية لهذا القانون. كما ألزمت المادة الثامنة والثلاثون من ذات القانون الدولة بتوفير كود الإتاحة في أماكن الاحتجاز والسجون وجميع المؤسسات العقابية.

ومن مظاهر التمييز الموضوعي كذلك لذوي الإعاقة في دستور ٢٠١٤، ما نصت عليه المادتان مائة وثمانون ومئتان وأربعة وأربعون من التزام الدولة بضمان تمثيل ذوي الإعاقة في الوحدات المحلية بالدولة ومجلس النواب المصري.^٢ وقد صدر القانون رقم ٤٦ لسنة ٢٠١٤ بشأن إصدار

^١ دستور جمهورية مصر العربية لعام ٢٠١٤، المادة ٥٥ "كل من يقبض عليه، أو يحبس، أو تقيّد حريته يجب معاملته بما يحفظ عليه كرامته، ولا يجوز تعذيبه، ولا ترهيبه، ولا إكراهه، ولا إيذاؤه بدنياً أو معنوياً، ولا يكون حجزه، أو حبسه إلا في أماكن مخصصة لذلك لائقة إنسانياً وصحياً، وتلتزم الدولة بتوفير وسائل الإتاحة للأشخاص ذوي الإعاقة...".

^٢ دستور جمهورية مصر العربية، المادة ١٨١ تنص على "تنتخب كل وحدة محلية مجلساً بالاقتراع العام السري المباشر، لمدة أربع سنوات، ويشترط في المترشح ألا يقل سنه عن إحدى وعشرين سنة ميلادية، وينظم القانون شروط الترشيح الأخرى، وإجراءات الانتخاب، على أن يُخصص ربع عدد المقاعد للشباب دون سن خمس وثلاثين سنة، وربع العدد للمرأة، على ألا تقل نسبة تمثيل العمال

قانون مجلس النواب لتفعيل هذه الأحكام الدستورية، فأوجبت المادة الخامسة منه على ضرورة تضمين القوائم المكونة من خمسة عشر مترشحاً على مترشح واحد على الأقل من ذوي الإعاقة، وأن تتضمن القوائم المكونة من خمسة وأربعين مترشحاً على ثلاثة مترشحين على الأقل من ذوي الإعاقة.¹ أما عن التمييز الموضوعي لذوي الإعاقة أمام الوظائف العامة، وهو ما يعنينا في مجال بحثنا، فقد تضمن دستور ٢٠١٤، ولأول مرة في تاريخ الدساتير المصرية، النص على واحدة من أهم صور التمييز الموضوعي أمام الوظائف العامة، ألا وهي تخصيص نسبة معينة من الوظائف وفرص العمل التي تلتزم الدولة بتوفيرها لصالح ذوي الإعاقة، والتي تعرف في القانون المقارن بمسمى نظام الحصص أو Quota. حيث نصت المادة الحادية والثمانون من الدستور على أن "تلتزم الدولة بضمان حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة والأقزام، صحياً واقتصادياً واجتماعياً وثقافياً وترفيهياً ورياضياً وتعليمياً، وتوفير فرص العمل لهم مع تخصيص نسبة منها لهم..."²

وبالرغم من أن هذا النص بات يمثل منذ صدور هذا الدستور الأساس الدستوري لتخصيص نسبة من الوظائف العامة لصالح المعوقين، فإن خلو دساتير مصر الأنفة من أية نصوص مماثلة لم يمنع المشرع المصري من

والفلاحين عن خمسين بالمائة من إجمالي عدد المقاعد، وأن تتضمن تلك النسبة تمثيلاً مناسباً للمسيحيين وذوي الإعاقة.

وتختص المجالس المحلية بمتابعة تنفيذ خطة التنمية، ومراقبة أوجه النشاط المختلفة، وممارسة أدوات الرقابة على السلطة التنفيذية من اقتراحات، وتوجيه أسئلة، وطلبات إحاطة، واستجابات وغيرها، وفي سحب الثقة من رؤساء الوحدات المحلية، على النحو الذي ينظمه القانون. ويحدد القانون اختصاصات المجالس المحلية الأخرى، ومواردها المالية وضمانات أعضائها واستقلالها."

وتنص المادة ٢٤٤ على أن "تعمل الدولة على تمثيل الشباب والمسيحيين والأشخاص ذوي الإعاقة تمثيلاً ملائماً في أول مجلس للنواب يُنتخب بعد إقرار هذا الدستور، وذلك على النحو الذي يحدده القانون."

¹ قانون رقم ٤٦ لسنة ٢٠١٤ بشأن إصدار قانون مجلس النواب. الجريدة الرسمية العدد ٢٣ تابع بتاريخ ٥-٦-٢٠١٤، يعمل به من تاريخ ٦-٦-٢٠١٤.

² دستور جمهورية مصر العربية، مادة ٨١.

إلزام القطاع الخاص والجهاز الإداري بالدولة والهيئات العامة والمؤسسات العامة والوحدات الاقتصادية التابعة لها من تخصيص نسبة خمسة في المائة من وظائفها لصالح المعوقين. إذ نصت المادة التاسعة من القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٧٥ بشأن تأهيل المعوقين والمعدلة بموجب القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٨٢ بأن يلتزم "أصحاب الأعمال الذين يستخدمون خمسين عاملاً فأكثر سواء كانوا يشتغلون في مكان أو بلد واحد أو أمكنة أو بلاد متفرقة استخدام المعوقين الذين ترشحهم مكاتب القوى العاملة من واقع سجل قيد المعوقين وذلك في حدود ٥% من مجموع عدد العمال في الجهة التي يرشحون فيها...."، كما نصت المادة العاشرة من ذات القانون على أن "يخصص للمعوقين الحاصلين على شهادات التأهيل نسبة ٥% من مجموع وظائف المستوى الثالث الخالية بالجهاز الإداري للدولة والهيئات العامة والوحدات الاقتصادية..."^١

وقد سبق للمحكمة الدستورية العليا أن رفضت الطعن المقدم لها بعدم دستورية هاتين المادتين السابقتين على سند من مخالفتها لمبدأ المساواة الذي كفله الدستور. وذهبت في ردها على هذا النعي وقضائها بدستوريتها إلى القول بأنه "وإن صح القول بأن تقرير أولوية لبعض المواطنين على غيرهم في مجال العمل، لا يجوز إلا بناء على نص في الدستور، إلا أن استخدام المعوقين داخل كل وحدة من وحدات الجهاز الإداري للدولة، أو الهيئات العامة، أو القطاع العام - من خلال تخصيص عدد من وظائفها لا يزيد على ٥% من مجموع عدد العاملين بكل وحدة - لا يعتبر تقريراً لأولويتهم على من عداهم - ذلك أن الأولوية في مجال العمل - وأياً كانت الأداة القانونية التي أنشأها - تعنى في المقام الأول أن يتقدم أصحابها على غيرهم

^١ قانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٧٥ بشأن تأهيل المعوقين، بتاريخ ٣-٧-١٩٧٥، المادة رقم ٩ والمادة رقم

مستأثرين من دونهم بالوظائف الشاغرة، فلا يلج أبوابها أحد ليراحمهم فيها، أو يتقاسمها معهم، بل ينفردون بها، ويتصدرون شغلها، ليكون احتكارهم لها واقعاً حياً معززاً بقوة القانون، ومتضمناً استبعاد غيرهم من أن يطلبوا لأنفسهم نصيباً منها، ما دام أن من يتقدمهم قانوناً، ما برحوا غير مستوفين لاحتياجاتهم الوظيفية بكاملها . ولا كذلك تخصيص حصة للمعوقين مقدارها ٥% من مجموع عدد العاملين بالوحدة الانتاجية أو الخدمية وفقاً لنص المادة العاشرة من القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٧٥ بشأن تأهيل المعوقين، ذلك أن المعوقين وفقاً لحكمها، لا يتقدمون على غيرهم لاستيفاء حصتهم هذه - التي لا يتحدد نطاقها إلا بنسبتها إلى مجموع العاملين في تلك الوحدة - وهو ما يعني أن لهم نصيباً في مواقع العمل الشاغرة لا يستغرقها، ولا ينحى من سواهم عنها، بل يطلبونها إلى جانبهم، ومعهم.¹

وقد بينت المحكمة أن حرص المشرع على تأهيل المعوقين بتدريبهم على المهن والأعمال المختلفة جاء ليقرّبهم من بيئتهم وليمكنهم من النفاذ إلى حقهم في العمل لا يعتمدون في ذلك على نوازع الخير عند الآخرين ولا على تسامحهم، بل من خلال حمل هؤلاء على أن تكون الفرص التي يقدمونها للمعوقين مناسبة لاحتياجاتهم، مستجيبة لواقعهم، وأن يكون هدفها مواجهة آثار عجزهم ومباشرة مسؤولياتهم كأعضاء في مجتمعاتهم تمنحهم عوناً وتقليلهم من عثراتهم. وليس ذلك تمييزاً جائراً منهيماً عنه دستورياً، ذلك أن النصوص المطعون عليها لا تفاضل بين المعوقين وغيرهم لتجعلهم أشد بأساً أو أفضل موقعاً من سواهم، ولكنها تخولهم تلك الحقوق التي يقوم الدليل جلياً على عمق اتصالها بمتطلباتهم الخاصة، وارتباطها بأوضاعهم الاستثنائية،

¹ المحكمة الدستورية العليا، الطعن رقم ٨ لسنة ١٦ قضائية، تاريخ الجلسة ٨-٥-١٩٩٥، مكتب فني ٧، رقم الجزء ١، رقم الصفحة ١٣٩. تجدر الإشارة إلى أن المحكمة الدستورية العليا قد استندت إلى ذات التقرير في القضية السالف الإشارة إليها للحكم بدستورية المادة ١٠ من القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٧٥ والخاصة بتخصيص نسبة خمسة في المائة من مجموع عدد العاملين بكل وحدة من وحدات الجهات الإدارية

لتعديدها إليها توازناً اختل من خلال عوارضهم وتلك هي العدالة الاجتماعية التي حرص الدستور على صونها لكل مواطن توكيداً لجدارته بالحياة اللائقة، وانطلاقاً من أن مكانة الوطن وقوته وهيبته ينافيها الإخلال بقدر الفرد ودوره في تشكيل بنيانه.

ويثبتين من هذا الحكم أن قضاء المحكمة الدستورية العليا قد استند في تبرير دستورية نظام الحصص الذي قرره المشرع لصالح الأشخاص ذوي الإعاقة في مجال التعيين أمام الوظائف العامة، بالرغم من عدم وجود أية نصوص دستورية في ذلك الشأن، لكثير من المبررات السالف بيانها في المبحث السابق. فاستند من ناحية إلى فكرة العدالة الاجتماعية Social justice التي تأتي أن يقف المجتمع موقفاً سلبياً تجاه المعوقات التي تواجه ذوي الإعاقة وتجعل منهم في مراكز أدنى من أقرانهم. كما استند الحكم في تبرير نظام الحصص من ناحية أخرى، على فكرة الكرامة الإنسانية Human dignity التي تقتضي تعزيز قدرات المعوقين وضمان نفاذهم إلى حقهم في العمل بما يتناسب مع احتياجاتهم وقدراتهم. وأخيراً، استند الحكم في تبرير هذه الصورة من صور التمييز الموضوعي لصالح ذوي الإعاقة على فكرة الاندماج المجتمعي لذوي الإعاقة في أوطانهم، وذلك من خلال تطرق المحكمة لأهمية نظام الحصص في مساعدة ذوي الإعاقة في مواجهة آثار عجزهم والنهوض بمسؤولياتهم بوصفهم أعضاء فاعلين في مجتمعاتهم.

المطلب الثاني

الأساس القانوني للتمييز الموضوعي لذوي الإعاقة أمام الوظائف العامة

في القانون الدولي

عنيت قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان ببيان أهمية الدور الذي تلعبه تدابير التمييز الموضوعي لتحقيق المساواة الفعلية عموماً بين ذوي الإعاقة وغيرهم أمام الوظائف العامة، فأوجب لتحقيق هذه المساواة ضرورة

الاعتراف لذوي الإعاقة ببعض التدابير الإيجابية التي تتضمن نوعًا من المعاملة التفضيلية لهم في مجال التعيين بالوظائف العامة.

وفي تأكيد ذلك، ذهبت لجنة حقوق الإنسان بالأمم المتحدة في التعليق العام رقم ثماني عشرة بشأن مناهضة التمييز إلى تفسير نصوص العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية على نحو لا يرخص فحسب للدول إمكانية اتخاذ تدابير إيجابية لحماية الأقليات، وإنما يوجب عليها اتخاذ مثل هذه التدابير بغرض القضاء على كافة صور التمييز في التي تواجهها هذه الأقليات في الحياة الواقعية، مؤكدة أن مبدأ المساواة "يتطلب أحيانًا من الدول الأطراف أن تتخذ إجراءات إيجابية للتقليل من الظروف التي تتسبب أو تساعد في استدامة التمييز الذي يحظره العهد أو للقضاء على تلك الظروف. وعلى سبيل المثال، فإذا حدث في دولة ما أن كانت الظروف العامة لجزء معين من السكان تمنع أو تعوق تمتعهم بحقوق الإنسان فإنه ينبغي للدولة أن تتخذ إجراءات محددة لتصحيح هذه الظروف. ويجوز أن تنطوي هذه الإجراءات على منح الجزء المعني من السكان نوعًا من المعاملة التفضيلية في مسائل محددة لفترة ما بالمقارنة ببقية السكان. ومع ذلك، فطالما دعت الحاجة إلى هذه الإجراءات لتصحيح التمييز في الواقع، فإن التفريق هنا مشروع بمقتضى العهد".¹

¹ UN Human Rights Committee (HRC), CCPR General Comment No. 18: Non-discrimination, 10 November 1989, available at: <http://www.refworld.org/docid/453883fa8.html>. The Committee also wishes to point out that the principle of equality sometimes requires States parties to take affirmative action in order to diminish or eliminate conditions which cause or help to perpetuate discrimination prohibited by the Covenant. For example, in a State where the general conditions of a certain part of the population prevent or impair their enjoyment of human rights, the State should take specific action to correct those conditions. Such action may involve granting for a time to the part of the population concerned certain preferential treatment in specific matters as compared with the rest of the

وفي نفس الاتجاه السابق، ذهبت لجنة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في معرض تبريرها لالتزام الدول بمنح الأقليات معاملة تفضيلية إلى القول: بأن مبدأي المساواة وعدم التمييز لا يكفيان وحدهما لكفالة المساواة الواقعية دائماً بين جميع الأفراد، وإنما يتعين على الدول في بعض الأحيان اتخاذ تدابير خاصة مؤقتة من أجل حماية المستضعفين والمهمشين وتحقيق المساواة الفعلية بينهم وبين الآخرين، وذلك بحسبان أن هذه التدابير لا تستهدف تحقيق المساواة الشكلية فحسب، وإنما تسعى لتحقيق المساواة الفعلية بين الجميع.¹ وعن التزام الدول باتخاذ هذه التدابير الإيجابية لتحقيق المساواة الفعلية بين ذوي الإعاقة وغيرهم من الأفراد، ذهبت ذات اللجنة في تعليقها العام رقم خمسة إلى القول بأن التزام الدول الأطراف في العهد بإنفاذ ما تضمنه العهد من حقوق وحرقات لا يتطلب منها مجرد الامتناع عن اتخاذ كل ما قد يكون من شأنه التأثير سلبياً على المعوق وما يتمتع به من حقوق، وإنما يتطلب هذا الالتزام أن تتخذ الدول ما يلزم من التدابير الإيجابية لحماية الأفراد المتمين إلى هذه الأقلية الضعيفة، بغية ضمان مشاركتهم الكاملة في المجتمع على قدم المساواة مع الآخرين.²

population. However, as long as such action is needed to correct discrimination in fact, it is a case of legitimate differentiation under the Covenant.

¹ UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 16: The Equal Right of Men and Women to the Enjoyment of All Economic, Social and Cultural Rights (Art. 3 of the Covenant), 11 August 2005, E/C.12/2005/4, available at: <http://www.refworld.org/docid/43f3067ae.html>. "The principles of equality and non-discrimination, by themselves, are not always sufficient to guarantee true equality. Temporary special measures may sometimes be needed in order to bring disadvantaged or marginalized persons or groups of persons to the same substantive level as others. Temporary special measures aim at realizing not only de jure or formal equality, but also de facto or substantive equality."

² UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 5: Persons with Disabilities, 9 December

وأخيراً، فقد تأكد التزام الدول على المستوى الدولي باتخاذ هذه التدابير الإيجابية لصالح ذوي الإعاقة بموجب اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، التي أكدت نصوصها عدم تعارض هذه التدابير مع مبدأ عدم جواز التمييز، حيث نصت المادة الخامسة على أن التدابير الضرورية التي يتعين على الدول اتخاذها للتعجيل بالمساواة الفعلية للأشخاص المعوقين أو لكفالة تحققها لا تعد من قبيل التمييز بمقتضى أحكام هذه الاتفاقية. وتمثل هذه المادة، على حد تعبير بعض الفقه، أساساً دولياً ملزماً لكافة الدول الأطراف في الاتفاقية بتخصيص المعوقين بنوع من المعاملة التفضيلية في جميع المجالات الحياتية، وعلى رأسها التعيين بالوظائف العامة، بهدف تحقيق المساواة الفعلية لهم، وتعويضهم عن حالة الإقصاء أو التهميش التي لطالما عانوا منها في شتى المجالات الأخرى.¹

المبحث الثالث

صور التمييز الموضوعي لذوي الإعاقة أمام الوظائف العامة

بعد أن تناولنا في المبحثين المتقدمين لمفهوم التمييز الموضوعي وأهم الحجج التي قيل بها في تبرير إقرارها لصالح ذوي الإعاقة من ناحية،

1994, E/1995/22, available at: <http://www.refworld.org/docid/4538838f0.html>. "The obligation of States parties to the Covenant to promote progressive realization of the relevant rights to the maximum of their available resources clearly requires Governments to do much more than merely abstain from taking measures which might have a negative impact on persons with disabilities. The obligation in the case of such a vulnerable and disadvantaged group is to take positive action to reduce structural disadvantages and to give appropriate preferential treatment to people with disabilities in order to achieve the objectives of full participation and equality within society for all persons with disabilities. This almost invariably means that additional resources will need to be made available for this purpose and that a wide range of specially tailored measures will be required."

¹ Nurul Izza Idris, Rethinking the Value of Preferential Treatment, UCL Juris. Rev. 2009, 15, 45-71, p. 55.

والأساس الدستوري والقانوني لهذا التمييز في القانون المقارن والقانون الدولي من ناحية ثانية، نعرض فيما يلي لأهم صور التمييز الموضوعي في تعيين ذوي الإعاقة بالوظائف العامة.

ونظرًا لتباين صور التمييز الموضوعي التي اعتمدها التشريعات المقارنة في هذا المقام¹ فقد آثرنا اختيار التنظيم القانوني الفرنسي بالنظر لتعدد صور التمييز الموضوعي التي أقرها القانون لذوي الإعاقة في خصوص التعيين بالوظائف العامة، حيث تضمنت التشريعات الفرنسية عددًا من التدابير كتخصيص نسبة من عدد الوظائف الحكومية لصالح ذوي الإعاقة، وهو ما يعرف بنظام الحصص أو Quota system، وتعيين ذوي الإعاقة بالوظائف الحكومية بواسطة عقود بدلاً من نظام المسابقات الذي يعتمده التنظيم القانوني الفرنسي كقاعدة عامة في التعيين بالوظائف العامة، وأخيرًا استثناء ذوي الإعاقة من شرط الحد الأقصى للسن القانونية للتعيين بالوظائف العامة.

وسوف نتناول فيما يلي معالجة كل من هذه التدابير تبعًا على النحو

التالي:

- المطلب الأول: تخصيص نسبة من الوظائف العامة لتعيين ذوي الإعاقة "نظام الحصص" Quota System.
- المطلب الثاني: الأسلوب التعاقدية لتعيين ذوي الإعاقة بالوظائف العامة.
- المطلب الثالث: استثناء ذوي الإعاقة من شرط الحد الأقصى للسن القانونية للتعيين بالوظائف العامة.

¹ Nurul Izza Idris, Rethinking the Value of Preferential Treatment, UCL Juris. Rev. 2009, 15, 45-71, p. 55. It is argued that positive action strategies are "non-static and non-exhaustive because it covers a huge range of policies and measures."

المطلب الأول

تخصيص نسبة معينة من الوظائف العامة لتعيين ذوي الإعاقة

نظام الحصص Quota System

يعد نظام الحصص أو Quota System الذي أخذت بها التشريعات الفرنسية في خصوص تعيين المعوقين أحد أهم صور التمييز الموضوعي التي يقرها التنظيم القانوني الفرنسي لصالح فئة الأفراد من ذوي الإعاقة¹. ويقصد بنظام الحصص في خصوص التعيين بالوظائف العامة حجز نسبة معينة من الوظائف الحكومية لشغلها بواسطة ذوي الإعاقة.

أولاً: - نظام الحصص لذوي الإعاقة في التنظيم القانوني الفرنسي:

قد عني القانون رقم 87-517 الخاص بتوظيف الأشخاص ذوي الإعاقة La Loi n° 87-517 en faveur de l'emploi des travailleurs handicapés والصادر بتاريخ ١٠ يوليو لسنة ١٩٨٧ بتأكيد حق ذوي الإعاقة في تولي الوظائف العامة، وذلك عن طريق إلزام الدولة ومؤسساتها العامة والوحدات الإقليمية والمؤسسات الصحية التابعة للدولة - على غرار مؤسسات القطاع الخاص - التي يزيد عدد الأفراد العاملين بها بدوام كامل عن عشرين فرداً بتخصيص نسبة ستة بالمائة من إجمالي عدد الوظائف الموجودة بهيكلها الإدارية لصالح الأشخاص من ذوي الإعاقة².

¹ Morgan Sweeney, Les actions positives à l'épreuve des règles de non-discrimination, Revue de droit du travail, 2012, p. 87.

² La Loi n° 87-517 en faveur de l'emploi des travailleurs handicapés (JO n° 160), 10 Juillet 1987 Art. 1. Handicap & emploi, droits et dispositifs, le guide de référence pour l'employeur et la personne handicapée, Ministère du Travail, de L'emploi, de la Formation professionnelle et du Dialogue social, Édition 2016, p. 313.

وتجدر الإشارة إلى أن قانون رقم 87-517 والصادر بتاريخ ١٠ يوليو ١٩٨٧ لم يكن أولى التشريعات الفرنسية التي عنيت بموضوع تشغيل ذوي الإعاقة، وإنما سبقه في الظهور عدد من التشريعات الفرنسية الأخرى كالقانون الصادر بتاريخ ٢٦ أبريل ١٩٢٤ بإلزام أصحاب الأعمال بتوظيف مشوهي الحرب La loi du 26 Avril 1924 d'assurant l'emploi des inutiles de la guerre، وقانون رقم 57-1223 الصادر بتاريخ ٢٣ نوفمبر 1957 بتوجيه الأشخاص ذوي الإعاقة La loi du 23 Novembre 1975 en faveur de l'emploi des

وتجدر الإشارة إلى أن هذا الالتزام هو التزام عام يتعين على جميع مؤسسات الدولة الوفاء به، وتشمل هذه المؤسسات الحكومة وجميع المرافق العامة والمرافق الإقليمية - فيما عدا المرافق الصناعية والتجارية - والمرافق الصحية.

وعن احتساب نسبة الستة بالمائة التي يتعين على مؤسسات الدولة تخصيصها لذوي الإعاقة، أوجب القانون رقم 102-2005 الخاص بالمساواة في الحقوق والفرص والمشاركة والمواطنة لذوي الإعاقة La Loi pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées - والصادر بتاريخ ١١ فبراير ٢٠٠٥ - على كل منشأة حكومية أن تقوم بإعداد تقرير سنوي تبين فيه العدد الإجمالي للموظفين من ذوي الإعاقة الذين يتقاضون أجرًا اعتبارًا من تاريخ الأول من يناير عن العام المنصرم.¹

des travailleurs handicapés والذي أخذ لأول مرة بنظام الحصص حيث ألزم القطاع الحكومي والقطاع الخاص بتخصيص نسبة معينة من الوظائف المتاحة لصالح ذوي الإعاقة.
¹ La Loi n. 2005-102 du 11 Février 2005 pour L'Egalite des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, JORF du 12 Févr. 2005, p. 2353, art. 36.

تجدر الإشارة إلى أنه يدخل في احتساب هذه النسبة عدد الموظفين الفعليين من ذوي الإعاقة المعترف بهم كمعاقين من قبل اللجنة الفنية للتوجيه وإعادة التأهيل المهني، ضحايا حوادث العمل أو الأمراض المهنية المصابين بعجز دائم لا يقل عن ١٠ ٪، وأصحاب الوظائف المحجوزة الذين تم تعيينهم وفقًا لقانون معاشات العجز العسكرية وضحايا الحرب militaires d'invalidité et des victimes de la guerre الحروب أو أثناء الخدمة العسكرية، الأيتام من أبناء المتوفين بسبب الحروب أو أثناء الخدمة العسكرية، زوجات المصابين بإعاقة ذهنية نتيجة الخدمة في الحروب، حاملي بطاقة الإعاقة المنصوص عليه في المادة 3-241 L. من قانون العمل الاجتماعي والأسرة، والموظفين الذين تم إعادة تعيينهم في وظائف أخرى بسبب عدم قدرتهم على أداء متطلبات وظائفهم الأساسية، وأخيرًا الموظفين الذين يحصلون على بدل أو إعانة مؤقتة allocation temporaire نتيجة فقدان القدرة على العمل بالتطبيق لأحكام المادة ٦٥ من القانون رقم 16-84 الخاص بتنظيم الوظائف في الدولة. كذلك تجدر الإشارة إلى أنه لا يدخل في احتساب هذه النسبة عدد الموظفين المعوقين الذين يشغلون وظائف مؤقتة أو غير دائمة، إذا كانت المدة التي تقاضوا راتبًا عنها أقل من ٦ أشهر قبل تاريخ ١ يناير.

أما عن الجزاء المترتب على عدم وفاء الجهات الحكومية بالتزامها بتخصيص نسبة ستة بالمائة من وظائفها لصالح الأشخاص من ذوي الإعاقة، فيتمثل، وفقاً للقانون رقم 102-2005، في إلزام الجهات المتخلفة عن الوفاء بدفع مبلغ سنوي يعادل قيمة الرواتب وغيرها من المستحقات التي كانت سوف تؤديها للموظفين من ذوي الإعاقة خلال مدة عام، وذلك في حدود نسبة التوظيف التي نص عليها القانون. ويتم احتساب قيمة المبالغ المستحقة على الوزارات والوحدات الحكومية الأخرى من خلال طرح عدد الوظائف الفعلية التي يشغلها موظفون معوقون من إجمالي عدد الوظائف التي كان يتعين تخصيصها لصالح ذوي الإعاقة في كل جهة حكومية وفاءً بالتزامها بتخصيص نسبة ستة في المئة.¹

وقد أوجب قانون رقم 102-2005 ضمناً لإنفاذ هذا الالتزام على كل الجهات والوحدات الحكومية المخاطبة بأحكامه، تقديم بيان سنوي في ميعد غايته الثلاثين من إبريل من كل عام، توضح فيه عدد الوظائف الفعلية التي يشغلها أشخاص من ذوي الإعاقة، وعدد الوظائف المتبقية le nombre d'unités manquantes للوفاء بالتزامها بتخصيص نسبة ستة بالمائة من وظائفها لصالح المعوقين، مع ذكر الأسباب أو المبررات حالت دون وفاها

¹ La Loi n. 2005-102 du 11 Février 2005 pour L'Egalite des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, Op. Cit., Art. 36 « IV. - La contribution mentionnée au II du présent article est due par les employeurs mentionnés à l'article L. 323-2. Elle est calculée en fonction du nombre d'unités manquantes constatées au 1er janvier de l'année écoulée. Le nombre d'unités manquantes correspond à la différence entre le nombre total de personnes rémunérées par l'employeur auquel est appliquée la proportion de 6 %, arrondi à l'unité inférieure, et celui des bénéficiaires de l'obligation d'emploi prévue à l'article L. 323-2 qui sont effectivement rémunérés par l'employeur. »

بالتزامها.¹ وقد رتب المشرع على امتناع الجهات الحكومية عن تقديم هذه البيانات خلال مدة شهر بعد إنذارها رسميًا جزاءً آخر، حيث ألزمها بدفع ما يعادل قيمة إجمالي الرواتب وغيرها من المستحقات المالية لنسبة الستة بالمائة من إجمالي موظفيها، ويتم تحصيل هذه المبالغ بواسطة محاسب الخزانة العامة وفقاً للقواعد المطبقة على استرداد المستحقات غير الضريبية والأجنبية.²

ويتم دفع هذه المبالغ السنوية وتقديم التقارير السالف الإشارة إليها لأحدي الصناديق التي استحدثها قانون رقم 102-2005 والمعروف بصندوق توظيف ذوي الإعاقة في الوظائف العامة Fonds pour L'insertion des personnes handicapées dans la fonction Public (FIPHP) ، وهو صندوق خاص تكمن مهمته الأساسية في تعزيز الفرص المتعلقة بتوظيف ذوي الإعاقة في الوظائف العامة بمؤسسات الدولة والمؤسسات الإقليمية والمؤسسات الصحية.³ ويخضع صندوق تشغيل ذوي الإعاقة في

¹ *Ibid.* « ...Les employeurs mentionnés à l'article L. 323-2 déposent, au plus tard le 30 avril, auprès du comptable du Trésor public une déclaration annuelle accompagnée du paiement de leur contribution. Le contrôle de la déclaration annuelle est effectué par le gestionnaire du fonds... »

² *Ibid.* « ...A défaut de déclaration et de régularisation dans le délai d'un mois après une mise en demeure adressée par le gestionnaire du fonds, l'employeur est considéré comme ne satisfaisant pas à l'obligation d'emploi. Le montant de la contribution est alors calculé en retenant la proportion de 6 % de l'effectif total rémunéré. Dans cette situation ou dans les cas de défaut de paiement ou de paiement insuffisant, le gestionnaire du fonds émet un titre exécutoire qui est recouvré par le comptable du Trésor public selon les règles applicables au recouvrement des créances étrangères à l'impôt et au domaine... »

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.* « Ce fonds a pour mission de favoriser l'insertion professionnelle des personnes handicapées au sein des trois

الوظائف العامة لوصاية الدولة، حيث يدار بواسطة صندوق الودائع والأمانات La caisse des dépôts et consignations¹.

ثانياً: - نظام الحصص لذوي الإعاقة في التنظيم القانوني المصري:

أخذت التشريعات المصرية المعنية بذوي الإعاقة المصرية، على غرار التشريعات الفرنسية، بنظام الحصص لضمان تمثيل المعوقين في الوظائف العامة، إذ حدد القانون الملغي رقم ٣٩ لسنة ١٩٧٥ بشأن تأهيل المعوقين والمعدل بقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٨٢ نسبة تشغيل الأشخاص ذوي الإعاقة في الجهات الحكومية من خلال المادة رقم عشرة وذلك بواقع نسبة خمسة في المئة من مجموع عدد العاملين بها، حيث نصت على أن " تخصص للمعوقين الحاصلين على شهادات التأهيل نسبة خمسة في المائة من مجموع عدد العاملين بكل وحدة من وحدات الجهاز الإداري للدولة والهيئات العامة والقطاع العام..."²

fonctions publiques, ainsi que la formation et l'information des agents en prise avec elles. »

¹ وتجدر الإشارة إلى أن أحد المصادر الرئيسية لتمويل صندوق توظيف ذوي الإعاقة بالوظائف العامة Le Fonds pour L'insertion Professionnelle des Personnes Handicapées dans la fonction Publique تتمثل فيما يحصل عليه الصندوق من مبالغ مالية من قبل الجهات الحكومية نظير تخلفها عن الوفاء بالتزامها بتخصيص ما لا يقل عن ٦% من وظائفها الداخلية لصالح ذوي الإعاقة. كذلك يندرج في مصادر التمويل أموال التبرعات والوصايا أو غير ذلك من المصادر.

Francis Kessler, L'autonomie des personnes handicapées dans la loi du 11 février 2005, RDSS 2005 P. 382.

² قانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٧٥ بشأن تأهيل المعوقين بتاريخ ٣-٧-١٩٧٥ والمعدل بقانون رقم ٤٩ لعام ١٩٨٢ بتاريخ ٢٦/٠٦/١٩٨٢. وتجدر الإشارة في هذا السياق إلى أن النسخة الأصلية للمادة ١٠ كما وردت في القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٧٥ قبل تعديلها بقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٨٢ كانت تقصر تعيين ذوي الإعاقة في إطار النسبة الإلزامية على وظائف المستوى الثالث الخالية بالجهاز الإداري للدولة والهيئات العامة والمؤسسات العامة والوحدات الاقتصادية التابعة لها دون غيرها من الوظائف في المستويات الأخرى، أما القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٨٢ فقد سمح بتعيين ذوي الإعاقة من خلال النسبة الإلزامية في جميع الوظائف الخالية بالجهات السالفة. ولا شك أن التعديل الذي استحدثه المشرع قد لاقى استحساناً كبيراً لدى الكثيرين لا سيما وأنه وسع من دائرة اختيار ذوي الإعاقة في مجال التعيين بالوظائف العامة، إذ لم تعد اختياراتهم محصورة على الوظائف الثانوية أو الهامشية التي لا تتطلب مستوى تعليمي معين أو تخصص كبير.

ولم يختلف الوضع كثيرًا بعد صدور القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠١٨ بشأن قانون حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، إذ لم تستحدث نصوصه كما كان متوقعًا أي زيادة في خصوص نسبة تشغيل الأشخاص ذوي الإعاقة بما يتناسب مع الزيادة المطردة في أعدادهم، بل على العكس، أقيمت نصوصه على ذات النسبة التي أقرها سالفه، فنصت المادة الثانية والعشرين منه على التزام الجهات الحكومية بتعيين نسبة خمسة في المئة من عدد العاملين بها على الأقل من الأشخاص ذوي الإعاقة^١ وكنا نأمل من المشرع زيادة هذه النسبة قليلًا لمتاثل المعدلات العالمية التي أخذت بها النظم القانونية المقارنة من ناحية، ومواكبة الزيادة المستمرة في أعداد ذوي الإعاقة وارتفاع معدلات البطالة بينهم من ناحية أخرى.

كذلك فإنه من الضروري الإشارة إلى أن الالتزام الذي فرضه المشرع على الجهات الحكومية بتخصيص نسبة خمسة في المئة من مجموع عدد العاملين بها، لا يعني حجز وظائف بعينها للمعوقين، ذلك أن النسبة الإلزامية التي قررها المشرع هي نسبة كمية وليست نسبة نوعية، ومن ثم فلا إلزام على الجهات الحكومية باحترام هذه النسبة في خصوص كل نوعية من

^١قانون رقم ١٠ لسنة ٢٠١٨ بشأن قانون حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة. الجريدة الرسمية العدد ٧ مكرر (ج) بتاريخ ٢٠١٨-٢-١٩ - يعمل به من تاريخ ٢٠١٨-٢-٢٠. مادة ٢٢ " نلتزم الجهات الحكومية وغير الحكومية وكل صاحب عمل ممن يستخدم عشرين عاملاً فأكثر سواء كانوا يعملون في مكان واحد أو أماكن متفرقة وأياً كانت طبيعة عملهم بتعيين نسبة (٥%) من عدد العاملين على الأقل من الأشخاص ذوي الإعاقة الذين ترشحهم الوزارة المعنية بشئون العمل والجهات الإدارية التابعة لها من واقع السجل المنصوص عليه في المادة (٢١)، ويقوم المجلس بالتنسيق مع الوزارة المختصة بمتابعة هذه الجهات للتأكد من الالتزام بتشغيل النسبة المقررة للأشخاص ذوي الإعاقة وظروف العمل الخاصة بهم وفرص تشغيلهم وجميع الالتزامات الأخرى التي ينظمها هذا القانون في شأن تشغيلهم، على أن يصدر بالقواعد والشروط في هذه الحالة قرار من رئيس مجلس الوزراء بناء على عرض الوزير المختص بعد التنسيق مع الوزراء المعنيين في حدود النسبة المقررة لهذه الفئة. وفي جميع الأحوال، يجب على كل من يوظف شخصاً ذا إعاقة إخطار الجهة المختصة بذلك بكتاب موصي عليه بعلم الوصول، خلال الشهر الأول من تاريخ تسليمه العمل."

نوعيات الوظائف الموجودة بهيكلها الوظيفية، وإنما يتعين فقط مراعاة نسبة الخمسة بالمئة من إجمالي عدد الوظائف الموجودة بها.¹

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا ما تقدم في أحد أحكامها الحديثة عندما رفضت الحكم بأحقية أحد المصابين بإعاقة بصرية في التعيين بوظيفة مدرس بإحدى كليات جامعة جنوب الوادي، إذ بينت المحكمة جلياً في حكمها أن نظم التعيين في بعض الوظائف وإجراءاتها، كما هو الشأن في وظائف أعضاء هيئة التدريس بالجامعات، يتعارض كليةً مع نظام الوظائف المحجوزة سلفاً للمعوقين، وهو ما يستوجب بالضرورة انحسار هذه النظام عن نطاق تعيين أعضاء هيئة التدريس بالجامعة.²

على أن ما تقدم لا ينبغي أن يفهم منه رفض القضاء المصري لتعيين المعوقين في وظائف أعضاء هيئة التدريس بالجامعات، فقد سبق للقضاء المصري، كما بينا سلفاً، أن أكد أحقيتهم في شغل هذه الوظائف، شريطة أن تتوفر لديهم القدرة على النهوض بواجبات ومتطلبات الوظيفة، ولذا فإن ما عناه الحكم هو عدم انطباق نظام الحصص على وظائف أعضاء هيئة التدريس بالجامعات.

ولضمان وفاء الجهات الحكومية بتخصيص نسبة الخمسة في المئة من إجمالي عدد وظائفها لصالح ذوي الإعاقة، فقد أوجبت المادة الخامسة عشرة من القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٧٥ بشأن تأهيل المعوقين الملغي على وحدات الجهاز الإداري بالدولة والقطاع العام أن تمسك "سجل خاص لقيد المعوقين

¹ المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٦٢٦٢ لسنة ٥٤ قضائية تاريخ الجلسة ٢٤-١-٢٠١٠، مكتب قني ٥٥، رقم الصفحة ٢٦٧.

² أنظر الحكم السابق، وقد بررت المحكمة ما خلصت إليه في حيثيات حكمها بقولها "أن التعيين بوظيفة مدرس بالجامعة يمر بسلسلة طويلة ومعقدة من الإجراءات، تهدف إلى اختيار أفضل العناصر التي تصلح للقيام بأعباء مهمة التدريس بالجامعة، بداية من الإعلان عن شغل الوظيفة، ومروراً بتقييم المؤهل العلمي للمرشح وقدراته المؤهلة لشغلها من خلال اللجان العلمية المختصة، وانتهاء بالإجراءات المقررة قانوناً التي يتم اختتامها بقرار رئيس الجامعة بالتعيين بناء على طلب مجلس الجامعة بعد أخذ رأي مجلس الكلية أو المعهد ومجلس القسم المختص."

الحاصلين على شهادات التأهيل الذين التحقوا بالعمل لديهم، ويجب أن يشتمل هذا السجل على البيانات الواردة في شهادة التأهيل، وعليهم تقديم هذا السجل إلى مفتش مكتب القوى العاملة الذي يقع في دائرته نشاطهم، كلما طلب ذلك، وعليهم إخطار هذا المكتب ببيان يتضمن عدد العاملين الإجمالي، وعدد الوظائف التي يشغلها المعوقون المشار إليهم، والأجر الذي يتقاضاه كل منهم ... وعلى مديريات القوى العاملة كل في دائرة اختصاصه، إخطار مديريات الشؤون الاجتماعية المختصة كل ستة أشهر ببيان إجمالي عن عدد الوظائف التي يشغلها المعوقون، والأجر الذي يتقاضاه كل منهم، وذلك طبقاً للأوضاع التي يحددها وزير الشؤون الاجتماعية.¹

وبالرغم من أهمية الاجراء الذي تطلبته المادة الخامسة عشرة حيث يكاد يكون الوسيلة الرقابية الوحيدة التي أقرها القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٧٥ على وحدات الجهاز الإداري بالدولة والقطاع العام لضمان الوفاء بالتزامها بتشغيل ذوي الإعاقة، في إطار النسبة الإلزامية التي حددها القانون، فإن القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠١٨ بشأن قانون حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة قد خلا من أي إجراء مماثل، مكثفياً بما تتطلبه المادة الثانية والعشرون من إعطاء المجلس

¹ وقد صدر قرار وزير التأمينات والشؤون الاجتماعية رقم ٢٥٩ لسنة ١٩٧٦ بشأن اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٧٥ بشأن تأهيل المعوقين، بتاريخ ٢-٨-١٩٧٦ متضمناً للأوضاع والشروط التي تطلب القانون تنظيمها بواسطة اللائحة التنفيذية. فنصت المواد ١٧-١٨-١٩ من هذه اللائحة على الآتي:

المادة ١٧ "يكون إخطار مديريات القوى العاملة لمديريات الشؤون الاجتماعية بالبيان الشهري عن المعوقين الذين تم تشغيلهم في الجهاز الإداري للدولة والهيئات والوحدات الاقتصادية التابعة للقطاع العام في اليوم الخامس على الأكثر من كل شهر، وذلك طبقاً للنموذج رقم (٣) المرفق بهذا القرار." المادة ١٨ "يكون إخطار مديريات القوى العاملة لمديريات الشؤون الاجتماعية المختصة بالبيان الإجمالي كل ستة أشهر عن عدد الوظائف التي يشغلها المعوقون والأجر الذي يتقاضاه كل منهم وذلك طبقاً للنموذج رقم (٣) المرفق بهذا القرار."

المادة ١٩ "يفتح بالوزارة حساب خاص لرصد حصيلة الغرامات المحكوم بها طبقاً للمادة رقم (١٦) من القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٧٥ المشار إليه يخصص للصرف منه في إعانة الهيئات العاملة في مجال رعاية المعوقين عند قصور ميزانياتها عن الوفاء بالتزاماتها أو للتوسع في توفير خدمات التأهيل، ويكون الصرف بموافقة وكيل الوزارة المختص بناء على اقتراح الإدارة العامة للتأهيل الاجتماعي."

القومي للأشخاص ذوي الإعاقة بالتنسيق مع الوزارة المختصة بمتابعة الجهات المخاطبة بأحكام هذا القانون للتأكد من وفائها بالالتزام بتشغيل النسبة المقررة للمعوقين، وظروف العمل الخاصة بهم، وفرص تشغيلهم وكذلك جميع الالتزامات الأخرى التي تتطلبها هذا القانون في شأن تشغيلهم، وذلك في ضوء القواعد والشروط التي يصدر بتحديددها قرار من رئيس مجلس الوزراء.

أما عن الجزاء الرئيسي الذي اعتمده التشريعات المصرية بوجه عام إزاء تخلف الجهات الحكومية عن تخصيص نسبة الخمسة في المئة من وظائف العاملين بها لصالح ذوي الإعاقة، فقد تمثل في توقيع عقوبات جنائية بالحبس والغرامة على المسؤولين في الجهات الحكومية المخاطبة بأحكام هذا القانون،^١ حيث أوجبت المادة السادسة عشرة من القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٧٥ الحكم على المسؤولين بالجهات الحكومية التي لم تستوف النسبة المشار إليها في القانون، بعقوبة الغرامة التي لا تتجاوز مائة جنيه والحبس مدة لا تتجاوز شهرا أو بإحدى هاتين العقوبتين.^٢ وقد رددت المادة السادسة عشرة من القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠١٨ ذات الحكم مع تغليب العقوبة لتصل إلى الحبس لمدة لا تتجاوز سنة وبغرامة لا تقل عن عشرة آلاف جنية ولا تتجاوز ثلاثين ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين.

^١ وقد حددت المادة ١٦ من القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٧٥ المقصود بالمسؤولين بوحدة الجهاز الإداري للدولة والقطاع العام الذين يخالفون أحكام المادة العاشرة من هذا القانون بأنهم كل من يملك سلطة التعيين في هذه الجهات.

^٢ قانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٧٥ بشأن تأهيل المعوقين بتاريخ ٣-٧-١٩٧٥ والمعدل بقانون رقم ٤٩ لعام ١٩٨٢ بتاريخ ٢٦/٦/١٩٨٢ المادة رقم ١٦. تجدر الإشارة إلى أن معاقبة المسؤولين في الجهات الحكومية الخاضعة لأحكام هذا القانون بالعقوبات المشار إليها في المتن لم يكن منصوص عليه في النسخة الأصلية للقانون الصادرة عام ١٩٧٥، وإنما استحدثته بموجب التعديلات التي أدخلها بواسطة القانون رقم ٤٩ لعام ١٩٨٢، أما النص الأصلي فقد كان يسمح فقط بتوقيعها على أصحاب الأعمال الذين يتمتعون عن الوفاء بالتزامهم بتخصيص نسبة خمسة في المئة من إجمالي عدد الوظائف في الوحدات التي يمتلكونها.

وإذا كان توقيع عقوبات جنائية على المسؤولين بالجهات الحكومية المخاطبة بأحكام هذه القوانين حال مخالفتها لالتزامها بتخصيص نسبة خمسة في المئة من إجمالي عدد وظائفها لصالح المعوقين هو أمرًا قد يسجله البعض لصالح المشرع المصري، فإننا نرى على العكس من ذلك عدم جدوى هذه العقوبات الجنائية، خاصة وأنه لم يسجل في تاريخ القضاء المصري منذ لحظة صدور القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٧٥ وحتى إلغائه بموجب القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠١٨ أية أحكام صادرة بالغرامة أو بالحبس على المسؤولين بالجهات الحكومية التي تخضع لأحكام هذا القانون تطبيقاً لهذه المادة، وهو الأمر الذي يدفعنا إلى التساؤل عن سبب إصرار المشرع المصري على الإبقاء على هذه العقوبات الجنائية في القانون الجديد مع علمه بعدم انطباقها في الواقع العملي.

وعلى أية حال، فالإلى جانب الجزاء الجنائي المتقدم، أجاز المشرع المصري توقيع جزاء آخر ذي طبيعة مالية على الجهات الحكومية المخاطبة بأحكام هذا القانون حال رفضها تعيين المعوق المرشح لها، بالرغم من عدم استيفائها لنسبة الخمسة في المئة المشار إليها في القانون، إذ ألزمت المادة السادسة عشرة من القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٧٥ الملغي هذه الجهات بأن تدفع شهرياً للمعوق المؤهل الذي رشح لها وامتنعت عن استخدامه مبلغاً يساوي الأجر أو المرتب المقرر أو التقديري للعمل أو الوظيفة التي رشح لها، وذلك اعتباراً من تاريخ إثبات المخالفة لمدة سنة ما دامت لم تقم بإزالة المخالفة وتعيينه أو يثبت إلحاقه بعمل آخر خلال هذه السنة.^١ ولم يختلف

^١ قانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٧٥ بشأن تأهيل المعوقين بتاريخ ٣-٧-١٩٧٥ والمعدل بقانون رقم ٤٩ لعام ١٩٨٢ بتاريخ ٢٦/٠٦/١٩٨٢ المادة رقم ١٦ يعاقب كل من يخالف أحكام المادة (٩) من هذا القانون بغرامة لا تتجاوز ثلاثين جنيهاً والحبس مدة لا تتجاوز شهراً، أو بإحدى هاتين العقوبتين. كما يجوز الحكم بإلزام صاحب العمل بأن يدفع شهرياً للمعوق المؤهل الذي رشح له وامتنع عن استخدامه مبلغاً يساوي الأجر أو المرتب المقرر أو التقديري للعمل أو الوظيفة التي رشح لها وذلك اعتباراً من تاريخ إثبات المخالفة - ولا يجوز الحكم بإلزام صاحب العمل بهذا المبلغ لمدة تزيد على سنة، ويزول هذا الإلزام إذا قام بتعيين المعوق لديه، أو إذا التحق المعوق فعلاً بعمل آخر وذلك من

الأمر بعد صدور القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠١٨، إذ تضمنت المادة الخامسة والخمسون حكماً مماثلاً لما ورد في المادة السادسة عشرة من القانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٧٥^١.

وإذا كان النص المصري المقرر لهذا الجزاء يتفق مع النص الذي تضمنه القانون الفرنسي من حيث طبيعة الجزاء ومضمونه، بحسبان أن كلا الجزائين ذو طبيعة مالية، ويتمثلان في إلزام الجهات الحكومية بدفع جزاء مالي يعادل إجمالي ما كان سوف يتقاضاه المرشح المعوق من مستحقات مالية خلال مدة عام واحد لو تم تعيينه في هذه الجهات، فإنهما يتباينان من عدة نواح؛

تاريخ تعيين أو التحاق المعوق بالعمل ويجب على صاحب العمل تنفيذ الحكم بإلزامه بإداء المبلغ المذكور خلال عشرة أيام من تاريخ صدوره والاستمرار في هذا الأداء شهرياً في الميعاد المحدد بالحكم . وفي حالة امتناع صاحب العمل عن أداء الأجر أو المرتب المشار إليه إلى المعوق في الميعاد المقرر يجوز تحصيله بناء على طلب العامل بطريق الحجز الإداري، وأداءه إليه دون أي مقابل أو أية رسوم من أي نوع كان، ولا يستفيد المعوق إلا من أول حكم يصدر لصالحه وفي حالة تعدد الأحكام بإلزام أصحاب الأعمال بالدفع عند تعددهم تؤول إلى وزارة الشؤون الاجتماعية المبالغ المحكوم بها في الأحكام الأخرى وتخصص هذه المبالغ للصرف منها في الأوجه والشروط وطبقاً للأوضاع المنصوص عليها في المادة التالية. وتتعدد العقوبات بتعدد الذنن وقعت في شأنهم الجريمة، كما تتعدد العقوبات بتعدد الامتناع عن تشغيل المعوق الواحد تطبيقاً لحكم المادة (٩) وذلك عن كل سنة يحصل فيها الامتناع بالنسبة له . ويعاقب كل من يخالف أحكام المادة (١٥) بالحبس مدة لا تزيد عن أسبوعين وبغرامة لا تتجاوز عشرين جنيهاً أو بإحدى هاتين العقوبتين . وتقام الدعوى في جميع الأحوال على صاحب العمل أو وكيله أو المدير المسئول ولا يجوز الحكم بوقف التنفيذ في العقوبات المالية.

راجع في تطبيق أحكام هذه المادة الأحكام القضائية التالية:

- محكمة النقض مدني الطعن رقم ١٨٥٩ لسنة ٧٢ قضائية، تاريخ الجلسة ٢٥-٩-٢٠٠٥، مكتب فني ٥٦، رقم الصفحة ٧٧٧
- محكمة النقض، مدني، الطعن رقم ١٣١٤٤ لسنة ٧٨ قضائية، تاريخ الجلسة ١٦-٢-٢٠١٠، مكتب فني ٦١، رقم الصفحة ٢٣٧

١ قانون رقم ١٠ لسنة ٢٠١٨ بشأن قانون حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، الجريدة الرسمية العدد ٧ "مكرر (ج)" بتاريخ ٢٠١٩-٢-٢٠١٨ - يعمل به من تاريخ ٢٠١٨-٢-٢٠١٨. تنص المادة ٥٥ "يجوز الحكم بإلزام صاحب العمل أو المسئول عن الجهة الملزومة بتشغيل الأشخاص ذوي الإعاقة بأن يدفع شهرياً للشخص ذي الإعاقة الذي رشح للعمل لديه وامتنع عن توظيفه مبلغاً يساوي الأجر أو المرتب المقرر أو التقديري للعمل أو للتوظيفة التي رشح لها، اعتباراً من تاريخ ثبوت ارتكاب الجريمة ولمدة لا تتجاوز سنة. وبوقف هذا الالتزام إذا التحق الشخص ذو الإعاقة بعمل مناسب في ذات الجهة أو في غيرها. يعاقب كل من يخالف هذا الحكم بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تتجاوز سنتين وبغرامة لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تتجاوز ثلاثين ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين. وتتعدد الغرامات بتعدد الحالات التي وقعت في شأنها الجريمة"

فمن ناحية أولى، يختلف النصان في تحديد شخص المستفيد أو المستحق لهذه المبالغ. ففي حين ألزم القانون المصري الجهات الحكومية الخاضعة لأحكام قانون تأهيل المعوقين، بأن تدفع شهرياً للمعوق المؤهل الذي رشح لها وامتنعت عن استخدامه، مبلغاً يساوي الأجر أو المرتب المقرر أو التقديري للعمل أو الوظيفة التي رشح لها، وذلك اعتباراً من تاريخ إثبات المخالفة، ولمدة لا تزيد على سنة، فإن الجهات الحكومية المخاطبة بأحكام القانون الفرنسي تلتزم بدفع مبلغ سنوي يعادل قيمة الرواتب وغيرها من المستحقات التي كانت سوف تؤديها للموظفين من ذوي الإعاقة خلال مدة عام في حدود نسبة التوظيف التي نص عليها القانون - على النحو السابق بيانه - لصندوق توظيف ذوي الإعاقة في الوظائف العامة والذي أنشأه المشرع خصيصاً لتعزيز فرص ذوي الإعاقة في تقلد الوظائف العامة.

ومن ناحية ثانية، يختلف النص المصري عن النص الفرنسي في السبب الموجب لدفع هذه المستحقات. ففي حين لا تلتزم الجهات الحكومية، وفقاً للقانون المصري، بأداء الجزاء المالي إلا في الأحوال التي تمتنع فيها عن تعيين المرشحين إليها من ذوي الإعاقة - وليس كجزاء عن عدم استيفائها للنسبة المشار إليها في القانون -، فإن النص الفرنسي يلزم الجهات الحكومية بدفع المبالغ المالية التي نص عليها القانون عن كل عام يثبت فيه عدم استيفائها للنسبة المشار إليها في القانون.

ومن ناحية ثالثة يختلف النص المصري عن النص الفرنسي في أسباب زوال أو انقضاء التزام الجهات الحكومية بأداء هذا المبلغ المالي. ففي حين يزول التزام الجهات الحكومية في القانون المصري في الأحوال التي تقوم فيها بتعيين المعوق لديها، أو في الأحوال التي يلتحق فيها المعوق فعلياً بعمل آخر، فإن الالتزام في القانون الفرنسي لا يسقط إلا باستيفاء الجهات المخاطبة بأحكام هذا القانون للنسبة المشار إليها في القانون.

ومن ناحية رابعة وأخيرة، يختلف النص المصري عن النص الفرنسي من حيث الإجراءات المطلوبة لتوقيع الجزاء والسلطة المختصة بتوقيعه. ففي حين يتطلب المشرع المصري لتوقيع الجزاء المنصوص عليه لجوء المعوق المستبعد من التعيين إلى القضاء المختص وحصوله على حكم نهائي بتوقيع هذا الجزاء على الجهة الراضة لتعيينه، فإن القانون الفرنسي يلزم الجهات الحكومية بأداء الجزاء المالي لصالح صندوق توظيف ذوي الإعاقة سنويًا بمجرد عدم استيفائها للنسبة المشار إليها في القانون، ودون الحاجة إلى استصدار حكم قضائي في هذا الخصوص، حيث يتم تحصيل هذه المبالغ بواسطة محاسب الخزنة العامة، وفقًا للقواعد المطبقة على استرداد المستحقات غير الضريبية.

ونعتقد أن الاختلافات المتقدمة بين النصين الفرنسي والمصري تجعل من النص الفرنسي أكثر قدرة وفاعلية على تحقيق الغاية المتوخاة أصلاً من وراء إقرار هذين النصين، ألا وهي ضمان التزام الجهات الحكومية في جميع الأوقات بتخصيص نسبة السنة بالمئة من الوظائف الحكومية لصالح الأشخاص من ذوي الإعاقة. ويدعم هذا الاستنتاج ما ورد بإحدى التقارير الحديثة الصادرة عن صندوق توظيف ذوي الإعاقة في الوظائف العامة FIPHEP في مايو ٢٠١٦، حيث أعلن الصندوق ارتفاع معدلات توظيف ذوي الإعاقة في وظائف الدولة والقطاع الإقليمي والقطاع الصحي لتصل إلى 5,17% من إجمالي عدد الوظائف الحكومية في هذه القطاعات، وهو ما يقترب كثيرًا من النسبة التي أقرها القانون.¹

¹ Le fonds pour l'insertion des personnes handicapées dans la fonction publique, Forte progression du taux d'emploi des personnes en situation de handicap dans la Fonction publique, 25-5-2016. Available at <http://www.fiphfp.fr/Le-FIPHFP/Actualites-du-FIPHFP/Forte-progression-du-taux-d-emploi-des-personnes-en-situation-de-handicap-dans-la-Fonction-publique>

المطلب الثاني

الأسلوب التعاقدى لتعيين ذوي الإعاقة في الوظائف العامة

بالرغم من اعتماد التنظيم القانوني الفرنسي على نظام المسابقات كقاعدة عامة في خصوص التعيين في الوظائف العامة، إلا أن المشرع الفرنسي قد أجاز بموجب المواد رقم ثلاثة وأربعة وخمسة من القانون رقم 87-517 المتعلق بتوظيف ذوي الإعاقة، اللجوء إلى الأسلوب التعاقدى لإلحاق ذوي الإعاقة بالوظائف العامة في الدولة والقطاع الإقليمي والقطاع الصحي.¹ وقد أكد المشرع في القانون رقم 102-2005 المتعلق بالمساواة في الحقوق والفرص، والمشاركة والمواطنة لذوي الإعاقة إمكانية لجوء الجهات الإدارية إلى هذا الأسلوب الاستثنائي لتشغيل ذوي الإعاقة بالوظائف العامة، موسعاً من نطاق هذه الوسيلة ليسمح للجهات الحكومية من استخدامها لتعيين ذوي الإعاقة في جميع المستويات الوظيفية (المستوى أ وب وج) خلافاً للقانون رقم 87-517 الذي كان يقصرها على المستويات الدنيا (ج- ود).²

ويمثل إمكانية لجوء جهة الإدارة إلى الأسلوب التعاقدى في تعيين ذوي الإعاقة بالوظائف العامة أحد أهم مظاهر التمييز الموضوعي التي أخذ بها التنظيم القانوني الفرنسي لصالح طائفة ذوي الإعاقة بغرض ضمان المساواة

Un taux d'emploi confirmant la mobilisation de l'ensemble des employeurs du secteur public

Les trois fonctions publiques voient leur taux d'emploi légal augmenter :

Fonction publique territoriale : 6,22%

Fonction publique de l'Etat : 4,18%

Fonction publique hospitalière : 5,41%

¹ Loi n° 87-517 du 10 juillet 1987 en faveur de l'emploi des travailleurs handicapés art. 3,4 et 5.

² Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, Article 32, 33 et 35

الكاملة والحقيقية.¹ كما يساهم هذا الأسلوب التعاقدية من ناحية أخرى إلى حد كبير في ضمان وفاء الجهات الإدارية بالتزامها بتخصيص نسبة لا تقل عن ستة بالمائة من وظائفها الداخلية لصالح ذوي الإعاقة.²

أولاً: - مدة العقد:

تقتضي هذه الوسيلة التعاقدية، قيام الجهة الإدارية بتعيين ذوي الإعاقة ممن توافر فيهم شروط شغل الوظائف العامة بواسطة عقود محددة المدة، وذلك لفترة تماثل فترة الاختبار في الكيان الوظيفي الذي ألحق به.³ وتكون مدة هذا العقد في غالب الأحوال عام واحد، غير أنها يمكن أن تمتد لفترة أطول من ذلك في بعض الوظائف العامة.⁴

ويحق للجهة الإدارية أن تقوم بتجديد هذا العقد لمرة واحدة حال عدم قدرتها على التأكد من صلاحية المعوق من النهوض بواجبات وأعباء الوظيفة المعين بها، وذلك بشرط ألا تتجاوز مدة العقد الجديد مدة العقد السابق.

¹ Hervé Rihal, Concours et personnes handicapées : la reconnaissance d'un droit à l'aide, Note sous CE 18 novembre 2009 Op.cit., p. ٣.

² Francis Kessler, L'autonomie des personnes handicapées dans la loi du 11 février 2005, RDSS 2005 P. 382; V. Desgardin Emploi et développement durable : place des travailleurs handicapés, Rép. min. n° 52227, JOAN Q 6 oct. 2009 « L'auteur affirme que « Cette voie (la voie contractuelle) est cependant un moyen de remplir leur obligation d'emploi, à hauteur de 6 %, de personnes handicapées. »

³ Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, Article 32, 33 et 35

⁴ Ibid. Voir aussi Rémy Fontier, Les modalités d'évaluation des travailleurs handicapés pour leur accès sans concours à la fonction publique, AJFP 2015 p.342.

كذلك فإن مدة العقد تزيد في الأحوال التي يشغل فيها الموظف المعاق وظيفة بدوام جزئي، حيث تجدر الإشارة إلى أن قانون المساواة في الحقوق والفرص والمشاركة والمواطنة لذوي الإعاقة قد أجاز لذوي الإعاقة الجسيمة الحق في شغل الوظائف العامة بدوام جزئي، وهو الأمر الذي يقتضي إطالة الفترة الزمنية للعقد حتى تثبت الجهة الإدارية من صلاحية الموظف للنهوض بأعباء وواجبات الوظيفة.

ويشغل ذوو الإعاقة في تلك الفترة ذات المركز القانوني للموظف تحت الاختبار الذي إلتحق بالوظيفة بناء على النتيجة النهائية لمسابقات التعيين، فيكون له كل ما لهذا الموظف من حقوق وعليه ما على هذا الموظف من واجبات.¹

ثانياً: - تنفيذ العقد:

تخضع عقود التوظيف المبرمة بين الجهات الحكومية وذوي الإعاقة لأحكام المرسوم رقم 95-979 والمتعلق بتوظيف ذوي الإعاقة في الوظائف العامة بالدولة والرسوم رقم 96-1087 والمتعلق بتوظيف ذوي الإعاقة في الوظائف العامة بالقطاع الإقليمي والرسوم رقم 97-185 الخاص بتوظيف ذوي الإعاقة بالوظائف العامة بالقطاع الصحي.² وتتطابق الأحكام الموجودة

¹ Décret n°95-979 du 25 août 1995 modifié relatif au recrutement des travailleurs handicapés dans la fonction publique pris pour l'application de l'article 27 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat art. 5; Décret n°96-1087 du 10 décembre 1996 relatif au recrutement des travailleurs handicapés dans la fonction publique pris pour l'application de l'article 38 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, art. 6 ; Décret n°97-185 du 25 février 1997 relatif au recrutement des travailleurs handicapés dans la fonction publique hospitalière pris pour l'application de l'article 27 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière, art. 5. « pendant toute la période de contrat mentionnée à l'article 5, les agents bénéficient d'une rémunération d'un montant équivalent à celle qui est servie aux fonctionnaires stagiaires issus du concours externe pour l'accès au cadre d'emplois dans lequel les agents ont vocation à être titularisés. »

² Décret n°95-979 du 25 août 1995 modifié relatif au recrutement des travailleurs handicapés dans la fonction publique pris pour l'application de l'article 27 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat; Décret n°96-1087 du 10 décembre 1996 relatif au recrutement des travailleurs handicapés dans la fonction publique pris pour l'application de l'article 38 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984

في هذه المراسيم، حيث تقضي جميعها بخضوع الموظفين من ذوي الإعاقة خلال مدة العقد، شأنهم في ذلك شأن باقي الموظفين في فترة الاختبار، لعدد من دورات التدريب المهني التي تختلف بطبيعة الحال بحسب الوظيفة المعين عليها.¹

كذلك يخضع ذوو الإعاقة خلال هذه الفترة لمتابعة شخصية ومستمرة على المستوى المهني والصحي بغرض تيسير انخراطهم المهني. إذ يتولى الرئيس المباشر أو رئيس الهيئة القائمة على التدريب المهني للموظف، وضع تقرير شامل عن تقييم كفاءته المهنية un rapport d'appréciation خلال فترة العقد، ويتولى الطبيب المختص وضع تقرير بخصوص صلاحيته البدنية والعقلية للنهوض بتبعات الوظيفة، على أن يرفق هذين التقريرين بملف خدمة الموظف.²

وفي نهاية مدة العقد، تتولى الجهة الإدارية المختصة النظر في الصلاحية المهنية évaluation de compétence لكل موظف معوق ألحق بالوظيفة بواسطة هذا الأسلوب، وذلك في ضوء التقارير المرفقة، وبعد إجراء مقابلات شخصية مع كل موظف على حده.

فإذا قدرت الجهة الإدارية في ضوء ما سبق استيفاء المرشح لشرط الصلاحية المهنية، أصدر قراراً بتثبيته بالوظيفة التي التحق بها بواسطة

portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale ; Décret n°97-185 du 25 février 1997 relatif au recrutement des travailleurs handicapés dans la fonction publique hospitalière pris pour l'application de l'article 27 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière.

¹ Décret n°95-979 du 25 août 1995 art. 6; Décret n°96-1087 du 10 décembre 1996, art. 7; Décret n°97-185 du 25 février 1997, art. 6.

² *Ibid.*

العقد.¹ أما إذا قدرت الجهة الإدارية من خلال ملف خدمة الموظف وبعد مقابلته عدم صلاحيته للنهوض بواجبات وأعباء الوظيفة، فلها في هذه الحالة

¹ Décret n°95-979 du 25 août 1995 art. 8; Décret n°96-1087 du 10 décembre 1996, art. 8; Décret n°97-185 du 25 février 1997, art. 8. « A l'issue du contrat, l'appréciation de l'aptitude professionnelle de l'agent par l'autorité disposant du pouvoir de nomination est effectuée au vu du dossier de l'intéressé et après un entretien de celui-ci avec un jury organisé par l'administration chargée du recrutement.

I. - Si l'agent est déclaré apte à exercer les fonctions, l'autorité administrative ayant pouvoir de nomination procède à sa titularisation après avis de la commission administrative paritaire du corps concerné. Lors de la titularisation, la période accomplie en tant qu'agent contractuel est prise en compte dans les conditions prévues pour une période équivalente de stage par le statut particulier. Lors de la titularisation, l'agent est affecté dans l'emploi pour lequel il a été recruté comme agent non titulaire.

II. - Si l'agent, sans s'être révélé inapte à exercer ses fonctions, n'a pas fait la preuve de capacités professionnelles suffisantes, l'autorité administrative ayant pouvoir de nomination prononce le renouvellement du contrat pour la période prévue à l'article 27 de la loi du 11 janvier 1984 susvisée, après avis de la commission administrative paritaire du corps au sein duquel l'agent a vocation à être titularisé. Une évaluation des compétences de l'intéressé est effectuée de façon à favoriser son intégration professionnelle. Si l'appréciation de l'aptitude de l'agent ne permet pas d'envisager qu'il puisse faire preuve de capacités professionnelles suffisantes dans le corps dans lequel il a vocation à être titularisé, le renouvellement du contrat peut être prononcé, après avis de la commission administrative paritaire de ce corps, en vue d'une titularisation éventuelle dans un corps de niveau hiérarchique inférieur.

III. - Si l'appréciation de l'aptitude de l'agent ne permet pas d'envisager qu'il puisse faire preuve de capacités professionnelles suffisantes, le contrat n'est pas renouvelé, après avis de la commission administrative paritaire du corps concerné. L'intéressé peut bénéficier des allocations d'assurance chômage en application de l'article L. 351-12 du code du travail.

IV. - Lorsque l'agent a suivi la formation initiale prévue par le statut particulier du corps dans lequel il a vocation à être titularisé, il subit les épreuves imposées aux fonctionnaires stagiaires du corps avant leur titularisation, dans les mêmes conditions, sous réserve des aménagements éventuels imposés par son handicap.

بعد أخذ رأي اللجنة الإدارية المشتركة La Commission Administrative Paritaire¹ أن ترفض تثبيته وتسريحه من الخدمة، ويكون لذوي الإعاقة في تلك الحالة الحق في الحصول على إعانة البطالة allocation d'assurance chômage².

أما إذا لم تستطع الجهة الإدارية أن تثبت من مدى صلاحية المعوق للقيام بأعباء وواجبات الوظيفة، كما هو الحال إذا لم تتح له الفرصة الفعلية في إثبات قدراته المهنية، فلها أن تقوم في هذه الأحوال، بعد أخذ رأي اللجنة الإدارية المشتركة La Commission Administrative Paritaire بتجديد العقد لمدة أخرى ممانئة للمدة العقد الأول³.

L'appréciation de son aptitude professionnelle est assurée par le jury désigné pour apprécier l'aptitude professionnelle des élèves de l'école, auquel est adjoit un représentant de l'autorité administrative ayant pouvoir de nomination ainsi qu'une personne compétente en matière d'insertion professionnelle des personnes handicapées. Cette appréciation est faite à la fin de sa scolarité. Au vu de l'appréciation de l'aptitude professionnelle de l'agent, il lui est fait application soit du I, soit du II, soit du III du présent article. L'affectation de l'agent titularisé en fin de scolarité est régie par les dispositions du présent décret, sans qu'il lui soit fait application des dispositions applicables aux fonctionnaires stagiaires titularisés dans le corps. Lorsque le statut particulier du corps dans lequel l'agent a vocation à être titularisé, ou le décret réglant la situation des fonctionnaires stagiaires scolarisés au sein de l'école, prévoit que les fonctionnaires nommés dans le corps sont astreints à rester au service de l'Etat pendant une durée minimale, cette obligation est appliquée, dans les mêmes conditions, à l'agent recruté selon le mode de recrutement prévu par le présent décret.

¹ وقد اشترط القضاء الفرنسي لمشروعية قرار الجهة الإدارية برفض تعيين الموظف أو تجديد عقده ضرورة استيفائه لجميع الإجراءات التي تطلبها القانون، والتي من بينها الحصول على رأي اللجنة الإدارية المشتركة، حول صلاحية الموظف للقيام بتبعات الوظيفة. أنظر في تأكيد ذلك الحكم التالي للمحكمة الإدارية بطولون

TA Toulon, 8 juill. 2010, n° 0900276, M. Arnaud.

² Décret n°95-979 du 25 août 1995 art. 8; Décret n°96-1087 du 10 décembre 1996, art. 8; Décret n°97-185 du 25 février 1997, art. 8.

³ Décret n°95-979 du 25 août 1995 art. 9; Décret n°96-1087 du 10 décembre 1996, art. 9; Décret n°97-185 du 25 février 1997, art. 9

وقد اعتبر القضاء الإداري الفرنسي الإجراءات المتقدمة من قبيل الإجراءات الجوهرية التي يتعين على الإدارة استيفائها قبل إنهاء خدمة الموظف المعوق المعين بعقد، وإلا كان قرارها معيباً ومستوجباً للإلغاء،

« La situation de l'agent dont le contrat a fait l'objet d'un renouvellement dans les conditions posées soit par l'article 7 soit par le II ou par le IV de l'article 8 ou par le II de l'article 8 du présent décret est examinée à l'issue de cette période : s'il a été déclaré apte à exercer les fonctions, l'agent est titularisé dans les conditions posées au I ou au IV de l'article 8. La prise en compte de l'ancienneté acquise s'effectue dans les conditions prévues par le statut particulier. Cette prise en compte est limitée à la durée initiale du contrat avant renouvellement. une année pour les agents mentionnés au II de l'article 8; si l'agent n'est pas déclaré apte à exercer les fonctions, le contrat ne pouvant être renouvelé, l'intéressé peut bénéficier des allocations d'assurance chômage mentionnées au III de l'article 8 du présent décret. »

وقد أكدت المحكمة الإدارية الاستئنافية بمدينة نانسى في أحد أحكامها الحديثة أنه يمكن للجهة الإدارية أن تستند في قرارها الصادر برفض تثبيت الموظف المتعاقد إلى رأي اللجنة الإدارية المشتركة، إذا كان رأي هذه الأخيرة قد استند على أسباب جدية تتعلق بعدم صلاحية الموظف المهنية للقيام بأعباء وواجبات الوظيفة، كأن يكون استخلاص عدم كفايته مستخلصاً استخلاصاً سائغاً من عجز الموظف عن التعاون مع زملائه في العمل الجماعي، وعدم احترامه لتعليمات رؤسائه، وعجزه المستمر عن تنظيم عمله بالشكل المناسب. أنظر في ذلك الحكم التالي:

Cour Administrative d'Appel de Nancy, 3ème chambre - formation à 3, 17/06/2010, 09NC00856, Inédit au recueil Lebon. « Considérant, en deuxième lieu, que M. A, reconnu travailleur handicapé par la COTOREP, soutient que son insuffisance professionnelle ne pouvait pas être invoquée, dès lors que ses handicaps physiques étaient connus de l'administration ; qu'il ressort toutefois des pièces du dossier, et notamment du compte rendu de la commission administrative paritaire, que les difficultés, jamais résolues, de l'intéressé, concernaient sa capacité à travailler en équipe, à communiquer, à organiser son travail et à respecter les consignes, et n'étaient pas liées à ses aptitudes physiques ; que le refus de titularisation litigieux a ainsi été décidé pour des motifs tirés de l'insuffisance professionnelle, et non de l'inaptitude physique du requérant ; que le moyen doit ainsi être écarté. »

وذلك بالنظر لما تمثله هذه الإجراءات من ضمانات جوهرية فرضها القانون لحماية الموظفين من ذوي الإعاقة ضد أي تمييز غير مشروع.¹ وتأكيدًا لما تقدم، ذهبت المحكمة الإدارية الاستئنافية بمدينة نانسي، إلى الحكم بإلغاء القرار الصادر من إحدى الجهات الإدارية برفض تجديد عقد أحد موظفيها من المعاقين، حيث رأت المحكمة أن خلو ملف الدعوى مما يفيد خضوع الموظف لأية دورات تدريبية خلال فترة التعاقد بالتطبيق لأحكام القانون، وكذلك خلوه من تقارير المتابعة الشخصية، وتقرير الصلاحية التي أوجب القانون وضعها وضمها إلى ملف خدمة الموظف المعاق قبل انتهاء مدة العقد الأول، يدل بما لا يدع مجالاً للشك على عدم احترام الجهة الإدارية للإجراءات والشكليات التي أوجب القانون استيفاءها، ويوصم من ثم القرار الصادر بإنهاء خدمته بعدم المشروعية.²

وقد بينت المحكمة جليًا في هذه القضية أن سلطة الجهة الإدارية في عدم تجديد العقد لعدم صلاحية الموظف المهنية ليست طليقة من كل قيد، وإنما يتعين أن يكون قرارها في ذلك الشأن مستخلصًا من وقائع صحيحة ومنتجة في الدلالة على عدم صلاحية الموظف للتوظيفة، ذلك أن القانون قد أوجب أن

¹ CE, ass., 23 déc. 2011, n° 335033, Danthony, Lebon ; AJDA 2012. 7 ; AJDA 2012. 195 , chron. X. Domino et A. Bretonneau ; ibid. 1484, étude C. Mialot ; D. 2013. 324, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot ; AJDI 2014. 16, étude S. Gilbert ; ibid. 2015. 25, chron. S. Gilbert ; AJCT 2015. 388, étude R. Bonnefont ; RFDA 2012. 284, concl. G. Dumortier ; ibid. 296, note P. Cassia ; ibid. 423, étude R. Hostiou. « un vice affectant le déroulement d'une procédure administrative préalable n'est de nature à entacher d'illégalité la décision prise que s'il ressort des pièces du dossier qu'il a été susceptible d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de cette décision ou s'il a privé l'intéressé d'une garantie ».

يتم تقدير صلاحية الموظف المهنية في ضوء تقرير الصلاحية الذي أناط القانونون رئيسه المباشر أو السلطة القائمة على تدريبه المهني بوضعه، وانتهت في ضوء ما تقدم إلى أن خلو أوراق القضية من أية مستندات دالة ومنتجة على صلاحية الموظف المهنية من عدمه يجعل من قرار الجهة الإدارية بعدم تجديد العقد موصومًا بعدم المشروعية ومستوجبًا للإلغاء.¹

وفي جميع الأحوال، فإنه يتعين على الجهة الإدارية في نهاية مدة العقد المجدد أن تتبع ذات الإجراءات التي أوجب القانون اتباعها أثناء تنفيذ العقد الأول بشأن تقدير صلاحية الموظف. فإن قدرت صلاحية الموظف المعوق، أصدرت قرارًا بتثبيته. أما إن قدرت من واقع ملف خدمته عدم صلاحيته، فليس لها من خيار حينئذ سوى تسريحه من الخدمة دون الإخلال بحقه في الحصول على إعانة البطالة.

وقد أكدت المحكمة الإدارية الاستئنافية بباريس ما تقدم في أحد أحكامها الحديثة الصادرة بتاريخ ١٣-٢-٢٠١٥، حيث قضت بأن تقدير الجهة الإدارية لصلاحية الموظف المهنية في نهاية مدة العقد المجدد، يتعين أن يتم في ضوء ذات الإجراءات التي أوجب المشرع اتباعها لتقدير صلاحيته المهنية في ضوء العقد الأول، وذلك بحسبان أن تلك الإجراءات إنما تطلبها

¹ Cour Administrative d'Appel de Nancy, 3ème chambre - formation à 3, 17/06/2010, 09NC00993, Inédit au recueil Lebon. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que le second contrat de Mme A, qui prenait effet à compter du 1er avril 2006, a été conclu sur le fondement des dispositions de l'article 1er du décret du 10 décembre 1996 ; qu'en application des dispositions de l'article 8 II et III, l'administration était dans l'obligation de se prononcer sur l'aptitude de l'intéressée à exercer ses fonctions avant de décider de ne pas la titulariser et de ne pas renouveler son contrat ; que dès lors le conseil général du Bas-Rhin ne pouvait pas légalement mettre fin aux fonctions de Mme A pour le seul motif tiré de ses insuffisances professionnelles ; que, par suite, la décision attaquée doit être annulée.

المشرع كضمانة جوهرية لحماية الموظف المعاق.¹ وانتهت في خصوص القضية المعروضة عليها إلى أن امتناع الجهة الإدارية عن إجراء مقابلة شخصية مع الموظف المعني في نهاية مدة العقد المجدد بالمخالفة لأحكام القانون، علاوة على عدم اتباعها للإجراءات التي تطلبها القانون لتقدير صلاحية الموظف المهنية في نهاية كل من العقد الأول والعقد المجدد من شأنه أن يوصم القرار الصادر بإنهاء خدمة الموظف بعدم المشروعية استناداً إلى تخلف ركن الشكل والإجراءات الذي يتطلبه القانون في هذا القرار.²

المطلب الثالث

استثناء ذوي الإعاقة من شرط الحد الأقصى للسنة القانونية

للتعيين ببعض الوظائف العامة

تضمنت غالبية مسابقات التعيين بالوظائف العامة في دولة فرنسا حتى وقت ليس ببعيد شروطاً تتعلق بتحديد حدود عمرية قصوى لا يمكن بعدها

1

Cour administrative d'appel de Paris, 6ème Chambre, 13/02/2015, 13PA01681, Inédit au recueil Lebon. « 5. Considérant que si les actes administratifs doivent être pris selon les formes et conformément aux procédures prévues par les lois et règlements, un vice affectant le déroulement d'une procédure administrative préalable n'est de nature à entacher d'illégalité la décision prise que s'il ressort des pièces du dossier qu'il a été susceptible d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de cette décision ou s'il a privé l'intéressé d'une garantie ; que les dispositions précitées de l'article 8 du décret du 10 décembre 1996 relatives aux modalités d'évaluation des compétences des travailleurs handicapés, destinées à favoriser leur intégration professionnelle, énoncent des garanties dont la privation est susceptible de constituer une irrégularité de nature à entacher d'illégalité la décision de refus de renouvellement de leur contrat ».

Voir aussi Rémy Fontier, Les modalités d'évaluation des travailleurs handicapés pour leur accès sans concours à la fonction publique, AJFP 2015 p.345-46.

² Cour administrative d'appel de Paris, 6ème Chambre, 13/02/2015, 13PA01681, Inédit au recueil Lebon.

التنافس للتعيين بالوظائف المعلن عنها، حيث استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي منذ عام ١٩٤٦ على تأكيد مشروعية مثل هذه الشروط،^١ مع الاعتراف للجهات الحكومية بسلطة تقديرية واسعة في استثناء بعض الفئات من هذه الحدود العمرية القصوى، حال عدم وجود أية نصوص لائحية تمنع ذلك.^٢

وتطبيقاً لذلك القضاء، فقد تضمنت كثير من القرارات التنفيذية لقوانين التعيين بالوظائف العامة نصوصاً تسمح لهيئات الدولة وأجهزتها بتحديد الحد الأقصى للسن القانونية للولوج إلى وظائفها، ومن قبيل الأمثلة على ذلك، المرسوم رقم 85-1229 الخاص بتحديد الشروط العامة للتعيين بالوظائف العامة بالقطاع الإقليمي، حيث نصت المادة الأولى منه على أن يتم تحديد الحد الأقصى لسن التعيين بوظائف القطاع الإقليمي في اللوائح الوظيفية الخاصة بكل جهة.^٣ وتطبيقاً لهذا الشرط كان يُشترط في المرشح للتعين بوظيفة الأمين الإقليمي للمكتبات *conservateur territorial des bibliothèques* وكذلك الأمين الإقليمي للتراث الفرنسي *conservateur territorial des bibliothèques* ألا يزيد عمره عن ثلاثين عاماً.^٤

¹ Conseil d'État, 1er mars 1946, Lauletta

² Conseil d'Etat, 1 / 4 SSR, du.8 mars 1989, 68369, mentionné aux tables du recueil Lebon:

³ Décret n°85-1229 du 20 novembre 1985 relatif aux conditions générales de recrutement des agents de la fonction publique territoriale, art. 1 « L'âge limite pour le recrutement des fonctionnaires territoriaux est fixé par chaque statut particulier. »

⁴ ASSEMBLÉE NATIONALE, Rapport fait au nom de la Commission des Lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur la proposition de la Loi (N° 1137) tendant à supprimer les limites d'âge pour les concours de la fonction publique, http://www.assemblee-nationale.fr/12/rapports/r1517.asp#P110_8317

ويرجع البعض السبب الرئيسي في تبرير اشتراط حد أقصى للسن القانونية للتعين بالوظائف العامة إلى صعوبة التوفيق بين حالات التعيين في سن متأخرة، وبين حصول الموظف على مسار مهني مرضي يخوله في نهاية هذا المسار الحق في الحصول على معاش تقاعدي، ويزداد الأمر صعوبة في الوظائف التي يحال فيها الموظفون إلى التقاعد في أعمار مبكرة، كذلك الوظائف المتعلقة بالإشراف على السجون، وكذلك وظائف جهاز الشرطة، ووظائف الملاحة الجوية.¹

ونظرًا لما تمثله مثل هذه الشروط من تمييز قد يرقى في بعض الأحيان إلى تمييز غير مبرر في مجال التعيين بالوظائف العامة بالدولة، فقد تدخل المشرع الفرنسي بالقانون رقم 2-1066-2001 بشأن مكافحة التمييز والقرار بقانون رقم 3-901-2005 بتعديل نص المادة السادسة من القانون رقم 83-634 La loi portant droit et obligations des fonctionnaires⁴، حيث قيد بموجب تلك التعديلات من سلطات الجهات الإدارية في اشتراط حدود عمرية قصوى للتعين في الوظائف العامة.

وقد حظرت هذه التعديلات على الجهات الحكومية تطلب مثل هذا الشرط في مسابقات التوظيف بوجه عام، مع استثناء مسابقات التوظيف المتعلقة بالوظائف النشطة les emplois classés dans la catégorie

¹ *Ibid.*

² Loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations.

³ Ordonnance n° 2005-901 du 2 août 2005 relative aux conditions d'âge dans la fonction publique et instituant un nouveau parcours d'accès aux carrières de la fonction publique territoriale, de la fonction publique hospitalière et de la fonction publique de l'Etat.

⁴ Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. Loi dite loi Le Pors.

active وهي تلك الوظائف التي قد يتعرض شاغلها لخطر معين، أو الوظائف التي تتطلب من شاغليها مجهودًا استثنائيًا يبرر إحالتهم إلى التقاعد في سن مبكرة، أو الوظائف التي يشترط للتعين فيها توافر عدد معين من سنوات الخبرة أو الأقدمية في المرشحين لها.¹ وتطبيقًا لهذه التعديلات، فقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي في حكم له عام ٢٠١٠ إلى إلغاء نتيجة إحدى مسابقات التوظيف التي عقدها المركز الوطني للبحث العلمي Le Centre National de la Recherche Scientifique للتعين في وظيفة مدير للبحث العلمي من الدرجة الثانية، بسبب استبعاد القائمين على المسابقة لإحدى المرشحات البالغ عمرها اثنان وستون عامًا ميلاديًا، وذلك لما ينطوي عليه هذا القرار من تمييز ضدها على أساس السن بالمخالفة للقانون.^٢

وإذا كان التطور التشريعي والقضائي السالف قد انتهى إلى تقييد سلطة الجهات الحكومية في اشتراط حدٍ أقصى للسن القانونية للتعين بالوظائف العامة، فقد كان لذوي الإعاقة، حتى قبل هذا التطور، وضع خاص بالنسبة لهذه النوعية من الشروط المتطلبة لشغل الوظائف العامة، حيث حرص

¹ *Ibid.* art. 6 « Aucune distinction, directe ou indirecte, ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison de leurs opinions politiques, syndicales, philosophiques ou religieuses, de leur origine, de leur orientation sexuelle ou identité de genre, de leur âge, de leur patronyme, de leur situation de famille, de leur état de santé, de leur apparence physique, de leur handicap ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race.... De même, des conditions d'âge peuvent être fixées, d'une part, pour le recrutement des fonctionnaires dans les corps, cadres d'emplois ou emplois conduisant à des emplois classés dans la catégorie active au sens de l'article L. 24 du code des pensions civiles et militaires de retraite, d'autre part, pour la carrière des fonctionnaires lorsqu'elles résultent des exigences professionnelles, justifiées par l'expérience ou l'ancienneté, requises par les missions qu'ils sont destinés à assurer dans leur corps, cadre d'emplois ou emploi. »

² Conseil d'État, 4ème et 5ème sous-sections réunies, 07/07/2010, 322636

المشروع الفرنسي على تضمين قوانين التوظيف بالوظائف العامة بالدولة وكذلك الوظائف العامة بالقطاع الإقليمي والقطاع الصحي لنصوص صريحة تقضي باستثناء ذوي الإعاقة من الشروط المتعلقة بالحد الأقصى للسنة القانونية اللازمة للتعين في بعض الوظائف العامة.¹

ويمثل الاستثناء السالف الصورة الثالثة من تدابير التمييز الموضوعي التي أقرت بها المشروع الفرنسي لذوي الإعاقة في مجال التعيين بالوظائف العامة، حيث تأتي هذه الصورة من صور التمييز الموضوعي في إطار سعي المشروع الفرنسي لتيسير انخراط ذوي الإعاقة في الوظائف العامة، إذ أصبح لذوي الإعاقة بموجب هذا الاستثناء كامل الحق في دخول مسابقات التعيين بالوظائف العامة بالدولة أو القطاع الإقليمي أو القطاع الصحي أو الالتحاق بهذه الوظائف بواسطة الأسلوب التعاقدية دون التقيد بالحدود العمرية القصوى التي قد تتطلبها الجهات الحكومية للتعين بوظائفها.²

¹ La loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat art. 5; La loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, art. 35 ; La loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière, art. 27 . « Les limites d'âge supérieures fixées pour l'accès aux grades et emplois publics régis par les dispositions du présent chapitre ne sont pas opposables aux personnes mentionnées aux 1°, 2°, 3°, 4°, 9°, 10° et 11° de l'article L. 5212-13 du code du travail. (ensemble des bénéficiaires de l'obligation d'emploi...

II- Les personnes mentionnées aux 1°, 2°, 3°, 4°, 9°, 10° et 11° de l'article L. 5212-13 du code du travail peuvent être recrutées en qualité d'agent contractuel dans les emplois de catégories A, B et C pendant une période correspondant à la durée de stage prévue par le statut particulier du corps dans lequel elles ont vocation à être titularisées. Le contrat est renouvelable, pour une durée qui ne peut excéder la durée initiale du contrat. »

² Ministère de la Fonction Publique, L'insertion Professionnel des Personnes Handicapées dans la Fonction Publique, Cadres Légaux

الخاتمة

عينا في هذه الدراسة ببيان أهم الآليات القانونية اللازمة لكفالة حق ذوي الإعاقة في تولي الوظائف العامة على قدم المساواة مع غيرهم من الأفراد.

فعرضنا في الفصل الأول من هذه الدراسة للتطور الذي شهده تعريف مفهوم الإعاقة وتأرجحه بين النموذجين الطبي والاجتماعي، ولآثار كل من هذين النموذجين على التنظيمات القانونية المعنية بأوضاع ذوي الإعاقة وكفالة حقوقهم وحررياتهم، ثم تناولنا بعد ذلك لمفهوم الإعاقة في النظامين القانونين المصري والفرنسي، وتأثير المفاهيم التي اعتنقها كل منهما على السياسات التشريعية في التعامل مع ذوي الإعاقة، وأخيراً للتطورات التي شهدتها القانون الدولي في مجال تحديد مفهوم الإعاقة.

أما الفصل الثاني، فتناولنا فيه لمضمون حق ذوي الإعاقة في المساواة أمام الوظائف العامة، حيث بينا بدايةً مضمون كل من المساواة القانونية والمساواة الفعلية أمام الوظائف العامة، ثم عرضنا بعد ذلك للتحوّل الذي شهده مضمون مبدأ المساواة لذوي الإعاقة أمام الوظائف العامة وتحوّله من المساواة القانونية إلى المساواة الفعلية، ثم تناولنا الأساس الدستوري والقانوني لحق ذوي الإعاقة في المساواة أمام الوظائف العامة في القانون المقارن والقانون الدولي، وأخيراً عرضنا لأهم الآليات التي اعتمدها القانون المقارن لكفالة المساواة الفعلية بين ذوي الإعاقة وغيرهم من المواطنين في التعيين أمام الوظائف العامة.

أما الفصل الثالث، فتناولنا فيه حق ذوي الإعاقة في التمييز الموضوعي في مجال التعيين بالوظائف العامة، حيث عرضنا في البداية لمضمون التمييز

الموضوعي، وأهم المبررات التي قيل بها في تبريره، وكذلك لأوجه الشبهة والاختلاف بينه وبين الترتيبات التيسيرية المعقولة، ثم تناولنا بعد ذلك الأساس الدستوري والقانوني لحق ذوي الإعاقة في التمييز الموضوعي في مجال التعيين بالوظائف العامة في القانون المقارن والقانون الدولي، وأخيراً تناولنا لأهم صور التمييز الموضوعي التي اعترف بها القانون المقارن لذوي الإعاقة في التعيين بالوظائف العامة.

وقد أصبحنا بعد الانتهاء من هذه الدراسة على قناعة تامة، ويقين خالص، بأنه لا سبيل لكفالة حقوق ذوي الإعاقة في تولي الوظائف العامة بالدولة واقعيًا وعمليًا إلا من خلال اعتماد الأنظمة القانونية لسياسات تشريعية، تقوم في جوهرها على تحقيق المساواة الفعلية بين ذوي الإعاقة وغيرهم من المواطنين من ناحية أولى، وعدم التمييز ضدهم بسبب عجزهم من ناحية ثانية.

وتحقيق ذلك لا يرتبط لزومًا بالاعتراف لذوي الإعاقة بالحق في الحصول على تدابير التمييز الموضوعي، وإنما يقتضي - على نحو ما بينا - العمل على إزالة ما يواجهه المعوقون من عوائق اجتماعية تتعلق بموقف المجتمع إجمالاً من ذوي الإعاقة ونظرته السلبية إليهم من ناحية، وعوائق بيئية تتعلق بعدم تمهيد البيئات المحيطة بهم لاستقبالهم من ناحية أخرى. ولا سبيل لمواجهة هذه العوائق إلا بالاعتراف لذوي الإعاقة بالحق في الحصول على الترتيبات التيسيرية المعقولة نظرًا لاتصالها الوثيق بمتطلباتهم الخاصة وارتباطها اللصيق بأوضاعهم الاستثنائية، إذ يعد الاعتراف بها الضمان الوحيد لتحقيق المساواة الحقيقية لذوي الإعاقة بغيرهم من المواطنين أمام الوظائف العامة.

على أن ما تقدم لا يعني على الإطلاق التقليل من أهمية تدابير التمييز الموضوعي بمختلف صورها، ولو باعتبارها على الأقل حلول وقتية، وذلك

لما لها من آثار إيجابية وفعالة في كفالة تمتعهم بحقوقهم في التعيين بالوظائف العامة، والقضاء على ظاهرة التمثيل المنخفض لهم في الواقع العملي بالوظائف العامة.

وأتساقاً مع قناعتنا، فقد خصنا من خلال هذه الدراسة إلى عدد من النتائج والتوصيات اللازمة لكفالة حق ذوي الإعاقة في تولي الوظائف العامة على قدم المساواة مع غيرهم من المواطنين، والتي يمكن إيجازها فيما يلي:

نتائج البحث والتوصيات

- ضرورة عدول التشريعات الوطنية لذوي الإعاقة عن النموذج الطبي في تعريف الإعاقة والأخذ بالنموذج الاجتماعي بدلاً منه، بحسبان أن هذا الأخير لا يقصر مفهوم الإعاقة على حالة العجز أو القصور التي يعاني منها المعوق فحسب، بل يمتد ليشمل، فضلاً عن ذلك، الحواجز البيئية والعادات الاجتماعية التي تحرم المعوقين أو تنتقص من قدراتهم على المشاركة الكاملة والمتساوية في الحياة العادية.
- إن اعتماد بعض التشريعات الوطنية للمفهوم الاجتماعي للإعاقة كان له بالغ الأثر في التحول في السياسات الوطنية في التعامل مع ذوي الإعاقة، حيث كان من شأنه؛
 - تسليط الضوء على القدرات والطاقت والملاكات الكامنة في أشخاص ذوي الإعاقة، والعمل على استغلالها بهدف إدماجهم بفاعلية في مجتمعاتهم.
 - تعزيز ثقة المعوقين بأنفسهم وتشجيع مشاركتهم في المجالات المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية.
 - تغيير نظرة المجتمع السلبية تجاه ذوي الإعاقة.
 - تكريس وتعزيز حقوق ذوي الإعاقة وحررياتهم الأساسية على قدم المساواة مع غيرهم من المواطنين.

- العدول عن الحلول التقليدية التي تبناها الاتجاه الطبي في التعامل مع ظاهرة الإعاقة، والتركيز عوضاً عن ذلك على إزالة العوائق البيئية والاجتماعية التي تحول دون مشاركة ذوي الإعاقة على نحو فعال في المجتمع، وعلى قدم المساواة مع غيرهم من المواطنين.
- حظر النص في تشريعات التوظيف الوطنية على أي صورة من صور التمييز ضد ذوي الإعاقة.
- ضرورة اعتماد التشريعات الوطنية لمبدأ المساواة الفعلية بين ذوي الإعاقة وغيرهم من المواطنين أمام الوظائف العامة وذلك من خلال تحقيق أمرين أساسيين، وهما؛
- ضرورة المغايرة في المعاملة بين ذوي الإعاقة وغيرهم من المواطنين بسبب اختلاف مراكزهما القانونية.
- ضرورة مراعاة هذه المعاملة المغايرة للاحتياجات أو المتطلبات الخاصة بذوي الإعاقة، وذلك من خلال الاعتراف لهم بالحق في الحصول على الترتيبات التيسيرية المعقولة.
- تعزيز مفهوم الترتيبات التيسيرية المعقولة واعتماده في الخطط والاستراتيجيات الخاصة بالوزارات المختلفة.
- أن يتم تقدير الصلاحية الوظيفية لذوي الإعاقة عند ترشحهم للعمل بالوظيفة العامة في ضوء الوسائل الممكنة للحد من الآثار السلبية للإعاقة.
- ضرورة الاعتراف لذوي الإعاقة بالحق في الحصول على التدابير الملائمة خلال مسابقات التوظيف بالوظائف العامة.
- ضرورة الاعتراف لذوي الإعاقة بالحق في الحصول على التدابير الملائمة أثناء العمل الوظيفي، والتي من أهمها التدابير المتعلقة بتهيئة

بيئة العمل، والتدابير المتعلقة بتهيئة الوظائف التي يشغلها ذوي الإعاقة، والتدابير المتعلقة بإعادة التعيين الوظيفي، والتدابير المتعلقة بتهيئة أوقات العمل الوظيفية.

- ضرورة التطبيق الفعلي لتدابير التمييز الموضوعي التي تقرها التشريعات الوطنية، ولو كحل وقتي لضمان تمثيل ذوي الإعاقة في الوظائف العامة على نحو يتناسب مع أعدادهم في الواقع العملي.
- العمل على زيادة النسبة الإلزامية المخصصة لذوي الإعاقة من إجمالي عدد الوظائف في الجهات الحكومية المخاطبة بأحكام تشريعات ذوي الإعاقة.
- ضرورة تضمين تشريعات التوظيف أو التشريعات المعنية بذوي الإعاقة لجزاءات فعالة يتم توقيعتها على الجهات الحكومية بشكل دوري حال عدم استيفائها للنسبة الإلزامية المنصوص عليها في القانون، وذلك على غرار الجزاء الذي أورده القانون الفرنسي رقم ٢٠٠٥-١٠٢ والخاص بالمساواة في الحقوق والفرص والمشاركة والمواطنة لأشخاص ذوي الإعاقة.
- اعتماد الأسلوب التعاقدية الذي أخذت به تشريعات التوظيف الفرنسية لتعينهم بالوظائف العامة، إلى جانب أسلوب المسابقات في الوظائف التي يشترط للتعين بها تجاوز المسابقة، وذلك لتيسير التحاقهم بهذه الوظائف وضمان تمثيلهم فيها في حدود النسب التي أقرتها التشريعات الوطنية.

تم بحمد الله وتوفيقه

مراجع باللغة العربية

- دكتور أحمد سيد أحمد محمود، الحماية الإجرائية للمعوقين في القضية: نحو عدالة اجتماعية إجرائية في التقاضي والتنفيذ، دار النهضة العربية، ٢٠١٦.
- دكتور أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، الطبعة الثانية، دار الشروق، ٢٠٠٠.
- دكتور إسماعيل البدوي، مبدأ المساواة في النظم المعاصرة، مجلة مصر المعاصرة، ١٩٨١.
- دكتور أنس جعفر، الوظيفة العامة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧.
- دكتور أنور أحمد رسلان، الوظيفة العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥.
- دكتور حسام فرحات، الحماية الدستورية للحق في المساواة، (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ٢٠٠٤.
- دكتورة رشا جواد جمعة، مبدأ المساواة في تولي الوظائف العامة ضمن تطبيقات القضاء الإداري، مجلة القانون، كلية الحقوق - الجامعة المستنصرية، العراق، ٢٠٠١.
- دكتورة سميحة لعقابي بشير الشريف، المساواة في تقلد الوظيفة العامة - المظاهر والضمانات، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٤.
- دكتور شحاته أبو زيد شحاته دياب، مبدأ المساواة في الدساتير العربية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، ٢٠٠٣.
- دكتور شمس الدين بشير الشريف، الجدارة في تقلد الوظيفة العامة بين النظرية والتطبيق، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، ٢٠١٤.

- دكتور صالح سويلم الشرفات، دراسة تحليلية للاتفاقية الدولية لحقوق ذوي الإعاقة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية الإنسانية، الجزائر (٢٠١٥).
- دكتور عبد الحميد متولي، الحريات العامة نظرات في تطورها وضماناتها ومستقبلها، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٧٤.
- المستشار الدكتور عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مركز رينيه - جان دبوي للقانون والتنمية، ٢٠٠٣.
- دكتور محمد باهي أبو يونس، الاختيار على أساس الصلاحية للوظيفة العامة في النظام الإداري الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، ١٩٩٩.
- دكتور محمد عبد الرحمن الدسوقي، شغل الوظيفة العامة في ضوء المتغيرات المعاصرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩.
- دكتور محمود سامي جمال الدين، التنظيم الإداري للوظيفة العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، ١٩٩٠.
- دكتور مصطفى أبو زيد فهمي، الوسيط في القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، ٢٠٠٥.
- دكتور مهند نوح ودكتور ياسر الحويش، الحريات العامة وحقوق الإنسان، الجامعة الافتراضية السورية، دمشق، ٢٠٠٩.
- موايسي بوعلام، حماية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة في القانون الدولي لحقوق الإنسان، مجلة الفقه والقانون، المغرب، ٢٠١٤.

مراجع باللغة الإنجليزية

- Aaron A Dhir, Human Rights Treaty Drafting Through the Lens of Mental Disability: the Proposed International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities, 41 Stan. J. Int'l L. 181 (2005).
- Amy Raub, Isabel Latz, Aleta Sprague, Michael Ashely and Jody Heymann, Constitutional Rights of Persons with Disabilities: an Analysis of 193 Constitutions, 29 Harv. Hum. Rts. J. 203 (2016).
- Ana Elena Abello Jimenez, Criminalizing Disability: The Urgent Need of a New Reading of the European Convention on Human Rights, 30 Am. U. Int'l L. Rev. 285 (2015).
- Arlene S. Kanter,
 - The Law: What's Disability Studies Got to do with it or An Introduction to Disability Legal Studies, 42 Colum. Hum. Rts. L. Rev. 403 (2011).
 - The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and Its Implications for the Rights of Elderly People under International Law, 25 Ga. St. U. L. Rev. 527 (2009).
- Camilla Parker & Luke Clements, the UN Convention on the Rights of Persons With Disabilities: A New Right to independent living?, E.H.R.L.R.2008, 4, 508-523.
- Charles Manga Fombad, the Constitutional Protection against discrimination in Botswana, I.C.L.Q. 2004, 53(1), 139-170 (2004).
- Fay Faraday, Access to Social programs,: Substantive Equality under the Charter of Rights, 21 Nat'l J. Const. L. 111 (2006).
- Karon Monaghan, Constitutionalizing Equality : New Horizons, E.H.R.L.R. 2008, 1, 20-43.

- Kenneth Davis, *Undo Hardship : An Argument for Affirmative Action as a Mandatory Remedy in Systematic Racial Discrimination Cases*, 107 *Dick. L. Rev.* 503 (2003).
- Janet E. Lord, David Suozzi and Allyn L. Taylor, *Lessons from the Experience of U.N. Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Addressing the Democratic Deficit in Global Health Governance*, 38 *J.L. Med. & Ethics* 564 (2010).
- Marcia H Rihoux, Lee Ann Bassler & Melinda Jones, eds, *Critical Perspective on Human Rights and Disability law*, Boston, Martinus Nijhoff Publishers (2011).
- Mark C. Weber, *Disability Rights, Welfare Law*, 32 *Cardozo L. Rev.* 2483, 109 (2011).
- M. David Lepofsky, "The Canadian Judicial Approach to Equality Rights: Freedom Ride or Rollercoaster?"(1992) 1 *N.J.C.L.* 315.
- Nurul Izza Idris, *Rethinking the Value of Preferential Treatment*, *UCL Juris. Rev.* 2009, 15, 45-71.
- Peter Blanck, "The Right to Live in the World": *Disability Yesterday, Today, and Tomorrow*, 13 *Tex. J. C.L. & C.R.* 367 (2008).
- Rachel Heather Hinckley, *Evading Promises: the Promise of Equality under U.S. Disability Law and How the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities Can Help*, 39 *Ga. J. Int'l & Comp. L.* 185 (2010).
- Ravi Malhotra, *The United Nations Convention on the Rights of Persons With Disabilities in Canadian and American Jurisprudence*, 32 *Windsor Y.B. Access to Just.* 1, 2 (2015).
- Samuel Bagenstos, *Subordination, Stigma, and Disability*, 86 *Va. L. Rev.* 397, 457-58, 2000.

- Theresia Degener, Disabled Persons and Human Rights: The Legal Framework, in Human Rights and Disabled Persons: Essays and Relevant Human Rights Instruments 13 (Theresia Degener & Yolán Koster-Dreese eds., 1995).

مراجع باللغة الفرنسية:

- Augustine Boujeka, Égalité de traitement et handicap : à propos de la proposition de directive européenne du 2 juillet 2008, RDSS 2009, P.92
- Code de travail français
- D. lochak, Mutation des droits de l'homme et mutation du droit, RIEJ 1984, n. 13
- D. Sabbagh, « les politiques de discrimination positives et la théorie de la justice de John Rawls », Droits Revue Française de théorie juridique 1999, vol. 29, p. 177-194.
- D. Tharaud et V. Van Der Plancke, « Imposer des "discriminations positives" dans l'emploi : vers un conflit de dignités ? », in S. Gaboriau et H. Pauliat (dir.) « *Justice, éthique et dignité* », Limoges, PULIM, 2006
- Daniel Sabbagh, « les politiques de discrimination positives et la théorie de la justice de John Rawls », Droits Revue Française de théorie juridique 1999, vol. 29, p. 177-194
- Daniel Sabbagh, les politiques de discrimination positive et la théorie de la justice de John Rawls, Droits. Revue française de théorie juridique 1999, vol. 29, p. 177.
- Delphine Tharaud et Véronique Van Der Plancke, « Imposer des « discriminations positives » dans l'emploi : vers un conflit de dignités ? », dans « *Justice, éthique et dignité* » (dir. S. Gaboriau et H. Pauliat), Limoges, PULIM, 2006, pp. 177-240.

- Didier Jean-Pierre, Recrutement des handicapés dans la fonction Publique: de nouveaux moyens, La semaine Juridique Administration et Collectivités territoriales n. 10, 7 Mars 2005, 1122.
- É. Alfandari, Réflexions sur l'absence de définition juridique du handicap, RDSS, N.2, 1985
- F. Kessler, L'autonomie des personnes handicapées dans la loi du 11 février 2005, RDSS 2005
- Fontier, Travailleur handicapé * Fonctionnaire stagiaire * Concours de la fonction publique * Absence de prise en compte du handicap * Droit à compensation, Op. Cit., p.174, p. 1. : Voir aussi, V. Desgardin Emploi et développement durable : place des travailleurs handicapés, Rép. min. n° 52227, JOAN Q 6 oct. 2009.
- Francis Kessler, L'autonomie des personnes handicapées dans la loi du 11 février 2005, RDSS 2005 P. 382; V. Desgardin Emploi et développement durable : place des travailleurs handicapés, Rép. min. n° 52227, JOAN Q 6 oct. 2009.
- Georges khairallh, « le Raisonnable en droit français – développements récents » RTD civ. 1984, p. 455.
- Gilles Péllissier, Le Principe d'égalité en. Droit public, L. G. D. J, Paris, 1996.
- Gilles Péllissier, Le Principe d'égalité en. Droit public, L. G. D. J, Paris, 1996
- H. Rihal, L'insertion des personnes handicapées dans la fonction publique après la loi du 11 février 2005, RD55 2005
- Hervé Rihal, Concours et personnes handicapées : la reconnaissance d'un droit à l'aide, Note sous CE 18 novembre 2009, M. Wright, n° 318565, RDSS 2010, 349.
- Hervé Rihal, L'insertion des personnes handicapées dans la fonction publique après la loi du 11 février 2005, RDSS, 2005 P. 394.

- Hervé Rihal, La conceptualisation du handicap en droit français : l'aptitude à l'emploi à la lumière de la jurisprudence administrative, RDSS 2011, p. 816;
- J. Chevalier, Réflexions conclusives sur « handicap et aptitude à l'emploi », RDSS, 2011
- J.-F. Spitz, Rousseau et la tradition révolutionnaire française: Une énigme pour les républicains, Les Études philosophiques, No. 4, Rousseau et les républicanismes modernes (Octobre 2007), Presses Universitaires de France, pp. 445-461, 445
- Jean-Fabien Spitz, ROUSSEAU ET LA TRADITION RÉVOLUTIONNAIRE FRANÇAISE: UNE ÉNIGME POUR LES RÉPUBLICAINS, Les Études philosophiques, No. 4, Rousseau et les républicanismes modernes (Octobre 2007), Presses Universitaires de France.
- Joel Mekhantar, La lutte contre les discriminations en matière d'accès aux emplois publique, AJFP 2011
- Jose Woehrling, “ L'obligation d'accommodement Raisonnable et L'adaptation de la Société a la Diversité Religieuse”, Revue de droit de Mc Gill, vol. 3 1998, p.328.
- L. Joly, « L'emploi des personnes handicapées entre discriminations et Egalité », Nouvelle Bibliothèques de thèses, volume 147, 2015.
- Les Grandes Décisions des Cours Constitutionnelles européennes, Dalloz, (2008). P.228
- Michelle de Villiers, Dictionnaire de droit constitutionnel, A. Colin, Paris, 1999.
- Morgan Sweeney, Les actions positives à l'épreuve des règles de non-discrimination, Revue de droit du travail, 2012, p. 87.
- Morgan Sweeney, Les actions positives à l'épreuve des règles de non-discrimination, Revue de droit du travail, 2012, p. 87.

- N. Amrous, M. Barhoumi, « Emploi et Chômage des personnes handicapées », Synthèses stat', DARES, N. 1, NPOV. 2012, P.19-20.
- Nurul Izza Idris, Rethinking the Value of Preferential Treatment, UCL Juris. Rev. 2009, 15, 45-71, p. 55.
- O. Jouanjan, Le Principe D'égalité devant la loi en droit allemand, préface M. Fromont, Paris, Economica, 1992
- Olivia Bui-Xuan, le droit public français entre universalisme et différencialisme, Economica, coll. « Corpus/Essais », 2004.
- P. Bloch, C. Duvert et N. Sauphanor-Brouillaud (dir.), Différenciation et Indifférenciation des personnes dans le Code Civile, Economica, Coll. « Etudes juridiques », 2006
- P. Gilbert, les classifications dans le domaine de handicap, centre de ressources en SMS d'Ile de France, Colloque Handicap et enjeux de société, janv. 2006
- P. Risselin, « Vingt ans de politiques sociales du handicap dans le cadre de la loi d'orientation du 30 juin 1975 : bilan et perspective), RFAS 1998/1
- P. Risselin, Vingt ans de Politiques sociales du handicap dans le cadre de la loi d'orientation du 30 Juin 1975 : Bilan et perspectives », RFAS 1998/1.
- Ph. Didier-Courbin et Pascale Gilbert, La politique en faveur des personnes handicapées en France trouve ses racines dans l'histoire, RF Aff. Soc, 2005
- Ph. Pédrot, Handicap, aptitude à l'emploi et vulnérabilité, RDSS, 2011.
- Quinn & Degener, « Les personnes sont le principe et la fin du droit ». Portalis. J.E.M. Portalis, Discours préliminaire au Code Civile (an IX)
- S. Ebersold, l'invention du handicap : la normalisation de l'infirme, éd. CTNERHI, PUF, 1992

- S. Milano, Conception et définitions du handicap, RDSS (2015)
- Sophie Fantoni-Quinton, Les contours de l'obligation de reclassement des agents publics pour inaptitude médicale : un élément de gestion des ressources humaines, AJFP 2015 p.78

تقارير و مصادر رقمية:

- ASSEMBLÉE NATIONALE, Rapport fait au nom de la Commission des Lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur la proposition de la Loi (N° 1137) tendant à supprimer les limites d'âge pour les concours de la fonction publique, http://www.assemblee-nationale.fr/12/rapports/r1517.asp#P110_8317
- Ministère de la Fonction Publique, L'insertion Professionnel des Personnes Handicapées dans la Fonction Publique, Cadres Légaux et éléments Statistiques, DGAFP, Décembre 2006, P. 9-10. http://www.handipole.org/IMG/pdf/insertion_fonction_publique.pdf
- Conseil d'Etat, Rapport Public 1996, Considérations générales : sur le principe d'égalité, la documentation française, 1997

مبدأ الوقاية
مساهمة في دراسة الإشكاليات المرتبطة بحماية البيئة

دكتور

أيمن فتحي محمد محمد عفيفي

مدرس القانون العام

كلية الحقوق-جامعة الإسكندرية

دكتوراه في القانون العام

كلية الحقوق-جامعة بوردو فرنسا

قائمة بالإختصارات بالفرنسية

AJDA.	L'actualité juridique, Droit administratif
Bibl.	Bibliothèque
CC.	Le Conseil constitutionnel
CCC.	Les Cahiers du Conseil constitutionnel
CE.	Le Conseil d'État
CE, Ass.	Le Conseil d'État, Assemblée générale
Chron.	Chronique
CEDH.	La Cour européenne des droits de
l'homme	
CJCE.	La Cour de justice des Communautés
	européenne
CJUE.	La Cour de justice de l'Union
européenne	
Coll.	Collection
Concl.	Conclusions
DDHC.	La Déclaration des droits de l'homme et
de citoyen	
Ed.	édition
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
JO.	Le Journal officiel
L.G.D.J.	Librairie Générale de Droit et de
Jurisprudence	
NCCC.	Les Nouveaux Cahiers du Conseil
constitutionnel	
Obs.	Observation
op. cit.	Dans l'ouvrage précité
p.	Page
Petites Affiches.	Les petites affiches
P.U.F.	Presses Universitaires de Franc Req.
Requête	
QPC.	La Question prioritaire de
constitutionnalité	
Rec. CC.	Recueil des décisions du Conseil
constitutionnel	
Rec. CE.	Recueil des arrêts du Conseil d'État
RDP.	La Revue du droit public et de la science
	politique en France et à l'étranger

RFDA.	La Revue française de droit administratif
RFDC.	La Revue française de droit
constitutionnel	
RIDC.	La Revue internationale de droit
compare	
RJE.	Revue juridique de l'environnement
s.	suitant
tom.	Tome
vol.	Volume

مقدمة :

١- عن قانون حماية البيئة وأهم الإشكاليات المرتبطة بدراسة مبادئه الأساسية. يعد موضوع حماية البيئة من أكثر الموضوعات التي تشغل الرأي العام العالمي. فشئون البيئة، وشجونها، تشكل القاسم المشترك الأعظم لسكان كوكب الأرض: موطن البشرية. فالتلوث يضرب بآثاره المدمرة جميع دول العالم، وهو لا يعرف حدوداً طبيعية أو دولية. وينتشر كالوباء الفتاك بسرعة خرافية، وهو ما يتطلب تحرك جماعي سريع لمواجهة؛ فالتلوث أسمى يشكل خطر داهماً على استمرار الجنس البشري على كوكب الأرض، وأصبح يشكل انتهاكاً لحق كل إنسان في الحياة في بيئة صحية تراعي مقتضيات آدميته.

ومن أجل ذلك، فليس من المستغرب أن يشكل موضوع مكافحة التلوث وحماية البيئة أحد أهم موضوعات القانون، بشتى فروعه: الدولي بفرعيه العام والأقليمي، والقوانين الداخلية.

فمن ناحية القانون الدولي، نجد أن المنظمات الدولية، كل منها في نطاق نشاطه، تقوم بنشاط ملحوظ في سبيل استنهاض همم دول العالم وتوحيدها، وذلك على الرغم من اختلاف أيدلوجياتها وثقافتها ودرجة نموها، من أجل هدف واحد: حماية البيئة والحد من التلوث. ويتجلى نشاط هذه المنظمات من خلال الاتفاقيات التي تبرم تحت رعايتها، وفي الإعلانات الصادرة عنها، وفي المؤتمرات التي تنظمها.

وهو ما أسهم في ظهور قانون دولي للبيئة، يتكون من مجموعة القواعد القانونية الدولية التي تتخذ من حماية البيئة غرضاً لها، سواء على مستوى القانون الدولي العام، أو حتى على مستوى القانون الدولي الأقليمي. ويعد القانون الأوروبي للبيئة، الذي يدين بالفضل الأول في وجوده وتطوره للاتحاد الأوروبي، من أبرز القوانين الدولية الإقليمية التي تهتم بحماية البيئة ومكافحة

التلوث. ومن المعلوم أن أحد أهم المخاور التي تقوم عليها سياسية الاتحاد الأوروبي هي حماية البيئة.

ومن ناحية القوانين الداخلية، فإن معظم دول العالم أصبحت تركز على حماية البيئة ومكافحة التلوث، عن طريق تشريعات داخلية متخصصة، تقوم الدولة بتجميعها في تقنين واحد، يسمى بتقنين حماية البيئة.

فابتداءً من السبعينيات بدأ، رويداً رويداً، يتبلور فرع قانوني جديد، يتشكل من مجموعة من القواعد القانونية التي تتخذ من حماية البيئة موضوعاً لها. ويعني هذا الفرع بصفة أساسية بحماية المناطق والمناظر الطبيعية، لاسيما التي لم تمتد لها يد الإنسان بالتخريب بعد، وبالحفاظ على التنوع الحيوي وذلك من خلال المحافظة على الأنواع الحيوانية والنباتية المختلفة الباقية، والحفاظ على التوازن البيولوجي، والعمل على حماية موارد الثروات الطبيعية ضد الاستغلال السيئ. ويضاف إلى الأبعاد السابقة، التي تستهدف في مجملها وقف تدهور البيئة والعمل على حسن إدارتها، بعد آخر يتعلق بتطوير البيئة وذلك عن طريق إستعادة وترميم ما تم تدميره منها، كلما أمكن ذلك.

وهكذا، أصبح قانون حماية البيئة ينظر إليه على أنه من الفروع القانونية الجديدة الواعدة، التي يعلق عليها مواطني الدول المتقدمة آمالاً كبيرة.

ويتميز هذا الفرع القانوني بعدد من الخصائص التي تميزه عن غيره من فروع القانون الأخرى. فهذا الفرع يتميز أولاً بأنه يتقاطع مع العديد من الفروع القانونية الأخرى. فهذا القانون لا يعرف الحدود التقليدية بين العام والخاص، ولا حتى الدولي والوطني. فهو يتغلغل في القانون الدولي بفرعيه العام والإقليمي، والقوانين الداخلية، بفروعها المختلفة، العام: دستوري، إداري، جنائي، مالي، والخاص: مدني أو تجاري. وهو ما يثير إشكالية حول تصنيفه.

كما أن هذا الفرع القانوني يتميز ثانياً بطابع تقني، نابع بصفة أساسية من إرتباطه بالعلوم التجريبية، وهو ما يضيف عليه لمحة من التعقيد.

كما أن هذا الفرع القانوني الحديث يتميز ثالثاً بالتطور السريع؛ فهو من ناحية يتطور بتطور العلوم التجريبية، وهذه الأخيرة تشهد ثورة كبيرة. ومن ناحية أخرى، فهو يتطور بتطور المجتمعات الإنسانية، وينمو بنمو وعيها، ويرتقي برقي ثقافتها، لاسيما ثقافة حقوق الإنسان.

ولذلك فليس من المستغرب أن تغزو المبادئ التي يقوم عليها هذا الفرع القانوني، القانون الدستوري، وترتقي بعض مبادئه، التي يمكن أن يستخلص منها حقوق وحرريات، إلى مرتبة الحقوق والحرريات المكرسة دستورياً. هذا، فضلاً عن تكريسها بمقتضى المعاهدات الدولية التي تتخذ من الحقوق الأساسية للإنسان موضوعاً لها. وهو ما أسهم في إثراء موضوع الحقوق والحرريات الأساسية، لاسيما ما يطلق عليه حقوق وحرريات الجيل الثالث، التي تعد الحقوق والحرريات البيئية أحد أبرز موضوعات البحث فيها.

وبصفة عامة، يمكن القول أن حماية البيئة، سواء في القانون الدولي أو القوانين الداخلية، تتمحور حول عدد من المبادئ الأساسية، التي تمثل رافداً للدول المختلفة في سياستها البيئية، والتي تترجمها التشريعات البيئية. ولعل من أبرز المبادئ التي يدور حولها قانون حماية البيئة، هي مبادئ: الوقاية، والاحتياط، والمسئولية البيئية، والتنمية المستدامة، والمشاركة.

والمبادئ السابقة لا يمكن النظر إليها من وجهة نظر القانون الدولي باستقلال عن القانون الداخلي. والعكس صحيح، فلا يمكن النظر إلي هذه المبادئ من وجهة نظر القانون الداخلي باستقلال عن القانون الدولي. فهذه المبادئ ظهرت أولاً في القانون الدولي، ثم انتقلت إلى القوانين الداخلية كنتيجة أساسية لالتزام الدول النابع من القانون الدولي بوضعها موضع التطبيق. فإذا نظرنا لهذه المبادئ من وجهة نظر القانون الدولي فقط، فسند

أنها في الأغلب من الأحوال، مبادئ شديدة العموم على نحو يسم مضمونها بالغموض. أو بعبارة أخرى، خطوطاً ضبابية غير واضحة. وإذا نظرنا إليها من وجهة نظر القوانين الداخلية وحدها، فإن الباحث يمكن أن يضيع في خضم التفاصيل والتطبيقات، التي هي في النهاية محاولة لتفعيل المبدأ المنصوص عليه في المصادر الدولية.

ولعل من أبرز الإشكاليات التي تثور عند دراسة هذه المبادئ، على اختلاف مضمونها، هي الإشكالية المتعلقة بطبيعتها القانونية. وتتبع هذه الإشكالية من صفة العموم الذي يسم مضمونها، والذي قد يصل إلى حد الغموض. وتتصف هذه الإشكالية بالتعقيد بالنظر إلى اتخاذها أبعاد متعددة، وبالنظر كذلك إلى إرتباطها بالعديد من الإشكاليات الأخرى التي قد تثور عند دراستها.

فما بين اعتبار هذه المبادئ مجرد أهداف *des objectifs*، يتعين على الدول بأجهزتها المختلفة: تشريعية وتنفيذية وقضائية، أن تسترشد بها في مباشرتها لوظائفها، وبين اعتبارها مبادئ قانونية *principes juridiques*، تفرض التزامات قانونية محددة، يتعين على الدولة وضعها موضع التطبيق، عن طريق آليات قانونية محددة، اختلفت الآراء. بل إن الآراء قد اختلفت حول مدى اعتبار المبدأ الواحد مبدأ قانوني أم مجرد توجيه استرشادي.

وهكذا، غالباً ما يثور، عند دراسة هذه المبادئ، إشكالية خاصة تتعلق بالصفة القانونية لهذه المبادئ *problème de juridicité*؛ فكما هو معلوم، فإن القاعدة القانونية، من وجهة نظر المدرسة الوضعية في القانون، هي قاعدة سلوك تتسم بالعمومية والتجريد، وتتصف بالإلزام المقترن بوجود عنصر الجزاء، وهو ما يضمن لهذه القاعدة التطبيق. ولا شك في أن عدم وضوح مضمون القاعدة يمكن أن يكون له أثر كبير على مدى الإلزام المقترن بها. وهنا تطرح الإشكالية المعروفة بالقانون الناعم *soft law*، وهي

الإشكالية المطروحة في فرنسا تحت مسمى *droit souple* ، بالمقارنة بقواعد القانون الجامد التقليدية. وذلك في إشارة لقاعدة تتخذ الشكل القانوني، أي تم سنّها وفقاً لإجراءات سن القواعد القانونية، ولكن بالنظر لعدم وضوح مضمونها، فإن الالتزامات النابعة عنها لا تحدد بدقة. ومن ثم، فإن عنصر الجزاء المترتب على مخالفتها يمكن أن يكون محل جدل.

والحقيقة أن هذه الإشكالية لا تخص قواعد قانون البيئة وحده، فقد سبق طرحها، على مستويات مختلفة، في القانون الدولي، وطرحت كذلك من قبل في مجال القانون الدستوري بصدد الحقوق الأساسية، لاسيما الاقتصادية والاجتماعية.

وفي هذه الحالة، فإن الصفة القانونية للقاعدة تحدد، إلى حد بعيد، على ضوء التطبيق القضائي لهذه القاعدة. فقد يتولى القاضي من خلال مباشرته لوظيفته في تطبيق القواعد القانونية، تفسير النص القانوني وصولاً إلى تحديد مضمون القاعدة، وهو ما من شأنه تحديد الالتزامات النابعة عنها بدقة. وبهذا يعرض القاضي جانب القصور أو النقص في صياغتها. وحالئذ، يتبدد الشك حول الصفة القانونية للقاعدة، وتتبوأ مكانها وسط قواعد النظام القانوني، ويعترف لها في هذا النظام بالنفاذ والسريان.

وعلى العكس من ذلك، فقد يظهر القاضي قبالة هذه القاعدة تردد بشأن استعمال سلطته في التفسير، لسبب أو لآخر، فيظل محتوى القاعدة مشوباً بالغموض والإبهام، وتبقى حائرة بين عالم القانون وعالم الأخلاق، ويظل التساؤل مطروحاً حول مدى قانونيتها، أو حول مدى إلزامها في مواجهة الجهات المنوط بها وضع هذه القاعدة موضع التطبيق. وفي هذه الحالة، فإن الشك حول الصفة القانونية للقاعدة، النابع بالأساس من طريقة صياغة النص الذي تستند إليه، ينعكس على الدور الذي تلعبه هذه القاعدة في المنازعات

التي تنظرها المحاكم، وعلى مدى الرقابة التي يبشرها القاضي على أساس هذه القاعدة، ومدى فاعلية هذه الرقابة في توفير الاحترام لهذه القاعدة. وهكذا، تنتقل الإشكالية من أثر وضوح مضمون القاعدة على صفتها القانونية *problème de juridicité*، إلى طريقة تطبيق القاعدة بواسطة المحاكم، والدور الذي تلعبه هذه القاعدة في المنازعات التي تنظرها *problème d'effectivité*.

وفي المقابل، فإن استعمال القاضي لسلطته في التفسير الإنشائي للنصوص القانونية يرتبط في معظم الأحوال بطرح إشكالية أخرى تتعلق بدور القاضي في النظام القانوني. وتطرح هذه الإشكالية نفسها بقوة في النظام القانوني اللاتيني، القائم على الاعتراف للمشرع: الأساسي، والعادي، والفرعي بسلطة حصرية في ابتداع القواعد القانونية، مع التسليم باختلاف طبيعة هذه السلطة ومداهما وفقاً للجهة التي تتولي سن القاعدة. في حين أن دور القاضي في هذا النظام ينحصر في تطبيق القواعد التي سنها المشرع.

وعلى كل حال، فإن قدرة قاعدة السلوك على تحقيق الأهداف التي من أجلها تم سنها، تتوقف إلى حد بعيد على طريقة تطبيقها بواسطة الأجهزة المعنية، لا سيما الجهاز القضائي. فطريقة تطبيق القاعدة القانونية بواسطة المحاكم، تعد من أهم محددات فاعلية القاعدة.

ومن ثم تنقل دراسة الإشكالية من الدور الذي تلعبه القاعدة في النظام القانوني *problème d'effectivité*، إلى فاعلية القاعدة *efficacité de la norme*، باعتبار هذا المصطلح الأخير يشير إلى قدرة القاعدة على تحقيق الأهداف التي من أجلها تم سنها. وهو ما ينتمي بصفة أساسية لمجال دراسة علم الاجتماع القانوني.

٢- إشكالية البحث: مضمون ودور مبدأ الوقاية في النظام القانوني الفرنسي. مبدأ الوقاية، كأحد المبادئ الأساسية لحماية البيئة، الذي هو

موضوع دراستنا، يجسد إلى حد بعيد خصائص قانون حماية البيئة، والإشكاليات المرتبطة بدراسة مبادئه الأساسية المطروحة على طاولة البحث عالمياً.

فمبدأ الوقاية يجسد العلاقة الوثيقة بين القانون الدولي والقانون الداخلي، ويتداخل في المجال الدستوري ومجال التشريعات العادية. فقد ظهر هذا المبدأ في البداية في القانون الدولي. وكان تطبيقه يقتصر على بعض المنازعات ذات الصبغة الدولية الناشئة عن التلوث، ولاسيما التلوث العابر للحدود. وبعد ظهور مبدأ الوقاية في القانون الدولي، اعتنقه القانون الأوروبي، لا سيما التوجيهات الصادرة عن مجلس الاتحاد الأوروبي. وتحت تأثير الاتحاد الأوروبي بصفة أساسية، اعتنقت الدول الأوروبية مبدأ الوقاية.

وتعد فرنسا من الدول الأوروبية التي لها السبق في اعتناق مبدأ الوقاية. فكانت البداية، بتأكيده بمقتضى نصوص تشريعية صريحة وواضحة في عام ١٩٩٥. ثم تحول مبدأ الوقاية لمبدأ دستوري بنكريسه بمقتضى ميثاق البيئة في عام ٢٠٠٥، وذلك مع العديد من المبادئ الأخرى التي تهدف لحماية البيئة.

ويثير دراسة مبدأ الوقاية في النظام القانوني الفرنسي العديد من الإشكاليات، التي تعكس خصوصية موضوع حماية البيئة من الناحية القانونية، سواء على صعيد المنظومة التشريعية، بمستوياتها المختلفة، أو حتى على صعيد التطبيق القضائي.

ففيما يتعلق بالإشكاليات التي يثيرها دراسة هذا المبدأ على مستوى المنظومة التشريعية، نجد أن دراسة مبدأ الوقاية في قانون حماية البيئة الفرنسي، تثير بصفة أساسية إشكاليتين. الأولى تتعلق بمدى وضوح هوية المبدأ، بالنظر إلى خلط المشرع بين مبدأ الوقاية والعديد من المبادئ الأخرى لقانون حماية البيئة. وهو ما يعد أثر من آثار صفة الحداثة التي يتصف بها

قانون حماية البيئة، لاسيما في الفترة التي تم تبني مبدأ الوقاية فيها على المستوى التشريعي. أما الإشكالية الثانية، فتتعلق بتحديد الالتزامات النابعة عنه بدقة، وأثر ذلك على الصفة الإلزامية للمبدأ. وذلك بالنظر إلى تأثير المشرع في صياغته لهذا المبدأ بأسلوب القانون المرن. وهو ما يؤدي في النهاية لطرح تساؤلات متعددة تتعلق بمدى مناسبة استخدام أسلوب القانون الناعم في صياغة العديد من نصوص قانون حماية البيئة، وجداوه، وفاعليته.

أما على المستوى الدستوري، فنجد أن مبدأ الوقاية قد تم تكريسه لاحقاً بواسطة المشرع الدستوري، مع العديد من المبادئ الأخرى في ميثاق البيئة، في صورة واجب بالوقاية. ولكن جاء النص على واجب الوقاية في الميثاق، وهذا هو حال العديد من نصوص الميثاق، في صورة مبهمه من الوجهة القانونية، يغلب على صياغتها السمة الأدبية في إشارة إلى استخدام الأسلوب الإنشائي الدعائي، وسمة العموم في إشارة إلى عدم تحديد الالتزامات النابعة عنه بدقة. وهو ما يثير إشكالية تتعلق بأثر تكريس المشرع الدستوري للمبادئ الأساسية لقانون البيئة، وفي الصدر منها واجب الوقاية.

وبصفة عامة، فقد ألفت الإشكاليات السابقة بظلالها على تطبيق واجب ومبدأ الوقاية في منازعات القانون العام، سواء بواسطة القاضي الدستوري، أو حتى بواسطة القاضي الإداري. ومن ثم يطرح تساؤل نفسه بقوة، حول مدى إسهام كل منهما في تحديد مضمون المبدأ، وفي توفير الاحترام له في مواجهة السلطات المعنية بوضعه موضع التطبيق، على نحو يكفل له دوراً فعالاً وسط قواعد النظام القانوني. وهو ما ينعكس في النهاية على تحقيق الغرض التي تم من أجله سن هذه القواعد، وهو حماية البيئة.

ومن منظور خاص، وهو منظور الحقوق والحريات، فإن دراسة التكريس الدستوري لواجب الوقاية، تمثل فرصة سانحة للتعرف على التطور الذي لحق بالهيكل الدستوري للحقوق والحريات في النظام القانوني الفرنسي،

بإضافة الحقوق والحريات البيئية له، وتحديد الإشكاليات المرتبطة بدراستها؛ فتكريس فرنسا لهذه الحقوق والحريات في صورة ميثاق دستوري للبيئة، إنما يعبر عن اتجاه عالمي تقدمي يهدف إلى إدراج الحقوق والحريات البيئية ضمن الحقوق والحريات الدستورية. وهو ما يعني أن الحقوق والحريات البيئية تتمتع بحماية دستورية، مثلها مثل الحق في الحياة، والحريّة الفردية، وحق الملكية.

هذا التكريس أدى إلى ظهور جيل ثالث من الحقوق والحريات، وهي الحقوق والحريات التي تم تكريسها في عام ٢٠٠٥، بمقتضى ميثاق البيئة. يضاف إلى الجيل الأولى الذي تم تكريسه بمقتضى وثيقة إعلان حقوق الإنسان والمواطن، التي تم تبنيها في ١٧٩١، وإليها يرجع الفضل بصفة أساسية في تكريس الحقوق والحريات الفردية. والجيل الثاني من الحقوق والحريات، والتي تم تكريسها بمقتضى ديباجة دستور ١٩٤٦، ويندرج فيها بصفة أساسية الحقوق والحريات الاقتصادية والاجتماعية.

وعلى الرغم من الاعتراف بالقيمة الدستورية للحقوق والحريات البيئية التي تضمنها ميثاق البيئة، فإن التحديد الدقيق للالتزامات التي تفرضها هذه الحقوق والحريات، هو أمر لم يكتمل بعد. كما أن الدور الذي تلعبه في النظام القانوني الفرنسي يبدو محدوداً.

ويزودنا مبدأ الوقاية في النظام القانوني الفرنسي بمثال تطبيقي لمشكلة الحقوق والحريات البيئية التي تم تكريسها بمقتضى نصوص ميثاق البيئة الفرنسي؛ فعلى الرغم من تكريس المبدأ بمقتضى نصوص تتمتع بقيمة دستورية، وبالتحديد نص المادة ٣ من ميثاق البيئة التي يعزى إليها الفضل في صياغة المبدأ في صورة واجب بالوقاية، إلا أن مضمون المبدأ ذاته والالتزامات النابعة عنه تبدو غير واضحة بالقدر الكافي. ولعل ذلك يرجع، في الظاهر، إلى عامل الصياغة الإنشائية. وهو ما يؤدي من ناحية أولى، إلى

الاعتراف للجهات المنوط بها تطبيق هذا الواجب، وفي مقدمتها المشرع والإدارة، بسلطة تقديرية واسعة في تحديد مضمون هذا الواجب ورسم أبعاده. ومن ناحية أخرى، يضعف من دور هذا الواجب في الرقابة التي يمارسها قضاء القانون العام: الدستوري والإداري، على النصوص الخاضعة لرقابته.

ولكن في المقابل فإن أصابع الفقه تتجه بالإشارة إلى ضعف الرقابة التي يجريها قضاء القانون العام، باعتبارها السبب الرئيس في هذا الدور المحدود. على اعتبار أن القاضي هو المسئول الأول عن تفسير القواعد القانونية الغامضة، في سبيل تطبيقها، وهو الذي يحدد الدور الذي تلعبه في النظام القانوني، من خلال شدة رقابته على مدى احترامها من قبل المخاطبين بأحكامها. وهو ما يسهم في النهاية في ضمان تحقيقها لأهدافها التي من أجلها تم سنها.

٣- أهمية الموضوع. أما عن اختيار مبدأ الوقاية كأحد المبادئ الأساسية لقانون حماية البيئة موضوعاً لهذا البحث، فإن ذلك يرجع لعدد من الأسباب: لعل أولها يرجع إلى مكانة مبدأ الوقاية في قانون حماية البيئة. فمبدأ الوقاية ينظر إليه على أنه خط الدفاع الأول في المنظومة الوقائية لحماية البيئة.

وقانون حماية البيئة، كفرع قانوني حديث، لم يحظ بعد بالعناية والإهتمام الكافي في مصر، ولا حتى في المنطقة العربية عموماً. وربما يرجع ذلك

لعل من أبرز المؤلفات العربية التي تناولت موضوع حماية البيئة، د. رجب محمود^١ طاجن، الإطار الدستوري للحق في البيئة، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨: د. وليد محمد الشناوي، الحماية الدستورية للحقوق البيئية، المنصورة، دار الفكر والقانون، ٢٠١٣: د. أحمد عبد الكرم سلامة، قانون حماية البيئة، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩: د. ماجد راغب الحلو، قانون حماية البيئة، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٤: قانون حماية البيئة في ضوء الشريعة الإسلامية، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٥: د. داود الباز، الأسس الدستورية لحماية البيئة من التلوث، ٢٠٠٧، أ. محمد عبد القادر الفقي، البيئة وقضاياها وحمايتها من التلوث، القاهرة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٩٩: د. سمير حامد الجمال، الحماية القانونية للبيئة، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧: د. يحيى

إلى أن الفقه القانوني العربي لم يعتد بعد على الطبيعة الخاصة لهذا الفرع القانوني، ولا على الإشكاليات التي يثيرها. وهو ما نجم عنه بطئ في نمو هذا الفرع القانوني بالمقارنة ببلدان العالم المتقدم. ويكفي أن نلقي نظرة على المكتبة القانونية العربية لنذكر أن عدد الأبحاث القانونية التي تناولت قانون حماية البيئة يعد محدود جداً، بالمقارنة بالمكتبة الغربية.

ولذلك فإن الهدف من هذا البحث يتمثل في إلقاء الضوء على فرع قانوني جديد من المنتظر أن يكون له دور كبير في النظام القانوني المصري مستقبلاً.

وثانياً: فإن البحث في هذا الفرع القانوني يمثل مناسبة لتسليط الضوء على العديد من الإشكاليات القانونية، التي تتميز بالحدثة، والتي ترتبط بهذا الفرع القانوني: مثل تطور الحقوق والحريات الأساسية، لاسيما الجيل الجديد من الحقوق والحريات الذي يطلق عليه حقوق وحريات الجيل الثالث، وفي القلب منه الحقوق والحريات البيئية. والإشكاليات المرتبطة بدراسة هذه الطائفة من الحقوق والحريات سواء على مستوى التكريس الدستوري، أو على مستوى التطبيق القضائي. وكذلك، الإشكاليات المرتبطة بصياغة النصوص القانونية على نحو من العموم، إلى الحد الذي يمكن أن يؤثر على وضوح وإلزام القاعدة القانونية التي يمكن استخلاصها من النص. وكذلك أثر هذه الصياغة من ناحية على شدة الرقابة التي يجريها القاضي. ومن ناحية أخرى على الدور الذي يمكن أن يلعبه القاضي، من خلال التطبيق القضائي، في رسم مضمون القاعدة القانونية. وأخيراً، أثر هذه الصياغة وأثر التطبيق القضائي في تحقيق الفاعلية للقاعدة القانونية.

كرم محمد علي، حماية البيئة والمحافظة عليها، بحث مقدم للمؤتمر العملي الخامس لكلية الحقوق جامعة طنطا، ٢٠١٨: د. أحمد حشيش، المفهوم القانوني للبيئة، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠١.

أما عن سبب التركيز على مبدأ الوقاية في النظام القانوني الفرنسي، فهو يرجع إلى عدد من العوامل: الأول يتمثل في التقدم الذي أحرزته فرنسا في مجال قانون حماية البيئة. فالمنظومة التشريعية لحماية البيئة أحرزت تقدماً ملحوظاً في بلدان العالم المتقدم، وفي القلب منه فرنسا. كما أن الاتحاد الأوروبي، الذي تنتمي له فرنسا بعضويتها، قد لعب دوراً كبيراً في تقريب المنظومة التشريعية لحماية البيئة في بلدان أوروبا. ومن ثم، فإن إلقاء الضوء على المنظومة التشريعية الفرنسية يساعد، إلى حد بعيد، في فهم المنظومات التشريعية للبلدان الأوروبية الأخرى.

والثاني، يتمثل في التشابه بين النظام القانوني الفرنسي والنظام القانوني المصري. فكلاهما ينتمي إلى نظام القانون اللاتيني، وكلاهما يتبنى نظام القضاء المزدوج؛ ومن ثم، فإن النتائج التي يمكن الخروج منها بهذا البحث يمكن أن تخدم من قريب النظام القانوني المصري والثالث، يتمثل في العمق الذي يتميز به الفقه الفرنسي في معالجة الإشكاليات القانونية.

٤- منهج الدراسة. سنتهج في دراستنا لمبدأ الوقاية منهج تحليلي. من خلال تقسيم دراستنا لفصلين. نتولى في الأول منهما معالجة الإشكاليات التي يثيرها مبدأ الوقاية في المنظومة التشريعية الفرنسية، سواء على مستوى تقنين حماية البيئة، باعتبار مبدأ الوقاية أحد المبادئ الأساسية التي يقوم عليها هذا التقنين، أو على المستوى الدستوري، بالنظر إلى أن واجب الوقاية يعد أحد الواجبات التي كرسها المشرع الدستوري الفرنسي في ميثاق البيئة الصادر عام ٢٠٠٥. ثم نتولى في الفصل الثاني من الدراسة، معالجة الإشكاليات المرتبطة بتطبيق واجب ومبدأ الوقاية بواسطة المجلس الدستوري ومجلس الدولة في منازعات القانون العام.

وستنقصر على دراسة مبدأ الوقاية كمبدأ عام، دون الخوض في آليات تطبيقه في القانون الفرنسي.

على أن نسبق هذه الدراسة لمبدأ الوقاية في النظام القانوني الفرنسي، بمبحث تمهيدي. نحاول من خلاله بيان ماهية مبدأ الوقاية، كأحد المبادئ الأساسية التي تقوم عليها استراتيجية حماية البيئة، سواء على مستوى القانون الدولي، أو حتى على مستوى القوانين الداخلية. والمراحل التي مر بها مبدأ الوقاية في رحلته إلى أن أصبح أحد المبادئ الأساسية لحماية البيئة. وهو ما سيكون له أهمية كبيرة في إيضاح المبدأ عند دراسته في النظام القانوني الفرنسي.

هـ- خطة البحث

مبحث تمهيدي: مبدأ الوقاية كأحد المبادئ الأساسية لقانون حماية البيئة

- المطلب الأول: ماهية مبدأ الوقاية

- المطلب الثاني: الاعتراف الدولي بمبدأ الوقاية

- الفصل الأول: مبدأ الوقاية في النظام القانوني الفرنسي

- المبحث الأول: الاعتراف التشريعي بمبدأ الوقاية

المطلب الأول: عدم وضوح الهوية

المطلب الثاني: السمة التوجيهية للالتزامات

- المبحث الثاني: التكريس الدستوري لواجب الوقاية

المطلب الأول: واجب مشوب بالغموض

المطلب الثاني: السمة التوجيهية للواجب

- الفصل الثاني: الرقابة القضائية على أساس واجب ومبدأ الوقاية

- المبحث الأول: رقابة المجلس الدستوري

المطلب الأول: إسهامات قاضي دستورية القوانين

المطلب الثاني: تقييم الإسهامات

-المبحث الثاني: رقابة مجلس الدولة الفرنسي

المطلب الأول: إسهامات مجلس الدولة من خلال رقابة

الدستورية

المطلب الثاني: إسهامات مجلس الدولة من خلال رقابة

المشروعية

الخاتمة والتوصيات

مبحث تمهيدي

مبدأ الوقاية

كأحد المبادئ الأساسية لحماية البيئة

٦- عن مبدأ الوقاية وتحوله إلى أحد المبادئ الأساسية لحماية البيئة. يجد مبدأ الوقاية أساسه النظري في مسلمة بسيطة، وهي أن الوقاية خير من العلاج. فاستباق خطر معين من المتوقع حدوثه عن طريق اتخاذ إجراءات معينة، بهدف تفادي الأضرار التي يمكن أن تتجم عن تحقق هذا الخطر، يمكن أن يؤدي، إلى حد بعيد، إلى السيطرة على هذا الخطر، وتجنب الأضرار التي يمكن أن تتجم عن تحققه. وذلك متي روعيت شروط معينة في هذه الإجراءات الوقائية. ومن هنا، اكتسبت إدارة المخاطر، باعتبارها علم يسعى إلى تحديد وتقييم المخاطر التي ترتبط بأنشطة معينة بطريقة استباقية، وإيجاد وسائل مناسبة للتعامل معها بهدف منع تحققها، أو الحد من آثارها الضارة، أهمية متزايدة في العديد من المجالات، كالمجال الاقتصادي، والاجتماعي، والطبي.

ولا يعدو أن يكون مبدأ الوقاية أحد تطبيقات هذه المسلمة في المجال البيئي. أما التطبيق الآخر فيتمثل في مبدأ الاحتياط.

وقد ظهر مبدأ الوقاية في البداية في حكم لمحكمة التحكيم الأمريكية الكندية، باعتباره أحد الالتزامات التي تفرض نفسها على الدول التي تمارس أنشطة تتميز بالخطورة البيئية على أراضيها. ثم تناولته الاتفاقيات الدولية التي تتخذ من حماية البيئة موضوعاً لها. إلى أن وصل المبدأ إلى قوانين البيئة الداخلية للدول أعضاء الجماعة الدولية.

وسنتناول في المطلب الأول دراسة ماهية مبدأ الوقاية، ثم نتولى في المطلب الثاني دراسة الاعتراف الدولي بمبدأ الوقاية.

المطلب الأول

ماهية مبدأ الوقاية

٧- التعريف بمبدأ الوقاية والتمييز بينه وبين مبدأ الاحتياط. يقوم مبدأ الوقاية، كأحد المبادئ الأساسية لقانون حماية البيئة، على اتخاذ إجراءات استباقية بغرض توقي خطر الانتهاكات البيئية المؤكدة. وهو ما يترجم عن طريق آليات معينة تهدف إلى وضع هذا المبدأ العام موضع التطبيق.

ويشكل مبدأ الوقاية خط الدفاع الأول فيما يسمى بالمنظومة الوقائية لحماية البيئة، بالمقارنة بالمنظومة العلاجية التي تهدف إلى إصلاح الانتهاكات البيئية بعد تحققها. وتقوم هذه المنظومة الوقائية على مبدئين متقاربين، وهما الوقاية والاحتياط. وهذين المبدئين قد يثور الخلط بينهما في العديد من الأحوال بالنظر إلى العديد من العوامل المشتركة.

ونتولى في الفرع الأول التعريف بمبدأ الوقاية، ثم نتولى في الفرع الثاني التمييز بينه وبين مبدأ الاحتياط.

الفرع الأول

المقصود بمبدأ الوقاية

٨- جوهر مبدأ الوقاية في قانون حماية البيئة. يكمن مبدأ الوقاية، كأحد المبادئ الأساسية لقانون حماية البيئة، في التصرف بطريقة استباقية في مواجهة خطر بيئي محدد، له صفة التأكيد، عن طريق اتخاذ إجراءات، تسمى الإجراءات الوقائية، والتي تهدف، في حال تحقق هذا الخطر، إما إلى تفادي الانتهاكات البيئية كلية، وإما إلى الحد منها¹.

¹ يراجع بالفرنسية على وجه الخصوص بصدد التعريف بمبدأ الوقاية،

M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, Paris, Dalloz, 2016, p.108; A. VAN LANG, *Droit de l'environnement*, Paris, PUF, 2016, p.65; R. ROMI, *Droit de l'environnement et développement durable*, Paris, LGDJ, 10^e Ed., p.58.

ويقوم المبدأ في جوهره على ما يمكن تسميته بإدارة المخاطر البيئية¹. وذلك في مرحلة أولى عن طريق دراسة المخاطر البيئية التي يمكن أن تتجم عن ممارسة الأنشطة التي يحتمل أن تكون لها آثار بيئية ضارة، قبل الشروع في ممارستها. وفي حالة ثبوت علاقة مؤكدة بين النشاط محل الدراسة وخطر بيئي محدد، فيتعين الانتقال إلى المرحلة ثانية، والتي تكمن في استباق هذا الخطر البيئي والتحسب له. وذلك عن طريق اتخاذ إجراءات وقائية تهدف إلى مواجهة هذا الخطر، وتكون متناسبة معه، بهدف الوقاية كلية من الأضرار التي يمكن أن تتجم عنه، أو الحد منها في حالة عدم إمكان تلافئها كلية.

وهكذا، فإن الوقاية تقوم على عاملين أساسيين: الأول يتمثل في توقع الخطر. أما العامل الثاني فيتمثل في استباقه بإجراءات وقائية. فالتوقع يكون بالنسبة للخطر البيئي، والاستباقية تكون بالنظر إلى الإجراءات الوقائية . ويعد مبدأ الوقاية أحد أبرز نقاط الاتصال بين القانون والعلم، وهو ما يجسد أحد أهم خصائص قانون حماية البيئة، وهي الصفة التقنية لهذا القانون²؛ فأولاً: فإن توقع الخطر البيئي يجب أن يقوم على دراسات علمية مؤكدة في نتائجها. فالخطر يتعين أن يكون له صفة التأكيد. وهو ما لا يتأتى إلا من خلال الدراسات العلمية. وثانياً: فإن الإجراءات التي تتخذ تطبيقاً لمبدأ الوقاية، والتي تهدف إلى مواجهة هذا الخطر، إنما تعتمد هي الأخرى على العلم. فهو وحده الذي يمكن أن يحدد مدى فاعلية هذه الإجراءات في تحقيق غرضها: توقي الأضرار أو الحد منها بطريقة فعالة.

¹ انظر مؤلف الأستاذ باسكال بلونشييه، قانون البيئة، مرجع سابق، P. PLACHET, *Droit de l'environnement*, Paris, Dalloz, 2016, p. 46.

² يراجع مؤلف الأستاذة أجات فان لونج، مرجع سابق، A. VAN LANG, *Droit de l'environnement*, op. cit., p.65

٩-آليات إعمال مبدأ الوقاية. يترجم مبدأ الوقاية في قانون حماية البيئة من خلال آليات معينة تهدف إلى وضعه موضع التطبيق، في شتى مجالات حماية البيئة، سواء اتجهت هذه الحماية إلى المحافظة على مصادر الثروة الطبيعية في البيئة أو إلى مكافحة تلوث البيئة^١.

لعل من أبرز هذه الآليات^٢: أولاً تبني نظام التقييم البيئي للمشروعات التي يمكن أن يكون لها آثار ضارة على البيئة. وذلك عن طريق إلزام المشروعات، في سبيل حصولها على التصريح بمزاولة النشاط، بالمرور المسبق بإجراءات معينة، تستهدف التقييم الأولي للأخطار البيئية التي يمكن أن تتجم عن مباشرة النشاط الذي يقوم عليه المشروع، مع بيان الإجراءات المرصودة من أجل تفادي هذه الأخطار. وثانياً ضرورة الحصول على تصريح مسبق بمزاولة الأنشطة التي قد تكون لها آثار بيئية ضارة. ثالثاً مكافحة التلوث بالأولوية من المصدر، عن طريق توجيه الإجراءات الوقائية ابتداءً من ناحية مصدر التلوث، بإدخال تعديلات على الكيفية التي يتم بها النشاط، بهدف تفادي التلوث الناجم عن مزاولة النشاط، أو الحد منه قدر الإمكان، كبديل عن توجيه هذه الإجراءات من ناحية علاج المخرجات الضارة. رابعاً: اتباع نظام للتقييم البيئي الدوري من قبل المنشآت التي تزاوّل أنشطة بيئية ضارة، بهدف مراجعة مدى فاعلية الأدوات المستخدمة في مزاولة النشاط من منظور بيئي. خامساً التخطيط المسبق لمواجهة خطر الكوارث الطبيعية والتكنولوجية، من خلال إعداد خطط تتضمن إجراءات استباقية تهدف إلى مواجهة هذه المخاطر بطريقة استباقية.

^١ يراجع بالفرنسية،

R. ROMI, *Droit de l'environnement et du développement durable*, op. cit., p.58

^٢ لمزيد من التفصيل حول آليات إعمال مبدأ الوقاية في النظام القانوني الفرنسي، يراجع بالفرنسية، M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, op. cit., p. 67 et s; A. VAN LANG, *Droit de l'environnement*, op. cit., p. 68 et s; P. PLACHET, *Droit de l'environnement*, op. cit, p. 48 et s.

ويضيف البعض إلى الوسائل السابقة¹، تفعيل نظام التعويضات الوقائية، الذي يهدف إلى تعويض الأضرار البيئية المتوقعة منذ البداية، في حالة عدم إمكان تجنب هذه الأضرار أو الحد منها.

١٠- دور مبدأ الوقاية في المنظومة القانونية لحماية البيئة. يجد مبدأ الوقاية في قانون حماية البيئة أساسه النظري في مسلمة منطقية بسيطة، وهي أن الوقاية خير من العلاج. وإذ كانت هذه المسلمة تصدق في شتى مجالات النشاط، لاسيما في المجال الطبي، فإنها في مجال حماية البيئة تكتسب أهمية كبرى. بالنظر لصعوبة علاج الانتهاكات البيئية.

والآلية العلاجية، وهي التي تهدف إلى إصلاح الأضرار التي لحقت بالبيئة نتيجة لممارسة نشاط معين، معروفة هي الأخرى في قانون البيئة. ولعل أهم تطبيقاتها يكمن في نظام التعويضات البيئية. وتعتمد هذه الآلية بصفة أساسية على أحد المبادئ الأساسية لقانون حماية البيئة، وهو مبدأ الملوث يدفع² *pollueur-payeur*. فالمتسبب في تلويث البيئة يتعين عليه أن يتحمل المسؤولية عن فعله، وذلك بتحمل تكاليف إصلاح البيئة، وإزالة آثار التلوث الذي تسبب فيه.

ولكن دور الآلية العلاجية في قانون حماية البيئة يبدو مكملاً لدور الآلية الوقائية، وذلك على وجه الخصوص في الأحوال التي يكون فيها من العسير حماية البيئة عن طريق الآلية الوقائية³؛ إذ أنه ليس من السهل توقي كل

¹ يراجع مؤلف الأستاذة أجات فان لونج، المرجع السابق،

A. VAN LANG, *Droit de l'environnement*, op. cit., p.87.

² من الجدير بالذكر أن مجال إعمال المبدأ السابق لا يقتصر فقط على الآلية العلاجية، فهو يساهم أيضاً بطريقة فرعية في الآلية الوقائية؛ إذ أن تكاليف الإجراءات الاستباقية التي تقوم عليها الآلية الوقائية يتحملها صاحب النشاط الضار بالبيئة.

لمزيد من التفصيل حول هذا المبدأ، يراجع على وجه الخصوص :

E. SABRAN-PONTEVES, *Les transcriptions juridiques du principe pollueur-payer*, Marseille, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2007.

³ أنظر مؤلف الأستاذ ميشيل بريير، قانون البيئة، مرجع سابق

M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, op. cit., p 110.

المخاطر البيئية. فمن جهة، فإن هناك اعتبارات اقتصادية وإجتماعية تفرض نفسها بحكم تطور المجتمعات البشرية. هذه الاعتبارات يجب وضعها في الحسبان جنباً إلى جنب، أو ربما في مواجهة، الاعتبارات البيئية. ومن جهة أخرى، فإن توقي أخطار معينة بطريقة فعالة، قد يكون غير ممكناً في ضوء الحالة الراهنة للعلم.

وفي المقابل، فإن الآلية الوقائية تبدو أكثر فاعلية وأكثر جدوى من الآلية العلاجية في مجال حماية البيئة؛ فمن الناحية الاقتصادية، نجد أن الأضرار التي يمكن أن تصيب البيئة من خلال ممارسة نشاط معين، تتطلب نفقات كبيرة لعلاجها. ومن هذا المنظور، تبدو الإجراءات الوقائية أكثر في جدواها من الناحية الاقتصادية من الآلية العلاجية.

علاوة على ذلك، فإن الإجراءات الوقائية تتفوق على العلاجية من منظور الفاعلية البيئية؛ فالأضرار البيئية يتطلب علاجها في الغالب من الأحوال وقت طويل. يضاف إلى ما سبق، أنه من النادر، وذلك مهما كانت الإجراءات العلاجية التي اتخذت، أن تعود البيئة لحالتها الأولى. فالأضرار البيئية غالباً ما تترك آثار من الصعب على مرور الوقت أن يمحيها، سواء على المدى القصير أو المتوسط.

وأخيراً، فإن العديد من الأضرار البيئية تتسم بطابع عدم القابلية للعلاج. فعلى سبيل المثال، فإن الضرر البيئي الذي يتمثل في انقراض نوع معين من الحيوان أو النبات، أو ذلك الذي يتمثل في جفاف أحد البحيرات الداخلية، فهذه الأضرار البيئية لا يمكن علاجها مهما طال الزمن.

ومن جماع ما سبق يتضح مدى أهمية الآلية الوقائية في مجال حماية البيئة بالمقارنة بالآلية العلاجية. وتقوم الآلية الوقائية على مبدئين أساسيين: الوقاية والاحتياط، وهو ما يجرنا للحديث باستفاضة أكثر عن كل منهما.

الفرع الثاني

التمييز بين مبدأ الوقاية ومبدأ الاحتياط

١١- اختلاف مجال تطبيق كل من المبدئين بالنظر إلى الصفة المؤكدة للخطر. يختلف مجال عمل كل من مبدئي الوقاية والاحتياط داخل المنظومة الوقائية لحماية البيئة، بالنظر إلى الخطر البيئي الذي يهدف كل من المبدئين إلى مواجهته^١. وتعد الطبيعة المؤكدة للخطر هي أبرز ما يميز مبدأ الوقاية عن مبدأ الاحتياط. فمبدأ الوقاية يهدف إلى مواجهة خطر له صفة التأكيد. فالعلاقة إذاً بين النشاط وبين الخطر الذي يمكن أن يلحق بالبيئة من جراء ممارسة هذا النشاط هي علاقة مؤكدة. فالخطر البيئي له صفة اليقين العلمي الذي تم إثباته من خلال دراسات علمية مؤكدة في نتائجها. وغني عن البيان أن الضرر الذي يمكن لهذا النشاط أن يلحقه بالبيئة قد يتحقق بالفعل، وقد لا يتحقق بالنظر إلى عوامل أخرى. فالعبرة هي بالصفة المؤكدة للخطر، وليست بالصفة المؤكدة للضرر.

أما مبدأ الاحتياط فيهدف إلى مواجهة خطر بيئي محتمل. فالعلاقة بين النشاط وبين الخطر الذي يمكن أن يصيب البيئة من خلال ممارسته ليست لها طابع التأكيد، وإنما لها طابع الاحتمال؛ فالعلم لم يتوصل بعد إلى يقين بصدد الربط بين نشاط معين وخطر بيئي محدد. ومن أجل ذلك، فمبدأ الوقاية ينظر إليه على أنه خط الدفاع الأول في المنظومة الوقائية التي تهدف إلى حماية البيئة من الأخطار، في حين أن مبدأ الاحتياط يمثل مرحلة أخرى متقدمة من الوقاية^٢.

^١ يراجع بالفرنسية بصدد التفرقة بين مبدأ الوقاية ومبدأ الاحتياط PH. ARBOUCH et autres, *Prévention et précaution*, Bourin Ed. 2007, p.88 et s; Y. JEGOUZO, "De certaines obligations environnementale, prévention précaution et responsabilité", *AJDA*, 2005, p. 1164

^٢ يراجع بالفرنسية، E. ZACCAI, "De la prévention à la précaution, et réciproquement", *Ethique publique*, 2002, vol. 4, n°2, p. 23.

هذا الاختلاف في طبيعة الخطر الذي يهدف كل من المبدئين إلى مواجهته يجعل لمبدأ الوقاية أولوية في التطبيق، بالمقارنة بمبدأ الاحتياط. ولذلك نجد أن مبدأ الوقاية له أسبقية تاريخية في الظهور على الساحة القانونية على مبدأ الاحتياط¹. كذلك فإن هذا الاختلاف في طبيعة الخطر الذي يهدف كل من المبدئين إلى مواجهته يجعل الدول تتشدد في تطبيق مبدأ الوقاية بالمقارنة بمبدأ الاحتياط.

١٢- مبدأ الاحتياط في دائرة الجدل. وعلى الرغم من الأهمية النسبية لمبدأ الوقاية من المنظور البيئي مقارنة بمبدأ الاحتياط، فإن هذا الأخير يثير قدر أكبر من الضجة في الوقت الحالي²؛ فسعي البشرية المحموم إلى وقف التدهور البيئي، بالنظر إلى المخاطر الناجمة عنه، يرحح كفة الاعتبارات البيئية التي يفرضها مبدأ الوقاية في مواجهة الاعتبارات الأخرى، وذلك بالنظر إلى الصفة المؤكدة للمخاطر التي يعني بمواجهتها. وهو ما يجعل من احترام مقتضيات مبدأ الوقاية أمراً مفروغاً منه. وعلى العكس من ذلك، فإن الصفة المحتملة للمخاطر التي يواجهها مبدأ الاحتياط البيئي تجعله في قلب صراع محموم بين أنصار حماية البيئة، في مواجهة المدافعين عن

¹ المرجع السابق السابق،

ibid.

² انظر في تفصيل أكبر حول مبدأ الإحتياط باللغة الفرنسية:

O. GODARD, (dir.), *Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines*, Paris, Éditions de la Maison des sciences de l'homme et INRA Éditions, 1997 ; E. ZACCAI et J.-N. MISSA, (dir.), *Le principe de précaution. Significations et conséquences*, Bruxelles, Éditions de l'université de Bruxelles, 2000 ; D. BOURG et J.-L. SCHLEGEL, *Parer aux risques de demain*, Paris, Seuil, 2001 ; C. LE PAGE et F. GUERY, *La politique de précaution*, Paris, PUF, « Questions actuelles », 2001 ; F. EWALD, C. GOLLIER et N. DE SADELEER, *Le principe de précaution*, Paris, PUF, « Que sais-je ? », 2002.

الاعتبارات الأخرى: اقتصادية وإجتماعية، لاسيما أصحاب رؤوس الأموال. هذا الصراع يجعل من مبدأ الاحتياط موضوعاً لجدل مشتعل بين الفريقين. فالتساؤل المتعلق بمدى ضرورة تقييد نشاط معين، باتخاذ إجراءات استباقية لها طابع التأقيت، بالنظر لمخاطر محتملة، أخذاً بالأحوط، في ظل غياب حقيقة علمية مؤكدة، وصعوبة الوصول إلى هذه الحقيقة، هو تساؤل يبدو مطروحاً بقوة في شتى مجالات النشاط الإنساني، التي تتصل في أغلبها بالبيئة من قريب أو بعيد¹.

وغني عن البيان أن الإجابة عن التساؤل السابق ليست واحدة: بنعم أم لا. بل يمكن أن تكون هناك إجابات متعددة، يتوقف في الغالب من الأحوال على حل معادلة مركبة، تتعدد وتتشابك عناصرها؛ فهناك عناصر تتعلق بالخطر نفسه، مثل: درجة احتمال تحقق الخطر، نوعية الخطر، مدى فداحة الأضرار التي يمكن أن يخلفها. فكلما زادت جدية الخطر وجسامته النتائج التي يمكن أن يربتها مالت كفة الصراع ناحية احترام مقتضيات الوقاية بإعمال مبدأ الاحتياط البيئي. وفي المقابل، فإن هناك عناصر أخرى يتعين وضعها في الاعتبار، تتعلق بالنشاط المراد تقييده، لعل أولها مدى ضرورة النشاط. وهناك عناصر ثالثة تتعلق بمناسبة الإجراءات الممكنة اتخاذها، في ضوء المعارف العلمية المتوفرة، سواء من ناحية الفاعلية البيئية، أو حتى من ناحية الجدوى الاقتصادية.

¹ فيما يتعلق بالجدل المحتدم حول ضرورة تطبيق مقتضيات مبدأ الاحتياط، يمكن على سبيل المثال أن نشير لعدد من الحالات، التي أثار بصنددها تطبيق هذا المبدأ جدل واسع على الساحة القانونية، مثل: استخدام الأشعة في مجال التشخيص الطبي، واستخدامها في مجال الصناعات الطبية، واستخدام تقنية التعديل الوراثي في مجال الزراعة، واستخدام محفزات النمو في مجال الزراعة، واستخدام الهرمونات كمحفزات للنمو في مجال الصيدلة.
يراجع بالفرنسية،

E. ZACCAI, "De la prévention à la précaution, et réciproquement", op. cit., p.26.

والحقيقة أن صعوبة حسم هذه المعادلة، لاسيما في ظل مبدأ الشك، ألقى بظلال من الضبابية حول الحلول التي يتعين اتخاذها من قبل الساسة، والتي تترجم في صورة قواعد قانونية.

ويمكن القول بصفة عامة أن غالبية الدول التي تبنت المبدأ اكتفت بالحد محل الاتفاق، الذي يتمثل في أن غياب اليقين، بالنظر إلى المعارف العلمية والتقنية الحالية، لا يجب أن يؤخر تبني إجراءات فعالة ومناسبة، تهدف إلى توقي مخاطر تحقق الأضرار الجسيمة، أو تلك التي لا يمكن تداركها على البيئة، متى كان ذلك بتكلفة اقتصادية مقبولة¹.

والحلول السابقة، التي تبنتها أغلب الدول في قوانينها الداخلية، تبدو متأثرة إلى حد بعيد بإعلان ريو الصادر في ١٩٩٢، الذي نص في المادة رقم ١٥ على أنه: "من أجل حماية البيئة، فإن منظور الاحتياط يجب أن يكون مطبقاً على نطاق واسع بواسطة الدول وفقاً لإمكاناتها. وفي حالة وجود أخطار جسيمة أو غير قابلة للإصلاح، فإن غياب اليقين العلمي المطلق يجب ألا يكون ذريعة من أجل تأخير تبني إجراءات فعالة من الناحية الاقتصادية، تهدف إلى توقي تدهور البيئة"².

¹ يراجع على سبيل المثال، المادة ل ١١٠-١، بند ١ من قانون حماية البيئة الفرنسي، Article L 110-1, n°1 dispose que "Le principe de précaution, selon lequel l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement, à un coût économiquement acceptable".

² تنص النسخة الفرنسية من إعلان ريو في المادة رقم ١٥ على أن، Article 15 de la déclaration de Rio dispose que "Pour protéger l'environnement, l'approche de précaution doit être largement appliquée par les États selon leurs capacités. En cas de risques de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures économiquement efficaces visant à prévenir la dégradation de l'environnement".

وغني عن البيان أن نجاح الآلية الوقائية بصفة عامة، وسواء كنا بصدد تطبيق مبدأ الوقاية أم مبدأ الاحتياط، يعتمد على اتخاذ الإجراء المناسب في الوقت المناسب.

المطلب الثاني

الاعتراف الدولي بمبدأ الوقاية

١٣- تطور مبدأ الوقاية نحو اعتباره أحد المبادئ الرئيسية لحماية البيئة. تعد قوانين حماية البيئة الداخلية مدينة للقانون الدولي في صياغة مبدأ الوقاية، كأحد أهم المبادئ التي تقوم عليها الآلية القانونية لحماية البيئة. ويمكن القول بأن مبدأ الوقاية قد مر منذ ظهوره في القانون الدولي بمرحلتين. المرحلة الأولى وهي التي صاحبت بزوغه في القانون الدولي. وفيها كان مجال تطبيق مبدأ الوقاية يقتصر بصفة أساسية، على التلوث العابر للحدود. أما المرحلة الثانية، فهي التي صاحبت تكريسه بمقتضى الاتفاقيات الدولية التي تتخذ من حماية البيئة موضوعاً لها، وفيها تخطى المبدأ مجال التلوث العابر للحدود. وقد اقترنت هذه المرحلة بالاعتراف به من قبل قوانين الاتحاد الأوروبي بحيث أصبح ينظر إلى مبدأ الوقاية على أنه مبدأ عام، يتكسب أهمية خاصة في مجال حماية البيئة.

وسوف نتولى في الفرع الأول معالجة بزوغ مبدأ الوقاية في القانون الدولي وتكريسه بمقتضى أبرز الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحماية البيئة. ثم نركز في الفرع الثاني دراستنا على تكريس المبدأ بمقتضى أحكام القانون الأوروبي، لما له من أهمية كبيرة في التمهيد لدراسة مبدأ الوقاية في النظام القانوني الفرنسي.

الفرع الأول

بزوغ مبدأ الوقاية في القانون الدولي

١٤- ظهوره لأول مرة في حكم محكمة التحكيم الأمريكية الكندية. يعد أول ظهور لمبدأ الوقاية، كمبدأ قانوني يفرض التزامات معينة على الدول في مجال حماية البيئة، في حكم لمحكمة التحكيم الأمريكية الكندية. وقد صدر هذا الحكم في نزاع بين الولايات المتحدة الأمريكية وكندا بسبب مصنع لسبك الزنك والرصاص¹.

وتتلخص وقائع القضية التي صدر بمناسبة هذا الحكم، في دعوى تعويض رفعتها الولايات المتحدة الأمريكية ضد كندا أمام محكمة التحكيم الأمريكية الكندية، لتعويضها عن الأضرار التي لحقت بالمزارعين الأمريكيين الناجمة عن انبعاثات مادة الكبريت من مصنع لسبك الزنك والرصاص .

وبالفعل اعترفت محكمة التحكيم في حكمها الصادر في ١١ مارس ١٩٤١ بمسؤولية الدولة الكندية عن الأضرار التي لحقت بالولايات المتحدة الأمريكية، ووجوب تعويضها عن الأضرار التي لحقت بمزارعيها. ولو كانت محكمة التحكيم الأمريكية الكندية قد توقفت في حكمها عند حد تقرير مسؤولية الدولة الكندية عن الأضرار التي أصابت المزارعين الأمريكيين والتزامها بتعويضهم، لم يكن الحكم ليتميز عندئذ بالخصوصية؛ إذ كان سينظر إلى الحكم على أنه مجرد حكم يتعلق بموضوعه بدعوى مسؤولية عادية. ولكن الحقيقة أن خصوصية هذا الحكم تأتي من أن المحكمة قد أعدت في حكمها حلاً مستقبلياً تهدف إلى توقي الأضرار التي يمكن أن تلحق بالولايات المتحدة الأمريكية في مجال تلوث الهواء القادم من كندا.

¹ يراجع بالفرنسية حكم محكمة التحكيم الأمريكية الكندية في النزاع المتعلق بمصنع الزنك، ONU, *Recueil des sentences arbitrales*, Tome III, p.107

وكان المحكمة قد أقرت بوجود قاعدة من قواعد القانون الدولي التي تلزم الدول التي تصرح بممارسة نشاط ضار بالبيئة على أراضيها أن توقي الدول الأخرى، وبصفة خاصة دول الجوار، مضار التلوث العابر للحدود الذي يمكن أن يصيبها.

ومن هذا المنطلق، قررت محكمة التحكيم الأمريكية الكندية وجود التزام على عاتق كل دولة بحماية الدول الأخرى، وبصفة خاصة دول الجوار. ومضمون هذا الالتزام يتمثل في حماية دول الجوار من التلوث العابر للحدود ووقايتها من أخطاره، وذلك عن طريق اتخاذ الإجراءات الاستباقية اللازمة لمنع حصوله. وقد استخلصت محكمة التحكيم الأمريكية الكندية النتيجة المترتبة على هذا الالتزام، والتي تتمثل في تقرير مسؤولية الدولة على أساس مبدأ الوقاية. وذلك بسبب تخاذلها عن اتخاذ التدابير الوقائية التي كان من شأنها منع وقوع الضرر.

وبهذا فإن حكم محكمة التحكيم السابق الإشارة إليه قد ساهم إلى حد بعيد في ظهور أحد المبادئ الأساسية للقانون الدولي للبيئة¹.

١٥- تبنى مبدأ الوقاية كأحد مبادئ القانون الدولي للبيئة. وبعد الحكم السابق الإشارة إليه، وجد مبدأ الوقاية طريقه إلى القانون الدولي، فرددته العديد من الأحكام الصادرة عن المحاكم وهيئات التحكيم الدولية^٢، لاسيما في المجال الإقليمي، المتعلق بالمنازعات التي تنشأ بين دول الجوار نتيجة للتلوث العابر للحدود. باعتباره أحد المبادئ الدولية التي تحكم العلاقات بين دول الجوار في المجال البيئي.

¹ أنظر لمزيد من التفصيل حول هذا الحكم والنتائج المترتبة عليه فيما يتعلق بتأكيد مبدأ الوقاية في مجال التلوث العابر للحدود،

K. KISS et J-P. BEURIER, *Droit international de l'environnement*, Paris, Pedon, 2010, p.120

² لمزيد من التفصيل في عرض التطبيقات القضائية لمبدأ الوقاية في القانون الدولي، أنظر مؤلف الأستاذة أجات فان لونغ، قانون حماية البيئة،

A.VAN LANG, *Droit de l'environnement*, op.cit., p. 68.

ولعل من أشهرها التطبيقات القضائية الدولية لمبدأ الوقاية في مجال التلوث العابر للحدود، حكم محكمة العدل الدولية في النزاع بين المجر وسلوفاكيا، الصادر في ٢٥ سبتمبر ١٩٩٧^١، الذي استندت فيه المحكمة إلى مبدأ الوقاية من الأضرار البيئية لإلزام سلوفاكيا بدفع تعويضات لصالح المجر. وكانت وقائع القضية تتعلق بنزاع تفجر في أعقاب وقف المجر لمشروع كانت قد أقدمت عليه بالاتفاق مع سلوفاكيا للاستفادة من نهر الدانوب. وذلك تنفيذاً لاتفاقية ثنائية بينهما. ولكن المجر أوقفت العمل بالمشروع لما تبين لها من عظم الأضرار البيئية التي قد تنتج عن هذا المشروع. فما كان من سلوفاكيا إلا أن قامت بالإقدام على إنشاء مشروع بديل خاص بها، ودون أي اتفاق مع المجر. وعندما عرض النزاع على محكمة العدل الدولية أقرت المحكمة مسلك المجر في وقفها تنفيذ المشروع إستناداً لمبدأ الوقاية من الأضرار البيئية.

ومن التطبيقات الشهيرة أيضاً لهذا المبدأ، حكم محكمة العدل في النزاع بين الأوروغواي والأرجنتين في ٢٠١٠^٢، في قضية تتعلق بتلوث نهر الأوروغواي. وتتخلص وقائع هذه القضية في أن الأرجنتين كانت قد أقامت دعوى أمام محكمة العدل الدولية في أعقاب قيام الأوروغواي بإنشاء مصنع لإنتاج الورق على نهر الأوروغواي. على أساس أن من شأن هذا النشاط

¹ أنظر حكم محكمة العدل الدولية في النزاع بين المجر وسلوفاكيا

CIA du 25 septembre 1997, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, Recueil 1997, p.7.

لمزيد من التفصيل حول هذا الحكم، يراجع على وجه الخصوص التعليق على هذا الحكم المنشور في المجلة الفرنسية للقانون الدولي،

S. MALJEAN DUBOIS, L'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice le 25 septembre 1997 en l'affaire relative au projet *Gabcikovo-Nagymaros* (Hongrie c./ Slovaquie), *AFDI*, 1997, pp. 286 et s.

² أنظر حكم محكمة العدل الدولية في النزاع بين الأرجنتين وأرجواي
CIA, du 20 avril 2010, *Argentine Vs Uruguay*, Recueil 2010, p. 14.

الذي تقوم به الأرجواي على أراضيها إلحاق أضرار بيئية جسيمة بالأرجنتين، ناتجة عن تلوث نهر الأوروغواي بمخلفات المصنع. وهو ما يتناقض مع مبدأ الوقاية، الذي يلزم الدول التي تقوم بأنشطة خطيرة على البيئة على أراضيها أن تجنب دول الجوار الانتهاكات البيئية التي يمكن أن تلحقها. وبغض النظر عن نتيجة هذه الدعوى¹، فإن المحكمة قد رددت الالتزام الواقع على عاتق الدول باتخاذ الإجراءات الكفيلة بوقاية دول الجوار من الأضرار البيئية، التي يمكن أن تنجم عن ممارسة أي نشاط يتميز بخطورته البيئية على أراضيها.

١٦- تكريس مبدأ الوقاية في الاتفاقيات الدولية. كان من نتيجة تكريس مبدأ الوقاية بمقتضى الأحكام الصادرة من عدد من المحاكم وهيئات التحكيم الدولية، أن فرض المبدأ نفسه في المجال الدولي لحماية البيئة، في شتى موضوعاته. وهو ما تجلّى من خلال حرص العديد من الاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي تتخذ من حماية البيئة موضوعاً لها، على النص على المبدأ، يستوى في ذلك الاتفاقيات المفتوحة، أو حتى المغلقة التي تتخذ في الغالب طابعاً إقليمياً.

ولعل من أبرز الاتفاقيات المفتوحة التي عنيت بتأكيد مبدأ الوقاية²، اتفاقية فينا¹، الموقعة في ٢٢ مارس ١٩٨٥، والتي اتخذت موضوعاً لها حماية

¹ من الجدير بالذكر أن الأرجنتين قد خسرت هذه الدعوى بسبب فشلها في إثبات عنصر الضرر الذي لحق بها. وقضت المحكمة بأحقية الأرجواي في الاستمرار في مباشرة هذا النشاط. مع أن المحكمة قد أوضحت مخالفة الأرجواي لالتزامها بإخطار الأرجنتين بمثل هذه الأنشطة، وهو الالتزام النابع من المعاهدة الموقعة بينهما في ١٩٧٥.

لمزيد من التفصيل حول هذه الدعوى، يراجع على وجه الخصوص،

E. DOUSSIS, "La protection de l'environnement dans la jurisprudence de la Cour internationale de justice : A propos de l'arrêt des Usine de pate du avril 2010", *Revue Hellénique de Droit International*, 2011, p. 661.

² هذه الاتفاقيات مشار إليها في مقال الأستاذ ألكسندر كيس،

طبقة الأوزون. فقد اهتمت هذه الاتفاقية بتأكيد مبدأ الوقاية، بنصها في مادتها الثانية على التزام الدول الموقعة عليها بتبني سياسة تضمن تفعيل مبدأ الوقاية كأساس لاستراتيجية حماية البيئة في مجال الحفاظ على طبقة الأوزون. ومن ذلك أيضاً الاتفاقية التي تم توقيعها تحت رعاية منظمة الأمم المتحدة في ٩ مايو ١٩٩٢^١، وموضوعها حماية التنوع الحيوي *la biodiversité*. وقد أكدت الاتفاقية على التزام الدول الموقعة بمبدأ الوقاية في ديباجتها، وكذلك في مادتها الرابعة عشر.

وفيما يتعلق بالاتفاقيات الإقليمية، تعد اتفاقية أسبو الموقعة في ٢٥ أبريل ١٩٩١^٢، والتي وقعت بمدينة أسبو بفنلندا برعاية من الأمم المتحدة، على الرغم من أنها مفتوحة بصفة أساسية للدول أعضاء اللجنة الاقتصادية الأوروبية، والمتعلقة بتقييم الآثار البيئية للتلوث العابر للحدود، من أكثر الاتفاقيات الدولية صراحة في تأكيدها لمبدأ الوقاية. فقد أكدت الاتفاقية في

A.KISS, "Les principes généraux du droit international de l'environnement sont-ils reflétés par le Code de l'environnement", *RJE*, 2002, n° p.18.

مشار إليها كذلك في مؤلف الأستاذة أجات فان لونج، السابق الإشارة إليه،

A.VAN LANG, *Droit de l'environnement*, op.cit., p. 68.

^١ أنظر اتفاقية فيينا الموقعة في ٢٢ مارس ١٩٨٥، والمتعلقة بحماية طبقة الأوزون،

La convention de Vienne du 22 mars 1985, relative à la protection de la couche d'ozone.

متاحة على الرابط التالي، تمت استشارته بتاريخ ٢٠١٨/٦/٥

https://www.diplomatie.gouv.fr/sites/odyssee-developpement-durable/files/4/Convention_Vienne_1985.pdf

^٢ أنظر اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالحفاظ على التنوع الحيوي،

La convention-cadre des Nations unies du 9 mai 1992, relative à la biodiversité.

^٣ أنظر اتفاقية أسبو الموقعة في ٢٥ فبراير ١٩٩٢، والمتعلقة بتقييم الآثار البيئية،

La convention d'Espoo du 25 février 1991, relative à l'évaluation de l'impact sur l'environnement.

الاتفاقية متاحة على الرابط التالي، تمت استشارته بتاريخ ٢٠١٨/٦/٦

<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20031552/199709100000/0.814.06.pdf>

مقدمتها على التزام الدول الموقعة بضرورة الاعتماد على مبدأ الوقاية كأساس لاستراتيجية حماية البيئة، بنصها على أنه " من الضروري تنمية سياسة قائمة على توقع، وتوقي، ومراقبة تبعات الأنشطة على البيئة بوجه عام، وبصفة خاصة في إطار دولي من التعاون بين دول الجوار"¹. ولا يفوتنا أخيراً الإشارة إلى اتفاقية هلسنكي، الموقعة بين دول البلطيق في ٢ أبريل ١٩٩٢^٢، والتي تتخذ من حماية البيئة البحرية للبلطيق موضوعاً لها. فقد أكدت هذه الاتفاقية في المادة ٣ في فقرتها الأولى على التزام الدول بمبدأ الوقاية.

الفرع الثاني

مبدأ الوقاية

والقانون الأوروبي للبيئة

١٧- البعد المزدوج لمبدأ الوقاية في القانون الأوروبي. إن دراسة مبدأ الوقاية في القانون الأوروبي تعكس بعدين: الأول يتعلق باعتباره أحد المبادئ الأساسية لحماية البيئة. وفي هذا الإطار يندرج التزام الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي، في مواجهته، بتبني سياسات قائمة على تحييد الآلية الوقائية في مجال حماية البيئة. والثاني يتعلق بالطبيعة الحقوقية لهذا المبدأ باعتباره أحد الحقوق الأساسية للإنسان.

¹ نصت معاهدة أسبو في نسختها الفرنسية على أنه،

"Il est necessaire et primordial de développer des politiques d'anticipation et de prévenir, d'attenuer et surveiller l'impact sur l'environnement en général, et plus particulièrement dans contexte transfrontiere".

لمزيد من التفصيل حول الاتفاقيات الدولية المؤكدة لمبدأ الوقاية في مجال التلوث العابر للحدود، انظر مؤلف الأستاذة أجات فان لونج، قانون حماية البيئة، مرجع سابق،

A. VAN LANG, *Droit de l'environnement*, op. cit., p. 69.

² انظر اتفاقية هلسنكي بين دول البلطيق المتعلقة بحماية البيئة البحرية في منطقة بحر البلطيق، La Convention d'Helsinki du 2 avril 1992, relative à la protection de l'environnement marine de la zone de la mer Baltique.

وسوف نتناول أولاً تكريس قانون الاتحاد الأوروبي لمبدأ الوقاية كأحد المبادئ الأساسية لحماية البيئة. ثم نعرض ثانياً إلى تطور القانون الأوروبي لحقوق الإنسان نحو الاعتراف بالحقوق في الوقاية من الانتهاكات البيئية كأحد الحقوق الأساسية للإنسان.

أولاً: التكريس الأوروبي لمبدأ الوقاية

١٨- مجال حماية البيئة يمثل أحد المحاور الرئيسية لسياسات الاتحاد الأوروبي. اصتبغت الجماعة الأوروبية^١، والتي يرجع الفضل في التأسيس لها إلى معاهدة روما الموقعة في ٢٥ مارس ١٩٥٧، بصيغة اقتصادية واضحة. وهو ما بدا واضحاً من تسميتها في بدايتها بالجماعة الاقتصادية الأوروبية. ولذلك، فإن التعاون في المسائل المتعلقة بحماية البيئة لم يكن في البداية داخلاً ضمن عداد المسائل التي تناولتها هذه المعاهدة^٢. ومع ذلك فإن التحولات اللاحقة في مسيرة هذه الجماعة نحو تأسيس الاتحاد الأوروبي، دفعتها إلى تبني سياسة موحدة في العديد من المسائل، وفي مقدمتها المسائل البيئية.

فعلى مدار الستينات والسبعينات أخذ وعي الجماعة الأوروبية بضرورة التحرك المشترك في المسائل البيئية في الازدياد. وهو ما أثمر في الثمانينات عن اتجاه قوي داخل الجماعة الأوروبية مقتضاه ضرورة إدراج المسائل البيئية ضمن إطار حركة الجماعة الأوروبية، الذي كان يجري الإعداد بالفعل لتوسعته خارج الدائرة الاقتصادية الضيقة. وهو ما تحقق بالتوقيع على

^١ لمزيد من التفصيل حول مراحل تطور الجماعة الأوروبية، يراجع بالفرنسية على وجه الخصوص،

L. COUTRON, *Droit de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2011, p.11; M. DONY, *Droit de l'Union européenne*, troisième édition, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2010, p.21.

^٢ حول تطور القانون الأوروبي للبيئة، يراجع بالفرنسية،

F. SIMONETTI, "Le droit européen de l'environnement", *Revue Pouvoirs*, 2008, n° 127, p.67 et s.

القانون الأوروبي الموحد في عام ١٩٨٦^١، الذي أدخل تعديلات جوهرية على معاهدة روما المؤسسة للجماعة الأوروبية. وإلى معاهدة القانون الأوروبي الموحد يرجع الفضل في تبني مبدأ الوقاية كأساس لاستراتيجية الجماعة الأوروبية في حماية البيئة^٢، مع عدد من المبادئ الأساسية الأخرى، وهي: مبدأ التصحيح من المصدر، والملوث يدفع. وقد تم إدخال هذه المبادئ بإضافة نص المادة ر ١٣٠، الواردة في الباب السابع الخاص بالبيئة من الجزء الثالث الخاص بسياسة الاتحاد، إلى معاهدة روما المؤسسة للجماعة الأوروبية. وتتص هذه المادة في بندها الثاني على أن " تحرك الجماعة الأوروبية في مجال البيئة يقوم على مبادئ: الوقاية، وتصحيح الانتهاكات من مصدرها، والملوث يدفع.

مقتضيات حماية البيئة تعد أحد مكونات السياسات الأخرى للجماعة"^٣. وهكذا، فعندما نشأ الاتحاد الأوروبي - وهو الكيان الذي كان يجري الإعداد له ليحل محل الجماعة الأوروبية في تاريخ لاحق - بمقتضى معاهدة

¹ القانون الأوروبي الموحد *Acte unique européen*، هو عبارة عن معاهدة اتخذت من تعديل معاهدة روما موضوعاً لها. وقد تم توقيعها في ١٧ فبراير في لوكسمبرج، وفي ٢٨ من فبراير في هايتي، ودخلت حيز النفاذ في ١ يوليو ١٩٨٧.

لمزيد من التفصيل حول هذه المعاهدة يراجع،
M-F. LABOUZ, "L'Acte unique européen", *Revue québécoise de droit international*, 1986, n°3, 133 et s.

² يراجع بالفرنسية حول النصوص المتعلقة بالبيئة في القانون الأوروبي الموحد،
L. KRAMER, "L'acte unique européen et la protection de l'environnement: Réflexions sur quelques nouvelles dispositions du droit communautaire", *RJE*, 1987, n° 4, p. 449 et s.

³ تتص المادة ر ١٣٠ من معاهدة روما في نسختها الفرنسية، بعد تعديلها بمقتضى معاهدة ماستريخت، على أنه،

Article R 130-2 du TCE dispose que "L'action de la communauté en matière de l'environnement est fondé sur les principes de l'action préventive, de la correction, par priorité à la source, et du pollueur-payeur. Les exigences en matière de la protection de l'environnement sont une composante des autres politiques de la communauté".

ماستريخت الموقعة في ٧ فبراير ١٩٩٢^١، كانت المسائل البيئية على رأس أولوياته. وهو ما يبدو أمراً طبيعياً؛ فمن ناحية، يحاول الاتحاد أن يوفر بيئة صحية وأمنة لرعاياه أياً كانت الدولة التي يتخذونها مكاناً لإقامتهم. ومن ناحية أخرى، تبدو حماية البيئة أحد أهم الموضوعات التي تمثل قاسماً مشتركاً بين الدول الأوروبية؛ وبالتالي، فاهتمام الاتحاد الأوروبي بشئون البيئة يكسبه أهمية كبيرة في عيون رعايا الدول الأوروبية التي تنتمي إليه بعضويتها.

١٩- تبني قانون الاتحاد الأوروبي الأساسي والفرعي لمبدأ الوقاية كأحد المبادئ الأساسية لحماية البيئة. خضع النص الأساسي المكرس لمبدأ الوقاية، مع المبادئ الأساسية الأخرى لحماية البيئة، إلى التعديل ليتماشى مع مراحل تطور الاتحاد الأوروبي، إلى أن وصل لشكله الحالي بعد توقيع معاهدة لشبونة في ١٣ ديسمبر ٢٠٠٧^٢. فقد ورد النص على المبدأ في البند الثاني من المادة ١٩١ من الباب العاشر المخصص لحماية البيئة، الوارد في الجزء الثالث الخاص بسياسة الاتحاد. فنصت هذه المادة على أن " سياسة الاتحاد الأوروبي في مجال حماية البيئة تستهدف مستوى مرتفع من الحماية، وذلك مع الأخذ بعين الاعتبار تنوع المواقف في الأقاليم المختلفة لدول الاتحاد

¹ من الجدير بالذكر أن الاتحاد الأوروبي وإن كان يتفق مع سلفه، الجماعة الأوروبية، في كونه تجمع دولي إقليمي يضم الدول الأوروبية في تنظيم خاص، إلا أنه يتميز عنها بتكوينه الذي يضم مؤسسات قوية نقلت لها دول الاتحاد العديد من اختصاصات السيادة، ويتميز كذلك بمجال حركته الأكثر إتساعاً، الذي يضم العديد من المسائل التي تتجاوز الاقتصادية، ومن أهمها موضوع حماية البيئة.

لمزيد من التفصيل حول التنظيم الداخلي للاتحاد الأوروبي وكيفية سيره، أنظر بالفرنسية،

L. COUTRON, *Droit de l'Union européenne*, op.cit., p. 233 et s.

أنظر مؤلف الأستاذ باسكال بلوتشييه، قانون البيئة، مرجع سابق،²

P. PLANCHET, *Droit de l'environnement*, op. cit., p. 46.

³ تعد معاهدة لشبونة التي وقعت في ١٣ ديسمبر ٢٠٠٧ بمدينة لشبونة البرتغالية، ودخلت حيز النفاذ في ١ ديسمبر ٢٠٠٩، ثالث المعاهدات الثلاثة الأساسية التي يقوم عليها الاتحاد في شكله الحالي، وهي معاهدة روما ١٩٥٧، ومعاهدة ماستريخت ١٩٩٢، ومعاهدة لشبونة ٢٠٠٧.

الأوروبي، هذه السياسة تقوم على مبادئ: الاحتياط، والوقاية، والتصحيح من المصدر في مواجهة الانتهاكات البيئية¹.

وتلعب التوجيهات الصادرة عن مجلس الاتحاد الأوروبي²، دوراً بالغ الأهمية في وضع مبدأ الوقاية موضع التطبيق في شتى مجالات حماية البيئة. والتوجيهات، بالإضافة إلى لوائح الاتحاد، وقراراته، وتوصياته تشكل أحد مكونات القانون الفرعي للاتحاد الأوروبي، بالمقارنة بالقانون الأساسي الذي يتكون من المعاهدات التي يقوم عليها الاتحاد والمنظمة لكيفية سيره. وتتميز هذه التوجيهات عن المكونات الأخرى للقانون الفرعي للاتحاد الأوروبي، بأنها تحدد لدول الاتحاد هدفاً معيناً يتعين عليها تحقيقه خلال فترة زمنية يحددها التوجيه³. ويتعين على الدولة تحقيق هذا الهدف خلال الفترة المحددة. وتراقب اللجنة الأوروبية الدول الأعضاء في التزامهم بتوجيهات الاتحاد. وفي المقابل، فإنه يترك للدولة العضو حرية تحديد الشكل القانوني الذي تتدخل بمقتضاه لتحقيق الالتزام الواقع على عاتقها بمقتضى التوجيه. وغالباً

¹ نصت المادة 191-2 من معاهدة روما، المعدلة بمقتضى معاهدة لشبونة في 2007، في نسختها الفرنسية على أن،

Article 191-2 du TFUE dispose que " La politique de l'Union dans le domaine de l'environnement vise un niveau de protection élevé, en tenant compte de la diversité des situations dans les différentes régions de l'Union. Elle est fondée sur les principes de précaution et d'action préventive, sur le principe de la correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement et sur le principe du pollueur-payeur

² يراجع مؤلف الأستاذه أجات فان لونج، قانون البيئة ، مرجع سابق،

A.VAN LANG, *Droit de l'environnement, op. cit.*, p . 70

³ يراجع نص المادة 288 من معاهدة روما الموقعة سنة 1957 ، التي تنص على أن التوجيه يلزم الدول الأعضاء المخاطبين به بتحقيق نتيجة، مع ترك السلطات الوطنية المختصة مهمة تحديد شكل ووسيلة تدخلها.

Article 288 du traité de Rome dispose que "La directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens"

فإن تدخل الدولة يتخذ شكل تشريع صادر عن مؤسساتها التشريعية، مقتضاه تبني مضمون هذا التوجيه.

ومن الواضح أن السياسة الأوروبية، كما تترجمها التوجيهات التي يتبناها مجلس الاتحاد الأوروبي¹، تقوم على أن أفضل سياسة بيئية هي تلك التي تقوم من البداية على تفادي التلوث من مصدره، عن طريق أعمال مبادئ الوقاية والتصحيح من المصدر، وهو ما يغني عن البحث بعد ذلك عن كيفية مواجهة آثاره². ومن ثم تحرص التوجيهات المنفرقة الخاصة بحماية قطاعات معينة من البيئة على التأكيد على مبدأ الوقاية في شتى المجالات البيئية: الهواء، الماء، التربة، التعامل مع المواد الخطرة، التعامل مع المخلفات.

٢٠- قانون الاتحاد الأوروبي يتميز بفاعلية خاصة لوجود مؤسسات تسهر على كفالة الاحترام لأحكامه. يتميز قانون الاتحاد الأوروبي بفاعلية خاصة، تتبع بصفة أساسية من وجود أجهزة تسهر على ضمان الاحترام الواجب لأحكامه. فاللجنة الأوروبية تعد مسؤولة عن متابعة الدول الأعضاء في الاتحاد في تنفيذ التزاماتهم النابعة عن المعاهدات التي يقوم عليها الاتحاد، وفي مقدمة هذه الالتزامات، الالتزام بتطبيق توجيهات الاتحاد على أراضيها. وتستطيع اللجنة في حالة عدم احترام هذه الالتزامات أن تبدأ إجراءات مقاضاة الدولة أمام محكمة العدل الأوروبية ومقرها لوكسمبرج. ويمكن

¹ أنظر على سبيل المثال التوجيه رقم ٣٣٧/٨٥ الصادر في ٢٧ يونيو ١٩٨٥،
La directive 85/337 du 27 juin 1985, Concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement, dispose que " La meilleure politique de l'environnement consiste à éviter, dès l'origine la création de pollution ou de nuisances plutôt que de combattre ultérieurement leurs effets".

لمزيد من التفصيل حول سياسة الاتحاد الأوروبي في مجال حماية البيئة التي تترجمها التوجيهات، يراجع بالفرنسية على وجه الخصوص،

T. PATRICE, *Traité de droit européen de l'environnement*, 3^o Ed., Bruxelles, Bruylant, p. 325.

² يراجع مؤلف الأستاذه أجات فان لونج، قانون البيئة، مرجع سابق،
A.VAN LANG, *Droit de l'environnement*, op. cit., p. 70.

للمحكمة، وهو ما حدث بالفعل في العديد من السوابق القضائية¹، أن تدين دولة أو أكثر من دول الاتحاد لعدم احترامها لالتزاماتها في مواجهة الاتحاد، لاسيما التزامها بتطبيق هذه التوجيهات. وهكذا، فإن محكمة العدل الأوروبية تلعب دوراً هاماً في ضمان الالتزامات المؤسسية للدول أعضاء الاتحاد في مواجهته.

ثانياً: بزوغ الحق في الوقاية

٢١- الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان ودور المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في ضمان الالتزام بأحكامها. من الجدير بالذكر أن الرقابة التي تباشرها المؤسسات القضائية الأوروبية على أساس مبدأ الوقاية، لا تقتصر فقط على الرقابة التي تباشرها محكمة العدل الأوروبية، بالنظر إلى أن تبني مبدأ الوقاية كأساس لاستراتيجية حماية البيئة يمثل أحد التزامات الدول الأوروبية في مواجهة مؤسسات الاتحاد النابعة من المعاهدات التي يقوم عليها، وإنما تشمل كذلك الرقابة التي تباشرها المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان باعتبار أن تطبيق مبدأ الوقاية يمثل أحد الحقوق الأساسية للمواطن الأوروبي. فالنظر إلى مبدأ الوقاية من زاوية الحقوق والحريات، يمكن أن يقود إلى الاعتراف للإنسان بما يمكن تسميته بالحق في الوقاية من الانتهاكات البيئية. باعتبار هذا المصطلح الأخير يشير في نطاق القانون الأوروبي إلى التزام الدول، لاسيما في مواجهة قاطني أراضيها، بضمان اتخاذ الإجراءات الاستباقية التي تهدف إلى تجنب الأفراد الأخطار محققة الوقوع الناجمة عن الانتهاكات البيئية، التي قد تسببها الأنشطة الخطرة التي تصرح الدولة بمزاولتها على أراضيها.

¹ لمزيد من التفصيل حول دور محكمة العدل الأوروبية في تأكيد التزامات الدول الأوروبية بقانون الاتحاد، ولاسيما الالتزام باحترام التوجيهات، يراجع بالفرنسية،

L. COUTRON, *Droit de l'Union européenne*, op.cit., p. 213 et s.

والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان¹، والتي تم تأسيسها في عام ١٩٥٩ بواسطة المجلس الأوروبي، ويقع مقرها ابتداء من ١٩٩٨ بمدينة ستراسبورغ بفرنسا، قد أنشئت بالأساس لمباشرة رقابة على الدول الأطراف في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، في الوفاء بالتزاماتها النابعة عن الاتفاقية. وعلى الرغم من أن الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لم تورد ذكراً للحقوق والحريات البيئية، باعتبار أنها قد وقعت عام ١٩٥٠ في وقت لم يكن ينظر فيه لهذه الطائفة من الحقوق والحريات على أنها من الحقوق الأساسية للإنسان، إلا أن الرغبة في إثراء الهيكل الأوروبي للحقوق والحريات الأساسية، لاسيما بالنظر إلى نمو ثقافة الحقوق والحريات على المستوى العالمي، دفعت في سبيل ظهور اتجاه فقهي أوروبي² ينادي بإدراج الحقوق والحريات البيئية ضمن الحقوق والحريات التي تركزها الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، وتراقب المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان الدول في التزامها بتطبيقها على أراضيها.

وفي الواقع فإن الوصول إلى هذه النتيجة لم يكن ممكناً إلا من خلال أحد طريقتين: إما إبرام إتفاقية أوروبية جديدة تعدل من الأولى بإضافة الحقوق والحريات البيئية، وهو أمر صعب المنال. وإما تطوير قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان ليشمل الرقابة على الحقوق والحريات البيئية.

¹ لمزيد من التفصيل حول محكمة حقوق الإنسان الأوروبية، تشكيلها واختصاصاتها وأشهر الدعاوى التي فصلت فيها، يراجع بالفرنسية،

J-P. MARGUENAUD, *La Cour européenne des droits de l'Homme*, Paris, Dalloz, 6^e Ed., 2014

² يراجع بالفرنسية على وجه الخصوص،

Y. WINISDERFFER, « La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et l'environnement », *RJE*, n° 2-2003, p. 213; J-P. MARGUENAUD, "Droit de l'homme à l'environnement et Cour européenne des droits de l'homme", *RJE*, 2003, p.15 et s.

باعتبار هذه الأخيرة تعد من مقتضيات احترام الحقوق والحريات المكرسة صراحة بمقتضى الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

٢٢- تبني المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان للرأي الفقهي المنادي بالربط بين الحقوق والحريات المكرسة بمقتضى الاتفاقية والحقوق والحريات البيئية. ومن ثم، فإن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان إدراكاً منها للتطور الذي لحق بالحقوق الأساسية للإنسان، تتجه في أحكامها الحديثة إلى تأسيس رقابتها على الحقوق والحريات البيئية، على ملاحظة العلاقة بين حق الإنسان في الحياة من ناحية، والوسط البيئي الذي يعيش فيه من ناحية أخرى. وهو ما من شأنه تعزيز الحماية القانونية للحقوق البيئية.

ولعل من أشهر التطبيقات القضائية التي استندت فيها المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في مباشرة رقابتها على احترام الحقوق والحريات البيئية، وفي مقدمتها الحق في الوقاية، إلى حق الإنسان في الحياة، الحكم الصادر في ٣٠ نوفمبر ٢٠٠٤^١.

وتتلخص وقائع الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم في أن أحد رعايا الدولة التركية قد رفع دعوى تعويض في مواجهة دولته^٢. وذلك بالنظر إلى الأضرار التي أصابته من جراء حادثة انبعاث غاز الميثان من موقع مخصص لدفن النفايات موجود في أحد الأحياء التركية الفقيرة في مدينة أسطنبول، وهو الحي الذي يقيم فيه. وهي الحادثة التي وقعت في ٢٣ أبريل ١٩٩٣، وتسببت في إنفجار ضخم، راح ضحيته زوجة المدعي، وخليته، وسبعة من أبناءه. هذا بالإضافة إلى تدمير المنزل الذي كان يقيم فيه. ومن

¹ انظر التعليق على الحكم السابق لمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان،

CEDH 30 novembre 2004, Öneriyildiz c/ Turquie, n° 48939/99, AJDA, 2005, p.550, observation FLAUSSE.

² من الجدير بالذكر أن تركيا وعلى الرغم من كونها دولة غير عضو في الاتحاد الأوروبي، إلا أنها قد انضمت للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. وهو ما يخول المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان سلطة النظر في المنازعات التي تنشأ عن انتهاك الاتفاقية وتكون تركيا طرفاً فيها.

ثم فقد طلب المدعي التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية التي لحقت من جراء ذلك.

وقد استندت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان إلى الحق في الوقاية في حكمها السابق الإشارة إليه، في قضائها بأن "الميثاق الأوروبي لحقوق الإنسان يلزم الدول الموقعة عليه بأن تتخذ الإجراءات الوقائية في مجال حماية البيئة، لاسيما في مواجهة الأخطار التي يمكن أن تهدد حق الإنسان في الحياة. وعلى هذا الأساس، فإن الدولة التركية تعد مسؤولة على أساس عدم اتخاذها إجراءات ضرورية وكافية للمحافظة على حق سكان الحي المحيط بمكان دفن القمامة في الحياة".¹

والحقيقة أن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، في تأسيسها الحكم السابق القاضي بإدانته تركيا على أساس العلاقة بين الحق في الحياة ومبدأ الوقاية من الأضرار البيئة، إنما تتحاز إلى اتجاه فقهي أوروبي يرى بأن الحق في الحياة لا يقتصر فقط على منع كل ما يمكن أن يؤدي إلى إنهاء حياة الإنسان، بل أصبح يمتد ليشمل حق الإنسان في حياة طبيعية تحترم صفته البشرية *le droit à une vie décente*². وغني عن البيان أن الفقه السابق³ إنما يحاول إيجاد أساس تستند إليه الحقوق والحريات البيئية، من أجل إدراجها في الهيكل الأوروبي للحقوق والحريات، من خلال الربط بينها وبين الحقوق والحريات التي ورد النص عليها صراحةً في الميثاق.

¹ انظر حكم المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في النزاع بين تركيا والسيد أنور يلديز، CEDH 30 novembre 2004, *Öneryildiz c/ Turquie*, n° 48939/99.

² يراجع بالفرنسية،

C. LAURENT, « Le droit à la vie et l'environnement », *Droit de l'environnement*, n° 107, avril 2003, p.71

³ يراجع بالفرنسية،

Y. WINISDERFFER, « La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et l'environnement », *op.cit.*, p.213

وعلى كل حال، فإن تبني المحكمة لهذا الاتجاه الفقهي من شأنه أن يضيف أبعاداً جديدة لموضوع حماية البيئة؛ فالالتزامات الدول الأوروبية بحماية البيئة لم تعد فقط التزامات مؤسسية، نابعة من عضويتها في الاتحاد الأوروبي، وإنما أضحت التزامات تتعلق بالحقوق والحريات الأساسية. وهو ما يمنح مواطني الدول الأوروبية، باعتبارهم أصحاب هذه الحقوق، الحق في مطالبة الدول الأوروبية باحترامها. واللجوء في سبيل ذلك إلى الهيئات القضائية الأوروبية.

٢٣- الخلاصة: تبني الدول الأوروبية لمبدأ الوقاية كأحد المبادئ الأساسية لحماية البيئة أصبح التزاماً دولياً. نخلص مما سبق إلى أن مبدأ الوقاية أصبح أحد المبادئ الأساسية لحماية البيئة، التي يفرضها القانون الدولي للبيئة، فهو يشكل قلب الاستراتيجية الوقائية. فتبني الدول لمبدأ الوقاية لم يعد خياراً، بقدر ما أصبح فرضاً عليها بمقتضى التزاماتها الخارجية، النابعة من المعاهدات التي وقعتها.

ويزودنا حال دول الاتحاد الأوروبي بمثال مدرسي لهذه الملاحظة. فالدول الأوروبية أضحت ملتزمة بتحبيذ الآلية الوقائية في حمايتها للبيئة، بمقتضى التزاماتها النابعة من عضويتها في الاتحاد. بل إن التطورات الحديثة للقانون الأوروبي تشهد بيزوغ اتجاه قوي نحو تكريس الحقوق والحريات البيئية، وفي القلب منها الحق في الوقاية، باعتبارها من الحقوق الأساسية للمواطن الأوروبي.

ولذلك فليس من المستغرب أن يظهر الاتحاد الأوروبي بمظهر العامل الرئيسي في تطوير البنية التشريعية للدول الأعضاء للتوافق مع ما تفرضه حماية البيئة من مقتضيات¹. وفي هذا الإطار يسجل اعتراف معظم الدول

¹ لمزيد من التفصيل حول تطور موضع حماية البيئة في قانون الاتحاد الأوروبي، الوضع الراهن والتحديات، انظر

الأوروبية في تشريعاتها الداخلية بمبدأ الوقاية؛ فعلى الرغم من أن العديد من الدول الأوروبية كانت قد تنبّهت إلى أهمية مبدأ الوقاية كأحد المبادئ الأساسية لحماية البيئة قبل اعتناق الاتحاد لهذا لمبدأ، كما هو الحال بالنسبة لسويسرا¹ والدنمارك²، فإن الغالبية العظمى لدول الاتحاد قد تبنت المبدأ في أعقاب تنبّيه من قبل الاتحاد. وذلك كنتيجة، مباشرة أو غير مباشرة، لالتزاماتها النابعة عنه³. وهذا هو حال الدول الكبرى في الاتحاد الأوروبي، مثل ألمانيا وإيطاليا وإسبانيا. وفي الوقت الحاضر، لا يكاد يخلو القانون الداخلي لأي من البلدان الأوروبية من النص على مبدأ الوقاية كأحد المبادئ الأساسية لقانون حماية البيئة. هذا فضلاً عن اعتباره من قبيل الحقوق والحريات البيئية التي درجت الدول الأوروبية حديثاً على تكريسها بمقتضى نصوص ذات قيمة دستورية.

وفي هذا السياق يندرج تبني مبدأ الوقاية في النظام القانوني، وهو ما يجرنا للحديث عن مبدأ الوقاية في النظام القانوني الفرنسي، وهو الموضوع الأساسي لهذا البحث.

F. SIMONETTI, "Le droit européen de l'environnement, *Revue Pouvoirs*", op. cit., p 70 et s.

¹ ولعل سويسرا كانت من أسبق الدول الأوروبية إلى تبني مبدأ الوقاية كمبدأ عام يهدف لحماية البيئة. فالقانون الاتحادي السويسري الصادر في ٧ أكتوبر ١٩٨٣ حرص على تأكيد هذا المبدأ

² وتعدّ الدنمارك أيضاً من البلدان التي كان لها السبق في التنبيه إلى أهمية هذا المبدأ. فقد تمّ توكيده بمقتضى القانون الدنماركي الصادر في ٦ يونيو ١٩٩١.

³ لمزيد من التفصيل أنظر، أنظر مؤلف الأستاذة أجات فان لونج، قانون حماية البيئة، مرجع سابق،

A. VAN LANG, *Droit de l'environnement*, op. cit., p. 68.

الفصل الأول

مبدأ الوقاية

في النظام القانوني الفرنسي

٢٤- تطور مبدأ الوقاية في النظام القانوني الفرنسي. دخل مبدأ الوقاية النظام القانوني الفرنسي في أعقاب ظهوره في القانون الدولي، ليلعب منذ ظهوره دوراً هاماً في المنظومة القانونية لحماية البيئة في فرنسا.

ويمكن القول بأن مبدأ الوقاية، مثله مثل معظم المبادئ الأساسية لحماية البيئة، ظهرت إرهابته الأولى، في القانون رقم ٦٢٩ الصادر في ١٠ يوليو ١٩٧٦، والمتعلق بحماية الطبيعة^١. ولكن جاءت المبادئ الأساسية لحماية البيئة في هذا القانون، بما فيها مبدأ الوقاية، في صورة مبهمه، ومتداخلة، وغير مكتملة^٢. وهو ما أقر الاعتراف بالمبدأ، كأحد المبادئ الأساسية لقانون حماية البيئة، إلى عام ١٩٩٥.

وفي ٢ فبراير ١٩٩٥، صدر القانون بارنييه، نسبة إلى وزير البيئة الفرنسي *Michel Barnier*، حاملاً الرقم ١٠١ لسنة ١٩٩٥^٣. وإلى هذا القانون يرجع الفضل الأول في صياغة مبدأ الوقاية في صورته الحالية، على

^١ حول القانون رقم ٧٦/٦٢٩ الصادر في ١٠ يوليو ١٩٧٦، يراجع بالفرنسية، S. GERNIER, "Une nouvelle étape du droit français: La loi du 10 juillet 1976 relative à la protection de l'environnement", *Gaz Pal.* 1977, p.266; A.DE LAUBADERE, "Commentaire de la loi n° 76-629, du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature", *AJDA*, 1976, p.531.

^٢ في دراسة نقدية للمبادئ الأساسية لحماية البيئة في القانون رقم ٦٢٩ الصادر في ١٠ يوليو ١٩٧٦، يراجع بالفرنسية على وجه الخصوص،

J. UNTERMAIER, "Que reste-t-il des principes de la loi du 10 juillet 1976 ?", dir, *La protection de la nature après la loi du 10 juillet 1976*, In. CAMPROUX et DUROUSSEAU, Strasbourg, PU du Strasbourg, 2007, p. 27.

^٣ حول القانون رقم ١٠١ لسنة ١٩٩٥، يراجع بالفرنسية على وجه الخصوص، M. DESPAX, "La loi du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement, Mélange en l'honneur de KISS", Paris, Ed. Frison-Roche, 1998, p. 395.

هذا القدر من الوضوح والتحديد، باعتباره أحد المبادئ الأساسية لقانون حماية البيئة الفرنسي¹.

وفي عام ٢٠٠٥، دخل مبدأ الوقاية مرحلة جديدة في النظام القانوني الفرنسي، بتبنيه من قبل ميثاق البيئة الفرنسي الصادر في أوائل ٢٠٠٥، مع المبادئ الأساسية الأخرى لقانون حماية البيئة. فقد كرسته المادة الثالثة من ميثاق البيئة، الذي يعتبر أحد الوثائق ذات القيمة الدستورية. باعتباره أحد الواجبات العامة التي تفرض نفسها على الكافة.

وعلى الرغم من المكانة التي يتبوأها مبدأ الوقاية في النظام القانوني الفرنسي، فإن دراسته تثير العديد من الإشكاليات، سواء في نسخته التشريعية باعتباره أحد المبادئ الأساسية لقانون حماية البيئة، أو حتى على المستوى الدستوري باعتباره أحد الواجبات البيئية العامة التي تفرض نفسها على الكافة.

وتقيداً بالأسبقية التاريخية، فسوف نتولى في المبحث الأول دراسة مبدأ الوقاية في قانون حماية البيئة الفرنسي. ثم نتولى في المبحث الثاني دراسة واجب الوقاية المكرس بمقتضى نصوص ميثاق البيئة.

المبحث الأول

مبدأ الوقاية

في قانون حماية البيئة

٢٥- مبدأ الوقاية بين عدم وضوح الهوية والسمة التوجيهية للالتزامات. تنص المادة ل١١٠-١، والتي تم إدخالها في قانون حماية البيئة الفرنسي

¹ حول دور القانون رقم ١٠١ لسنة ١٩٩٥ في صياغة المبادئ الأساسية لقانون حماية البيئة الفرنسي، يراجع بالفرنسية على وجه الخصوص،

C.CANS, "Grande et petites histoire des principes généraux de droits de l'environnement dans la loi du 2 février 1995", *RJ Envir.* 1995, p.195; ARBOUCH et autres, *Prévention et précaution*, op. cit., p.9; R. ROMI, "Politique publique de l'environnement: à nouveau concepts, nouveaux principes ?", *Dr. Envir.* 1995, p.2

بمقتضى القانون الصادر في ٢ فبراير ١٩٩٥، في فقرتها الثانية، بند رقم ٢ على أنه " مبدأ الوقاية من الانتهاكات البيئية وتصحيحها، بإجراءات تستهدف بالأولوية مصدر هذه الانتهاكات، باستخدام أفضل الوسائل التكنولوجية المتاحة بتكلفة اقتصادية مقبولة"¹.

وقد تمت إضافة نصين للبند رقم ٢، بموجب التعديل الذي تم بالقانون الصادر في ٤ أغسطس ٢٠١٦، بهدف إضافة أبعاد جديدة لمبدأ الوقاية في مجال حماية المناظر الطبيعية والحفاظ على التنوع الحيوي. ووفقاً للنص الأول الذي تمت إضافته بموجب هذا التعديل فإن " مبدأ الوقاية يشمل تجنب الانتهاكات التي يمكن أن تصيب التنوع الحيوي أو الخدمات التي يقدمها. وفي حال عدم إمكان توقي هذه الانتهاكات كلية، الحد من آثارها. وفي مرحلة أخيرة تعويض الأضرار الناتجة عن الانتهاكات البيئية وذلك في حالة عدم إمكان توقيها كلية أو الحد من آثارها، مع الأخذ في الاعتبار الكائنات الحية التي تكون عرضة للإصابة". أما الفقرة الثانية المضافة، فتتص على أن " مبدأ الوقاية يجب أن يستهدف توقي الخسائر المؤكدة، ومحاولة تحقيق مكاسب في مجال التنوع الحيوي".

¹ تتص المادة ل ١١٠-١ من كود البيئة الفرنسي في نسختها الفرنسية وفقاً لأخر التعديلات على أنه

Article L110-1 du Code de l'environnement, II, 2°, dispose que: " Le principe d'action préventive et de correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement, en utilisant les meilleures techniques disponibles à un coût économiquement acceptable.

Ce principe implique d'éviter les atteintes à la biodiversité et aux services qu'elle fournit ; à défaut, d'en réduire la portée ; enfin, en dernier lieu, de compenser les atteintes qui n'ont pu être évitées ni réduites, en tenant compte des espèces, des habitats naturels et des fonctions écologiques affectées ;

Ce principe doit viser un objectif d'absence de perte nette de biodiversité, voire tendre vers un gain de biodiversité ; "

² يراجع بالفرنسية،

Loi n°2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages (JORF du 9 août 2016).

وتعكس دراسة النسخة التشريعية لمبدأ الوقاية إشكاليتين أساسيتين: الأولى تتمثل في الخلط بين مبدأ الوقاية وعدد من المبادئ الأساسية الأخرى لقانون حماية البيئة. وهو ما يظهر بوضوح في مرحلة إعداد القانون بارنبييه، أو في الصياغة التي تبناها هذا الأخير في تأكيده لمبدأ الوقاية في الفقرة الثانية من نص المادة ل ١١٠-١، أو حتى في التعديلات التي تمت بمقتضى القانون الصادر في أغسطس ٢٠١٦، بإضافة فقرتين جديدتين يتعلقان بتشديد مقتضيات الوقاية في مجال التنوع الحيوي والحفاظ على المناظر الطبيعية. هذا الخلط يعكس في الحقيقة إشكالية تتعلق بوضوح هوية مبدأ الوقاية، بما يفرضه من مقتضيات، في ذهن المشرع الفرنسي.

أما الإشكالية الثانية فتتمثل في غلبة السمة التوجيهية على الالتزامات التي يفرضها المبدأ. فالمشرع الفرنسي في ترتيبه لأولويات الوقاية، وفي اعتماده لحلول تعتمد على منطق المعادلة ذات الأبعاد: البيئية-الاقتصادية، يكون قد مال نحو الأسلوب التوجيهي في الصياغة أكثر من اعتماده على عنصر الإلزام المقترن بالقاعدة القانونية. هذه السمة التوجيهية لصياغة المبدأ ترتبط بدراسة ظاهرة أخذت تغزو العديد من مجالات التدخل التشريعي في فرنسا، وهي ظاهرة القانون المرن "الناعم"، والتي تناولها بالدراسة مجلس الدولة الفرنسي في عدد من تقاريره.

وسوف نتولى دراسة كل إشكالية من هاتين الإشكاليتين في مطلب مستقل.

المطلب الأول

عدم وضوح الهوية

٢٦- خلط المشرع بين مقتضيات الوقاية ومقتضيات العديد من المبادئ الأساسية الأخرى. يمكن للباحث في قانون حماية البيئة الفرنسي أن يلحظ بوضوح الخلط بين مبدأ الوقاية بما يفرضه من مقتضيات من جهة، وبين عدد من المبادئ الأساسية الأخرى لقانون حماية البيئة الفرنسي بما تفرضه

من مقتضيات من جهة أخرى. وهو ما ينبئ عن عدم وضوح هوية مبدأ
الوقاية في ذهن المشرع الفرنسي

ويتبدى عدم وضوح هوية مبدأ الوقاية في قانون حماية البيئة في فرنسا
من خلال ثلاثة أمور:

أولاً: الدعوة إلى تسبب القرارات التي يحتمل أن يكون لها آثار بيئية،
باعتبار التسبب أحد مقتضيات الوقاية. وذلك عند إعداد مشروع القانون
بارنييه، الذي يرجع إليه الفضل في إدخال مبدأ الوقاية. وهو ما يظهر من
خلال دراسة مشروع القانون الذي كانت قد تقدمت به الحكومة الفرنسية.

وثانياً: الخلط بين مبدأ الوقاية ومبدأ التصحيح من المصدر في البند رقم ٢
من نص الفقرة ٢ من المادة ل١١٠-١، واستعمالهما في التشريع باعتبارهما
مترادفان.

وثالثاً: إدخال التعويض عن الانتهاكات البيئية باعتباره من مقتضيات
الوقاية، التي استهدفها القانون الصادر في ٤ أغسطس ٢٠١٦، والمتعلق
بتشديد مقتضيات الوقاية في مجال التنوع الحيوي والحفاظ على المناظر
الطبيعية. وهو ما يمكن أن يعبر عن خلط بين مبدأ الوقاية ومبدأ المسؤولية
البيئية. كما أن المشرع، في حديثه في الفقرة الأخيرة التي أضافها هذا
القانون، عن ضرورة تحقيق مكاسب في مجال التنوع الحيوي يميل أيضاً إلى
الخلط بين مبدأ الوقاية ومبدأ التنمية المستدامة.

وسوف نخصص لكل مظهر من مظاهر الخلط فرع مستقل.

الفرع الأول

الخلط بين مبدأ الوقاية

والمبادئ الإجرائية

٢٧- النص الأساسي للقانون بارنييه كان يتضمن التسبب باعتباره أحد
مقتضيات الوقاية. يبدو أن مبدأ الوقاية لم يكن بالوضوح الكافي عند إعداد

القانون بارنبييه الصادر في ٢ فبراير ١٩٩٥؛ فقد كان مشروع القانون المقدم من قبل الحكومة ينص على أنه "وفقاً لمبدأ الوقاية، فإن كل قرار يتعين أن يشتمل في أسبابه التي بني عليها، على بيان للتبعات التي يمكن أن يرتبها على البيئة".¹

ويبدو أن الغرض من اقتراح هذه الفقرة، والتي كانت ستظهر بشكل مقدمة للنص الحالي للفقرة الأولى من المادة ل 110-1، كما يتبدى من خلال المناقشات التي دارت بالجمعية الوطنية في فرنسا²، هو توفير قدر كبير من الفاعلية للالتزام الإدارية الفرنسية باحترام مبدأ الوقاية. وذلك من خلال إلزامها بتسبب كل قرار يحتمل أن تكون له تبعات ضارة على البيئة، بناء على أسباب تكفي لتبرير القرار من منظور الوقاية. بعبارة أخرى، أن موضوع القرار الإداري المتخذ يحترم مقضيات مبدأ الوقاية.

وإضافة هذه الفقرة كان من شأنه، ولاشك، أن يؤدي من ناحية إلى إجبار الإدارة على دراسة قراراتها التي يحتمل أن تكون لها تبعات بيئية بعناية شديدة، وذلك حتى تتمكن من تسبب هذه القرارات. ومن ناحية أخرى، فإن إلزام الإدارة بتسبب قراراتها البيئية من منظور مبدأ الوقاية كان من شأنه أن يضيف بعداً جديداً للرقابة التي يمارسها القاضي الإداري على قرارات الإدارة؛ إذ أن تسبب القرارات الإدارية التي لها تبعات بيئية يمكن القاضي

¹ أنظر في تفصيل أكبر، جيوم بونيل، المبادئ القانونية المكتوبة وقانون حماية البيئة، رسالة دكتوراه،

G. BONNEL, *Les principes juridiques écrits et le droit de l'environnement*, Thèse de doctorat présentée et soutenue à l'Université de Limoge, 22 juin 2005, p. 154.

La proposition initiale de l'article 110-1 issu de la loi n° disposait que "Le principe de prévention, selon lequel toute décision doit intégrer dans les motifs qui la fondent les conséquences qu'elle est susceptible de produire sur l'environnement".

² يراجع بصدد المناقشات التي دارت بالجمعية الوطنية بفرنسا حول مبدأ الوقاية، رسالة جيوم بونيل، السابق الإشارة إليها،

Ibidem. p.155 et s.

من مباشرة رقابة فعالة على مضمون القرار، من خلال العلم بالأسباب التي دفعت الإدارة إلى تبني هذه الحلول . وهو ما سيكون له أثر هام على دقة الرقابة القضائية على هذه القرارات. وأخيراً، فإن تسبب القرارات البيئية من شأنه تسهيل الرقابة السياسية التي يباشرها البرلمان، أو حتى الرقابة التي يباشرها الرأي العام على مدى احترام الإدارة لمقتضيات مبدأ الوقاية، وهو ما من شأنه تعزيز الشفافية في المجال الإداري البيئي.

وفي المقابل، فقد رأت اللجنة الوزارية المشكلة لإعداد مشروع القانون بارنييه أن اعتبار التسبب أحد مقتضيات مبدأ الوقاية من شأنه أن يؤدي إلى إحداث خلط بين مبدأ الوقاية من جهة، الذي هو في الأساس مبدأ موضوعي، والمبادئ الإجرائية التي تهدف إلى حماية البيئة من خلال إلزام الإدارة بضمانات تنتمي لدائرة الشكل والإجراءات، لاسيما في مواجهة العامة. ولعل من أبرز هذه المبادئ الإجرائية¹، التي يمكن الاستناد إليها لفرض مثل هذه الالتزامات، مبدأ ضرورة مراعاة حق العامة في العلم بالقرارات البيئية *droit à l'information*.

وفي معرض دفاع وزير البيئة الفرنسي ميشيل بارنييه عن المشروع المقدم إلى البرلمان، صرح بأن حذف التسبب من مقتضيات الوقاية من شأنه أن يؤدي إلى تفادي الخلط الذي يمكن أن ينشأ مستقبلاً نتيجة إضافة عناصر إلى مبدأ الوقاية لا تتوافق مع ماهيته².

¹ يراجع بالعربية على وجه الخصوص فيما يتعلق بالحقوق والحريات الإجرائية، د. رجب محمود طاجن، الإطار الدستوري للحق في البيئة، مرجع سابق، ص ١١١ وما بعدها : د. وليد محمد الشناري، الحماية الدستورية للحقوق البيئية، مرجع سابق، ص ١٦٠ وما بعدها.
² يراجع بالفرنسية، المناقشات البرلمانية التي دارت بالجمعية الوطنية، مشار إليه في رسالة جيوم ١٥٤، بوتيل، ص ١٥٤.

Selon les propos de M. BARNIER, JO Débats parlementaires, Assemblée Nationale, Compte rendu intégral de la séance du 5 décembre 1994, op. cit., page 8229.,
Citée chez G. BONNEL, *Les principes juridiques écrits et le droit de l'environnement*, op.cit., p. 154.

الفرع الثاني الخلط بين مبدأي الوقاية والتصحيح

٢٨-الصياغة التشريعية لمبدأ الوقاية تثير الخلط بينه وبين التصحيح من المصدر. تنص المادة ل ١١٠-١ من كود البيئة الفرنسي، في فقرتها الثانية، بند رقم ٢ على أن " مبدأ الوقاية من الانتهاكات البيئية وتصحيحها، بإجراءات تستهدف بالأولوية مصدر هذه الانتهاكات، باستخدام أفضل الوسائل التكنولوجية المتاحة بتكلفة اقتصادية مقبولة"^١.

ووفقاً للنص السابق، فإن المشرع الفرنسي يعطي للسياسة الوقائية أولوية في مجال حماية البيئة من الانتهاكات. باعتبار أن الوقاية تمثل أساس الاستراتيجية الفرنسية لحماية البيئة^٢، والمشرع يعتمد في ذلك على مبدأين متقاربين، وهما: مبدأ الوقاية *le principe de prevention*، ومبدأ التصحيح من المصدر *la principe de la correction par priorité à la source*.

وقد أثارت الصياغة السابقة لنص المادة ل ١١٠-٢، لاسيما في أعقاب صدور القانون في ٢ فبراير ١٩٩٥، حالة من الارتباك والخلاف في الفقه

^١ ينص البند رقم ١ من الفقرة الثانية من المادة ل ١١٠-١ من كود البيئة الفرنسي في نسختها الفرنسية وفقاً لأخر التعديلات على أنه ،

Article L110-1 du Code de l'environnement, II, 2°, dispose que " Le principe d'action préventive et de correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement, en utilisant les meilleures techniques disponibles à un coût économiquement acceptable " .

^٢ يراجع بالفرنسية على وجه الخصوص بصدد المبادئ التي تقوم عليها الاستراتيجية الفرنسية لحماية البيئة،

ROMI, "politique publique de l'environnement: à nouveau concepts, nouveaux principes", *Dr. Envir.* 1995, n°29; TAPINOS, *Prévention, précaution et responsabilité civile, Risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile*, Paris, L'Harmattan, 2008, coll. logique juridique.

الفرنسي¹؛ فاعتبر البعض أن مبدأ الوقاية يتطابق مع مبدأ التصحيح من المصدر. ومن ثم، فإن المشرع استخدمهما في المادة السابقة باعتبارهما مترادفان، ويشيران لنفس الأمر. وهو ما يعد حائزاً عيباً في الصياغة. في حين اتجه جانب آخر من الفقه إلى أن مبدأ الوقاية يختلف عن مبدأ التصحيح من المصدر. فمبدأ الوقاية يعد أعم وأشمل من التصحيح من المصدر، وهو ما دعا لطرح تساؤل حول جدوى النص على مبدأ التصحيح من المصدر معطوفاً على مبدأ الوقاية، إذ كان هذا الأخير يستوعبه.

٢٩- التفرقة بين مبدئي الوقاية والتصحيح من المصدر. السائد حالياً في الفقه الفرنسي أن مبدأ الوقاية لا يتطابق في كل تفصيلاته مع مبدأ التصحيح من المصدر²؛ فمبدأ التصحيح من المصدر يمكن النظر إليه على أنه أحد الوسائل التي يشملها مبدأ الوقاية، فالتصحيح من المصدر لا يعدو أن يكون أحد تطبيقات مبدأ الوقاية. أما هذا الأخير فهو يمكن أن يشمل وسائل أخرى بخلاف التصحيح من المصدر.

فالتصحيح من المصدر يقتضي أن نتجه الإجراءات الوقائية رأساً وحصرياً، لمصدر التلوث: النشاط الملوث، وذلك بتطبيق إجراءات تهدف إلى توقي الأضرار التي يمكن أن يسببها، أو على الأقل الحد من تبعاتها على البيئة. وهو ما يقتضي في الغالب من الأحوال، إدخال تعديلات على كيفية مزاولته النشاط الذي ينجم عنه الخطر البيئي. وتتبدى أحد أهم مجالات مبدأ

¹ بشأن تفاصيل هذا الخلاف، يراجع بالفرنسية على وجه الخصوص، الطبعة الرابعة من قانون البيئة للأستاذ ميشيل بريير،

M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, Paris, Dalloz, 4^e Ed, 2000, p.322 et s.

² أنظر في التفرقة بين مبدأ الوقاية ومبدأ التصحيح من المصدر، أجات فان لونج، قانون حماية البيئة،

A.VAN LANG, *Droit de l'environnement*, op. cit., p.71.

التصحيح من المصدر في مجال معالجة المخلفات¹. فالدول الأوروبية تشترط في بداية عملية الإنتاج إما استعمال نوع معين من المواد قابل للتدوير، وذلك بهدف إعادة استخدام المخلفات. وإما استخدام منتجات مكونة من عناصر قابلة للتحلل بسهولة، حتى لا تسبب أضرار بيئية خطيرة.

وفي المقابل، فإن الوسائل التي يقوم عليها مبدأ الوقاية لا يقتضي بالضرورة التصحيح من المصدر. فقد يقوم مبدأ الوقاية على :

أولاً: اتخاذ إجراءات وقائية تهدف إلى حماية من يصيبه الضرر من جراء النشاط. وهو ما يمكن تسميته "معايير الجودة"، ويطلق علي هذه

الطريقة من طرق الوقاية باللغة الفرنسية *Les normes de qualité*.

وهذه الطريقة من طرق الوقاية لا تتضمن وضع قيود على منبع التلوث، أي على النشاط الملوث. وهو ما يعني أن النشاط مصدر التلوث سيتم بالطريقة المعتادة، وذلك مع توجيه الوسائل التي تستهدف الوقاية لمن يمكن أن يكون عرضة للأضرار.

ويمكن أن نضرب لذلك مثلاً بإلزام العمال في بعض الأنشطة بوضع كمامات تستهدف وقايتهم من الأمراض التنفسية التي قد يصابون بها جراء التعرض لغازات معينة. ومن الأمثلة التي يمكن أن تضرب أيضاً، إلزام رب العمل بصرف وجبات غذائية معينة للعاملين ببعض الصناعات . ففي مثل

¹ ومن الجدير بالذكر أن محكمة الاتحاد الأوروبي " محكمة العدل الأوروبية" تحرص على التأكيد على مبدأ التقريب *le principe de proximité*، باعتباره أحد أهم المبادئ التي يتعين على الدول الأوروبية احترامها في مجال معالجة المخلفات.

فقد قضت محكمة العدل الأوروبية في حكمها الصادر في 9 يوليو 1992 بأن " مبدأ التصحيح من المصدر للانتهاكات البيئية يفرض على كل وحدة محلية أن تتخذ الإجراءات المناسبة التي تهدف لاستقبال ومعالجة مخلفاتها. وهذه المعالجة يتعين أن تتم في أقرب مكان ممكن من أماكن الإنتاج. وذلك بهدف تقليل الأثار البيئية الضارة لنقل المخلفات بقدر الامكان" أنظر حكم محكمة العدل الأوروبية،

CJUE, 9 juillet 1992, Commission C/ Belgique, Rec.,part I, p. 4471.

هذه الأحوال، فإن وسائل الوقاية لا تتجه لمصدر التلوث، وهو النشاط الملوث، وإنما لمن يمكن أن يقع ضحية لهذا التلوث.

ثانياً: اتخاذ إجراءات وقائية تستهدف مصدر التلوث، دون إدخال أي تعديلات على كيفية مزاولة النشاط، ويطلق على هذه الطريقة من طرق الوقاية "معايير البث" *les normes d'emission*.

وتقوم هذه الطريقة على تطبيق مجموعة من الإجراءات على الأنشطة الضارة بالبيئة، تستهدف الحد من التلوث الناتج عنها. ولكن هذه الطريقة، على خلاف الطريقة الأولى، لا تستهدف بصورة مباشرة من يمكن أن يكون عرضة للإصابة بضرر من جراء النشاط الملوث. من ذلك على سبيل المثال، إلزام المصانع بمعالجة مخلفاتها قبل إلقائها في اليم. فالمعالجة تتم في المصدر، وهو المصنع.

ووفقاً لهذه الطريقة من طرق الوقاية، يترك النشاط يتم وفقاً للكيفية التي يتم بها دون تغيير. ثم يتجه التصحيح للعوامل التي يمكن أن تسبب الضرر، والتي تكمن في مخلفات النشاط. فوسائل الوقاية لم تتجه للمضروب مثل معايير الجودة، وهي الوسيلة الأولى السابق عرضها. كما أنها في المقابل لم تتمخض عن تغيير في كيفية مزاولة النشاط، وهي الحالة الثالثة التي سنعرض لها حالياً.

ثالثاً: اتخاذ إجراءات وقائية يكون من شأنها التعديل في كيفية مزاولة النشاط ذاته. وذلك بإلزام من يقوم بالنشاط باتباع طرق معينة في عملية الإنتاج ذاتها. ويهدف تغيير طريقة الإنتاج لتوقي أخطار معينة يمكن أن تصيب البيئة. وغني عن البيان أنه كلما اتجهت الوسائل الوقائية ناحية المصدر كلما كانت مكافحة التلوث أكثر فاعلية وأكثر جدوى.

ومما سبق يتضح أن مكافحة التلوث عن طريق مبدأ الوقاية قد لا يشتمل بالضرورة على مكافحته عن طريق التصحيح من المصدر. فمبدأ الوقاية له

نطاق أعم وأشمل. ومن ثم فإن الحديث عن مبدأ التصحيح من المصدر، على النحو الوارد في المادة ١١٠-٢، إنما يعبر عن عدم وضوح مبدأ الوقاية بالقدر الكافي في ذهن المشرع الفرنسي لحظة سن التشريع.

والحقيقة أن المشرع الفرنسي في جمعه بين مبدأي الوقاية والتصحيح من المصدر في نص واحد، إنما يبدو متأثراً بتوجيهات الاتحاد الأوروبي والمواثيق الدولية، والتي تجري على الجمع بينها عند الحديث عن الآلية الوقائية لحماية البيئة¹.

الفرع الثالث

الخط بين مبادئ الوقاية

والمسؤولية البيئية والتنمية المستدامة

٣٠- القانون الصادر في ٤ أغسطس ٢٠١٦ وتشديد متطلبات الوقاية في مجال التنوع الحيوي. إيماناً من المشرع الفرنسي بالمخاطر التي يتعرض لها التنوع الحيوي *la biodiversité*، وبأن الحفاظ على التنوع الحيوي يتطلب بدوره الحفاظ على الوسط البيئي الطبيعي الذي تحيا فيه الكائنات الحية، وبالذات في المناطق الطبيعية التي لم تمتد إليها الأنشطة الإنسانية بعد، وإدراكاً من المشرع الفرنسي لأن السياسة الوقائية هي أكثر الطرق فاعلية في الحفاظ على البيئة في مجالي التنوع الحيوي والحفاظ على المناطق الطبيعية، فقد تم تعديل المادة ل ١١٠-٢ من قانون حماية البيئة والتي تكرر مبدأ الوقاية كأساس للسياسة العامة الفرنسية في مجال حماية البيئة، بإضافة فقرتين لها. وهو التعديل الذي تم بمقتضى القانون رقم ١٠٨٧/٢٠١٦،

¹ يراجع بالفرنسية،

G. BONNEL, *Les principes juridiques écrits et le droit de l'environnement*, op.cit., p.156.

الصادر في ٤ أغسطس ٢٠١٦، وموضوعه الحفاظ على التنوع الحيوي والمناطق الطبيعية التي لم تمتد إليها يد الإنسان بالتعديل بعد¹.

وقد ابتغى المشرع الفرنسي بهذا التعديل إنقاذ المناطق البكر التي لم تتلوث بعد من مخاطر التلوث المصاحب للنشاط البشري، وبصفة خاصة بالنظر لأن هذه المناطق تعد وسط طبيعي تحيا فيه العديد من الكائنات الحية. وبالتالي، فإن إمتداد النشاط البشري لهذه المناطق بدون تنظيم أو خطة مسبقة، يمكن أن يمثل خطراً داهماً على طبيعة هذه المناطق، وعلى الكائنات الحية التي تسكنها.

وحماية هذه المناطق يبدو أسهل بكثير من حماية المناطق التي زحف عليها العمران وامتدت إليها يد البشر؛ فالمناطق التي زحف عليها العمران ستكون فاعلية الإجراءات التي تهدف لحماية البيئة فيها محدودة، وذلك بالنظر أولاً لما قد أصابها بالفعل من تدمير، وبالنظر ثانياً للاعتبارات الاقتصادية والاجتماعية والتي سيصعب معها تشديد مقتضيات الوقاية تغليباً للاعتبارات حماية البيئة.

وقد استهدف المشرع الفرنسي بهذا التعديل تشديد ما يفرضه مراعاة مبدأ الوقاية من التزامات، وذلك من خلال التأكيد على أمرين، أثار كل منهما إشكالية خاصة فيما يتعلق بالخلط بين مبدأ الوقاية والمبادئ الأساسية الأخرى، وذلك على النحو التالي:

أولاً : الخلط بين مبدأ الوقاية والمسئولية البيئية

¹ أنظر القانون رقم ١٠٨٧/٢٠١٦، المتعلق باستعادة التنوع الحيوي، LOI n° 2016-1087 du 8 août 2016, pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages (rectificatif), La loi RBNP de 2016 modifie l'article L110-1 II C. env.

Le texte est publié au JORF n°0223 du 24 septembre 2016
texte n° 1

٣١- إدخال التعويض البيئي ضمن وسائل الوقاية يثير خلط بين مقتضيات مبدأ الوقاية ومبدأ المسؤولية البيئية. يتضح من خلال قراءة النص الأول المضاف إلى البند رقم ٢ من المادة ل١١٠-١، بمقتضى القانون ١٠٨٧ /٢٠١٦ الصادر في ٤ أغسطس ٢٠١٦، تأكيد المشرع على إلزامية ترتيب مقتضيات الوقاية، على النحو التالي: تجنب الانتهاكات البيئية، ثم الحد منها، ثم التعويض الإصلاحي.

فقد نص هذا القانون على " أن مبدأ الوقاية يشمل تجنب الانتهاكات التي يمكن أن تصيب التنوع الحيوي أو الخدمات التي يقدمها، وفي حال عدم إمكان توقي هذه الانتهاكات، الحد من آثارها، وفي مرحلة أخيرة تعويض الأضرار الناتجة عن الانتهاكات البيئية وذلك في حالة عدم إمكان توقيها كلية أو الحد من آثارها، مع الأخذ في الاعتبار الكائنات الحية التي تكون عرضة للإصابة"^١.

والحقيقة أن إدخال التعديل السابق يأتي بهدف التأكيد على أن مبدأ الوقاية يفرض، في مجال التنوع الحيوي، أولويات معينة متدرجة^٢؛ فتجنب الانتهاكات البيئية يمثل أولوية يتعين على جميع الأطراف المعنية السعي إليها. وفي حالة عدم إمكان تجنب الأضرار التي يمكن أن تصيب البيئة كلية،

^١ تنص الفقرة المضافة للمادة ١١٠-٢ من كود البيئة في نسختها الفرنسية على أنه،

"Ce principe implique d'éviter les atteintes à la biodiversité et aux services qu'elle fournit ; à défaut, d'en réduire la portée ; enfin, en dernier lieu, de compenser les atteintes qui n'ont pu être évitées ni réduites, en tenant compte des espèces, des habitats naturels et des fonctions écologiques affectées ;"

يراجع بالفرنسية^٢

V. DUPONT et M. LUCAS, "La loi pour la reconquête de la biodiversité : vers un renforcement du régime juridique de la compensation écologique ?", *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, 2017, p.163, n° 19 et s.

متاح على الرابط التالي، تمت استشارته في ٢ يوليو ٢٠١٧.

mis en ligne le 09 janvier 2018, consulté le 02 juillet 2019. URL : <http://journals.openedition.org/cdst/548> ; DOI : 10.4000/cdst.548

فإن مبدأ الوقاية يفرض أن تتجه الجهود صوب التقليل من الآثار البيئية الضارة للنشاط المزمع إجراؤه. وفي حالة عدم إمكان التقليل من الآثار الضارة لهذا النشاط، فإنه لا يكون عندئذ ثمة مفر من اللجوء إلى الوسائل التعويضية التي تهدف إلى إصلاح الأضرار التي تصيب البيئة من جراء نشاط معين.

وقد أثار تناول المشرع للوسائل التعويضية بصدد الحديث عما يفرضه مبدأ الوقاية في مجال التنوع الحيوي ضجة في الفقه الفرنسي. وأدى لطرح التساؤل حول مدى دخول الوسائل التعويضية في مضمون مبدأ الوقاية؛ فالوسائل التعويضية تخرج بالأساس من مجال أعمال مبدأ الوقاية، وتدخل في مجال مبدأ المسؤولية البيئية. وهو ما حدا ببعض¹ إلى إنتقاد المشرع في الخلط بين المبادئ الأساسية لقانون حماية البيئة. في حين اتجه البعض الآخر² إلى محاولة تبرير مسلك المشرع في القانون الصادر في 4 أغسطس 2016، بمحاولة البحث عن علاقه بين الوسائل التعويضية التي تحدث عنها المشرع في هذا القانون ومبدأ الوقاية. فالوسائل التعويضية وإن كانت تنتمي في الأصل للمنظومة العلاجية، إلا أن النص عليها باعتبارها أحد وسائل الوقاية، وبالتحديد الوسيلة الثالثة والأخيرة، يشير في الواقع إلى أن الإجراءات التعويضية يتعين أن تكون محسوبة منذ البداية. وبعبارة أكثر تفصيلاً، فإن صاحب النشاط في دراسة الآثار البيئية التي يقدمها كشرط للحصول على تصريح الإدارة، يتعين عليه أولاً أن يتحسب وبطريقة استباقية، للأضرار التي سوف يسببها للبيئة، ويتعين عليه ثانياً أن يوضح أن

¹ المرجع السابق، نفس الموضوع،

ibid.

² يراجع بالفرنسية،

A. VAN LANG, « La loi Biodiversité du 8 Jaoût 2016 : une ambivalence assumée. Le droit nouveau : la course à l'armement (1^{re} Partie) », AJDA, 2016, p. □2381.

هذه الآثار الضارة بالبيئة ليس من الممكن تجنبها أو توقيها، ويعين عليه أخيراً أن يبين الإجراءات التي سوف يقوم بها في سبيل إصلاح هذه الأضرار البيئية التي ليس بالوسع توقيها. وبالنظر إلى أن كل ما سبق يتم بطريقة استباقية، في دراسة الآثار البيئية اللازمة للحصول على التصريح بالنشاط، فإن التعويض البيئي في هذه الحالة يمكن أن يدخل في الآلية الوقائية.

على كل حال، فإن الإجراءات التعويضية يجب أن تبقى احتياطية في اللجوء إليها. فهي مشروطة بعدم إمكان التوقي أو التقليل من الآثار الضارة للنشاط¹.

ثانياً : الخلط بين مبدأ الوقاية والتنمية المستدامة

٣٢- استهداف الوقاية تحسين الوضع الراهن للتنوع الحيوي يعبر عن خلط بين مبدأ الوقاية والتنمية المستدامة. فيما يتعلق بالأمر الثاني الذي أضافه القانون الصادر في ٤ أغسطس ٢٠١٦، لمبدأ الوقاية في مجال التنوع الحيوي، ويكمن في عدم الاكتفاء بالحالة الراهنة للتنوع الحيوي، من خلال محاولة تحسين الوضع الراهن. فقد نصت الفقرة الثانية المضافة بمقتضى تعديل ٢٠١٦ على أن "مبدأ الوقاية يجب أن يستهدف توقي الخسائر المؤكدة، ومحاولة تحقيق مكاسب في مجال التنوع الحيوي"².

والحقيقة أن هذا البعد الجديد الذي أضافه النص السابق لمبدأ الوقاية في مجال التنوع الحيوي وإن كان يعتبر في مضمونه أمراً محموداً، إلا أنه

¹ يراجع بالفرنسية،

G.-J. MARTIN, « La compensation écologique : de la clandestinité honteuse à l'affichage mal assuré », *RJE*, 2016, n°4, p. 606.

² تنص الفقرة الثانية المضافة للمادة ١١٠-٢ بمقتضى القانون رقم ١٠٨٧/٢٠١٦، المتعلق باستعادة التنوع الحيوي، في نسختها الفرنسية على أنه،

(Ce principe doit viser un objectif d'absence de perte nette de biodiversité, voire tendre vers un gain de biodiversité).

ضاعف من الغموض الذي يحيط بمضمون مبدأ الوقاية في التشريع الفرنسي؛ فمسألة تحقيق مكاسب في مجال التنوع الحيوي، والتحسين من الحالة الراهنة للبيئة يدخل أكثر في مجال إعمال مبدأ التنمية المستدامة¹. أما مبدأ الوقاية فيهدف في جوهره إلى الحفاظ على الحالة الراهنة للكائنات الحية².

ونلخص مما سبق إلى أن هوية مبدأ الوقاية في قانون حماية البيئة الفرنسي لا تزال غير واضحة بالقدر الكافي على المستوى التشريعي. وهو ما يتبدى من خلال خلط المشرع بين مقتضيات مبدأ الوقاية وبين ما تقتضيه المبادئ الأساسية الأخرى. هذا إنما يعبر عن حقيقة، تتمثل في أن هوية مبدأ الوقاية لم تتضح بعد بالشكل الكافي في قانون حماية البيئة الفرنسي. فهذا المبدأ ما يزال في طور التكوين. ويبدو أن الحقيقة السابقة قد أُلقت بظلالها على قاعدة السلوك التي يفرضها هذا المبدأ القانوني، والتي تستفاد من نص المادة ل 110-1، فأُتت غير واضحة في مضمونها، وغير قاطعة في إلزامها، وهو ما يقودنا للحديث عن السمة التوجيهية لمبدأ الوقاية في قانون حماية البيئة الفرنسي.

¹ من الجدير بالذكر أن مبدأ التنمية المستدامة يكتسب أبعاد متعددة في النظام القانوني الفرنسي. فعلى المستوى التشريعي، تعد التنمية المستدامة أحد المبادئ الأساسية لقانون حماية البيئة، التي أكدها المشرع في نص المادة ل 110-1، في فترتها الأولى. ولكن بالنظر إلى عمومية هذا المبدأ الشديدة ونطاق تطبيقه المتسع، اتجه العديد من الفقهاء إلى اعتباره مفهوم قانوني *concept*، يشمل في طياته على العديد من المبادئ العامة. أما في ميثاق البيئة، فيعتبر هذا المبدأ بمثابة هدف ذو قيمة دستورية *objectifs de valeur constitutionnelle* لمزيد من التفصيل حول مفهوم مبدأ التنمية المستدامة، وأبعادها المتعددة، وطبيعته الخلفية في النظام القانوني الفرنسي، يراجع بالفرنسية،

M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, op. cit., p. 64 et s. ; C. CANS, "Le développement durable en droit interne: Apparence du droit et droit des apparences", *AJDA*, 2003, p.210.

² يراجع بالفرنسية،

A. LANGLAIS, « Le droit de la biodiversité à l'aune du développement durable ou l'ouverture à de nouvelles formes d'équité environnementale ? L'exemple controversé de la compensation écologique », in *Équité et environnement. Quel (s) modèle (s) de justice environnementale ?* (sous la dir. A. MICHELOT), Larcier, Bruxelles, 2012, p.231.

المطلب الثاني

السمة التوجيهية

٣٣- السمة التوجيهية للالتزامات تعد أحد أبرز مظاهر قانون حماية البيئة الفرنسي. لعل أحد أبرز الإشكاليات التي تقترن بدراسة نصوص قانون حماية البيئة الفرنسي، لاسيما في مبادئه الأساسية، وفي القلب منها مبدأ الوقاية، هو غلبة السمة التوجيهية على الالتزامات التي يفرضها؛ فالالتزامات التي يمكن الاستناد للنص القانوني في تقريرها تتسم بقدر كبير من العموم، وربما عدم التحديد، إلى الحد الذي قد يصل إلى الغموض والإبهام. فقاعدة السلوك التي تجد مصدرها في النص قد لا تزودنا بإجابات واضحة، ومحددة، ومباشرة، عما يجب أن يكون عليه السلوك المشروع من منظور قانون البيئة. وهو ما يمكن أن ينعكس على الصفة الإلزامية للقاعدة القانونية المستخرجة من النص.

وفيما يتعلق بمبدأ الوقاية كأحد المبادئ الأساسية لقانون حماية البيئة، فس نجد أن المشرع في تقريره أن "مبدأ الوقاية من الانتهاكات البيئية وتصحيحها، عن طريق إجراءات تستهدف بالأولوية مصدر هذه الانتهاكات، باستخدام أفضل الوسائل التكنولوجية المتاحة بتكلفة اقتصادية مقبولة"، يرهن الإجابة على التساؤل المتعلق بمشروعية السلوك من منظور مبدأ الوقاية، بحل معادلة ذات أبعاد بيئية واقتصادية. وغني عن البيان أن الإجابة عن التساؤل الذي تطرحه هذه المعادلة لن يكون واحداً، وإنما يترك مجالاً مفتوحاً لإجابات متعددة.

ومن ثم، فإن الالتزامات النابعة عن المبدأ يمكن وصفها بالعموم الشديد، وتحوطها لدرجة كبيرة عدم التحديد. فكأن المشرع يكتفي برسم خطوط توجيهية للمخاطبين بالقاعدة القانونية، يتعين على هؤلاء التقيد بها بقدر

الإمكان، دون استبعاد الابتعاد عنها إذ وجد ما يبرر ذلك. وهو ما يؤدي إلى ضعف عنصر الإلزام المقترن بهذه القاعدة.

وفي المقابل، فإن تبني المشرع في صياغته لمبدأ الوقاية لنص تغلب عليه السمة التوجيهية، بما يعنيه ذلك من ضعف في عنصر الإلزام المقترن بالقاعدة، لا يعبر عن عيب في صياغة المبدأ بقدر ما يعبر عن تحييد أسلوب القانون المرن في بعض مجالات النشاط التشريعي التي تتسم بطبيعة خاصة. وهي النتيجة التي انتهى إليها مجلس الدولة الفرنسي في تقريره المعنون بالقانون المرن.

وستتولى في الفرع الأول معالجة عدم وضوح الالتزامات، ثم نتولى في الفرع الثاني معالجة ضعف عنصر الإلزام.

الفرع الأول

عدم وضوح الالتزامات

٣٤- تحديد الالتزامات بناء على معادلة ذات أبعاد متعددة. ينبع عدم وضوح الالتزامات القانونية التي يفرضها مبدأ الوقاية من تبني المشرع، بنصه على أن تكون الوقاية " باستخدام أفضل الوسائل التكنولوجية المتاحة بتكلفة اقتصادية مقبولة"، لمعادلة ذات أبعاد: بيئية-اقتصادية، يتوقف على حلها تحديد الالتزامات النابعة عن المبدأ. علاوة على ذلك، فإن هذه المعادلة تكتسب طابع التعقيد بالنظر إلى أن كل عنصر من عناصرها يعوزه الوضوح والإنضباط، وقد يتوقف تحديده، هو الآخر، على عناصر أخرى خارجية.

وسنلقي الضوء أولاً على البعد البيئي للمعادلة، ونوضح ثانياً البعد الاقتصادي.

أولاً: البعد البيئي

٣٥- حماية البيئة عن طريق أفضل الوسائل التكنولوجية المتاحة: عبارة يكتنفها الغموض. وفقاً لنص المادة ١١٠-٢ من قانون حماية البيئة الفرنسي، فإن المشرع الفرنسي يعتمد في تطبيقه لمبدأ الوقاية على "استخدام أفضل الوسائل التكنولوجية المتاحة".

وتعكس صياغة المادة السابقة تبني المشرع لأسلوب خاص، يقوم على استخدام عبارات وألفاظ رنانة، تنطوي على صيغ تفضيل، وربما مبالغة. واستخدام هذا الأسلوب "الخاص" في صياغة العديد من نصوص قانون البيئة يبدو متأثراً، إلى حد بعيد، بأسلوب صياغة الإعلانات والمعاهدات الدولية الخاصة بحماية البيئة، والتي تولي إهتماماً كبيراً بالتأثير الدعائي والإعلامي^١.

وتظهر خصوصية الأسلوب السابق بالمقارنة بذلك المستخدم في صياغة التشريعات العادية؛ فهو يبدو أمراً غير معتاد في صياغة التشريعات العادية بالنظر أولاً لما يجب أن تكون عليه القاعدة القانونية من وضوح من ناحية المضمون. في حين أن استخدام هذا الأسلوب "الدعائي" في الصياغة يقود في النهاية إلى قاعدة غير واضحة المضمون، على الأقل من وجهة النظر القانونية، وربما تحتاج لتفسير. وبالنظر ثانياً لمدى إمكان تحقيق الالتزام الناتج عن القاعدة القانونية على أرض الواقع، في ضوء مختلف الظروف التي تحكم فاعلية القاعدة القانونية^٢.

وهو ما يمكن توضيحه من خلال تتبع المناقشات التي دارت بالبرلمان الفرنسي، إبان مناقشة نص المشروع الأساسي المقدم من الحكومة للقانون

^١ جيوم بونيل، رسالته للدكتوراه، مرجع سابق،

G. BONNEL, *Les principes juridiques écrits et le droit de l'environnement*, op.cit., p. 154.

^٢ يراجع بالفرنسية،

V. CHAMPEIL-DESPLATS et E. MILLARD, "Penser l'efficacité de la norme". Keio Hôgaku, 2014, p.368 et s.

الذي صدر بعد ذلك في ٢ فبراير ١٩٩٥، لاسيما تلك التي دارت بمجلس الشيوخ الفرنسي. فقد استرعت عبارة " أفضل الوسائل التكنولوجية" إهتمام النواب بالمجلس. وذلك بالنظر سواء لعدم وضوح الالتزامات التي يفرضها هذا النص أو لصعوبة تحقيقها. ولذلك فليس من المستغرب أن نجد العديد من الاقتراحات التي كانت تستهدف استبدال هذه العبارة.

فقد كان من ضمن الاقتراحات، اقتراح مقتضاه استبدال عبارة الوسائل التي تمت تجربتها *les techniques éprouvées*، بعبارة " أفضل الوسائل التكنولوجية". ويبدو أن دافع الاقتراح السابق كان النظر للشق العملي المتمثل في اللجوء إلى الوسائل التي أثبتت فاعليتها عن طريق التجربة. فالمزايا التي توفرها هذه الوسائل، وكذلك العيوب التي يمكن أن تتجم عن تطبيقها، المفترض أن تكون قد اتضحت من خلال تجربتها. في حين أن "أفضل الوسائل التكنولوجية المتاحة"، يمكن أن تكون ما تزال محل جدل وشك بالنظر إلى حداتها.

كذلك فإن عبارة "الوسائل التي تمت تجربتها" تبدو في الحقيقة أكثر مراعاة للبعد الاقتصادي للمشروع من عبارة " أفضل الوسائل التكنولوجية".

ولكن تم استبعاد الاقتراح السابق بعد دفاع وزير البيئة الفرنسي عن العبارة الواردة في مشروع الاقتراح المقدم للبرلمان. وذلك على أساس أن عبارة أفضل الوسائل التكنولوجية هي العبارة الأكثر توافقاً مع توجيهات

¹ انظر في تفصيل الاقتراح مضبطة مجلس الشيوخ الفرنسي،

Amendement n° 272, déposé par A. VASSELLE, JO Débats parlementaires, Sénat, Compte rendu intégral de la séance du 12 octobre 1994, page 4174.

مشار إليه في المرجع التالي،

C. CANS, " Grand et petite histoire des principes généraux du droit de l'environnement", RJE, 1995, n°2, p. 212.

الاتحاد الأوروبي ومع المواثيق الدولية المهمة بحماية البيئة¹. ووفقاً لدفاع وزير البيئة الفرنسي، فإن استعمال عبارة الوسائل التي تمت تجربتها يمكن أن يفقد فجوة في مجال حماية البيئة بين الدول المتقدمة المهمة بحماية البيئة، وحماية البيئة في فرنسا. فالأولى سوف تطبق أفضل الوسائل التكنولوجية التي تمخض عنها التقدم، في حين تكتفي فرنسا بالوسائل المتبعة منذ القدم، والتي تمت تجربتها. كما أنه يمكن أن يؤدي أيضاً لإدانة فرنسا من قبل الاتحاد الأوروبي لعدم التزامها بتوجيهاته.

ولا يفوتنا أن نشير أن هناك اقتراحات أخرى كانت قد قدمت عند مناقشة المشروع أمام البرلمان، مثل اقتراح عبارة الوسائل الفعالة " *techniques efficace*"²، وعبارة " أفضل الوسائل الفعالة المتاحة " *les techniques efficaces disponibles*"³. ولكن يبدو أن رغبة الدولة الفرنسية في التوافق التام مع توجيهات الاتحاد الأوروبي في مجال حماية البيئة قد دفعها لتبني عبارة أفضل الوسائل التكنولوجية الواردة في توجيهات الاتحاد الأوروبي⁴.

٣٦- الالتزام بحماية البيئة عن طريق أفضل الوسائل يتم تفسيره على ضوء توجيهات الاتحاد الأوروبي. ومن الجدير بالذكر أن الالتزام بتطبيق أفضل الوسائل التكنولوجية المتاحة ليس بعيداً عن الفاعلية. فإذا كان القانون

¹ انظر في تفصيل أكبر، جيوم بونيل، المبادئ القانونية المكتوبة وقانون حماية البيئة، رسالة دكتوراه،

G. BONNEL, *Les principes juridiques écrits et le droit de l'environnement*, op.cit., p. 155.

² يراجع بالفرنسية،

Amendement n° 28, mentionné par C. CANS, ibid., page 213

³ انظر مضبوطة مجلس الشيوخ الفرنسي،

Amendement n° 74, déposé par les sénateurs J. BELLANGER, R. LAUCOURNET et le groupe socialistes, JO Débats parlementaires, Sénat, Compte rendu intégral de la séance du 16 janvier 1995, ibid..

⁴ انظر في تفصيل أكبر، جيوم بونيل، المبادئ القانونية المكتوبة وقانون حماية البيئة، رسالة دكتوراه، مرجع سابق،

G. BONNEL, *Les principes juridiques écrits et le droit de l'environnement*, op. cit., p. 155.

الفرنسي لم يتضمن بيان لكيفية تحديد الأفضلية من الناحية التكنولوجية، فإن توجيهات الاتحاد الأوروبي قد تولت بيان المقصود بعبارة " أفضل الوسائل التكنولوجية المتاحة". فقد عرف التوجيه الصادر من مجلس الاتحاد الأوروبي برقم ٦١/٩٦ في ٢٤ سبتمبر ١٩٩٦، والمتعلق بالوقاية وتقليل التلوث، أفضل الوسائل التكنولوجية المتاحة على أنها الوسائل التكنولوجية المستخدمة في مزاولة النشاط، أو في إقامة المنشأة التي يزاول فيها النشاط، الأكثر فاعلية في الحصول على مستوى مرتفع من حماية البيئة في مجموعها¹. فمعايير الأفضلية يتحدد بناء على الفاعلية *efficacité*. فكلما كانت الوسيلة أكثر في جدواها البيئية كلما كانت فاعليتها أفضل في حماية البيئة من خطر الانتهاكات.

كذلك فإن التوجيه السابق ينص على أنه في مقام المفاضلة بين الوسائل التكنولوجية يتعين النظر للبيئة في مجموعها. فقد تكون الوسيلة المستخدمة في حماية البيئة تحقق منافع بيئية كبيرة في جانب من جوانبها، إلا أن أثارها على بعض الجوانب الأخرى قد تكون سيئة. أو تحقق حماية فعالة في جانب، ولكنها أقل فاعلية في جانب آخر. فيتعين عند المقارنة بين الوسائل المستخدمة لوقاية البيئة من خطر الانتهاكات البيئية أو الحد من أضرار هذه الانتهاكات، النظر لمسألة حماية البيئة من كل جوانبها.

ولا يفوتنا أخيراً أن نشير إلى أن الالتزام النابع من المادة ل١١٠-٢ بتبني أفضل الوسائل التكنولوجية يعكس أحد أهم خصائص قانون حماية البيئة، وهي : العلاقة الوثيقة بين هذا الفرع من فروع القانون والعلم. فقانون حماية البيئة هو بالأساس قانون يقوم على التقدم العلمي.

¹ نص التوجيه الصادر من مجلس برقم ٦١/٩٦ في ٢٤ سبتمبر ١٩٩٦، والمتعلق بالوقاية وتقليل التلوث، في نسخته الفرنسية على أنه،

"Les technologies employées, ou la conception même d'une installation, la plus efficace pour atteindre un niveau général élevé de protection de l'environnement dans son ensemble"

ثانياً: البعد الاقتصادي

٣٧- تقييد الإجراءات الحمائية بقيد اقتصادي يقود إلى اعتماد مبدأ التناسب بين الوسائل والتكاليف. تسعى المادة ل ١١٠ -٢ من قانون حماية البيئة الفرنسي، بنصها على أن تكون حماية البيئة عن طريق "استخدام أفضل الوسائل التكنولوجية المتاحة بتكلفة اقتصادية مقبولة"، إلى إيجاد نوع من التوازن بين أمرين: حماية البيئة من ناحية، والاعتبارات الاقتصادية والاجتماعية من ناحية أخرى.

فمن ناحية، هناك اعتبارات الفاعلية في حماية البيئة. وهذه الاعتبارات تتحقق عن طريق استخدام أفضل ما توصل إليه العلم من وسائل في حماية البيئة. وهو ما يفرض استخدام أفضل الوسائل والتدابير بهدف وقاية البيئة من الأضرار التي تسببها الأنشطة الضارة بالبيئة، أو على الأقل الحد من هذه الأضرار.

ومن ناحية أخرى، هناك الاعتبارات الاقتصادية التي توجب أن تكون هذه الوسائل بتكلفة مادية مقبولة. وهو ما ينتج عنه أنه في الحالة التي يكون فيها اللجوء إلى الوسائل التكنولوجية المتاحة ينطوي على تكاليف باهظة لا يستطيع المشروع تحملها، فإنه لا يلتزم بهذه الوسائل حتى ولو كانت الأفضل. فيستطيع في هذه الحالة اللجوء إلى بدائل تكنولوجية أخرى أقل تكلفة، حتى ولو لم تكن تحقق نفس فاعلية الوسائل الأولى.

وعلى كل حال، فإن الالتزام الملقي على عاتق المشروعات باستخدام أفضل الوسائل التكنولوجية المتاحة بتكلفة مقبولة، يضع التزام على المشروعات بمتابعة ما يفرزه التطور العلمي الذي لا يتوقف. فيتعين على هذه المشروعات متى ظهرت وسائل تكنولوجية جديدة أفضل في تحقيق هدف حماية البيئة أن تبادر إلى اعتماد هذه الوسائل. وتستطيع جهة الإدارة بناء

على نص المادة السابقة إلزام هذه المشروعات بتبني الوسائل الحديثة التي يفرزها التقدم العلمي والتكنولوجي.

والحقيقة أن توجيهات الاتحاد الأوروبي التي تلتزم بها الدول الأعضاء في الاتحاد تأخذ هي الأخرى، بعين الاعتبار العديد من الاعتبارات المتعلقة بالتكلفة الاقتصادية للوسائل المستخدمة بهدف حماية البيئة.

فينص التوجيه الصادر في ٦١/٩٦ الصادر في ٢٤ سبتمبر ٢٠١٠ على أن أفضل الوسائل التكنولوجية التي يتعين على أصحاب المشروعات استخدامها بغرض حماية البيئة، تفترض أن تكون " متاحة من الناحية الاقتصادية والتكنولوجية، مع الأخذ في الاعتبار التكاليف والمزايا (...) وذلك من أجل أن يستطيع صاحب النشاط المعنى الحصول عليها وفقاً لشروط معقولة"¹.

والمعادلة التي تقيمها المادة السابقة بين المنافع التي تعود على حماية البيئة من تطبيق المبدأ، والتكاليف الاقتصادية التي يتكبدها أصحاب الأنشطة الاقتصادية، تؤدي لإيجاد مكان لتطبيق مبدأ "التناسب" بين التكاليف والمنافع *le principe de proportionnalité*.

نخلص مما سبق إلى أن الالتزامات التي يفرضها مبدأ الوقاية في قانون حماية البيئة الفرنسي تبدو لحد بعيد غير محددة المعالم. فمن ناحية، فإن عبارة أفضل الوسائل التكنولوجية هي عبارة يعوزها الوضوح. وهو ما يؤدي في النهاية لتفسيرها على ضوء توجيهات الاتحاد الأوروبي. وهذه الأخيرة لا تنتمي بالأساس لقواعد القانون الداخلي، وإنما تعد قواعد دولية إقليمية. ومن

¹ ينص التوجيه الصادر في ٦١/٩٦ الصادر في ٢٤ سبتمبر ٢٠١٠، في نسخته الفرنسية على أنه، "Des conditions economiquement et techniquement viable, en pregnant en consideration les coutes et les avantages (...) pour autant que l'exploitant concerné puisse y avoir acces dans des conditions raisonnables".

Directiv 2010/75, du 24 novembre 2010, article 3-10

ناحية أخرى، فإن المشرع قد أقام معادلة بين الإجراءات الحمائية والتكاليف الاقتصادية.

الفرع الثاني

ضعف عنصر الإلزام

٣٨- أسلوب النموذج في الصياغة القانونية والسمة التوافقية نصياغة مبدأ الوقاية في القانون الفرنسي. إن صياغة نص المادة ل ١١٠-٢، السابق عرضها، تعكس في حقيقتها معادلة توافقية ذات طبيعة سياسية بين اعتبارات حماية البيئة والمدافعين عنها من جهة، والاعتبارات الاقتصادية والاجتماعية والمدافعين عنها من جهة أخرى. وفي ظل هذا البعد التوافقي، فمن الطبيعي أن يخرج الالتزام في صورة تحفيز للمخاطبين بالقاعدة باستخدام أفضل الوسائل التكنولوجية المتاحة، أكثر من إلزام لهم بذلك.

هذه النتيجة الأخيرة تبدو أكثر وضوحاً، على ضوء الملاحظات السابق إيدائها، من خلال إعادة قراءة نص المادة ١١٠-٢، والتي تنص على أن "مبدأ الوقاية والتصحيح (...). باستخدام أفضل الوسائل التكنولوجية المتاحة بتكلفة اقتصادية مقبولة". في حين أن عنصر الإلزام كان سيبدو أكثر قوة في حالة استخدام عبارة " مبدأ الوقاية والتصحيح (...). يكون باستخدام أفضل الوسائل التكنولوجية المتاحة بتكلفة اقتصادية مقبولة".

فكأن القاعدة القانونية التي صاغها المشرع الفرنسي في قانون حماية البيئة، تتضمن نموذجاً عاماً لما يجب أن يكون عليه السلوك من منظور مبدأ الوقاية، بأن تكون حماية البيئة باستخدام أفضل الوسائل التكنولوجية المتاحة. ولكن هذا النموذج له طابع إسترشادي، بمعنى أنه يتعين على أصحاب المشروعات التقيد به، قدر الإمكان. ولكن في المقابل، فإن السلوك يمكن أن يبتعد عن هذا النموذج الإسترشادي الذي ترسمه القاعدة السابقة، ويكون في

نفس الوقت مشروع من وجهة نظر القانون، في حال كون التكاليف الاقتصادية لاستعمال هذه الوسائل غير مقبولة.

وهكذا، فإن نص المادة ل ١١٠-١، يعكس أهم سمات ما يطلق عليه القانون الناعم أو المرن، والتي تتمثل في ضعف عنصر الإلزام وغلبة السمة التوجيهية على قاعدة السلوك التي يمكن استخلاصها من هذا النص.

٣٩- مبدأ الوقاية من منظور ظاهرة القانون المرن. إن ضعف عنصر الإلزام المقترن بمبدأ الوقاية، النابع بالأساس من صياغة نص المادة ١١٠-١، والتي تغلب عليها السمة التوجيهية، يثير لدى البعض^١ مخاوف من إساءة استخدامه بواسطة أصحاب المشروعات؛ فأصحاب المشروعات والأشطة الملوثة للبيئة قد يتذرعون بالأهمية الاقتصادية للتكاليف التي يمكن أن يتكبدها من جراء تطبيق الوسائل التكنولوجية الحديثة، وذلك بهدف الحفاظ على أرباحهم. وهو ما يستوجب تدخلاً من قبل جهة الإدارة لفرض هذه الوسائل إعمالاً لنص المادة ل ١١٠-٢ السابق الإشارة إليه. بل إن الإدارة بدورها قد تتذرع بمبدأ التناسب السابق لعدم فرض هذه المعايير تشجيعاً، أو ربما إنحيازاً، للمستثمرين، وتغليظاً للاعتبارات الاقتصادية.

ومن ثم، فإن اللجوء إلى القانون الناعم في صياغة مبدأ الوقاية، كأحد المبادئ الأساسية لقانون حماية البيئة، يعبر من وجهة نظر هذا الاتجاه عن أمر مننقد، بصفة خاصة بالنظر إلى ما يجب أن تكون عليه القاعدة القانونية من وضوح. فهذا الوضوح هو وحده ما يمكن أن يسهم في كفالة مبدأ الأمن القانوني، الذي يوجب أن يكون لدى الأفراد قواعد سلوك واضحة، ومحددة، ومنضبطة، يستطيعون بناء عليها التصرف، ومواءمة سلوكهم مع مقتضى القاعدة القانونية.

^١ أنظر، الأستاذة أجات فان لونج، قانون حماية البيئة، مرجع سابق،

A. VAN LANG, *Droit de l'environnement*, op.cit., p.

B.

٤٠- الخلاف حول ضعف عنصر الإلزام النابع من صياغة مبدأ الوقاية يسجل في إطار أعم من الخلاف حول ظاهرة القانون المرن. وبهذا، فإن وجهة النظر السابقة المنقذة لاستخدام القانون الناعم في صياغة مبدأ الوقاية تنحاز إلى اتجاه أكبر في علم القانون ينظر إلى اللجوء إلى القانون الناعم باعتباره ظاهرة سلبية، تعبر عن الابتعاد عما يجب أن تكون عليه القاعدة القانونية من وضوح وإلزام، فهو يعبر عن تراجع في جودة القاعدة القانونية مقارنة بالنموذج الوضعي لهذه القاعدة^١. فوفقاً لتصوير العلامة النمساوي كلسن لهذه القاعدة، فإن القاعدة القانونية هي قاعدة سلوك عامة ومجردة، تتميز بالإلزام المقترن بوجود جزاء مادي تطبقه الفئة المسيطرة في الجماعة، وهو ما يكفل لهذه القاعدة التطبيق.

ويبدو أن مجلس الدولة الفرنسي كان يميل لهذا الاتجاه الفقهي في تقريره الصادر في عام ١٩٩١، بعنوان مبدأ الأمن القانوني^٢. فقد رأى مجلس الدولة أن التشريعات التي تتبنى أسلوب القانون المرن تمثل تهديداً لمبدأ الأمن القانوني، الذي يوجب أن تكون قاعدة السلوك التي تجد مصدرها في التشريع، واضحة ومحددة حتى يستطيع الأفراد موامة تصرفاتهم وفقاً لها. ومن هذا المنطلق، فقد انتقد القاضي الإداري الفرنسي التشريعات واللوائح التي تخلو من هذا الوضوح والتحديد، سواء تلك التي نتجرت منه كلية، أو حتى تلك التي تتسم به جزئياً. وهو نفس الموقف الذي اتخذته المجلس عام ٢٠٠٨ في دراسته السنوية، التي خصتها للعقود الحكومية^٣.

^١ يراجع بالفرنسية،

C.THIBIERGE, "Le droit souple : réflexion sur les textures du droit", *RTD civ.* 2003, p. 599 et s.

^٢ يراجع تقرير مجلس الدولة الفرنسي لعام ١٩٩١، المعنون بمبدأ الأمن القانوني، Conseil d'Etat, Rapport annuel, 1991, *Securité juridique et complexité du droit*, EDCE, n° 43.

^٣ يراجع تقرير المجلس لعام ٢٠٠٨،

ولعل الموقف السابق لمجلس الدولة الفرنسي شجع المجلس الدستوري في قراره الصادر في ٢٩ يوليو ٢٠٠٤^١، إلى الانتهاء لأن القانون باعتباره أداة التعبير عن الإرادة العامة للأمة، هو وسيلة لسن القواعد القانونية التي تنظم شتى نواحي الحياة في المجتمع. وهو ما يوجب أن تستوفي هذه القواعد حد أدنى من الوضوح والتحديد، وإلا تكون قد خالفت ما تقتضيه قواعد الدستور، ومن ثم يتعين إعلان عدم دستوريته.

وعلى العكس من هذا الاتجاه، فإن هناك اتجاه آخر متنامي في الفقه الفرنسي^٢، مال إليه مؤخراً مجلس الدولة الفرنسي في تقريره الصادر في عام

Conseil d'État, Rapp. annuel, *Le contrat, mode d'action publique et de production des normes*, EDCE, 2008.

^١ يراجع قرار المجلس الدستوري رقم ٥٠٠ لسنة ٢٠٠٤، الصادر في ٢٩ يوليو ٢٠٠٤، CC, n° 2004-500 DC, du 29 juillet 2004, *Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales*, Rec. CC., p.116.

« Considérant, de plus, qu'il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34 ; qu'à cet égard, le principe de clarté de la loi, qui découle du même article de la Constitution, et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789, lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi ; ».

^٢ يراجع بالفرنسية على سبيل المثال،

J. CARBONNIER, *Flexible droit*, Paris, LGDJ, 5^e éd., 1983.; J. CHEVALLIER, "Vers un droit post-moderne", in J. Clam et G. Martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, L.G.D.J, 1998; J. Chevallier, *L'État post-moderne*, Paris, L.G.D.J, 2003.

يراجع على وجه الخصوص ، المؤتمر الذي نظّمته جمعية هنري كابتن، لدراسة موضوع القانون المرن، والذي تم نشره في ٢٠٠٩ بواسطة دالوز،

Cf. A-S BARTHEZ, V. LASSERRE-KIESOW, G. CHANTEPIE, M. MEKKI, P. DEUMIER, C. PERES, Ch. JUBAULT, C. THIBIERGE, *Le droit souple*, Paris, Dalloz, 2009.

٢٠١٣، الذي خصصه لمعالجة ظاهرة القانون الناعم بصفة عامة^١، مقتضاه إبراز جدوى استخدام القانون الناعم في بعض مجالات التدخل التشريعي التي تتسم بخصوصية معينة، والتي تجعل من استخدام هذا الأسلوب في سن التشريعات أكثر في جداوه وفاعليته من القانون الجامد، وذلك بشروط وضوابط تناولها المجلس في تقريره لعام ٢٠١٣.

فوفقاً لتقرير مجلس الدولة الأخير^٢، فإن تنامي استخدام القانون المرن في التشريع إنما يعبر عن ظاهرة تغزو العديد من الفروع القانونية ومجالات التدخل التشريعي. ومن شأن استخدام القانون المرن، بالضوابط التي أشار إليها المجلس في تقريره، المساهمة في تنمية نموذج جديد للقاعدة القانونية، يتسم بالقطيعة مع النموذج الكلسني، الذي يتميز بالإلزام المرتكز على عنصر الجزاء المادي.

هذا النموذج الجديد يمكن، إذا ما أحسن استخدامه، أن يحقق فائدة متبادلة للدولة وللمخاطبين بالقاعدة. فمن ناحية الدولة، فإن اعتماد القانون المرن كأحد أشكال التدخل التشريعي، يسهم في توسيع الأشكال التي يتخذها التدخل التشريعي. وهو ما يضع تحت يد الدولة، بأجهزتها وسلطاتها، وسائل جديدة

^١ يراجع بالفرنسية، تقرير مجلس الدولة لعام ٢٠١٣، المعنون بالقانون المرن، Conseil d'Etat, Rapport annuel *Le droit souple*, 2013.

متاح للتحميل على موقع الأرشيف الفرنسي، تمت إسنارته بتاريخ ٢٠١٩/٥/٢، <https://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/144000280/index.shtml>

بصد التعليقات الفقهية على هذا التقرير، يراجع بالفرنسية على واجه الخصوص،

M. ROBINEAU et N. EMERIC, "Prendre le droit souple au sérieux ? À propos de l'étude annuelle du Conseil d'État pour 2013", *La Semaine Juridique*, Ed. générale, n° 43, 21 Octobre 2013, doctr. P.1116.

^٢ بشأن شروط وضوابط استخدام القانون المرن والمخاطر التي تمكن أن تنجم عن إستعماله يراجع الجزء الثاني من تقرير مجلس الدولة لعام ٢٠١٣، السابق الإشارة إليه،

Conseil d'Etat, Rapport annuel, 2013, n°, p. et 85 s.

^٣ يراجع الجزء الأول من التقرير السنوي لمجلس الدولة المخصص لرصد تنامي استخدام أسلوب القانون المرن،

ibidem, p. 23 et s.

للحركة والمناورة. ومن ناحية المخاطبين بالقاعدة، فهؤلاء يجدون أنفسهم في موقف أكثر إنفتاحاً من التقييد المرتبط بالقاعدة الجامدة. وهو ما يمكن أن يؤدي لإيجاد حلول متعددة، كبديل عن الحل الواحد الذي تقوم عليه القاعدة الجامدة¹.

٤١- قانون حماية البيئة يتسم بعدد من الخصائص التي تدفع نحو تحييد استخدام القانون المرن. الحقيقة أن المنطق السابق الذي أبرزه مجلس الدولة في تقريره عن القانون الناعم ينطبق إلى حد بعيد في مجال بحثنا المنصب على دراسة مبدأ الوقاية كأحد المبادئ الأساسية التي يقوم عليها قانون حماية البيئة؛ فالتدخل بفرض التزام قانوني واضح بحماية البيئة بتطبيق أفضل الوسائل التكنولوجية المتاحة، دون مراعاة للاعتبارات الأخرى لاسيما الاقتصادية، يمكن أن يؤدي حالئذ إلى نتائج غير مرغوب فيها، تتجاوز غرض المشرع من تقرير مبدأ الوقاية. كإغلاق العديد من الأنشطة لعدم قدرتها على تحمل تكاليف أفضل الوسائل التكنولوجية المتاحة، أو حتى إعاقة نمو النشاط المعني لتحمل مزاويله بتكاليف مالية باهظة كنتيجة لتطبيق المبدأ. ومن ثم، يتضح أن استعمال المشرع للقانون المرن في هذه الحالة، كبديل عن القانون الجامد، يبدو أكثر مناسبة للموضوع محل الدراسة.

كذلك فإن مجلس الدولة أشار في تقريره السالف الإشارة إليه إلى عدد من العوامل التي تدفع في اتجاه تحييد القانون المرن، هذه العوامل تنطبق إلى حد بعيد في المجال موضوع الدراسة. ويمكن تلخيص هذه العوامل في التالي:

أولاً: التطور السريع الذي يتميز به المجال محل البحث. فوفقاً لتقرير مجلس الدولة الفرنسي لعام ٢٠١٣، فإن قواعد القانون المرن تبدو أكثر توافقاً

¹ يراجع خاتمة التقرير،

في حالة معالجة الظواهر التي تتميز بالتغير السريع، أو التي لم تتضح أبعادها بعد على نحو كامل، وهو ما يمثل عائقاً أمام المشرع في التدخل بفرض قواعد القانون الجامد.

والمنطق السابق ينطبق إلى حد بعيد فيما يتعلق بقانون حماية البيئة، باعتباره فرع قانوني جديد يتميز بالتطور السريع. فالعديد من مبادئه لم تتبلور بعد بشكل كافي، ومنها مبدأ الوقاية. وقد سبق أن سلطنا الضوء على الخلط بصدد هوية ومضمون المبدأ¹. ومن ثم، فإن الاعتماد على القانون الجامد يبدو غير مناسب، لاسيما بالنظر لعدم وضوح مضمون المبدأ بعد بشكل تام.

أما بصدد الإجراءات الوقائية التي يفرضها مبدأ الوقاية، فإن التقدم العلمي السريع، يؤدي لتغير مماثل في أفضلية الوسائل التقنية التي يمكن الاعتماد عليها للوقاية من الانتهاكات البيئية. ومن غير المناسب إلزام أصحاب الأنشطة بمقتضى قاعدة من قواعد القانون الجامد، بمواكبة هذه التغيرات السريعة، فوراً، وكلما ظهرت وسائل جديدة أكثر فاعلية؛ فذلك من شأنه أن يكبدهم خسائر فادحة. على العكس من ذلك، فإن في تحفيزهم على تبني هذه الحلول بقاعدة من قواعد القانون المرن، ما يمكن أن يكون أكثر في واقعيته، وأكبر في جدواه، في إدراك الغرض من التدخل.

ومن ثم، فإن الطبيعة الخاصة للمجال الذي يتدخل فيه المشرع، والتي تتمثل في تدخله في مجال يتسم بالتطور السريع، إضافة إلى البعد التقني، لمعالجة ظاهرة لم تتضح بعد كل أبعادها بالشكل الكافي، كلها أمور من شأنها أن تدفع نحو تحبيذ خيار القانون المرن.

ثانياً: ضرورة توافر حد أدنى من التوافق المجتمعي بصدد القاعدة القانونية. على اعتبار أن هذا التوافق يعد أحد أهم محددات فاعلية القاعدة

¹ يراجع ما سبق بيانه، على وجه الخصوص فقرة رقم ٢٦ وما بعدها.

القانونية. وهو ما يستوجب إجراء حوار مجتمعي تكون نتيجته محل اعتبار من المشرع في صياغته للقاعدة القانونية. ولعل هذا العامل ما يبرر الصياغة التوافقية لمبدأ الوقاية؛ فمن شأن استخدام قواعد القانون الجامد في فرض مقتضيات مبدأ الوقاية أن يؤدي إلى معارضة شديدة من قبل أصحاب المصالح في الأنشطة المتضررة. هذه المعارضة يمكن أن يكون لها تأثير مضاد على فاعلية القاعدة القانونية، أي على مدى قدرتها على تحقيق الأهداف التي من أجلها تم سن هذه القاعدة. ومن ثم فيتعين الأخذ في الاعتبار المصالح المشروعة لأصحاب الأنشطة، وهم المخاطبين بالأساس بالقاعدة القانونية التي تكرر مبدأ الوقاية، الذين يتوقف على تجاوبهم مدى نجاح القاعدة في تحقيق غرضها.

ثالثاً: ضرورة استخدام إستراتيجية تقوم على التدرج في الإلزام، في الحالات التي يرغب فيها المشرع إحداث أثر معين بناء على بزوغ قاعدة جديدة في النظام القانوني. فاستخدام أسلوب القانون المرن يمكن أن يكون بمثابة خطوة تمهيدية، تسبق تدخل المشرع بقواعد تنتمي لنطاق القانون التقليدي الجامد.

٤٢- الخلاصة. نخلص مما سبق إلى أن مبدأ الوقاية في قانون حماية البيئة الفرنسي وعلى الرغم من التقدم الذي أحرزه، ما يزال في طور التكوين؛ فأبعاده ومقتضياته لم تتضح بعد بالقدر الكافي على المستوى التشريعي. وهو ما قد يبدو طبيعياً بالنظر إلى عاملين أساسيين: الأول يمثل أحد أبرز خصائص الفرع القانوني الذي ينتمي إليه هذا المبدأ، وهي صفة الحداثة التي ترتبط بقانون حماية البيئة. والثاني يكمن في الطابع التقني لقانون حماية البيئة، النابع من إرتباطه بالعلوم التجريبية. هذا الطابع التقني يجعل، هو الآخر، القانون سريع التطور. وعدم وضوح المبدأ بالقدر الكافي يلزم

المشرع بتوخي الحيطة والحذر، لاسيما في الأحوال التي يتدخل فيها المشرع لفرض التزامات معينة على أصحاب الأنشطة الضارة بالبيئة. فالاعتبارات الاقتصادية والاجتماعية يتعين وضعها في الاعتبار جنبا إلى جنب مع الاعتبارات البيئية. وهو ما دفع في النهاية المشرع الفرنسي نحو تحبيذ أسلوب القانون المرن في معالجته للالتزامات النابعة من المبدأ. وهو ما يبدو أكثر استجابة لخصوصية هذا المجال بالنظر لمعطيات الوضع الراهن.

وهكذا، فإن العرض السابق للمعالجة التشريعية لمبدأ الوقاية تظهر بجلاء خصوصية مبدأ الوقاية على المستوى التشريعي، النابعة بصفة أساسية من خصوصية الإشكاليات التي يطرحها، والتساؤلات التي يثيرها، ويبدو أن هذا الجدل قد صاحب مبدأ الوقاية حتى على مستوى المعالجة الدستورية، وهو ما يقودنا للمبحث الثاني المخصص للمعالجة الدستورية لمبدأ الوقاية.

المبحث الثاني

واجب الوقاية

في ميثاق البيئة

٤٣- عن ميثاق البيئة الفرنسي. دخل مبدأ الوقاية مرحلة جديدة في النظام القانوني الفرنسي بتبنيه في ميثاق البيئة¹، الذي تم إقراره من قبل البرلمان

¹ يرجع الفضل في اقتراح ميثاق البيئة والدفاع عنه إلى الرئيس الفرنسي الأسبق جاك شيراك، الذي وضعه كأحد بنود برنامج الإنتخابي في عام ٢٠٠٢. وبعد نجاح الرئيس شيراك في الحصول على مدة رئاسية ثانية، شكل لجنة مكونة بصفة أساسية من جامعيين برئاسة الأستاذ إيف كوبون. وإلى هذه اللجنة يرجع الفضل في تحديد محتوى الوثيقة. ثم تمت صياغة الوثيقة في شكلها القانوني الحالي بواسطة لجنة للصياغة تابعة لمجلس الوزراء.

يراجع بالعربية على وجه الخصوص، بصدد ميثاق البيئة الفرنسي بصفة عامة، سواء فيما يتعلق بالإعداد له، أو محتواه، د. رجب محمود طاجن، الإطار الدستوري للحق في البيئة، مرجع سابق، ص ٥٨ وما بعدها.

ويراجع بالفرنسية، مقال الأستاذ ميشيل بريير المنشور بمجلة المجلس الدستوري الفرنسي، M. PRIEUR, "Promesses et réalisations de la Charte de l'environnement", NCCC, 2014, n°43, p.5 et s.

كذلك لنفس المؤلف، مقاله المنشور بالمجلة الفرنسية للدراسات الدستورية والسياسية، العدد رقم ١٢٧،

مجتمعاً بمجلسيه في صورة مؤتمر: جلسة مشتركة *Congrès*¹، وصدر في شكل قانون دستوري في ٢٨ فبراير ٢٠٠٥.

وميثاق البيئة *La Charte de l'environnement*، هو وثيقة دستورية فرنسية تتخذ من حماية البيئة هدفاً لها^٢. وذلك من خلال التركيز على ثلاثة محاور رئيسية: الأول ويكمن في الاعتراف بحق الإنسان في الحياة في بيئة صحية وآمنة، وفي المقابل واجبه في المحافظة على البيئة. الثاني ويتمثل في تكريس المبادئ الأساسية لقانون حماية البيئة: كمبدأ الوقاية، ومبدأ الاحتياط، ومبدأ المسؤولية البيئية، ومبدأ التنمية المستدامة، ومبدأ المشاركة. باعتبارها

M PRIEUR, "La Charte de l'environnement : droit dur ou gadget politique", *Pouvoir*, 2008/4, n° 127, p. 49 et s.

¹ من الجدير بالذكر أن الجلسة المشتركة للبرلمان بمجلسيه الشيوخ والنواب *Congrès*، تعد بديلاً عن الاستفتاء الشعبي إذا كان اقتراح التعديل من قبل رئيس الجمهورية. فوفقاً للمادة ٨٩ من الدستور الفرنسي الصادر في ٤ أكتوبر ١٩٥٨، فإن المبادرة باقتراح التعديل يمكن أن تأتي من قبل رئيس الدولة بناء على اقتراح الوزير الأول، ويتعين أن تكون المبادرة في صورة مشروع لتعديل الدستور، أو بناء على اقتراح أي من المجلسين، وتسمى في هذه الحالة اقتراح بالتعديل. وفي كل من الحالتين، يتعين أن يتم مناقشة التعديل والموافقة عليه من قبل كل من المجلسين على حدة، وبنفس العبارات. وبعد ذلك يأتي دور المرحلة الأخيرة، وهي إقرار التعديل. ويتم هذا الإقرار بطريق الاستفتاء الشعبي كقاعدة عامة، إلا إذا كان اقتراح التعديل مصدره رئيس الجمهورية، فيمكن أن يتم إقراره في هذه الحالة بواسطة البرلمان مجتمعاً بمجلسيه في جلسة مشتركة، بأغلبية ٥/٣. لمزيد من التفصيل حول المادة ٨٩ من الدستور الفرنسي التي تبين آلية تعديل الدستور الفرنسي، يراجع بالفرنسية على وجه الخصوص، مؤلف العلامة فرنسوا لوشيرو وآخرين، دستور الجمهورية الفرنسية،

F. LUCHAIRE et G. CONAC, X. PRETOT, *La Constitution de la République française, Analyses et commentaires*, Vol. 2, Paris, Economica, 2009, p. 1030.

يراجع كذلك،

A-M. COHENDET, *Droit constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 3e éd. 2006, p. 350 et s.

² يراجع بالفرنسية القانون الدستوري رقم ٢٠٥-٢٠٠٥ الصادر في الأول من مارس ٢٠٠٥، Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005, Relative à la Charte de l'environnement, JORF, n°51, du 2 mars 2005 p. 3697, texte n° 2.

³ يراجع بالفرنسية،

G. DRAGO, "Principes directeurs d'une charte constitutionnelle de l'environnement", *AJDA* 2004, p. 133; Y. JEGOUZO, "La Charte de l'environnement", *AJDA*, 2005, 1156.

من الحقوق الأساسية للإنسان، وصياغتها على هذا الأساس. أما المحور الثالث فيمكن في محاولة توفير قدر من الفاعلية لحماية البيئة عن طريق توجيه التعليم والتدريب، والبحث العلمي والابتكار، والسياسة الدولية لفرنسا ناحية الإهتمام بحماية البيئة.

أما عن شكل الوثيقة، فهي تنقسم إلى ديباجة، وتتكون من سبع فقرات، وصلب الوثيقة الذي تمت صياغته على شكل تسع مواد. والمفترض أن تركز هذه المواد التسع 'حقوق *droits*، وواجبات *devoirs*، ومبادئ *principe*، وأهداف ذات قيمة دستورية *objectifs de valeur constitutionnelle*.

وميثاق البيئة، مثله مثل إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي، ومقدمة دستور ١٩٤٦، يعد وثيقة مستقلة عضواً عن وثيقة الدستور، وتكتسب قيمتها الدستورية من إحالة ديباجة دستور ١٩٥٨ إليها^١.

وترجع القيمة الرمزية لميثاق البيئة بالأساس إلى اعتباره نقلة هامة في مجال الحقوق والحريات الأساسية في فرنسا^٢؛ إذ أنه يترتب على إحالة

^١ يراجع بالفرنسية،

A.CAPITANI, "La Charte de l'environnement, un leurre constitutionnel ?", *RFDC*, 2005, n°63, p.493 et s; Y. JEGOUZO, "De certaines obligations environnementale, prévention précaution et responsabilité", *AJDA*, 2005, p. 1164.

^٢ يراجع بالفرنسية،

M. VERPEAUX, "La Charte de l'environnement, texte constitutionnel en dehors de la Constitution", *Envir. Numéro spécial*, 2005, p.12.

^٣ يراجع بالفرنسية،

CH. CANS. "La Charte constitutionnelle de l'environnement: évolution ou révolution du droit français de l'environnement", *Droit de l'environnement*, n°131, 2005, p. 194 et s.

يراجع بالفرنسية كذلك،

B.MATHIEU, " La constitutionnalisation du droit de l'environnement", *Journées juridiques franco-chinoises, Paris, octobre 2006*,

المقال متاح على الرابط التالي، تمت إسنثارته بتاريخ ٢٠١٨/٨/٢٩

<https://www.legiscompare.fr/web/IMG/pdf/1-Mathieu.pdf>

ديباجة دستور ١٩٥٨ إلى ميثاق البيئة، اعتبار الحقوق البيئية التي نص عليها الميثاق من قبيل الحقوق والحريات المكرسة دستورياً. وهو ما يعني أن الحقوق والحريات البيئية، التي تنتمي في الأصل لما يمكن تسميته بحقوق وحريات الجيل الثالث^١، قد أصبح لها مكان في الدستور، وأصبحت بذلك من الحقوق المكرسة دستورياً، مثلها مثل الحقوق والحريات الفردية، والحقوق والحريات الاقتصادية والاجتماعية. كما أن التكريس الدستوري للمبادئ التي يقوم عليها قانون البيئة في فرنسا من شأنه أن يقود إلى ظهور قانون دستوري للبيئة، لاسيما بالنظر لتردد المجلس الدستوري الفرنسي في الاعتراف بالقيمة الدستورية لحماية البيئة^٢.

ومن الجدير بالذكر أن الاعتراف بالقيمة الدستورية للحقوق والحريات البيئية في فرنسا، تواكب مع اتجاه عالمي نحو تكريس هذه الحقوق والحريات بنصوص دستورية^٣. وهو اتجاه متنامي بدأ في سبعينات القرن السابق. ولعل

¹ يراجع بالفرنسية حول تصنيف الحقوق والحريات، وموقع الحقوق والحريات البيئية في هذه التصنيفات،

D. ROUSSEAU, « Les droits de l'homme de la troisième génération », in *Droit constitutionnel et droit de l'homme*, Association française des constitutionnalistes, Rapport français au II^e congrès mondial de l'association internationale de droit constitutionnel, Paris - Aix-en-Provence, 31 août-5 septembre 1987, Economica, PUAM, p.125-137; R. PELLOUX, « Vrais et faux droits de l'homme problèmes de définition et de classification », *Revue de droit public*, 1981, p. 53-68.

² يراجع بصفة خاصة قرار المجلس الدستوري رقم ٢٧٧ / ٩٠، الصادر في ٢٥ يوليو ١٩٩٠، CC, n° 90-277 DC, du 25 juillet 1990, *Loi relative à la révision générale des évaluations des immeubles retenus pour la détermination des bases des impôts directs locaux*, Rec, p.70.

³ يراجع على وجه الخصوص،

V. BARBE, Le droit de l'environnement en droit constitutionnel comparé : contribution à l'étude des effets de la constitutionnalisation, Ville Congrès français de droit constitutionnel, AFDC, Paris, 25-27 septembre 2008, Atelier n°8 : Constitution, droits et devoirs, intervention intitulée, p.2: J. MORAND-SEVILLER, "L'environnement dans les constitutions étrangères", NCCC, 2014 n°43, p.42; F. MELIN

فرنسا أرادت تدارك تأخرها في تكريس الحقوق والحريات البيئية، بتخصيص ميثاق كامل لها.

وعلى الرغم من كل ما سبق، فإن العديد من التساؤلات طرحت¹، ولا تزال تطرح²، حول جدوى تكريس المشرع الدستوري للحقوق والحريات البيئية، لاسيما بالنظر لطريقة صياغة الميثاق، والتي تغلب عليها السمة الإنشائية في مواضع، وسمة العموم وعدم الوضوح في مواضع أخرى. وهو ما فتح الباب على مصراعيه لتساؤلات متعددة تتركز حول الصفة الإلزامية للميثاق، والدور الذي يمكن أن يلعبه في منازعات القانون العام، ومدى فاعليته في تحقيق الآمال المعقودة عليه.

والتساؤلات السابقة يمكن تناولها بشكل أكثر تحديداً ووضوحاً من خلال التركيز على واجب الوقاية في ميثاق البيئة.

SOUCRAMANIEN et J. PINI, *Constitution et droit de l'environnement*, Juris classeur environnement, fasc 152; V. BARBE, "Le droit de l'environnement en droit constitutionnel comparé: contribution à l'étude des effets de la constitutionnalisation", *op. cit.*, p.1.

¹ يراجع بالفرنسية على وجه الخصوص،

PH. BILLET, "La constitutionnalisation du droit de l'homme à l'environnement. Regard critique sur le projet de loi constitutionnelle relatif à la Charte de l'environnement", *RJE*, 2003, numéro spécial, p.35 et s; O. CARTON, "De l'inutilité d'une constitutionnalisation du droit de l'environnement ?", *les petites affiches*, 2005, n° 175, p.3 et s; M. PRIEUR, "La Charte de l'environnement : droit dur ou gadget politique ?", *Pouvoir*, 2008/4, n° 127, p. 49 et s. J.-L. PISSALOUX. "La constitutionnalisation non sans risque du droit de l'environnement", *La Gazette du Palais*, 2005, p.36 et s; V. BARBE, « Contribution à l'étude de l'effectivité de la constitutionnalisation en droit de l'environnement », avec F.-X. MILLET, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, avril 2009, P. 467 et s.

² بخصوص استمرار الجدل حول ميثاق البيئة، يراجع بالفرنسية على وجه الخصوص مقال الأستاذ ميشيل بريير،

Cf. M. PRIEUR, "Promesses et réalisations de la Charte de l'environnement", *op. cit.*, p.5 et s.

٤٤- عن واجب الوقاية في ميثاق البيئة الفرنسي. تنص المادة الثالثة من الميثاق الفرنسي لحماية البيئة على أنه " يجب على كل شخص، في الحدود وبالشروط التي يعينها القانون، أن يتفادى كلفة الانتهاكات التي من المحتمل أن يسببها للبيئة، وفي حالة عدم إمكان توقيها كلفة أن يحد من تبعاتها"¹.
والواضح من قراءة النص السابق، أنه يفرض على الكافة واجب بالوقاية، مقتضاه ضرورة اتخاذ إجراءات استباقية تهدف لتوقي الانتهاكات البيئية كلفة، أو على الأقل الحد منها في حالة عدم إمكان توقيها كلفة.
ومقارنة النص السابق، بالنص الوارد في قانون حماية البيئة السابق دراسته²، يظهر عدد من الأمور، لعل أبرزها اختفاء الخط بين مبدأ الوقاية والمبادئ الأساسية الأخرى لحماية البيئة. وهو ما يصب في خانة وضوح هوية واجب الوقاية، بالمقارنة بمبدأ الوقاية في نسخته التشريعية. وهو ما يمكن إبرازه على النحو التالي:

أولاً: لم يورد المشرع الدستوري ذكر مبدأ التصحيح من المصدر باعتباره مرادفاً لمبدأ الوقاية، كما هو الحال بالنسبة للنص التشريعي. ومن الجدير بالذكر أن النص الأساسي الذي كان مقترحاً من قبل لجنة كوبون، والتي يرجع إليها الفضل في تحديد محتوى ميثاق البيئة الفرنسي، كانت تنص على مبدأ التصحيح من المصدر باعتباره الوسيلة المثلى للوقاية من الانتهاكات البيئية. فقد كان مشروع الميثاق المقدم من هذه اللجنة ينص على أن " مبدأ الوقاية يقتضي أن تعطى الأولوية في مواجهة الانتهاكات التي يمكن أن تطل

¹ تنص المادة ٣ من ميثاق البيئة في نسختها الفرنسية على أن،

Article 3." Toute personne doit, dans les conditions définies par la loi, prévenir les atteintes qu'elle est susceptible de porter à l'environnement ou, à défaut, en limiter les conséquences".

² يراجع ما سبق دراسته بصدد النسخة التشريعية لمبدأ الوقاية، المبحث الأول من هذا الفصل، فقرة رقم 25 وما بعدها.

البيئة أو الصحة العامة لتصحيحها من المصدر"¹. ولكن تم حذف هذه العبارة بمعرفة لجنة الصياغة التي أعدها مجلس الوزراء، والتي يرجع إليها الفضل في مبدأ الوقاية على هيئة واجب بالوقاية. فقد رأت اللجنة المشكلة بمعرفة رئاسة الوزراء للنظر في المشروع المقدم من لجنة كويون أن مبدأ الوقاية يفرض بالضرورة أن تعطي الأولوية في مواجهة الانتهاكات البيئية لتصحيحها من المصدر².

ولكن في المقابل، فقد انتقد بعض الشراح الفرنسيين³، إغفال المشرع الدستوري في ميثاق البيئة ذكر توكي الانتهاكات البيئية بأولوية التصحيح من المصدر، الذي ورد ذكره مقروناً بمبدأ الوقاية سواء في نص المادة 110-1 السابق الإشارة إليه⁴، أو في توجيهات الاتحاد الأوروبي. ومبدأ التصحيح من

كان المشروع الأساسي لميثاق البيئة الفرنسي المقدم من لجنة كويون ينص في نسخته الفرنسية¹ على أن

"Le principe de prévention selon lequel les atteintes à l'environnement et à la santé doivent être corrigées par priorité à la source."

V. Rapport de la Commission Coppen de la préparation de la Charte de l'environnement, p.38.

التقرير متاح على موقع الأرشيف الفرنسي على الرابط التالي، وقد تمت إسنشارته بتاريخ ٢٠١٩/٣/١

<https://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/054000294.pdf>.

² انظر البيان الصحفي الصادر من مجلس الوزراء عقب الانتهاء من صياغة الاقتراح، Communiqué de presse sur le projet de la loi constitutionnelle relative à la Charte de l'environnement.

انظر في تفصيل أكبر، جيوم بونيل، المبادئ القانونية المكتوبة وقانون حماية البيئة، رسالة دكتوراه، G. BONNEL, *Les principes juridiques écrits et le droit de l'environnement*, Thèse de doctorat présentée et soutenue à l'Université de Limoge, 22 juin 2005, p. 174

³ انظر مؤلف الأستاذة أجات فان لونغ، قانون حماية البيئة، مرجع سابق، A.VAN LANG, *Droit de l'environnement*, op. cit., p.75.

⁴ انظر ما سبق بيانه بصدد الحديث عن مبدأ الوقاية في قانون حماية البيئة الفرنسي، الفرع الأول من هذا المطلب.

المصدر يعد أحد أكثر المبادئ التي يمكن أن تعتمد عليها الآلية الوقائية فاعلية في مجال حماية البيئة.

والحقيقة أننا نرى أن هذا النقد غير صائب، فكما سبق أن بينا¹، فإن مبدأ الوقاية يتضمن التصحيح من المصدر باعتباره أحد أهم الوسائل التي يمكن أن تتبع في مجال الوقاية.

ثانياً: تفادي الخلط بين مقتضيات الوقاية والمسؤولية البيئية والتنمية المستدامة. يلاحظ كذلك على نص المادة الثالثة من ميثاق البيئة، أنها لم تخلط بين مبدأ الوقاية ومبدأ المسؤولية البيئية، بإدخال تعويض الانتهاكات البيئية ضمن متطلبات الوقاية. فقد سبق أن بينا أن المشرع العادي قد خلط في القانون رقم ١٠٨٧ لسنة ٢٠١٦ الصادر في ٤ ديسمبر ٢٠١٦، بين مبدأ الوقاية والمسؤولية البيئية، بإدخال التعويض الاستباقي ضمن متطلبات الوقاية.

وفي ذات السياق، يلاحظ أن المشرع الدستوري لم يقع في الخلط، الذي وقع فيه المشرع العادي لاحقاً في القانون الصادر في ٤ أغسطس ٢٠١٦، من خلال إضافة بعد لمبدأ الوقاية يتعلق بتحسين البيئة.

مما سبق يتضح أن هوية مبدأ الوقاية، كواجب دستوري ينبع من المادة الثالثة من ميثاق البيئة، تبدو، إلى حد ما، أكثر وضوحاً من النسخة التشريعية للمبدأ، لاسيما بالنظر لما شاب هذه الأخيرة من خلط بين مبدأ الوقاية والمبادئ الأساسية الأخرى لحماية البيئة.

على الرغم من النقاط الإيجابية السابق ذكرها، فإن النسخة الدستورية لمبدأ الوقاية ليست أقل من نسخته التشريعية إثارة للجدل، فهي تثير بدورها عدداً من الإشكاليات، لعل أبرزها الطبيعة القانونية المبهمة لواجب الوقاية.

¹ انظر ما سبق بيانه في المبحث الأول، فقرة رقم ٢٩.
² يراجع ما سبق بيانه في المبحث الأول، فقرة رقم ٣١.

كما أن الالتزامات النابعة عن هذا الواجب تبدو، هي الأخرى، غير محددة على نحو واضح. فالمادة الثالثة من ميثاق البيئة ترتب التزام له صفة العموم بتوقي الانتهاكات البيئية، ربما إلى الحد الذي يخرجها إلى دائرة عدم التحديد. وهو ما يمنح الأداة التشريعية، والتي أحال إليها نص المادة الثالثة من الميثاق، سلطة تقديرية واسعة في تحديد الالتزامات التي يفرضها المبدأ. والحقيقة أن الإبهام الذي يحيط بالطبيعة القانونية لواجب الوقاية، وعدم التحديد الذي يخالط مضمونه، يجعل واجب الوقاية مشوباً بالغموض إلى أبعد الحدود. كذلك، فإن الصفة التوجيهية لمبدأ الوقاية تظل هي السمة الغالبة على الالتزامات التي يفرضها. وهو ما يظهر من خلال ترتيب أوليات الوقاية. وسنتولى في المطلب الأول بيان سمة الغموض التي تشوب طبيعة ومضمون واجب الوقاية، ثم نتولى في المطلب الثاني دراسة السمة التوجيهية لهذا الواجب.

المطلب الأول

واجب مشوب بالغموض

٤٥- واجب الوقاية: بين الطبيعة المبهمة، والمضمون غير الواضح، والسلطة التقديرية الواسعة للمشرع. على الرغم من وضوح هوية واجب الوقاية النابع من المادة الثالثة من ميثاق البيئة، بالمقارنة بمبدأ الوقاية في نسخته التشريعية، فإن الطبيعة القانونية لواجب الوقاية المكرس بمقتضى نص المادة الثالثة من الميثاق تعد أحد أكثر الموضوعات الخلافية في الفقه الفرنسي. كذلك، فإن قاعدة السلوك التي يمكن استخلاصها من هذه المادة تسترعي الاهتمام من عدد من النواحي. فهذه المادة، بنصها على أنه " يجب على كل شخص، في الحدود وبالشروط التي يعينها القانون، أن يتوقى كلية الانتهاكات التي من المحتمل أن يسببها للبيئة، وفي حالة عدم إمكان توقيها كلية أن يحد من تبعاتها "، تفرض في المقام الأول واجب دستوري، له صفة

العموم، إلى الحد الذي يصل إلى عدم التحديد. كذلك فإن هذا الالتزام يتحدد بالإحالة إلى الأداة التشريعية، وهو ما يكسب هذه الأخيرة أهمية كبيرة في تحديد مضمونه. ومن ثم، يطرح التساؤل المتعلق بجدوى تكريس مبدأ الوقاية، في صورة واجب دستوري، نفسه بقوة.

وفي المقابل، فإن العوامل التي تؤدي لعدم وضوح الالتزامات النابعة من مبدأ الوقاية، كواجب دستوري، سواء فيما يتعلق بالنطاق العام للالتزام، أو بدور الأداة التشريعية في تحديد مضمون هذه الالتزامات، تبدو كلها أمور مقصودة ومبررة. وذلك بالنظر لطبيعة وخصائص المجال محل الدراسة. كما أن تكريس المشرع الدستوري لواجب الوقاية له عظيم الأثر في ضمان احترام هذا الواجب الدستوري.

وهو ما يمكن إيضاحه أكثر من خلال تخصيص الفرع الأول لدراسة الطبيعة الغامضة والنطاق العام للالتزامات. ثم نعالج في الفرع الثاني موجبات السلطة التقديرية للمشرع.

الفرع الأول

الطبيعة الغامضة

والنطاق العام للالتزامات

٤٦- سوف نتولى أولاً بيان الطبيعة القانونية الغامضة التي يتسم بها واجب الوقاية، ثم نحاول ثانياً تسليط الضوء على سمة الغموض التي تشوب مضمون هذا الواجب، والتي تتبع بصفة أساسية من عدم التحديد الذي يخالط هذا المضمون.

أولاً: الطبيعة القانونية الغامضة لواجب الوقاية

٤٧- إزدواج الإشكالية المتعلقة بالطبيعة القانونية لواجب الوقاية. نتحدث المادة الثالثة من ميثاق البيئة عن واجب ملقى على عاتق كل شخص بتجنب الانتهاكات البيئية. هذا الواجب يمكن أن يثير إشكالية مزدوجة تتعلق بطبيعته

القانونية. الجانب الأول لهذه الإشكالية يتعلق بالصفة القانونية للقاعدة التي يمكن استخلاصها من نص المادة الثالثة. فالمشرع الدستوري لم يتحدث صراحةً عن حق في الوقاية، ولا عن التزام بالوقاية، وإنما تحدث عن واجب الوقاية.

ومصطلح الواجب *devoir*¹، يشير بالأساس إلى التزام يفرض التصرف على نحو معين من منظور قواعد الأخلاق، بغض النظر عن تكريسه بمقتضى نصوص القانون أو عدم تكريسه. ففي الحالة الأولى، يوصف الواجب بأنه التزام قانوني، وفي الحالة الثانية يظل على طبيعته كواجب أخلاقي. والحقيقة أن تمييز الواجب *devoir* بالإشارة إلى البعد الأخلاقي له، كان قد أدى إلى طرح تساؤلات في الفقه حول مغزى استخدام هذا المصطلح في إعلانات حقوق الإنسان². وقد اتجهت العديد من التحليلات الفقهية إلى تفسير هذا الاستخدام بضعف عنصر الإلزام النابع من مفهوم الواجب³، بالمقارنة بمصطلحات أخرى كالحقوق والالتزامات والمبادئ. ومن ثم، فقد تارت تساؤلات حول الصفة القانونية لقواعد السلوك التي كرسها المشرع الدستوري في ميثاق البيئة في صورة واجبات، ومن بينها واجب الوقاية المكرس بمقتضى نص المادة الثالثة من الميثاق⁴.

¹ بصدد تعريف مصطلح الواجب في القاموس القانوني الفرنسي،

G. CORNU, dir, *Vocabulaire juridique*, 8^e édition, Paris, PUF, 2000, p. 288.

يراجع بالفرنسية²

Cf. J. RIVERO, "Droits, devoirs : faux diptyque", dir. *Les enjeux des droits de l'homme*, In. J.-F. RAYMOND, Paris, Larousse, 1988, p. 178 et s.

³ يراجع بالفرنسية،

Y. MADIOT, « La place des devoirs dans une théorie générale des droits de l'homme », in *Pouvoir et liberté, Études offertes à Jacques Mourgeon*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 209.

⁴ يراجع بالفرنسية،

A.CAPITANI, "La Charte de l'environnement, un leurre constitutionnel ?", *op.cit.*, p.500; J-P. MARGUENAUD, « Les devoirs de l'homme dans la Charte

والحقيقة أن المجادلة في الصفة القانونية لقاعدة السلوك التي يمكن استخلاصها من نص المادة الثالثة من ميثاق البيئة، بالنظر إلى السمة الإنشائية والفلسفة التي تسيطر على صياغة هذا النص، وهذا هو حال أغلب نصوص ميثاق البيئة، لم يكن من المنتظر أن تجد رواجاً كبيراً في الفقه الفرنسي. فهي تركز على دعائم تبدو تقليدية إلى حدٍ بعيد؛ ذلك أنها تقوم على استدعاء خلاف فقهي تجاوزه فقه القانون العام منذ زمن¹. وغني عن البيان أن الخلاف الفقهي حول مدى قانونية النصوص التي صيغت بطريقة إنشائية وفلسفية، ومدى صلاحيتها للتطبيق المباشر في المنازعات التي تنظرها المحاكم، ومدى إمكان استخلاص الحقوق والحريات منها، وهو الخلاف الذي تفجر في البداية إبان الجمهورية الثالثة بمناسبة إعلان حقوق الإنسان والمواطن، وعاد إلى الواجهة مرة أخرى في عهد الجمهورية الرابعة بمناسبة ديباجة دستور 1946²، قد حسم فقهيًا منذ زمن بعيد³.

constitutionnelle de l'environnement », *Mélanges Jacqueline Morand-Deville, Confluences*, Montchrestien, 2007, p. 879; R. HANICOTTE, « La Charte de l'environnement, une nouvelle catégorie de normes constitutionnelles : les devoirs environnementaux », *Politeia*, n° 6, automne 2004, p. 55. PH. BILLET, "La constitutionnalisation du droit de l'homme à l'environnement. Regard critique sur le projet de loi constitutionnelle relatif à la Charte de l'environnement, op. cit., p.35 et s.

¹ لعل من أبرز المدافعين عن عدم الاعتراف بالصفة القانونية لنصوص إعلانات ومقدمة الدساتير، وبصفة عامة النصوص التي يغلب عليها السمة الإنشائية في الصياغة المنظر الفرنسي الشهير كاري دو ملبيرج، في مؤلفه الأشهر مساهمة في نظرية عامة للدولة، والذي أعيد طباعته في 2003، بواسطة دالوز،

Cf. R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, tom. 2, Paris, Sirey, 1922 ; Dalloz, 2003., p. 581 et s.

² لمزيد من التفصيل يراجع مقال العميدين: جون ريفيرو وجورج فيدل المنشور بمجلة القانون الإجتماعي،

Cf. J. RIVERO, G. VEDEL, "Les principes économiques et sociaux dans la Constitution: le Préambule", *Droit social*, 1947, vol. 31, pp. 13-35.

³ يراجع بالفرنسية،

Cf. Y. PROIMEUR, « La réception de la Constitution de 1946 par la doctrine juridique, la construction de la juridicité du préambule par ses premiers commentateurs », (dir.), *Le Préambule de la Constitution*

ولهذا فإننا لن نسهب في الرد على هذا الاتجاه، مكتفين بالإشارة إلى أن الاتجاه الفقهي الذي يجادل في الصفة القانونية لنصوص ميثاق البيئة، يتجاهل التطور الذي لحق بالنظام القانوني الفرنسي. ففيما يتعلق بواجب الوقاية، فإن الشكوك التي تحيط بطبيعته القانونية تتبدد سريعاً بالنظر إلى تطور مبدأ الوقاية كأحد المبادئ الأساسية لحماية البيئة في النظام القانوني الفرنسي. فمبدأ الوقاية، كأحد المبادئ الأساسية لحماية البيئة، ومقتضاه فرض التزام بتوقي الانتهاكات البيئية أو الحد منها، عن طريق اتخاذ إجراءات استباقية تهدف إلى مواجهة المخاطر البيئية قبل تحققها، تم الاعتراف به بالفعل على المستوى التشريعي منذ عام ١٩٩٥. وليس من المعقول أن يكون تكريس المشرع الدستوري لهذا المبدأ، في صورة واجب دستوري، من شأنه أن يزيل عنه الصفة القانونية باعتباره التزام قانوني يقع على عاتق الكافة. والحقيقة أن استخدام المشرع الدستوري لمصطلح الواجب، كبديل عن مصطلحات مثل: الالتزام أو الحق، في إشارة إلى البعد الأخلاقي لهذا الالتزام، ليس من شأنه أبداً أن يزيل الصفة القانونية عن هذا الالتزام. بقدر ما يعكس جانب الصياغة الإنشائية ذات الأبعاد الفلسفية الواضحة، التي تسيطر على صياغة المواثيق وإعلانات الحقوق¹.

أما عن الجانب الآخر للإشكالية، فيتعلق بمدى اعتبار واجب الوقاية حق من الحقوق الأساسية المكرسة بمقتضى أحكام الدستور؛ فوفقاً لما يبدو من

de 1946, Antinomies juridiques et contradictions politiques, Centre de recherches administratives et politiques de Picardie, Paris, P.U.F, 1996, p. 99. ; R. PELLOUX, « Le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 », RDP, 1947, p.347. ; M. MIGNON, « La valeur juridique du préambule de la Constitution selon la doctrine et la jurisprudence », Dalloz, Chron., 1951, P. 127.

¹ نفس بالفرنسية،

A.CAPITANI, "La Charte de l'environnement, un leurre constitutionnel ?", *op.cit*, p. 501.

الأعمال التحضيرية التي سبقت تبني ميثاق البيئة، فإن الميثاق يهدف إلى تكريس الحقوق والحريات البيئية، برفعها إلى مصاف الحقوق المكرسة دستورياً، عن طريق إدراجها في الهيكل الدستوري للحقوق والحريات¹. ومن هذا المنطلق، كان مسلك المشرع الدستوري سيبدو مفهوماً بصياغته لمبدأ الوقاية في صورة حق، كما هو الحال بالنسبة للمادة الأولى التي تكرس حق كل شخص في الحياة في بيئة صحية وأمنة، أو حتى نص المادة السابعة الذي يكرس الحق في العلم والمشاركة في القرارات البيئية، وهو ما لم يتحقق. فالمادة ٣ تفرض على كل شخص واجباً دستورياً بالوقاية. ولهذا، فقد ثارت شكوك في الفقه الفرنسي² حول ما إذا كانت المادة ٣ من ميثاق البيئة تكرس حق من الحقوق الأساسية بالمعنى الدقيق، أم أنها تنص على أحد الأهداف ذات القيمة الدستورية *objectif de valeur constitutionnelle*³. وهذا

¹ يراجع بالفرنسية،

M. PRIEUR, « Les nouveaux droits », *AJDA*, 2005, p. 1157.

² يراجع بالفرنسية،

B. MATHIEU, « Observations sur la portée normative de la Charte de l'environnement », *CCC*, n° 15, 2003, p. 152 et s; Y. JEGOUZO et F. LOLOUM, « La portée juridique de la Charte de l'environnement », *Droit administratif*, *JCl*. N° 3, mars 2004, p. 5 et s.

³ من الجدير بالذكر أن الأهداف ذات القيمة الدستورية بدأت في الظهور في قرارات المجلس الدستوري ابتداء من القرار رقم ١٤١ لسنة ١٩٨٢، الصادر في ٢٧ يوليو ١٩٨٢، الذي اعتبر فيه أن المحافظة على النظام العام يعد هدفاً ذو قيمة دستورية ينهض سبباً مقيداً لحرية التعبير. كذلك فإن المحافظة على حرية الغير والحفاظ على التعددية الاجتماعية والثقافية، تعد كلها أهداف ذات قيمة دستورية يعين على المشرع مراعاتها عند تنظيمه التشريعي للإذاعة والتلفزيون.

Le Conseil constitutionnel a considéré " qu'ainsi il appartient au législateur de concilier, en l'état actuel des techniques et de leur maîtrise, l'exercice de la liberté de communication telle qu'elle résulte de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme, avec, d'une part, les contraintes techniques inhérentes aux moyens de la communication audiovisuelle et, d'autre part, les objectifs de valeur constitutionnelle que sont la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels auquel ces modes de communication, par leur influence considérable, sont susceptibles de

المفهوم الأخير يشير إلى طائفة من القواعد القانونية التي تتضمن مصالح معينة، يفرض المشرع الدستوري على المشرع العادي رعايتها. وتلعب هذه الأهداف دوراً هاماً في توجيه المشرع العادي في مزاويلته لوظيفته التشريعية. ويتولى قاضي دستورية القوانين الكشف عنها من خلال مزاويلته لوظيفته في الرقابة. والحقيقة أن الأعمال التحضيرية لميثاق البيئة تكشف عن أن نية واضعي ميثاق البيئة كانت تتجه إلى اعتبار واجب الوقاية من قبيل الأهداف ذات القيمة الدستورية¹. وهو ما يظهر من المناقشات التي دارت في البرلمان الفرنسي². ومن ثم، فقد اتجهت العديد من الآراء في أعقاب تبني

porter atteinte ;" . CC, n° 141 DC, du 27 juin 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle*, Cons.5, Rec. P.48.

يراجع بالفرنسية على وجه الخصوص، بشأن الأهداف ذات القيمة الدستورية، مقال العلامة فرانسوا لوشير، المنشور بالدورية الفرنسية للقانون الدستوري،

F. LUCHAIRE, "Brèves remarques sur une création du Conseil constitutionnel : l'objectif de valeur constitutionnelle", *RFDC*, 2005, n°4, p.675 et s.

يراجع كذلك رسالة الأستاذ بيير دو مونتليفيه، التي نوقشت بجامعة باريس ٢ في ٢٠٠٤، وتمت طباعتها بواسطة دالوز في ٢٠٠٦،

P. DE MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2006.

¹ يراجع بالفرنسية، جيوم يونيل، رسالته للدكتوراه السابق الإشارة إليها،

G. BONNEL, *Les principes juridiques écrits et le droit de l'environnement*, op. cit., p.176.

يراجع كذلك التقرير التالي، المقدم للبرلمان الفرنسي عن مشروع القانون الدستوري المتضمن ميثاق البيئة،

N. KOSCIUSKO-MORIZET, Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles relatif à la Charte de l'environnement, Xlle législature, n° 1595, mai 2004, p. 85 et s.

² من الجدير بالذكر أن وزير العدل الفرنسي في معرض دفاعه عن ميثاق البيئة أمام الجمعية الوطنية في جلسة ٢٥ مايو ٢٠٠٤، كان قد صرح بأن المادة ٣ من ميثاق البيئة تحدد أحد الأهداف ذات القيمة الدستورية.

D. PERBEN, Assemblée nationale, Compte rendu intégral, 2e séance du mardi 25 mai 2004, session ordinaire de 2003-2004, 229e séance, JO du mercredi 26 mai 2004, n° 50 [2], p. 4040..

مشار إليه في المقال التالي،

Cf. A.CAPITANI, "La Charte de l'environnement, un leurre constitutionnel ?", op.cit, p. 508.

ميثاق البيئة، إلى اعتبار نص المادة الثالثة المكرس لواجب الوقاية إنما يتضمن في الحقيقة أحد الأهداف ذات القيمة الدستورية¹. ومن هذا المنطلق، فإن الأفراد لا يستطيعون الاحتجاج بهذه الأهداف في مواجهة السلطات العامة للدولة، ومن ضمنها السلطة التشريعية؛ إذ أنها لا تتركس حقوقاً لصالح الأفراد. ومن المعلوم أن الأهداف ذات القيمة الدستورية كمفهوم قانوني تعد مشوبة بالكثير من الغموض، كما أن دورها في النظام القانوني يبدو محدوداً.

وعلى العكس من الاتجاه السابق، فقد ذهب رأي آخر² إلى إبراز الاختلاف بين الأهداف ذات القيمة الدستورية وواجب الوقاية. فالأهداف ذات القيمة الدستورية تستخدم بصفة أساسية في النظام القانوني الفرنسي في الحد من الدور الذي تلعبه الحقوق والحريات الأساسية. وذلك بالحد من إطلاقها في مواجهة مصالح أخرى تعد أولى بالرعاية من وجه نظر المجتمع. كما أن الأهداف ذات القيمة الدستورية غالباً ما لا تستند إلى نص دستوري محدد³، وإنما يكشف عنها القاضي الدستوري من خلال تفسيره لمجمل الوثيقة الدستورية. في حين أن واجب الوقاية يكرس أحد الالتزامات الأصلية التي

¹ يراجع بالفرنسية،

B. MATHIEU, « Observations sur la portée normative de la Charte de l'environnement », *op. cit.*, p.152 et s; Y. JEGOUZO et F. LOLOUM, « La portée juridique de la Charte de l'environnement », *op. cit.*, p.5 et s.

² يراجع بالفرنسية على وجه الخصوص،

M. PRIEUR, « Les nouveaux droits », *op. cit.*, p. 1157; "Charte de l'environnement droit dur ou gadget politique", *op. cit.*, p.60 et s. P. DE MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, *op. cit.*, p.303; A. CHHENDET, « La Charte et le Conseil constitutionnel : point de vue », RJE, 2005, p. 107 et s.

³ يراجع بالفرنسية،

A.CAPITANI, "La Charte de l'environnement, un leurre constitutionnel ?", *op.cit.*, p. 508.

يقع على عاتق كل فرد احترامها لصالح الآخر. فصاحب الحق إذا محدد، وهو كل شخص¹.

والحقيقة أن الشك في مدى اعتبار واجب الوقاية المكرس بمقتضى نص المادة ٣ من ميثاق البيئة، يتضمن حق من الحقوق الأساسية للإنسان، يتبدد سريعاً، هو الآخر، إذا أخذنا في الاعتبار البعد الفلسفي والإنشائي الذي يسيطر على صياغة الإعلانات والمواثيق. فالمفروض أن كل حق يقابله التزام، وكل التزام يقابله حق. ومن ثم، فإن المادة الثالثة في تكريسها لواجب الوقاية، إنما تكرر حق من الطريق المقابل *droit par ricochet*².

ومما سبق يتضح أن الغموض الذي يحيط بالطبيعة القانونية لواجب الوقاية يبدو نابعاً بالأساس من السمة الإنشائية والفلسفية التي تسيطر إلى حد كبير على صياغة ميثاق البيئة³. والحقيقة أن هذه السمة لا يمكن النظر إليها كعيب يشوب الصياغة، وإنما تبدو مفروضة، في المقام الأول، بحكم الأبعاد المتعددة التي يستهدفها ميثاق البيئة الفرنسي، والتي تتجاوز مجرد البعد القانوني. فالمواثيق، شأنها شأن إعلانات الحقوق ومقدمات الدساتير⁴، تبدو ذات أبعاد: ثقافية، وإجتماعية، وإعلامية، وسياسية، وقانونية. فهذه الوثائق لا تتجه في خطابها للقانونيين، بقدر ما تخاطب شعب الدولة في مجموعه، بكل

¹ يراجع بالفرنسية،

P. DE MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, op. cit., p.303.

² يراجع بالفرنسية،

R. HANICOTTE, « La Charte de l'environnement, une nouvelle catégorie de normes constitutionnelles : les devoirs environnementaux », *op.cit*, p.55.

³ يراجع بصدد الجانب الإنشائي لصياغة ميثاق البيئة، مؤلف العلامة فافرو مع آخرين، القانون الدستوري، الطبعة السابعة التي صدرت عام ٢٠٠٤،

L. FAVOREU *et alii.*, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 7^e Ed, 2004, p. 477 et s.

⁴ يراجع بالفرنسية،

J-P. MARGUENAUD, « Les devoirs de l'homme dans la Charte constitutionnelle de l'environnement », *op.cit*, p. 879.

فئاته، وربما العالم أجمع. أما فيما يتعلق بتأثير هذه السمة الأدبية على قواعد السلوك التي يمكن أن تستخرج من هذه المبادئ، فهو أمر لا يتحدد فقط على ضوء الصياغة. بل كذلك على ضوء التطبيق والتفسير القضائي لهذه النصوص.

ثانياً: غموض المضمون

٤٨- غموض مضمون الواجب ينبع من صفة العموم وعدم التحديد. إن واجب الوقاية النابع من نص المادة الثالثة من ميثاق البيئة، الذي من المفترض أنه ينطوي في حقيقته على حق في الوقاية، يبدو، من زاوية أخرى، شديد العموم. فالمادة الثالثة من ميثاق البيئة تتحدث عن واجب عام بتوقي الانتهاكات البيئية، هذا الواجب يبدو غير محدد لا من ناحية الأشخاص، ولا من ناحية الأنشطة التي يجب إعماله فيها، ولا حتى من ناحية الانتهاكات التي من المفترض أن يواجهها. هذه السمة الشديدة من العموم، والتي تضاف إلى بعد الغموض الناتج عن البعد الفلسفي للميثاق، تؤدي إلى عدم تحديد الالتزامات النابعة عن هذا الواجب بدقة، إلى الحد الذي يفرغه من مضمونه في مواجهة المشرع. وهو ما يؤدي في النهاية إلى الاعتراف للمشرع، الذي أحال إليه نص المادة الثالثة من ميثاق البيئة لتحديد شروط وضوابط إعمال واجب الوقاية، سلطة تقديرية غاية في الإتساع في تحديد مضمون المبدأ والالتزامات النابعة عنه.

وهو ما دعا البعض¹ إلى الربط بين الواجبات والسلطة التقديرية الواسعة للمشرع؛ فالواجبات *les devoirs*، كنوع من أنواع القواعد القانونية يبدو

¹ يراجع بالفرنسية،

Y. JEGOUZO, "De certaines obligation environnementales : prévention précaution et responsabilité ", *AJDA*, 2005, p. 1164; S. CAUDAL, "Le devoir de prévention: une exigence fondamentale fortement dépendante du législateur"; *Environnement*, Avril 2005, p. 23; A.CAPITANI, "La Charte de l'environnement, un leurre

دورها محدوداً في النظام القانوني بالمقارنة بالحقوق *les droits*. إذ أنها تترك للمشرع سلطة تقديرية واسعة في تحديد مضمونها. فالمشرع وحده هو الذي سوف يتولى تحديد الالتزامات النابعة عن واجب الوقاية من خلال الشروط والضوابط التي تجددت عنها المادة ٣ من ميثاق البيئة.

فواجب الوقاية، الذي يعد وفقاً للحالة الراهنة للنظام القانوني أحد الحقوق الأساسية، يعتمد في الحقيقة على الأداة التشريعية، بحيث لا يمكن النظر إليه باستقلال عنها¹. بعبارة أخرى، فإن المادة الثالثة تبدو فارغة المضمون في مواجهة المشرع. وهو ما يتنافى مع منطق التكريس الدستوري للحقوق والحريات، الذي يفترض فرض التزامات على المشرع في سنه للتشريعات، نابعة من مضمون القواعد التي كرسها المشرع الدستوري.

وبالنظر إلى أن الواجبات التي قررها ميثاق البيئة، وفي الصدر منها واجب الوقاية، تتيح سلطة تقديرية واسعة للمشرع، فإن الدور الذي يمكن لمبدأ الوقاية أن يلعبه في الرقابة على دستورية القوانين، سواء تلك التي تستهدف وضع مبدأ الوقاية موضع التطبيق أو حتى القوانين ذات الآثار البيئية، يبدو محدوداً. فرقابة القاضي الدستوري على أعمال المبدأ ستكون ضعيفة *un contrôle de faible intensité*.

والحقيقة أنه لا يمكن الفصل في مدى صواب الانتقادات السابقة، التي تركز على ضعف الالتزام بالوقاية النابع من المادة ٣ من ميثاق البيئة، إلا على ضوء الرقابة القضائية التي يباشرها القاضي الدستوري على أساس واجب الوقاية المنصوص عليه في المادة ٣ من ميثاق البيئة؛ فالإنتقاد السابق يغفل دور القاضي الدستوري في رسم حدود وأبعاد ومضمون الواجب الذي

constitutionnel?", op.cit.,p. ; Y. AGUILA, « Valeur de la Charte de l'environnement », *Constitutions* 2010, p. 139.

¹ انظر بالفرنسية،

S. CAUDAL, "Le devoir de prévention: une exigence fondamentale fortement dépendante du législateur"; op.cit., p. 25.

ينص عليه المشرع الدستوري في المادة ٣ من ميثاق البيئة. ولذلك، فإننا سنرجئ مسألة الفصل في مدى صوابه للفصل الثاني من هذا البحث، والمخصص لدراسة الرقابة القضائية على أساس مبدأ الوقاية.

وعلى العكس من الاتجاه السابق، فقد دافع عدد من الفقهاء عن سمة العموم التي تميز واجب الوقاية النابع من نص المادة الثالثة من ميثاق البيئة، وعن السلطة التقديرية الواسعة للمشرع في وضعه لهذا المبدأ موضع التطبيق. على اعتبار أن هذه السمة تبدو أكثر تماشياً وتوافقاً مع طبيعة حماية البيئة، لاسيما في بعدها الوقائي، وهو ما يجرنا إلى الحديث عن موجبات السلطة التقديرية للمشرع.

الفرع الثاني

موجبات السلطة التقديرية الواسعة

٤٩- السلطة التقديرية الواسعة للمشرع تتبدى باعتبارها ضرورة. السلطة التقديرية الواسعة للمشرع في مجال تفعيل الحقوق والحريات البيئية، لاسيما واجب الوقاية النابع من نص المادة ٣ من ميثاق البيئة، تبدو ضرورة^١ نابعة من أمرين:

^١ يراجع بالفرنسية،

J-S. BODA, "L'effectivité problématique des normes constitutionnelles: l'exemple de la charte de l'environnement", In. *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, dir. V. CHAMPEIL-DESPLATS et D. LOCHAK, Paris, Presses universitaires de Paris Nanterre, 2008, n° 18 et s.

[:https://books.openedition.org/pupo/1142?format=toc&lang=es](https://books.openedition.org/pupo/1142?format=toc&lang=es)

يراجع أيضاً، جيوم بونيل، المبادئ القانونية المكتوبة وقانون حماية البيئة، رسالة دكتوراه، مرجع سابق،

G. BONNEL, *Les principes juridiques écrits et le droit de l'environnement*, op. cit., p.176.

يراجع كذلك التقرير التالي المقدم للبرلمان الفرنسي عن مشروع القانون الدستوري المتضمن ميثاق البيئة،

N. KOSCIUSKO-MORIZET, Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles relatif à la Charte de l'environnement, op. cit., p. 36 et p.86.

أولاً: الحاجة إلى إجراء مصالحة بين الحقوق والحريات البيئية التي كرسها المشرع الدستوري في ميثاق البيئة من جهة، والحقوق والحريات الأساسية من جهة أخرى، وبصفة خاصة الحريات الاقتصادية. فدور المشرع الدستوري يكمن في تحديد المصالح الأساسية للمجتمع، التي يتعين مراعاتها في التشريع. ثم يأتي بعد ذلك دور المشرع العادي في التوفيق بين هذه المبادئ في حالة تعارضها، وذلك برسم إطار للمصالحة بينها من خلال القواعد التشريعية التي يسنها. وهو ما يقتضى ترك قدر من حرية التقدير للمشرع للقيام بهذه المهمة. فهذا الأخير يتولى القيام بإجراء المصالحة وفقاً لسلطته التقديرية، في إطار الحدود والقيود التي قررها المشرع الدستوري. ومن ثم، فإن مهمة المشرع العادي تكمن، بصفة أساسية، في تحديد مضمون هذه المصالحة.

وثانياً: فإن السلطة التقديرية الواسعة للمشرع، في وضعه لمبدأ الوقاية موضع التطبيق، تبدو ضرورة مفروضة بحكم الصفة الديناميكية لموضوع حماية البيئة من كافة جوانبه، لاسيما : الثقافية، الإجتماعية، التقنية، الاقتصادية، القانونية. فينبغي ألا يغيب عن بالنا أن المبادئ الأساسية لحماية البيئة ما تزال في طور التطور. ومنح المشرع العادي سلطة تقديرية واسعة في تطبيق المبدأ يمكنه من مواكبة التطورات التي يمكن أن تطال المبدأ.

٥٠- النطاق العام للواجب الدستوري يبدو أكثر استجابة لطبيعة الوقاية. وفي هذا الإطار يشير البعض إلى المزايا التي يمكن أن تتبع من صفة العموم، إذ ما أحسن المشرع استخدامها، سواء من ناحية الأشخاص أو الأنشطة أو الأضرار.

¹ يراجع بالفرنسية، مؤلف الأستاذة آجات فان لونغ، مرجع سابق،
A.VAN LANG, *Droit de l'environnement*, op. cit., p. 75 et s.

فمن ناحية الأشخاص الخاضعين. للالتزام بمبدأ الوقاية، فإن المادة ٣ من ميثاق البيئة ترتب التزام له نطاق واسع^١، يشمل كل الأشخاص طبيعة كانت أم اعتبارية، سواء أشخاص القانون العام أو الخاص. وهذا الالتزام يمكن أن يصلح كأساس قانوني للعديد من الإجراءات التي قد يتطلبها المشرع لمزاولة نشاط معين، سواء تم هذا النشاط من قبل جهة الإدارة أو من قبل الأشخاص العاديين. كإلزام مزاولي النشاط بالحصول على تصريح بمزاولة النشاط، أو إلزامهم بالمرور بإجراءات التقييم البيئي بما فيها إلزامهم بدراسة الآثار البيئية قبل التصريح لهم بالنشاط. كذلك، فإنه يمكن الاستناد لهذا الواجب لإلزام جهة الإدارة بالتدخل بإجراءات معينة في حالة انتهاك واجب الوقاية، كالامتناع عن منح الترخيص، أو سحبه، إلخ.

ومن ناحية الأنشطة التي تخضع لواجب الوقاية النابع من نص المادة ٣ من ميثاق البيئة، فسند أن هذه المادة تتميز بنطاق واسع في التطبيق^٢. فالمادة السابقة لم تقيد تطبيق واجب الوقاية بأنشطة معينة. فواجب الوقاية غير مقيد بالأنشطة الصناعية أو الزراعية أو الحرفية، فهو له نطاق عام. فكل نشاط يحتمل أن يكون له تبعات ضارة على البيئة يمكن أن يخضع لإجراءات وقائية تستهدف حماية البيئة.

ومن ناحية الأضرار التي يستهدفها واجب الوقاية، يلاحظ أن نص المادة ٣ من ميثاق البيئة لا يقصر الالتزام بواجب الوقاية على الأنشطة التي يمكن أن تنتج أضرار بيئية خطيرة، ولكن يمتد تطبيق مبدأ الوقاية للأنشطة التي

^١ يراجع بالفرنسية،

J.-P. MARGUENAUD, Les devoirs de l'homme dans la Charte constitutionnelle de l'environnement, in confluences, Mélanges en l'honneur de J MARND DEVILLER, Montchrestien 2007, p.

^٢ يراجع بالفرنسية،

LANDAIS et LENICA, "Premières précisions sur la portée juridique de la Charte de l'environnement", AJDA, 2006, p. 1584

تنتج أضرار بيئية، أيا كان نوعها أو مداها، وذلك حتى ولو وصفت هذه الأضرار البيئية بالمقبولة أو العادية.

فإذا نظرنا على سبيل المثال إلى مجال التنوع الحيوي كأحد الموضوعات الأساسية لحماية البيئة، فإن نشاط الصيد يمكن النظر إليه باعتباره أحد الأنشطة التي يمكن أن ينجم عنها أضرار بيئية. وبالتالي فإن تطبيق نص المادة ٣ من ميثاق حماية البيئة يمكن أن ينجم عنه فرض قيود وقائية على هذا النشاط. وهذه القيود الوقائية والتي يمكن أن تستند الإدارة في فرضها إلى نص المادة ٣ السابق ذكره، لا تتحدد فقط بالأنشطة التي يمكن اعتبارها ضارة بالكائنات المهددة بالانقراض، وهو الضرر الذي يمكن اعتباره خطر فادح وحال. وإنما يمكن للإدارة أن تستند إلى نص المادة ٣ من الميثاق بغرض فرض قيود وقائية حتى على صيد الحيوانات غير المهددة بخطر الانقراض، وذلك على الرغم من أن الفرض أن الضرر البيئي، بالنظر لوفرة الحيوانات غير المهددة بالانقراض، غير جسيم أو غير مباشر.

فعلى سبيل المثال، في حكم مجلس الدولة بتاريخ ١٢ يوليو ٢٠١٣ والذي سنتأوله بالتفصيل لاحقاً، فإن القاضي الإداري الفرنسي اتجه لتحليل مدى احترام السلطات الإدارية في تنظيمها لنشاط الصيد لواجب الوقاية المنصوص عليه في المادة ٣. وما يفرضه هذا الواجب من اتخاذ إجراءات وقائية يتعين على جهة الإدارة مراعاتها عند التصريح بصيد حيوان ثعبان البحر، وذلك على الرغم من الثعبان البحري يعد من الكائنات غير المهددة بخطر الانقراض.

ومن هذا المنظور، فإن صياغة نص المادة ٣ على هذا النحو من العموم تبدو أكثر توافقاً مع طبيعة ومفهوم الوقاية؛ إذ أن صياغة نص المادة ٣ من

¹ انظر ما يلي، الجزء المخصص لدور القاضي الإداري في تفعيل ميثاق البيئة، المبحث الثاني من الفصل الثاني.

ميثاق البيئة تأخذ في اعتبارها الآثار البعيدة المدى. والتي تشمل مكافحة التلوث العادي؛ إذ أنه مستقبلاً يمكن أن يؤدي إلى أخطار بيئية جسيمة قد يتعذر تداركها. والحقيقة أن الأخذ في الاعتبار الآثار البعيدة للخطر البيئي يبدو أكثر استجابة لما يفرضه عنصرى التوقع والاستباقية، اللذان يشكلان جوهر الوقاية.

المطلب الثاني

السمة التوجيهية

٥١- اعتماد المشرع الدستوري لسياسة النموذج. تعتمد المادة الثالثة من ميثاق البيئة ما يمكن تسميته بسياسة النموذج^١، بنصها على أنه " يجب على كل شخص، في الحدود وبالشروط التي يعينها القانون، أن يتوقى كلية الانتهاكات التي من المحتمل أن يسببها للبيئة، وفي حالة عدم إمكان توقيها كلية أن يحد من تبعاتها ". فالمادة السابقة لا تلزم المخاطبين بالقاعدة بالتصرف على نحو قطعي ومحدد، وإنما تكفي في الحقيقة برسم خطوط توجيهية للمخاطبين بالقاعدة القانونية^٢، تكمن في ضرورة توقي الانتهاكات البيئية كلية، ويتعين على هؤلاء التقيد بها بقدر الإمكان، دون استبعاد الابتعاد عنها، بالحد فقط من تبعات هذه الانتهاكات، إذ وجد ما يبرر ذلك.

وتوجيه هدف الوقاية ناحية الحد من الأضرار البيئية في حال عدم إمكان تجنبها يمكن أن يكون وفقاً لما يراه البعض^٣، محل نظر في مجال حماية

^١ يراجع ما سبق الحديث عنه بصدد الصفة التوجيهية لمبدأ الوقاية في نسخته التشريعية، فقرة رقم ٣٨.

يراجع بالفرنسية،^٢

D. CHAGNOLLAUD, « Un mélange droit mou et dur », *Le Figaro*, 24 juin 2003, p. 8.

^٣ يراجع بالفرنسية،

R ROMI, « L a constitutionnalisation des principes du droit de l'environnement: De la grandeur à la mesquinerie », *Droit de l'environnement*, n° 109, juin 2005, p. 114; VAN LANG, *Droit de l'environnement*, op. cit., p.75.

البيئة. فتقرير إمكانية اللجوء للحد من الانتهاكات البيئية في حالة عدم إمكان توقيها كلية، يعني في الحقيقة أنه يمكن التضحية بالاعتبارات البيئية في سبيل الاعتبارات الاقتصادية والإجتماعية. ومن ثم، فإن تقرير خيار الحد من الأضرار البيئية، كبديل عن تجنبها كلية، من شأنه التقليل من سقف الآمال والتوقعات المعقودة على أعمال واجب الوقاية المنصوص عليه في المادة الثالثة من قانون حماية البيئة.

يضاف إلى ما سبق، أن اعتماد سياسة النموذج، على النحو السابق، من شأنه أن يترك الباب مفتوحاً لتقييد أعمال واجب الوقاية بقيود ذات طبيعة اقتصادية؛ فعلى خلاف نص المادة ١١٠-٢ الواردة في قانون حماية البيئة، والتي سبق الحديث عنها¹، فإن نص المادة الثالثة من ميثاق البيئة، الذي يكرس واجب الوقاية، لم يقيد الالتزام بالوقاية بأية قيود ذات طبيعة اقتصادية. وهو ما يمكن أن يفهم منه زوال القيود الاقتصادية التي من شأنها تقييد فاعلية مبدأ الوقاية في نسخته التشريعية، يكون التكاليف مقبولة من الناحية الاقتصادية. ومع ذلك، فإن الاتجاه السابق يرى أن المشرع الدستوري باعتماده لسياسة النموذج، يترك الباب مفتوحاً لتقييد واجب الوقاية بقيود ذات طبيعة اقتصادية. بعبارة أخرى، فإن التكاليف الاقتصادية للإجراءات الوقائية يمكن أن تكون من بين العوامل التي تجدد من أعمال واجب الوقاية على نحو كامل، بتغيير هدف الوقاية ناحية الحد من الأضرار البيئية، كبديل عن توقي هذه الانتهاكات كلية.

وقد دعت الانتقادات السابق عرضها، التي وجهت لنص المادة ٣ من ميثاق البيئة، البعض إلى التساؤل حول ما إذا كان نص المادة ١١٠-٢ من قانون حماية البيئة الفرنسي ما هو إلا تطبيق للمادة ٣ من الميثاق الدستوري،

¹ يراجع ما سبق ذكره بصدد دراسة نص المادة ١١٠-٢ من قانون حماية البيئة، فقرة رقم ٣٤.

أم أن المادة ٣ من ميثاق البيئة هي التي قد صيغت لتتماشى مع نص المادة ل ١١٠-١ من قانون حماية البيئة!^١

ولكن في المقابل، دافع عدد من الفقهاء الفرنسيين^٢ عن الاحتفاظ بالحد من الآثار البيئية الضارة كهدف لواجب الوقاية في حال تحقق فرضية عدم إمكان توقيها كلية؛ على أساس أن حصر واجب الوقاية في تفادي الانتهاكات التي يمكن أن تصيب البيئة كلية، يعني أنه في حالة عدم إمكان تفادي هذه الانتهاكات كلية، في ضوء أفضل الوسائل التكنولوجية، فإن الوسيلة الوحيدة التي تبقى متاحة هي حظر النشاط. وهذه النتيجة الأخيرة تبدو، على إطلاقها، مغالى فيها بطريقة واضحة.

أما عن الاحتجاج بأن سياسة النموذج من شأنها أن تترك مجالاً لإعمال المعادلة ذات الأبعاد الاقتصادية، بأن تكون تكاليف وسائل الوقاية مقبولة من الناحية الاقتصادية، فإن هذا النقد يسهل تفنيده بالنظر إلى أمرين: الأول يكمن في أن مراعاة الأبعاد الاقتصادية للإجراءات الوقائية، هو أمر يفرض نفسه باعتباره حقيقة واقعية يتعين على المشرع أن يضعها في اعتباره في تفعيله لواجب الوقاية.

أما الثاني، فإن النص الوارد في ميثاق البيئة لا يصادر حق المشرع في التدخل لحظر بعض الأنشطة، بناء على أخطارها البيئية. بل على العكس من ذلك، فإن المشرع يمكن أن يتدخل بحظر نشاط معين، إذا رأى ضرورة ذلك، استناداً لواجب الوقاية المنصوص عليه في المادة الثالثة من الميثاق. وذلك بالنظر للخطورة العالية لهذا النشاط على البيئة، وعدم توافر وسائل تكنولوجية متاحة لتوقي البيئة خطر الانتهاكات التي يمكن أن يسببها هذا النشاط، دون خشية من وقوعه في حومة المخالفة الدستورية لاعتدائه على الحرية في العمل. فكما أن هذه الأخيرة مبدأ دستوري يفرض

¹ انظر مؤلف الأستاذة أجات فان لونغ، قانون البيئة، A.VAN LANG, *Droit de l'environnement*, op. cit., p.76.

² انظر ميشيل بريير، قانون البيئة، مرجع سابق، M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, op. cit., p. 68.

على المشرع مراعاته، فإنها تزوال على ضوء واجب الوقاية، الذي هو الآخر مبدأ دستوري يجب على المشرع مراعاته.

وهو ما يعني أن الأمر في النهاية يخضع للسلطة التقديرية للمشرع. فقد يكون النشاط ذو الخطر البيئي العالي، والذي لم يفرز التقدم العلمي وسائل توقي البيئة أخطاره، هام جدا من الناحية الاقتصادية أو الإجتماعية. وعندئذ فلا مفر من الاكتفاء بالوسائل التي تحد من أضرار هذا النشاط على البيئة.

٥٢-الخلاصة. يتضح من مجمل العرض السابق أن واجب الوقاية، الذي تم تكريسه بمقتضى نص المادة ٣ من ميثاق البيئة، يبدو أكثر إثارة للجدل منه في نسخته التشريعية. فهذا الواجب يكتنفه الغموض والإبهام سواء بالنظر إلى طبيعته القانونية، أو بالنظر للالتزامات التي يفرضها. هذه العوامل تدفع نحو الاعتراف للمشرع، الذي أحال إليه النص الدستوري في تحديد ضوابط وشروط أعمال هذا الواجب، بسلطة تقديرية واسعة في تحديد مضمون هذا الواجب وما يفرضه من التزامات. هذه السلطة وإن كانت تبدو مبررة بالعديد من العوامل، إلا أنها تثير تخوفات خاصة في الفقه من إساءة استخدامها من قبل المشرع على نحو يفرغ التكريس الدستوري للمبدأ من كل جدوى. وهنا يثور التساؤل عن دور الرقابة على دستورية القوانين في تبديد الغموض الذي يعترى واجب الوقاية، وتحديد النتائج المترتبة على تكريسه بمقتضى أحكام الدستور. وهو ما سنعالجه في المبحث الأول من الفصل الثاني.

خاتمة الفصل الأول

٥٣- مبدأ الوقاية في دائرة الشك. إن مبدأ الوقاية كأحد المبادئ الأساسية لقانون حماية البيئة وإن كان قد أحرز تقدماً كبيراً في النظام القانوني الفرنسي، إلى الحد الذي أصبح معه هذا المبدأ أحد المبادئ الدستورية، إلا أنه ما يزال يكتنفه الغموض، ويمثل أحد أكثر الموضوعات إثارة للجدل في فقه القانون العام في فرنسا. وذلك بالنظر إلى التساؤلات العديدة التي يطرحها، سواء على المستوى التشريعي، أو حتى الدستوري.

فعلى المستوى التشريعي، تبدو هوية المبدأ مضطربة، بالنظر لتداخله مع العديد من المبادئ الأساسية الأخرى لحماية البيئة. هذا الأمر وإن كان يبدو طبيعياً في الفترة الزمنية التي وضع فيها النص التشريعي، في عام ١٩٩٥، وهو فترة كان قانون حماية البيئة ما يزال فيها حديثاً، ولم تكن قد أتيحت بعد للفقهاء الفرنسيين فرصة دراسة موضوعاته بعناية، إلا أن التدخلات اللاحقة، ولعل آخرها القانون الصادر في ٢٠١٦ والخاص بالحفاظ على المناطق الطبيعية، تكشف عن استمرار هذا الخلط على المستوى التشريعي. وهو ما يكشف عن صعوبة وتعقيد موضوعات هذا المجال القانوني، لاسيما في مواجهة غير المتخصصين. وحاجة التشريعات التي تصدر في هذا المجال إلى مراجعة خاصة من قبل المتخصصين فيه. ولعل هذه الصعوبة والتعقيد، إضافة إلى اعتبارات أخرى تتمثل في ضرورة مراعاة الاعتبارات الأخرى المتصلة بالمجال محل البحث، قد دفعت المشرع الفرنسي إلى تحبيذ أسلوب خاص في صياغة هذا المبدأ، وهو أسلوب القانون المرن. واستخدام هذا الأسلوب الخاص كان من شأنه زيادة التعقيد المرتبط بدراسة هذا المبدأ، لاسيما بالنظر لعدم تحديد الالتزامات النابعة عنه في مواجهة المخاطبين بأحكامه، وبالنظر إلى الصفة التوجيهية لهذه الالتزامات، وهي كلها أمور

تبدو غير مألوفة في مجال القانون الداخلي. وتدفع في النهاية لصالح الاعتراف بسلطة تقديرية واسعة للسلطات العامة التي تتولى تطبيق المبدأ، وفي مقدمتها الإدارة.

أما على المستوى الدستوري، فعلى الرغم من التكريس الدستوري للمبدأ، بصياغته على شكل واجب دستوري، فإن هذا الواجب يبدو من أكثر الموضوعات إثارة للجدل في فقه القانون الدستوري الفرنسي. فالطبيعة المبهمة لهذا الواجب، والمضمون غير الواضح للالتزامات التي يفرضها، تدفع في اتجاه الاعتراف بسلطة تقديرية واسعة للمشرع. وهو ما يؤدي في النهاية لطرح العديد من التساؤلات حول جدوى التكريس الدستوري لواجب الوقاية، ومغزاه، ونتائجه. وتكتسب هذه التساؤلات أهمية خاصة في المجال الدستوري بالنظر للطائفة التي ينتمي لها هذا الواجب، وهي طائفة الحقوق والحريات البيئية، التي تندرج ضمن أحدث الأجيال المنضمة إلى الهيكل الدستوري للحقوق والحريات.

وهنا، يطرح التساؤل حول دور الرقابة القضائية في تبييد الغموض الذي يحيط بمضمون القاعدة القانونية، وفي تأكيد الاحترام لهذه القاعدة، لاسيما في مواجهة السلطات العامة المنوط بها وضع المبدأ موضع التطبيق والتنفيذ. وهو ما يجرنا للحديث عن الفصل الثاني المخصص للرقابة القضائية.

الفصل الثاني

الرقابة القضائية على أساس واجب ومبدأ الوقاية

٥٤-مقدمة: توزيع ولاية قضاء القانون العام بين المجلس الدستوري ومجلس الدولة على أساس عضوي. في مجال الرقابة على الأعمال الصادرة من السلطات العامة في فرنسا: المشرع والإدارة، فإن الإختصاص بنظر منازعات القانون العام، يتوزع بين المجلس الدستوري ومجلس الدولة. وفيما يتعلق بتوزيع الإختصاص بين هاتين الجهتين، يتبنى النظام القانوني الفرنسي معيار عضوي، يقوم على الهيئة مصدره العمل محل البحث، بغض النظر عن موضوعه. ووفقاً لهذا المعيار، يتولى المجلس الدستوري الفرنسي مهمة الرقابة على دستورية القوانين الصادرة من السلطة التشريعية، أي القوانين بمعناها العضوي. في حين يتولى مجلس الدولة مباشرة رقابة المشروعية على أعمال الإدارة، سواء اللائحية أو القرارات الفردية.

وينتج عن هذا الفصل على أساس عضوي، آثار هامة سواء فيما يتعلق بنوع الرقابة التي يباشرها كل منهما، أو بالآلية الإجرائية التي يباشر كل منهما رقابته من خلالها. فيتولى المجلس الدستوري مباشرة رقابته على دستورية القوانين، على أساس الكتلة الدستورية. باعتبارها تشير إلى مجموعة القواعد ذات القيمة الدستورية، التي تفرض نفسها على المشرع في مزاولته لوظيفته التشريعية. ويتولى المجلس الدستوري مباشرة هذه الرقابة من خلال آليات إجرائية محددة، واتباع أساليب خاصة في الرقابة، تتلائم مع الهدف المباشر من هذه الرقابة، الذي يتمثل في كفالة احترام قواعد الدستور من قبل المشرع في مزاولته لوظيفته التشريعية. وهو ما يؤدي في النهاية إلى

¹ حول اختصاص المجلس الدستوري الفرنسي بالرقابة على دستورية القوانين، يراجع بالفرنسية، G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, Paris, PUF, 2^e Ed., 2010, p.89 et s; D. ROUSSEAU et alii, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, L.G.D.J, 10^e Ed., p.140 et s.

تميز منازعات دستورية القوانين بذاتيتها واستقلالها، عن منازعات
المشروعية التي يتولاها مجلس الدولة.

على أن القانون الدستوري الصادر في ٢٠٠٨^١، الذي يعود إليه الفضل
في إدخال آلية الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين في فرنسا، وكذلك
القانون العضوي الذي يستهدف وضع هذه الرقابة موضع التطبيق^٢، قد أسند
للقاضي الإداري الفرنسي، إلى جوار القضاء المدني، دوراً هاماً في آلية
الرقابة اللاحقة. ويتمثل هذا الدور في تنقية الطعون. وهو ما يؤدي في
النهاية إلى إشراك القضاء الإداري، وعلى قمته مجلس الدولة، بنصيب في
مهمة الرقابة على دستورية القوانين.

وفي المقابل، يتولى القضاء الإداري الفرنسي، وعلى قمته مجلس الدولة،
بصفة حصرية مباشرة مهمة رقابة المشروعية على أعمال الإدارة. ويتولى
مجلس الدولة مباشرة هذه الرقابة على أساس مبدأ المشروعية في معناه
الواسع. باعتباره يشير إلى مجموعة القواعد التي تفرض نفسها على
السلطات الإدارية في مباشرتها لوظائفها في تنفيذ القانون. وبالطبع تأتي
القواعد الدستورية في مقدمة هذه القواعد التي يتعين على الإدارة احترامها.
وهو ما يجعل من مجلس الدولة قاضي دستورية الأعمال الإدارية^٣، ويتولى
المجلس مباشرة هذه المهمة من خلال منازعات المشروعية. وغنى عن

¹ يراجع بالفرنسية، القانون الدستوري رقم ٧٢٤ لسنة ٢٠٠٨، الصادر في ٢٣ يوليو ٢٠٠٨،
المتعلق بتحديث مؤسسات الجمهورية الخامسة،

LOI constitutionnelle no 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation
des institutions de la Ve République, JO du 24 juillet 2008, t. n°2

² يراجع بالفرنسية، القانون العضوي رقم ١٥٢٣، الصادر في ١٠ ديسمبر ٢٠٠٩،

La loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009, *Relative à
l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, JORF n°0287 du 11
décembre 2009 page 21379
texte n° 1.

³ يراجع بالفرنسية،

L. FAVOREU et T-S. RENOUX, *Le contrôle de la constitutionnalité
des actes administratifs*, Paris, Sirey, 1992.

البيان أن منازعات المشروعية تتميز بخصائص وأساليب تميزها عن غيرها من المنازعات.

وفي مجال الرقابة التي يباشرها قضاء القانون العام على أساس واجب الوقاية، فإننا نلاحظ تقاطع رقابة الدستورية مع رقابة المشروعية في اعتبار واجب الوقاية أحد القواعد التي يجري كل من قاضي دستورية القوانين، وقاضي المشروعية على أساسها رقابته. ولكن كل منهما يباشر رقابته على احترام هذا الواجب، من خلال منازعات مختلفة، تتميز كل منهما بخصائص، وأساليب، وإجراءات تختلف عن الأخرى.

٥٥- طرح الإشكالية: دور الرقابة القضائية في تبديد الشكوك المحيطة بواجب وبمبدأ الوقاية. وعند هذه النقطة من البحث يثور التساؤل عن دور الرقابة القضائية في كشف الغموض المحيط بواجب وبمبدأ الوقاية، وفي توفير الاحترام الواجب لهما في النظام القانوني.

فقد سبق وأن خلصنا من خلال دراستنا للفصل الأول إلى أن واجب الوقاية المكرس بمقتضى المادة الثالثة من ميثاق البيئة يبدو قابلاً وسط دائرة كبيرة من الشكوك والتساؤلات، سواء فيما يتعلق بطبيعته القانونية، أو بقاعدة السلوك التي يمكن استخلاصها من هذا النص، وهو ما يلقي بظلاله على تحديد الالتزامات النابعة عنه بدقة.

ويتكتسب الرقابة القضائية في هذا المقام أهمية خاصة بالنظر إلى خصوصية الإشكاليات التي يثيرها واجب الوقاية في النظام القانوني. وتتبع هذه الخصوصية بصفة أساسية من سمة الحداثة التي تقترن سواء بالتكريس الدستوري لهذا الواجب، أو حتى من حداثة موضوع هذا الواجب في انتمائه إلى طائفة جديدة من الحقوق والحريات، وهي الحقوق والحريات البيئية التي تعد من أحدث المنضمين إلى الهيكل الدستوري للحقوق والحريات.

وبالنظر إلى الأبعاد المتعددة للإشكاليات التي يثيرها واجب الوقاية، فإن الأنظار قد اتجهت إلى الرقابة القضائية التي يباشرها كل من المجلس الدستوري ومجلس الدولة، كل في مجال اختصاصه، عليها تحمل إجابات عن الإشكاليات التي يثيرها هذا الواجب.

وهكذا، يطرح التساؤل حول إسهامات المجلس الدستوري من خلال رقابة الدستورية، ومجلس الدولة من خلال رقابة المشروعية، في تأكيد احترام واجب الوقاية، وتبديد الغموض الذي يحيط به.

أما فيما يتعلق بالرقابة على أساس مبدأ الوقاية، كأحد المبادئ الأساسية لقانون حماية البيئة، فإن هذه الرقابة يحتكرها مجلس الدولة، باعتباره قاضي مشروعية أعمال الإدارة. وهنا يطرح التساؤل حول إسهامات قاضي المشروعية في تبديد الغموض الذي يكتنف هذا المبدأ، والناجم بصفة أساسية عن تبني أسلوب خاص في صياغة النص التشريعي المقرر لهذا المبدأ، وهو أسلوب القانون المرن. وفي كيفية تعامل القاضي الإداري مع هذا الأسلوب الخاص في الصياغة.

وسوف نتولى في المبحث الأول دراسة إسهامات المجلس الدستوري الفرنسي في تأكيد واجب الوقاية، من خلال رقابة دستورية القوانين، التي يباشرها على التشريعات الصادرة من البرلمان. ثم نخصص المبحث الثاني لدراسة دور مجلس الدولة الفرنسي في تأكيد واجب ومبدأ الوقاية، وذلك من خلال رقابة المشروعية التي يباشرها على اللوائح والقرارات الفردية.

المبحث الأول

رقابة المجلس الدستوري

٥٦- طرح الإشكالية: أثر السمة الإنشائية للصياغة على الرقابة التي يباشرها قاضي دستورية القوانين، ودوره في كشف الغموض الذي يحيط بالنص الدستوري وفي توفير الاحترام الواجب له. تارت العديد من

التساؤلات في الفقه الفرنسي عن جدوى تكريس المشرع الدستوري للحقوق والحريات البيئية¹، وفي الصدر منها واجب الوقاية، وتبنيها في صورة ميثاق دستوري، لاسيما بالنظر إلى الاعتراف للمشرع بسلطة تقديرية واسعة في وضعها موضع التطبيق. فمنطق التكريس الدستوري يفترض إلزام المشرع بالتزامات محددة تجد مصدرها في النص الدستوري، ويسهر القاضي الدستوري على ضمان احترام المشرع لهذه الالتزامات من خلال الرقابة التي يجريها².

وبصدد واجب الوقاية النابع من نص المادة الثالثة من ميثاق البيئة، فإن المتأمل في هذا النص يتضح له، دون عناء، أن هذه المادة قد صيغت بطريقة إنشائية، وهي سمة مشتركة في أغلب نصوص ميثاق البيئة. فالمادة الثالثة لم تصاغ بطريقة قانونية واضحة، بحيث يكون مضمون القاعدة الدستورية التي تتبع من هذه المادة واضحاً ومحدداً. فصياغة هذه المادة تتسم بالعموم والإبهام. فأولاً، تتحدث هذه المادة عن واجب على عاتق الكافة (كل شخص (بتوقي الانتهاكات البيئية. وثانياً، تحيل هذه المادة للمشرع العادي فيما يتعلق بشروط وأوضاع تفعيل واجب الوقاية المنصوص عليه فيها. فالمادة ٣ من

¹ يراجع بالفرنسية،

X. BIOY, « L'environnement, nouvel objet du droit constitutionnel ou qu'est-ce que constitutionnaliser ? », in H. ROUSSILLON, X. BIOY et S. MOUTON (dir.), *Les Nouveaux Objets du droit constitutionnel*, Toulouse, Presses universitaires des sciences sociales de Toulouse, 2006, p. 29; B.MATHIEU, « Observations sur la portée normative de la Charte de l'environnement », op.cit., p. 146 et s; J-L. PISSALOUX, "La constitutionnalisation non sans risque du droit de l'environnement", *La Gazette du Palais*, 2005, p.36 et s.

² يراجع بالفرنسية،

V. BARBE, "Le droit de l'environnement en droit constitutionnel comparé : contribution à l'étude des effets de la constitutionnalisation", op. cit., p.3.

ميثاق البيئة لم تبين بوضوح الالتزامات التي ترتبها، سواء على عاتق السلطات العامة للدولة، أو حتى على عاتق الأفراد العاديين.

ولذلك فليس من المستغرب أن تكون أكثر الأمور التي استرعت نظر الفقه الفرنسي في النص السابق، موضوع السلطة التقديرية الواسعة المعترف بها للمشرع في وضعه لهذا المبدأ موضع التطبيق، والتي يمكن استخلاصها من خلال إحالة نص المادة الثالثة من الميثاق للمشرع في تحديد شروط وضوابط إعمال واجب الوقاية، إلى الحد الذي دعا البعض¹ إلى القول بأن واجب الوقاية لا يمكن النظر إليه باستقلال عما يسنه المشرع من تشريعات، وبأن القاعدة الدستورية التي يتمخض عنها نص المادة الثالثة تكمن في الإحالة إلى المشرع في تحديد مضمون ومحتوى واجب الوقاية². وذلك في إشارة إلى أن عدم وضوح مضمون القاعدة الدستورية التي يمكن استخلاصها من نص المادة 3، وهو ما يؤدي لعدم وضوح الالتزامات التي تفرضها على المشرع، سيكون لها أثر هام على دقة وصرامة الرقابة التي يباشرها القاضي الدستوري على النصوص التشريعية التي تحال إليه على أساس واجب الوقاية³.

ولكن في المقابل، فإن قاعدة السلوك التي يمكن استخلاصها من نص معين لا يمكن النظر إليها باستقلال عن التطبيق القضائي لهذا النص؛ فالقاضي، أي قاضي، في سبيل مباشرة اختصاصه في تطبيق النص القانوني

¹ يراجع بالفرنسية،

S. CAUDAL, "Le devoir de prévention: une exigence fondamentale fortement dépendante du législateur"; *op.cit.*, p. 25.

² يراجع بالفرنسية،

A.CAPITANI, "La Charte de l'environnement, un leurre constitutionnel ?", *op.cit.*, p.501 et s.

³ يراجع بالفرنسية،

PH. BILLET, "La constitutionnalisation du droit de l'homme à l'environnement: Regard critique sur le projet de loi constitutionnelle relatif à la Charte de l'environnement", *op.cit.*, p.42.

على المنازعات التي ينظرها، يتعين عليه أن يتولى أولاً تفسير هذا النص، وفقاً للمبادئ الأصولية التي تحكم عملية التفسير. وهو ما قد يسهم في كشف الغموض والإبهام الذي قد يكتنف قاعدة السلوك التي يمكن استخلاصها منه، وتحديد الالتزامات التي يفرضها النص على المخاطبين بأحكامه بدقة.

وفي مجال الرقابة على دستورية القوانين على وجه الخصوص، فإن الحديث عن ضعف الرقابة القضائية بالنظر لعدم وضوح قاعد السلوك التي تم تبنيها من قبل المشرع الدستوري، ينطوي على مصادرة على المطلوب، بل إنه ينطوي على خطأ منطقي؛ إذ أن هذه القاعدة لا يمكن النظر إليها بمعزل عن التطبيق القضائي¹. فالقاضي هو الذي يتولى الكشف عن مضمون القاعدة الدستورية في الحالات التي يكتنفها فيها الغموض، وهو ما يترتب عليه تحديد الالتزامات المفروضة بمقتضى هذه القاعدة بدقة. بعبارة أخرى، فإن القاضي يتعين عليه حتى يستطيع مباشرة مهامه، التي تكمن في التحقق من احترام المشرع لالتزاماته، يتعين عليه أولاً أن يحدد بدقة مضمون ومحتوى هذه الالتزامات. وهو ما قد يدفع القاضي الدستوري، في مثل هذه الأحوال، إلى أن يلجأ لتفسير النصوص الدستورية، التي يجري على أساسها رقابته، تفسيراً إنشائياً². ثم يتولى القاضي الدستوري تحديد الدور الذي تلعبه هذه القاعدة في النظام القانوني من خلال شدة الرقابة التي يمارسها على أساسها. بعبارة أخرى، فإن تفعيل الالتزامات التي تفرضها هذه القاعدة يتوقف إلى حد بعيد على دقة وصرامة الرقابة التي يجريها القاضي الدستوري على التشريعات الصادرة من المشرع العادي.

¹ يراجع بالفرنسية،

V. CHAMPEIL-DESPLATS et E. MILLARD, "Penser l'efficacité de la norme", op. cit., p.375 et s.

² يراجع بالفرنسية،

G. CANIVET, « Vers une dynamique interprétative », *RJE*, n° spécial, 2005, p. 9.

علاوة على ما سبق، فإن تطبيق النص الدستوري بواسطة قاضي دستورية القوانين يكتسب أهمية خاصة في المجال الدستوري . بالنظر إلى أن الإشكاليات المرتبطة بالصياغة الإنشائية للنصوص الدستورية، تعد من أكثر الإشكاليات ذيوياً في مجال الرقابة على دستورية القوانين، إلى الحد الذي يمكن معه القول بأن القاضي الدستوري متمرس بحكم عمله على استخراج القواعد القانونية من النصوص الدستورية التي تتسم بالغموض.

ولذلك فليس من المستغرب أن تتناول دراسات الفقه الفرنسي بالتحليل قضاء المجلس الدستوري في مجال الحقوق والحريات البيئية التي كرسها المشرع الدستوري في ميثاق البيئة، وفي مقدمتها واجب الوقاية، لتحديد إسهامات المجلس في كشف الغموض الذي يحيط بمضمون هذه الحقوق وتحديد الالتزامات التي تفرضها على المشرع في مزاولته لسلطته في التشريع.

. وسنتولى في المطلب الأول معالجة إسهامات قاضي دستورية القوانين في فرنسا في تحديد الالتزامات النابعة عن واجب الوقاية، ثم نحاول في المبحث الثاني تقييم هذه الإسهامات.

المطلب الأول

إسهامات قاضي دستورية القوانين

٥٧- تباين الإسهامات بتباين الرقابة. يباشر المجلس الدستوري الفرنسي دوره في السهر على احترام أحكام الدستور من قبل المشرع الفرنسي من خلال نوعين مختلفين من الرقابة: السابقة واللاحقة. فالأولى تتميز بأنها رقابة مجردة *abstrait*، بمعنى أنها تباشر على التشريع بعد تبنيه من قبل البرلمان، وقبل إصداره من قبل رئيس الجمهورية، أي قبل دخوله حيز التنفيذ. ومن ثم، فإن الرقابة تباشر في المقام الأول على نصوص قانونية لم تتضح تماماً أبعادها بعد. والثانية تتميز بأنها رقابة تطبيقية *concret*، بمعنى أنها

تباشر على التشريعات بعد دخولها حيز التطبيق، وبمناسبة تطبيقها على المتقاضين، وهو ما يعنى أن الرقابة تباشر على قواعد قانونية تبلورت من خلال التطبيق. وغني عن البيان أن الرقابة في الحالة الثانية تكون أكثر عمقاً من الأولى، على الأقل من ناحية الموضوع¹.

ويباشر القاضي الدستوري كل نوع من الرقابة من خلال آلية تختلف عن الأخرى. الأولى، وهي الآلية التي وضعها دستور الجمهورية الخامسة الصادر في ٤ أكتوبر ١٩٥٨، والتي تم تعديلها عدد من المرات^٢، وتتميز بأن ولوجها محدود بالسلطات العامة للدولة. أما الثانية فهي التي تم إدخالها بمقتضى تعديلات ٢٠٠٨^٣، وتتميز بأن ولوجها متاح للمتقاضين، بمناسبة تطبيق النصوص التشريعية عليهم في الدعاوى المنظورة من قبل القضاء العادي بشقيه: المدني والإداري. وفي المقابل، فإن نطاقها مقيد بالحقوق والحريات التي كفلها الدستور الفرنسي.

وهكذا، فإن إسهامات المجلس الدستوري تباينت بتباين نوع الرقابة. فالرقابة السابقة أتاحت للقاضي الدستوري أن يدلي بدلوه في المسائل المتعلقة بالقيمة الدستورية لواجب الوقاية، وما يفرضه تكريسه بواسطة المشرع

لمزيد من التفصيل حول الرقابة المجردة والتطبيقية، لاسيما فيما يتعلق بالحقوق والحريات البيئية،¹ يراجع بالفرنسية،

K. FOUCHER, " L'apport de la Question prioritaire de constitutionnalité au droit de l'environnement : conditions et limites, *RFDC*, n°83, 2010, p.538 et s.

حول المادة ٦١ من الدستور الفرنسي، المنظمة للرقابة السابقة على دستورية القوانين، يراجع² بالفرنسية،

F.LUCHAIRE, « L'article 61 de la Constitution », », in F. LUCHAIRE, G. CONAC et X. PRÉTOT, (dir.), *La Constitution de la République française, Analyses et commentaires*, 3^{ème} Ed, Paris, Economica, 2009, p. 1422.

³ يراجع بالفرنسية،

J. RIDEAU et F. PICOD, Article 61-1, (dir.) *La Constitution de la République française, Analyses et commentaires*, op.cit., p. 1863.

الدستوري من نتائج في مجال الرقابة على دستورية القوانين بصفة عامة، سواء من ناحية الشكل أو من ناحية الموضوع. في حين أن الرقابة اللاحقة أتاحت للقاضي الدستوري أن يسهم في إيضاح البعد المتعلق بتحول واجب الوقاية إلى أحد الحقوق والحريات المكرسة دستورياً، وما يفرضه ذلك من نتائج في مجال الرقابة على دستورية القوانين.

وسوف نتولى في الفرع الأول بيان إسهامات المجلس الدستوري من خلال الرقابة السابقة، ثم نتولى في الفرع الثاني الحديث عن هذه الإسهامات من خلال الرقابة اللاحقة.

الفرع الأول

من خلال الرقابة السابقة

٥٨- سوف نستعرض أولاً تطبيقات واجب الوقاية من خلال الرقابة السابقة. ثم نركز الضوء ثانياً على أبرز إسهامات المجلس الدستوري في تأكيد واجب الوقاية من خلال الرقابة السابقة.

أولاً: تطبيق واجب الوقاية من خلال آلية الرقابة السابقة

٥٩- المادة ٦١ من الدستور الفرنسي المنظمة لآلية الرقابة السابقة. تجري الرقابة السابقة على القوانين بعد تبنيها من قبل البرلمان وقبل التصديق عليها من قبل رئيس الجمهورية. وتنظم آلية الرقابة في فرنسا المادة ٦١ من الدستور الفرنسي^١. وتتص هذه المادة، وفقاً لأخر التعديلات، على أن

^١ تنص المادة ٦١ من الدستور الفرنسي وفقاً لأخر التعديلات في نسختها الفرنسية على أنه، "Les lois organiques, avant leur promulgation, les propositions de loi mentionnées à l'article 11 avant qu'elles ne soient soumises au référendum, et les règlements des assemblées parlementaires, avant leur mise en application, doivent être soumis au Conseil constitutionnel, qui se prononce sur leur conformité à la Constitution. Aux mêmes fins, les lois peuvent être déferées au Conseil constitutionnel, avant leur promulgation, par le Président de la République, le Premier ministre, le Président de l'Assemblée

"القوانين العضوية قبل التصديق عليها، اقتراحات القوانين المنصوص عليها في المادة ١١ من الدستور قبل أن يتم الاستفتاء عليها، ولوائح المجالس البرلمانية قبل وضعها موضع التطبيق، يجب أن تخضع لرقابة المجلس الدستوري، الذي يتولى تقرير مدى مطابقتها للدستور.

ولنفس الغرض، يمكن إحالة القوانين للمجلس الدستوري، قبل التصديق عليها، من قبل رئيس الجمهورية، أو الوزير الأول، أو رئيس الجمعية الوطنية، أو رئيس مجلس الشيوخ، أو بواسطة ستين عضواً بمجلس النواب، أو ستين عضواً بمجلس الشيوخ.

في الحالتين المنصوص عليهما في الفقرتين السابقتين، يتعين على المجلس الدستوري أن يصدر قراره خلال مدة شهر. ومع ذلك، وبناء على طلب مجلس الوزراء، في حالة الاستعجال، يمكن اختصار هذه المدة لثمانية أيام. وفي جميع الحالات السابقة، فإن الإحالة إلى المجلس الدستوري توقف ميعاد التصديق على القوانين".

٦٠- ندرة تطبيقات واجب الوقاية في مجال الرقابة السابقة. لحل أول ما يسترعي النظر، عند دراسة تطبيق قاضي دستورية القوانين الفرنسي لواجب الوقاية من خلال آلية الرقابة السابقة، هو ندرة هذه التطبيقات. هذه الملاحظة تنطبق ليس فقط بصدد واجب الوقاية، وإنما يمكن اعتبارها ملاحظة عامة فيما يتعلق بالحقوق والحريات البيئية التي كرسها ميثاق البيئة^١. وترتبط هذه

nationale, le Président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs.

Dans les cas prévus aux deux alinéas précédents, le Conseil constitutionnel doit statuer dans le délai d'un mois. Toutefois, à la demande du Gouvernement, s'il y a urgence, ce délai est ramené à huit jours.

Dans ces mêmes cas, la saisine du Conseil constitutionnel suspend le délai de promulgation".

^١ يراجع بالفرنسية،

الملاحظة بالشروط المنظمة لآلية الرقابة السابقة، لاسيما فيما يتعلق بتحديد من له الحق في اللجوء لهذه الرقابة؛ فالمادة ٦١ من الدستور الفرنسي، السابق عرضها، والتي تحدد ضوابط وشروط إعمال الرقابة السابقة، تفرق بين نوعين من الإحالة إلى المجلس الدستوري. النوع الأول وتعالجه الفقرة الأولى من نص المادة ٦١ من الدستور الفرنسي، ويتعلق بالقوانين العضوية، وباقتراحات القوانين الاستثنائية المقدمة من النواب، وباللوائح المنظمة لعمل البرلمان الفرنسي بمجلسيه الشيوخ والجمعية الوطنية. وعرض هذه القوانين على المجلس الدستوري الفرنسي للنظر في أمر دستوريته هو أمر إجباري. وغني عن البيان أن القوانين المتعلقة بحماية البيئة أو تلك التي يمكن أن تكون لها آثار بيئية، تعد بعيدة عن مجالي القوانين العضوية ولوائح البرلمان بمجلسيه. كما أن إمكانية اللجوء إلى الشعب بغرض استفتاءه بصدد مقترحات تشريعية وفقا لنص المادة ١١ تبدو غير مفعلة، فلم يتم اللجوء إليها إلى لحظة كتابة هذه السطور^١.

أما النوع الثاني من الإحالة، فتعالجه الفقرة الثانية من المادة ٦١، وهو يشمل باقي القوانين الصادرة عن البرلمان. ووفقاً لهذه الآلية، فإن الإحالة إلى المجلس الدستوري يتعين أن تتم إما من رئيس الجمهورية، أو من الوزير

M-A. COHENDET et N. HUSTEN, " La Charte de l'environnement deux ans après : chronique d'une anesthésie au Palais-Royal", *RJE*, 2007, n°3, p. 277.

¹ من الجدير بالذكر أن المادة ١١ تفرق بين نوعين من الاستفتاءات . فهناك أولاً الاستفتاءات التي تأتي بمبادرة من السلطة التنفيذية، وذلك وفقاً للكيفية التي رسمتها المادة ١١. ومبادرة السلطة التنفيذية يتعين أن تشمل على مشروع قانون استثنائي، وهو غير خاضع لرقابة المجلس الدستوري السابقة. أما النوع الآخر فهو يتعلق بالمبادرات التي تأتي من أعضاء البرلمان، وذلك وفقاً للضوابط والشروط المنصوص عليها في المادة ١١ . وهذه المبادرة تسمى اقتراح بقانون، وهذه وحدها هي التي تخضع للرقابة الإلزامية للمجلس الدستوري الفرنسي وفقاً لآلية الرقابة السابقة. ومن الجدير بالذكر أن الاستفتاء بمبادرة من أعضاء البرلمان لم يتم اللجوء إليه حتى الآن. أنظر في تفصيل دراسة تفصيلية للاستفتاءات منذ قيام الجمهورية إلى يومنا هذا، مؤلف العلامة لوشير، دستور الجمهورية الخامسة ، مرجع سابق،

F. LUCHAIRE, "L'article 11 de la Constitution", dir., *La Constitution de la République française: Analyses et commentaires*, op. cit., p.232.

الأول، أو من رئيس الجمعية الوطنية، أو من رئيس مجلس الشيوخ، أو من عدد لا يقل عن ٦٠ عضواً من أعضاء أي من المجلسين. وهذه الإحالة اختيارية، فلا يوجد أي التزام على عاتق أي من الجهات السابقة بالإحالة. وبديهي أن الجهات السابقة، ابتداء من رئيس الجمهورية إلى نواب البرلمان، كلها جهات سياسية. وهو ما يعني أن الإحالة سوف تخضع في أغلب الأحوال إلى الاعتبارات السياسية.

وبالنظر إلى أن القوانين الصادرة في مجال البيئة أو تلك التي يحتمل أن يكون لها آثار بيئية قد لا تخظى باهتمام النواب الفرنسيين، فإن هذه القوانين غالباً ما تمر مرور الكرام دون طلب بإحالتها إلى المجلس الدستوري للنظر في أمر دستورتها. وهو ما يعني في الحقيقة أن الحالات التي أتيح للقاضي الدستوري الفرنسي أن يتحقق فيها من دستورية القوانين بالنظر لنصوص ميثاق البيئة، بما فيها واجب الوقاية النابع من نص المادة الثالثة، كانت قليلة عملاً.

٦١- تطبيق القاضي الدستوري لواجب الوقاية بصدد القانون المالي لعام ٢٠١٠. أتيحت للمجلس الدستوري الفرنسي فرصة تأكيد القيمة الدستورية لمجموع نصوص ميثاق البيئة بمقتضى القرار الصادر في ١٩ يونيو ٢٠٠٨^١، بمناسبة فحصه للقانون المتعلق بالمنتجات المعدلة عضوياً بالنظر لنص

^١ يراجع بالفرنسية، قرار المجلس الدستوري رقم ٥٦٤ لسنة ٢٠٠٨، الصادر في ١٩ يونيو ٢٠٠٨، CC, n° 2008-564 DC, du 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, Rec. CC, P.313, cons.48.

من الجدير بالذكر أن المجلس الدستوري كان قد أجرى في القرار الصادر في ٢٨ أبريل ٢٠٠٥، رقابته على دستورية القانون محل الإحالة بالنظر للمادة السادسة من ميثاق البيئة، التي تركز التنمية المستدامة باعتبارها أحد الأهداف ذات القيمة الدستورية، إلا أن المجلس لم يتطرق في هذا القرار لمسألة تأكيد القيمة الدستورية لمجمل نصوص ميثاق البيئة. أنظر بالفرنسية، قرار المجلس الدستوري رقم ٥١٤ لسنة ٢٠٠٥، الصادر في ٢٨ أبريل ٢٠٠٥،

CC, n° 2005-514 DC, du 28 avril 2005, *Loi relative à la création du registre international français*, Rec. CC, p. p. 78, cons. 36.

المادة ٧ من ميثاق البيئة التي تركز الحق في الحصول على المعلومات والمشاركة في القرارات البيئية.

أما عن واجب الوقاية النابع من نص المادة ٣ من الميثاق، فمن أبرز تطبيقاته "القليلة" في قضاء الرقابة السابقة، قرار المجلس الدستوري الصادر في ٢٩ ديسمبر ٢٠٠٩^١. فقد أكد المجلس الدستوري الفرنسي بمناسبة رقابته للقانون المالي لعام ٢٠١٠ القيمة الدستورية لعدد من المبادئ التي نص عليها ميثاق البيئة، ومن بينها المادة الثالثة.

وقد كان الأمر يتعلق بمدى دستورية المادة السابعة من القانون المالي لعام ٢٠١٠، وكانت هذه المادة تتعلق بفرض ضريبة إضافية على منتجات الطاقة المعروضة للبيع والمزعم استخدامها كوقود. وتتحد هذه الضريبة تصاعدياً وفقاً لمعدل معين من انبعاثات غاز ثاني أكسيد الكربون الناجم عن هذه المنتجات. والهدف من فرض هذه الضريبة يتحصل في التقليل من انبعاثات غاز ثاني أكسيد الكربون، والتشجيع على استخدام مصادر الطاقة الأقل تلويثاً للبيئة، بما يؤدي إليه ذلك من المساهمة في التخفيف من مشكلة الاحتباس الحراري. في حين أن المشرع كان قد وضع في المادة ٩ من هذا القانون نظام معين مقتضاه إعفاء الأشخاص الطبيعيين جزئياً من هذه الضريبة، عن طريق رد المبالغ التي دفعوها كضريبة، كما هو الحال بالنسبة للاستخدام المنزلي للطاقة. كما أنه قد قرر في المادة ١٠ من القانون إعفاء للمزارعين من هذه الضريبة. كذلك فإن المشرع قد قرر معاملة مختلفة للأنشطة الاقتصادية، بحسب نوع النشاط: زراعي، حرفي، خدمي، صناعي. وليس على أساس كمية الانبعاثات. وأخيراً، فإن المشرع قد جاء في المادة رقم ١٠

^١ أنظر قرار المجلس الدستوري رقم ٥٩٩-٢٠٠٩ الصادر في مجال الرقابة السابقة على القانون المالي لعام ٢٠١٠،

ليقرر قائمة طويلة من الاستثناءات والإعفاءات الكلية والجزئية. والغريب في الأمر أن الأنشطة التي تحظى بهذه المعاملة المتميزة، تعد من أكثر الأنشطة تلويثاً للبيئة؛ فمن بين الحالات المستثناة بالكامل من الخضوع لهذه الضريبة، استخدام الكربون في محطات الطاقة الحرارية المنتجة للكهرباء، وكذلك، استخدام الكربون في مصانع الأسمنت، ومحطات فحم الكوك، والأشغال الزجاجية. كما أنه قرر إعفاء قطاعات الصناعة التي تعتمد على الاستخدام المكثف للطاقة، وكذلك إعفاء استخدام الطاقة في مجالات النقل الجوي والنقل العام للركاب.

وقد أثار القانون السابق ضجة كبيرة في فرنسا؛ فمن ناحية أولى، فقد أثار القانون السابق سخط العديد من أصحاب الصناعات في فرنسا. بالنظر لما يؤدي إليه من تحميل لهم بتكاليف مالية كبيرة. كما أنه من ناحية ثانية، لا يحقق غرضه في حماية البيئة بالنظر للقائمة الطويلة من الإعفاءات التي تضمنها. ومن ناحية ثالثة، فقد أثار هذه القائمة الطويلة من الإعفاءات العديد من التساؤلات حول دستورية هذا التنظيم بالنظر للمبادئ الحاكمة لدستورية التكاليف العامة.

ومن ثم، فلم يكن مستغرباً إحالة التنظيم السابق للضريبة إلى المجلس الدستوري، من قبل أكثر من ٦٠ نائب من الجمعية الوطنية، وأكثر من ٦٠ نائب من مجلس الشيوخ. وكانت المطاعن الأساسية الموجهة لهذا النظام تتركز في تعارضه مع مبدأ المساواة أمام التكاليف العامة، وعدم جدواه في تحقيق الغرض من سنه، والمتمثل في مكافحة الاحتباس الحراري الذي يعد أحد الأهداف ذات القيمة الدستورية *objectif de valeur constitutionnelle*.

¹ بصدد الأهداف ذات القيمة الدستورية، يراجع ما سبق عرضه في هامش الفقرة رقم ٤٧، لاسيما هامش رقم ١٢٨.

أما عن منهج المجلس الدستوري في فحص دستورية هذا القانون من منظور الحقوق والحريات البيئية الواردة في ميثاق البيئة، لاسيما واجب الوقاية، فقد اكتفي مجلس الدولة الفرنسي بترديد نصوص المواد ٢ التي تكرر واجب المحافظة على البيئة وتميئتها، والمادة ٣ التي تكرس واجب الوقاية من الانتهاكات البيئية، والمادة ٤ التي تكرس مبدأ المسؤولية البيئية. مقراً في نهاية الحثية رقم ٧٩ من قراره بالقيمة الدستورية لهذه النصوص^١. وفي المقابل، فإن المجلس الدستوري قد أجرى رقابة مدققة على التنظيم التشريعي لهذه الضريبة بناء على مبدأ المساواة أمام التكاليف العامة، ومكافحة الاحتباس الحراري الذي يعد أحد الأهداف ذات القيمة الدستورية. لينتهي في الحثية رقم ٨٢ من قراره سالف الذكر، إلى الإقرار بعدم دستورية هذا التنظيم لانتهاكه لمبدأ المساواة أمام التكاليف العامة، وإهداره لهدف مكافحة الاحتباس الحراري^٢.

ثانياً: أبرز إسهامات المجلس من خلال الرقابة السابقة

٦٢- تأكيد المجلس الدستوري للقيمة الدستورية لواجب الوقاية. إن التأكيد على القيمة الدستورية لنصوص ميثاق البيئة، ومن بينها نص المادة الثالثة الذي يفرض واجب الوقاية، من شأنه أن يضع حداً للتساؤلات التي ثارت في

^١ قرر المجلس في الحثية رقم ٧٩ من قراره سالف الذكر أن

79. Considérant qu'aux termes de l'article 2 de la Charte de l'environnement : " Toute personne a le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement " ; que son article 3 dispose : " Toute personne doit, dans les conditions définies par la loi, prévenir les atteintes qu'elle est susceptible de porter à l'environnement ou, à défaut, en limiter les conséquences " ; que, selon son article 4, " toute personne doit contribuer à la réparation des dommages qu'elle cause à l'environnement, dans les conditions définies par la loi " ; que ces dispositions, comme l'ensemble des droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement, ont valeur constitutionnelle ;".

^٢ انظر بالفرنسية الحثية رقم ٨٢ من قرار المجلس الدستوري محل الدراسة.

الفقه حول القيمة القانونية لميثاق البيئة¹. ومن الجدير بالذكر أن المجلس الدستوري الفرنسي كان قد رفض، قبل تبني ميثاق البيئة، الاعتراف بالقيمة الدستورية للمبادئ الأساسية لحماية البيئة. ومن ثم، فقد رأى البعض أن تكريس هذه المبادئ، ومن بينها مبدأ الوقاية، كان من بين أبعاده التغلب على ممانعة قاضي دستورية القوانين الفرنسي في الاعتراف بالأسس الدستورية لقانون حماية البيئة ومبادئه الأساسية.

٦٣- اعتبار واجب الوقاية أحد القواعد الحاكمة لدستورية القوانين ذات الآثار البيئية. فيما يتعلق بالآثار التي يربتها تكريس المشرع الدستوري لواجب الوقاية في مجال الرقابة على دستورية القوانين، فإن القرار السابق من شأنه التأكيد على أن هذا الواجب يعد أحد القواعد التي يجري على أساسها القاضي الدستوري رقابته على دستورية القوانين؛ فتحول واجب الوقاية لمبدأ دستوري²، من شأنه أن يرتب في مجال الرقابة نتيجتان، إحداهما تتعلق بالرقابة على دستورية القوانين من ناحية الشكل، والأخرى تتعلق بالرقابة من ناحية الموضوع³ :

أما الأولى، فهي تتعلق بالاختصاص التشريعي، فيتعين على المشرع الفرنسي أن يضع الآليات الكفيلة بوضع هذا الواجب موضع التطبيق. فوفقا

¹ يراجع بالفرنسية،

M-A. COHENDET et N. N. HUSTEN, " La Charte de l'environnement deux ans après : chronique d'une anesthésie au Palais-Royal", *RJE*, 2007, n°3, p. 277; M. PRIEUR, "Promesses et réalisations de la Charte de l'environnement", *op.cit.*, p.5 et s.

² أنظر في دور مبدأ الوقاية في حماية البيئة وفقا لتصور لجنة كوبون التي أعدت مشروع ميثاق البيئة، تقرير اللجنة الذي سبقته الإشارة إليه،

Rapport de la Commission Coppens de Préparation à la Charte de l'environnement", *op. cit.*, p. 28.

³ يراجع بالفرنسية،

X. BOIY, l'environnement, nouvel objet du droit constitutionnel, ou qu'est ce que "constitutionnaliser"?, *dir. les nouveaux objets du droit constitutionnel*, in H. ROUSSILLON, Toulouse, PU sciences sociales de Toulouse, 2006, p.400.

نص المادة ٣ من ميثاق البيئة فإن كيفية إعمال الواجب الملقى على عاتق كل شخص بتوقي الانتهاكات البيئية أو الحد من تبعاتها، تتحدد بمقتضى النصوص التشريعية^١. ويكتسب نص المادة ٣ من ميثاق البيئة أهمية كبيرة في حيز الاختصاص للمشرع بوضع واجب الوقاية موضع التطبيق. فالمشرع وفقاً للنص السابق هو وحده المختص بوضع هذا النص موضع التطبيق. وبالتالي، فإن الأداة اللائحية يظهر دورها كأنه ثانوي. فهو يتحدد فقط بوضع النصوص التشريعية التي يسنها المشرع موضع التنفيذ. فتدخل المشرع اللائحي من تلقاء نفسه، بواسطة لائحة مستقلة، ودون سند تشريعي، من شأنه أن يؤدي إلى عدم دستورية اللائحة لعدم اختصاص من أصدرها. بعبارة أخرى، فإن وضع مبدأ الوقاية موضع التطبيق أصبح من المجالات المحجوزة للمشرع. فلا يجوز لجهة الإدارة أن تستند إلى نص المادة ٣٧ من الدستور الفرنسي للاستيلاء على هذا الاختصاص.

أما عن مجال إعمال واجب الوقاية، فهو يظهر واضحاً على وجه الخصوص في حالتين:

الحالة الأولى وهي تتعلق بالتشريعات الصادرة في مجال حماية البيئة. فهذه التشريعات يتعين عليها تحبيذ الآلية الوقائية في مجال حماية البيئة، بما تفرضه هذه الآلية من إعطاء الأولوية لمبدأي الوقاية والاحتياط البيئي.

أما الحالة الثانية التي يتعين فيها على القاضي الدستوري وزن التشريعات الصادرة عن المشرع بميزان الوقاية، فهي التشريعات التي من المحتمل أن يكون لها آثار على البيئة، وذلك أياً كانت المجالات التي صدرت فيها هذه

^١ يراجع بالفرنسية،

B. MATHIEU, La constitutionnalisation du droit de l'environnement, op. cit., p.8 et s; Y. AGUILA, "Les acteurs face à la constitutionnalisation du droit de l'environnement", NCCC, 2014, n° 43, p. 44 et s.

التشريعات. ففي هاتين الحالتين يتعين على المشرع احترام ما يوجبه واجب
الوقاية.

وفي هاتين الحالتين يقع على القاضي الدستوري عبء التحقق من مدى
احترام المشرع لهذا المبدأ الدستوري من خلال الرقابة التي يجريها.
أما النتيجة الثانية، والتي تتعلق بالجانب الموضوعي للرقابة، فإن
المشرع هو المنوط، بما له من اختصاص أصيل بالتشريع، بالمصالحة بين
المبادئ الدستورية التي قد تتعارض. فرسم إطار المصالحة بين المبادئ
الدستورية عند تعارضها هو أمر من صميم اختصاص المشرع. وهنا يثور
التساؤل حول حدود سلطة المشرع في وضعه لمبدأ الوقاية المكرس بمقتضى
نص المادة ٣ من ميثاق البيئة موضع التطبيق. وهو ما يجرنا للحديث عن
النتيجة الثانية لتحول مبدأ الوقاية لمبدأ دستوري.

فوجب الوقاية النابع من نص المادة الثالثة من ميثاق البيئة يفرض نفسه
على المشرع عند مزاولته للوظيفة التشريعية. فيتعين على المشرع مراعاة
مبدأ الوقاية كمبدأ دستوري في التشريعات التي يسنها، فلا يأتي مضمون هذه
التشريعات مناقضاً لما يفرضه مبدأ الوقاية. ويترتب على الاعتراف بالقيمة
الدستورية لواجب الوقاية، أن القاضي الدستوري الفرنسي يجري رقابته على
التشريعات الصادرة من المشرع للتأكد من احترام المشرع لما يفرضه
واجب الوقاية من التزامات دستورية يتعين على المشرع مراعاتها في
التشريع. ولكن في المقابل، فإن المجلس الدستوري لم يتصدي لبيان هذه
الالتزامات التي تفرض نفسها على المشرع !

٦٤-الإسهامات المتواضعة للمجلس من خلال الرقابة السابقة ترتبط
بالشروط المقيدة لآلية الرقابة السابقة. على الرغم من تأكيد المجلس
الدستوري للقيمة الدستورية لواجب الوقاية، واعتباره بهذه المثابة أحد القواعد
التي تحدد بناء عليها دستورية التشريعات العادية، فإن إسهامات قاضي

دستورية القوانين الفرنسي من خلال آلية الرقابة السابقة، في تحديد مضمون الالتزامات التي يفرضها واجب الوقاية، ورسم أبعاد السلطة التقديرية للمشرع في وضعه لهذا الواجب الدستوري موضع التطبيق، تبدو محدودة¹. وهو ما يبدو راجعاً، كما سبق أن أشرنا²، إلى ندرة إحالة القوانين المتعلقة بالبيئة للمجلس من خلال آلية الرقابة السابقة.

ولهذا، فإن دخول آلية الرقابة اللاحقة موضع التطبيق صاحبه الكثير من الآمال في أن يمثل ذلك فرصة لقاضي دستورية القوانين الفرنسي في تحديد مضمون المبادئ الدستورية التي تضمنتها نصوص ميثاق البيئة بدقة، وهو ما قد يسهم في كشف الإبهام المحيط بها³. وهو ما سيكون له أثره في تحديد الالتزامات التي تفرض على المشرع بمقتضى نصوص ميثاق البيئة، ومن أبرزها واجب الوقاية الذي يمثل قلب الاستراتيجية الفرنسية لحماية البيئة من الانتهاكات التي قد تطالها.

¹ يراجع بالفرنسية،

M-A. COHENDET et N. N. HUSTEN, " La Charte de l'environnement deux ans après : chronique d'une anesthésie au Palais-Royal", *RJE*, 2007, n°3, p. 286.

² يراجع ما سبق ذكره بالفقرة رقم ٦٠.

³ يراجع بالفرنسية،

N. HUTEN, "Question préjudicielle de constitutionnalité et Charte de l'environnement", 09/2008; 8, VII. Congrès de Droit Constitutionnel AFDC : 50e anniversaire de la Constitution de 1958, Ateliern° 5 : Constitution et Justice.

يراجع بالفرنسية كذلك،

A.M COHENDET et N HUSTEN, "La charte cinq ans après: Chronique d'un réveil en fanfare", *RJE*, 2010, n° 1, p. 37.

أنظر أيضاً مقال الأستاذة كرين فوشيه المنشور بالمجلة الفرنسية للقانون الدستوري،

K. FOUCHER, "L'apport de la question prioritaire de constitutionnalité au droit de l'environnement : conditions et limites", *RFDC*, n° 83, 2010, p..

الفرع الثاني

من خلال الرقابة اللاحقة

٦٥-التساؤلات التي تم طرحها بمناسبة دخول آلية الرقابة اللاحقة. تنص المادة ٦١-١ من الدستور الفرنسي، المضافة بمقتضى التعديلات التي تمت في ٢٠٠٨، على أنه " في حالة الإدعاء، بمناسبة دعوى منظورة أمام إحدى المحاكم، بأن نص تشريعي يشكل انتهاكاً للحقوق والحريات التي كفلها الدستور، فإن المجلس الدستوري يمكنه الفصل في هذا الإدعاء بناء على إحالة من مجلس الدولة أو من محكمة النقض، الذي (أو التي) يتولى الفصل في هذا الإدعاء في مدة محددة.

ويتولى قانون عضوي تحديد الشروط والضوابط اللازمة لوضع هذه المادة موضع التطبيق¹.

ووفقاً لنص المادة ٦١-١ من الدستور الفرنسي، فإن الرقابة اللاحقة تبدو مقيدة في مجال تطبيقها من ناحيتين: فأولاً تبدو هذه الرقابة مقيدة بالحقوق والحريات. وتبدو ثانياً مقيدة بالنصوص التشريعية الصادرة عن البرلمان^٢.

¹ تنص المادة ٦١-١ من الدستور الفرنسي التي تمت بإضافتها بمقتضى التعديل الدستوري الصادر في ٢٣ يوليو ٢٠٠٨، في نسختها الفرنسية،

L'article 61-1 de la Constitution française, issu de la révision constitutionnelle de 23 juillet 2008, dispose que "Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé.

Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article."

² تنص المادة ٦١-١ من الدستور الفرنسي المضافة بمقتضى تعديل ٢٣ يوليو ٢٠٠٨ في نسختها الفرنسية،

"Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé.

وقد صاحب دخول آلية الرقابة اللاحقة في فرنسا، طرح الفقه للتساؤل المتعلق بمدى اعتبار المبادئ الدستورية التي ينص عليها ميثاق البيئة كواجب الوقاية، من قبيل الحقوق والحريات التي كرسها الدستور. ويتفرع عن التساؤل السابق عدد من التساؤلات، مثل: مدى إمكان الاحتجاج بواجب الوقاية في منازعات الرقابة اللاحقة. على دستورية القوانين، ومدى إمكان تطبيق القواعد الحاكمة للرقابة القضائية على سلطة المشرع التقديرية في مجال الحقوق والحريات المكرسة دستورياً، وحول حدود السلطة التقديرية للمشرع في وضعه هذه الحقوق موضع التطبيق. هذا بالإضافة إلى التساؤلات التي سبق طرحها، والتي تتعلق بتحديد الالتزامات التي يفرضها واجب الوقاية على المشرع بدقة، والتي لم يجب عنها المجلس الدستوري من خلال آلية الرقابة السابقة.

ودراسة الحالات التي تعرض فيها قاضي دستورية القوانين الفرنسي لواجب الوقاية من خلال آلية الرقابة اللاحقة توضح أنه يتبنى منهجاً معيناً إزاء معظم الحقوق والحريات البيئية، وفي الصدر منها واجب الوقاية. هذا المنهج ينبىء عن أن المجلس الدستوري، في إجابته على التساؤلات السابقة التي طرحها الفقه الفرنسي، يميل إلى اعتماد حلول تتسم بالوسطية، تقوم على الاعتراف بالطبيعة الحقوقية لواجب الوقاية، بما يستتبعه ذلك من نتائج في مجال الرقابة على دستورية القوانين، مع الاعتراف للمشرع في المقابل بالسلطة التقديرية الواسعة في وضعه لهذا الواجب موضع التطبيق.

وستتولى أولاً عرض أبرز القرارات التي تصدى فيها المجلس الدستوري لواجب الوقاية، ثم نتولى ثانياً التركيز على أبرز ما أضافه المجلس لواجب الوقاية من خلال آلية الرقابة اللاحقة.

Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article".

أولاً : واجب الوقاية من خلال التطبيقات

٦٦- سنتقصر في مقام دراسة تطبيقات واجب الوقاية في قضاء المجلس الدستوري الفرنسي على عرض تطبيقين.

أ. التطبيق الأول

٦٧- تطبيق المجلس لواجب الوقاية في القرار الصادر في ٨ أبريل ٢٠١١ :
الوقائع. ينظر إلى حكم المجلس الدستوري الصادر في ٨ أبريل ٢٠١١، باعتباره باكورة الأحكام الصادرة من المجلس في مجال الحقوق والحريات البيئية¹، والتي تناول فيها المجلس واجب الوقاية المكرس بمقتضى نص المادة الثالثة من الميثاق. وذلك بعد دخول الآلية الجديدة للرقابة حيز التطبيق في ٢٠١٠.

وتتلخص الوقائع التي صدر بصدها هذا القرار في أن محكمة النقض الفرنسية قد أحالت إلى المجلس الدستوري طعن في دستورية المادة ل١١٢-١٦ من قانون البناء والمساكن، والتي تنص على أن الأضرار التي تلحق بشاغلي العقارات المسكونة بسبب الإزعاج الناجم عن ممارسة أنشطة زراعية أو صناعية أو حرفية أو تجارية أو جوية لا تؤدي إلى الحق في الحصول على تعويض، إذا كان طلب التصرف الناقل لملكية العقار المعرض للضرر أو عقد الإيجار قد تم في تاريخ لاحق للتصريح لهذه الأنشطة التي تمثل مصدر الإزعاج.

¹ أنظر قرار المجلس الدستوري رقم ١١٦ لسنة ٢٠١١ الصادر في مجال الرقابة السابقة، CC, n° 2011-116 QPC du 8 avril 2011, M. Michel Z. et autre [Troubles du voisinage et environnement] Recueil, p. 183.

يراجع كذلك بالفرنسية التعليق على هذا القرار في مجلة قانون البيئة، CC, n° 2011-116 QPC du 8 avril 2011, M. Michel Z. et autre [Troubles du voisinage et environnement], not. P. STEICHEN, RJE, 2011, n°3,p.393.

وقد أدعى الطاعن أن المادة السابقة تجحد ما توجبه المواد من ١ إلى ٤ من ميثاق حماية البيئة، وهي المواد التي تركز على التوالي: الحق في الحياة في بيئة صحية، وواجب المحافظة على البيئة، وواجب الوقاية، والمسئولية البيئية.

وقد تمت إحالة الطعن من قبل قاضي الموضوع إلى محكمة النقض بعد التحقق من توافر شروط قبوله. وأحالت محكمة النقض الطعن إلى المجلس الدستوري بعد تقديرها لتوافر شرط الجدية فيه.

تطبيق القواعد القضائية المتعلقة بالرقابة على الحقوق المكرسة بمقتضى الدستور على الحقوق والحريات البيئية. قضى المجلس الدستوري الفرنسي في قراره الصادر في ٨ أبريل ٢٠١١ برقم ٢٠١١/١١٦، بأنه " يمكن للمشرع، وفقاً لسلطته التقديرية في المجالات التشريعية التي تدخل في حدود إختصاصه، أن يسن نصوصاً جديدة وفقاً لما يراه ملائماً، أو أن يعدل من نصوص موجودة بالفعل، أو أن يستبدل هذه النصوص كلية بإعادة تنظيم موضوع معين من جديد، وذلك بشرط أن يحترم الضمانات القانونية للحقوق والحريات المصونة دستورياً¹.

وأنه " وفقاً لنصوص المواد : الأولى والثانية من ميثاق البيئة، والتي تنص تباعاً على أن: " لكل شخص الحق في الحياة في بيئة متوازنة يأمن فيها على صحته"، وأن " كل شخص يقع عليه واجب المحافظة على البيئة وتحسينها"، فإن احترام الحقوق والواجبات التي رتبها ميثاق البيئة بنصوص

¹ قرر المجلس الدستوري في الحيثية رقم ٤ من قراره رقم ١١٦ لسنة ٢٠١١ أنه،
4."Qu'il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, d'adopter des dispositions nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité et de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions, dès lors que, dans l'exercice de ce pouvoir, il ne prive pas de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel ;"

تتسم بالعموم يفرض نفسه، ليس فقط على المشرع والسلطات الإدارية عند ممارستها لأنشطتها، وإنما كذلك على الأفراد العاديين. ويترتب على ما سبق، أن كل شخص ملتزم بالمحافظة على البيئة، وأن يتوقى الانتهاكات التي يمكن أن تصدر منه في ممارسته لأنشطته. كما أنه يدخل في اختصاص المشرع، وفقاً للنصوص السابقة، أن يحدد الشروط التي يعد الفرد فيها مسؤولاً لانتهاكه للالتزام بالمحافظة على البيئة ووقايتها من الانتهاكات¹.

وحيث أن نصوص المواد: الثالثة والرابعة من ميثاق البيئة، والتي تنص على التوالي على أنه: " يجب على كل شخص وفقاً للشروط التي يحددها المشرع أن يتوقى الانتهاكات التي يمكن أن تطال البيئة، أو في حالة عدم إمكان توقيها كلية التخفيف من تبعاتها"، ووفقاً لنص المادة الرابعة فإنه " يتعين على كل شخص أن يشارك في إصلاح الأضرار التي سببها للبيئة، وذلك وفقاً للشروط التي يحددها المشرع". وبالتالي فمن اختصاص المشرع عند ممارسته لمهمة التشريع، وكذلك السلطات الإدارية في ممارستها

¹ قرر المجلس الدستوري في الحثية رقم ٥ من قراره رقم ١١٦ لسنة ٢٠١١، أنه،

5. Considérant, en deuxième lieu, que les articles 1er et 2 de la Charte de l'environnement disposent : « Chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé. - Toute personne a le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement » ; que le respect des droits et devoirs énoncés en termes généraux par ces articles s'impose non seulement aux pouvoirs publics et aux autorités administratives dans leur domaine de compétence respectif mais également à l'ensemble des personnes ; qu'il résulte de ces dispositions que chacun est tenu à une obligation de vigilance à l'égard des atteintes à l'environnement qui pourraient résulter de son activité ; qu'il est loisible au législateur de définir les conditions dans lesquelles une action en responsabilité peut être engagée sur le fondement de la violation de cette obligation ; que, toutefois, il ne saurait, dans l'exercice de cette compétence, restreindre le droit d'agir en responsabilité dans des conditions qui en dénaturent la portée ;".

لمهامها، أن يحدد كيفية وضوابط وضع هذه النصوص الدستورية موضع التطبيق دون إهدار لمحتواها¹.

ب. التطبيق الثاني

٦٨- تطبيق المجلس لواجب الوقاية في القرار الصادر في ٢٣ نوفمبر ٢٠١٢: الوقائع. أتيحت للمجلس الدستوري الفرنسي فرصة أخرى لإجراء رقابته على دستورية القوانين على أساس واجب الوقاية المنصوص عليه في المادة ٣ من ميثاق البيئة الفرنسي، في الدعوى الدستورية رقم ٢٨٢ لسنة ٢٠١٢.

وكانت عدد من الجمعيات المهتمة بشئون البيئة قد طعننت بعدم دستورية المواد ل٥٨١-١٨ ، ل٥٨١-١٤-٢ ، ل٥٨١-٩ من قانون حماية البيئة. وقد استندت الجمعيات الطاعنة في طعنها على هذه المواد، إلى أن المشرع

¹ قرر المجلس الدستوري في الحبيثة رقم ٦ من قراره رقم ١١٦ لسنة ٢٠١١ أنه،

6. Considérant, en troisième lieu, que les articles 3 et 4 de la Charte de l'environnement disposent : « Toute personne doit, dans les conditions définies par la loi, prévenir les atteintes qu'elle est susceptible de porter à l'environnement ou, à défaut, en limiter les conséquences.

- Toute personne doit contribuer à la réparation des dommages qu'elle cause à l'environnement, dans les conditions définies par la loi » ; qu'il incombe au législateur et, dans le cadre défini par la loi, aux autorités administratives de déterminer, dans le respect des principes ainsi énoncés, les modalités de la mise en œuvre de ces dispositions ;

² أنظر قرار المجلس الدستوري رقم ٢٨٢ لسنة ٢٠١٢ الصادر في مجال الرقابة اللاحقة،

CC, n° 2012-282 QPC du 23 novembre 2012, *Association France Nature Environnement et autre [Autorisation d'installation de bâches publicitaires et autres dispositifs de publicité*, Recueil, CC, p. 596.

بصدد ملاحظات الفقه على هذا القرار، يراجع بالفرنسية التعليق على هذا القرار في مجلة قانون البيئة،

CC, n° 2012-282 QPC du 23 novembre 2012, *Association France Nature Environnement et autre [Autorisation d'installation de bâches publicitaires et autres dispositifs de publicité* , comm. B. CORTTET, RJE, 2013, n°2, p. 295 et s

لم يحدد في هذه المواد شروط الوقاية من الانتهاكات البيئية، ولا الضمانات اللازمة لتنفيذ الحق في الحياة في بيئة متوازنة وآمنة من الناحية الصحية، كما أن المواد السابقة لم تفوض السلطة اللاتحجية في تحديدها. وبهذا فإن المشرع يكون قد جحد ما توجبه نصوص ميثاق البيئة وبصفة خاصة المادة الأولى المتعلقة بالحق في الحياة في بيئة صحية وآمنة، والمادة الثالثة المتعلقة بتكريس واجب الوقاية.

إقرار القاضي الدستوري بالسلطة التقديرية الواسعة للمشرع. وقد رفض المجلس الدستوري الدفع السابق على أساس أن الحق في الحياة في بيئة متوازنة وآمنة من الناحية الصحية، وكذلك واجب الوقاية من الانتهاكات البيئية، يمنحان المشرع والسلطات الإدارية الحق في تحديد الضوابط اللازمة لتنفيذ هذه المواد، ووضعها موضع التطبيق. وهو ما يعني في الحقيقة الاعتراف بالسلطة التقديرية للمشرع في كيفية وضع هذه المواد موضع التطبيق.

وقد اختتم المجلس الدستوري الفرنسي فحصه لمدى دستورية نصوص مواد قانون البيئة المطعون فيها على أساس ميثاق البيئة، بتقرير أن " المجلس الدستوري لا يملك سلطة تقديرية من نفس طبيعة تلك التي يملكها البرلمان، فالمجلس الدستوري لا يستطيع أن يحل تقديره محل تقدير المشرع فيما يتعلق بالوسائل التي يستطيع المشرع من خلالها وضع حق كل شخص في الحياة في بيئة صحية وآمنة وواجب الوقاية من الانتهاكات البيئية موضع التطبيق"¹.

¹ قضى المجلس الدستوري في قراره رقم ٢٨٢ لسنة ٢٠١٢، الصادر في مجال الرقابة اللاحقة، في الحثيات: من ٦ إلى ٨ أنه،

- SUR LES GRIEFS TIRÉS DE LA MÉCONNAISSANCE DES ARTICLES 1ER ET 3 DE LA CHARTE DE L'ENVIRONNEMENT :

6. Considérant que, selon les associations requérantes, en ne prévoyant pas les conditions de la prévention des atteintes à l'environnement ainsi qu'au cadre de vie et en n'habilitant pas le

ثانياً : أبرز الإسهامات في مجال الرقابة اللاحقة

٦٩- الإقرار بالطبيعة الحقوقية لواجب الوقاية وذلك على العكس من العديد من نصوص ميثاق البيئة الأخرى. يتضح من العرض السابق أن المجلس الدستوري يعتبر أن واجب الوقاية يعد من ضمن المبادئ الدستورية التي تم تكريسها بمقتضى نصوص البيئة، وتمثل حقوقاً بيئية، وهي بهذه المثابة يمكن الاحتجاج بها في منازعات دستورية القوانين اللاحقة. والتي تقتصر مطاعنها على مخالفة التشريعات للحقوق والحريات المكرسة بمقتضى نصوص الدستور. وبهذا، فإن المجلس الدستوري يكون قد أسهم إلى حد بعيد في إزالة الغموض الذي أحاط بالطبيعة القانونية لواجب الوقاية الذي تم تكرسه بمقتضى نص المادة الثالثة من ميثاق البيئة. فهذه المادة تكرر في حقيقتها حقاً في الوقاية، حتى ولو جاءت صياغته في صورة واجب¹.

pouvoir réglementaire à fixer des règles relatives à la densité et au format des enseignes, les deuxième et troisième alinéas de l'article L. 581-9, l'article L. 581-14-2 ainsi que le premier alinéa de l'article L. 581-18 du code de l'environnement méconnaissent les articles 1er et 3 de la Charte de l'environnement ;

7. Considérant que l'article 1er de la Charte de l'environnement dispose : « Chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé » ; que son article 3 dispose : « Toute personne doit, dans les conditions définies par la loi, prévenir les atteintes qu'elle est susceptible de porter à l'environnement ou, à défaut, en limiter les conséquences » ; qu'il incombe au législateur et, dans le cadre défini par la loi, aux autorités administratives de déterminer, dans le respect des principes ainsi énoncés par cet article, les modalités de la mise en oeuvre de ces dispositions ;

8. Considérant que le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement ; qu'il ne lui appartient pas de substituer son appréciation à celle du législateur sur les moyens par lesquels le législateur entend mettre en oeuvre le droit de chacun de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé ainsi que le principe de prévention des atteintes à l'environnement ; .

¹ يراجع بالفرنسية،

ومن الجدير بالذكر أن المجلس الدستوري الفرنسي كان قد رفض اعتبار العديد من نصوص ميثاق البيئة بمثابة حقوق وحرّيات مكرّسة دستورياً، على الرغم من الإقرار بقيمتها الدستورية. فقد رفض المجلس بمقتضى القرار الصادر في ٢٣ نوفمبر ٢٠١٢^١، اعتبار نص المادة رقم ٦ من الميثاق التي تركز التنمية المستدامة باعتبارها أحد الأهداف ذات القيمة الدستورية، من قبيل الحقوق أو الحريات التي يكرسها الميثاق. ومن ثم، فقد أعلن المجلس الدستوري عدم قبول المطاعن المؤسسة على هذا النص في مجال الرقابة اللاحقة. ويسجل في ذات الإطار، رفض المجلس الدستوري في القرار الصادر في ٧ مايو ٢٠١٤^٢، قبول المطاعن التي تستند إلى الفقرات السبعة الأولى من ميثاق البيئة، التي تتشكل منها ديباجة هذا الميثاق. وهو ما أثار العديد من الانتقادات التي وجهت إلى موقف المجلس إزاء النصوص السابقة^٣. والمقابلة بين موقف المجلس من النصوص السابقة، وموقفه من نص المادة الثالثة من ميثاق البيئة التي تركز واجب الوقاية، يظهر أن النص الأخير يستوفي حد أدنى من الوضوح والتحديد، يمكن من خلاله فرض التزامات معينة على المشرع يتعين عليه مراعاتها، ويمكن للمجلس من خلالها أن يجري رقابته اللاحقة^٤.

M. PRIEUR, "Promesses et réalisations de la Charte de l'environnement", *op.cit*, p.12 et s.

^١ يراجع بالفرنسية القرار رقم ٢٨٣ لسنة ٢٠١٢، رقابة لاحقة، الصادر في ٢٣ نوفمبر، ٢٠١٢، CC, n° 2012-283 QPC, du 23 novembre 2012), M. Antoine de M. [Classement et déclassement de sites], Rec. CC, p.605.

^٢ يراجع بالفرنسية، القرار رقم ٣٩٤ لسنة ٢٠١٤، رقابة لاحقة، الصادر في ٧ مايو ٢٠١٤، CC, n° 2014-394 QPC, du 7 mai 2014, *Société Casuca [Plantations en limite de propriétés privées]*, JORF du 10 mai 2014 page 7873, texte n° 78

^٣ يراجع بالفرنسية،

V. CHAMPEIL-DESPLATS, «Charte de l'environnement: La QPC bute sur l'incipit », in *Revue des droits de l'homme/ ADL*, 19 mai 2014 (Lien : <http://revdh.revues.org/747>)

^٤ يراجع بالفرنسية،

٧٠- ترتيب آثار الطبيعة الحقوقية لواجب الوقاية في مجال الرقابة على دستورية التشريعات. والحقيقة أن المجلس الدستوري لم يتردد كثيراً في استخلاص النتائج المترتبة على اعتبار واجب الوقاية من قبيل الحقوق والحريات، في مجال رقابة دستورية القوانين التي يجريها. وهو ما يتبدى بصفة أساسية في إخضاع التشريعات محل الرقابة للقواعد الحاكمة لرقابة دستورية القوانين على أساس الحقوق والحريات المكرسة دستورياً. ولعل أبرز هذه القواعد تتمثل في إعمال نظرية الضمانات القانونية للحقوق والحريات، وإجراء الرقابة على التناسب.

١. سريان الضمانات القانونية للحقوق والحريات

٧١- إعمال نظرية الضمانات القانونية للحقوق والحريات وأثره على تطور مضمون الحقوق والحريات البيئية. صرح المجلس الدستوري في قراراته السابق عرضها بسريان القواعد الحاكمة للرقابة القضائية على احترام المشرع العادي للحقوق والحريات التي كرسها الدستور، لاسيما تطبيق نظرية الضمانات القانونية للحقوق والحريات التي كرسها الدستور *les garanties légales des exigences constitutionnelles*.

فإذا كانت القاعدة أن السلطة التقديرية للمشرع تمكنه، وفقاً للملاءمات التي يقدرها، من أن يلغي أو يعدل أي نص تشريعي، فإن هذه السلطة تتقيد في مجال الحقوق والحريات التي كرسها الدستور، بالضمانات التي كان المشرع السابق قد قررها. ومن ثم، فإن المشرع الجديد ليس حراً تماماً في استبدال التشريعات المنظمة للحقوق والحريات أو إلغائها، وإنما يتقيد في

A-M. COHENDET et M. FLEURY, Chronique de droit constitutionnel sur la Charte de l'environnement, *RJE*, 2018, n°4, p.754.

¹ يراجع بالفرنسية،

G. MOLLION, "Les garanties légales des exigences constitutionnelles", *Revue française de droit constitutionnel*, n° 62, 2005, p.257 et s.

تنظيمه لها بضرورة أن يتبنى تنظيمًا مساويًا، إن لم يكن أكثر تحرراً، من منظور الحقوق والحريات. وهكذا، تظهر الضمانات القانونية للحقوق والحريات بطبيعة مزدوجة؛ باعتبارها وسيلة للرقابة على دستورية القوانين في مجال الحقوق والحريات من جهة، وأحد القواعد الدستورية الحاكمة لدستورية التشريعات من جهة أخرى¹.

ومن الجدير بالذكر أن نظرية الضمانات القانونية للحقوق والحريات، كانت قد بدأت في الظهور في القرار الصادر في ٢٠ يناير ١٩٨٤، المتعلق بالجامعات ومؤسسات البحث العلمي^٢، وتبلور هذا التحول نحو تبني هذه الضمانة بصفة نهائية في القرار الصادر في ٢٩ يوليو ١٩٨٦^٣.

وتطبيق القواعد القضائية الحاكمة للرقابة على الحقوق والحريات في مجال الحقوق والحريات البيئية من شأنه أن يقود، رويداً رويداً، إلى تطور مضمون هذه الحقوق والحريات، بتحديد الالتزامات التي تفرضها بدقة. كما أنه يزيد من الدور الذي تلعبه في النظام القانوني؛ إذ أن ما يسنه المشرع اليوم سيقده في الغد، في حال اتجاهه إلى تعديل التشريعات المتعلقة بوضع هذه الحقوق والحريات موضع التطبيق.

¹ المرجع السابق، ص ٢٥٨.

ibidem, p. 258.

² يراجع بالفرنسية قرار المجلس الدستوري السابق الإشارة إليه في المتن،

CC, n°83-165 DC, du 20 janvier 1984, *Loi relative à l'enseignement supérieure*, Rec. CC, p. 30.

³ يراجع بالفرنسية قرار المجلس الدستوري السابق الإشارة إليه في المتن،

CC, n°86-210 DC du 29 juillet 1986, *Loi portant réforme du régime juridique de la presse*, Rec. CC, p. 110, AIJC, 1986, p. 432 et 439, note B. GENEVOIS

ب. إخضاع السلطة التقديرية للمشرع لرقابة التناسب

٧٢- رقابة المجلس الدستوري على سلطة المشرع التقديرية في وضعه لواجب الوقاية موضع التطبيق: الرقابة على الكفاية. مع إقرار المجلس الدستوري الفرنسي بالسلطة التقديرية الواسعة للمشرع في وضع واجب الوقاية موضع التطبيق، عن طريق تحديد ضوابط وشروط إعمال هذا الواجب، فإن المجلس الدستوري لم يستبعد تماماً هذه السلطة التقديرية من مجال رقابته؛ فإذا كان المشرع حراً في اختيار الوسائل الكفيلة بتفعيل واجب الوقاية في شتى مجالات النشاط المتعلقة بالبيئة، فإن هذه الوسائل يجب أن تكون كفيلة بتحقيق غرض المشرع الدستوري من منح المشرع العادي هذه السلطة. ومن ثم فإذا كانت الوسائل والإجراءات التي تضمنها التشريع، والتي من المفترض أنها وضعت مراعاة لواجب الوقاية، لا تؤدي لتحقيق هذه الغاية، فإن المشرع يكون قد انحرف بالسلطة المقررة له عن غرضها الذي حدده له الدستور *la dénaturation du droit*. وهو ما يتحقق في الحالة التي تكون الوسائل التي تبناها المشرع ظاهر عدم قدرتها على تحقيق هذه الغاية¹. فحالئذ يكون المشرع قد عبر الخطوط الفاصلة بين تنظيم الحق وإهداره. وتسمى هذا النوع من الرقابة بالرقابة على الكفاية *contrôle de l'adéquation*

٧٣- الكفاية أحد عناصر مبدأ التناسب في معناه الواسع. يميل الفقه الفرنسي إلى اعتبار الرقابة على كفاية هذه الوسائل إحدى درجات الرقابة على التناسب في معناها الواسع²، بالتحديد الحد الأدنى من هذه الرقابة؛ فمبدأ

¹ يراجع بالفرنسية،

Les modalités retenues par la loi ne doit pas être manifestement inappropriées

² يراجع بالفرنسية،

V. GOESEL-LE BIHAN, "Le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel : défense et illustration d'une théorie générale", *RFDC*, 2001, n°45, p.67; R. BOUSTA, "Contrôle constitutionnel de proportionnalité. La spécificité française à l'épreuve des évolutions

التناسب بالمعنى الواسع يشتمل على ثلاثة عناصر أساسية: أولاً كفاية الوسائل، بمعنى قدرتها على تحقيق الهدف المعلن عنه من وراء التشريع. وثانياً ضرورة هذه الوسائل، بمعنى أن الوسائل التي تبناها المشرع تتبدى باعتبارها أفضل الوسائل المتاحة في تحقيق الغاية من التشريع، وهو ما يتحدد على ضوء البدائل الأخرى التي كانت متاحة. مما يحتم على القاضي الدستوري البحث عن مدى توافر وسائل أخرى بديلة لتلك التي تبناها المشرع، والمقارنة بين هذه الوسائل وتلك، وصولاً إلى اختيار أكثر هذه الوسائل فاعلية في تحقيق غرض المشرع الدستوري. وثالثاً التناسب بمعناه الدقيق، باعتباره يشير إلى أن المشرع قد تبني وسيلة، على فرض تحقق قدرتها وأفضليتها في تحقيق الهدف المعلن من التشريع، تقود إلى نتائج متناسبة مع أهمية الهدف الذي يسعى إليه. وهو ما يتضمن إجراء موازنة بين المنافع والمضار. التي تنتج عن تبني هذه الإجراءات بالمقارنة مع أهمية الهدف المعلن.

وبالنظر إلى أن رقابة القاضي الدستوري إنما تجري على السلطة التقديرية للمشرع، وهي سلطة أصيلة يستمدها مباشرة من نصوص الدستور، ولا يجوز للقاضي الدستوري أن يحل تقديره محل تقدير المشرع، فإن المجلس الدستوري قد قيد رقابته على التناسب، بالمعنى الواسع السالف الإشارة إليه، بنظرية الخطأ الظاهر في التقدير¹. ففي مجال كفاية الوسائل،

récentes", *RFDC*, 2001, n° 88, p. 913 et s: A. ROUX, "Le discernement du juge constitutionnel dans le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation", in " *Le discernement en droit public* ", dir. U. NGAMPIO, 2017. hal-01831828.

¹ يراجع بالفرنسية،

TH. CAFFOZ, "Le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation dans la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité", communication au 9° Congrès Français de droit constitutionnel, Lyon, juin 2014.

فإن الرقابة التي يجريها المجلس الدستوري تتمخض عن إعلان عدم دستورية التشريع في الحالة التي تبدو فيها الوسائل التي تبناها المشرع ظاهر عدم قدرتها على تحقيق هدفها. وفي مجال ضرورة الوسائل، تفقد هذه الرقابة إلى إعلان عدم دستورية التشريع الذي يتبني وسائل ظاهر أفضلية غيرها في تحقيق الهدف الذي يسعى إليه المشرع. وفي مجال التناسب بالمعنى الضيق، فإن الرقابة تتمخض عن إعلان عدم دستورية الوسائل الظاهر عدم تناسبها مع أهمية الهدف الذي يسعى إليه المشرع؛ فقد تكون الوسيلة التي تبناها المشرع قادرة على تحقيق الهدف من التشريع، بل قد تكون أفضل البدائل المتاحة من ناحية القدرة على تحقيق هذا الهدف، ولكنها تتضمن انتهاكاً جسيماً لحق أو حرية أخرى، وهو ما لا يمكن تبريره بالهدف الذي يسعى المشرع إلى تحقيقه. ففي هذه الحالة تكون الوسيلة ظاهر عدم تناسبها.

٧٤- الرقابة على التناسب تتبدى باعتبارها أحد القواعد الحاكمة للرقابة على أساس الهيكل الدستوري للحقوق والحريات. وفي هذا المقام، يشير الفقه الفرنسي إلى أن دافع المجلس الدستوري في تبني مبدأ الرقابة على التناسب في معناها الواسع، وفي تطوير أساليب هذه الرقابة لتشمل العناصر الثلاثة السابق الحديث عنها، إنما ينبع بصفة أساسية من رغبته في توفير أكبر درجة ممكنة من الحماية للحقوق والحريات التي كرسها الدستور. وغني عن البيان أن المجلس الدستوري هو نفسه من يتولى تحديد نوع الرقابة التي يباشرها، ومدى شدتها، ومجالها.

متاح على الرابط التالي، تمت استشارته في ٢٥/٨/٢٠١٨،

http://www.droitconstitutionnel.org/congresLyon/CommLA/A-caffoz_T2.pdf

وتتجه تحليلات الفقه الفرنسي¹ إلى الإشارة لأن رقابة المجلس الدستوري تتباين في نوعها، وشدتها، ومجالها بتباين الحقوق والحريات التي يجري على أساسها المجلس رقابته؛ فالجيل الأول من الحقوق وحريات يحظى بأدق أنواع الرقابة، وأكثرها إتساعاً في شمولها للمجالات الثلاث السابق ذكرها. في حين أن هذه الرقابة تبدو أقل في صرامتها، وأضيق في مجالها عندما يتعلق الأمر بحقوق وحريات الجيل الثاني. حتى تصل هذه الرقابة إلى أدنى درجاتها في الشدة، وأقلها إتساعاً في المجال عندما يتعلق الأمر بحقوق وحريات الجيل الثالث، وفي القلب منها الحقوق والحريات البيئية.

٧٥- اكتفاء المجلس الدستوري بالحد الأدنى من رقابة التناسب على احترام المشرع لواجب الوقاية. وبصدد الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع في مراعاته لواجب الوقاية المكرس دستورياً، فإن قاضي دستورية القوانين قد حدد رقابته بالرقابة على كفاية الوسائل. فقصرها على التحقق من قابلية الوسائل والإجراءات التي تضمنها التشريع محل الرقابة لتحقيق الغرض الذي حدده المشرع الدستوري، ليغل رقابته عن مدى ضرورة هذه الوسائل لتحقيق هذا الغرض، وعن مدى تناسبها مع أهمية الهدف الذي يسعى إليه المشرع.

وهو ما يعني أن المجلس الدستوري الفرنسي يباشر رقابة مقيدة على سلطة المشرع التقديرية في تفعيله لواجب الوقاية. هذه الرقابة المقيدة تقف عند الحد الأدنى في اكتفائه بالرقابة على كفاية هذه الوسائل التشريعية، بالتحقق من غياب الانحراف التشريعي *contrôle d'absence de la dénaturation*، من خلال البحث في كفاية هذه الوسائل *contrôle de*

l'adéquation.

¹ يراجع بالفرنسية،

A.ROUX, "Le discernement du juge constitutionnel dans le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation", dir " Le discernement en droit public ", in. U. NGAMPIO, 2017. hal-01831828.

² يراجع بالفرنسية،

المطلب الثاني

تقييم إسهامات المجلس الدستوري

٧٦- إسهامات المجلس الدستوري في ميزان الفقه. على الرغم من إقرار المجلس الدستوري الفرنسي بأن التكريس الدستوري لواجب الوقاية من شأنه إلزام المشرع بالتزامات محددة، سواء من ناحية الشكل أو حتى من ناحية الموضوع، يتولى المجلس الدستوري مراقبة المشرع العادي في وفائه بها، وكذلك إقرار المجلس بالطبيعة الحقوقية لواجب الوقاية، وترتيبه لآثارها في مجال الرقابة على دستورية القوانين، فإن منهج المجلس الدستوري في الرقابة على أساس واجب الوقاية لم يخلو من الانتقادات.

وتتركز هذه الانتقادات على منهج المجلس القائم على نسبة دور محايد لمعظم الحقوق والحريات البيئية في منازعات الرقابة على دستورية القوانين. هذا الدور المحايد ينبع بصفة أساسية من ضعف الرقابة التي يجريها المجلس الدستوري على أساس الحقوق والحريات البيئية، وفي القلب منها واجب الوقاية. وهو ما يدعونا لطرح التساؤل حول تفسير منهج المجلس الدستوري. وسنتولى في الفرع الأول بيان هذا الدور المحايد، ثم نتولى في الفرع الثاني البحث عن تفسير لمنهج المجلس الدستوري.

الفرع الأول

منهج المجلس الدستوري

في تحديد واجب الوقاية

٧٧- منهج المجلس الدستوري بشأن الحقوق والحريات البيئية، ومنها واجب الوقاية، يظهر بوضوح على ضوء الإحصائيات المتعلقة بالرقابة

V. GOESEL-LE BIHAN, "À quoi sert le contrôle de l'adéquation dans la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel ? ", *RFDC*, 2017, p.8 et s.

اللاحقة. لا شك في أن دخول آلية الرقابة اللاحقة حيز التطبيق كان له أثر كبير في تشكيل تضاريس المنازعات الدستورية للبيئة، فحماية البيئة أصبحت من بين الموضوعات المطروقة أمام قاضي دستورية القوانين¹. وهو ما يظهر بجلاء من خلال مطالعة تعليقات الفقه الدستوري على قرارات المجلس الدستوري الصادرة في إطار الرقابة اللاحقة².

وتظهر آخر إحصائية قضائية رسمية صادرة عن المجلس الدستوري لحظة كتابة هذه السطور³، في مجال العلاقة بين آلية الرقابة اللاحقة *la question prioritaire de constitutionnalité* وميثاق البيئة، أن

¹ يراجع بالفرنسية،

P. YVES GAHDOUN, « L'ouverture du contentieux constitutionnel à de nouvelles matières », *NCCC*, n° 58, janvier 2018, p. 43.

² بصدد التحليلات الإحصائية للفقه الفرنسي لقرارات المجلس الدستوري في إطار الرقابة اللاحقة، يراجع بالفرنسية،

A-M. COHENDET et M. FLEURY, "Chronique de droit constitutionnel sur la Charte de l'environnement", *RJE*, 2018, n°4, p.749 et s; F. BELACEL, X. BIOY, G. CARCASSONNE, K. FOUCHER, S. MOUTON, T. S. RENOUX et D. SZYMCZAK, Question sur la question : la QPC façonnée par ses acteurs : quelle(s) tendance(s)? , *NCCC*, N° 39 - AVRIL 2013, p. 208; K. FOUCHER, "La première application de la Charte de l'environnement par le Conseil constitutionnel dans le cadre de la QPC : de l'inédit, de l'inutile et du flou", *AJDA* 2011 p. 1158; M-A. COHENDET et N. N. HUSTEN, " La Charte de l'environnement deux ans après : chronique d'une anesthésie au Palais-Royal", *RJE*, 2007, n°3, p. 286; K. FOUCHER, « Un an de Charte de l'environnement au Conseil constitutionnel (nov. 2012 à oct. 2013) : les incertitudes d'une jurisprudence en voie de construction », *Constitutions* 2013, octobre-décembre, n° 4, p. 606-619.

³ يراجع بالفرنسية الإحصائية الصادرة عن المجلس الدستورية للقضايا التي فصل فيها، بناء على نصوص ميثاق من تاريخ تنبيه في 1 مارس 2005 حتى بداية عام 2015، منشورة على موقع المجلس الدستوري على الرابط التالي، تمت إستشارتها في 2019/3/1،

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/la-qpc/juin-2014-la-charte-de-l-environnement-de-2004>

يراجع كذلك ، العدد رقم 47 من مجلة المجلس الدستوري، بمناسبة مرور خمس سنوات دخول آلية الرقابة اللاحقة حيز التطبيق، والتعليق الفقهي المنشور بهذا العدد على إحصائية المجلس،

Ch. MAUGUE, " La QPC : 5 ans déjà, et toujours aucune prescription en vue", *NCCC*, 2015, n° 2, p. 9 et s.

المجلس الدستوري قد أصدر في الفترة من بداية مارس ٢٠١٠، وهو تاريخ دخول آلية الرقابة اللاحقة حيز التطبيق، حتى بداية عام ٢٠١٥، عدد ٤٣٥ قرار في إجمالي الطعون التي نظرها، منهم عدد ١٣ قرار متعلقاً بطعون استندت إلى ميثاق البيئة. أما عن عدد قرارات عدم الدستورية في المجمل عن هذه الفترة، فبلغ عدد ١٠٣ قرار بعدم الدستورية، كان نصيب ميثاق البيئة بينهم ٦ قرارات. وهو ما يعني أن نسبة نجاح الطعون التي تؤسس على ميثاق البيئة أمام المجلس الدستوري كان مرتفعاً، لاسيما في حال المقارنة بين عدد ١٣ طعن، وهي إجمالي الطعون المستندة إلى ميثاق البيئة، والستة طعون التي صدرت فيها قرارات بعدم الدستورية، وهو ما يظهر أن نسبة قبول طعون البيئة التي ترفع إلى المجلس الدستوري تناهز ٤٦٪.

ولكن التدقيق في هذه الإحصائية يظهر عكس ذلك. فالحقيقة أن القرارات الست بعدم الدستورية المؤسسة على ميثاق البيئة، تأسست جميعاً على نص مادة وحيد من بين نصوص ميثاق البيئة، وهو نص المادة ٧ من الميثاق الذي يكرس الحق في الحصول على المعلومات والمشاركة في القرارات البيئية^١. وهو ما حقق لهذا الحق نجاحاً غير مجهود في النظام القانوني الفرنسي^٢.

^١ يراجع بالعربية فيما يتعلق بالحقوق والحريات الإجرائية، لاسيما الحق في المشاركة، د. رجب محمود طاجن، الإطار الدستوري للحق في البيئة، مرجع سابق، ص ١١١ وما بعدها؛ د. وليد محمد الشناوي، الحماية الدستورية للحقوق البيئية، مرجع سابق، ص ١٦٠ وما بعدها.

^٢ تظهر الإحصائية السابق الإشارة إليها أن المجلس الدستوري حتى بداية ٢٠١٥، قد أصدر ٦ قرارات بعدم الدستورية بناء على مخالفة النص المحال إليه للمادة ٧ من ميثاق البيئة التي تكرس مبدأ العلم بالقرارات البيئية والمشاركة فيها. هذا الرقم يعد ضخم من الناحية الإحصائية بالمقارنة بإجمالي قرارات عدم الدستورية التي صدرت في إطار آلية الرقابة اللاحقة حتى بداية ٢٠١٥، وهو ١٠٣ قرار بعدم الدستورية، ومن باب أولى مقارنة بإجمالي عدد الطعون البيئية البالغ ١٣. وقرارات عدم الدستورية المستندة إلى الحق في المشاركة، هي:

CC, n° 2011-183/184 QPC du 14 octobre 2011, Association France Nature Environnement [Projets de nomenclature et de prescriptions générales relatives aux installations classées pour la protection de l'environnement] Recueil, CC, p. 508

CC n° 2012-262 QPC du 13 juillet 2012, Association France Nature Environnement [Projets de règles et prescriptions techniques

ربما إلى الحد الذي كان معه هذا النجاح مدعاة إلى تعجب الفقه الفرنسي¹.
ولعل هذا النجاح يرجع في المقام الأول إلى التزام فرنسا الدولي بوضع هذا
الحق موضع التطبيق². وهو ما كان له أثر حاسم في نسبة دور فعال لهذا

applicables aux installations classées pour la protection de l'environnement soumises à autorisation], Recueil, CC, p. 326
CC n° 2012-269 QPC du 27 juillet 2012, *Union Départementale pour la Sauvegarde de la Vie, de la Nature et de l'Environnement et autres* [Dérrogations aux mesures de préservation du patrimoine biologique et principe de participation du public], Rec. CC, P.445
CC n° 2012-270 QPC du 27 juillet 2012, *Fédération départementale des syndicats d'exploitants agricoles du Finistère* [Délimitation des zones de protection d'aires d'alimentation des captages d'eau potable et principe de participation du public] Rec. CC, p.449
CC, n° 2012-282 QPC du 23 novembre 2012, *Association France Nature Environnement et autre* [Autorisation d'installation de bâches publicitaires et autres dispositifs de publicité], REC., p. 596
CC, n° 2014-396 QPC du 23 mai 2014), *France Hydro Électricité* [Classement des cours d'eau au titre de la protection de l'eau et des milieux aquatiques], JORF du 25 mai 2014, p. 8583, texte n° 31
يراجع الإحصائية السابق الإشارة إليها في الهامش السابق،

Ibid.

¹ يراجع بالفرنسية،

A.VAN LANG, *Le principe de participation : Un succès inattendu*, NCCC, 2014, n°43, p. ; B. DELAUNAY, « *La pleine portée du principe de participation. A propos de la décision n°183/184 QPC* », AJDA, 2012, p.260; K. FOUCHER, « *L'apport en demi-teinte de la QPC à la protection du droit de participer en matière d'environnement* », *Constitutions*, 2013, p.657; C. ROGER-LACAN, « *Participation et information du public : la définition par étape de la portée de l'article 7 de la Charte de l'environnement* », *BDEI*, novembre 2011, p.5.

² تنبع هذه الالتزامات الدولية بصفة أساسية من معاهدة آرhus *Aarhus La convention d'* وهذه الأخيرة عبارة عن معاهدة دولية تم توقيعها في ٢٥ يونيو ١٩٩٨، من قبل ٣٩ دولة بمدينة آرhus بالدنمارك. والملاحظ أن أغلبية الدول الموقعة على هذه المعاهدة هي دول أوروبية. وتتخذ هذه المعاهدة موضوعاً لها ثلاث مطالب أساسية: المطلب الأول يتعلق بإتاحة المعلومات المتعلقة بالبيئة للعامة. أما المطلب الثاني فيتعلق بإتاحة الفرصة للمشاركة الشعبية من قبل المواطنين في اتخاذ القرارات المتعلقة بالبيئة. والمطلب الثالث يتعلق بإتاحة الإمكانية أمام العامة سواء أشخاص طبيعية أو أشخاص اعتبارية في اللجوء للقضاء بصدد القرارات التي تصدر في مجال حماية البيئة أو تلك التي يمكن أن يكون لها آثار بيئية.

الحق في النظام القانوني، يعبر عن رغبة حقيقية من قبل مؤسسات هذا النظام في توفير أكبر قدر من الفاعلية لهذا الحق. ولذلك فليس مستغرباً أن تستمر قرارات عدم الدستورية المستندة إلى هذا الحق، سواء في مجال الرقابة اللاحقة¹، أو حتى في مجال الرقابة السابقة².

وتكتسب هذه المعاهدة أهمية خاصة بين الاتفاقيات الدولية التي اتخذت حماية البيئة موضوعاً لها، لسببين أساسيين: الأول ينبع من القوة القانونية الملزمة لهذه المعاهدة، والثاني يتمثل في معالجة المعاهدة لكيفية تحقيق الدول الأطراف لالتزاماتها النابعة من المعاهدة على نحو تفصيلي. يراجع بالفرنسية،

M. PRIEUR, « La convention d'Aarhus, instrument universel de la démocratie environnementale », *RJE* 1999, n° spéc. p. 9

وتعد فرنسا أحد أبرز أطراف هذه المعاهدة، وهو ما يلزمها بتبني المطالب الأساسية التي اتخذتها المعاهدة موضوعاً لها، وذلك عن طريق إصدار تشريعات داخلية تترجم من خلالها نصوص المعاهدة وتضعها موضع التطبيق في القانون الداخلي.

علاوة على ما سبق، فإن الاتحاد الأوروبي باعتباره منظمة دولية كمن أحد الأطراف الموقعة على المعاهدة، والتزام الاتحاد الأوروبي بمضمون المعاهدة، يلزمه بدوره بتبني قواعد قانونية يلزم بمقتضاها الدول الأعضاء بترجمة نصوص معاهدة آر هس في القوانين الداخلية لها. وهو ما تحقق بالفعل بتبني الاتحاد الأوروبي في عام ٢٠٠٣، للتوجيه الصادر من مجلس الاتحاد الأوروبي رقم ٢٠٠٣/٣٥. ومن المعلوم أن توجيهات الاتحاد تلزم أعضاءه بتحقيق نتيجة معينة، وهي مضمون التوجيه.

وهكذا، وجدت فرنسا نفسها أمام التزام ثنائي المصدر، نابع من توقيعها على معاهدة آر هس من جهة، ومن عضويتها في الاتحاد الأوروبي من جهة أخرى. ومن ثم، فإذا كانت معاهدة آر هس لا توفر آليه قانونية فعالة تضمن السهر على تنفيذ الأطراف الموقعة على المعاهدة لالتزاماتها، فإن الاتحاد الأوروبي تتوافر لديه هذه الآلية. فالالاتحاد الأوروبي لديه أجهزة الكفيلة بالتحقق من التزام الدول أعضاء الاتحاد بتبني توجيهاته، ويستطيع توقيع جزاءات على الدول الأعضاء التي تتوانى في تحقيق ما تفرضه هذه الالتزامات من متطلبات. يراجع بالفرنسية،

K. FOUCHER, in Conseil d'État, "La démocratie environnementale", Conseil d'État, Rapport public 2011, *Consulter autrement, Participer effectivement*, La Documentation française,.,p.84

¹ يراجع بالفرنسية على سبيل المثال قرار المجلس الدستوري رقم ٥٩٥ لسنة ٢٠١٦، رقابة لاحقة، الصادر في ١٨ نوفمبر ٢٠١٦،

CC, 18 nov. 2016, n° 2016-595 QPC, Société Aproxim et autres [Conditions d'exercice de l'activité d'élimination des déchets], JORF n°0270 du 20 novembre 2016 texte n° 31.

² يراجع على سبيل المثال قرار المجلس الدستوري رقم ٧٦١ لسنة ٢٠١٨، رقابة سابقة، الصادر في ٢١ مارس ٢٠١٨،

CC, n° 2018-761 DC, du 21 mars 2018, *Loi ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les*

في حين أننا إذا ما استبعدنا الحق في المشاركة، فإن عدد القرارات الصادرة بعدم الدستورية استناداً إلى ميثاق البيئة ستكون، حتى لحظة كتابة هذه السطور¹، منعدمة.

هذه الملاحظة الأخيرة تعبر بوضوح عن منهج المجلس الدستوري الفرنسي إزاء الحقوق والحريات البيئية، ومنها واجب الوقاية؛ فكما هو معلوم، فإن الحقوق والحريات البيئية تعد من أحدث الحقوق والحريات التي كرسها المشرع الدستوري، في حين أن المجلس الدستوري قد قبل، مع دخول آلية الرقابة اللاحقة موضع التطبيق، الطعون التي تستهدف النصوص التشريعية بغض النظر عن تاريخ تبنيها². بالنظر إلى أن تبني المشرع الدستوري لقاعدة قانونية جديدة يلزم المشرع العادي بالتدخل بغرض تحقيق التوافق بين التشريعات السارية في النظام القانوني، والقاعدة "أو القواعد" التي تم تبنيها من قبل المشرع الدستوري. باعتبار أن الدستور يمثل حجر الأساس في بنية الدولة القانوني. ومن ثم فإن القواعد السارية في النظام القانوني يجب أن تتوافق مع قواعد الدستور، بغض النظر عن مسألة أسبقية أيهما في الوجود على الآخر.

علاوة على ذلك، فإن المجلس الدستوري قد قبل الطعون الموجهة إلى نصوص تشريعية قد سبق للمجلس الدستوري فحصها، وانتهى لدستوريتها، وذلك في حالة تغير القواعد الدستورية التي تحكم المجال التشريعي، على

mesures pour le renforcement du dialogue social, JORF n°0076 du 31 mars 2018 texte n°2.

¹ يراجع بالفرنسية،

A-M. COHENDET et M. FLEURY, "Chronique de droit constitutionnel sur la Charte de l'environnement", *RJE*, 2018, n°4, p.749 et s.

² يراجع قرار المجلس الدستوري رقم 1 رقابة لاحقة، الصادر في 28 مايو 2010،

CC, n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010, *Cristallisation des pensions*, JO du 29 mai 2010, page 9728, texte n° 67; CC, n° 2014-429 QPC du 21 novembre 2014, M. Pierre T. [Droit de présentation des notaires], JO n°0271 du 23 novembre 2014 page 19677, texte n° 30.

اعتبار أن تبني قواعد دستورية جديدة يمثل تغيراً في الظروف القانونية الحجة التي تتمتع بها أحكام المجلس الدستوري ذاته¹.

وفي ظل هذا الوضع، فقد كان من المنتظر² أن تتعدد القرارات الصادرة بعدم دستورية نصوص تشريعية إستناداً إلى نصوص ميثاق البيئة، ومن بينها نص المادة الثالثة المكرس لواجب الوقاية. ولكن في المقابل، فإن غياب قرارات عدم الدستورية المستندة إلى الحقوق والحريات البيئية، بالطبع فيما عدا تلك التي تؤسس على الحق في المشاركة المكرس بمقتضى نص المادة ٧ من الميثاق، يعبر بوضوح عما يمكن أن نطلق عليه الدور المحايد للحقوق والحريات البيئية في مجال منازعات دستورية القوانين، بالمقارنة بالدور النشط الذي تلعبه حقوق وحريات الجيل الأول أو حتى الثاني، وهي التي تستند على التوالي إلى نصوص إعلان حقوق الإنسان والمواطن، وديباجة دستور ١٩٤٦.

¹ يراجع بالفرنسية بصدد مفهوم تغير الظروف،

A. ROBLOT-TROIZIER, « Le changement des circonstances de droit dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. La transposition d'une technique contentieuse du droit administratif », *R.F.D.A.*, juillet-août 2006, pp. 788-799.

ومن الجدير بالذكر أن أولى تطبيقات هذه النظرية في قضاء المجلس الدستوري كانت في مجال الرقابة السابقة بمقتضى القرار الصادر في ١٥ مارس ١٩٩٩،

CC, n° 99-410 DC du 15 mars 1999, *Loi organique relative à la Nouvelle Calédonie*, rec. p. 51, cons. 3 et

أما أولى تطبيقات هذه النظرية في مجال الرقابة اللاحقة فكانت بمقتضى القرار الصادر في ٣٠ يوليو ٢٠١٠،

CC, 30 juillet 2010, décision n° 2010-14/22 QPC, *M. Daniel W. et autres*, JO, du 31 juillet 2010, page 14198, texte n° 105

² يراجع بالفرنسية،

D. HEDARY, « La Charte de l'environnement, une mine à QPC », *Constitutions*, Dalloz, 2011, p. 407; K. FOUCHER, " l'apport de la Question prioritaire de constitutionnalité au droit de l'environnement : conditions et limites, *RFDC*, n°83, 2010, p.524 et s.

وينبع هذا الدور المحايد من ضعف التي يجريها المجلس الدستوري على أساس معظم الحقوق والحريات التي تضمنها ميثاق البيئة، في اكتفائه بالحد الأدنى من رقابة التناسب.

٧٨-دلالات اكتفاء المجلس الدستوري بالحد الأدنى من الرقابة على التناسب. إن منهج المجلس الدستوري في الاكتفاء بالرقابة المقيدة في حدها الأدنى، يبدو مدعاة للإنقاد من جانب من الفقه الفرنسي¹. على اعتبار أن الرقابة على العناصر الأخرى للتناسب²: الضرورة والتناسب في معناه الدقيق، يمكن أن تفود المجلس الدستوري إلى كشف الغموض الذي يحيط بمضمون واجب الوقاية كمبدأ دستوري، وإلى التحديد الدقيق للالتزامات التي يفرضها هذا الواجب على المشرع العادي؛ إذ أن إدخال العناصر السابقة في الرقابة على أساس واجب الوقاية يمكن أن يدفع القاضي الدستوري إلى استعمال سلطته في التفسير إلى أبعد مدى. وذلك في تطبيقه للنص الدستوري المقرر لواجب الوقاية على التشريعات التي تعرض عليه من منظور ثلاثي، يشمل: الكفاية، والضرورة، والتناسب. وهو ما سيؤدي بالتأكيد إلى إزدهار الحقوق والحريات البيئية في النظام القانوني الفرنسي. في حين أن الاكتفاء بالرقابة في حدها الأدنى، إنما يعبر إلى حد بعيد عن ممانعة القاضي الدستوري في استعمال سلطته في التفسير الإنشائي للنصوص الغامضة.

¹ يراجع بالفرنسية،

M-A. COHENDET et N. N. HUSTEN, " La Charte de l'environnement deux ans après : chronique d'une anesthésie au Palais-Royal", *RJE*, 2007, n°3, p. 286; K. FOUCHER, « Un an de Charte de l'environnement au Conseil constitutionnel (nov. 2012 à oct. 2013) : les incertitudes d'une jurisprudence en voie de construction », *Constitutions* 2013, octobre-décembre, n° 4, p. 606-619; R-D. DE SAINT MARC, « Le Conseil constitutionnel et la charte de l'environnement », *Environnement et développement durable*, n° 12, déc. 2012, p. 37D. Hédary, « La Charte de l'environnement, une mine à QPC », *Constitutions*, Dalloz, 2011, p. 407.

² يراجع بصدد عناصر الرقابة على التناسب ما سبق بيانه في الفقرات أرقام: ٧٥، ٧٦.

وفي هذا الصدد، يشير البعض¹ إلى أن ما أضافه قاضي دستورية القوانين في فرنسا للحقوق والحريات البيئية بما فيها مبدأ الوقاية، من خلال مزاولته لمهمته في الرقابة على دستورية القوانين لا يبدو كثيراً؛ فقاضى دستورية القوانين الفرنسي لم يلزم المشرع بالتزامات موضوعية محددة في مزاولته للوظيفة التشريعية، نابعة من واجب الوقاية في حد ذاته. فحتى التزام المشرع بمراعاة الضمانات القانونية للحقوق والحريات لا يبدو نابعاً من واجب الوقاية، بقدر ما ينبع من تطبيق القواعد الحاكمة للرقابة على دستورية القوانين الحاكمة للحقوق والحريات.

فالمجلس الدستوري إنما يكتفي في قراراته بترديد نصوص ميثاق البيئية²، مع التأكيد على النطاق العام للواجبات التي تفرضها هذه النصوص، بمعنى أنها تتوجه بخطابها للكافة، ربما في إشارة لصفة عدم التحديد التي تتسم بها الالتزامات التي تفرضها هذه الواجبات. ثم ينتقل بعد ذلك مباشرة إلى تقرير أن هذه النصوص تمنح المشرع سلطة تقديرية واسعة في وضعها موضع التطبيق، دون محاولة تفسير هذه النصوص وصولاً إلى تحديد الالتزامات التي تفرضها على المشرع بدقة. فالمجلس الدستوري باعتباره قاضي لدستورية القوانين، إنما يختص في المقام الأول بإعمال رقابته على الالتزامات الموضوعية التي تفرضها النصوص الدستورية على المشرع. حتى عندما يقرر المجلس إخضاع هذه السلطة التقديرية للرقابة على التناسب، فإنه يكتفي بالحد الأدنى من هذه الرقابة. ليقال بذلك كثيراً من سقف

¹ يراجع بالفرنسية،

K. FOUCHER, "La première application de la Charte de l'environnement par le Conseil constitutionnel dans le cadre de la QPC : de l'inédit, de l'inutile et du flou", *AJDA*, 2011, p.1161.

² يراجع بالفرنسية،

Ibid.

التوقعات للدور الذي يمكن للحقوق والحريات البيئية أن تلعبه في مجال الرقابة على دستورية القوانين.

وما سبق من شأنه أن يعبر عن ممانعة المجلس الدستوري في منح معظم الحقوق والحريات البيئية دور فعال في منازعات الرقابة على دستورية القوانين.

٧٩- نقد الفقه لمنهج المجلس الدستوري قبالة الحقوق والحريات البيئية. والحقيقة أن المنهج السابق للمجلس الدستوري قد أثار حالة من الإحباط في الفقه الفرنسي¹. بصفة خاصة بالنظر للأمال الكبيرة التي كانت معقودة على المجلس الدستوري الفرنسي مع دخول آلية الرقابة اللاحقة في فرنسا موضع التطبيق، وما صاحبها من تطور لمنازعات دستورية القوانين في فرنسا. فالآمال كانت معقودة، ولا تزال على المجلس الدستوري الفرنسي، في ضمان تفعيل جيل ثالث وجديد من الحقوق والحريات يضاف للأجيال السابقة، وهي الحقوق والحريات البيئية التي كرسها ميثاق البيئة بما فيها واجب الوقاية المنصوص عليه في المادة الثالثة من الميثاق. فتفعيل حقوق وحريات الجيل الثالث يتطلب من القاضي الدستوري الفرنسي عملاً داوياً وشجاعة كبيرة في اقتحام هذه النصوص ذات الصياغة الأدبية، واستخراج الحقوق والحريات منها.

¹ يراجع بالفرنسية،

F. BELACEL, X. BIOY, G. CARCASSONNE, K. FOUCHER, S. MOUTON, T. S. RENOUX et D. SZYMCZAK, Question sur la question : la QPC façonnée par ses acteurs : quelle(s) tendance(s)? , NCCC, N° 39 --AVRIL 2013, p. 208; K. FOUCHER, "La première application de la Charte de l'environnement par le Conseil constitutionnel dans le cadre de la QPC : de l'inédit, de l'inutile et du flou", AJDA 2011 p. 1158

ومن ثم، فقد وجهت العديد من الإنتقادات¹ إلى منهج المجلس الدستوري على أساس أن المنهج السابق من شأنه أن يبطئ لحد كبير من تطور حقوق وحرريات الجيل الثالث، وفي الصدر منها الحقوق والحرريات التي تم تكريسها بمقتضى ميثاق البيئة. كما أن هذا المنهج من شأنه أن يحجم من الدور الذي يمكن أن تلعبه هذه الحقوق وتلك الحرريات في النظام القانوني الفرنسي. فهذا الدور إنما يتحدد بصفة أساسية بناء على شدة الرقابة التي تجريها مؤسسات النظام القانوني المعنية.

ومن هنا، فقد اتجهت تحليلات الفقه الفرنسي إلى البحث عن مبررات للمنهج السابق للمجلس الدستوري.

الفرع الثاني

تفسير منهج المجلس الدستوري

٨٠- تفسير منهج المجلس الدستوري إزاء واجب الوقاية بعدم وضوح القاعدة الدستورية. وفي محاولة للبحث عن تفسير لموقف المجلس الدستوري إزاء تطبيقه للحقوق والحرريات البيئية، ومن ضمنها واجب الوقاية، من خلال الرقابة التي يجريها على دستورية التشريعات، اتجهت العديد من التفسيرات صوب الصياغة الأدبية لميثاق البيئة والتي تغلب عليها السمة الإنشائية². على اعتبار أن عدم وضوح مضمون القاعدة الدستورية التي يمكن استخلاصها من نص المادة ٣، يمكن أن يرتب آثاره على الالتزامات التي تفرضها هذه القاعدة. فهذه الالتزامات تبدو مبهمّة وغير محددة. وهو ما

¹ يراجع بالفرنسية،

K. FOUCHER, "La première application de la Charte de l'environnement par le Conseil constitutionnel dans le cadre de la QPC : de l'inédit, de l'inutile et du flou", *AJDA* 2011 p. 1158.

² يراجع بالفرنسية،

Ch. HUGLO, " Le Conseil constitutionnel et l'environnement", *NCCC*, 2014, n°2, p.6; L. FONBAUSTIER, « Le côté obscur de la Charte de l'environnement ? », *Environnement et développement durable*, 2012, étude 3, p. 21.

يكون له أثر هام على دقة وصرامة الرقابة القضائية التي يباشرها القاضي الدستوري بناء على واجب الوقاية.

في حين أن مسألة الصياغة الإنشائية لنصوص ميثاق البيئة تلقى بعبء ثقيل على عاتق القاضي الدستوري. فهذا الأخير يتعين عليه حتى يستطيع مباشرة مهامه التي تكمن في التحقق من احترام المشرع لالتزاماته، يتعين عليه أولاً أن يحدد وبدقة مضمون ومحتوى هذه الالتزامات. وفي هذه الحالة يتعين على القاضي الدستوري أن يلجأ إلى تفسير النصوص الدستورية التي يجري على أساسها رقابته تفسيراً إنشائياً.

وهو ما يثير إشكالية متعلقة بمدى حق القاضي الدستوري في ابتداء قواعد دستورية واضحة المعالم استناداً لنصوص تتسم بالغموض والإبهام. وهو ما يؤدي إلى طرح التساؤل المتعلق بالدور الإنشائي للقاضي الدستوري.

وفي فرنسا، فإن هذه المسألة: الاعتراف للقاضي الدستوري بدور إنشائي، تثير حساسية خاصة، على الأقل من الناحية النظرية، وذلك بالنظر لعاملين:

الأول، يتعلق بتخوفات نابذة من الماضي الفرنسي. فالساسة الفرنسيون لديهم تخوف موروث من طغيان سلطة القاضي على سلطة المشرع. فمن المعروف أن الفترة التي تلت الثورة الفرنسية قد منع فيها القضاة بمقتضى تشريعات من النظر في مسألة دستورية القوانين أو التعرض لها. وبمرور الوقت تحول هذا المنع إلى ما يشبه التقاليد، وهو ما أضر إلى حد بعيد من ظهور الرقابة القضائية على دستورية القوانين في فرنسا.

فاستخدام القاضي الدستوري لسلطته في التفسير الإنشائي يقترن في الغالب من الأحوال بانتقادات من جانب الساسة، وتتمحور هذه الانتقادات حول محاولة القاضي الدستوري إساءة استعمال سلطته التي منحه إياها الدستور. فدور القاضي في الأنظمة القانونية اللاتينية يتلخص في تطبيق

القوانين، وليس ابتداء قواعد قانونية جديدة. فابتداء قواعد قانونية جديدة هي مسألة من اختصاص المشرع.

وفي واقع الحال، فإن استخدام القاضي الدستوري في فرنسا لسلطته في تفسير النصوص تفسيراً إنشائياً يفتقر في الغالب من الأحوال بإتهامه بمحاولة فرض الهيمنة على البرلمان. وفي هذا الإطار تظهر الأطروحة الشهيرة بتحول المجلس الدستوري لما يشبه حكومة القضاة *le gouvernement des juges*، وذلك في إشارة إلى التعبير الأمريكي الشهير.

الثاني، يتعلق بالمؤسسة التي تتولى الرقابة على دستورية القوانين في فرنسا. فالمجلس الدستوري وعلى الرغم من التقدم الذي أحرزه في مجال الرقابة على دستورية القوانين في هذا البلد، ما يزال ينظر إليه على أنه مؤسسة سياسية. وهو ما قد يفسر الحذر الشديد الذي يبديه المجلس في استخدام كامل صلاحياته كقاضي لدستورية القوانين. فاستخدام القاضي الدستوري لسلطة في التفسير الإنشائي يتطلب قدر عالي من الحنكة والتمرس، ويتطلب علاوة على ذلك قدر أعلى من الشجاعة.

٨١- فقد التفسير النابع من عدم وضوح النص الدستوري. ونرى أن التفسير السابق لمنهج المجلس الدستوري الفرنسي قبالة الحقوق والحريات البيئية، وفي القلب منها واجب الوقاية، يبدو عاجزاً وحده عن تقديم تفسير مقنع لموقف المجلس الدستوري، فهذا التفسير يناقض واقع قضاء المجلس الدستوري؛ فمسألة ابتداء القاضي الدستوري لقواعد دستورية جديدة استناداً إلى نصوص دستورية صيغت بطريقة غامضة وتنسم بالإبهام، هو أمر ليس

¹ أنظر فيما يتعلق بحكومة القضاة، مؤلف الأستاذ إدوارد لومبير بعنوان حكومة القضاة ومقاومة التشريعات الإجتماعية في الولايات المتحدة الأمريكية، وقد ظهر هذا المؤلف لأول مرة في عام ١٩٢١، ثم أعادت دار النشر دالوز طباعته في ٢٠٠٥.

É. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, Paris, Dalloz, 2005.

بجديد على القاضي الدستوري الفرنسي¹. فنصوص الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن كانت تتسم في العديد من المواضع بالطابع الأدبي الإنشائي. ولم يمنع ذلك المجلس الدستوري الفرنسي من استخراج القواعد الدستورية وتحديد مضمونها، إنطلاقاً من هذه النصوص، مستخدماً في ذلك سلطته في تفسير النصوص. فحقوق وحرريات الجيل الأول: كالحق في المساواة وحق الملكية والحرريات الفردية، تستند في معظمها إلى نصوص إعلان حقوق الإنسان والمواطن.

كذلك الحال بالنسبة لمقدمة دستور الجمهورية الرابعة، دستور ١٩٤٦، فقد صيغت مقدمة دستور ١٩٤٦ بطريقة إنشائية واضحة، وذلك كما هو الحال بشأن أغلب مقدمات الدساتير. ولكن ذلك لم يمنع القاضي الدستوري الفرنسي استناداً إلى حقه في تفسير النصوص الدستورية، من استخراج المبادئ والقواعد الدستورية، المبدأ تلو الآخر، والقاعدة تلو الأخرى. فالحقوق والحرريات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وهو ما يعرف بالجيل الثاني من الحقوق والحرريات، تستند في معظمها إلى نصوص ديباجة دستور ١٩٤٦. فقد اعتبر المجلس الدستوري الفرنسي أن هذه المبادئ لها قيمة دستورية، وأن تطور المجتمع الفرنسي استوجب ضرورة تكريسها وضمان حمايتها، فهي مبادئ لازمة لهذا العصر *principes nécessaires à notre temps*².

¹ حول دور المجلس الدستوري في تفسير ديباجة دستور ١٩٤٦، يراجع بالفرنسية على وجه الخصوص، مشاركة الأستاذ جاك كفاليه التالية،

J.CHEVALLIER, « Essai d'analyse structurale du Préambule », dir. *Le préambule de la Constitution de 1946 : antinomies juridiques et contradictions politiques*, in. G. KOUBI (Dir.), Paris, PUF, « Publications du Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie », 1996, spéc. p.31.

² من الجدير بالذكر أن عبارة المبادئ الضرورية للعصر *principes nécessaires à notre temps*، بمعنى المبادئ الدستورية التي بدى تكريسها وضمانها وحمايتها ضرورياً بحكم تطور المجتمع الفرنسي، هي عبارة وردت في ديباجة دستور ١٩٤٦ كتقديم للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي ورد تعدادها في مقدمة دستور الجمهورية الرابعة، وهو دستور ١٩٤٦. *Le preambule de la Constitution de 1946*

٨٢- تفسير منهج المجلس بسمة الحدائة التي تتصف بها الحقوق والحريات البيئية. والحقيقة أننا نرى أن المنهج السابق للمجلس الدستوري الفرنسي يبدو أكثر استجابة لصفة الحدائة التي تتصف بها حقوق وحريات الجيل الثالث بصفة عامة، وفي الصدر منها الحقوق الحريات البيئية، سواء فيما يتعلق بمضمونها أو حتى بالتكريس الدستوري لها^١. وهو ما يقتضى الإقرار للمشرع بسلطة تقديرية واسعة تمكنه من مواكبة التطور السريع الذي يلحق بمضمون هذه الحقوق والحريات. وبغرض تمكينه كذلك من مواءمة أحكام النظام القانوني في مجملها، لتتوافق مع ما يفرضه الاعتراف بالصفة الدستورية لهذه الحقوق والحريات.

وهو ما يعني أن المجلس الدستوري قد انحاز إلى الاختيار الآمن^٢، في اعترافه للمشرع بسلطة تقديرية واسعة في وضع واجب الوقاية موضع التطبيق، مع تقييده بما يسنه في تشريعاته من ضمانات، من خلال تطبيق نظرية الضمانات القانونية للحقوق والحريات التي كرسها الدستور. وفي ذات السابق: الانحياز للخيار الآمن، يندرج منهج المجلس في نسبة دور محايد للحقوق والحريات البيئية في مجال منازعات دستورية القوانين؛ فيبدو أن المجلس إنما يتعمد ترك فسحة من الزمن للنظام القانوني الفرنسي، بغرض استيعاب التطور الناشئ عن الاعتراف لهذه الحقوق والحريات بالقيمة الدستورية. فمباشرة رقابة تتسم بالدقة والصرامة على أساس الحقوق

أنظر لمزيد من التفصيل حول هذه المبادئ، فرنسوا لوشير، مرجع سابق،

F LUCHAIRE et alie, *Constitution de la cinquieme Republique*, op. cit., II.

¹ يراجع بالفرنسية،

M. PRIEUR, "Promesses et réalisations de la Charte de l'environnement", NCCC, N° 43, 2014, n°2, p.5 et s

² يراجع بالفرنسية،

L. FONBAUSTIER, chronique de jurisprudence relative à la Charte (2011-2012), « entre maturité et QPC », *Environnement et développement durable*, n° 5, mai 2013, p.21.

والحريات البيئية، بالذات من خلال آلية للرقابة اللاحقة، بما يمكن أن يؤدي إليه ذلك من إعلان عدم دستورية العديد من التشريعات، لاسيما تلك التي وضعت في فترة لم تكن فيها لهذه الحقوق والحريات قيمة دستورية، يمكن أن يؤدي لفوضى في النظام القانوني الفرنسي. ناجمة بصفة أساسية عن الفراغ الذي يمكن لقرار عدم دستورية مثل هذه التشريعات أن يخلفه في النظام القانوني. وما يمكن أن يخلقه مثل هذا الوضع من ضغط على المشرع، في التدخل السريع من خلال سن تشريعات جديدة، بغرض تلافى مثل هذا الفراغ. بما يمكن أن ينطوي عليه مثل هذا الوضع من خطر يتمثل في تبني تشريعات متعجلة، تصدر دون دراسة متأنية. وما يحتمل أن تتطوي عليه مثل هذه التشريعات من مثالب، سواء من ناحية الملاءمة التشريعية أو حتى من الناحية الدستورية. ولا ريب أن الفرضيات السابقة تتعارض مع ما يوجبه مبدأ الأمن القانوني.

٨٣-الخلاصة. تبني قاضي دستورية القوانين الفرنسي لحلول تتسم بالوسطية. نخلص مما سبق إلى أن المجلس الدستوري في تطبيقه للحقوق والحريات البيئية، التي كرسها المشرع الدستوري في ميثاق البيئة، وفي القلب منها واجب الوقاية، قد مال إلى تبني منهج يقوم على اعتماد حلول تتسم بالوسطية. وهو ما يعكس إلى حد كبير قدر عالٍ من الوعي بخطورة سلاح الرقابة على دستورية القوانين. فهو من جهة قد أقر بالمكانة المتميزة التي تتبوأها الحقوق والحريات التي كرسها الميثاق، والتي تنجم بصفة أساسية عن تكريس المشرع الدستوري لها. وهو ما أدى إلى إثراء الهيكل الدستوري للحقوق والحريات. كما أنه من جهة أخرى، قد رتب العديد من النتائج النابعة عن هذا التكريس الدستوري في مجال الرقابة على دستورية القوانين التي يتولى مباشرتها.

وفي المقابل، فإن المجلس لم يغفل ما توجهه صفة الحداثة المرتبطة بهذه الحقوق والحريات، من ضرورة مراعاة اعتبارات المرونة في الرقابة. وهو ما تبدي من جهة، من خلال إقرار قاضي دستورية القوانين بالسلطة التقديرية الواسعة للمشرع في وضعه لواجب الوقاية موضع التطبيق. كما أنه قد اكتفى من جهة أخرى، بمباشرة الحد الأدنى من رقابة التناسب على هذه السلطة التقديرية.

المبحث الثاني

رقابة مجلس الدولة

٨٤- تعدد أدوار القاضي الإداري الفرنسي في الرقابة على الأعمال الصادرة من السلطات العامة. إذا كان دور القاضي الإداري الفرنسي يكمن بصفة أساسية في تأكيد احترام مبدأ المشروعية من خلال الرقابة التي يجريها على أعمال الإدارة، فإن للمجلس دور آخر هام في ضمان احترام أحكام الدستور من قبل المشرع العادي. ويتبدى هذا الدور من خلال آلية الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين في فرنسا. وبهذا، فإن القضاء الإداري، وعلى قمته مجلس الدولة، يلعب أدوار متعددة على خارطة منازعات القانون العام في فرنسا. ويمكن تقسيم هذه الخارطة بطريقة رأسية على أساس نوع الرقابة، وهو ما يتحدد على أساس نوع العمل الخاضع للرقابة، بحيث تشمل رأسياً قسمين رئيسيين: الرقابة على دستورية القوانين، ورقابة المشروعية.

وفي مجال دراستنا لواجب ومبدأ الوقاية، فإن هذه الأدوار المتعددة لمجلس الدولة تدفعنا إلى طرح التساؤل حول إسهامات مجلس الدولة الفرنسي، في تأكيد احترام واجب ومبدأ الوقاية. وهنا يمكن أن يطرح تقسيم آخر نفسه، وهو التقسيم الأفقي، الذي يقوم على نوع القاعدة التي يجري على أساسها المجلس رقابته: دستورية أم تشريعية.

ففيما يتعلق بواجب الوقاية، باعتباره حق دستوري يجد مصدره في نص المادة ٣ من ميثاق البيئة، فإن مجلس الدولة الفرنسي يلعب دور هام في تأكيد احترام هذا الواجب، سواء من قبل المشرع من خلال الرقابة على دستورية القوانين، أو حتى من قبل الإدارة من خلال رقابة المشروعية التي يجريها؛ فهو من جهة أولى، يشارك بدور مساعد في الرقابة على دستورية القوانين الصادرة عن البرلمان. كما أنه من جهة ثانية، يقوم وحده بتقدير مدى دستورية اللوائح الصادرة عن السلطة اللاحية. ومن جهة ثالثة، يتولى مجلس الدولة الفرنسي الرقابة على دستورية القرارات الفردية الصادرة عن جهة الإدارة¹. هذه الأدوار المتعددة من المفترض أن تتيح لمجلس الدولة الفرنسي لعب دور فعال في تأكيد احترام واجب الوقاية، وفي كشف الغموض الذي يحيط به.

أما عن مبدأ الوقاية، باعتباره أحد المبادئ الأساسية لقانون حماية البيئة الفرنسي، الذي يجد مصدره في نص المادة ل١١٠-1 من كود البيئة، فإن مجلس الدولة هو المسئول بصفة أساسية عن تأكيد احترام هذا المبدأ من قبل الإدارة، سواء في استعمالها لسلطتها اللاحية، أو حتى في قراراتها الفردية. وقد سبق الإشارة² إلى أن نص المادة ل١١٠-١ من كود البيئة يثير بدوره حالة من الجدل في الفقه الفرنسي، سواء بالنظر إلى عدم وضوح هوية مبدأ الوقاية، أو لعدم وضوح الالتزامات التي يفرضها، أو حتى بالنظر إلى ضعف عنصر الإلزام المرتبط بقاعدة السلوك التي يفرضها. وهو ما يثير تخوفات خاصة في الفقه الفرنسي من إساءة استعمال الإدارة

¹ يراجع بالفرنسية،

F. BATAILLER, " Le Conseil d'Etat, juge constitutionnel", RIDC, 1966, p.956; L. FAVOREU, " Légalité et constitutionnalité", CCC, n° 13, 1997, p. 6 et s.

² يراجع ما سبق بيانه بصدد مبدأ الوقاية في كتون حماية البيئة الفرنسي، المبحث الأول من الفصل الأول من هذا البحث، فقرة رقم ٢٥ وما بعدها..

لسلطتها في تطبيق المبدأ السابق. ومن هذا المنظور، تبرز أهمية رقابة
المشروعية التي يباشرها مجلس الدولة على أعمال الإدارة.

وبالنظر إلى أن إسهامات المجلس في تأكيد احترام واجب ومبدأ الوقاية
تتأثر لحد بعيد بنوع الرقابة التي يباشرها، وبالقواعد الحاكمة لها، وبطبيعة
دوره في هذه الرقابة، فإننا نميل إلى اعتماد التقسيم الرأسي، القائم على
أساس نوع العمل محل الرقابة، مراعاة لمقتضيات الوضوح المنهجي
والتبسيط. ولهذا، سوف نعالج في المطلب الأول دور مجلس الدولة في تأكيد
احترام واجب الوقاية من قبل المشرع من خلال رقابة الدستورية. ثم نتناول
في المطلب الثاني دور المجلس في تأكيد احترام واجب ومبدأ الوقاية من
خلال رقابة المشروعية التي يجريها على أعمال الإدارة. ونقسم هذه الأخيرة
بدورها بحسب العمل الخاضع للرقابة: لائحة أم قرار فردي.

المطلب الأول

إسهامات مجلس الدولة

من خلال رقابة الدستورية

٨٥- إسهامات من خلال آلية الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين.
يشارك مجلس الدولة الفرنسي بنصيب في تأكيد احترام واجب الوقاية،
المكرس بمقتضى نص المادة ٣ من ميثاق البيئة، في مواجهة السلطة
التشريعية. ويشارك مجلس الدولة بهذا النصيب من خلال الدور المرسوم له
في آلية الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين في فرنسا. وهو ما مكن
المجلس الدولة من تبني حلول معينة، تعكس اتباع القاضي الإداري الفرنسي
لنهج معين، فيما يتعلق بالرقابة على احترام الحقوق والحريات البيئية من قبل
المشرع الفرنسي، ومنها واجب الوقاية. هذا المنهج قد تعرض للنقد من قبل
جانب من الفقه الفرنسي على أساس أنه ينطوي على مغالاة من قبل المجلس

في مباشرة مهمته في تنقية الطعون، بما قد يؤدي إليه ذلك من الحد من إزدهار الحقوق والحريات البيئية، وفي مقدمتها واجب الوقاية. وبالنظر إلى أهمية الدور الذي يلعبه المجلس في آلية الرقابة اللاحقة في تفسير منهجه قبالة الحقوق والحريات البيئية، وفي مقدمتها واجب الوقاية، فإننا سنتولى في الفرع الأول إبراز دور مجلس الدولة في آلية الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين، بالقدر الذي يساعدنا في تحليل منهج المجلس في الرقابة على الحقوق والحريات البيئية، وفي الصدر منها واجب الوقاية، وهو ما سنعالجه في الفرع الثاني.

الفرع الأول

دور مجلس الدولة

في منازعات دستورية القوانين

٨٦- الدور الهام لمجلس الدولة ومحكمة النقض في منازعات الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين. عن طريق آلية الرقابة اللاحقة، يلعب مجلس الدولة الفرنسي إلى جوار محكمة النقض، دوراً هاماً في الرقابة على دستورية القوانين. وذلك من خلال دورهما في التأكد من توافر شروط قبول الدفع بعدم الدستورية. ويأتي إشراك المحاكم العليا الفرنسية: محكمة النقض ومجلس الدولة، في مهمة الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين، بناء على نص المادة ٦١-١ من الدستور الفرنسي. فهذه المادة تقرر أن المجلس الدستوري يمكن له نظر الطعن في الدستورية بناء على إحالة من مجلس الدولة أو محكمة النقض¹.

وتطبيقاً لهذا النص الدستوري، فإن القانون العضوي الصادر في ١٠ ديسمبر ٢٠٠٩²، المنظم لآلية الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين في

¹ يراجع بالفرنسية، G. CARCASSONE, , *La Constitution*, 11e e' d., 2013, Seuil, p. 300.

² يراجع بالفرنسية،

فرنسا، قد خصص فصل معنون بمعالجة الدفع بعدم الدستورية أمام المحاكم العليا : محكمة النقض ومجلس الدولة، وهو الفصل المشتتل على المواد من ٢٣-٤ إلى ٢٣-٧.

فالمادة ٢٣-٤ المخصصة لمعالجة الدفع بعدم الدستورية أمام محكمة النقض ومجلس الدولة، تنص على أنه "يتعين على محكمة النقض، أو مجلس الدولة، بحسب الأحوال، أن تفصل في موضوع إحالة المسألة الدستورية الأولية إلى المجلس الدستوري من عدمه. وتقدم المحكمة على الإحالة في حالة التحقق من توافر الشروط ١ و ٢ المذكورين في المادة ٢٣-٢، وأن المسألة لها طابع الحداثة أو الجديدة".^١

وعن العلة من إشراك المحاكم العليا الفرنسية: محكمة النقض ومجلس الدولة، في الآلية الجديدة للرقابة على دستورية القوانين، فإن الهدف المعلن^٢ من إشراكها يتمثل في عدم إغراق المجلس الدستوري الفرنسي بالطعون؛ فالمجلس الدستوري باعتباره مؤسسة وحيدة مكونة فقط من ٩ أعضاء عاملين^٣، قد لا يستطيع الوفاء بمهامه في الرقابة على دستورية القوانين على النحو الأكمل، إذا ما ترك وحده في مواجهة سيل الطعون الجارف. ولذلك رؤي أن تدخل مجلس الدولة ومحكمة النقض، كمحاكم تكمن مهمتها في استبعاد الطعون غير الجدية أو التي ليس لها حظ في النجاح أمام المجلس

LOI organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution JORF n°0287 du 11 décembre 2009 p.21379, texte n° 1

^١ أنظر نصوص الفصل الثاني الذي يحمل عنوان " النصوص المطبقة أمام مجلس الدولة ومحكمة النقض".

^٢ يراجع بالفرنسية،

Cf. M. FATIN-ROUGE, "L'appréciation, par les Cours suprêmes, du caractère sérieux de la question de constitutionnalité", 2015, p. 9 et s.

متاح على موقع الأرشيف الفرنسي، تمت استشارته في ٢٠/١١/٢٠١٨،

<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01463065/document>

^٣ الحقيقة أن الأعضاء بحكم القانون وهم رؤساء الجمهورية السابقين يبدو دورهم في المجلس محدود الفاعلية لحد بعيد.

الدستوري، يمكن أن يساعد المجلس الدستوري الفرنسي في الوفاء بمهمته على الوجه الأكمل. فالمحاكم العليا: محكمة النقض والمجلس الدولة، تباشر مهمة تنقية الطعون *le filtrage*، وذلك على غرار دور الفلتر في عملية تنقية الماء من الشوائب.

وبهذا يمكن القول بأن مهمة الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين، تباشر من قبل المحاكم العليا للنظام القانوني الفرنسي في مجموعه¹: المجلس الدستوري، ومجلس الدولة، ومحكمة النقض.

أما عن مهمة مجلس الدولة ومحكمة النقض في آلية الرقابة اللاحقة، فتتمكن في التحقق من توافر شروط قبول الدفع، والتي تتمثل في أن يكون النص محل الدفع بعدم الدستورية مطبق على الدعوى الأصلية، وفي كون هذا النص لم يسبق الفصل في دستوريته من قبل المجلس الدستوري، وفي كون الدفع إما جدي أو جديد.

فمن ناحية أولى، فإن المجلس الدستوري الفرنسي ينظر فقط في الطعون التي ترفع إليه من مجلس الدولة أو من محكمة النقض. وبالتالي فإن هاتين المحكمتين هما اللتين تحددان الطعون التي تصل إلى المجلس الدستوري.

ومن ناحية ثانية، فإن التحقق من شرط الجدية يتيح للقاضي الإداري أن يلعب دوراً هاماً في تقدير مدى دستورية القوانين؛ فمجلس الدولة، أو محكمة النقض بحسب الأحوال، لا يحيل القانون المطعون في دستوريته إلى المجلس الدستوري، إلا إذا تحقق من أن هناك شبهات جدية تحوم حول دستورية القانون، أو أن النزاع يثير إشكالية دستورية جديدة من نوعها، ويستحسن بالنظر إلى حداتها عرضها على المجلس الدستوري، ليقول كلمته فيها. وهو ما يعنى في الحقيقة أن مجلس الدولة، أو محكمة النقض بحسب الأحوال،

¹ يراجع بالفرنسية،

A. ROBLOT TROIZIER, La QPC, le Conseil d'État et la Cour de cassation, NCCC, 2013, n°, p.49.

يتصدى لبحث دستورية القانون قبل المجلس الدستوري. وغني عن البيان أن فحص جدية الطعن بعدم الدستورية، أو حدائته، يتطلب من مجلس الدولة تفسير النصوص الدستورية التي على أساسها يستند الطعن.

ومن الجدير بالذكر أن العديد من فقهاء القانون العام في فرنسا¹ يشيرون إلى أن مجلس الدولة، أو محكمة النقض، يشتركان مع المجلس الدستوري في دور القاضي الدستوري السلبي، وذلك بالمقارنة بدور قاضي الدستورية الإيجابي الذي يحتكره المجلس الدستوري. ويكمن دور القاضي الدستوري الإيجابي في إعلان عدم دستورية التشريعات. في حين أن القاضي الدستوري السلبي يكمن دوره في الإقرار بدستورية النص التشريعي. أو أن المجلس الدستوري يعد قاضياً استثنائياً لدستورية القوانين، في حين أن مجلس الدولة ومحكمة النقض هم قضاة دستورية القوانين أصحاب الاختصاص العام.

والحقيقة أن تكييف دور مجلس الدولة ومحكمة النقض بقاضي الدستورية السلبي ينطوي على العديد من الدلالات؛ فهو يشير من جهة للدور المتعاضد لهاتين المحكمتين في منازعات الدستورية اللاحقة، فدورهم لا يقتصر على المساعدة، بل يتعدى ذلك إلى الشراكة. وهذه التكييف من ناحية أخرى ينطوي على إشارة لمدى عمق فحص كل من هاتين المحكمتين للطعن بعدم الدستورية، من خلال شرط الجدية².

¹ يراجع بالفرنسية،

D. ROUSSAU, « La Cour a ses raisons, la raison les siennes ! », RDP, 2011, n° 66, p. 1464 ; S.-J. LIEBER et D. BOTTEGHI, « Le juge administratif, juge constitutionnel de droit commun ? », AJDA, 2010, p. 1355 L. GAY, « Filtrage des QPC et système de justice constitutionnelle », in *Long cours*, Mélanges en l'honneur de Pierre Bon, Dalloz, 2014, p. 206.

² يراجع بالفرنسية،

A. ROBLOT TROIZIER, La QPC, le Conseil d'État et la Cour de cassation, NCCC, 2013, n°, p. 57.

الفرع الثاني

منهج مجلس الدولة

٨٧- منهج مجلس الدولة تجاه الحقوق والحريات البيئية من خلال دوره في آلية الرقابة اللاحقة. بعد بيان دور مجلس الدولة في آلية الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين، فإنه يمكننا البحث عن إجابة للتساؤل المتعلق بإسهامات مجلس الدولة الفرنسي في موضوع الحقوق والحريات البيئية التي تم تكريسها بمقتضى نصوص ميثاق البيئية، وفي الصدر منها واجب الوقاية. وفي هذا الصدد، فإن تحليلات الفقه تتجه إلى نسبة دور محايد لمجلس الدولة قبالة الحقوق والحريات البيئية بصفة عامة. وهو ما كان مدعاة لإنتقاد جانب من الفقه الفرنسي.

وستتولى أولاً بيان هذا الدور المحايد وتقييمه من قبل الفقه، ثم نحاول ثانياً البحث عن تفسير لمنهج مجلس الدولة قبالة الحقوق والحريات البيئية، ومن ضمنها واجب الوقاية.

أولاً: الدور المحايد للمجلس وتقييمه

٨٨- الدور المحايد لمجلس الدولة قبالة الحقوق والحريات البيئية يظهر على ضوء إحصائيات تنقية الطعون. تشير إحصائيات الفقه بصدد موضوع الرقابة على الحقوق والحريات النابعة من ميثاق البيئة، لاسيما واجب الوقاية، إلى أن القاضي الإداري الفرنسي قد رفض معظم الطعون التي قدمت ضد دستورية القوانين استناداً إلى نصوص ميثاق البيئة الفرنسي على سند من عدم جديتها؛ فمن بين ٣٣ طعن بعدم دستورية نصوص تشريعية استناداً إلى نصوص قانون البيئة، نظرها مجلس الدولة في الفترة من ٢٠١٠ إلى أواخر ٢٠١٤، لم يرفع مجلس الدولة للمجلس الدستوري إلا عدد ١٠ طعون فقط¹.

¹ يراجع بالفرنسية،

Ch. MAUGUE, " La QPC : 5 ans déjà, et toujours aucune prescription en vue", NCCC, op. cit., p. 14 et

فالنسبة لم تتعدى إذاً ٣٠٪. أما بالنسبة لمحكمة النقض فلم ترفع للمجلس الدستوري سوى ٣ طعون.

والملاحظ بصفة عامة على الطعون التي عرضت على مجلس الدولة، سواء تلك التي قدر جديتها وأحالها إلى المجلس الدستوري، أو حتى تلك التي رفض قبولها لعدم جديتها، أنها كانت تؤسس في الغالب الأعم على مجموع الحقوق والحريات البيئية؛ فهي لم تكن تقتصر على الاستناد إلى حق أو واجب بيئي على سبيل الحصر، في مواجهة نص تشريعي محدد، وإنما كانت تثير في مواجهة النص موضوع الطعن مجمل الحقوق والحريات البيئية.

أما عن منهج مجلس الدولة في رقابة على دستورية التشريعات من خلال دوره في تنقية الطعون، فإن المجلس لم يكن يزيد على أن يستلهم قضاء المجلس الدستوري الفرنسي، في اكتفائه بترديد نصوص ميثاق البيئة، معترفاً للمشرع بسلطة تقديرية واسعة في وضع هذه النصوص موضع التطبيق، وذلك دون أن يحاول تفسير نصوص ميثاق البيئة وصولاً لتحديد مضمون الحقوق والحريات التي تكرسها بدقة، وما تفرضه من التزامات على عاتق المشرع العادي. وهو ما يعني أن مجلس الدولة الفرنسي، من خلال دوره في آلية الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين، قد اكتفى بلعب دور محايد سلبي قبالة الحقوق والحريات البيئية، وهو ما ينطبق على واجب الوقاية المكرس بمقتضى نص المادة ٣ من ميثاق البيئة.

٨٩-نقد بعض الفقه للدور المحايد لمجلس الدولة قبالة الحقوق والحريات البيئية، ومنها واجب الوقاية. وقد انتقد البعض منهج مجلس الدولة في تنقية طعون عدم الدستورية التي نظرها¹، على أساس أن منهجه

انظر كذلك مقال السيد كرستين أوجلو، مدير تحرير مجلة البيئة الفرنسية، وهو منشور بمجلة المجلس الدستوري الفرنسي،

Ch. HUGLO, "quelle utilisation en droit de l'environnement?", op. cit., p. 60 et s.

¹ المرجع السابق، ذات الموضوع.

في رفض رفع هذه الطعون للمجلس الدستوري على سند من عدم جديتها، من شأنه أن يبطئ من تطور الحقوق والحريات البيئية؛ فبدلاً من أن يقوم مجلس الدولة بتطوير المطاعن بعدم الدستورية الموجهة من قبل الخصوم للنصوص التشريعية التي لا تبدو مراعية لمقتضيات حماية البيئة، بما يمكن المجلس الدستوري من تطوير قضاءه بصدد الحقوق والحريات البيئية، كان المجلس يكفي بإعلان عدم جدية هذه الطعون، على النحو السابق بيانه. في حين أن مهمة قاضي دستورية القوانين لا تقتيد بالمطاعن الموجهة للنصوص التشريعية، وإنما تتعدى ذلك إلى فحص مسألة دستورية هذه التشريعات من كافة جوانبها. وهو ما يلزم القاضي الدستوري بإثارة المطاعن التي لم يلتفت إليها الخصوم من تلقاء أنفسهم، وتطوير المطاعن التي استندوا إليها. بحيث يأتي حكمه في النهاية بمثابة شهادة بدستورية النص الطعين، مانعاً في المستقبل من قبول الطعون التي تستهدف دستورية هذه النصوص التشريعية، لسابقة الفصل فيها. ولكن يبدو أن منهج مجلس الدولة الفرنسي في تنقية الطعون التي تؤسس على الحقوق والحريات البيئية، يظهر تقيده بدور محايد تجاه هذه الطعون، يقتصر على الحكم على جديتها وفقاً لحالتها الراهنة.

ثانياً: تفسير الدور المحايد لمجلس الدولة

٩٠- الرد على النقد السابق: الدور المحايد لمجلس الدولة الفرنسي ينبع من تنظيم آلية الرقابة اللاحقة. والحقيقة أننا نرى أن النقد السابق لمنهج مجلس الدولة الفرنسي في تنقية الطعون، في إستهاده لدور إيجابي للمجلس تجاه الحقوق والحريات البيئية المكرسة دستورياً، بما يؤدي إلى إزدهارها ومنحها دور فعال في منازعات دستورية القوانين في فرنسا، وإن كان يبدو مدفوعاً بسلامة المقصد، إلا أنه ينطوي على مغالاة واضحة؛ إذ أن النقد السابق يركز على نسبة دور لمجلس الدولة يجاوز حدود الدور الممنوح له

من خلال آلية الرقابة اللاحقة. فالمجلس تقتصر سلطته إما في قبول الدفع، وهو ما يسمح له بالمرور إلى المجلس الدستوري الذي يتولى عندئذ فحص دستورية النص الطعين، وإما في عدم قبول الدفع لأنه لا يتوافر له شرط الجدية أو الحداثة. ومن ثم، فإن مجلس الدولة في رفضه للطعن لا يعلن دستورية النص التشريعي الطعين، فهذا الإعلان يحتكره المجلس الدستوري الفرنسي.

فحص مسألة دستورية القانون كعملية فنية، بما تتضمنه من تمحيص مسألة دستورية النص الطعين من كافة جوانبها، دون التقيد بالمطاعن الدستورية التي أثارها الخصوم، والتي تتحصل نتیجتها إما في إعلان عدم دستورية النص بما يرتبه هذا الإعلان من آثار في النظام القانوني، وإما في إعلان دستوريته بما يتضمنه ذلك من شهادة ببراءة النص الطعين من عيوب الدستورية، تنتمي حصرياً لدائرة ولاية المجلس الدستوري باعتباره قاضي دستورية التشريعات¹. ولذلك فإننا نعترض على نظرية القاضي الدستوري السلبي التي يثيرها بعض الفقه الفرنسي في إشارة إلى طبيعة الدور الذي تلعبه المحاكم العليا الفرنسية في منازعات دستورية القوانين اللاحقة.

كما أن مجلس الدولة يتولى تقدير جدية هذه الطعون على ضوء قضاء المجلس الدستوري المتعلق بالحقوق والحريات البيئية؛ فهو إنما يقوم بهذا الدور نيابة عن قاضي دستورية القوانين. أو بعبارة أخرى يقوم بدور مساعد للمجلس الدستوري، قاضي دستورية القوانين الوحيد. ومن ثم، فإن مجلس الدولة الفرنسي في رفضه للطعون غير المؤسسة بما يكفي، والتي تستند إلى الحقوق والحريات البيئية وفقاً لحالتها الراهنة في قضاء المجلس الدستوري،

¹ يراجع بالفرنسية،

A. ROBLOT TROIZIER, La QPC, le Conseil d'État et la Cour de cassation, NCCC, 2013, n°, p.49.

إنما يطبق بدقة الدور المرسوم له في آلية الرقابة اللاحقة من قبل المشرع الدستوري والمشرع العضوي.

حتى فيما يتعلق بالنقد المستند إلى أن مجلس الدولة يتشدد في قبول الطعون التي يتم تأسيسها على ميثاق البيئة، مقارنة بباقي الحقوق والحريات التي قررها الدستور، فإن هذا النقد بدوره لا يصمد أمام الإحصائيات الخاصة بالطعون المحولة إلى المجلس الدستوري من قبل مجلس الدولة¹؛ ففي العامين ٢٠١١ و٢٠١٢، سجل معدل إحالة مجلس الدولة إلى المجلس الدستوري في المواد البيئية نسبة ٣٧٪، مقارنة بباقي الطعون، والتي لم يتعدى فيها معدل الإحالة نسبة ٢٥٪.

وفي المقابل، فإن النقد السابق لا يخلو من وجهة، في إشارته إلى أن الرقابة الصارمة من قبل مجلس الدولة الفرنسي، بما تؤدي إليه من رفض لمعظم الطعون التي تستند إلى الحقوق والحريات البيئية، يمكن أن يعيق من تطور الحقوق والحريات البيئية. وذلك بالنظر إلى أن مضمون هذه الحقوق لا يزال غير واضح تماماً، وإلى أن الالتزامات النابعة عنها غير محددة على نحو كافٍ، وفقاً لحالتها الراهنة في قضاء المجلس الدستوري. فتتقيد الطعون على هذا النحو من الصرامة لا يسمح بتمكين قاضي الدستورية الطبيعي، وهو المجلس الدستوري، من القيام بدوره على النحو الأكمل؛ فلا شك أن تتعدد طعون عدم الدستورية التي ينظرها المجلس الدستوري يزيد من إمكانية تطوير قضاءه بشأن الحقوق والحريات البيئية، أو على الأقل سيقوده هذا التدخل المتعاقب إلى الكشف بدقة عن مضمون هذه الحقوق والحريات،

¹ يراجع بالفرنسية،

J-M. SAUVE, Vice-Président du Conseil d'État, devant l'Assemblée nationale, Commission des lois, le 21 novembre 2012.

مشار إليه في المقال التالي،

Y. AGUILA, "Les acteurs face à la constitutionnalisation du droit de l'environnement", NCCC, 2014, n° 43, p. 52.

وتحديد الالتزامات التي تفرضها على المشرع في مزاويلته لوظيفته. ولكن هذه الملاحظة الأخيرة تبدو نابعة بالقدر الأول من تنظيم آلية الرقابة اللاحقة على النحو السابق، بما تتضمنه من منح دور هام للمحاكم العليا الفرنسية: مجلس الدولة ومحكمة النقض، في آلية الرقابة اللاحقة.

المطلب الثاني

إسهامات مجلس الدولة

من خلال رقابة المشروعية

٩١-النطاق الواسع لرقابة المشروعية يكسبها أهمية خاصة في مجال حماية البيئة. يكمن دور مجلس الدولة الفرنسي بصفة أساسية، باعتباره القاضي الإداري، في الرقابة على احترام قواعد المشروعية من قبل جهة الإدارة في أعمالها القانونية، لاسيما قراراتها الإدارية، سواء اللائحية أو الفردية.

ويتولى القاضي الإداري الفرنسي هذه المهمة من خلال دعوى الإلغاء، والتي تهدف لتوفير الاحترام لمبدأ المشروعية، وفقاً للتدرج المعروف للقواعد القانونية، مع الأخذ في الاعتبار التطورات التي لحقت بالنظام القانوني الفرنسي¹؛ فيأتي في قمة هرم المشروعية القواعد ذات القيمة الدستورية. ثم تليها قواعد القانون الدولي، لاسيما الأوروبي، والتي يعترف لها في فرنسا بقيمة قانونية تفوق قيمة التشريعات. ويأتي بعد ذلك في هرم المشروعية، القواعد التشريعية: العضوية ثم العادية. ويليه المبادئ العامة للقانون، والتي اعترف مجلس الدولة لها بقيمة قانونية تفوق اللوائح وتلي القوانين، أخيراً اللوائح الإدارية. وهذه الأخيرة تتدرج فيما بينها وفقاً للموقع الذي يشغله

¹ يراجع بصدد ترتيب مصادر المشروعية في النظام القانوني الفرنسي، Cf. P. WEIL et D. POUYAUD, *Droit administratif*, Paris, PUF, 2013, p. 77 et s.

مصدرها في سلم الهرم الإداري في الدولة. ثم تأتي بعد ذلك قرارات الإدارة الفردية، والتي تتدرج، بدورها، فيما بينها وفقاً للموقع الذي يشغله مصدرها. وبصدد رقابة المشروعية في المجال البيئي، والتي يتولاها القضاء الإداري من خلال دعوى الإلغاء، فقد اعترف مجلس الدولة الفرنسي في الحكم الصادر في ٣ أكتوبر ٢٠٠٨، لنصوص ميثاق البيئة بالقيمة الدستورية¹. ومن ثم، فإن رقابة المشروعية التي يجريها القاضي الإداري يتعين أن تشمل على التحقق من دستورية الأعمال الخاضعة لرقابته، بالنظر إلى نصوص ميثاق البيئة. على اعتبار أن القواعد الدستورية تعد أحد مكونات مبدأ المشروعية في معناه الواسع. هذا بالطبع علاوة على التحقق من مشروعية هذه الأعمال بالنظر إلى باقي مكونات مبدأ المشروعية، في معناه الواسع، ووفقاً لتدرجها السالف ذكره.

وفي مقام رقابة المشروعية التي يجريها القاضي الإداري على أساس واجب ومبدأ الوقاية، فإن مجلس الدولة يتولى الرقابة على قرارات الإدارة اللاتحجية والفردية من خلال واجب الوقاية الذي تم تكريسه بمقتضى نص المادة الثالثة من ميثاق البيئة، كما أنه يتولى بصفة خاصة الرقابة على مبدأ الوقاية في نسخته التشريعية، النابعة من نص المادة ل ١١٠-١ السابق دراستها، كما أنه يتولى الرقابة على أساس القرارات الإدارية، وفقاً لتدرجها المعروف.

¹ يراجع حكم مجلس الدولة الصادر في ٣ أكتوبر ٢٠٠٨، CE, Ass., 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy*, n°297931, يراجع كذلك تعليق مفوض الدولة على هذا الحكم الهام، Y. AGUILA, La valeur constitutionnelle de la Charte de l'environnement Conclusions sur Conseil d'Etat, Ass., 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy*, req. n° 297931, *RFDA*, 2008, p. 1147.

يراجع كذلك،

S-J. LIEBER, E. GEFFRAY, "Valeur et portée juridique de la Charte de l'environnement", *AJDA* 2008, p.2166.

وتكتسب رقابة المشروعية التي يجريها مجلس الدولة طبيعة خاصة، بالمقارنة بالرقابة على دستورية التشريعات¹، بالنظر لعاملين: الأول يتمثل في الطابع الواقعي للرقابة، بمعنى أن مجلس الدولة يباشر رقابة المشروعية من خلال فحصه لوقائع محددة يثيرها الطعن، فهي أقل تجريداً من الرقابة التي يباشرها قاضي دستورية القوانين، وذلك مع التسليم بالطبيعة العينية لدعوى الإلغاء. والثاني يتمثل في أن مجلس الدولة في فحصه للمشروعية بكل درجاتها، تتوافر له ميزة هامة، لا تتوافر في الرقابة على دستورية التشريعات، وهي ميزة الشمولية. بمعنى أن قاضي المشروعية يراقب على المبدأ الدستوري، بآليته التشريعية المستهدفه لوضعه موضع التطبيق، وآليته اللاتحجية المستهدفه وضعه موضع التنفيذ. فيمثل تحت بصره في الدعوى المبدأ القانوني المجرد بتفصيلاته المتشعبه. ويكسب هذا البعد الأخير القاضي الإداري دوراً هاماً في تحقيق تناسق النظام القانوني للوقاية من الأخطار البيئية.

ومع ذلك، فإن إسهامات القاضي الإداري تبدو محدودة، سواء في كشف الغموض المحيط بواجب الوقاية الدستوري، أو حتى مبدأ الوقاية التشريعي. وذلك بالنظر لعدد من العوامل التي تحد من مدى هذه الإسهامات. وهو ما سنتولى معالجته بشئ من التفصيل من خلال تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، نتولى في الأول معالجة الرقابة على قرارات الإدارة اللاتحجية، ثم في الثاني معالجة الرقابة على قرارات الإدارة الفردية.

¹ يراجع بالفرنسية،

L. FAVOREU et T-S. RENOUX, *Le contrôle de la constitutionnalité des actes administratifs*, Paris, Sirey, 1992, p.9 ets.

الفرع الأول

في الرقابة على القرارات اللائحية

٩٢- يتولى مجلس الدولة الرقابة على مشروعية قرارات الإدارة اللائحية من خلال دعوى الإلغاء. وتتحدد هذه المشروعية في المجال محل البحث على أساس واجب الوقاية في نسخته الدستورية، ومبدأ الوقاية في نسخته التشريعية. ولعل أبرز ما يلاحظ على هذه الرقابة، هو فاعليتها المحدودة، والتي تتبع بالأساس من القواعد الحاكمة للمنازعات الإدارية في فرنسا. وسنحاول أولاً إبراز العوامل التي تحد من فاعلية هذه الرقابة. ثم نتولى ثانياً دراسة حالة تطبيقية من واقع قضاء مجلس الدولة الفرنسي، وهي القضية المعروفة بصيد الثعابين البحرية. أولاً: الفاعلية المحدودة لرقابة المشروعية بالنظر للقواعد الحاكمة للمنازعات الإدارية في فرنسا

٩٣- دور مجلس الدولة يكمن بصفة أساسية في التحقق من احترام اللوائح لواجب ومبدأ الوقاية. بما أن واجب الوقاية تم تكريسه بمقتضى نصوص دستورية، وهي نصوص ميثاق البيئة، التي أعادت صياغة مبدأ الوقاية المعترف به بمقتضى نصوص قانون البيئة الفرنسي منذ عام ١٩٩٥، فإنه في مقام الرقابة على أعمال الإدارة على أساس واجب ومبدأ الوقاية، فإن القاضي الإداري الفرنسي يختص بتقدير مشروعية اللوائح الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية، والتي تهدف لوضع واجب الوقاية موضع التطبيق¹. وبالنظر إلى أن صياغة واجب الوقاية في ميثاق البيئة تتيح للمشرع الفرنسي سلطة تقديرية كبيرة في وضعه لهذا المبدأ موضع التطبيق، فإن اللوائح التي تعرض على مجلس الدولة تكون في الغالب صادرة بالتطبيق لنص تشريعي،

¹ يراجع بالفرنسية،

N. CHAHID, "la portée de la Charte de l'environnement pour le juge ordinaire", *AJDA*, 2005, p. 1175 et s.

صادر بدوره بالاستناد لنص دستوري، وهو نص المادة ٣ من ميثاق البيئة. وتتركز الرقابة التي يباشرها مجلس الدولة في هذه الحالة على مدى مشروعية النص اللاحق بالنظر للنص التشريعي الذي صدرت اللائحة بالتطبيق له. فتحدد مشروعية اللائحة بالنظر للنص التشريعي.

٩٤- تبني المجلس منهج الرقابة المقيدة على سلطة الإدارة اللاحقة في أعمالها لمبدأ الوقاية. وفي مقام العلاقة بين النص اللاحق والنص التشريعي، فإن الملاحظ بصفة عامة^١، أنه في الحالات التي يتدخل فيها المشرع لتنظيم ضوابط وشروط أعمال واجب الوقاية في مجال معين من مجالات النشاط، فإنه يكفي بتنظيم الخطوط العريضة تاركاً للسلطة اللاحقة قدر كبير من السلطة التقديرية في وضع التنظيم التفصيلي لمقتضيات الوقاية في المجال المعني. وهو ما يعني أن سلطة الإدارة تكون في هذه الحالات سلطة تقديرية، يضيق نطاقها أو يتسع وفقاً للنص التشريعي المنظم للموضوع.

أما في حالة عدم وجود نص تشريعي خاص، فإن الإدارة بالنظر لضرورة توسط نص تشريعي^٢، تستند إلى نص المادة ل ١١٠-٢، المقرر لمبدأ الوقاية، باعتباره النص التشريعي الذي يحدد شروط وضوابط أعمال واجب الوقاية. هذه المادة توجب أن تكون وقاية البيئة من الانتهاكات بإتباع أفضل الوسائل التكنولوجية المتاحة بتكلفة إقتصادية مقبولة، وهو ما يتيح

¹ يراجع بالفرنسية،

E. CARPENTIER, "L'application de la Charte Constitutionnelle de l'environnement par le juge administratif: Les nouvelles orientations de la jurisprudence", Mélanges en l'honneur de P. Bon, Paris, Dalloz, 2014, p. 723 et s

² يلاحظ أن نص المادة ٣ من ميثاق البيئة المقررة لواجب الوقاية تستوجب تدخل المشرع لتحديد ضوابط وشروط أعمال واجب الوقاية. ومن ثم فإن الإدارة لا تستطيع التدخل من تلقاء نفسها ودون الاستناد لنص تشريعي لتنظيم المجال المعني، وإلا تكون قد استولت على اختصاص أصيل للمشرع مقرر بمقتضى نص دستوري.

للإدارة سلطة تقديرية واسعة في وضعها لمبدأ الوقاية موضع التنفيذ. وذلك بالنظر إلى أن النص السابق لا يحدد مقتضيات أعمال مبدأ الوقاية بدقة، وإنما يتوقف تحديدها على معادلة ذات أبعاد بيئية اقتصادية¹.

كما أن هناك عامل آخر هام يدفع في اتجاه تقييد القاضي الإداري لرقابته على سلطة الإدارة، وينبع هذا العامل من الطبيعة التقنية للمجال الذي يطبق فيه مبدأ الوقاية: حماية البيئة. فوضع منظومة قانونية لحماية البيئة هو أمر يتميز بالتعقيد. وذلك بالنظر إلى الصفة التقنية التي يتسم بها قانون البيئة، والتي تتجم عن ارتباطه الشديد بالعلم؛ وبالتالي، فإن الدور الذي يمكن للقاضي أن يلعبه في هذا المجال يبدو محدودا.

وبالنظر إلى العاملين السابقين، فإن السلطة التقديرية الواسعة للأداة اللائحية في وضعها لمبدأ الوقاية موضع التنفيذ، تبدو ضرورة. واستجابة من القاضي الإداري الفرنسي لهذه الضرورة، فقد قيد رقابته على هذه السلطة بنظرية الخطأ الظاهر في التقدير. باعتبارها الوسيلة الفنية التي يباشر من خلالها القاضي الإداري رقابته على سلطة الإدارة التقديرية في المجال محل البحث. وهو ما يعني أن رقابة القاضي الإداري الفرنسي على تناسب الإجراءات التي تشكل موضوع اللائحة من منظور الوقاية ستكون مقيدة، وهو ما يحد في النهاية من فاعلية هذه الرقابة².

٩٥- الدور المحدود لمجلس الدولة في التحقق من احترام واجب الوقاية بالنظر لنظرية الحاجز التشريعي. أما في مقام العلاقة بين اللائحة والنص الدستور، فإن التساؤل يثور حول إمكانية أعمال القاضي الإداري لرقابته على

¹ يراجع ما سبق ذكره بصدد دراسة مبدأ الوقاية في النظام القانوني الفرنسي، الفصل الأول، المبحث الأول، فقرة رقم ٣٣ وما بعدها.

² يراجع بالفرنسية،

E. CARPENTIER, "L'application de la Charte Constitutionnelle de l'environnement par le juge administratif: Les nouvelles orientations de la jurisprudence", op. cit., p. 730.

اللائحة بالنظر لواجب الوقاية المنصوص عليه في المادة ٣ من ميثاق البيئة ؟ وبعبارة أخرى هل يستطيع القاضي الإداري الفرنسي أن يقضي بعدم دستورية اللائحة، وهو ما يترتب عليه استبعادها بالنظر لمخالفة هذه اللائحة للدستور ؟

في الحقيقة فإن الإجابة عن هذا التساؤل تقتضي التمييز بين فرعيين: **الفرض الأول**، وفيه يكون عدم دستورية اللائحة نابع في الأساس من عدم دستورية النص التشريعي الذي صدرت اللائحة إعمالاً له. وفي هذه الحالة فإن القضاء بعدم مشروعية اللائحة بناء على العيب الدستوري الذي شابها، هو في الحقيقة إقرار بعدم دستورية النص التشريعي الذي صدرت اللائحة بالتطبيق له. ذلك أن الفرض الذي نحن بصدده يقوم على افتراض أن المخالفة الدستورية مصدرها بالأساس القانون، وبأن اللائحة لم يكن لها من دور إلا إعمال النص التشريعي.

في هذا الفرض فإن القاضي الإداري، وفقاً لقضاء مستقر وراسخ لمجلس الدولة الفرنسي، يحرم على نفسه النطق بعدم دستورية اللائحة. بالنظر إلى أن عدم دستورية اللائحة في هذه الحالة هو إقرار بعدم دستورية القانون الذي صدرت اللائحة بالتطبيق له. وتقدير مدي دستورية القوانين هو مما يخرج عن مجال اختصاص القاضي الإداري الفرنسي؛ بالنظر إلى الاختصاص الحصري للمجلس الدستوري بالرقابة على دستورية القوانين. وتعرف هذه النظرية في القانون الفرنسي بالحاجز التشريعي *l'écran législatif*¹.

¹ حول نظرية الحاجز التشريعي *la théorie de d'écran législatif*، يراجع حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ٦ نوفمبر ١٩٣٦،

CE sect. 6 novembre 1936, *Arrighi et Dame veuve Coudert*, Lebon p. 966.

انظر تعليق مفوض الدولة السيد لتورنري على الحكم ، مصحوباً بملاحظات الفقيه شارل ايزنمن ، Concl Latournerie sur CE 6 nov 1936, *Arrighi et Dame veuve Coudert*, Dalloz 1938.3.1

فلا يستطيع القاضي وفقاً للنظرية السابقة إلا أن يكتفي بتقدير مشروعية اللائحة بالنظر للنص التشريعي الذي صدرت اللائحة بالتطبيق له¹. والقاضي الإداري الفرنسي يطبق هذه الحلول على كل المبادئ الدستورية التي تجد مصدرها في ميثاق البيئة الفرنسي².

والحقيقة أن نظرية الحاجز التشريعي كان من شأنها أن تحد كثيراً من الدور الذي كان يمكن للقاضي الإداري الفرنسي أن يلعبه في تأكيد احترام النصوص الدستورية المتعلقة بالبيئة، والتي تجد مصدرها في ميثاق البيئة الفرنسي. وهو كان يبدو بمثابة ثغرة في النظام القانوني الفرنسي.

وما سبق لم يكن خافياً على فقهاء القانون العام في فرنسا. فقد اقترن بدخول ميثاق البيئة حيز النفاذ العديد من التساؤلات حول جدوى تكريس المبادئ الأساسية لحماية البيئة، ولاسيما أن الدور الذي يمكن لهذه المبادئ أن تلعبه في مجال المنازعات الإدارية يبدو ضعيفاً³.

ولكن يبدو أن هذه الثغرة قد تقلصت إلى حد بعيد بعد دخول الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين في فرنسا حيز التطبيق⁴؛ إذ أن القاضي

Ch. Eisenmann, note sous CE 6 novembre 1936, *Arrighi et Dame veuve Coudert*, Dalloz 1938.3.1

¹ انظر قرار مجلس الدولة الصادر في ١٩ يونيو ٢٠٠٦ في الدعوى رقم ٢٨٢٤٥٦، مع تعليقات الفقه،

CE, 19 juin 2006, *Association Eau et rivières de Bretagne*, req. n°282456, *AJDA* 2006. 1584, chron. C. LANDAIS et F. LENICA.; *RFDA* 2007. 596, chron. T. RAMBAUD et A. ROBLOT TROIZIER.

² انظر على سبيل المثال، قرار مجلس الدولة الصادر في ١٦ أبريل ٢٠١٠ في الطعن رقم ٣٢٠٦٦٧، والمتعلق بتطبيق المادة رقم ٦ من ميثاق البيئة،

CE 16 avril 2010, *Association Alcaly*, Req. n°320667, mentionné au T. lebon..

³ انظر باللغة الفرنسية على وجه الخصوص،

N. CHAHID, "La portée de la Charte de l'environnement pour le juge ordinaire", op. cit., p. 1175 et s; D. CARON, "De l'inutilité d'une constitutionnalisation du droit de l'environnement?", *LPA*, n° 175, 2 septembre 2005, p.3; M. GUYOMAR, "La Charte de l'environnement est – elle directement invocable ?", *BDEI* 5/2006, p. 4.

⁴ يراجع بالفرنسية،

الإداري يستطيع في هذه الحالة بناء على طلب من أحد أطراف الخصومة، متى تراءى له جدية الدفع، أن يحيله للمجلس الدستوري وفقاً للآلية المنصوص عليها في المادة ٦١-١ من الدستور الفرنسي.

ولكن دخول آلية الرقابة اللاحقة موضع التطبيق في فرنسا ليس من شأنه تماماً القضاء على الثغرة الموجودة بالنظام القانوني الفرنسي، الناجمة عن نظرية الحاجز التشريعي؛ فأولاً اللجوء إلى آلية الرقابة اللاحقة مرهون بأن تكون المخالفة الدستورية التي شابت القانون الصادر بالتطبيق له اللائحة ينطوي على مساس بحقوق مكفولة دستورياً. ويتعين علاوة على ذلك، أن يدفع أحد أطراف الخصومة بعدم دستورية اللائحة. فالقاضي الفرنسي محروم من التصدي من تلقاء نفسه لمسألة دستورية القوانين. ويتعين ثالثاً أن تجتمع في هذا الطعن بعدم الدستورية كل الشروط التي حددها القانون لقبول هذه الطعون، وأن يستوفي كذلك جميع شرائطه الشكلية.

وعلى كل حال، فإن نظرية الحاجز التشريعي لا تمنع القاضي الفرنسي من استبعاد اللائحة الصادرة بالتطبيق لنص تشريعي، حتى ولو كانت تكتفي بوضع القانون موضع التطبيق، وهو ما يعني أن المخالفة لواجب الوقاية المكرس بمقتضى نص المادة ٣ من ميثاق البيئة نابعة أساساً من القانون، وذلك بالنظر إلى أن مبدأ الوقاية تحرص قواعد القانون الأوروبي على تأكيده. فبزوغ مبدأ الوقاية في النظام القانوني الفرنسي والتطور الذي لحقه إنما يرجع بالأساس للقانون الأوروبي. وبالتالي فإن النصوص سواء الدستورية أو التشريعية التي تكرر مبدأ الوقاية تجد لها في الغالب من الأحوال، ما يناظرها في قوانين الاتحاد¹. فنظرية الحاجز التشريعي يتحدد

N. HUTEN, "Question préjudicielle de constitutionnalité et Charte de l'environnement", op.cit., XXV et s.

¹ يراجع بالفرنسية،

مجال إعمالها فقط، في العلاقة بين القانون والدستور. أما قواعد القانون الأوروبي، وسواء كان مصدرها: الاتفاقيات أو اللوائح الأوروبية أو حتى التوجيهات، فلا تنطبق بصدها النظرية¹.

وغني عن البيان أن القاضي الإداري الفرنسي قد اعترف منذ زمن بقيمة قانونية لقواعد القانون الأوروبي تفوق في قوتها القوانين التشريعية الصادرة عن الدولة الفرنسية. ويبدو أن دافع القاضي الإداري الفرنسي لعدم إعمال نظرية الحاجز التشريعي في العلاقة بين التشريعات الصادرة عن البرلمان وقواعد القانون الأوروبي، يرجع إلى رغبته في تجنب الدولة الفرنسية تقرير مسؤوليتها القانونية أمام مؤسسات الاتحاد، لمخالفتها ما يوجبه الاتحاد على فرنسا كدولة عضو فيه.

أما عن الفرض الثاني، وفيه تكون المخالفة الدستورية لواجب الوقاية نابعة بالأساس من اللاتحة. بمعنى أن اللاتحة محل الطعن في مخالفتها للنصوص الدستورية التي تكرر واجب الوقاية، لم تكن مجرد إعمالاً للنص التشريعي الصادرة بالتطبيق له اللاتحة، وهو ما يعني أن المخالفة الدستورية تجد مصدرها في اللاتحة، فإن القاضي الإداري الفرنسي يسترد سلطته كاملة في هذا المقام. وبالتالي يستطيع القاضي الإداري أن يستبعد اللاتحة لعدم مشروعيتها المتمثلة في عدم دستوريتها². وفي مثل هذه الأحوال، يحرص

N. HERVE-FOURNEREAU, "Droit à l'environnement et ordre juridique communautaire, une alliance de l'ombres et de lumières", in *Mélange en l'honneur de M. PIEUR*, Dalloz, 2007, p. 529

¹ انظر بصدد عدم توافر شروط تطبيق نظرية الحاجز التشريعي عندما يتعلق الأمر بقواعد القانون الأوروبي،

CE, 20 octobre 1989, *Nicolo*, Rec. Lebon p.190; *AJDA*, 189 p. 788, note D. SIMON; *RFDA* 1989, p. 813 note. B GENVOIS.,

انظر أيضا قضاء مجلس الدولة الفرنسي في تأييد هذا الاتجاه،

CE, Ass. 28 février 1992, *S.A. Rothmans International France et S.A. Philip Morris France*, p. 81.

² انظر قرار الجمعية العمومية لمجلس الدولة الصادر في ١٢ يوليو ٢٠١٣، في الدعوى رقم ٣٤٤٥٢٢،

مجلس الدولة في حكمه بعدم مشروعية اللائحة على ترديد أن " اللائحة لم تتقيد بالتطبيق الدقيق لما يوجبه القانون " .

بل إن بعض الفقه قد لاحظ أن القاضي الإداري الفرنسي يتجه لتطبيق مقيد لنظرية الحاجز التشريعي عندما يتعلق الأمر بواجب الوقاية أو بالحق في الحياة في بيئة صحية وآمنة، وذلك بالمقارنة بباقي القواعد الدستورية التي يشملها ميثاق البيئة. وبعبارة أخرى، فإن القاضي الإداري الفرنسي يتشدد في مسألة اعتبار اللائحة مجرد تطبيق لما يوجبه القانون الذي استندت إليه اللائحة^١.

ثانياً: دراسة حالة تطبيقية

٩٦- قضية صيد الثعابين البحرية: الوقائع. تعد القضية المعروفة إعلامياً بصيد الثعابين البحرية، والتي فصل فيها مجلس الدولة بالحكم الصادر في ١٣ يوليو ٢٠١٣^٢، من أشهر القضايا التي تعرض فيها مجلس الدولة لمسألة دستورية إحدى النصوص اللائحة ذات الآثار البيئية، بناء على واجب الوقاية المكرس بمقتضى المادة ٣ من ميثاق البيئة^٣.

CE, Ass., 12 juillet 2013, *Fédération nationale de la pêche en France*, n°344522, Rec. Lebon.

^١ انظر، الورقة البحثية التي قدمها السيد جون مارك سوفى، نائب رئيس مجلس الدولة الفرنسي، للمؤتمر المنعقد بالمحكمة العليا بالجزائر في ٢٢ و٢٣ فبراير ٢٠١٦.

J-M SAUVE, "Le cadre de vie et le droit de l'environnement", Conférence à la Cour suprême d'Algérie, 22 et 23 février 2016,

الوثيقة متاحة على الشبكة العنكبوتية على الرابط التالي،

<https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/le-cadre-de-vie-et-le-droit-de-l-environnement>

^٢ انظر قرار الجمعية العمومية لمجلس الدولة الصادر ١٢ يوليو ٢٠١٣، في الدعوى رقم ٣٤٤٥٢٢.

CE Ass. 12 juillet 2013, *Fédération nationale de la pêche en France*, req. n° 344522 : Publié au Rec. CE.

^٣ يراجع تقرير مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١ يونيو ٢٠١٥، بعنوان القاضي الإداري وقانون البيئة، متاح على الموقع الإلكتروني لمجلس الدولة الفرنسي، تم الرجوع إليه في ٢٩ مايو ٢٠١٨، وهو متاح على الرابط التالي،

وتتلخص وقائع القضية في أن الاتحاد الوطني للصيد قدم طعناً بالالغاء على اللائحة رقم ٢٠١٠/١١١٠، الصادرة في ٢٢ سبتمبر ٢٠١٠، والمتعلقة بتنظيم صيد الشعابيين البحرية. وقد أسست الجهة الطاعنة طعنها على أن التصريح بصيد الشعابيين البحرية، بما فيها الشعابيين الصغيرة " أقل من ١٢ سنتيمتر "، والشعابيين البحرية الفضية، يخالف واجب الوقاية المنصوص عليه في المادة ٣ من ميثاق حماية البيئة؛ إذ أن صيد الأنواع السابقة من الشعابيين البحرية يمكن أن يعرض هذا النوع من أنواع الحيوانات البحرية لخطر الانقراض.

تطبيق المجلس للقواعد الحاكمة للرقابة على أساس واجب الوقاية. من الجدير بالذكر أن اللائحة المطعون فيها إنما صدرت استناداً للمادة ل ٩٢١-١ من كود المناطق الريفية والبحرية، ولهذا فإن مجلس الدولة الفرنسي حرص على التذكير بالقاعدة التي تحكم رقابته على دستورية نصوص اللوائح الصادرة بالتطبيق لنصوص تشريعية. فقبل أن يبدأ مجلس الدولة الفرنسي في فحص مدى دستورية نصوص اللائحة المطعون فيها، اتجه للإجابة عن التساؤل المتعلق بما إذا كانت مواد اللائحة المطعون فيها لا تعدو أن تكون ترديداً لنصوص تشريعية صدرت بالاستناد إليها، وهو ما يوجب على مجلس الدولة في هذا الفرض إعلان عدم اختصاصه لأن مهمة تقدير مدى دستورية النصوص التشريعية تخرج عن مجال اختصاصه، أم أن الأحكام التي تتضمنها النصوص المطعون فيها إنما تتبع من اللائحة ذاتها، وعندئذ فإن

القاضي الإداري الفرنسي يستطيع بحرية مباشرة اختصاصه في الرقابة على دستورية اللوائح وإعلان عدم مشروعيتها في حال مخالفتها للدستور¹. وبعد فحص المجلس لنصوص اللائحة انتهى إلى أن "نصوص اللائحة محل الطعن لا تكتفي بترديد أحكام القانون في هذا الشأن، وإنما تحتوي على أحكام جديدة. ومن ثم فإن المجلس يسترد كامل سلطته في تحديد مدى دستورتها بالنظر لنصوص الدستور".

. وبصدد رقابته على مدى دستورية التنظيم القانوني الذي اشتملت عليه اللائحة محل الطعن بالنظر لواجب الوقاية المكرس بمقتضى نص المادة ٣ من ميثاق البيئة، بدأ مجلس الدولة بالتأكيد على أن نص المادة ٣ من ميثاق البيئة يقرر واجب له صفة العموم بتوقي الانتهاكات البيئية أو الحد منها، وبأن هذا الواجب يتحدد من خلال النصوص التشريعية واللائحية. وبناء على ذلك، فإن على السلطات الإدارية احترام واجب الوقاية المنصوص عليه في المادة ٣ من ميثاق البيئة عند مباشرة سلطتها اللائحية، في تطبيقها للقوانين التي تستهدف تحديد إطار الوقاية أو الحد من الانتهاكات البيئية².

¹ وهو ما طبقه مجلس الدولة في الحثية رقم ١٢ من القرار الصادر عن الجمعية العمومية في ١٢ يوليو ٢٠١٣، في الدعوى رقم ٣٤٤٥٢٢.

12. Considérant qu'il résulte de ce qui a été dit aux points 5 et 11 que la conformité au principe énoncé par l'article 3 de la Charte de l'environnement de dispositions législatives définissant le cadre de la prévention ou de la limitation des conséquences d'une atteinte à l'environnement, ou de l'absence de telles dispositions, ne peut être contestée devant le juge administratif en dehors de la procédure prévue à l'article 61-1 de la Constitution ; qu'en revanche, il appartient à celui-ci, au vu de l'argumentation dont il est saisi, de vérifier si les mesures prises pour l'application de la loi, dans la mesure où elles ne se bornent pas à en tirer les conséquences nécessaires, n'ont pas elles-mêmes méconnu ce principe ;"

² أنظر الحثية رقم ١١ من القرار محل الدراسة،

11. Considérant qu'il résulte des dispositions de l'article 3 de la Charte de l'environnement que l'obligation incombant à toute personne de prévenir ou limiter les atteintes qu'elle est susceptible de porter à l'environnement ne s'impose que dans les conditions définies

وبناء على العرض السابق، فإن القاضي الإداري الفرنسي يعترف للإدارة بسلطة تقديرية في وضع واجب الوقاية موضع التنفيذ. هذه السلطة التقديرية يختلف مداها، باختلاف النص التشريعي الذي تدخل بين المادة الثالثة من ميثاق البيئة واللائحة. وهو النص التشريعي الذي تتدخل السلطة اللائحية للإدارة لوضعه موضع التنفيذ. وفي حال عدم وجود نص تشريعي خاص، فإن الإدارة تستند إلى نص المادة ل ١١٠-٢، المقرر لمبدأ الوقاية، باعتباره النص التشريعي الذي يحدد شروط وضوابط أعمال واجب الوقاية، وهو النص الذي يوجب أن تكون حماية البيئة بأفضل الوسائل التكنولوجية متى كان ذلك بتكلفة اقتصادية مقبولة.

وفي المقابل، فإنه بالنظر إلى طبيعة هذه السلطة: تقديرية، فإن رقابة القاضي الإداري عليها يتعين أن تكون مقيدة. فالتناسب بين الإجراءات والوسائل التي تتضمنها اللائحة وبين وقاية البيئة من الانتهاكات، هو مما يدخل بالأساس في مجال السلطة التقديرية لجهة الإدارة.

علاوة على ذلك، فإنه بالنظر لصفة العموم التي يتسم بها نص المادة ٣ من ميثاق البيئة الذي يكرس واجب الوقاية، وبالنظر لعدم وضوح الالتزامات التي يفرضها مبدأ الوقاية النابع من نص المادة ل ١١٠-٢ من كود البيئة الفرنسي، فإن مجال سلطة الإدارة التقديرية يبدو متسعاً. ومن ثم، تبدو الرقابة التي يجريها القاضي الإداري محدودة في جدواها.

par les dispositions législatives ainsi que par les dispositions réglementaires et les autres actes adoptés pour les mettre en oeuvre ; qu'il appartient aux autorités administratives de veiller au respect du principe énoncé par l'article 3 de la Charte de l'environnement lorsqu'elles sont appelées à préciser les modalités de mise en oeuvre de la loi définissant le cadre de la prévention ou de la limitation des conséquences d'une atteinte à l'environnement ;

فحص مشروعية التنظيم اللائحي من منظور الوقاية. ثم تولى مجلس الدولة تحليل الإجراءات المتخذة بواسطة السلطات اللائحية، ومدى احترامها لما يقتضيه واجب الوقاية المنصوص عليه في ميثاق البيئة. وفي هذا الصدد قرر مجلس الدولة الفرنسي أن " النصوص المطعون فيها تساهم في تفعيل نص المادة ٣ من ميثاق البيئة، وذلك من خلال تحديد ضوابط تهدف للمحافظة على حيوان ثعبان البحر من خطر الانقراض (...)، وهو ما يتضح من ملف الدعوى. إذا أن التصريح بصيد الثعبان البحري، إنما يكون فقط في بعض الأنهار والمجاري المائية وفي بعض المناطق الساحلية؛ وبالتالي فإن تنظيم الصيد على هذا النحو سيكون له أثر هام على تقليص الكمية التي سيتم صيدها من ثعابين البحر. كما أن اللائحة تحث على تحديد لكميات معينة لصيد الثعابين البحرية الأقل من ١٢ سنتيمتر و ثعابين البحر الفضية في مواسم معينة. وهو ما قدره الخبراء ضرورياً للمحافظة على هذا الحيوان، وتم احترامه بواسطة النصوص اللائحية محل الطعن. وفي النص على تحديد حصص وكميات معينة لصيد الثعابين الأقل من ١٢ سنتيمتر بواسطة قرارات تصدر تنفيذاً لنصوص اللائحة المطعون فيها، فإن السلطات اللائحية تكون قد احترمت ما يفرضه واجب الوقاية المنصوص عليه في المادة ٣ من ميثاق البيئة. كما أن النصوص المطعون فيها نصت على إمكانية التقليل من صيد الثعابين البحرية الأوروبية الأقل من ١٢ سنتيمتر، وهي المرحلة التي تكون فيها هذه الحيوانات ضعيفة، وهو ما يمكن أن يؤثر على تكاثرها، وهو ما يفرضه واجب الوقاية النابع من نص المادة ٣ من ميثاق البيئة¹.

¹ أنظر الوثيقة رقم ١٣ من القرار محل الدراسة،

13. Considérant que les dispositions contestées du décret attaqué participent de la mise en oeuvre de l'article 3 de la Charte de l'environnement, en déterminant les modalités de prévention de l'extinction de l'anguille européenne (...); qu'il ressort des pièces du dossier qu'en prévoyant l'autorisation de pêcher l'anguille de moins de douze centimètres et l'anguille argentée uniquement dans certains

وقد انتهى مجلس الدولة الفرنسي إلى أنه "بناء على ما سبق، فإنه لا يتضح من ملف الدعوى أن السلطات اللائحة، في تبنيها للإجراءات المنصوص عليها في اللائحة والتي سبق تفصيلها، أنها قد جددت ما توجب مقتضيات أعمال واجب الوقاية النابع من نص المادة ٣ من ميثاق البيئة"¹.

مشروعية التنظيم اللائحي من منظور الوقاية يتحدد بالنظر للنصوص الدستورية والتشريعية معاً. قبل أن نختتم دراستنا للقضية محل التحليل، يعنُ لنا أن نشير إلى أن مجلس الدولة الفرنسي لم يكتفي في تقديره لمدى مشروعية النصوص اللائحة المطعون فيها، بفحص مدى دستورية النص اللائحي محل الطعن فقط، أي أنه لم يكتفي بوزن هذه النصوص بالنظر لنص المادة الثالثة من ميثاق البيئة التي تكرر واجب الوقاية، وإنما اتجه القاضي

cours d'eau et sur certaines façades maritimes, les dispositions litigieuses auront un effet significatif sur la réduction des captures d'anguille européenne ; que la limitation saisonnière, prévue par ces mêmes dispositions, de la pêche de l'anguille argentée et de l'anguille de moins de douze centimètres est également regardée comme substantielle par les experts ; que cette limitation sera, en outre, doublée de la définition de périodes de pêches par arrêtés, lesquels devront respecter le principe énoncé par l'article 3 de la Charte de l'environnement ; qu'enfin, en prévoyant la fixation de quotas de pêche de l'anguille de moins de douze centimètres par arrêtés, lesquels devront également respecter le principe énoncé par l'article 3 de la Charte, les dispositions litigieuses ont prévu la possibilité d'encadrer avec précision la pêche de l'anguille européenne à ce stade de son développement, auquel elle est particulièrement vulnérable ;

¹ أنتهى مجلس الدولة بعض فحصه للمطاعن السابقة إلى أن

"que, dès lors, il ne ressort pas des pièces du dossier qu'en adoptant, parmi les mesures de mise en oeuvre du plan national de gestion de l'anguille, les mesures contestées du décret attaqué, le pouvoir réglementaire aurait méconnu les exigences qui découlent de l'article 3 de la Charte de l'environnement ;"

الإداري الفرنسي علاوة على ذلك إلى وزن النصوص المطعون فيها بميزان المشروعية وذلك من خلال المادة ١١٠-٢ من قانون حماية البيئة. فقد اعتبر القاضي الإداري الفرنسي أن نص المادة ١١٠-١ من كود البيئة هو نص يستهدف أعمال نص المادة ٣ من ميثاق البيئة. ومن ثم، فإن دوره كقاضي مشروعية يقتضي منه التحقق من مدى مشروعية النصوص اللاتحية بالنظر أيضا إلى نص المادة ١١٠-١ من كود البيئة، التي تنص على أن مبدأ الوقاية يكون "باستعمال أفضل الوسائل التقنية بتكلفة اقتصادية مقبولة".

وقد انتهى مجلس الدولة الفرنسي في حكمه بتاريخ ١٢ يونيو ٢٠١٣، إلى أنه " وفقا لما تقدم، فإن النصوص محل الطعن تساهم في توقي حظر انقراض الثعبان الأوروبي، وحيث أن الإدارة في تصريحها المقيد بصيد ثعابين البحر الأقل من ١٢ سنتيمتر والثعابين الفضية بطريقة احترافية، إنما تكون قد واءمت بين أنشطة الصيد البحري من جهة، والحفاظ على هذا النوع من الحيوانات البحرية من جهة أخرى. وذلك بتبني إجراءات مقبولة من الوجهة الاقتصادية. وأنه على العكس مما تدعيه الجهة الطاعنة، فإن النصوص اللاتحية محل الطعن لا تستهدف إطلاق الصيد الاحترافي للثعابين البحرية، وليس من شأنها أن تحرره من كل قيد. وفي المقابل، فإن منع صيد هذا النوع يعد من قبيل الوسائل غير مقبولة التكاليف، والتي لا تؤدي في كل حالاتها إلى الحفاظ على هذا النوع من أنواع الكائنات".¹

¹ تراجع الحثية رقم ١٨ من قرار المجلس محل الدراسة،

18. Considérant qu'ainsi qu'il a été dit précédemment, les dispositions contestées du décret attaqué participent à la prévention de l'extinction de l'anguille européenne ; qu'en permettant d'autoriser, de façon limitée, la pêche professionnelle de l'anguille de moins de douze centimètres et de l'anguille argentée, le pouvoir réglementaire a entendu concilier l'activité professionnelle de pêche maritime et la conservation de cette espèce en adoptant des mesures ayant un coût

الفرع الثاني

في الرقابة على القرارات الفردية

٩٧- غني عن البيان أننا سنقتصر في هذا الفرع، المخصص للحديث عن الرقابة على قرارات الإدارة الفردية، بالحالة التي تكون فيها شبهة عدم المشروعية مصدرها حصرياً القرار الفردي، أما الحالة التي تكون فيها شبهة عدم المشروعية مصدرها بالأساس النص اللائحي الذي صدر القرار الفردي بالتطبيق له، فإن فحص مشروعية القرار الفردي تتطلب من القاضي الإداري الإجابة أولاً عن التساؤل المتعلق بمشروعية القرار اللائحي، وهو ما سبق أن عالجنه في الفرع السابق.

وستتولى أولاً معالجة دور واجب ومبدأ الوقاية في منازعات القرارات الفردية، ثم نتولى ثانياً دراسة حالتان تطبيقيتان من واقع قضاء مجلس الدولة الفرنسي.

أولاً: الفاعلية المحدودة للرقابة في تأكيد واجب ومبدأ الوقاية

٩٨- الدور المحدود لواجب الوقاية كمبدأ دستوري في منازعات القرارات الإدارية الفردية. يباشر مجلس الدولة رقابته على قرارات الإدارة الفردية للتأكد من احترامها لما يوجبه واجب الوقاية. غير أن دور واجب الوقاية

économiquement acceptable ; que, si la fédération requérante soutient que le niveau de réduction de la pêche de 10 % par an serait insuffisant pour permettre la conservation de l'espèce, la fixation de cet objectif ne résulte pas du décret attaqué ; que, contrairement à ce que soutient la fédération requérante, le décret attaqué n'a ni pour objet, ni pour effet de " libéraliser totalement " la pêche de l'anguille de moins de douze centimètres ; qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que seule une mesure d'interdiction totale de la pêche de l'anguille européenne aurait permis de prévenir l'extinction de cette espèce ; qu'il ressort, en tout état de cause, des pièces du dossier qu'une telle mesure n'aurait pu être adoptée à un coût économiquement acceptable ; qu'ainsi, le décret attaqué ne méconnaît pas les exigences qui découlent du principe de prévention énoncé par l'article L. 110-1 du code de l'environnement ;

كمبدأ دستوري، في حد ذاته، يبدو قليلة الأهمية في مجال الرقابة القضائية التي يباشرها القاضي الإداري على قرارات الإدارة الفردية بالنظر لعاملين أساسيين¹: الأول، ويكمن في مسلك المتقاضين في الطعون التي تستهدف القرارات الإدارية الفردية في مجال حماية البيئة. فالملاحظ أنه من النادر أن يلجأ المتقاضين إلى تأسيس طعون الإلغاء التي تستهدف هذه القرارات على واجب الوقاية؛ إذ أن القرارات الفردية تصدر في الغالب من الأحوال بالتطبيق للوائح، وهذه الأخيرة تستند إلى قوانين تشريعية، وتستند هذه الأخيرة إلى نصوص دستورية. ومن ثم، ففي الغالب من الأحوال، فإن مخالفة المشروعية بصدد الطعون التي تستهدف القرارات الفردية، تكون أوضح في العلاقة بين اللائحة والقرار الفردي، منها في العلاقة بين القرار الفردي والقانون، ويصل وضوح المخالفة إلى أدنى درجاته في العلاقة بين القرار الفردي والمبدأ الدستوري.

ولذلك فإنه من النادر أن يؤسس الطعن بعدم المشروعية على واجب الوقاية مجرداً، فالغالب عملاً أن يستند الطعن إلى الآلية الوقائية بما فيها من نصوص: دستورية، وتشريعية، ولائحية، وقرارات فردية.

أما عن العامل الثاني، فيكمن في منهج مجلس الدولة الفرنسي في فحصه للطعون الموجهة للقرارات الإدارية الفردية، والتي تؤسس فقط على واجب الوقاية مجرداً، فالمجلس وإن كان يقبل مثل هذه الطعون على اعتبار أن واجب الوقاية يمثل أحد قواعد المشروعية، إلا أنه يلجأ في تحديده لمشروعية القرار الفردي محل الطعن إلى النظر للمنظومة الوقائية في مجموعها².

¹ يراجع بالفرنسية،

J-M. STAUB, " invocabilité de la Charte devant le juge administratif", *Petites affiches*, 2014, n°44, p.6; M. GROS, Quel degré de normativité pour les principes environnementaux, *RDP*, n°2, 2009, p.425 et s.

² يراجع بالفرنسية،

بعبارة أخرى، فإن مجلس الدولة ينظر إلى النصوص التشريعية واللائحية التي تهدف إلى وضع هذا المبدأ موضع التطبيق، باعتبارها تتضمن تفصيلاً للالتزامات التي يقتضيها واجب الوقاية النابع من نص المادة ٣ من ميثاق البيئة. وفي هذه الحالة، فإن المرجع في تقدير مشروعية القرار يكون النص التشريعي أو اللائحي، أكثر من النص الدستوري المقرر لواجب الوقاية، لما يتسم به هذا الأخير من قدر عالي من العموم وعدم الوضوح. وذلك بالمقارنة بالتحديد الذي تتميز به النصوص التشريعية، والتفصيل الذي تتميز به اللوائح.

ومن الجدير بالذكر أن مجلس الدولة الفرنسي يجنح عموماً في مباشرته لرقابة المشروعية بتقييد نفسه بترتيب تصاعدي لمراتب المشروعية المحددة لمشروعية القرار المطعون فيه. بمعنى أن المجلس يبدأ في فحصه لمشروعية القرارات الفردية بالنظر إلى اللوائح، ثم إلى التشريعات، وصولاً في النهاية للدستور. وغني عن البيان أنه في مقام إعلان عدم مشروعية القرار الفردي، فإنه يكفي تحديد وجه واحد من أوجه الإلغاء بالنسبة لأي من هذه المراتب. بمعنى أن عدم المشروعية النابع من اللائحة يغني المجلس عن البحث في عدم المشروعية التي يمكن أن يكون مصدرها النص التشريعي، كما أن عدم المشروعية النابع من مخالفة هذا الأخير يغني المجلس عن بحث عدم المشروعية الناجم عن مخالفة النص الدستوري.

٩٩- الفاعلية المحدودة لرقابة المشروعية على أساس مبدأ الوقاية في نسخته التشريعية. ولا يفوتنا أن نشير أخيراً في مقام رقابة المشروعية التي يباشرها مجلس الدولة على قرارات الإدارة الفردية، إلى أنه في الأحوال التي يصدر فيها القرار الفردي مستنداً مباشرة إلى مبدأ الوقاية المقرر بمقتضى

M-C. DE MONTECLER, "Portée du principe de prévention à l'égard des déclarations d'utilité publique", *AJDA*, 2018, p.1423.

نص المادة ل ١١٠-١، فإن رقابة المجلس تكون مقيدة بنظرية الخطأ الظاهر في التقدير. بالنظر إلى عامل السلطة التقديرية التي يتيحها نص المادة السابق لجهة الإدارة في وضعها لمبدأ الوقاية موضع التنفيذ. وهو ما من شأنه أن يحد من فاعلية الرقابة القضائية التي يباشرها المجلس على أساس مبدأ الوقاية في نسخته التشريعية¹.

وتصدق الملاحظة السابقة إلى حد بعيد، حتى في الحالات التي يكون فيها تدخل الإدارة متصلاً بالمناطق الطبيعية والتنوع الحيوي، وهو المجال الذي يفترض أن تراعي فيه الإدارة أقصى درجات الحرص في أعمالها لمبدأ الوقاية، بالنظر إلى تدخل المشرع في ٤ أغسطس ٢٠١٦ من أجل تشديد مقتضيات أعمال مبدأ الوقاية في مجال المناطق الطبيعية والتنوع الحيوي، بإلزام الإدارة بترتيب معين للوقاية يبدأ بالتفادي الكلي للانتهاكات البيئية، مروراً بتقليص هذه الانتهاكات، إنتهاءً باللجوء إلى نظام التعويضات البيئية. فالإدارة هي المنوط بها، على ضوء مختلف الاعتبارات لاسيما الاقتصادية والاجتماعية، تقدير مدى ضرورة الحاجة إلى الانتقال من التفادي الكلي للانتهاكات البيئية إلى تلقصها، أو حتى إلى اللجوء إلى نظام التعويض البيئي. وغني عن البيان أنه بالنظر إلى عامل السلطة التقديرية التي يمنحها النص لجهة الإدارة، فإن الرقابة التي يجريها القاضي الإداري يتعين أن تنحصر في الرقابة المقيدة. وهو ما يبدو واضحاً من خلال التطبيقات التالية.

ثانياً: دراسة حالات تطبيقية:

١٠٠- وسوف نقتصر في هذا المقام على عرض تطبيقين من قضاء مجلس الدولة الفرنسي. الأول انصب على مبدأ الوقاية قبل تعديل ٢٠١٦، المتعلق

¹ المرجع السابق،

ibid.

² بصدد تشديد مقتضيات الوقاية في مجال التنوع الحيوي، يراجع ما سبق دراسته في المبحث الأول من الفصل الأول، فقرة ٣٠ وما بعدها.

بتشديد الوقاية في مجال المناطق الطبيعية والتنوع الحيوي. والثاني أتحت فيه لمجلس الدولة تطبيق النصوص التي تتعلق بتشديد مقتضيات الوقاية في مجال التنوع الحيوي.

١. التطبيق الأول

١٠١- قضية تخزين النفايات المشعة : الوقائع. من التطبيقات القضائية القليلة التي تأسس فيها الطعن بالإلغاء على واجب الوقاية مجرداً، القضية التي حسمها مجلس الدولة بحكمه الصادر في ٤ أغسطس ٢٠٠٦. وتتلخص وقائعها في أن عدد من الجمعيات المهتمة بشئون البيئة وجهت طعناً بالإلغاء إلى القرار الصادر من الجهة الإدارية، الذي ينطوي على تصريح للوكالة الوطنية لإدارة النفايات المشعة بتعديل نظام مركز تخزين النفايات المشعة الموجود في بحر المانش، وذلك بهدف إقامة نظام جديد للرصد والمتابعة^١.

وقد أسست هذه الجمعيات طعنها على عدد من الأسانيد، من بينها نصوص ميثاق حماية البيئة، مدعية أن التصريح للوكالة الوطنية لإدارة النفايات بتعديل مكان تخزين النفايات ولو مؤقتاً، بما يتضمنه ذلك من التصريح بنقل النفايات المخزنة في تاريخ صدور القرار محل الطعن، لم يراعي فيه مبادئ ميثاق البيئة، وعلى وجه الخصوص مبدأ مشاركة العامة في القرارات البيئية وواجب الوقاية ومبدأ الاحتياط.

ويلاحظ أن الجمعية الطاعنة كانت قد أسست طعنها على أساس واجب الوقاية، كمبدأ دستوري مضمونه اتخاذ التدابير اللازمة التي تهدف إلى منع انتهاك البيئة، وذلك بصفة مجردة عن عن النصوص التشريعية التي تضعه موضع التطبيق بصدد حالات بعينها.

¹ انظر حكم مجلس الدولة الصادر في ٤ أغسطس ٢٠٠٦ في الدعوى رقم ٢٥٤٩٤٨، CE, 10ème et 9ème sous-sections, 4 août 2006, Comité de réflexion d'information et de lutte anti-nucléaire CRILAN N° 254948, 10ème et 9ème sous-sections réunie Publié au recueil Lebon.

تطبيق مجلس الدولة لمنهجه في الرقابة على احترام واجب الوقاية بالنظر للنصوص التشريعية واللاحية المستهدفة لوضعه موضع التطبيق. والحقيقة أن مجلس الدولة الفرنسي قد قبل، وهو ما تظهره دراسة القضية محل التحليل، الطعون المؤسسة على واجب الوقاية كمبدأ دستوري يوجب اتخاذ إجراءات تهدف إلى توقي الانتهاكات البيئية أو الحد منها، مع الأخذ في الاعتبار نص المادة ١١٠-١ من قانون البيئة التي تقضى بأن الوقاية تكون باستعمال أفضل الوسائل التكنولوجية المتاحة بتكلفة مقبولة من وجهة الاقتصادية.

وقد قرر مجلس الدولة الفرنسي في معرض فحصه لمشروعية القرار- المشروعية بالمعنى الواسع- أنه " وحيث أنه وفقاً لنص الفقرة الأولى من المادة ١١٠-١ من كود حماية البيئة، فإن المناطق والموارد والأوساط الطبيعية، والمواقع والمناظر الطبيعية، ونوعية الهواء، وتتنوع الأنواع الحيوانية والنباتية، والتوازنات البيولوجية هي جزء من التراث المشترك للأمة. ووفقاً لنص المادة الثانية، فإن حماية ما سبق وتنميته (...) هي مصلحة عامة تساهم في تحقيق التنمية المستدامة، والتي تهدف إلى تلبية احتياجات الأجيال الحاضرة في التنمية والصحة وذلك دون المساس بقدرة الأجيال المقبلة على تلبية احتياجاتهم. والأهداف السابقة، تترجمها القوانين التي تحدد مداها في صورة المبادئ التالية: ١/ مبدأ الاحتياط، والذي وفقاً له فإن غياب اليقين، بالنظر للمعارف العلمية والتقنية الموجودة، لا ينبغي أن يحول دون تبني اعتماد إجراءات فعالة ومناسبة لمنع خطر حدوث ضرر بيئي خطير لا يمكن علاجه، ما دامت تكلفة هذه الإجراءات مقبولة من وجهة نظر اقتصادية. ٢/ مبدأ الوقاية وأولوية تصحيح الضرر البيئي من مصدره، وذلك باستخدام أفضل التقنيات المتاحة بتكلفة مقبولة اقتصادياً...^١

وقد ورد في القرار محل الدراسة أن،^١

وحيث أنه " وفقاً لما يتضح من ملف الدعوى، فإن تبني القرار محل الطعن نظام لمراقبة مركز تخزين المائش، الذي كان قد تم إنشاؤه في ١٩٦٩، يكمن في منع إيداع مخلفات جديدة، وتغطية المخلفات الموجودة مسبقاً، وهو ما يسمح بحماية من نقلبات الطقس التي يمكن أن تكون لها آثار سلبية، ويسمح بتدعيم نظام رقابة جريان المياه السطحي، ويسمح بالتقدير المستمر لحالة الأرض ولمحزون المياه بهدف الاكتشاف المبكر للتلوث الذي يمكن أن يحدث ومكافحته. ومن ثم فإن وضع نظام جديد للمراقبة لا ينشأ عنه في حد ذاته خطر على البيئة. ووفقاً لتقرير الخبراء المرفق بملف الدعوى، وبصفة خاصة تقرير لجنة تقييم الموقف الذي تم تسليمه إلى الحكومة، وتمت إتاحتها للعامة للاطلاع عليه، فإن الحلول الأخرى وبصفة خاصة نقل المخلفات الأكثر خطراً، ينشأ عنها مخاطر أعلى، ولا يمكن وضعها موضع التطبيق بتكلفة اقتصادية مقبولة. كما أن القرار محل الطعن لا يمنع من تبني حلول أخرى، في حال إفراز التقدم العلمي والتقني لحلول أخرى أفضل في

Considérant qu'aux termes de l'article L. 110-1 du code de l'environnement : « I. Les espaces, ressources et milieux naturels, les sites et paysages, la qualité de l'air, les espèces animales et végétales, la diversité et les équilibres biologiques auxquels ils participent font partie du patrimoine commun de la nation./ II. Leur protection, leur mise en valeur (...) sont d'intérêt général et concourent à l'objectif de développement durable qui vise à satisfaire les besoins de développement et la santé des générations présentes sans compromettre la capacité des générations futures à répondre aux leurs. Elles s'inspirent, dans le cadre des lois qui en définissent la portée, des principes suivants:1° Le principe de précaution, selon lequel l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable ; / 2. Le principe d'action préventive et de correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement, en utilisant les meilleures techniques disponibles à un coût économiquement acceptable...» ;

المستقبل. وبالنظر للإجراءات التي وضعها القرار موضع التطبيق، والتي يجب تطبيقها بصفة عاجلة، فإن القرار محل الطعن لم يشبه خطأ واضحاً في التقدير، ولا ينتهك مبدأ الاحتياط ولا مبدأ الوقاية¹.

ب. التطبيق الثاني

١٠٢- قضية توسعة ترام باريس : الوقائع. من التطبيقات الحديثة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي لمبدأ الوقاية، وفقاً لآخر التعديلات التي تمت بمقتضى القانون الصادر في ٨ أغسطس ٢٠١٦ المتعلق بتشديد متطلبات الوقاية في مجال التنوع الحيوي^٢، الحكم الصادر في ٩ يوليو ٢٠١٨، في القضية المعروفة إعلامياً بتوسعة ترام باريس^٣. وتتلخص وقائع القضية في

¹ وقد ورد في القرار محل الدراسة أن،

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que la mise en phase de surveillance, par le décret attaqué, du centre de stockage de la Manche créé en 1969 a consisté, en interdisant le dépôt de nouveaux déchets, à couvrir les stockages existants d'un revêtement tendant à les protéger de l'érosion et des intempéries, à assurer le contrôle des ruissellements et à mesurer de manière continue l'état des sols et des eaux pour détecter et combattre les éventuelles pollutions ; que la mise en phase de surveillance du centre de stockage ne crée pas, par elle-même, de risques de dommages à l'environnement ; que selon les expertises jointes au dossier, et notamment le rapport de la « commission d'évaluation de la situation » remis au Gouvernement et rendu public, les autres solutions et notamment le transfert des déchets les plus dangereux créeraient des risques supérieurs et ne pourraient être mises en œuvre en toute sécurité à un coût économiquement acceptable ; que le décret attaqué ne fait pas obstacle à la mise en œuvre d'autres solutions si les évolutions techniques et scientifiques permettent de les envisager utilement dans l'avenir ; que compte tenu des mesures prises par le décret qui devront être appliquées sans interruptions, ce décret n'est entaché d'erreur manifeste d'appréciation ni dans l'application du principe de précaution ni dans l'application du principe de prévention ;

² لمزيد من التفصيل حول مبدأ الوقاية في نسخته التشريعية، يراجع على وجه الخصوص المبحث الأول من الفصل الأول من هذه الدراسة، لاسيما الفقرة رقم 25 وما يليها.

³ يراجع بالفرنسية، حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ٩ يوليو ٢٠١٨،

أن عدد من البلديات الفرنسية، بالإضافة إلى عدد من الجمعيات المهمة
بشئون البيئة، كانت قد طلبت إلغاء القرار الصادر في ٢٨ مارس ٢٠١٧،
بإعلان التخصيص للمنفعة العامة الأراضي اللازمة لإتمام الخط الثامن عشر
من مترو باريس، وهو الجزء الذي يربط بين مطار أورلي وفرساي شانتيه.
وقد تأسس طلب الإلغاء على العديد من المطاعن التي تستهدف مشروعية
قرار التقرير للمنفعة العامة، سواء الإجراءات التمهيدية التي سبقت هذا
القرار^١، أو من ناحية المظهر الخارجي^٢، أو حتى من ناحية الموضوع^٣.
ومن بين المطاعن الموضوعية، سوف نقتصر في هذا المقام على عرض
المطاعن المؤسسة على مبدأ الوقاية النابع من نص المادة ل ١١٠-١.

CE, du 9 juillet 2018, *Commune de Villiers-le-Bâcle et autres - France
Nature Environnement Ile-de-France et autres*, n° 410917 et 411030,
T. Lebon, Conclusions M. Louis DUTHEILLET de LAMOTHE.

¹ يراجع الحثيات من ٢ إلى ٢٣ من القرار محل الدراسة.
² يراجع الحثيات من ٢٤ إلى ٣٠ من القرار محل الدراسة.
³ يراجع الحثيات من ٣١ إلى ٤٢ من القرار محل الدراسة.

ووفقاً لدفاع البلديات والجمعيات الطاعنة، فإن القرار محل الطعن الصادر من مجلس الوزراء، بإعلان تخصيص الأراضي التي سيقام عليها هذا المشروع للمنفعة العامة، لم يراعي ما يوجبه مبدأ الوقاية؛ فالمشروع سيترتب عليه تغيير كبير في البيئة الأصلية للأماكن التي سيقام عليها، بصفة خاصة بالنظر إلى أن العديد من الأراضي المزعم مد الترام إليها، تعد من قبيل المناطق البكر التي لم تمتد إليها يد الإنسان بعد بالتعديل. وهو ما من شأنه إلحاق أضرار بيئية بهذه المناطق، سواء على مستوى المناظر الطبيعية، أو مصادر الثروة الطبيعية الموجودة بها، أو حتى الكائنات الحية الموجودة بهذه الأماكن. ولعل هذا هو ما دفع عدد من البلديات التي تقع فيها العديد من المناطق التي تم تخصيصها للمنفعة العامة، إلى الطعن على هذا القرار. وقد احتج الطاعنون في استنادهم إلى مبدأ الوقاية، بأن مقتضيات أعمال مبدأ الوقاية في أعقاب التعديل التشريعي الذي حدث في ٨ أكتوبر ٢٠١٦، والمتعلق بإضافة نصين جديدين للمادة ل١١٠-١، المقررة لمبدأ الوقاية، يستهدفان تشديد متطلبات الوقاية في المناطق البكر التي لم يطالها التغيير بعد.

تفسير مجلس الدولة لمقتضيات الوقاية على ضوء النصوص التشريعية واللائحية. وفي مقام فحص مجلس الدولة للمطاعن الموجهة للقرار محل الطعن والتي تم تأسيسها على مبدأ الوقاية، فقد بدأ المجلس في الحيثية رقم ٣١ من قراره محل الدراسة، باستعراض نص المادة ل١١٠-١، مقررأ أنه " وفقاً لنص الفقرة الأولى من المادة ١١٠-١ من كود حماية البيئة، فإن المناطق والموارد والأوساط الطبيعية، والمواقع والمناظر الطبيعية، ونوعية الهواء، وتنوع الأنواع الحيوانية والنباتية، والتوازنات البيولوجية هي جزء من التراث المشترك للأمة. (...) /٢ مبدأ الوقاية من الانتهاكات البيئية

وتصحيحها، بإجراءات تستهدف بالأولوية مصدر هذه الانتهاكات، باستخدام أفضل الوسائل التكنولوجية المتاحة بتكلفة اقتصادية مقبولة.

مبدأ الوقاية يشمل تفادي الانتهاكات التي يمكن أن تصيب التنوع الحيوي أو الخدمات التي يقدمها، وفي حال عدم إمكان توقي هذه الانتهاكات كلية، الحد من آثارها، وفي مرحلة أخيرة تعويض الأضرار الناتجة عن الانتهاكات البيئية وذلك في حالة عدم إمكان توقيها كلية أو الحد من آثارها، مع الأخذ في الاعتبار الكائنات الحية التي تكون عرضة للإصابة.

مبدأ الوقاية يجب أن يستهدف توقي الخسائر المؤكدة، ومحاولة تحقيق مكاسب في مجال التنوع الحيوي".

ثم انتقل المجلس في الحيثية رقم ٣٢ من القرار محل الدراسة، للتأكيد على أن تطبيق مبدأ الوقاية في مجال نزع الملكية للمنفعة العامة يتعين أن يتم على ضوء النصوص التشريعية والملائحية الأخرى الحاكمة للموضوع، وهي المواد: ل١٢٢-٢ من كود الاستيلاء للمنفعة العامة، ل١٢٢-١، ر١٢٢-١٤ من كود البيئة^١. وبناء على ما سبق، فإذا كانت أهمية الأعمال التي تجري

^١ المادة ل١٢٢-٢ من كود الاستيلاء للمنفعة العامة توجب في الحالات التي يحتمل أن يسبب فيها أحد المشروعات العامة انتهاكات للبيئة أو للتراث الثقافي، أن يشتمل قرار التخصيص للمنفعة العامة على الإجراءات التي توجب المادة ١٢٢-١ من كود البيئة اتخاذها. وهذه المادة الأخيرة توجب أن يشتمل قرار التخصيص للمنفعة العامة على تحديد للإجراءات التي يتعين على مقدم الطلب أو المقاول الذي يجري التنفيذ تحت إشرافه، والتي تهدف إلى تجنب الأضرار البيئية كلية، أو إلى الحد من تبعاتها البيئية، عندما يكون ذلك ممكناً. وفي الحالة التي يتعدى فيها تجنب هذه الأضرار أو التخفيف من تبعاتها، فإنه لا مناص من اللجوء إلى تعويض الأثار السلبية التي تنتج عن المشروع على البيئة أو الصحة العامة.

أما عن المادة ر ١١٢-١٤ من كود البيئة، فإنه تنص في فقرتها الأولى، على أن قرار التصريح، أو الموافقة، أو البدء في تنفيذ المشروع يتعين أن يشتمل على عدد من الأمور، وهي: ١- الإجراءات الوقائية التي يتعين اتخاذها من قبل مقدم الطلب أو المقاول الذي يتم التنفيذ تحت إشرافه، والتي تهدف إلى التفادي الكلي للآثار السلبية التي يحتمل أن يسببها المشروع للبيئة أو للصحة العامة للبشر. وفي حالة عدم إمكان توقي هذه الأثار كلية، فإن القرار يتعين أن يشتمل على الإجراءات التي تهدف إلى التقليل من هذه الأثار السلبية، كلما أمكن ذلك. وفي حالة تعذر ما تقدم، فيتعين أن يشتمل القرار على الإجراءات التعويضية التي تهدف إلى تعويض الانتهاكات البيئية التي لم يكن من الممكن تفاديها كلية أو التقليل منها. ٢- يتعين أن يشتمل القرار على نظام للمتابعة البيئي، ويهدف هذا النظام إلى متابعة وتقييم الأضرار التي تتحقق بالفعل من جراء تقدم تنفيذ المشروع. ٣- يتعين أخيراً أن يشتمل القرار على نظام للمتابعة يهدف إلى التحقق من تقييد مقدم الطلب أو المقاول الذي

وفقاً للتصرفات القانونية محل الطعن تنهض مبرراً لها، فهذه التصرفات يتعين لمشروعيتها أن تشمل، على الأقل في خطوطها العامة، وذلك مع الوضع في الاعتبار حالة تقدم المشروعات المعنية، على الإجراءات المتناسبة والكافية التي يتعين على مقدم الطلب أو المقاول الذي يقوم بالعمل اتخاذها، والتي تهدف إلى تفادي الأضرار الناتجة عن هذه الأعمال كلية، أو التخفيف من تبعاتها، إذ ما أمكن ذلك، أو تعويض الآثار السلبية للمشروع على البيئة أو على الصحة البشرية. هذه الإجراءات، يمكن في حالة الضرورة، تعيينها أو تكملتها في تاريخ لاحق على تقديم الطلب، لاسيما بمناسبة تسليم التصاريح المتطلبية من قبل البوليس الإداري للبيئة¹.

يجري التنفيذ تحت إشرافه، بالإجراءات الوقائية التي تهدف إلى تفادي الانتهاكات البيئية، أو التقليل من أثارها، أو تعويضها.

أما الفقرة الثانية من هذه المادة فهي تنطوي على تحديد عدد من الشروط التي يتعين توافرها في الوسائل التعويضية، وتنص على أن الوسائل التعويضية يتعين أن تهدف إلى تعويض الانتهاكات البيئية المباشرة أو غير المباشرة، للمشروع، والتي لم يكن من الممكن تجنبها كلية أو التخفيف من أثارها. هذه الوسائل يتعين أن تنفذ بالأولوية في المكان الذي كان قائماً فيه الوسط الذي تم تدميره جراء المشروع أو بالقرب منه، بهدف ضمان أن تؤدي هذه الوسائل التعويضية وظيفتها على النحو الأكمل. ويتعين في هذه الوسائل أن تسمح في المجمل بالمحافظة على الأوساط الطبيعية في هذه الأماكن، وكلما أمكن ذلك تحسين جودة البيئة فيها.

أما الفقرة الثالثة من هذه المادة، فتتص على أن آليات المتابعة يتعين أن تكون متناسبة مع طبيعة وحجم المشروع، وأهمية أثاره المتوقعة على البيئة، وعلى الصحة العامة للبشر، وعلى حساسية الأوساط التي يجري فيها التنفيذ.

¹ يراجع الحثية رقم ٣٢ من القرار محل الدراسة،

Les dispositions combinées des articles L. 122-2 du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique et L. 122-1 et R. 122-14 du code de l'environnement rappelées au point 27 précisent, s'agissant des actes portant déclaration d'utilité publique, la portée du principe dit " de prévention " défini au point précédent. Il en résulte que, si les travaux, ouvrages ou aménagements que ces actes prévoient le justifient, ces derniers doivent, à peine d'illégalité, comporter, au moins dans leurs grandes lignes, compte tenu de l'état d'avancement des projets concernés, les mesures appropriées et suffisantes devant être mises à la charge du pétitionnaire ou du maître d'ouvrage destinées à éviter, réduire et, lorsque c'est possible, compenser les effets négatifs notables du projet sur l'environnement ou la santé humaine ainsi que les modalités de leur suivi. Ces mesures sont, si nécessaire, précisées ou complétées

ثم انتقل المجلس في الحثيثة رقم ٣٣ من قراره محل الدراسة لفحص صحة المطاعن الموجهة للقرار الطعين، مقررأ أنه " خلافاً لما يدعيه الطاعنون، فإن الإجراءات الخاصة بتوقي الأضرار كلية أو التخفيف من تبعاتها، عندما يكون ذلك ممكناً، أو التي تهدف إلى تعويض الأثار السلبية للمشروع على البيئة أو الصحة البشرية، وكذلك كيفية التحقق من القيام بهذه الإجراءات، قد وردت بالملحق رقم ٤ من القرار محل الطعن. هذه الإجراءات قد تم اتخاذها وفقاً لما تقتضيه المادة ر ١٢٢-١٤ من كود البيئة، والتي تنص بصفة خاصة على أن القرارات التي تتطوي على تصريح أو اعتماد أو تنفيذ للمشروعات المذكورة (...). يتعين أن تشتمل على الإجراءات التي يجب على طالب التصريح أو مآول الأعمال اتخاذها".

ويستكمل المجلس في الحثيثة رقم ٣٤ من القرار محل الدراسة فحصه لمدى صحة المطاعن الموجهة للقرار محل الطعن، مقررأ أنه " يتضح من ملف الدعوى أن الإنشاءات اللازمة لإقامة المشروع محل النزاع واستغلاله، لاسيما في الجزء الجوي، من المحتمل أن تنتج آثار معتبرة على الأوساط الطبيعية وكذلك الأنواع المختلفة من الحيوانات والنباتات. ومع ذلك، فإن طريقة التنفيذ والإجراءات التي تهدف إلى تفادي هذه الانتهاكات أو التخفيف منها، والتي تم تقديمها في دراسة الأثار البيئية، واشتمل عليها الملحق رقم ٤

ultérieurement, notamment à l'occasion de la délivrance des autorisations requises au titre des polices d'environnement.

¹ ارجع بالفرنسية الحثيثة رقم ٣٣ من القرار محل الدراسة.

33. D'une part, contrairement à ce qui est soutenu, les mesures destinées à éviter, réduire et, lorsque c'est possible, compenser les effets négatifs notables du projet sur l'environnement ou la santé humaine ainsi que les modalités de leur suivi, prévues par l'annexe n° 4 au décret attaqué, ont pu légalement être édictées sur le fondement de l'article R. 122-14 du code de l'environnement précité, qui prévoit notamment que " la décision d'autorisation, d'approbation ou d'exécution du projet mentionne (...) les mesures à la charge du pétitionnaire ou du maître d'ouvrage ".

من القرار محل الطعن، من شأنها التخفيف إلى حد كبير من هذه الآثار السلبية. فيما يتعلق بالجوانب المتنازع عليها، يفرض هذا الملحق على وجه الخصوص على شركة باريس الكبرى أن تضع الآليات الكفيلة بالتخفيف من الإزعاج الصوتي والاهتزازي للجزء من المشروع الذي سيكون مقاماً على جسر. وهو ما ستتولى تحديده جهة محايدة، والتي تفوض في تحديد هذه الأمور بموجب الملحق رقم ٤. وفيما يتعلق بالتدابير المنصوص عليها بغرض حماية المياه، البيئات الطبيعية، والحيوانات، والنباتات فإنها تأخذ في اعتبارها التدابير المذكورة في دراسة الآثار البيئية، والتي ستكون بمثابة مرجعية يتم على ضوءها تطبيق مواد كود البيئة السابق ذكرها. وفي أعقاب ما تقدم، إذا نتج عن هذا المشروع تأثير ضئيل على البيئة، بعد اتخاذ الإجراءات التي تهدف إلى تجنب الآثار السلبية على البيئة أو الحد منها، لاسيما بالنسبة لأنواع معينة من الطيور، والبرمائيات، والحشرات، والقشريات، وكذلك على الأراضي الرطبة والأراضي الحجرية، فإن تفعيل نظام التدابير التعويضية المذكورة في الملحق رقم ٤، وفقاً لمبدأ الوقاية، سيكون من شأنه تقليل التأثير الكلي للمشروع على البيئة. ومن ثم، فإنه لا يظهر من الوثائق الموجودة في الملفات أن التدابير المنصوص عليها، والتي، كما ذكر أعلاه، قد تم توضيحها واستكمالها أثناء فحص طلبات الترخيص للمشروع، ستكون غير مناسبة أو غير كافية لضمان احترام مبدأ الوقاية¹.

¹ يراجع الحثية رقم ٣٤ من القرار محل الدراسة،

34. D'autre part, il ressort des pièces des dossiers que la construction du projet litigieux comme son exploitation, notamment dans sa partie aérienne, sont susceptibles d'avoir des incidences notables sur les milieux naturels, la faune et la flore. Toutefois, le tracé retenu et les mesures d'évitement et de réduction présentées dans l'étude d'impact et dans l'annexe n° 4 du décret attaqué permettent d'atténuer significativement ces inconvénients. Sur les aspects contestés, cette annexe impose notamment à la société du Grand Paris de mettre en place les dispositifs d'atténuation des nuisances

١٠٣. خلاصة المبحث الثاني: تبني مجلس الدولة في رقابته نهج مقارب للمجلس الدستوري. نخلص من مجمل العرض السابق، للرقابة التي يباشرها مجلس الدولة الفرنسي على أساس واجب ومبدأ الوقاية، إلى أن القاضي الإداري الفرنسي يميل إلى تبني منهج يقوم على اعتماد حلول تتسم بالوسطية، وتقترب كثيراً من تلك التي تبناها المجلس الدستوري الفرنسي. هذا التقارب في منهج الرقابة بين القاضي الإداري وقاضي دستورية القوانين، وإن كان يبدو مفروضاً في مجال الرقابة على دستورية القوانين، بحكم طبيعة الدور "المساعد" المسند لمجلس الدولة في هذا النوع من الرقابة، إلا أنه حتى في مجال رقابة المشروعية على أعمال الإدارة على أساس واجب ومبدأ الوقاية، وهي الرقابة الأصلية التي يباشرها مجلس الدولة، فإنه قد مال إلى اعتماد حلول مقاربة إلى حد بعيد لتلك التي تبناها المجلس الدستوري في الرقابة على التشريعات. فمن ناحية، اتجه مجلس الدولة إلى

vibratoires et acoustiques de la partie en viaduc du projet qui seront définies par " un organisme indépendant et de second regard ", qu'elle doit mandater en application de cette annexe, et, s'agissant des mesures prévues en matière de protection notamment des eaux, des milieux, de la faune et de la flore, reprend à son compte les mesures mentionnées dans l'étude d'impact, qui serviront, selon ses termes, de " références " pour l'application des dispositions précitées du code de l'environnement. Enfin, s'il demeure un impact résiduel du projet sur l'environnement après la mise en oeuvre de ces mesures d'évitement et de réduction, en particulier pour certaines espèces d'oiseaux, d'amphibiens, d'insectes et de chiroptères, ainsi que sur des zones humides et des espaces boisés, la mise en oeuvre de mesures de compensation, dont le principe est prévu par l'annexe en cause, est de nature à réduire encore l'incidence globale du projet. Par suite, il ne ressort pas des pièces des dossiers que les mesures prévues, qui pourront, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, être précisées et complétées à l'occasion de l'examen des demandes d'autorisation au titre de la législation environnementale, seraient inappropriées ou insuffisantes pour permettre d'assurer le respect du principe de prévention.

الاعتراف للإدارة بسلطة تقديرية واسعة في وضعها لواجب الوقاية موضع التنفيذ. على اعتبار أن النص التشريعي المقرر لمبدأ الوقاية الذي توسط بين نص المادة ٣ من ميثاق البيئة وبين القرار الإداري محل الرقابة، يتيح للإدارة سلطة تقديرية واسعة في وضعها للمبدأ موضع التنفيذ. ومن ناحية أخرى، نجد أن مجلس الدولة، في استجابة لعنصر السلطة التقديرية التي يتيحها النص التشريعي للإدارة، مال إلى تبني منهج الرقابة المقيدة على سلطة الإدارة، والتي يباشرها المجلس من خلال نظرية الخطأ الظاهر في التقدير.

هذا فضلاً عن أن العديد من القواعد الحاكمة للرقابة على مشروعية أعمال الإدارة تلعب دور هام في الحد من فاعلية رقابة مجلس الدولة الفرنسي على واجب الوقاية، كما هو الحال بالنسبة لنظرية الحاجز التشريعي على سبيل المثال.

وهكذا، فإن الرقابة التي يباشرها مجلس الدولة على أساس مبدأ المشروعية في مفهومه الواسع، تبدو محدودة في مداها، وفي مضمونها.

خاتمة الفصل الثاني: في رقابة قضاء القانون العام على أساس واجب ومبدأ الوقاية

١٠٤- تبني قضاء القانون العام لمنهج مقارب، يقوم على الاكتفاء بمباشرة رقابة مقيدة، لصالح الاعتراف بسلطة تقديرية واسعة للسلطات العامة التي يقع عليها عبء التطبيق، إنما يعبر عن استجابة هذا القضاء لخصائص المجال محل الدراسة. إن رقابة قضاء القانون العام في فرنسا، على احترام السلطات العامة للدولة لواجب ومبدأ الوقاية، هي رقابة مقيدة ¹ *contrôle*

¹ أنظر فيما يتعلق بمفهوم ومبررات الرقابة المقيدة الاستاذ برتراند سيير، B. SEILLER, *Droit administratif*, partie II: L'action administrative, 2^e éd., paris, Flammarion, 2005, p. 236 et s.

restreint. وتصدق هذه الملاحظة على مستوى الرقابة التي يجريها المجلس الدستوري على سلطة المشرع، أو حتى بصدد رقابة مجلس الدولة على سلطة الإدارة.

وتعتبر هذه الصفة المقيدة للرقابة عن استجابة قضاء القانون العام لعدد من العوامل، التي تدفع في هذا الاتجاه. لعل أبرزها، صياغة النصوص المقررة لواجب ومبدأ الوقاية. فهذه الصياغة، بما تتضمنه من عموم قد يصل لدرجة عدم التحديد، وعدم وضوح يمكن أن يصل إلى حد الإبهام والغموض، وضعف في عنصر الإلزام يعبر عنه غلبة الصفة التوجيهية على قاعدة السلوك، هذه العوامل جميعاً تدفع القاضي في اتجاه الاعتراف بسلطة تقديرية واسعة للجهة التي يقع عليها عبء تطبيق هذه النصوص. فالسلطات العامة، المشرع والإدارة، بما تتمتع به من اختصاصات قاعدية، في إشارة لسلطتها في سن القواعد القانونية، تستطيع وحدها، بما تملكه من سلطة، سد الفجوات الناجمة عن عدم التحديد، والإبهام، وضعف عنصر الإلزام.

أما عن اكتفاء قضاء القانون العام، سواء المجلس الدستوري أو مجلس الدولة، في هذا المجال بدور محايد، في إشارة إلى تحفظ القاضي إزاء استعمال سلطته في التفسير الإنشائي، فلعل ذلك يرجع بصفة أساسية لعاملين: الأول ويكمن في صفة الحدثة التي ترتبط بالمبادئ الأساسية لقانون حماية البيئة، وبتكريس المشرع الدستوري لها. أما الثاني فينبع من الصفة التقنية لمجال تطبيق هذه القواعد القانونية، والناجم عن ارتباط موضوع حماية البيئة الشديد بالعلم. وبالتالي، فإن الدور الذي يمكن للقاضي أن يلعبه في هذا المجال، من خلال استعمال سلطته في التفسير الإنشائي للنصوص الغامضة، يبدو محدوداً.

خاتمة وتوصيات

١٠٥- دراسة مبدأ الوقاية في النظام القانوني الفرنسي تشهد بثناء موضوعات حماية البيئة، والأبعاد المتعددة للإشكاليات التي يثيرها. يعد موضوع حماية البيئة أحد المجالات القانونية الخصبة التي تتميز بثناء موضوعاتها. وتمثل هذه الدراسة لمبدأ الوقاية في النظام القانوني كشاهد على خصوصية الإشكاليات التي يثيرها. هذا الفرع القانوني. فدراسة مبدأ الوقاية في النظام القانوني الفرنسي، باعتباره أحد المبادئ الأساسية لقانون حماية البيئة، قادتنا إلى تتبعه في المصادر الدولية التي شهدت بزوغ المبدأ، وتطوره، في سبيل صعوده إلى مرتبة أحد المبادئ الأساسية التي تدور حولها السياسات القانونية الدولية لحماية البيئة، وصولاً إلى تبنيه على هذه الصورة في النظام القانوني الفرنسي. ورحلة صعوده في هذا الأخير، ابتداء من الاعتراف به على المستوى التشريعي في القانون بارنييه الصادر في ٢ فبراير ١٩٩٥، إلى تكريسه بمقتضى ميثاق البيئة الصادر في عام ٢٠٠٥، الذي يعد أحد الوثائق ذات القيمة الدستورية. وتطرق الدراسة لهذه الفروع القانونية المختلفة يعبر بوضوح عن أحد أبرز مظاهر البحث في هذا الفرع القانوني، والتي تتمثل في عدم اعترافه بالحدود التقليدية بين الفروع القانونية. فموضوع حماية البيئة يعد بمثابة برزخ يلتقي فيه القانون الدولي والقوانين الداخلية، ويتقاطع عنده العام والخاص. وقد ألفت هذه الخبيصة بظلالها على الإشكاليات المتعلقة بدراسة موضوعات قانون حماية البيئة.

ولعل تأثر القوانين الداخلية لحماية البيئة بالقانون الدولي، لاسيما على مستوى مبادئه العامة، أدى إلى ظهور إشكالية تتعلق بذاتية هذه المبادئ، وتمييز كل منها في مواجهة الآخر، وتحديد ما يفرضه كل منها من التزامات بدقة. وهي الإشكالية التي تناولناها في هذا البحث الذي اتخذ من مبدأ الوقاية موضوعاً له، تحت عنوان عدم وضوح هوية مبدأ الوقاية. والحقيقة أن

الإشكالية السابقة قد أطلت برأسها نتيجة لخلط المشرع الفرنسي بين مقتضيات أعمال مبدأ الوقاية وبين مقتضيات غيره من المبادئ الأساسية الأخرى لحماية البيئة. وذلك على الرغم من اعتبار هذه المبادئ بمثابة الأسس التي تقوم عليها الاستراتيجية القانونية الفرنسية لحماية البيئة.

وما سبق ذكره بصدد مبدأ الوقاية يصدق إلى حد بعيد بصدد معظم المبادئ الأساسية الأخرى لحماية البيئة. وهو ما يفتح مجالاً للأبحاث التي تتخذ من المبادئ الأساسية لحماية البيئة موضوعاً لها، والتي تهدف إلى كشف الغموض الذي يحيط بهوية هذه المبادئ. فهوية هذه المبادئ لا تزال غير واضحة على نحو كاف، وتحتاج إلى مجهودات الفقه في سبيل بيان هويتها. وفي هذا الإطار، تظهر أهمية الدراسات العابرة للفروع القانونية التقليدية، والتي تستهدف دراسة ظاهرة في أكثر من فرع قانوني.

والحقيقة أن الإشكالية السابقة تعزى بالقدر الأول إلى تأثير قانون حماية البيئة على المستوى الداخلي بالقانون الدولي الذي شهد بزوغ مبادئه الأساسية، بالأسلوب المستخدم في صياغة القواعد الدولية، وهو أسلوب خاص في الصياغة تغلب عليه السمة الإنشائية والدعائية، ولو على حساب وضوح المضمون. وهو ما يلقي في النهاية بظلال من عدم الوضوح على الالتزامات التي تفرضها القاعدة القانونية بدقة. فالقاعدة القانونية التي يمكن استخراجها من مثل هذه النصوص، قد تتسم بالعموم الذي قد يصل إلى درجة الإبهام والغموض، إلى الحد الذي يقود إلى الخلط بينها وبين قواعد نابعة عن مبادئ قانونية أخرى.

ويبدو أن تأثير قانون حماية البيئة في مبادئه الأساسية بالقانون الدولي الذي شهد بزوغ مبادئه الأساسية، قد ألقى بظلاله على إشكالية أخرى تتعلق بالصفة القاعدية لقاعدة السلوك التي يمكن استخلاصها من النص المكرس لمبدأ الوقاية. وهي الإشكالية التي تناولناها تحت عنوان الصفة التوجيهية

للمبدأ، في إشارة إلى أن عدم تحديد الالتزامات النابعة عن المبدأ بدقة، قد يكون له أثر على ضعف عنصر الإلزام المقترن بهذه القاعدة. فتخرج القاعدة القانونية نتيجة لذلك في صورة توجيه للمخاطبين بالقاعدة بتبني أنماط معينة من السلوك، بقدر المستطاع، مع عدم استبعاد إمكانية اللجوء إلى أنماط أخرى عند الضرورة.

وهكذا، فإن ضعف السمة الإلزامية لقواعد قانون البيئة قد أدى إلى طرح الإشكاليات المرتبطة بدراسة ظاهرة القانون المرن المعروفة في القانون الدولي في مجال القوانين الداخلية. ومن ثم، فقد بدأت هذه الظاهرة تغزو القانون العام، الذي يصنف قانون حماية البيئة ضمن تقسيماته، سواء نظرنا إليه باعتباره أحد موضوعات القانون الإداري من منظور الضبط الإداري الخاص، أو حتى باعتباره أحد فروع القانون العام الجديدة التي تتميز بذاتيتها واستقلالها.

وهو ما مثل مفارقة في أعين الفقه؛ إذ أن أسلوب القانون العام تغلب علي صياغته، بحكم العادة، السمة الإلزامية، باعتباره مجال تتدخل فيه الدولة بسلطانها الأمرة لفرض قواعد سلوك، تستهدف من ورائها تنظيم علاقتها بالأفراد. وربما كانت هذه المفارقة صادمة إلى الحد الذي دفع الفقه تلقائياً في البداية إلى اتخاذ موقف سلبي من هذه الظاهرة، ربما إلى الحد الذي قد يصل للعنادية. فالنظرة السائدة في الفقه لا تزال ترى في استخدام هذا الأسلوب أمر منتقد، ويعبر عن الابتعاد عما يجب أن تكون عليه القاعدة القانونية من وضوح وإلزام.

ولعل هذه النظرة هي التي تفسر الضجة، التي أحدثها التقرير الأخير لمجلس الدولة لعام ٢٠١٣، بعنوان القانون المرن، والتي لا تزال أصدائها تتردد في جنبات دوريات القانون العام الفرنسية. وفي الحقيقة فإن تقرير مجلس الدولة الفرنسي، السابق الإشارة إليه بمناسبة دراسة الصفة الإلزامية

لمبدأ الوقاية، له الفضل في نعت نظر الفقه إلى المزايا التي يمكن أن تعود من استخدام هذا الأسلوب الخاص في المعالجة التشريعية، وذلك إذا ما أحسن استخدامه، في تحقيق الكثير من أهداف المشرع من التشريع. وهو ما يصب في النهاية في خانة فاعلية القاعدة القانونية، باعتباره مصطلح يشير إلى قدرة القاعدة القانونية على تحقيق الأهداف التي من أجلها تم سنها. وهكذا، يميل التقرير السابق لمجلس الدولة إلى تبني وجهة نظر تتميز بالواقعية "بالبرجماتية"، حيال تنامي ظاهرة اللجوء إلى القانون المرن في بعض مجالات النشاط التشريعي، ولو على حساب الاعتبارات القاعدية التي تربي عليها أجيال من القانونيين في كليات الحقوق، لاسيما في البلدان التي تتبنى النظام القانوني اللاتيني. وهو ما يؤدي في النهاية إلى تقارب كبير بين الأسلوب القانوني المستخدم في قوانين حماية البيئة الفرنسية، والولايات المتحدة التي تميل إلى تبني هذا الأسلوب في القوانين التي تسنها لحماية البيئة.

وإذا كانت هذه الدراسة لم يتثنى لها التصدي لهذه الإشكالية بصورة موسعة، وإنما فقط بالقدر الذي يقتضيه موضوعها، وهو مبدأ الوقاية، فإن تصاعد وتيرة اللجوء إلى أسلوب القانون المرن في القوانين الداخلية، لاسيما في مجال القانون العام، يمكن أن يمثل أحد الموضوعات البحثية المقترحة التي سيكون من شأنها، ولا شك، إثراء المكتبة القانونية العربية. ويمكن لمثل هذه الدراسات أن تتخذ من حماية البيئة موضوعاً لها، باعتباره أحد المجالات التي يشيع فيها اللجوء إلى هذا الأسلوب في المعالجة التشريعية، سواء على استقلال أو جنباً إلى جنب مع موضوعات أخرى، يكثر أيضاً اللجوء إلى هذا الأسلوب التشريعي بصدها. وفي هذا الإطار، فإن الدراسات المقارنة تحفظ بكامل قيمتها.

أما فيما يتعلق بالتقاء القانون الدستوري بقانون حماية البيئة، فيبدو أن عملية "الدسترة" التي لفت إليها الأنظار العميد لويس فافرو في فرنسا في بداية التسعينات¹، في إشارة إلى تكريس المشرع الدستوري للأسس التي تقوم عليها الفروع القانونية المختلفة، قد طالت سريعاً المبادئ الأساسية لقانون حماية البيئة، على الرغم من حداثة عهد هذا الفرع القانوني. ولكن يبدو أن التكريس الفرنسي لهذه المبادئ قد تجاوز الصورة التقليدية، في تبني المشرع الدستوري لهذه المبادئ في صورة ميثاق مستقل للبيئة، تم إلحاقه بوثيقة دستور ١٩٥٨، وصياغة العديد من هذه المبادئ في صورة حقوق وواجبات. وفي هذا الإطار يندرج التكريس الدستوري لواجب الوقاية من الانتهاكات البيئية.

وفي الحقيقة فإن دراسة واجب الوقاية في القانون الدستوري الفرنسي من شأنها تسليط الضوء على أحد أهم الموضوعات التي تشغل فقه القانون العام المقارن، وهي الدور المتنامي للحقوق والحريات البيئية، لاسيما في ظل اتجاه دساتير معظم الدول إلى تكريسها. وهو ما من شأنه إضفاء صفة ديناميكية على هذه الحقوق والحريات.

ولا يفوتنا أن نشير في خاتمة هذه الدراسة، وبصدد الحديث عن الآفاق البحثية التي يمكن لها أن تفتحها، إلى التطورات الدستورية لموضوع حماية البيئة في مصر، والتي شكلت بالفعل موضوعاً لعدد من الدراسات، ولكنه عدد جد محدود. فالمشرع الدستوري المصري كان قد اعترف، ولو على استحياء، بمقتضى تعديلات ٢٠٠٧، بالأسس الدستورية لحماية البيئة. فالمادة ٥٩ من دستور ١٩٧١، التي تمت إضافتها بمقتضى تعديلات ٢٠٠٧، نصت

¹ يراجع للعميد فافرو،

L. FAVOREU, « La constitutionnalisation du droit », (dir.), L'unité du droit, Mélanges en hommage à R. DRAGO, Paris, Economica, 1996, p.25

على حماية البيئة باعتباره واجب وطني، مع الإحالة للأداة التشريعية بشأن تنظيم التدابير اللازمة للحفاظ على بيئة صالحة. هذا الاعتراف الدستوري اتخذ شكل أكثر وضوحاً في دستور ٢٠١٢، لاسيما نص المادة ٦٣، التي حرصت على تكريس حق كل شخص في بيئة صحية سليمة والتزام الدولة بالمحافظة على البيئة وحمايتها من التلوث، واستخدام الموارد الطبيعية، بما يكفل عدم الإضرار بالبيئة والحفاظ على حقوق الأجيال فيها. أما عن دستور ٢٠١٤، فقد احتوى بين جنباته على العديد من النصوص القانونية المتعلقة بالبيئة، لاسيما المواد ٤٤، ٤٥، ٤٦ التي وردت في باب المقومات الاقتصادية. ويعنينا في هذا المقام، الإشارة على وجه الخصوص إلى نص المادة رقم ٤٦، التي تكرر حق كل شخص في بيئة صحية سليمة، وحمايتها واجب وطني. وتلتزم الدولة باتخاذ التدابير اللازمة للحفاظ عليها، وعدم الإضرار بها، والاستخدام الرشيد للموارد الطبيعية بما يكفل تحقيق التنمية المستدامة، وضمان حقوق الأجيال القادمة فيها..

هذا التكريس الذي يغزو القانون البيئي الدستوري المقارن، منذ فترة ليست بالقصيرة، من شأنه طرح العديد من التساؤلات والإشكاليات، سواء فيما يتعلق بأثر إدراج الحقوق والحريات البيئية في الهيكل الدستوري للحقوق والحريات، وحقيقية الدور الذي تلعبه في النظام القانوني، والتغيرات التي يحدثها هذا التكريس الدستوري في النظام القانوني، ومدى تحقيق هذا التكريس الدستوري لأهدافه في ضمان تمتع الأفراد بالحقوق والحريات البيئية؛ فلا يمكن أبداً الادعاء بأن التكريس الدستوري للحقوق والحريات البيئية، إنما يكتسب في حقيقته أبعاداً إعلامية، أو أن تمتع الأفراد بالحقوق والحريات البيئية التي كفلها لهم الدستور إنما يعتمد كليةً على ما يسنه المشرع من تشريعات. سواء بالنظر إلى صفة العموم التي تتميز بها النصوص الدستورية، أو الأسلوب الإنشائي الذي قد يستخدم في صياغتها، أو

حتى بالنظر إلى إحالة المشرع الدستوري إلى المشرع العادي في تحديد شروط وأوضاع ممارسة هذه الحقوق. فهذا الادعاء من شأنه إفراغ هذا التكريس الدستوري من مضمونه.

وعند هذه النقطة تظهر أهمية الرقابة التي يباشرها القضاء الدستوري على المشرع في وضعه لهذه الحقوق والحريات موضع التطبيق. وفي هذا المقام، يعن لنا إعادة التذكير بمنهج المجلس الدستوري في التعامل مع واجب الوقاية المكرس بمقتضى نص المادة الثالثة من ميثاق البيئة، الذي اتخذت منه هذه الدراسة موضوعاً لها في فصلها الثاني. لاسيما وأن دخول آلية الرقابة اللاحقة في فرنسا قد ساهم إلى حد كبير في تشكيل تضاريس المنازعات الدستورية للبيئة، وفي إيضاح منهج القاضي الدستوري بصدد القواعد الدستورية المتعلقة بالبيئة، لاسيما الحقوق والحريات البيئية.

فتعامل المجلس الدستوري مع الحقوق والحريات البيئية له فائدة عظيمة في تقديم خبرة المجلس للقضاء المقارن، باعتباره أحد أنماط تعامل القضاء الدستوري مع الحقوق والحريات البيئية. فالمجلس الدستوري الفرنسي قد تبني حلول تتسم بالوسطية، تقوم على الاعتراف بالقيمة الدستورية للقواعد التي تم تبنيها في ميثاق البيئة، وعلى الإقرار بالطبيعة الحقوقية للقواعد التي تصلح لأن يستخلص منها حقوق وحريات، وترتيب أثر ذلك في مجال الرقابة على دستورية القوانين. في مقابل الاكتفاء بممارسة رقابة تتسم بمرونتها. وهو ما يتجلى في الاكتفاء بالحد الأدنى من رقابة التناسب، وفي الإقرار بالسلطة التقديرية الواسعة للمشرع في وضع هذا الواجب موضع التطبيق. وعلى الرغم من أن تقييم منهج قاضي دستورية القوانين في فرنسا في تعامله مع الحقوق والحريات البيئية، يمثل أحد أكثر الموضوعات الخلافية في الفقه الفرنسي، فإن وجهة الحجج التي يقوم عليها هذا المنهج، والتي يمكن

استخلاصها من تحليله، تسهم إلى حد كبير في تفهم دوافع المجلس الدستوري في نسبة دور محايد للحقوق والحريات البيئية.

وفي هذا المقام، تبرز أهمية الدراسات المقارنة في تقديم نماذج أخرى لمنهج القضاء الدستوري في التعامل مع التكريس الدستوري للحقوق والحريات البيئية. فإذا كانت الإشكالية المتعلقة بأثر استخدام الأسلوب الإنشائي في صياغة النصوص الدستورية، من الإشكاليات المطروقة في مجال الدراسات التي تتخذ من الرقابة على دستورية القوانين موضوعاً لها، فإن تطبيق هذه الإشكالية في مجال الحقوق والحريات البيئية يكسبها أبعاداً جديدة، لاسيما بالنظر إلى خصوصية مجال حماية البيئة.

أما فيما يتعلق بالرقابة التي يباشرها القضاء الإداري، فإن دور الرقابة القضائية في توفير الاحترام الواجب للقواعد القانونية المتصلة بموضوع حماية البيئة، والتي تعرضنا لها بمناسبة دراسة إسهامات مجلس الدولة الفرنسي في كشف الغموض المحيط بواجب ومبدأ الوقاية وفي توفير الاحترام الواجب له لاسيما من خلال رقابة المشروعية، يعد من أكثر الموضوعات التي قد تسترعي الانتباه؛ فعلى الرغم من العديد من العوامل التي من شأنها إكساب هذه الرقابة أهمية خاصة في المجال المعني، فإن هذه الرقابة تبدو محدودة الفاعلية في الواقع العملي، لاسيما بالنظر إلى القواعد الحاكمة للمنازعات الإدارية في فرنسا. صحيح أن هذه الفاعلية المحدودة في الرقابة تعزى في جانب كبير منها للصفة التقنية لمجال حماية البيئة، والتي تدفع نحو الاعتراف بسلطة تقديرية واسعة للإدارة، إلا أن هناك العديد من العوامل الأخرى التي ترجع بالأساس إلى القواعد الحاكمة للمنازعات الإدارية في هذا البلد. وكفيينا في هذا المقام إعادة التذكير بالدور الذي تلعبه نظرية الحاجز التشريعي في الحد من فاعلية هذه الرقابة. ولهذا، فإن محاولة استكشاف أنماط أخرى من التعامل يبدو من الأهمية بمكان في إثراء هذا

الفرع القانوني الجديد. فعلى سبيل المثال، فإن طريقة تعامل القضاء المدني مع القواعد القانونية المتعلقة بحماية البيئة، سواء تلك الواردة في الدستور، أو حتى في التشريعات العادية، يمكن أن يمثل أحد الموضوعات البحثية المقترحة، التي سيكون من شأنها كشف طريقة تعامل القضاء العادي مع القواعد القانونية المتعلقة بحماية البيئة. كذلك، فإن الرقابة القضائية التي تباشر في البلدان التي تأخذ بنظام القضاء الموحد يمكن أن يكون لها كذلك دور كبير في إثراء هذا الفرع القانوني.

وفي النهاية، فإن هذه الدراسة لا تعدو أن تكون مساهمة متواضعة في دراسة الإشكاليات التي يثيرها موضوع حماية البيئة.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع العربية

د. أحمد حشيش، المفهوم القانوني للبيئة، القاهرة، دار النهضة العربية،
٢٠٠١.

د. أحمد عبد الكرم سلامة، قانون حماية البيئة، القاهرة، دار النهضة
العربية، ٢٠٠٩.

د. داود الباز الباز، الأسس الدستورية لحماية البيئة من التلوث، ٢٠٠٧.

د. رجب محمود طاجن، الإطار الدستوري للحق في البيئة، القاهرة، دار
النهضة العربية، ٢٠٠٨.

د. سمير حامد الجمال، الحماية القانونية للبيئة، القاهرة، دار النهضة
العربية، ٢٠٠٧.

د. ماجد راغب الطلو:

-قانون حماية البيئة، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠١٤.

-قانون حماية البيئة في ضوء الشريعة الإسلامية، الإسكندرية، دار

الجامعة الجديدة، ٢٠١٥.

د. وليد محمد الشناوي، الحماية الدستورية للحقوق البيئية، المنصورة، دار

الفكر والقانون، ٢٠١٣.

د. يحيى كرم محمد على، حماية البيئة والمحافظة عليها، بحث مقدم للمؤتمر

العملي الخامس لكلية الحقوق جامعة طنطا، ٢٠١٨.

ثانياً: المراجع الفرنسية

I. Ouvrages généraux

CARCASSONE (G.), , *La Constitution*, 11e e' d., 2013,
Seuil, p. 300.

COHENDET (A-M.), *Droit constitutionnel*, Paris,
Montchrestien, 3e éd. 2006, p. 350 et s.

COUTRON (L.), *Droit de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2011

DONY (M.), *Droit de l'Union européenne*, troisième édition, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2010, p.21.

FAVOREU (L.) et alii., *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 7^e Ed, 2004, p. 477 et s.

KISS (K.) et BEURIER (J-P.), *Droit international de l'environnement*, Paris, Pedon, 2010.

PATRICE (T.), *Traité de droit européen de l'environnement*, 3^e Ed., Bruxelles, Bruylant.

PRIEUR (M.),

-*Droit de l'environnement*, Paris, Dalloz, 2016.

-*Droit de l'environnement*, Paris, Dalloz, 2000.

ROMI (R.), *Droit de l'environnement et développement durable*, Paris, LGDJ, 10^e Ed.

ROUSSEAU (D.) et alii, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, L.G.D.J, 10^e Ed., p.140 et s.

SEILLER (B.), *Droit administratif*, partie II: L'action administrative, 2^e éd., Paris, Flammarion, 2005.

VAN LANG (A.), *Droit de l'environnement*, Paris, PUF, 2016.

WEIL (P.) et D. POUYAUD, *Droit administratif*, Paris, PUF, 2013.

II. Ouvrages spécialisés

ARBOUCH (PH.) et alii, *Prévention et précaution*, Bourin Ed. 2007

BARTHEZ (A-S), V. LASSERRE-KIESOW, G. CHANTEPIE, M. MEKKI, P. DEUMIER, C. PERES, Ch. JUBAULT, C. THIBIERGE, *Le droit souple*, Paris, Dalloz, 2009.

BOURG (D.) et SCHLEGEL (J.-L.), *Parer aux risques de demain*, Paris, Seuil, 2001.

CARBONNIER (J.), *Flexible droit*, Paris, LGDJ, 5^e éd., 1983

- CARRÉ DE MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'État*, tom. 2, Paris, Sirey, 1922 ; Dalloz, 2003.
- CHEVALLIER (J.), *L'État post-moderne*, Paris, L.G.D.J, 2003.
- DE MONTALIVET (P.), *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2006.
- DRAGO (G.), *Contentieux constitutionnel français*, Paris, PUF, 2^e Ed., 2010.
- EWALD (F.), GOLLIER (C.) et DE SADELEER (N.), *Le principe de précaution*, Paris, PUF, « Que sais-je ? », 2002.
- FAVOREU (L.) et RENOUX (T-S.), *Le contrôle de la constitutionnalité des actes administratifs*, Paris, Sirey, 1992.
- LAMBERT (É.), *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, Paris, Dalloz, 2005.
- LEPAGE (C.) et GUERY (F.), *La politique de précaution*, Paris, PUF, « Questions actuelles », 2001.
- MARGUENAUD (J-P.), *La Cour européenne des droits de l'Homme*, Paris, Dalloz, 6^e Ed., 2014
- SABRAN-PONTEVES (E.), *Les transcriptions juridiques du principe polluer-payer*, Marseille, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2007.
- ZACCAI (E.) et MISSA (J.-N.), (dir.), *Le principe de précaution. Significations et conséquences*, Bruxelles, Éditions de l'université de Bruxelles, 2000.

III. Thèses

G. BONNEL, *Les principes juridiques écrits et le droit de l'environnement*, Thèse de doctorat présentée et soutenue à l'Université de Limoge, 22 juin 2005, p. 154.

IV. Articles

AGUILA (Y.):

- « Valeur de la Charte de l'environnement », *Constitutions* 2010, p. 139

- "Les acteurs face à la constitutionnalisation du droit de l'environnement", *NCCC*, 2014, n° 43, p. 44 et s.

BARBE (V.), « Contribution à l'étude de l'effectivité de la constitutionnalisation en droit de l'environnement », avec F.-X. MILLET, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, avril 2009, P. 467 et s.

BATAILLER (F.), " Le Conseil d'Etat, juge constitutionnel", *RIDC*, 1966, p.956

BELACEL (F.), X. BIOY, G. CARCASSONNE, K. FOUCHER, S. MOUTON, T. S. RENOUX et D. SZYMCZAK, Question sur la question : la QPC façonnée par ses acteurs : quelle(s) tendance(s)? , *NCCC*, N° 39 - AVRIL 2013, p. 208

BILLET (PH.), La constitutionnalisation du droit de l'homme à l'environnement. Regard critique sur le projet de loi constitutionnelle relatif à la Charte de l'environnement", *RJE*, 2003, numéro spécial, p.35 et s.

BOUSTA. (R.), "Contrôle constitutionnel de proportionnalité. La spécificité française à l'épreuve des évolutions récentes", *RFDC*, 2001, n° 88, p. 913 et s

CANS. (C.), "La Charte constitutionnelle de l'environnement: évolution ou révolution du droit français de l'environnement", *Droit de l'environnement*, n°131, 2005, p. 194 et s.

CANS (C), "Grande et petites histoire des principes généraux de droits de l'environnement dans la loi du 2 février 1995", *RJ Envir.* 1995, p.195

CANS. (C.), "Le développement durable en droit interne: Apparence du droit et droit des apparences", *AJDA*, 2003, p.210.

CAPITANI (A.), "La Charte de l'environnement, un leurre constitutionnel ?", *RFDC*, 2005, n°63, p.493 et s

CARTON (O.), "De l'inutilité d'une constitutionnalisation du droit de l'environnement ?", *les petites affiches*, 2005, n° 175, p.3 et s

CAUDAL (S.), "Le devoir de prévention: une exigence fondamentale fortement dépendante du législateur"; *Environnement*, Avril 2005, p. 23

CANIVET (G.), « Vers une dynamique interprétative », *RJE*, n° spécial, 2005, p. 9

CHAHID (N.), "la portée de la Charte de l'environnement pour le juge ordinaire", *AJDA*, 2005, p. 1175 et s.

CHAGNOLLAUD (D.), « Un mélange droit mou et dur », *Le Figaro*, 24 juin 2003, p. 8

CHAMPEIL-DESPLATS (V.) et MILLARD (E.), "Penser l'efficacité de la norme. Keio Hôgaku, 2014, p.368 et s.

CHAMPEIL-DESPLATS (V.), «Charte de l'environnement: La QPC bute sur l'incipit », in *Revue des droits de l'homme/ADL*, 19 mai 2014

CHHENDET (A.), « La Charte et le Conseil constitutionnel : point de vue », *RJE*, 2005, p. 107 et s.

COHENDET (M-A.) et HUSTEN (N.), " La Charte de l'environnement deux ans après : chronique d'une anesthésie au Palais-Royal", *RJE*, 2007, n°3, p. 286

COHENDET (A-M.) et N HUSTEN, "La charte cinq ans après: Chronique d'un réveil en fanfare", *RJE*, 2010, n° 1, p. 37.

COHENDET (A-M.) et FLEURY (M.), Chronique de droit constitutionnel sur la Charte de l'environnement, *RJE*, 2018, n°4, p.754.

DRAGO (D.), "Principes directeurs d'une charte constitutionnelle de l'environnement ", *AJDA* 2004, p. 133

DE LAUBADERE (A), "Commentaire de la loi n° 76-629, du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature", *AJDA*, 1976, p.531.

DE MONTECLER (M-C.), "Portée du principe de prévention à l'égard des déclarations d'utilité publique", *AJDA*, 2018, p.1423.

DELAUNAY (B.), « La pleine portée du principe de participation. A propos de la décision n°183/184 QPC », *AJDA*, 2012, p.260

DUPONT et M. LUCAS (V.), "La loi pour la reconquête de la biodiversité : vers un renforcement du régime juridique de la compensation écologique ?", *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, 2017, p.163, n° 19 et s.

DE SAINT MARC (R-D.), « Le Conseil constitutionnel et la charte de l'environnement », *Environnement et développement durable*, n° 12, déc. 2012, p. 37D.

DOUSSIS (E.), "La protection de l'environnement dans la jurisprudence de la Cour internationale de justice : A propos de l'arrêt des Usine de pate du avril 2010", *Revue Hellénique de Droit International*, 2011, p. 661.

FONBAUSTIER (L.), chronique de jurisprudence relative à la Charte (2011-2012), « entre maturité et QPC », *Environnement et développement durable*, n° 5, mai 2013, p.21.

FATIN-ROUGE (M.), "L'appréciation, par les Cours suprêmes, du caractère sérieux de la question de constitutionnalité", 2015, p. 9 et s.

FAVOREU (L.), " Légalité et constitutionnalité", *CCC*, n° 13, 1997, p. 6 et s.

FONBAUSTIER (L.), « Le côté obscur de la Charte de l'environnement ? », *Environnement et développement durable*, 2012, étude 3, p. 21 ;

FOUCHER (K.):

- " L'apport de la Question prioritaire de constitutionnalité au droit de l'environnement : conditions et limites, *RFDC*, n°83, 2010, p.538 et s.

- "La première application de la Charte de l'environnement par le Conseil constitutionnel dans le cadre

de la QPC : de l'inédit, de l'inutile et du flou", *AJDA* 2011 p. 1158

- « Un an de Charte de l'environnement au Conseil constitutionnel (nov. 2012 à oct. 2013) : les incertitudes d'une jurisprudence en voie de construction », *Constitutions* 2013, octobre-décembre, n° 4, p. 606-619.

- « L'apport en demi-teinte de la QPC à la protection du droit de participer en matière d'environnement », *Constitutions*, 2013, p.657

GERNIER (S.), " Une nouvelle étape du droit français: La loi du 10 juillet 1976 relative à la protection de l'environnement", *Gaz Pal.* 1977, p.266.

GOESEL-LE BIHAN. (V.):

- " Le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel : défense et illustration d'une théorie générale", *RFDC*, 2001, n°45, p.67

- " À quoi sert le contrôle de l'adéquation dans la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel ? ", *RFDC*, 2017, p.8 et s.

GROS (M.), Quel degré de normativité pour les principes environnementaux, *RDP*, n°2, 2009, p.425 et s.

GUYOMAR (M.), "La Charte de l'environnement est – elle directement invocable ?", *BDEI* 5/2006, p. 4.

HEDARY (D.), « La Charte de l'environnement, une mine à QPC », *Constitutions*, Dalloz, 2011, p. 407

HANICOTTE (R.), « La Charte de l'environnement, une nouvelle catégorie de normes constitutionnelles : les devoirs environnementaux », *Politeia*, n° 6, automne 2004, p. 55.

HUGLO (Ch.), " Le Conseil constitutionnel et l'environnement", *NCCC*, 2014, n°2, p.6

JEGOUZO (Y.):

- "La Charte de l'environnement", *AJDA*, 2005, 1156.

- "De certaines obligations environnementale, prévention précaution et responsabilité", *AJDA*, 2005, p. 1164.

Y. JEGOUZO et F. LOLOUM, « La portée juridique de la Charte de l'environnement », *Droit administratif*, JCl. N° 3, mars 2004, p. 5 et s.

KISS (A.), "Les principes généraux du droit international de l'environnement sont-ils reflétés par le Code de l'environnement", *RJE*, 2002, n° p.18.

KRAMER (L.), "L'acte unique européen et la protection de l'environnement: Réflexions sur quelques nouvelles dispositions du droit communautaire", *RJE*, 1987, n° 4,p. 449 et s.

LABOUZ (M-F.), "L'Acte unique européen", *Revue québécoise de droit international*, 1986, n°3, 133 et s.

LANDAIS et LENICA, "Premières précisions sur la portée juridique de la Charte de l'environnement", *AJDA*, 2006, p. 1584

LAURENT (C.), « Le droit à la vie et l'environnement », *Droit de l'environnement*, n° 107, avril 2003, p.71

LIEBER (S-J.) et E. GEFFRAY, "Valeur et portée juridique de la Charte de l'environnement", *AJDA* 2008, p.2166.

LIEBER (S.-J.) et BOTTEGHI (D.), « Le juge administratif, juge constitutionnel de droit commun ? », *AJaDA*, 2010, p. 1355

LUCHAIRE (F.), "Brèves remarques sur une création du Conseil constitutionnel: l'objectif de valeur constitutionnelle", *RFDC*, 2005, n°4, p.675 et s.

MARGUENAUD (J-P.), "Droit de l'homme à l'environnement et Cour européenne des droits de l'homme", *RJE*, 2003, p.15 et s.

MARTIN. (G.-J.), « La compensation écologique : de la clandestinité honteuse à l'affichage mal assuré », *RJE*, 2016, n°4, p. □606.

MATHIEU (B.), « Observations sur la portée normative de la Charte de l'environnement », *CCC*, n° 15, 2003, p. 152 et

s

MAUGUE (Ch.), " La QPC : 5 ans déjà, et toujours aucune prescription en vue", *NCCC*, 2015, n° 2, p. 9 et s.

MELIN SOUCRAMANIEN (F.) et PINI (J.), "Constitution et droit de l'environnement", *Juris classeur environnement*, fasc 152

MIGNON (M.), « La valeur juridique du préambule de la Constitution selon la doctrine et la jurisprudence », *Dalloz, Chron.*, 1951, P. 127.

MOLLION (G.), "Les garanties légales des exigences constitutionnelles", *Revue française de droit constitutionnel*, n° 62, 2005, p.257 et s.

MORAND-SEVILLER (J.), "L'environnement dans les constitutions étrangères", *NCCC*, 2014 n°43, p.42

PELLOUX (R.):

- « Vrais et faux droits de l'homme problèmes de définition et de classification », *Revue de droit public*, 1981, p. 53-68;

- « Le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 », *RDP*, 1947, p.347.

PISSALOUX (J-L.), "La constitutionnalisation non sans risque du droit de l'environnement", *La Gazette du Palais*, 2005, p.36 et s.

PRIEUR (M.) :

- "Promesses et réalisations de la Charte de l'environnement", *NCCC*, 2014, n°43, p.5 et s.

- "La Charte de l'environnement : droit dur ou gadget politique ", *Pouvoir*, 2008/4, n° 127, p. 49 et s.

- « Les nouveaux droits », *AJDA*, 2005, p. 1157.

- « La convention d'Aarhus, instrument universel de la démocratie environnementale », *RJE* 1999, n° spéc. p. 9

RIVERO (J.) et VEDEL (G.), "Les principes économiques et sociaux dans la Constitution: le Préambule", *Droit social*, 1947, vol. 31, pp. 13-35.

ROBINEAU (M.) et EMERIC (N.), "Prendre le droit souple au sérieux ? À propos de l'étude annuelle du Conseil d'État

pour 2013", *La Semaine Juridique*, Ed. générale, n° 43, 21 Octobre 2013, doctr. P.1116.

ROBLOT-TROIZIER (A.):

- « Le changement des circonstances de droit dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. La transposition d'une technique contentieuse du droit administratif », *R.F.D.A.*, juillet-août 2006, pp. 788-799.

-. La QPC, le Conseil d'État et la Cour de cassation, *NCCC*, 2013, n°, p.49.

ROGER-LACAN (C.), « Participation et information du public : la définition par étape de la portée de l'article 7 de la Charte de l'environnement », *BDEI*, novembre 2011, p.5.

ROMI (R.):

- « La constitutionnalisation des principes du droit de l'environnement: De la grandeur à la mesquinerie », *Droit de l'environnement*, n° 109, juin 2005, p. 114.

- "Politique publique de l'environnement: à nouveaux concepts, nouveaux principes ?", *Dr. Envir.* 1995, p.2

ROUSSAU (D.), « La Cour a ses raisons, la raison les siennes ! », *RDP*, 2011, n° 66, p. 1464

SIMONETTI (F.), "Le droit européen de l'environnement", *Revue Pouvoirs*, 2008, n° 127, p.67 et s.

STAUB J-M., "l'invocabilité de la Charte devant le juge administratif", *Petites affiches*, 2014, n°44, p.6

THIBIERGE (C.), "Le droit souple : réflexion sur les textures du droit", *RTD civ.* 2003, p. 599 et s.

VAN LANG (A), « La loi Biodiversité du 8 août 2016 : une ambivalence assumée. Le droit nouveau : la course à l'armement (1^{re} Partie) », *AJDA*, 2016, p. 2381.

VERPEAUX (M.), "La Charte de l'environnement, texte constitutionnel en dehors de la Constitution", *Envir.* Numéro spécial, 2005, p.12.

WINISDERFFER (Y.), « La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et l'environnement », *RJE*, n° 2-2003, p. 213.

YVES GAHDOUN (P.), « L'ouverture du contentieux constitutionnel à de nouvelles matières », *NCCC*, n° 58, janvier 2018, p. 43

ZACCAI (E.), "De la prévention à la précaution, et réciproquement", *Ethique publique*, 2002, vol. 4, n°2, p. 23.

V. Contributions : ouvrages collectifs, mélanges, et Journées d'étude

BARBE (V.), "Le droit de l'environnement en droit constitutionnel comparé : contribution à l'étude des effets de la constitutionnalisation", VIIe Congrès français de droit constitutionnel, AFDC, Paris, 25-27 septembre 2008, Atelier n°8 : Constitution, droits et devoirs, intervention intitulée, p.2.

BIOY (X.), « L'environnement, nouvel objet du droit constitutionnel ou qu'est-ce que constitutionnaliser ? », in H. ROUSSILLON, X. BIOY et S. MOUTON (dir.), *Les Nouveaux Objets du droit constitutionnel*, Toulouse, Presses universitaires des sciences sociales de Toulouse, 2006, p. 29

BODA (J-S.), "L'effectivité problématique des normes constitutionnelles: l'exemple de la charte de l'environnement", In. *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, dir. V. CHAMPEIL-DESPLATS et D. LOCHAK, Paris, Presses universitaires de Paris Nanterre, 2008, n° 18 et s.

BOIY (X.), l'environnement, nouvel objet du droit constitutionnel, ou qu'est ce que "constitutionnaliser"?, *dir. les nouveaux objets du droit constitutionnel*, in H. ROUSSILLON, Toulouse, PU sciences sociales de Toulouse, 2006, 409 pp.

CARPENTIER (E.), "L'application de la Charte Constitutionnelle de l'environnement par le juge administratif: Les nouvelles orientations de la jurisprudence", *Mélanges en l'honneur de P. Bon*, Paris, Dalloz, 2014, p. 723 et s

CHEVALLIER (J.):

- « Essai d'analyse structurale du Préambule », dir. *Le préambule de la Constitution de 1946 : antinomies juridiques et contradictions politiques*, in. G. KOUBI (Dir.), Paris, PUF, « Publications du Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie », 1996, spéc. p.31.

- "Vers un droit post-moderne", in J. CLAM et G. MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, L.G.D.J, 1998

CORNU (G.), dir, *Vocabulaire juridique*, 8^e édition, Paris, PUF, 2000, p. 288.

DESPAX (M.), "La loi du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement, Mélanges en l'honneur de KISS", Paris, Ed. Frison-Roche, 1998, p. 395

FOUCHER (K.), in Conseil d'État, "La démocratie environnementale", Conseil d'État, Rapport public 2011, *Consulter autrement, Participer effectivement*, La Documentation française, p.84

LUCHAIRE (F.), « L'article 61 de la Constitution », », in F. LUCHAIRE, G. CONAC et X. PRÉTOT, (dir.), *La Constitution de la République française, Analyses et commentaires*, 3^{ème} Ed, Paris, Economica, 2009, p. 1422.

GAY (L.), « Filtrage des QPC et système de justice constitutionnelle », in *Long cours*, Mélanges en l'honneur de Pierre Bon, Dalloz, 2014, p. 206.

HERVE-FOURNEREAU (N.), "Droit à l'environnement et ordre juridique communautaire, une alliance de l'ombres et de lumières", in Mélanges en l'honneur de M. PIEUR, Dalloz, 2007, p. 529

HUTEN (N.), "*Question préjudicielle de constitutionnalité et Charte de l'environnement*", 09/2008; 8, VII. Congrès de Droit Constitutionnel AFDC : 50e anniversaire de la Constitution de 1958, Ateliern° 5 : Constitution et Justice.

LANGLAIS (A.), « Le droit de la biodiversité à l'aune du développement durable ou l'ouverture à de nouvelles formes d'équité environnementale ? L'exemple controversé de la compensation écologique », in *Équité et environnement. Quel (s) modèle (s) de justice environnementale ?* (sous la dir. A. MICHELOT), Larcier, Bruxelles, 2012, p.231.

MADIOT (Y.), « La place des devoirs dans une théorie générale des droits de l'homme », in *Pouvoir et liberté, Études offertes à Jacques Mourgeon*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 209.

MARGUENAUD (J-P.), « Les devoirs de l'homme dans la Charte constitutionnelle de l'environnement », *Mélanges Jacqueline Morand-Deviller, Confluences*, Montchrestien, 2007, p. 879

MATHIEU (B.), " La constitutionnalisation du droit de l'environnement", Journées juridiques franco-chinoises, Paris, octobre 2006,

PROIMEUR (Y.), « La réception de la Constitution de 1946 par la doctrine juridique, la construction de la juridicité du préambule par ses premiers commentateurs », (dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946, Antinomies juridiques et contradictions politiques*, Centre de recherches administratives et politiques de Picardie, Paris, P.U.F, 1996, p. 99.

RIVERO (J.), " Droits, devoirs : faux diptyque", dir. *Les enjeux des droits de l'homme*, In. J.-F. RAYMOND, Paris, Larousse, 1988, p. 178 et s.

ROUSSEAU (D.), « Les droits de l'homme de la troisième génération », in *Droit constitutionnel et droit de l'homme*, Association française des constitutionnalistes, Rapport français au II^e congrès mondial de l'association internationale de droit constitutionnel, Paris - Aix-en-

Provence, 31 août-5 septembre 1987, *Economica*, PUAM, p. 125-137

ROUX. (A.), "Le discernement du juge constitutionnel dans le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation", in " *Le discernement en droit public* ", dir. U. NGAMPIO, 2017. hal-01831828.

SAUVE (J-M), "Le cadre de vie et le droit de l'environnement", Conférence à la Cour suprême d'Algérie, 22 et 23 février 2016, <https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/le-cadre-de-vie-et-le-droit-de-l-environnement>

TAPINOS, *Prévention, précaution et responsabilité civile, Risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile*, Paris, L'Harmattan, 2008, coll. logique juridique

UNTERMAIER (J.), " Que reste-t-il des principes de la loi du 10 juillet 1976 ?", dir, *La protection de la nature après la loi du 10 juillet 1976*, In. CAMPROUX et DUROUSSEAU, Strasbourg, PU du Strasbourg, 2007, p. 27.

VI. Commentaires d'arrêts, observations, notes, et conclusions

CE, ass., 3 octobre 2008, Commune d'Annecy, req. n° 297931, *RFDA*, 2008, p. 1147, Avec les conclusion de AGUILA (Y.).

CE, 19 juin 2006, *Association Eau et rivières de Bretagne*, req. n°282456, *AJDA* 2006. 1584, chron. C. LANDAIS et F. LENICA.

CE, 20 octobre 1989, *Nicolo*, Rec. Lebon p.190; *AJDA*, 189 p. 788, note D. SIMON; *RFDA* 1989, p. 813 note. B GENVOIS.

CEDH, 30 novembre 2004, *Öneryildiz c/ Turquie*, n° 48939/99, *AJDA*, 2005, p.550, observation FLAUSSE.

CII, 25 septembre 1997, affaire relative au projet *Gabcikovo-Nagymaros* (Hongrie c./ Slovaquie), *AFDI*, 1997, pp. 286 et s, not. MALJEAN DUBOIS (S.).

CC, n° 2011-116 QPC du 8 avril 2011, *M. Michel Z. et autre [Troubles du voisinage et environnement]*, not. P. STEICHEN, *RJE*, 2011, n°3,p.393.

CC, n° 2012-282 QPC du 23 novembre 2012, *Association France Nature Environnement et autre [Autorisation d'installation de bâches publicitaires et autres dispositifs de publicité]*, *RJE*, 2013, n°2,p. 295 et s, comm. B. CORTTET.

VII. Rapport

Rapport de la Commission Coppen de la préparation de la Charte de l'environnement.
<https://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/054000294.pdf>

N. KOSCIUSKO-MORIZET, Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles relatif à la Charte de l'environnement, XIIe législature, n° 1595, mai 2004, p. 85 et s.

Conseil d'Etat, Rapp annuel, 1991; *Securité juridique et complexité du droit*, EDCE, n° 43.

Conseil d'État, Rapp. annuel, *Le contrat, mode d'action publique et de production des normes*, EDCE, 2008.

Conseil d'Etat, Rapp annuel, *Le droit souple*, EDCE, 2013.

Conseil d'Etat, Rapp annuel, *Le juge administratif et le droit de l'environnement*, EDCE, 2015.

**إجراءات وطرق الطعن فى القرارات الإدارية القابلة للانفصال
فى مجال العقود الإدارية
فى ضوء القرار بقانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤ بتنظيم
بعض إجراءات الطعن على عقود الدولة
دراسة تحليلية نقدية فى النظامين الفرنسى والمصرى**

الدكتورة

منى رمضان محمد بطيخ

أستاذ القانون العام المساعد

كلية الحقوق - جامعة عين شمس

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ
..... وَفَوْقَ كُلِّ ذِي عِلْمٍ عَلِيمٌ

صِرَاطَ اللّٰهِ الْعَظِیْمِ

(سورة یوسف: الآیة ۷۶)

مقدمة

تصدر الإدارة فى مجال العقود الإدارية أو المدنية العديد من القرارات، يقال لها القرارات الإدارية القابلة للانفصال، بهدف التمهيد لإبرام هذه العقود أو حتى لى تحول دون ذلك.

فمثل هذه القرارات ليست إذن غاية فى ذاتها، وإنما هى، وإن كانت مندمجة فى العملية التعاقدية، إلا أنها تعامل بذاتها ككيان مستقل عنها، مما يتيح لأصحاب المصلحة الطعن عليها بدعوى الإلغاء أو تجاوز السلطة، متى حادت الإدارة عن جادة الصواب وخرجت عن إطار القانون فى خصوصها؛ غير أنه تبين وخلال فترة طويلة من الزمن أن هذه الدعوى أو تلك غير ذات فعالية فى مجال منازعات تلك القرارات، إذ يفصل القاضى فيها، غالباً بعد توقيع العقد، وفى بعض الأحيان بعد تنفيذه وتصفية الحقوق والالتزامات الناشئة عنه.

لذلك ومن أجل أن يصبح لحكم الإلغاء نتائج إيجابية، وكذلك من أجل تلافى الآثار الضارة لتنفيذ القرار المطعون فيه، والتي قد يكون من المتعذر إصلاحها مستقبلاً، بل وقد لا يجدى فى جبرها التعويض المالى، فقد منح القضاء سلطة وقف تنفيذ هذا القرار بما مفاده وقف إجراءات إبرام العقد الإدارى وذلك إلى أن تفصل المحكمة فى أصل طلب الإلغاء.

ومع ذلك فإن بطيء التقاضى الذى أصبح سمة من سمات القضاء الإدارى، إنما يقف فى أغلب الأحيان حجر عثرة أمام فعالية نظام وقف التنفيذ، إذ غالباً ما أن يصدر الحكم بهذا الوقف بعد أن يكون العقد قد أبرم ونفذ، وأحياناً بعد أن يكون هذا التنفيذ قد انتهى، وفى هذه الحالة يصبح الأمر ليس مختلفاً كثيراً عن طلب الإلغاء.

من هنا فقد ابتدع المشرع الفرنسى ما يعرف بنظام القضاء المستعجل

الموضوعى قبل التعاقدى The pre-contractual claim of objective

judiciary، كتقنية حديثة فى إطار قضاء الإلغاء، لمعالجة الآثار السلبية لكل من قضائى الإلغاء ووقف التنفيذ سالفى الذكر فى مجال العقود الإدارية وذلك بما يضمن تطبيق مبادئ المناقسة والعلانية وتكافؤ الفرص بين المرشحين للتعاقد، خاصة أن هذه التقنية لا تثار إلا قبل إبرام العقد، بل وتؤدى فى الغالب إلى وقف هذا الإبرام إن كان لذلك مقتضى؛ ولذا فإنه وبمجرد إبرام العقد يغدو مصير التقنية التى نحن بصددنا عدم القبول.

حاصل القول إذن أن طرق الطعن سالفة الذكر (الإلغاء - وقف التنفيذ - المستعجل قبل التعاقدى) على القرارات الإدارية القابلة للانفصال فى مجال العقود الإدارية تغدو - والحال هكذا - أحد أهم الضمانات المقررة دستورياً لحماية موارد الدولة الطبيعية أو أموالها العامة التى هى ملك شائع للشعب، ذلك أنه فى حالة ما إذا تقاعست الدولة وأجهزتها أو مؤسساتها عن حماية هذه الملكية فى أحوال التعدى عليها أو النيل منها من خلال تعاقد ما أو غيره، أو نكصت عن التزاماتها التى أوجبها عليها الدستور فى شأن هذه الحماية، فإن المواطن المضرور لا يجد أمامه للزود عنها سوى إجراءات وطرق الطعن القضائية السابقة، بحسبانها أهم وسائل حماية الحق فى المجتمعات الحديثة المتمدينة.

هذا ويعد أن كانت إجراءات حماية المال العام من خلال طرق الطعن سالفة الذكر، أو بمعنى آخر من خلال رقابة القضاء لمنازعات العقود الإدارية أو عقود الدولة، متاحة لكل متضرر أو لكل صاحب مصلحة سواء من أطراف التعاقد الإدارى أو من غير هذه الأطراف، وهو الأمر المستقر عليه حتى الآن فى فرنسا ومعظم دول العالم، نجد أن المشرع المصرى يصدر القرار بقانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤، يحظر فيه على غير أطراف التعاقد، الطعن فى منازعات العقود الإدارية بما فى ذلك القرارات المنفصلة عن هذا التعاقد، سواء الصادرة منها فى المرحلة السابقة على إبرام العقد أم

فى مرحلة تنفيذ هذا العقد، فعاد بنا من ثم إلى ما قبل نهاية القرن التاسع عشر، وقت أن كان القضاء ينظر إلى العملية التعاقدية على أنها كل متكامل، وبالتالي لم يكن يقبل الطعن فى القرارات الإدارية المتداخلة فى بنائها استقلالاً على الإطلاق.

فقد نص هذا القانون على أن الطعن ببطلان العقود الإدارية لا يكون إلا من أطراف التعاقد دون غيرهم، وحيث أنه لا يوجد فى مرحلة إبرام العقد الإدارى أطراف للتعاقد، إذ ليس هناك فى الواقع عقد حتى تكون له أطراف، فقد منع المشرع - بهذا النص - كافة المتنافسين فى هذه المرحلة وكذلك المتعاقدين فيما بعد - حتى وإن كانت لهم مصلحة شخصية ومباشرة - من الطعن فى القرارات الإدارية التمهيدية لإبرام العقد الإدارى والتي يقال لها القرارات المنفصلة أو القابلة للانفصال، وهو ما يتنافى مع النصوص الدستورية التى تقرر ليس فقط الحق فى التقاضى وإنما أيضاً مساواة المواطنين أمام القانون؛ الأمر الذى دفع الكثيرين من أصحاب المصلحة من الطعن فى القانون سالف الذكر بشبهة عدم الدستورية ولازال منظوراً حتى كتابة هذه السطور أمام المحكمة الدستورية العليا.

لقد كان مولد فكرة أو نظرية القرارات الإدارية المنفصلة Les actes détachables عن العملية التعاقدية على يد مجلس الدولة الفرنسى فى بداية القرن العشرين، بمثابة الأداة الفاعلة والضمانة الهامة لغير أطراف العقد الإدارى فى الدفاع عن حقوقهم ومصالحهم أمام القضاء، فقد مكنتهم هذه الفكرة أو تلك النظرية - فى واقع الأمر - من الطعن على هذه القرارات استقلالاً بوقف التنفيذ والإلغاء بعد أن كان ممنوع عليهم الاقتراب من العملية التعاقدية برمتها طبقاً للمبدأ المستقر فى مجال العقود وهو مبدأ نسبية آثار العقد Le principe d'effet relatif des contrats ، تلك الآثار التى تقتصر بصفة أساسية أو كقاعدة - على الإدارة والمتعاقد معها.

وهكذا بعد أن كان حق الطعن في منازعات هذه العملية بما في ذلك القرارات القابلة للانفصال مقتصرأ على أطرافها دون غيرهم؛ جاءت فكرة القرارات المنفصلة لتتيح لغيرهم مباشرة هذا الحق.

وهنا لنا أن نتساءل حول ماهية هذه القرارات؟ وما هو معيار تمييزها؟ وكيفية الطعن عليها؟ خاصة أن هذه القرارات، ورغم أنها منفصلة ومستقلة عن العملية التعاقدية، إلا أنها كثيراً ما تختلط مع هذه العملية، نتيجة أن عناصر وأركان مشروعية القرارات الإدارية، هي ذاتها عناصر وأركان مشروعية العقد ذاته سواء أكان عقداً إدارياً أم مدنياً، مما يؤدي في كثير من الأحيان إلى التداخل أو الخلط في أسباب الطعن عليهما، حتى وإن كان الطعن في الحالة الأولى يتم في إطار مشروعية هذه العناصر أو الأركان طبقاً لمبادئ وقواعد القانون العام، بينما يتم في الثانية في إطار مبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين الذي تحكمه قواعد القانون المدني.

ومع ذلك يمكن القول إنه رغم هذا التداخل أو ذلك الخلط، إلا أن أوجه بطلان القرارات الإدارية القابلة للانفصال من الوضوح بمكان حيث تتمثل في مخالفة المشروعية الخارجية لتلك القرارات (الاختصاص أو الشكل)، أو في مخالفة المشروعية الداخلية، (السبب أو المحل أو الغاية).

ولكن ما هو أثر بطلان القرارات الإدارية القابلة للانفصال على العملية التعاقدية؟ هل يترتب على بطلان تلك القرارات، بطلان أو وقف إجراءات التعاقد؟ وإذا كانت هذه الإجراءات قد تمت بالفعل وأصبح العقد منعقداً، فما هو أثر البطلان على العقد ذاته؟

هذا من ناحية ومن ناحية أخرى ما هو أثر بطلان القرارات الإدارية القابلة للانفصال على مدى مسئولية الإدارة عن تعويض أصحاب الشأن عن الأضرار التي أصابتهم جراء هذه القرارات؟ وهل تقوم هذه المسئولية في جميع أحوال بطلان تلك القرارات؟ وأيا كان سبب البطلان؟

هذه التساؤلات وغيرها مما أثير من قبل، إضافة إلى العديد من الموضوعات التي طرحت في هذه المقدمة يمكن معالجتها من خلال الإجابة على ثلاثة أسئلة رئيسية هي:

أولاً: من له الحق في الطعن أمام القضاء الإداري في القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية في ضوء القرار بقانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤ الذي صدر في مصر بتاريخ ٢٢ أبريل ٢٠١٤ بتنظيم بعض إجراءات الطعن على عقود الدولة؟

ثانياً: ما هي أوجه الطعن التي يجب أن يستند إليها الطاعن في خصوص القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية في ضوء أوجه بطلان أركان العقود الإدارية؟

ثالثاً: ما هي طرق الطعن الواجبة في القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية في ضوء نظام القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقد لدى المشرع الأوروبي أولاً ثم المشرع الفرنسي ثانياً بموجب القانون رقم ١٠ بتاريخ ١٩٩٢/١/٤ والمعدل عام ٢٠٠٠؟

وللإجابة على هذه الأسئلة فقد تم تقسيم هذه الدراسة إلى بابين: الباب الأول: إجراءات وأوجه الطعن في القرارات الإدارية القابلة للانفصال في ضوء القرار بقانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤ بتنظيم بعض إجراءات الطعن في عقود الدولة.

الباب الثاني: طرق الطعن في القرارات الإدارية القابلة للانفصال في ضوء آلية القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقد.

الباب الأول

إجراءات وأوجه الطعن فى القرارات الإدارية القابلة للانفصال

فى ضوء القرار بقانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤

بتنظيم بعض إجراءات الطعن على عقود الدولة

الأصل العام أن إجراءات الطعن فى القرارات الإدارية القابلة للانفصال فى كل من فرنسا ومصر، لا تكون إلا أمام القضاء الإدارى؛ إذ يختص هذا القضاء^(١) - طبقاً للقوانين المنظمة له فى الدولتين - بكافة المسائل المتعلقة بالمنازعات الإدارية؛ والمنازعات الإدارية - كما تقول المحكمة الإدارية العليا - هى إجراءات الخصومة القضائية بين الفرد والإدارة، والتي ترفع للمطالبة بحق من الحقوق الناتجة عن تسيير الإدارة للمرافق العامة التى تدار وفقاً للقانون العام وأساليبه، ويتبدى فيها واضحاً وجه السلطة العامة ومظهرها، ويكون القانون العام هو الواجب التطبيق على المنازعة^(٢).

فالمنازعة الإدارية إذن وسيلة قانونية للأشخاص لحماية حقوقهم فى مواجهة الإدارة عن طريق القضاء، ومن المعروف أن القضاء الإدارى يختص أساساً بنوعين من المنازعات:

أولاً: منازعات القضاء الكامل *Le contentieux de pleine juridiction* وتشتمل فى الغالب على قضاء التعويض وقضاء العقود

(١) تتخذ الطعون القضائية فى فرنسا بالإضافة إلى قضاء الإلغاء والتعويض مظهرين آخرين هما:
- قضاء التفسير وفحص المشروعية؛ ويقتصر دور القاضى هنا على بيان المدلول الصحيح للعمل الإدارى ومدى مطابقته للقواعد القانونية دون أن يتعدى ذلك إلى الحكم بالإلغاء أو التعويض حيث يترك ذلك لهيئة أخرى يعينها القانون.
- قضاء الزجر والعقاب؛ وبمقتضاه يكون لمجلس الدولة ولاية توقيع العقوبات الجنائية فى المخالفات المتعلقة بالمال العام.

يراجع: الدكتور/ مصطفى أبو زيد فهمى، القضاء الإدارى ومجلس الدولة ١٩٧٩، ص ٢١٧. وكذا بحثه فى طرق الطعن فى أحكام مجلس الدولة، مجلة الحقوق، السنة السادسة، العدد ٣، ص ١٧٣؛ الدكتور/ عمر حلمى، طبيعة اختصاص القضاء الإدارى بمنازعات العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ٢٠١١، هامش ص ٧؛ الدكتور/ محمد كامل ليلة، الرقابة على أعمال الإدارة، دار الفكر العربى، ١٩٧٩، ص ٢٠٨.

(٢) الطعن رقم ٢٠٩٤ لسنة ٣٠ ق.ع، جلسة ١٩٨٥/١/٢٤.

ثانياً: منازعات قضاء الإلغاء Le contentieux de l'annulation، أو كما يقال له أحياناً قضاء الإلغاء لتجاوز السلطة .L'annulation pour excès de pouvoir

ومما لا شك فيه أن هناك اختلافات جوهرية بين هذين النوعين من القضاء سواء من حيث موضوع الدعوى في كل منهما أو الأساس الذى تقوم عليه هذه الدعوى.

فموضوع دعوى الإلغاء هو القرار الإدارى المطعون فيه بعدم المشروعية، فهى إذن دعوى موضوعية تقوم على مخاصمة قرار إدارى معين للمطالبة بإلغائه وذلك لمجرد أن هناك مصلحة شخصية ومباشرة، وقد تكون محتملة - كما هو الحال فى مصر - لصاحب الشأن فى هذه المطالبة؛ وليس أمام القاضى فى هذه الدعوى سوى ان يقضى برفض الدعوى إذا كان القرار مشروعاً، أو بإلغائه إن كان غير مشروع، دون أن يتعدى ذلك إلى بيان المركز القانونى للطاعن.

أما موضوع دعوى القضاء الكامل فإنه يتمثل فى حق شخصى لرافع الدعوى وتنازعه الإدارة فى خصوصه. وهنا يتعين على القاضى أن يتحقق من القانون والواقع، فإذا بان له أن تصرف الإدارة كان على غير أساس من القانون أو الواقع قضى بعدم مشروعيته، ورتب على ذلك كافة النتائج القانونية الإيجابية والسلبية، فسلطة القاضى الإدارى تشمل فى هذه الحالة إذن تعديل القرار الإدارى والحكم على الإدارة بالتعويضات العادلة فى مقابل ما وقع على حقوق الطاعن الشخصية من أضرار، كما تشمل قيامه بتحديد المركز القانونى للطاعن وحقوقه فى مواجهة الإدارة.

وأخيراً لا نتقيد دعوى القضاء الكامل بمواعيد الإلغاء القصيرة (ستون يوماً فى مصر وشهران فى فرنسا من تاريخ نشر القرار أو إعلانه)

حيث يسقط الحق في رفع الدعوى الأولى بتقادم الحقوق محل المطالبة وفقاً للمدة التي يحددها المشرع.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن أوجه الطعن في القرارات الإدارية القابلة للانفصال، سواء في مرحلة إبرام العقد أم في مرحلة تنفيذ العقد، لا تختلف كثيراً عن أوجه الطعن في القرارات الإدارية بصفة عامة، حيث ترجع في الحالتين إلى مشروعية تلك القرارات الداخلية أو الخارجية، أو بمعنى أدق ترجع لما يصيب أركان أو عناصر القرارات الإدارية سائلة الذكر من عوار قانوني يجعلها غير مشروعة؛ وهذه الأوجه لا تختلف في واقع الأمر في فرنسا عنها في مصر، حيث تتجسد في عيوب الاختصاص والشكل (المشروعية الخارجية) والمحل والسبب والغاية (المشروعية الداخلية).

وإذا كانت العيوب سائلة الذكر والتي تصيب القرارات الإدارية أو الإجراءات السابقة على التعاقد، لا تثير أية مشاكل، فإن هناك عيوباً أخرى لا علاقة لها بتلك القرارات أو الإجراءات وهي العيوب التي تشوب أركان العقد الإداري ذاته، وتؤدي بالتالي إلى بطلانه، تلك الأركان - يقال لها الأركان الداخلية للعقد - تتجسد في ثلاثة هي الرضا والمحل والسبب، وهذه يتعين أن تتوافر فيها شروط الصحة والسلامة وأن تخلو من العيوب التي تؤدي إلى بطلان العقد.

وهنا قد يحدث وفي كثير من الأحيان، تشابه أو خلط بين عيوب تلك الأركان والعيوب التي تصيب مشروعية القرارات والإجراءات السابقة على التعاقد، خاصة أنهما مرتبطان ويعملان في بوتقة واحدة وهي العقد الإداري ومدى صحته وسلامته، وذلك رغم ما يتمتعان به من استقلال في أحكامهما، حيث تخضع الأولى لقواعد القانون المدني، بينما تخضع الثانية لقواعد القانون العام.

وتفصيلاً لهذا الإجمال نتناول الموضوعين التاليين، مخصصين لكل

موضوع منهما فصلاً مستقلاً.

الموضوع الأول: إجراءات الطعن على القرارات الإدارية القابلة للانفصال في ضوء القرار بقانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤ بتنظيم بعض إجراءات الطعن على عقود الدولة.

الموضوع الثاني: أوجه الطعن في القرارات الإدارية القابلة للانفصال في ضوء أوجه بطلان أركان العقد الإداري.

الفصل الأول

إجراءات الطعن على القرارات الإدارية القابلة للانفصال

فى ضوء القرار بقانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤

بتنظيم بعض إجراءات الطعن على عقود الدولة

إذا كان القضاء الإدارى يختص - كما ذكرنا - بنوعين من المنازعات الإدارية: منازعات القضاء الكامل ومنازعات قضاء الإلغاء، فلنا أن نتساءل فى أى من هذين النوعين يندرج الاختصاص بنظر إجراءات الطعن فى منازعات العقود الإدارية؟ أو بمعنى آخر، ماهية نوعية ولاية القضاء الإدارى المختص بنظر تلك الإجراءات هل هو القضاء الكامل أم قضاء الإلغاء؟

تتوقف الإجابة على هذا التساؤل على صفة الطاعن من جهة وعلى أوجه الطعن من جهة أخرى؛ وحيث أننا سوف نتناول فى الفصل التالى أوجه الطعن المشار إليها، فإننا نبين هنا فقط صفة الطاعن التى تتوقف عليها طبيعة نوعية ولاية القضاء المختص بتلك الإجراءات.

ولقد مرت هذه الصفة بمرحلتين تفصل بينهما فكرة القرارات الإدارية المنفصلة أو القابلة للانفصال عن العملية التعاقدية، إذ قبل ظهور هذه الفكرة، كان القضاء المختص بنظر منازعات العقود الإدارية هو القضاء الكامل، فقد كان الطاعن دائماً من المتعاقدين أو من طرفى العقد، أما بعد ظهور تلك الفكرة فقد أصبح قضاء الإلغاء هو المختص بنظر تلك القرارات، بل لم يعد الطاعن فقط من المتعاقدين أو من طرفى العقد وإنما كذلك من غير هؤلاء وهو ما يقال له الغير *Les tiers*.

وعلى ذلك نتناول الموضوعات التالية مخصصين لكل موضوع منها مبحثاً مستقلاً.

الموضوع الأول: صفة الطاعن وولاية القضاء المختص بنظر إجراءات

الطعن في منازعات العقود الإدارية قبل نشأة فكرة القرارات الإدارية القابلة للانفصال.

الموضوع الثاني: نشأة فكرة القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية.

الموضوع الثالث: صفة الطاعن وولاية القضاء المختص بنظر إجراءات الطعن في منازعات العقود الإدارية بعد نشأة فكرة القرارات الإدارية القابلة للانفصال.

المبحث الأول

صفة الطاعن وولاية القضاء المختص بنظر إجراءات

الطعن في منازعات العقود الإدارية قبل نشأة

فكرة القرارات الإدارية القابلة للانفصال

ظل مجلس الدولة الفرنسي ينظر إلى العملية التعاقدية خلال مرحلة ما قبل نشأة فكرة القرارات الإدارية القابلة للانفصال، على أنها كل متكامل لا تقبل التجزئة أو الانقسام، وأن الطعن على هذه العملية لا يكون إلا أمام قاضي العقد في إطار القضاء الكامل. ولذا فإن صفة الطاعن على تلك العملية لم تكن تثبت إلا لأطرافها طبقاً لمبدأ نسبية أثر العقد. وعلى ذلك نتناول الموضوعين التاليين، مخصصين لكل موضوع منهما مطلباً مستقلاً.

الموضوع الأول: طبيعة العملية التعاقدية قبل نشأة فكرة القرارات الإدارية القابلة للانفصال.

الموضوع الثاني: صاحب الصفة في الطعن على العملية التعاقدية قبل نشأة فكرة القرارات الإدارية القابلة للانفصال.

المطلب الأول

طبيعة العملية التعاقدية قبل نشأة فكرة

القرارات الإدارية القابلة للانفصال

رغم أن إبرام العقد الإداري يتطلب مجموعة من الإجراءات الواجبة الاتباع قبل انعقاد هذا العقد سواء في ذلك الإجراءات السابقة على الطرح للتعاقد أو قبل اختيار المتعاقد، أم كانت إجراءات معاصرة لهذا الاختيار^(١).

ورغم أن هذه الإجراءات جميعها تترجم أو تتم ترجمتها في صورة قرارات إدارية، مثل قرار اعتماد الاحتياجات المطلوبة للإدارة، وتقدير القيمة المالية لهذه الاحتياجات، وقرار اختيار أسلوب التعاقد، وكذلك قرارات تشكيل اللجان المختلفة، واعتماد ما انتهت إليه هذه اللجان من توصيات، وقرارات الإذن بالتعاقد وإرساء المناقصة أو إلغاؤها... وهكذا.

ورغم أن هذه القرارات أو تلك الإجراءات تشكل فيما بينها مجموعة متسلسلة من الأعمال تباشرها جهة الإدارة تمهيداً لإبرام العقد الإداري، بمعنى أنها مرتبطة فيما بينها وتدور في فلك وإطار عملية قانونية مركبة يقال لها العملية التعاقدية.

رغم ذلك إلا أن مجلس الدولة الفرنسي نظر إلى تلك العملية - بدءاً وحتى مطلع القرن العشرين - ككل لا يتجزأ Tout indivisible ، أي أنه نظر إليها على أنها عملية متكاملة، وأن كافة الإجراءات أو القرارات التي تتخذ من بدايتها وحتى انعقاد العقد مروراً بكافة المكونات التي ساهمت في تكوينها تجسد وحدة واحدة أو كلاً لا يتجزأ.

وقد وصفت هذه المرحلة بمرحلة المنهج التركيبي Synthèse أو الإندماجى Incorporation؛ ولذا فقد رفض مجلس الدولة الفرنسي قبول

(١) مؤلفنا ضوابط و ضمانات إبرام العقد الإداري بطريق المناقصات العامة، دراسة فقهية قضائية تشريعية مقارنة في النظام الفرنسي والمصري والكويتي، دار النهضة العربية، ٢٠١٨.

الطعن بالإلغاء على أى من العناصر أو الإجراءات أو القرارات التى ساهمت فى تكوين العملية التعاقدية على استقلال أو على انفصال، سواء فى المرحلة السابقة على إبرام العقد أم فى المرحلة التالية على هذا الإبرام، مقررأ أن الطعن على تلك العملية فى مجموعها لا يكون إلا أمام قاضى العقد بدعوى القضاء الكامل.

وقد استند مجلس الدولة الفرنسى لتبنى هذا المنهج أو ذاك إلى الحجج

التالية:

الحجة الأولى: الدعوى الموازية^(١): un recours paralléle:

ومؤداها أنه لا تقبل دعوى الإلغاء أو تجاوز السلطة، مادامت هناك دعوى أخرى يمكن أن تحقق ذات النتائج أو ذات الآثار القانونية التى يتغياها من يطلب بطلان القرار الإدارى المراد فصله عن العملية التعاقدية؛ والدعوى الموازية هنا هى دعوى القضاء الكامل والتى ينظرها قاضى العقد، خاصة أن هذا القضاء أجدى بالنسبة للمتعاقد - كما ذهب أنصار هذا المنهج - من قضاء الإلغاء، إذ بدلاً من أن يصل إلى حقه من خلال اللجوء إلى القضاء مرتين، الأولى أمام قاضى تجاوز السلطة ليحصل على حكم بإلغاء القرار

(١) ولدت نظرية الدعوى الموازية فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى، إذ دفع بها فى عهد الإمبراطورية الثانية فى تقارير الكثير من مفوضى الدولة فاعتنتها المجلس وظل يطبقها رحبا طويلا من الزمن ومؤداها أن يشترط لقبول دعوى الإلغاء توافر شرط انتفاء طريق طعن قضائى مقابل انتظمته النصوص التشريعية لصاحب المصلحة تتم بموجبه مكنة التخلص من نتائج القرار الإدارى غير المشروع.

- Alibert Raphael: Contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excés de pouvoir, Paris, 1926, P. 53.
- Edward La Ferrière: Droit constitutionnel, 2 éme partie, 2 éme edition, Paris, 1942, P. 494.
- Edward La Ferrière: Traité de la juridiction administrative, 2 éme volume, 1946, P. 449.

الدكتور/ محمود محمد حافظ، نظرية الدعوى الموازية فى القانون الفرنسى، مقال بمجلة القانون والاقتصاد، عدد مارس ١٩٥٩، ص ٥١ وما بعدها؛ الدكتور/ عبد الله سيد أحمد أحمد، نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال فى القانون الإدارى، دراسة مقارنة، دكتوراه جامعة أسيوط، ٢٠٠٨، ص ٩.

الإدارى المنفصل، والثانية أمام قاضى العقد لكى يرتب آثار حكم الإلغاء، بدلاً من ذلك يلجأ مرة واحدة - بعد أن يبرم العقد - إلى قاضى العقد ليرتب له كافة تلك الآثار.

ومما ساعد آنذاك على الدفع بالدعوى الموازية أمران:

الأمر الأول: أن دعوى الإلغاء كانت معتبرة - فى حينها - دعوى احتياطية un recours subsidiaire أو استثنائية، ومن ثم لا يمكن اللجوء إليها إلا إذا انغلقت أمام الطاعن كافة السبل أو الدعاوى القضائية الأخرى. وبمعنى أعم وأشمل فقد كان مجلس الدولة الفرنسى إبان تلك المرحلة لا يقبل الطعن على القرارات الإدارية بصفة عامة ومن بينها تلك التى تدخل فى تكوين عملية إدارية مركبة - بسبب عدم المشروعية - متى كان القانون قد نظم طريقاً قضائياً آخر للطعن فى العمل الرئيسى من هذه العملية سواء كانت تلك العملية من اختصاص مجلس الدولة نفسه أو محكمة إدارية غيره أو من اختصاص القضاء العادى، كما يستوى أن يكون القرار الإدارى مناط الطعن بسيطاً أو مندمجاً فى عمل إدارى مركب.

وحيث أن دعوى القضاء الكامل والتى كانت تجسد آنذاك ولازالت الطريق الطبيعى للطعن فى العملية التعاقدية متاحة أمام هذا الطاعن، فلا يجب أن تقبل دعواه بالطعن على أى من إجراءات أو عناصر تلك العملية - والحال هكذا - أمام قاضى الإلغاء. من هنا فقد كان مجلس الدولة الفرنسى يشترط لقبول دعوى الإلغاء عدم وجود طريق آخر للطعن الموازى.

الأمر الثانى: أن إقبال الطاعنين على سلوك سبيل دعوى الإلغاء - نتيجة إعفاء هذه الدعوى من الرسوم القضائية ومن توقيع محام على صحيفة الدعوى - أصبح إقبالاً يخشى معه على قاضى تجاوز السلطة، الذى اكتظ بسبب ذلك بهذا النوع من الدعاوى، ألا يحقق العدالة الناجزة للمتقاضين. من هنا وللتخفيف من حدة هذه القضايا قيل بالدعوى الموازية، خاصة فى

المجالات التي يمكن اللجوء في خصوصها إلى قاض آخر ومنها مجالات العقود الإدارية.

الحجة الثانية: احترام الحقوق المكتسبة⁽¹⁾: Les droits acquis:

ومؤدى هذه الحجة أنه نظراً لما يترتب على إبرام العقد الإدارى من حقوق مكتسبة تولد التزامات شخصية على طرفى هذا العقد، ونظراً لأن مخالفة هذه الالتزامات لا يشكل عنصراً من عناصر مشروعية القرارات الإدارية، فإنه لا يجوز - والحال هكذا- الطعن على أى من هذه القرارات بدعوى تجاوز السلطة، وإلا كان فى ذلك مساس بالحقوق التي تولدت عن العملية التعاقدية.

الحجة الثالثة: وتعود إلى عام ١٨٦٤ حيث تم تقسيم اختصاصات

القضاء الإدارى بين اختصاص بقضاء الإلغاء واختصاص بالقضاء الكامل، وعلى أثر صدور حكم Blanco الشهير وظهور معيار المرفق العام لتوزيع الاختصاصات بين جهتى القضاء العادى والقضاء الإدارى وما ترتب على ذلك من مشاكل فى هذا المجال، فقد فضل مجلس الدولة الفرنسى حينها تبني المنهج التركيبى أو الإدماجى سالف الذكر لبيان اختصاص كل جهة من جهتى القضاء. بمعنى أنه فضل عند تحديد هذا الاختصاص ضرورة النظر إلى العملية برمتها أو ككل بكافة مكوناتها وعناصرها، بحيث تختص بنظرها هذه الجهة أو تلك.

وبناء على ذلك؛ إذا كانت العملية مما تدخل فى اختصاص القضاء العادى، فإن كافة القرارات التي ساهمت فى تكوين هذه العملية القانونية تكون من اختصاص هذا القضاء؛ وبذات المنطق إذا كانت تدخل فى اختصاص القضاء الإدارى. وقد طبق مجلس الدولة هذا المنطق أيضاً فى توزيع الاختصاص بين قضاء الإلغاء والقضاء الكامل بحيث يختص هذا القضاء أو

(1) André de laubadère: Traité théorique et pratique des contrats administratifs, Paris, 1956, P. 325.

ذلك بالعملية القانونية ككل دون تجزئة أو تقسيم، ومن ثم فقد أصبحت العملية التعاقدية بكل مكوناتها وعناصرها تدخل في اختصاص القضاء الكامل، دون أن يختص قاضى الإلغاء بأى من هذه المكونات أو الإجراءات. ولعل السبب فى ذلك حسب قضاء مجلس الدولة الفرنسى يكمن فى نقطتين أساسيتين^(١):

١ - أن دعوى الإلغاء لا يمكن أن توجه ضد العقود، ذلك أن من شروط قبولها وجود قرار إدارى، وهو تعبير عن إرادة الإدارة المنفردة، بينما العقد هو توافق إرادتين. وفى ذلك تقول محكمة القضاء الإدارى فى مصر: أن العمل القانونى الذى يصلح محلاً لدعوى الإلغاء هو القرار الصادر عن إرادة الإدارة وحدها، وليس العقد الذى يستلزم توافق إرادتين أو أكثر، وأن العقود تصدر عن الإدارة بصفتها شخصاً معنوياً وليس سلطة عامة^(٢).

كما أوضحت المحكمة الإدارية العليا الفرق بين القرار الإدارى والعقد الإدارى قائلة: "إذا كان القرار الإدارى هو عمل قانونى غير تعاقدى يصدر عن إرادة منفردة من جانب إحدى السلطات الإدارية ويحدث بذاته آثاراً قانونية معينة، فإن العقد الإدارى شأنه شأن العقد المدنى من حيث العناصر الأساسية لتكوينه، لا يعدو أن يكون توافق إرادتين بإيجاب وقبول لإنشاء التزامات تعاقدية تقوم على التراضى بين طرفيه"^(٣).

٢ - أنه فى مجال قضاء الإلغاء لا يمكن الاستناد إلى مخالفة الإدارة لالتزاماتها التعاقدية كسبب من الأسباب التى تجيز طلب إلغاء القرار الإدارى، فدعوى الإلغاء هى جزاء لمبدأ المشروعية، فى حين أن الالتزامات

(١) الدكتور/ عبد الحميد كمال حشيش، القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة، دراسة مقارنة فى القانونين المصرى والفرنسى، الجزء الأول، مجلة مصر المعاصرة، السنة ٦٦، العدد ٣٦٢، أكتوبر ١٩٥٨.

(٢) مشار إليه فى المرجع السابق، ص ٥١٧.

(٣) الطعن رقم ١٠٥٩ سنة ٧ ق.ع، جلسة ١٩٥٧/٥/٢٥، أبو شادى، ص ١٣٥١.

المرتبة على العقود الإدارية هي التزامات شخصية^(١).

وللتدليل على منطق القضاء الفرنسي الراض لفكرة القرارات القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية، حكمه الصادر في قضية المعهد الكاثوليكي لمدينة ليل، حيث سطر المفوض DAVID في تقريره بشأن هذه القضية ما معناه. "نعقد أنه في إمكاننا تلخيص أحكام القضاء بقولنا إن قرارات الوصاية الإدارية عندما تكون سابقة أو لاحقة على العقود التي تصدق عليها أو ترخص بها لا يمكن فصلها عن هذه العقود التي تكملها وتختلط بها، بحيث يمكن إلغاؤها مباشرة سواء بواسطة مجلس الدولة أو من باب أولى بواسطة السلطة الإدارية التي تصدر عنها"^(٢).

وهذا هو ما تبناه مجلس الدولة المصري في بعض أحكامه، فقد جرت محكمة القضاء الإداري في ظل القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ على القول: بأن اختصاصها لم يعد مقصوراً على صحة أو بطلان القرارات الإدارية التي تصدر في شأن العملية التعاقدية، بل امتد لكل ما يتعلق بهذه العملية ابتداء من أول إجراء في تكوينها إلى آخر نتيجة في تصفية كافة العلاقات والحقوق والالتزامات التي نشأت عنها، فقد أصبحت تختص بنظر المنازعات الخاصة بجميع العقود الإدارية اختصاصاً مطلقاً وشاملاً لأصل تلك المنازعات وما يتفرع عنها، وبهذه المثابة تنظر المحكمة ما يكون قد صدر بشأن تلك العقود من إجراءات وقرارات وذلك باعتبارها من العناصر المنفردة عن المنازعة الأصلية في حدود اختصاصها الكامل بالنسبة إلى هذه

(٢) المستشار/ حمدي ياسين عكاشة، نهاية العقد الإداري ومشكلات ضمانات تنفيذه وتسوية منازعاته، الكتاب الرابع، ٢٠١٥، ص ٧٣٧.

(٣) يراجع تقرير المفوض David في حكم مجلس الدولة، ١٨٧٧/٣/٢، قضية Institut catholique de lille، مجموعة المجلس، س ١٩١١، ص ٢٢٤.. وفي نفس المعنى يراجع أيضاً حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ١٨٧٩/١١/١٤، قضية Dumont مجموعة المجلس، نفس السنة، ص ٧٠٣، وحكمه بتاريخ ١٨٩٠/١١/٢١، قضية mas d'Azil، مجموعة المجلس السالفة، ص ٨٥٠.

وقد أشار إلى ذلك الدكتور/ عبد الله سيد أحمد أحمد، المرجع السابق، ص ١٠.

المنازعات طالما لم يسقط أصل الحق بمضى المدة، فولاية محكمة القضاء الإدارى فى خصوص منازعات عناصر العملية التعاقدية بأسرها هى ولاية القضاء الكامل مستوى فى ذلك ما يتخذ منها صورة قرار إدارى وما لا يتخذ هذه الصورة طالما توافرت فى المنازعة حقيقة التعاقد الإدارى^(١).

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا هذا المعنى حينما قضت "ومن حيث أنه على مقتضى ما تقدم، فإنه متى توافرت فى المنازعة حقيقة العقد الإدارى، سواء كانت المنازعة متعلقة بانعقاد العقد أو تنفيذه أو انقضائه، فإنها تدخل فى نطاق القضاء الكامل دون ولاية الإلغاء"^(٢).

هذا وقد أيد جانب من الفقه الاتجاه سالف الذكر مرددين تقريبا ذات الحجج التى قال بها القضاء الإدارى فى هذا الصدد، فقد قيل^(٣):

- لا يمكن قبول دعوى الإلغاء مادام الطاعن يملك طريقاً قضائياً آخر يحقق له المزايا والنتائج التى تحققها تلك الدعوى، ويتمثل هذا الطريق فى النظرية الشهيرة: الطعن الموازى الذى يمكن ممارسته أمام قاضى العقد؛ خاصة أن قبول دعوى الإلغاء ضد العقد من شأنه أن يهدر القواعد ويقلبها رأساً على عقب، ويهدر معها قواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام.

- لا يعد العقد من قبيل الأعمال القانونية القابلة للانفصال، وبالتالي لا يجوز الطعن عليه بدعوى الإلغاء؛ خاصة أن هناك اعتبارات عملية أكد مجلس الدولة الفرنسى على ضرورة مراعاتها فى هذا الشأن،

(١) الحكم الصادر بجلسة ١٩٦٣/١٢/٢٨، أشار إليه المستشار/ حمدى ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص ٧٣٣.

(٢) الدعوى رقم ١١٨٠ لسنة ١٠، اق، جلسة ١٩٥٦/١١/١٨.

(٣) الدكتور/ سليمان الطماوى، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربى، ٢٠١١، ص ٢٠٧؛ الدكتور/ عبد الحميد حبش، القرارات القابلة للانفصال، المرجع السابق، ص ٥١٨؛ الدكتور/ زكى النجار، نظرية البطلان فى العقود الإدارية، دكتوراه عين شمس، ١٩٨١، ص ٣٦٩؛ الدكتور/ عمر حلمى، طبيعة اختصاص القضاء الإدارى بمنازعات العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٢٦٨.

تتجلى فى الحرص على إبقاء العقد المبرم قائماً، لأن الإلغاء يؤدى إلى زوال العقد بأثر رجعى، مما يمكن أن يسبب نتائج مباشرة ومحرجة من الأفضل لو تم تحاشيها.

- لا يمكن توجيه الطعن بالإلغاء إلا ضد أعمال السلطة الإدارية وحدها، أما العقد فهو اتفاق بين إرادتين، إحداهما إرادة جهة الإدارة، وثانيهما إرادة المتعاقد معها.

- إن مرجع عدم قبول الطعن بالإلغاء ضد العقد الإدارى يكمن فى أن العمل القانونى الذى يصلح موضوعاً للطعن بالإلغاء لا بد أن تتوافر فيه شروط معينة وهى متخلفة فى العقد. ومن أهم تلك الشروط أن يكون العمل قراراً نهائياً واجب التنفيذ بالطريق الإدارى، وأن يتضمن هذا العمل الإعلان عن إرادة واحدة، هى إرادة جهة الإدارة، وأن يتجه نحو إحداث أثر قانونى معين، وهذه الشروط جميعها تتوافر فقط فى القرار الإدارى. أما العقد الإدارى فإنه عمل تبادلى وليس عملاً صادراً عن إرادة واحدة، كما أنه غير واجب التنفيذ بالطريق الإدارى فى معظم الحالات⁽¹⁾.

حاصل القول إذن أن منهج القضاء الإدارى الفرنسى إبان تلك المرحلة وفى بعض أحكام القضاء الإدارى المصرى، كان يتجه صوب صون وحدة العملية المركبة وحمايتها من التفكك، وعدم قبول فصل القرارات الإدارية المتداخلة فى بنيتها للنعى عليها بالإلغاء استقلالاً، مع ترك العملية برمتها إلى قاضيتها الطبيعى وهو هنا قاضى العقد.

(1) R. CHAPUS, Droit de contentieux administratif, Paris Mont chrestien, 7 e éd. 1999, No. 792, P. 586.

المطلب الثانى

صاحب الصفة للطعن على العملية التعاقدية

قبل نشأة فكرة القرارات الإدارية القابلة للانفصال

طبقاً لمبدأ نسبية أثر العقد والذى يعنى أن العقد لا ينتج آثاره إلا بين طرفيه، فإن الصفة لمباشرة إجراءات الطعن فى العقود الإدارية تثبت - والحال هكذا - لطرفيه وحدهم دون أن يكون للغير الحق فى هذا الخصوص. وصفة الطاعن هذه تثبت لطرفى العقد سواء بالنسبة للأعمال السابقة على إبرام العقد والتي تندمج - كما ذكرنا - فى العملية التعاقدية أم بالنسبة لأعمال التنفيذ، ولذا يجب على هذه الأطراف ضرورة الانتظار حتى إبرام العقد، لإقامة الطعن أمام قاضى العقد.

ولكن ما المقصود بطرفى العقد؟ أو بالمتعاقدين؟

يقصد بطرفى العقد بدهاءة الإدارة والمتعاقد معها من الأفراد أو

الأشخاص المعنوية الخاصة:

ففيما يتعلق بالإدارة: فإنه يقصد بها الجهة الإدارية التى أبرمت العقد مع المتعاقد^(١)، وهى الجهة أو الشخص الذى يتمتع بالشخصية المعنوية العامة سواء أكان من الجهات أو الشخصيات الإقليمية المركزية كالدولة ومن يمثلها من الوزارات والمصالح الحكومية، أم كانت من الجهات أو الشخصيات المرفقية كالهيئات والمؤسسات العامة، أم من الجهات أو الشخصيات الإقليمية

(١) مع ملاحظة أن هذه الجهة لا تتعاقد كبقية الأفراد، إذ لا تستهدف من هذا التعاقد تحقيق مصالح ذاتية أو خاصة، وإنما فقط المصلحة العامة، أى مصلحة المستفيدين من المرافق العامة، وهو ما تؤكد عليه محكمة القضاء الإدارى حينما قضت "أن العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذى يستهدف العقد الإدارى تسيريه أو سد حاجته وتغليب وجه المصلحة العامة على المصلحة الفردية الخاصة، وذلك بأنه إذا كان المتعاقدان فى العقود المدنية يستهدفان تحقيق نفع مادي ومصصلحة شخصية، فإن الأمر فى العقود الإدارية يختلف عن ذلك لأن جهة الإدارة وهى أحد طرفيه لا تبغى مصلحة شخصية، بل تتعاقد لمصلحة المجموع وهدفها المصلحة العامة وهى القوامه عليها والمختصة وحدها بتوجيهها وتحقيها وتنظيمها.

الدعوى رقم ٩٨٣ لسنة ٧٧ق، جلسة ٣٠ يونية ١٩٥٧.

المحلية كالوحدات البلدية والمقاطعات في فرنسا أو المجالس الشعبية المحلية في مصر، حيث يعتبر كل منهم طرفاً في العقد الذي أبرمه ويحق له بالتالي الالتجاء إلى دعوى القضاء الكامل.

أما فيما يتعلق بالأفراد: فهم الذين أبرموا العقد مع الإدارة سواء أكانوا أشخاصاً طبيعيين أم اعتباريين، وعلى ذلك يعتبر طرفاً في العقد ويحق له استخدام دعوى القضاء الكامل، الفرد أو الشركة أو الجمعية التي أبرمت العقد مباشرة مع الإدارة، كما ينصرف هذا التعبير وفقاً لأحكام القانون المدني إلى من يمثل هؤلاء قانوناً، وهو الخلف العام الذي يخلف الشخص في ذمته المالية من حقوق والتزامات أو في جزء منها باعتبارها مجموعة من المال كالوارث والموصى له بجزء من التركة، والخلف الخاص الذي يخلف الشخص في عين معينة بالذات أو في حق عيني عليها كالمشتري والمنفعة في حدود معينة. إذ يحق لكل من هؤلاء إقامة الدعوى المباشرة وغير المباشرة للمطالبة بحقوق مورثهم أو مدينهم في ذمة الطرف الآخر في العقد^(١).

هذا ويلاحظ أن أحكام القضاء الإداري قد استقرت على تحريم التنازل عن العقد الإداري دون موافقة جهة الإدارة المسبقة. فقد قضت محكمة القضاء الإداري أنه "من المسلم في العقود الإدارية أنه يتمتع على المتعاقد مع الإدارة أن يحل غيره محله في تنفيذ التزاماته كلها أو بعضها أو يتعاقد بشأنها من الباطن دون موافقتها، إذ يعتبر ذلك باطلاً ولا يحتج به في مواجهتها، كما أنه يعتبر بذاته خطأ عقدياً يترتب المسؤولية عن الأضرار الناجمة عنه ويبرر توقيع أقصى العقوبات وهو فسخ العقد على مسؤولية

(١) الدكتور/ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، ص ٥٤٠ وما بعدها.

المتعاقد وذلك سواء نص على هذا الجزاء في العقد أم لم ينص^(١).
أما في حالة الترخيص المسبق عن التنازل، فإن المتنازل إليه يحل محل المتعاقد مباشرة ويعتبر - والحال هكذا - هو المسئول الوحيد أمام الإدارة ما لم ينص على غير ذلك، ويتحرر المتعاقد الأصلي من التزاماته قبل الإدارة. ويحق للمتنازل له بالتالي استخدام دعوى العقد للمطالبة بحقوقه أو الدفاع عنها.

وذاث الشيء بالنسبة للمتعاقد من الباطن إذ لا يجوز - كقاعدة - التعاقد من الباطن، وإلا لما أمكن الاحتجاج به في مواجهة الإدارة، كما أن إجراءاته يشكل خطأ تعاقديا يبرر توقيع الجزاءات الإدارية كالفسخ والتعويض إن كان له محل^(٢).

ومع ذلك فإن التعاقد من الباطن المرخص به يؤدي إلى إنشاء علاقات غير مباشرة بين الإدارة والمتعاقد من الباطن، يحق له بمقتضاها أن يستخدم الدعوى غير المباشرة للمطالبة بحقوق مدنية، هذا إلى جانب حقه في رفع دعوى مباشرة للمطالبة بتسوية الثمن على النحو الذي أشرنا إليه. كما يجوز للإدارة أن تقاضيه باستخدام الدعوى شبه التصيرية.

وأخيراً لنا أن نتساءل عن أثر وفاة المتعاقد على الرابطة التعاقدية؟ هل تؤدي إلى انقضاء العقد بقوة القانون؟ بحيث إذا رغب ورثة المتعاقد في الحل محل مورثهم في تنفيذ العقد الإداري، فإن الأمر يتطلب موافقة جديدة من الإدارة^(٣).

(٢) الدكتور/ عبد المجيد محمد محمد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، دراسة مقارنة، دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٧٤، ص ٢٦؛ الدكتور/ محمد سعيد أمين، الأسس العامة للالتزامات وحقوق المتعاقدين مع الإدارة في تنفيذ العقد الإداري، دكتوراه، عين شمس، ١٩٨٤، ص ١٥٨.

(٣) الدكتور/ عبده المجيد فياض، المرجع السابق، ص ٢٢٦؛ الدكتور/ عمر حلمي، المرجع السابق، ص ٥١ وما بعدها.

(1) DE LAUBADÈRE (A.), MODERNE (F.), DE LOVOLVE (P.), Traité de contrats administratif, Paris, L.G.D.J. 1983, T. I, P. 118 etss.

الواقع أن دفاتر الشروط فى فرنسا تنص عادة على بيان الحلول الواجبة الاتباع فى حالة وفاة المتعاقد، وتختلف هذه الحلول باختلاف مدى صلة العقد بالمرفق العام. ففي عقد الأشغال والالتزام تنص دفاتر الشروط عادة على فسخ العقد بقوة القانون وعدم انتقاله إلى الورثة دون موافقة جديدة من قبل الإدارة. ويتبع الحل ذاته فى عقود التوريد الصناعية وعلى وجه الأخص عقود التصنيع الحربية، وذلك نظراً للعلاقة الوثيقة التى تربط بين المتعاقد والمرفق العام. ففي هذه العقود تكون شخصية المتعاقد محل اعتبار من قبل الإدارة عند الإبرام والتنفيذ.

أما فى عقود التوريد العادية نجد أن شخصية المتعاقد ليست محل اعتبار بذات الدرجة على النحو المتبع فى عقود الأشغال والالتزام، ولذا تنص المادة ٦٢ من دفاتر الشروط على أنه فى حالة وفاة أو فقد أهلية المتعاقد، فإن ورثته أو من يتولون سلطة الوصاية عليه يستمرون فى تنفيذ العقد، ومع ذلك يجوز للوزير أن يصدر قراراً بفسخ العقد بناء على طلبهم أو إذا قدر أن حسن تنفيذ العقد إنما يستند إلى الكفاءة الشخصية للمتعاقد.

أما فى مصر فقد حسم المشرع الأمر، إذ تنص المادة ٧٦ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على أنه "إذا توفى المتعهد أو المقاول جاز لجهة الإدارة فسخ العقد مع رد التأمين أو السماح للورثة بالاستمرار فى تنفيذ العقد بشرط أن يعينوا عنهم وكيلاً بتوكيل مصدق على التوقيعات فيه ويوافق عليه رئيس الإدارة المركزية المختص".

"وإذا كان العقد مبرماً مع أكثر من متعهد أو مقاول وتوفى أحدهم فيكون لجهة الإدارة الحق فى إنهاء العقد مع رد التأمين أو مطالبة باقى المتعهدين بالاستمرار فى تنفيذ العقد. ويحصل الإنهاء فى جميع هذه الحالات بموجب كتاب موصى عليه بعلم الوصول دون حاجة إلى اتباع أية إجراءات

أخرى أو الالتجاء إلى القضاء".

والواقع أن النص السابق يبرز مدى أهمية شخصية المتعاقد فى استمرار الالتزامات التعاقدية. فهو وإن لم يرتب على وفاة المتعاقد فسخ العقد بقوة القانون، إلا أنه لم يفرض على الإدارة استمرار التعاقد مع ورثة المتوفى. وأجاز لها على سبيل التخيير فسخ العقد أو السماح للورثة بالاستمرار بعد موافقة الجهات المختصة.

فالجهة الإدارية والأفراد بالمعنى السابق هما إذن طرفا العقد الإدارى، وبطبيعة الحال لا تثبت لهما هذه الصفة إلا بعد إبرام العقد، أما قبل ذلك فيصعب بل يستحيل الحديث عن هم المتعاقدون، ولذا فإن كافة المنازعات التى قد تثور بينهما تتعلق بتنفيذ العقد، أو بمعنى أدق تتعلق بالشروط العقدية الواردة فى هذا العقد؛ إذ تعد هذه المنازعات - كما تقول المحكمة الإدارية العليا - من قبيل المنازعات الحقوقية التى تعرض على قاضى العقد وتكون محلاً للطعن باستعداء ولاية القضاء الكامل.

حاصل القول إذن أن القضاء الإدارى امتنع فى هذه المرحلة عن قبول طعون الإلغاء التى توجه إلى القرارات الإدارية التى تسهم فى تكوين العقد، استقلالاً عن عملية التعاقد ذاتها، فقد جرى على النظر إلى هذه القرارات باعتبارها إحدى الخطوات التى تسهم فى بنيان العقد أو فى تكوين عملية قانونية متكاملة هى العقد الإدارى - هذه العملية هى التى تكون محلاً للطعن القضائى وفقاً لطبيعتها وخصائصها القانونية.

المبحث الثانى

نشأة فكرة القرارات الإدارية القابلة للانفصال

فى مجال العقود الإدارية

لقد ظل مجلس الدولة الفرنسى معتقاً - فى خصوص الطعن فى منازعات العقود الإدارية - المسلك أو المنهج التركيبى أو الاندماجى سالف

الذكر حتى نهاية القرن التاسع عشر، حيث عدل مع بداية القرن العشرين، عن هذا المسلك أو ذلك المنهج وسمح بتحليل عناصر العملية التعاقدية، ومن ثم بفصل القرارات الداخلية في نطاقها أو في كيانها والتي تتسم بالذاتية والاستقلالية وهي القرارات التي أصبح يقال لها القرارات الإدارية المنفصلة أو القابلة للانفصال، وقبل الطعن في خصوصها استقلالاً بدعوى وقف التنفيذ والإلغاء، وهو ذات المسلك الذي انتهجه مجلس الدولة المصري.

فمثل هذه القرارات والتي تتعلق في الغالب بمرحلة إبرام العقد الإداري، بل والتي تعد المقدمة الأساسية لعملية انعقاد العقد، تظل - كما هو مستقر قضاء - متمتعة بذاتيتها واستقلاليتها طالما أنها منفصلة أو قابلة للانفصال عن هذه العملية، وذلك إلى أن يتم إبرام العقد. ومن هذه اللحظة، أي لحظة إبرام العقد تذوب تلك القرارات في العقد الذي تم إبرامه، وتشكل معه كلاً غير قابل للتقسيم أو التجزئة، بحيث تفقد في هذه الحالة ذاتيتها واستقلاليتها وتتحول إلى عنصر من عناصره، وبالتالي فإن قبول دعوى تجاوز السلطة في خصوصها وإن كان جائزاً في مرحلة ما قبل إبرام العقد، فإن هذه الدعوى ذاتها تستبعد - كقاعدة - ضد هذه القرارات في مرحلة ما بعد هذا الإبرام، استناداً إلى أنه لا يجوز إثارة مثل هذه الدعوى - كما ذكرنا من قبل - ضد العقد في مجمله.

فكيف ومتى نشأت فكرة القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية؟ وما هو معيار تمييز هذه القرارات؟ وما هو مفهوم وماهية تلك القرارات؟

نتناول إذن الموضوعات التالية، مخصصين لكل موضوع منهما مطلباً مستقلاً.

الموضوع الأول: القضاء الإداري ونشأة فكرة القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية.

الموضوع الثاني: ماهية القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية ومعيار تمييزها.

المطلب الأول

القضاء الإداري ونشأة فكرة القرارات الإدارية

القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية

لم تظهر فكرة القرارات الإدارية القابلة للانفصال بصفة عامة وفي مجال العقود الإدارية بصفة خاصة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، ومن ثم قبوله الطعن عليها بتجاوز السلطة، إلا مع نهاية القرن التاسع عشر، حيث هجر مجلس الدولة - مع بداية القرن العشرين كما ذكرنا - المنهج التركيبي أو الاندماجي متبنيًا المنهج التحليلي analytique والذي يقوم على أساس تحليل العملية المركبة وفصل القرارات الممهدة لها والمتداخلة في تكوينها، مع إتاحة الطعن عليها استقلالاً متى وصمت بعدم المشروعية، أمام قاضي الإلغاء بدعوى تجاوز السلطة.

ويرجع السبب في تبنى مجلس الدولة هذا المنهج، ما طرأ على دعوى الإلغاء من تطور، حيث لم تعد مجرد دعوى احتياطية، فقد أصبحت دعوى أصلية أو أساسية، بل لقد أصبحت دعوى الشريعة العامة أو القانون العام، وهو ما ترتب عليه - بطبيعة الحال - تقلص أو زوال شرط عدم وجود دعوى موازية لقبول الطعن بدعوى الإلغاء.

ولكن ونظراً لما تتمتع به دعوى تجاوز السلطة - كما ذكرنا - من مزايا عديدة ونتائج هامة إذا ما انتهت إلى إلغاء القرار المطعون فيه، فقد خشى مجلس الدولة من استحواذ الطعن بهذه الدعوى كافة الطعون التي تختص بها جهات قضائية أخرى، بل وفي ذات جهة القضاء الإداري، خاصة طعون القضاء الكامل، مما يخل - والحال هكذا - بقواعد توزيع الاختصاصات.

فقد أبقى مجلس الدولة - في إطار العملية القانونية التعاقدية - الاختصاص بنظر هذه العملية ككل لقاضي العقد وذلك بدعوى القضاء الكامل، وفي ذات الوقت ابتدع فكرة القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن هذه العملية، وأصبح يتعامل معها كوحدات أو عناصر يمكن عزلها وفصلها وبالتالي النظر فيها على استقلال عن باقي المكونات الأخرى للعملية، بحيث يمكن لأصحاب الشأن أن يطعنوا على مثل هذه القرارات بدعوى تجاوز السلطة استقلالاً عن الطعن - الذي يحق لهم أيضاً مباشرته - بدعوى القضاء الكامل ضد العملية التعاقدية بعد انتهائها.

وقد ظهر هذا التطور في قضاء مجلس الدولة الفرنسي ابتداءً في مجال عقود القانون الخاص للإدارة عام ١٩٠٣ و ١٩٠٤^(١)، ثم بحكم شهير، تشير إليه كافة مراجع القانون العام في هذا المجال، وهو حكم Martin عام ١٩٠٥^(٢)، والذي يعد في الواقع نقطة الانطلاق الحقيقية نحو تأصيل

(١) وكان ذلك بمناسبة قضايا متعلقة بعقود إيجار، فقد أقامت إحدى مدارس بلدية Guerre قضية بصدد عقد إيجار لمبنى هذه المدرسة، وفيها قضى مجلس الدولة أن المسائل المثارة في عريضة الدعوى تتميز عن تلك المتعلقة بصحة الإيجار المبرم بين مالك العقار ومندوب المدير ومن ثم لا يكون وزير الداخلية محقاً في الدفع بعدم قبول الدعوى على أساس أنها تهدف فقط إلى إبطال عقد قانون مدني يدخل في الاختصاص العام للمحاكم القضائية.

C.E. 11 Décembre 1903, commune de Guerre. Sirey. 1906. 3^{ème}, P. 49 note Hauriou.

كما أقامت بلدية Villiers- Sur Mer قضية تتصل بعقد إيجار مبنى مدرسة بتلك البلدية، وفيها التفت مجلس الدولة عن الدفع بعدم القبول ضمنياً ولم يعره اهتماماً ماضياً في نظر الدعوى والفصل فيها.

C.E. 22 Avril 1904, commune de Villiers, sur Mer. Sirey. 1903. 6^{ème}. P. 82, note Hauriou.

وأقيمت كذلك القضية بمعرفة بلدية Messe بشأن إيجار مبنى مقر العمودية فيها، وقد رفض المجلس الدفع بعدم القبول صراحةً قائلاً أن معرفة ما إذا كان هذان القراران قد اتخذوا من المدير في حدود سلطاته، مسألة متميزة تماماً عن صحة الإيجار المبرم بين السيد سافاج ومندوب المدير تنفيذاً لهذين القرارين، وأنه بالتالي، وأياً كان الطعن المتاح لبلدية Messe أمام الهيئة القضائية - والخاص بإبطال عقد القانون الخاص - فإنه يكون مقبولاً أمام مجلس الدولة على القرارين المشار إليهما بجائيهما واللذين أبرم العقد بناء عليهما.

C.E. 29 Mai 1904, commune de Messe.. Sirey 1906, P. 95 note Hauriou.

(1) C.E. 4 août 1905, Martin. A.J.D.A. 1906, P. 249 note Jeze.

واستقرار فكرة القرارات الإدارية القابلة للانفصال. وتدور وقائع هذا الحكم الهام بصدده عقد أشغال عامة، فقد صدر قرار عن المجلس العام بالتصريح بمنح إحدى الشركات التزام نقل بواسطة التزام، وتمخض عن هذا القرار إيراد عقد التزام، وقد رأى أحد أعضاء ذلك المجلس أن القرار معيب فى شكله لعدم سبق إعداد تقرير من المدير يوزع قبل جلسة المداولة خلال المدة التى حددها القانون، ومن ثم فقد طعن بالإلغاء على ذلك القرار نزولاً على أهمية الشكل فيه، وأن مخالفته تجول دون مباشرته لنيايته على الوجه الصحيح. وقد دفعت جهة الإدارة بعدم قبول الدعوى استناداً إلى أن القرار الطعين كان أساساً لعقد التزام تولدت عنه حقوق مكتسبة، وإعمالاً كذلك لنظرية الدعوى الموازية. بيد أن مجلس الدولة رفض هذا الدفع أو ذاك وقبل الطعن شكلاً رغم خضوع العملية الأساسية لاختصاص المحكمة الإدارية الإقليمية وذلك إعمالاً لفكرة القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العملية التعاقدية.

وهكذا قبل مجلس الدولة الفرنسى الطعن فى قرارات إيراد العقود الإدارية على استقلال عن باقى مكونات عملية التعاقد ذاتها، لأنها قرارات قابلة للانفصال عن باقى عملية التعاقد، حتى ولو كانت متضمنة ومدمجة داخل العقد ذاته، فطالما أمكن فصلها ذهنياً وفكرياً عن العقد، فهذا يكفى لاعتبارها قرارات قابلة للانفصال⁽¹⁾.

وفى مصر يلاحظ أن القضاء الإدارى اعتنق فكرة القرارات الإدارية القابلة للانفصال منذ نشأته عام ١٩٤٦، وذلك على الرغم من أن قانون إنشائه رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ لم ينص على اختصاصه بنظر منازعات العقود الإدارية مدنية كانت أم إدارية، إلا أنه وإعمالاً لاختصاصه الأصيل

(1) C.E. 7 Avril, 1911, Commune de Suzan, sirey. 1913, P. 50, note M. Hauriou.

برقابة القرارات الإدارية النهائية، فقد قبل الطعن فى القرارات الإدارية التى تدخل فى تكوين العقد الإدارى بدعوى تجاوز السلطة، طالما أنه يمكن عزل مثل هذه القرارات وفصلها والنظر فيها على حدة أو على استقلال عن باقى العناصر الأخرى المكونة لهذا العقد. وتأكيداً لذلك فقد قضت محكمة القضاء الإدارى فى بواكير أحكامها بتاريخ ١١/٢٥/١٩٤٧. بأنه "مما يجب التنبيه إليه أن من العمليات التى تباشرها الإدارة ما قد يكون مركبا له جانبان: أحدهما تعاقدى بحث تختص به المحكمة المدنية، والآخر إدارى يجب أن تسير فيه الإدارة على مقتضى النظام الإدارى المقرر لذلك فتصدر بهذا الخصوص قرارات من جانب واحد، تتوافر فيها جميع خصائص القرارات الإدارية وتتصل بالعقد من ناحية الإذن به أو إيرامه أو اعتماده، وتختص المحكمة بإلغاء هذه القرارات إذا وقعت مخالفة للقوانين أو اللوائح وذلك من دون مساس بذات العقد الذى يظل قائما بحالته إلى أن تفصل المحكمة المدنية فى المنازعات المتعلقة به^(١).

وقد استمر القضاء الإدارى فى مصر فى تطبيق هذه الفكرة، أى فكرة القرارات الإدارية القابلة للانفصال، بعد أن أصبح اختصاصه بالنظر والفصل فى المنازعات الإدارية اختصاصاً عاماً وشاملاً بصدور القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة، وذلك على أثر صدور دستور عام ١٩٧١ والذى نص فى المادة ١٧٢ منه على أن "مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة ويختص بالفصل فى المنازعات الإدارية وفى الدعاوى التأديبية ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى".

ومن أكثر المجالات التى أعمل فيها مجلس الدولة المصرى فكرة

(١) المجموعة س ٢، ص (٩). وفى ذات المعنى حكمها الصادر فى ١٤ مارس سنة ١٩٥٤، ص ٨، ص ٩٤٨؛ وحكمها الصادر فى القضية رقم ١٢٨٩، السنة الأولى ق، بجلسة ١٦ ديسمبر سنة ١٩٤٧.. وحكمها الصادر بتاريخ ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٦٠، السنة الخامسة عشر، ص ٨١.

القرارات الإدارية القابلة للانفضال هو مجال العقود الإدارية، خاصة في مرحلة إبرام هذه العقود والتي تجسد - كما ذكرنا - مجموعة هائلة من القرارات الإدارية التي يمكن فصلها عن العملية التعاقدية كما سنبين فيما بعد. وفي ذلك تقول محكمة القضاء الإداري "إن القرار الذي يصدر من جهة الإدارة بإبرام عقد من العقود يمثل إفصاح الإدارة بقصد إحداث أثر قانوني. وتحليل العملية القانونية التي تنتهي بإبرام العقد كوضع الإدارة لشروط المناقصة أو المزايدة، وقرارات لجنة فحص العطاءات، وقرارات لجنة البت، والقرار بإرساء المناقصة أو المزايدة، هي بغير منازع قرارات إدارية منفصلة عن العقد، ومن ثم يجوز الطعن فيها بالإلغاء بسبب تجاوز السلطة، ويمكن المطالبة بالتعويض عن الأضرار المترتبة عليها إن كان لهذا التعويض محل^(١).

كما تقول المحكمة الإدارية العليا في حكم أكثر تفصيلاً: "ومن حيث أنه ينبغي في ضوء تنظيم عملية العقد الإداري المركبة التفرقة بين نوعين من القرارات التي تصدرها الجهة الإدارية في شأن العقود الإدارية:

النوع الأول: وهو القرارات التي تصدرها أثناء المراحل التمهيدية للتعاقد وقبل إبرام العقد وهي تسمى القرارات المنفصلة المستقلة، ومن هذا القبيل القرار الصادر بطرح العمل في مناقصة، والقرار الصادر باستبعاد أحد المتناقصين، والقرار الصادر بإلغاء المناقصة أو بإرسائها على شخص معين، فهذه القرارات هي قرارات إدارية نهائية شأنها شأن أي قرار إداري نهائي وتطبق عليها جميع الأحكام الخاصة بالقرارات الإدارية النهائية.

والنوع الثاني: وينتظم القرارات التي تصدرها الجهة الإدارية تنفيذاً لعقد من العقود الإدارية واستناداً إلى نص من نصوصه كالقرار الصادر بسحب العمل ممن تعاقد معها، والقرار الصادر بمصادرة التأمين، أو بإلغاء

(١) الدعوى رقم ٤٣ لسنة ٧ق، جلسة ١٩٥٦/١/٨.

العقد ذاته، فهذه القرارات يختص القضاء الإدارى بنظر المنازعات التى تثور بشأنها لا على أساس اختصاصه بنظر القرارات الإدارية النهائية وإنما على أساس اعتباره المحكمة ذات الولاية الكاملة بنظر المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية^(١).

بعد أن بينا كيف نشأت فكرة القرارات الإدارية القابلة للانفصال فى مجال العقود الإدارية، وكيف استقرت وأصبحت من المبادئ العامة فى مجال القضاء الإدارى سواء فى فرنسا أم فى مصر، فلنا أن نتساءل عن ماهية تلك القرارات؟ أو ما هو التعريف الدقيق للقرارات القابلة للانفصال؟ هذا ما نبينه فيما يلى:

المطلب الثانى

ماهية القرارات الإدارية القابلة للانفصال

فى مجال العقود الإدارية ومعيار تمييزها

الفرع الأول

ماهية القرارات الإدارية القابلة للانفصال

فى مجال العقود الإدارية

بداية - وكما بينا من قبل - لا تثور فكرة القرارات الإدارية القابلة للانفصال إلا بمناسبة عملية قانونية مركبة، والعملية القانونية المركبة تعنى أن النتيجة النهائية، أو القرار النهائى لهذه العملية يتوقف على سلسلة من القرارات الضرورية والحتمية، والتى بدونها أو بدون أى منها لا تتم تلك العملية بالنتيجة المرجوة أو المطلوبة لها^(٢).

(٢) الطعن رقم ٦٦٦ لسنة ٢٤ق، جلسة ١٤/٤/١٩٧٩، مجموعة ١٥ سنة عليا، ص ١٧٨.
(1) R. ODENT, Cours de contentieux administratif, les cours du droit, 1978, P. 1101.

وفى ذات المعنى يقول شابييه:

"il y a oprération complexé lorsqu' une décision finale ne peut être prisé édictées qu'après intervention d'une ou de plusieurs déisions successives, spécialement édictées pour permettre la

"il y a opération complexe chaque fois qu'une série, nécessaire de décisions concourent pour aboutir à une décision finale".

والمفروض أن يتوافر شرطان أو صفتان في العملية حتى تعتبر عملية مركبة، هما: شرط الاستمرارية Condition de continiuté بين مكوناتها أو أجزائها أو مراحلها وإجراءاتها والقرارات التي تتخذ خلالها، وشرط النوعية أو الذاتية أو التميز Condition de spécificité، أى أن يكون لهذه العملية ذاتية أو خصوصية معينة تميزها من غيرها من العمليات المركبة الأخرى^(١).

هذا وقد ابتدع مجلس الدولة الفرنسي فكرة القرارات الإدارية القابلة للانفصال حتى يستطيع - كما ذكرنا - بسط رقابته على بعض التصرفات القانونية التي تجريها الإدارة - أى القرارات الإدارية - داخل عملية قانونية مركبة، دون انتظار لاكتمال أو انتهاء العملية ذاتها والتمعن فيها كلها، نظراً لأن مثل هذا الانتظار كان يترتب عليه بعض الآثار القانونية السلبية، مثل تأخر الفصل في بعض القرارات، وبطئ إقامة العدالة، مما كان يؤدي إلى ضياع حقوق البعض دون مبرر أو سند من القانون أو المنطق.

حقيقة أن القضاء لم يهتم كثيراً - وهذا هو منهجه أو عادته - بوضع

réalisation de l'opération dont la décision finale est l'aboutissement".

R. CHAPUS, Cours de contentieux administratif, les cours du droit 1979, P. 248.

(١) راجع في تفصيل هذين الشرطين:

François CHEVALIER, La fonction contentieuse de la théorie des opérations administratives complexes, A.J.D.A. No7- 8, juillet-Août 1981, P. 331; Patrice CHRETIEN, De la belle carrière promise à la notion d'opération complexe, A.J.D.A. No 1, 1982, P. 20.

وراجع كذلك الدكتور/ جورجى شفيق سارى، القرارات القابلة للانفصال فى القانون الإدارى، دراسة تحليلية مقارنة فى القانونين الفرنسى والمصرى، دار النهضة العربية، مايو ٢٠٠٢، ص ٤٥.

تعريف جامع مانع لفكرة القرارات الإدارية القابلة للانفصال؛ ولذا فقد تم استخلاص هذا التعريف من واقع التطبيقات القضائية لهذه الفكرة في مجال العمليات القانونية المركبة، خاصة العمليات العقدية.

ومن هذه التطبيقات، ما قضت به المحكمة الإدارية العليا من أنه "ينبغي التمييز في مقام التكليف، بين العقد الذى تبرمه الإدارة وبين الإجراءات التى تمهد لإبرام هذا العقد أو تهيئه لمولده، ذلك أنه بقطع النظر عن كون العقد مدنياً أو إدارياً، فإن هذه الإجراءات تتم بقرار من السلطة الإدارية المختصة، له خصائص القرار الإدارى من حيث كونه إفصاحاً عن إرادتها الملزمة بناء على سلطتها العامة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد إحداث أثر قانونى تحقيقاً لمصلحة عامة يتغياها القانون، ومثل هذه القرارات وإن كانت تسهم فى تكوين العقد وتستهدف إتمامه فإنها تتفرد فى طبيعتها عن العقد مدنياً أو إدارياً وتتفصل عنه ومن ثم يجوز لذى الشأن الطعن بالإلغاء ويكون الاختصاص بنظر طلب الإلغاء والحال كذلك معقود لمحاكم مجلس الدولة دون غيره"^(١).

أما الفقه فقد اهتم - على العكس من ذلك - بوضع تعريف لتلك الفكرة، فقد قيل بأنها قرارات إدارية تكون جزءاً من بنية عملية قانونية تدخل فى اختصاص القضاء العادى أو الإدارى بناء على ولايته الكاملة، أو تخرج عن اختصاص أى جهة قضائية، ولكن القضاء يقوم بفصل هذه القرارات عن تلك العملية ويقبل الطعن عليها بالإلغاء على انفراد^(٢).

أو بأنها عبارة عن تصرفات قانونية تصدر من جانب الإدارة بمفردها أو السلطات العامة بصفة عامة - فى إطار عملية مركبة - مع

(١) الطعان رقما ٣٢٠، ٤٠٠ لسنة ١٧ ق، جلسة ١٩٧٥/٤/٥، المجموعة، السنة ٢، ص ٣٠٧.
(٢) الدكتور/ عبد الحميد حشيش، القرارات القابلة للانفصال عقود الإدارة، دراسة مقارنة فى القانون المصرى والفرنسى، القاهرة، دار النهضة العربية، ص ٤٩٥.

COLLIARD, (G.A): La notion de l'act détachable et son rôle dans la juridiction du Conseil d'État Paris, Sirey, 1956, P. 115.

إمكان تجنيب هذه التصرفات، لتمثل على حدة قرارات قائمة بذاتها وصالحة لترتيب أثر قانوني معين، كتصرف قانوني فردي مكتمل ونهائي في حد ذاته، دون أن يخل ذلك بباقي المكونات الأخرى للعملية، ودون أن يؤثر على كيان العملية ذاتها أو يعطل أو يحول دون ترتيب الآثار القانونية المرجوة من ورائها، أى النتائج القانونية التي من أجلها قامت الإدارة بإتمام هذه العملية^(١).
ومن جانبنا نرى أن القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية، هي تلك القرارات التي تصدر مستقلة بذاتها في تسلسل وتتابع حتمي وملزم لتكوين عملية قانونية تعاقدية، وتقبل الانفصال عن هذه العملية والطعن عليها بدعوى تجاوز السلطة للإخلال بمبدأ المشروعية.

فهى إذن قرارات إدارية بالمعنى المتعارف عليه لتلك القرارات، تصدر مستقلة فى ذاتها، أى منفردة بطبيعتها عن عناصر ومكونات العملية المركبة، وهى هنا العملية التعاقدية، وتكون قابلة للانفصال عنها.

الفرع الثانى

معيار تمييز القرارات الإدارية القابلة للانفصال

فى مجال العقود الإدارية

يشترط بداءة لكى توصف تلك القرارات بأنها قرارات قابلة للانفصال ويمكن الطعن عليها استقلالاً عن باقى العملية التعاقدية ودون انتظار إتمام أو انتهاء هذه العملية، أن تكون فى ذاتها صالحة لأن تفصل عن العملية المشار إليها، وهى تكون كذلك إذا أحدثت بمفردها آثاراً قانونية مستقلة عن الآثار القانونية لهذه العملية، وأن يكون فصلها غير مؤثر كذلك فى نفاذ واستمرار أو فى كمال مراحل وإجراءات تلك العملية أو فى ما يترتب عليها من آثار.

(١) الدكتور/ جورجى شفيق سارى، القرارات القابلة للانفصال فى القانون الإدارى، المرجع السابق، ص ٤٣.

فإن لم تكن كذلك، أى لم تكن صالحة لأن تحدث بذاتها آثاراً قانونية مستقلة، وإنما تتبع فى ذلك بقية أجزاء أو عناصر العملية، أو أن فصلها يؤثر على إتمام باقى إجراءات أو مراحل العملية كلها، انتفى عنها وصف القرارات الإدارية القابلة للانفصال، وتظل بالتالى قرارات غير قابلة لهذا الانفصال عن العملية التعاقدية، بحيث لا يقبل الطعن فيها استقلالاً عن هذه العملية، إذ تصبح - والحال هكذا - جزءاً أو عنصراً من مكوناتها وأجزائها^(١).

هذا من ناحية ومن ناحية أخرى، تتميز فكرة القرارات الإدارية القابلة للانفصال فى مجال العقود الإدارية، عن فكرة الإلغاء أو الإنهاء الجزئى للقرارات الإدارية، والتي يلجأ إليها القاضى الإدارى حينما تكون بعض أجزاء أو آثار تلك القرارات غير مشروعة، فى حين أن بقية الأجزاء أو الآثار الأخرى صالحة لأن تبقى على الهدف أو الأساس من تلك القرارات، وهو ما يعنى أن القاضى الإدارى يقتصر فى حالة تعدد نصوص أو أجزاء القرار الإدارى، على بتر ما اعترى من هذه النصوص أو الآثار بعيب من عيوب مخالفة المشروعية، وأن يحتفظ فى ذات الوقت ببقية النصوص أو الأجزاء الأساسية منها، مادامت لا تتنافى مع المشروعية: أما حيث يكون المتبقى من القرار لا يكفل له بقاءه على الوجه السابق، فإنه لا يكون للقاضى أن يقضى بالإلغاء الجزئى، بل لزاماً عليه أن يقضى بالإلغاء الكلى^(٢).

وإذا كانت القرارات الإدارية القابلة للانفصال تشكل جزءاً أو عنصراً من أجزاء أو عناصر العملية التعاقدية، إلا أن إلغائها ينصب عليها فى

(1) H. CHARLES, "Actes rattachables "et" Actes détachables" en Droit administratif français, contribution à une théorie de l'opération administrative, Paris, L.G.D.J. 1968.

(٢) الدكتور/ وهيب عياد سلامة، الإلغاء الجزئى للقرارات الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢، ص ٣٥ وما بعدها.

مجموعها، أى على موضوعها بالكامل سواء أكان مكوناً من جزء واحد أو من أجزاء متعددة، بمعنى أن الإلغاء فى هذه الحالة، وإن كان إلغاء جزئياً، إلا أنه ينصب على جزء من العملية التعاقدية ككل، لا على جزء من القرار المنفصل عن هذه العملية، فى حين أن الإلغاء الجزئى للقرارات الإدارية إنما يقتصر على جزء أو على أثر ثانوى من أجزاء أو آثار هذه القرارات، مع بقاء تلك القرارات قائمة فى أساسها أو ركيزتها وما ترمى إليه من أهداف.

وفى مجال فكرة تحول القرارات، يثور تساؤل عما إذا كانت هذه الفكرة تختلط بفكرة القرارات الإدارية القابلة للانفصال فى مجال العقود الإدارية؟ أم أنهما فكرتان مختلفتان؟

تشير بداية إلى أن الفكرتين من خلق وابتداع القضاء الإدارى الفرنسى؛ كما أن فكرة تحول القرارات، وإن كانت مستنبطة من نظرية تحول العقود المدنية، فإن فكرة القرارات الإدارية المنفصلة لا وجود لها إلا فى إطار العمليات المركبة ومن بينها العمليات التعاقدية إدارية كانت أم مدنية.

هذا وتكمن فكرة التحول أو جوهر هذه الفكرة فى أن هناك تصرفاً ما باطلاً، إلا أنه يحمل فى طياته عناصر تصرف آخر صحيح، فيتم التحول إلى هذا التصرف الصحيح إذا كانت النية أو الإرادة المفترضة تتجه إليه. فتحول القرار الإدارى إذن يتطلب أولاً أن يكون هناك قرار باطل، وهو يكون كذلك إذا كان فاقداً لعنصر من عناصر المشروعية سواء أكانت خارجية أم خارجية، إلا أن هذا القرار يحمل فى طياته رغم ذلك عناصر قرار آخر صحيح، أو بمعنى أدق يحمل فى طياته من العناصر القانونية والموضوعية، ما يجعله صالحاً لأن يتوافق مع عناصر تصرف جديد يمكن أن يتحول إليه، بشرط أن تكون الإرادة المفترضة متجهة نحو هذا التصرف الصحيح.

بل لقد ذهب فقه القانون العام الراجح إلى أن فكرة التحول لا تقتصر فقط على القرار الباطل، وإنما تصلح أيضاً بخصوص القرار المنعدم إذا

توافر فيه - بطبيعة الحال - الشروط السابقة، وطالما أن القرار الذي سوف يتمخض من عملية التحول يحقق مصلحة كل من الإدارة والمخاطب بهذا القرار^(١). هذا وقد طبقت محكمة القضاء الإداري فكرة التحول في أحد أحكامها في قضية تتلخص وقائعها في أن المدعى قد تمت إعارته من القطاع الخاص إلى الهيئة العربية للتصنيع، حيث أقرت المحكمة بتحول هذا القرار الباطل إلى قرار آخر صحيح وهو التعيين في الهيئة السالفة بمكافأة شاملة وذلك لتوافق القرارين السالفين - الأول الباطل والثاني الصحيح - واتجاه إرادة الإدارة والمدعى الافتراضية إلى ارتضاء القرار الصحيح إذا علما ببطلان القرار الأصلي^(٢).

كما وافقت المحكمة الإدارية العليا على أعمال نظرية تحول القرار الإداري، حينما قررت تحول قرار أمين إحدى الجامعات بمد بعثة المدعية بدون مرتب (وهو قرار باطل) إلى قرار بمد البعثة مع صرف الراتب (قرار صحيح) طوال مدة البعثة كأثر حتمى للمد، وكذلك عن الأيام الفعلية التي قضتها بمقر البعثة بعد حصولها على الدكتوراه^(٣).

وهكذا يقوم القاضى بناء على فكرة التحول بإلغاء قرار ما لانتوائه على عناصر غير مشروعة، إلا أنه يقضى فى ذات الوقت بتحول هذا القرار الباطل إلى قرار آخر صحيح، إذا رأى أنه ينطوى على عناصر قانونية

(١) الدكتور/ رأفت دسوقي محمود حسين، رسالة دكتوراه بعنوان "فكرة التحول فى القرارات الإدارية" عام ٢٠٠٢، جامعة عين شمس؛ الدكتور/ رمزى طه الشاعر، تدرج البطلان فى القرارات الإدارية، ص ٤٤١؛ الدكتور/ عاطف محمد شوقي، القرارات الإدارية القابلة للانقضاء فى قضاء مجلسى الدولة الفرنسى والمصرى، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ٢٠٠٧، ص ٣١.

بينما ذهب الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى إلى أن القرار المعدوم لا يمكن أن يتحول إلى قرار سليم مهما طال عليه الزمن، النظرية العامة للقرارات الإدارية، الطبعة السادسة، عام ١٩٩١، ص ٤٠٩.

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري، جلسة أول ديسمبر ١٩٦٩، الدعوى رقم ٢٤٨، المنع ٢٠، مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة القضاء الإداري، السنة ٢٤ عالية، ص ١٣٣.

(١) الطعن رقم ٦٠٠، السنة ٣٤ق، جلسة ١٩٩٦/١/٦؛ الطعن رقم ٢٧٥، السنة ٣٧ق، جلسة ١٩٩٧/٧/١٢.

وموضوعية تتفق مع محل هذا القرار الأخير، وأن النية أو الإرادة الافتراضية تتجه إليه. فالقاضي لم يعدم إذن آثار القرار الباطل، أو اعتبرها هي والعدم سواء، وإنما حكم بتحول هذا القرار الباطل إلى قرار جديد صحيح؛ وهو ما يختلف جذرياً عن فكرة القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية، حيث يقوم القاضي في حالة عدم شرعية هذه القرارات بالحكم بإلغائها استقلالاً عن العملية القانونية المركبة وإعدام كافة آثارها، بل واعتبارها هي والعدم سواء.

وأخيراً نشير إلى أن فكرة القرارات الإدارية المنفصلة في مجال العقود الإدارية لا تختلط على الإطلاق بفكرة أو بنظرية الدعوى الموازية والتي سبق لنا بيانها، والتي تقوم على أساس أنه يمتنع على صاحب الشأن أن يلجأ إلى قاضي الإلغاء، طالما أن هناك طريقاً قضائياً آخر يمكنه أن يلجأ إليه، ويحقق له ذات النتائج، وهو ما يعرف بطريق الدعوى الموازية.

وحيث أن فكرة القرارات الإدارية القابلة للانفصال مرتبطة بدعوى الإلغاء، فإن وجود الدعوى الموازية آنذاك كان مانعاً من ظهور فكرة تلك القرارات، إذ كان يجب على صاحب الشأن (الطاعن) أن يلجأ في خصوص العملية التعاقدية كاملة بكل عناصرها وقراراتها ومكوناتها إلى قاضي العقد في إطار ما يعرف بالقضاء الكامل، لذلك ومع تفهقر وغياب نظرية الدعوى الموازية، ظهرت على الفور فكرة أو نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال، بحيث يمكن القول أنه لولا ذهاب أو غياب فكرة أو نظرية الدعوى الموازية ما كان لفكرة أو نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال أن تظهر في عالم القانون أو القضاء.

من هنا فقد أشرنا إلى أن الفكرتين لا يجتمعان ولا علاقة لأى منهما بالأخرى، بل ولا وجود لأيهما مع وجود الأخرى.

المبحث الثالث

صفة الطاعن وولاية القضاء المختص بنظر إجراءات الطعن في منازعات العقود الإدارية بعد نشأة فكرة القرارات الإدارية القابلة للانفصال

بعد أن تم إقرار فكرة القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية على النحو سالف الذكر، فإن صفة الطاعن وولاية القضاء المختص بنظر إجراءات الطعن في تلك القرارات أصبحت تثار ليس فقط في مرحلة ما بعد إبرام العقد، كما كان عليه الحال قبل نشأة تلك الفكرة، وإنما أيضاً في مرحلة ما قبل إبرام العقد، أي في المرحلة السابقة على انعقاد العقد. وبمعنى آخر يمكن القول أنه بعد أن كان ممنوع على المتعاقدين وغير المتعاقدين الطعن في القرارات الإدارية الممهدة لإبرام العقد الإداري بالإلغاء أمام قاضي تجاوز السلطة، إذ كان من الواجب على المتعاقدين فقط دون غير المتعاقدين، الانتظار لحين إبرام العقد للطعن في هذه القرارات من خلال الطعن في العملية التعاقدية برمتها أمام قاضي العقد في إطار القضاء الكامل كما بينا من قبل، أصبح الطعن بالإلغاء - بعد نشأة فكرة القرارات الإدارية القابلة للانفصال - متاحاً في مرحلة ما قبل إبرام العقد الإداري.

هذا ويلاحظ أن صفة الطاعن في هذه المرحلة الأخيرة تثبت لكل ذي مصلحة شخصية ومباشرة وفي أي من القرارات التي تتخذها الإدارة تمهيداً لإبرام العقد، طالما توافرت فيه سمات القرار الذي يقبل الطعن بالإلغاء بأن كان - كما ذكرنا من قبل - نهائياً ومعبراً عن إرادة مفردة بقصد إحداث أثر قانوني معين وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة.

ولذا لا نجد في مرحلة ما قبل إبرام العقد الإداري أثراً لمصطلح المتعاقدين أو غير المتعاقدين، فنحن لسنا أمام عقد أصلاً، إذ لم ينعقد هذا العقد بعد، وإنما المصطلح الذي يطلق على الطاعنين في هذه المرحلة هو

مصطلح المتنافسون أو الراغبون في التعاقد، فكل من ينطبق عليه هذا الوصف له الحق في الطعن بالإلغاء أمام قاضي تجاوز السلطة.

مع ملاحظة أن الإدارة يصعب، بل يستحيل عليها - في هذه المرحلة - أن تبادر بالطعن بالإلغاء على القرارات الصادرة عنها تمهيداً لإبرام العقد، بمعنى أنه يصعب بل يستحيل أن تقف في موقف المدعى أمام قاضي الإلغاء، خاصة أن مصلحتها في الطعن تكاد أن تكون في هذه الحالة منعدمة. وعلى العكس من ذلك، فإنه من الممكن أن تقف - وهذا هو الوضع الطبيعي - موقف المدعى عليها، وأن تدفع بقرينة السلامة في أعمالها الإدارية.

يترتب على ذلك أن الطعون في المرحلة السابقة على التعاقد، أي طعون المتنافسين أو الراغبين في التعاقد، والتي تدور في أغلب المنازعات حول استبعادهم أو حرمانهم من الدخول أو الاستمرار في حلبة المنافسة، هذه الطعون تؤسس أو يجب أن تؤسس على مخالفة مبدأ المشروعية، أي مخالفة القوانين واللوائح المنظمة لعملية التعاقد، وبديهيّاً ألا تؤسس على مخالفة شروط أو بنود العقد، إذ لم ينعقد - كما ذكرنا - هذا العقد بعد.

ولهذا لا نتفق مع أستاذنا المرحوم الدكتور الطماوي حينما ذكر "أن القرارات المنفصلة التي تستهدف العمل على إتمام التعاقد أو الحيلولة دون إتمامه، يكون الطعن فيها لغير المتعاقدين، لأن سبيل التعاقد هو القضاء الكامل أمام قاضي العقد"^(١). إذ نحن لسنا أمام متعاقد أو غير متعاقد، بل لا اختصاص لقاضي العقد في هذه المرحلة طالما أنه لا يوجد أساساً عقد تنسب إليه هذه المعطيات.

أما بعد إبرام العقد وفي مرحلة تنفيذه، فإن مشكلة صفة الطاعن وولاية القضاء المختص بنظر إجراءات الطعن في القرارات الإدارية القابلة للانفصال تظهر أو تطفو على السطح، بل وتبدو ذات أهمية بالغة، وذلك

(١) المرجع السابق، ص ٢١٢.

لحسم المنازعات التي من الممكن أن تثار في خصوص تلك القرارات والتي قد يكون لها أثر على العقد بعد إبرامه.

وهنا نجد أن المستقر عليه قضاءً في فرنسا ومصر أن صفة الطاعن بعد إبرام العقد تثبت للمتعاقدين أمام كل من قاضى الإلغاء وقاضى العقد ولغير المتعاقدين، ولكن فقط أمام قاضى الإلغاء دون قاضى العقد كما سنبين فيما بعد.

ومع ذلك يلاحظ أنه صدر في مصر بتاريخ ٢٢ إبريل ٢٠١٤ قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤ بتنظيم بعض إجراءات الطعن على عقود الدولة، ليقتصر الحق في الطعن في القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية سواء في مرحلة ما قبل إبرام العقد أم في مرحلة تنفيذ العقد فقط على المتعاقدين دون غيرهم.

وعلى ذلك نتناول الموضوعات التالية مخصصين لكل موضوع منها مطلباً مستقلاً.

الموضوع الأول: طعون المتعاقدين في القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مرحلة تنفيذ العقد.

الموضوع الثاني: طعون الغير في القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مرحلة تنفيذ العقد.

الموضوع الثالث: طعون غير المتعاقدين في ضوء القرار بقانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤ في المرحلة التمهيدية لإبرام العقد ومرحلة تنفيذ هذا العقد.

المطلب الأول

طعون المتعاقدين في القرارات الإدارية القابلة للانفصال

في مرحلة تنفيذ العقد

تنقسم طعون المتعاقدين في مرحلة تنفيذ العقد إلى قسمين كما يلي:

القسم الأول: طعون المتعاقدين المستندة إلى نصوص العقد ذاته:

بمعنى أن القرارات المنفصلة المطعون فيها تستند إلى ما ورد في هذا العقد من شروط وبنود تعاقدية، ولذا يقال لها القرارات المتصلة بتنفيذ العقد، كالقرارات الخاصة بإنهاء العقد أو فسخه إذا كانت بمثابة جزاءات عقديّة، أو القرارات برفض تعويض المتعاقد عن الأضرار التي أصابته نتيجة تنفيذ العقد، أو بسبب إجراء اتخذته الإدارة بمناسبة هذا التنفيذ، أو أى من القرارات التي تمس الحقوق المتولدة عن العقد أثناء تنفيذه... الخ.

وهنا نجد أن أحكام القضاء الإداري سواء في فرنسا أم في مصر، قد تواترت على رفض فصل مثل هذه القرارات عن العملية التعاقدية والطعن فيها بالإلغاء استقلالاً، سواء أكان هذا العقد إدارياً أم كان مديناً، بل وأيا كان الإجراء المطعون فيه، إذ يجب على المتعاقد في خصوص تلك القرارات الطعن فيها أمام القاضي الطبيعي لها وهو قاضي العقد في إطار القضاء الكامل.

هذا وقد اختلف الفقه - كما بينا من قبل - في تبرير عدم جواز فصل القرارات أو الإجراءات المتعلقة بتنفيذ العقد والطعن فيها استقلالاً بأسلوب تجاوز السلطة، إذ قيل أن ذلك يرجع إلى وجود الدفع بالطعن الموازي، أو بأن هذه القرارات تعد جزءاً من العقد ويصعب بالتالي فصلها عنه، أو لأن القرارات المتعلقة بتنفيذ العقد تتخذها الإدارة بناء على حقوقها المستمدة من العقد، لا بناء على نصوص قانونية أو لائحة والتي تبرر مخالفتها الطعن بتجاوز السلطة، وأخيراً استناداً إلى المبدأ المستقر في القانون الخاص وهو أنه إذا توافر لشخص الحق في تحريك دعوى المسؤولية العقدية ودعوى المسؤولية غير العقدية (التقصيرية) فإن الأولى تجب الثانية وعلى ذلك فلا يجوز للمتعاقد أن يلجأ إلى دعوى الإلغاء، مادام باب المسؤولية العقدية مفتوحاً أمامه، بل لقد ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن واحداً من هذه الآراء كلها لا تكفى بمفرده لتبرير مسلك القضاء المستقر في عدم جواز

فصل إجراءات تنفيذ العقود الإدارية عن العقد ذاته، ومن ثم عدم جواز الطعن فيها استقلالاً بأسلوب تجاوز السلطة، بل إنها مجتمعة تصلح لتبرير ما استقر عليه القضاء في هذا الشأن^(١).

حاصل القول إذن أن الطعن بالإلغاء أمام قاضي تجاوز السلطة، لا يكون مقبولاً في العقد ذاته أو في مشروعيته أو في صحته أو في شروطه أو في تنفيذه أو في قرار فسخه أو انقضائه، لأن هذه كلها أعمال لا يمكن فصلها عن العقد ذاته، وهي ذات طبيعة تعاقدية، ولا يتوفر فيها الشروط المطلوبة في العمل القانوني الذي يصلح لأن يكون محلاً للطعن بالإلغاء. فقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أن الشركة طالما أنها أعلنت برسو عطاء نقل المراسلات عليها بصفة نهائية، فإنه لا يمكنها - والحال هكذا - تقديم طلباتها بالإعفاء من الالتزامات الناشئة عن عقدها عن طريق الطعن بالإلغاء لتجاوز السلطة^(٢).

وفي مصر فقد قضت محكمة القضاء الإداري بعدم قبول الطعن بالإلغاء في القرار الصادر من الإدارة بزيادة عدد السيارات المقررة في العقد، قائلة: أن "القرار مثار النزاع إنما صدر من المجلس البلدي استناداً إلى نص في قائمة الشروط الخاصة بالالتزام ومن ثم فإن المنازعة في شأنه تدخل في منطقة العقد الإداري، فهي منازعة حقوقية وتكون محلاً للطعن على أساس ولاية القضاء الكامل دون ولاية قضاء الإلغاء"^(٣).

كما قضت المحكمة الإدارية العليا أن القرار الصادر من الإدارة بفسخ عقد وشطب اسم المتعاقد من سجل المتعهدين، ومصادرة التأمين قد صدر استناداً إلى الاشتراطات العامة الخاصة بالمناقصات والتوريدات

(١) الدكتور/ زكي محمد النجار، المرجع السابق، ص ٣٨٨ وما بعدها.
(1) C.E, 19 avril- 1930, société des Autobus de Djurdjura, Rec. P. 311.

(٢) الدعوى رقم ٣٥٧ لسنة ١٧ق، جلسة ١٩٧٧/٣/٢٤، المجموعة، السنة ١١، ص ٣٠٠.

الملحقة بالعقد، ومن ثم فإن المنازعة في شأن هذا القرار تدخل في منطقة العقد الإداري وتكون محلاً للطعن على أساس استعداء ولاية القضاء الكامل دون ولاية قضاء الإلغاء^(١).

القسم الثاني: طعون المتعاقدين المستندة إلى مبدأ المشروعية: فهذا القسم يتعلق إذن بالقرارات التي وإن كانت الإدارة قد اتخذتها بمناسبة تنفيذ العقد، إلا أنها تستند في خصوصها إلى نصوص القوانين واللوائح الحاكمة لعملية التعاقد، أو إلى هيمنتها كسلطة عامة وتؤثر على هذا التنفيذ، مثل قرارات الضبط الإداري التي تتخذها الإدارة لحماية الأمن أو الصحة أو السكينة أو الآداب العامة.

وهنا نجد أن مجلس الدولة الفرنسي والمصري، قد استقرا على قبول الطعن في تلك القرارات بطريق الإلغاء أو بطريق تجاوز السلطة؛ فقد قبل مجلس الدولة الفرنسي طعنا بالإلغاء أقيم من الصندوق الابتدائي للأمن الاجتماعي وآخرين ضد قرار وزير العدل باعتباره سلطة وصاية للإدارة، لإلغاء الاتفاق المبرم بين الطاعن وبين صناديق جراحية أخرى^(٢).

كما تقول محكمة القضاء الإداري في دعوى استخدمت الإدارة فيها سلطات الضبط الإداري لضمان تنفيذ العقد، حيث أصدر وزير التعمين قراراً بالاستيلاء على الأصناف الموجودة لدى الشركة المتعاقدة لمماطلتها في التوريد، تقول المحكمة أن "هذا القرار لا يخرج عن كونه إجراء صدر من الجهة القائمة على شئون التعمين باعتبارها سلطة عامة واستناداً إلى أحكام القانون... فلا يعتبر هذا الاستيلاء استعمالاً من جانب جهة الإدارة المتعاقدة لحقها المستمد من العقد....." (٣).

(٣) الطعن رقم ١١٠٩ لسنة ٨ ق.ع، جلسة ١٩٦٣/١٢/٢٨، المجموعة، السنة ٥٩، ص ٣٢٤.
(١) C.E. 15- decembre- 1967, Caisse chirurgicale Mutuelle de la ciroude et autres, A.J.D.A, 1968, 2 éme, 1968, P., 131.
(٢) الدعوى رقم (١) لسنة ١٧ق، جلسة ١٩٦٣/١٢/١٥، المجموعة، السنة ١٨، ص ٤٠٣.

بل لقد قبل مجلس الدولة الفرنسى والمصرى الطعون المقدمة من العمال المرتبطين مع الإدارة بعقد إدارى إذا كان مبنى الطعن النصوص اللاتحوية التى اشتمل عليها العقد، كذلك المتعلقة بإجراءات العمل والقواعد الخاصة بتنظيمه^(١).

وعلى أية حال يجب أن يتوافر فى الطعن على القرارات سالفه الذكر، أمام قاضى الإلغاء ذات الشروط الشكلية والموضوعية لقبول هذا الطعن ضد أى قرار آخر، سواء من حيث مدة الطعن أو المصلحة الشخصية المباشرة. فالمتعاقد الذى رست عليه المناقصة لا يمكن أن يطلب - كما ذهب الأستاذ جيز - إلغاء قرار الإرساء لأن هذا القرار لم يهدر له حقاً، وبالتالي فلا مصلحة له ولا صفة^(٢).

هذا وقد برر جانب من الفقه الفرنسى قبول الطعن بالإلغاء فى الحالات السابقة بأن القرارات التى تتخذها الإدارة المتعاقدة بصفة أخرى خلافاً لصفتها التعاقدية تنفصل عن العقد. وهذه القرارات تأخذ حكم القرارات التى تتخذها جهة إدارية أخرى أجنبية عن العقد، فعلى الرغم من أنها ليست مرتبطة بالعلاقات التعاقدية إلا أنها تؤثر فى تنفيذ العقد ولذلك يجب منطقياً أن يتمكن المتعاقد من الطعن فيها بالإلغاء مثلما يمكن لأى شخص صاحب مصلحة أن يفعل ذلك^(٣).

والتبرير المناسب لذلك أنه عندما تكون تدابير الإدارة صادرة بمقتضى سلطات خارجية تماماً عن العقد مثل السلطات المعترف بها للإدارة بواسطة القوانين واللوائح أو عندما يكون التدبير محل الشأن متعلقاً بإنهاء

(٣) حكم محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم ١٠٥ لسنة ٤٤ق، بتاريخ ١٩٥٢/١/٢٤، المجموعة، السنة ٦، ص ٣٧٧.

(1) JEZ. G. Les principes généraux de droit administratif, Paris, 1939, P. 117.

(2) De laubadère et Moderne et Delvolvé, Traité des contrats administratif, Paris, 1956, Tome 2. P. 1068.

العقد وصادراً بمقتضى القواعد المطبقة على العقود تحت شكل مرسوم يسرى على طائفة كاملة من العقود فإن هذا المرسوم اللاتحى بسبب مداه العام يكون قابلاً للطعن فيه بالإلغاء من جانب متعاقدى الدولة^(١).

المطلب الثانى

طعون الغير فى القرارات الإدارية القابلة للانفصال

فى مرحلة تنفيذ العقد

يقصد بالغير فى مجال الطعن فى القرارات الإدارية القابلة للانفصال فى مجال العقود الإدارية، كل من هو ليس طرفاً فى العقد، بشرط أن تكون له مصلحة مشروعة وجادة فى إلغاء أى من تلك القرارات. مع ملاحظة أن هذا الغير هو الذى كان وراء ابتداء مجلس الدولة الفرنسى نظرية القرارات المنفصلة فى مجال العمليات القانونية المركبة بصفة عامة وفى مجال العقود الإدارية بصفة خاصة.

فقد كان الغير بالمعنى السابق، محروماً - حتى ظهور هذه النظرية - من الحق فى الطعن فى أى من القرارات المرتبطة بالعقد الإدارى سواء أمام قاضى العقد أم أمام قاضى الإلغاء، حتى وإن كانت له مصلحة مشروعة فى هذا الطعن، وذلك إعمالاً لمبدأ نسبية أثر العقد سواء من حيث الأشخاص أو من حيث الموضوع كما بينا من قبل، الأمر الذى كان يجسد إنكاراً للعدالة بالنسبة لهذا الغير، خاصة أنه لم يكن هناك من سبيل آخر أمامه يستطيع اللجوء إليه للدفاع عن حقوقه التى أدى العقد إلى المساس بها؛ وهو ما دفع مجلس الدولة الفرنسى - كما ذكرنا من قبل - إلى هجر النظرية التكاملية أو نظرية الاندماج فى مجال العقود الإدارية وتبنيه فى المقابل النظرية التحليلية، وابتداعه بالتالى نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال وأجاز بمقتضاها للغير الطعن فى تلك القرارات استقلالاً أمام قاضى الإلغاء، وكانت فاتحة

(٣) المرجع السابق، ص ١٠٦٠.

أحكامه فى هذا الشأن الحكم الصادر فى قضية Martin عام ١٩٠٥ سالفه الذكر.

ومنذ صدور هذا الحكم وحتى الآن، فإن القضاء الإدارى سواء فى فرنسا أم فى مصر مستقر على قبول الطعن المقدم من غير طرفى العقد - بدعوى الإلغاء أمام قاضى تجاوز السلطة وليس بدعوى القضاء الكامل أمام قاضى العقد- ضد القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد والتي صدرت فى مرحلة تنفيذ هذا العقد، أو تلك التي صدرت فى مرحلة إبرام العقد متى تحققت فيها - كما ذكرنا - الشروط المتعلقة بقبول هذا الطعن، وكانت الإدارة قد اتخذت تلك القرارات باعتبارها سلطة عامة أو مستندة فى خصوصها إلى القوانين واللوائح المقررة فى هذا الشأن.

بل لقد قبل مجلس الدولة المصرى الطعن بالإلغاء ضد قرارات فصل المستخدمين لدى الإدارة استناداً إلى أحد النصوص التعاقدية لا إلى نص لائى فى العقد. فقد قضت محكمة القضاء الإدارى "بأن السلطة المخولة للوزير فى فصل المدعى حسب المادة السادسة من عقد الاستخدام رهينة بأن يكون قد وقع منه سوء سلوك شديد فلا يستقيم قرار الفصل إلا على مقتضى هذا النظر، لذلك فإن القرار المطعون فيه يكون قد جانب القانون حقيقاً بالإلغاء"^(١).

هذا وقد أجاز مجلس الدولة الفرنسى للغير دون المتعاقدين، الطعن على القرارات المتعلقة بتنفيذ العقد أو فسخه بالإلغاء لتجاوز السلطة^(٢).

Les décisions relatives à l'exécution et à la résiliation d'un contrat sont susceptibles d'être reconnues comme détachables à l'égard des tiers.

(١) الدعوى رقم ٢٦٥ لسنة ٤٢ق، جلسة ١٢/٢٨/١٩٥٠، المجموعة، السنة (٥)، ص ٣٤٥.
(2) C.E. Sect. 24 avril 1964, Soc. An livraisons industrielle et commerciales, Rec. P. 299, A.J. 1964, P. 293 et P. 308, D. 1964, P. 665, Note C. DEBBASCH.

كما اعترف المجلس كذلك للمنتفعين بخدمات المرافق العامة المدارة بطريق الامتياز أو طبقاً لعقود التزام المرافق العامة la concession des services publics الطعن بأسلوب تجاوز السلطة ضد إجراءات التنفيذ الصادرة من الإدارة مانحة الالتزام وتكون مستندة في خصوصها إلى النصوص اللائحية بتلك العقود. فقد استقر مجلس الدولة الفرنسي منذ حكمه في قضية syndicat croix-desequey بتاريخ ١٢/٢١/١٩٠٦ على أنه يجوز للمنتفعين بخدمات المرفق العام الطعن بالإلغاء ضد القرارات التي تصدرها الإدارة في مرحلة تنفيذ العقد استناداً إلى نصوص لائحية، وذلك في حالتين^(١):

١ - القرارات الصادرة عن جهة الإدارة بالمخالفة للشروط اللائحية الواردة في وثيقة التزام أو أى قاعدة قانونية إذا مست حقوقهم.

٢ - القرارات السلبية برفض الإدارة إجبار الملتزم بناء على طلب المنتفعين على عدم مخالفة شروط الالتزام، إذ يمثل امتناع الإدارة عن التدخل في هذه الحالة قراراً إدارياً سلبياً بالرفض يسوغ للمنتفعين الطعن فيه بالإلغاء.

وأخيراً فقد أجاز مجلس الدولة الفرنسي لعمال الملتزم، الطعن ضد القرارات المتصلة بعقود التزام المرافق العامة أمام قاضى الإلغاء بتجاوز السلطة وذلك في حالة ما إذا كانت هذه العقود تتضمن شروطاً تكفل لهؤلاء العمال بعض المزايا المتعلقة بحقوقهم، على أن تكون إقامة هذا الطعن من قبل النقابات الممثلة لهم، لا من قبل العمال أنفسهم فرادى، وإن جاز لهم الطعن أمام قاضى العقد.

مع ملاحظة أن مجلس الدولة المصرى قد توسع في هذا الشأن عن

(1) C.E, 21- decembre- 1906, Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier croix de Eeguey Tivole, Rec. P. 59.

نظيره الفرنسي حينما أجاز للعمال أنفسهم - وليس للنقابات فقط - الطعن بالإلغاء ضد القرارات التي تصدر عن الإدارة بالمخالفة للشروط اللائحية المتعلقة بهم والواردة في وثيقة الالتزام^(١).

إضافة إلى أن مجلس الدولة المصري أتاح الطعن بالإلغاء للمتفعين بخدمات المرافق العامة التي تدار بأسلوب الامتياز ضد القرارات المتعلقة بالتنفيذ استقلالاً عن عقد الالتزام إذا خالفت تلك القرارات الشروط اللائحية الواردة في وثيقة الالتزام أو خالفت أى قاعدة قانونية^(٢).

وهكذا فقد توسع مجلس الدولة المصري - كما ذكرنا - فى إتاحة الفرصة أمام الغير للطعن بإلغاء على القرارات الإدارية المنفصلة أو القابلة للانفصال عن العملية التعاقدية، الأمر الذى أدى إلى إلغاء العديد من العقود الإدارية ذات الأهمية الخاصة فى المجال الاستثمارى مما كان له انعكاس سلبى على الاقتصاد الوطنى، ولذا فقد صدر عام ٢٠١٤ قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٣٢ ليمنع الغير من الحق فى الطعن على أى من قرارات أو معطيات العقود الإدارية وهو ما نبينه فى الآتى.

المطلب الثالث

طعون غير المتعاقدين فى مصر فى ضوء القرار بقانون

رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤ فى مرحلتى إبرام وتنفيذ العقد

لقد أصبح من الثوابت القضائية فى كل من فرنسا ومصر حق الغير بالمفهوم السابق فى التصدى لأعمال الإدارة، والطعن من ثم فى تعاقدها أو بمعنى أدق فى القرارات التي يترتب عليها تلك التعاقدها، فقد أقر القضاء الإدارى فى هاتين الدولتين لهذا الغير - كما بينا - الحق فى هذا الطعن على

(٢) محكمة القضاء الإدارى، الدعوى رقم ٣٧ لسنة ١١ق، جلسة ١٩٦٣/٣/٣١، المجموعة، س٣، ص ٤١٠.

(١) الدكتور/ محمد السنارى، التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء فى عقود الإدارة، القاهرة، دار النهضة العربية، ص٦٧.

الرغم من كونه ليس طرفاً في هذه التعاقدات، طالما توافر في حقه شرط المصلحة الشخصية والمباشرة.

بل لقد تخفف القضاء في تطلب هذا الشرط، إذ يستوى في ذلك توافر شرط المصلحة في تاريخ رفع الدعوى أم في تاريخ لاحق، ومهما كانت الدرجة التي يكون عليها المساس بهذه المصلحة طالما قدرت المحكمة كفاية هذه الدرجة، بل لقد استقر القضاء الإداري في مصر على الاكتفاء بالمصلحة المحتملة، وهو ما يتفق مع الطبيعة القانونية لهذه الدعاوى والتي تعد ضماناً هاما وجوهرياً لحماية وإعلاء مبدأ المشروعية الذي يركز عليه بناء الدول المتحضرة.

ومع ذلك ورغم الاستقرار القضائي للمبدأ سالف الذكر، بجواز الطعن بالإلغاء على القرارات الإدارية المنفصلة عن العملية التعاقدية لغير أطراف هذه العملية، إلا أنه نتيجة صدور العديد من الأحكام القضائية في مصر خلال العشرين سنة الأخيرة في الدعاوى المقامة من الغير في هذا الخصوص، ومن ثم بطلان عقود البيع التي تمخضت عنها والتي أبرمتها جهة الإدارة مع مستثمرين أجانب ووطنيين، تتعلق بتطبيق برنامج الخصخصة أو تخصيص الأراضي الخاضعة لهيئة المجتمعات العمرانية الجديدة، مما كانت له آثار سلبية على مصلحة الاقتصاد الوطني واستقراره، أن تدخل المشرع - كما سنرى - ليضع حداً لمثل هذه الأحكام.

خاصة أن من آثار هذا البطلان - كما نقول المحكمة الإدارية العليا - أن تسترد الدولة جميع أصول ومصانع الشركة وكافة ممتلكاتها المسلمة للمشتري مطهرة من أي رهون أو التزامات يكون قد أجراها المشتري، وإعادة العاملين إلى أوضاعهم السابقة، مع منحهم كامل مستحقاتهم وحقوقهم عن الفترة منذ إبرام العقد وحتى تاريخ تنفيذ هذا الحكم بكامل أجزائه، ويتحمل المشتري وحده كامل الديون والالتزامات التي رتبها خلال فترة نفاذ

العقد. وفي المقابل إجراء المقاصة بين ما أداه المستثمر للدولة من مقابل للصفة وبين ما حصل عليه وما استحق عليه من أموال أو ديون وحصول كل من طرفي التعاقد على حقوقه الناتجة عن المقاصة^(١).

ومن أهم هذه الأحكام تلك التي صدرت ببطلان عقد استغلال منجم السكري^(٢) وبطلان عقد بيع شركة النصر للمراجل البخارية^(٣)، وبطلان عقد مدينتي^(٤).

وقد اتفقت هذه الأحكام على القول: "ومن حيث إنه عن الدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء شرطى الصفة والمصلحة، على سند من القول بأن المدعى ليس طرفاً فى العقد حتى يطلب الحكم ببطلانه أو وقف تنفيذه؛ فإنه وإن كان المشرع قد اشترط فى نص المادة (٣) من قانون المرافعات المدنية والتجارية ونص المادة (١٢) من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢، لقبول أى دعوى أو طلب أو دفع أن يكون لصاحبه فيه مصلحة شخصية ومباشرة وقائمة يقرها القانون، بيد أن المشرع لم يعرف المصلحة أو يحدد مضمونها تاركاً ذلك للفقهاء والقضاء، وبناءً عليه كان على القاضى الإدارى حتماً مقضياً أن يجتهد رأيه ولا يألو فى تحديد مفهوم المصلحة بالنسبة للدعاوى التى تطرح فى ساحته - سواء كانت من دعاوى الإلغاء أو مما اصطلح على تسميته بدعاوى القضاء الكامل - وذلك بتفسير النصوص التى تشترط المصلحة لقبول الدعاوى تفسيراً يتوافق مع طبيعة المنازعات الإدارية والدور الذى يقوم به القضاء الإدارى فى حراسة

(١) أحكام المحكمة الإدارية العليا فى الطعين رقمى ٧٠٣٠، ٨١٧٩ لسنة ٥٨ق، بتاريخ ٢٠١٣/٩/٢٨.

(١) حكم محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم ٥٧٥٧٩ لسنة ٦٥ق، بجملة ٢٠١٢/٧/٣٠.

(٢) حكم محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم ٤٠٥١٠ لسنة ٦٥ق، بجملة ٢٠١١/٩/٢١.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعين رقمى ٣٠٩٥٢، ٣١٣١٤ لسنة ٦٥ق، بجملة ٢٠١٠/٩/٤.

حول وقائع وتفصيل هذه الأحكام وغيرها. انظر مؤلف المستشار/ حمدى يسن عكاشة، الخصخصة الفاسدة ومخطط بيع مصر سنة ٢٠١٤.

الشرعية وسيادة القانون، بغير إفراط ولا تفريط فلا يبسط كل البسط فى مفهوم المصلحة فى المنازعات الإدارية، ولا يتشدد فى تحديد مفهوم المصلحة بما يتأبى وطبيعة المنازعات الإدارية، فيحجب أصحاب الحقوق والمصالح عن أن يترقوا بابه ويلجوا ساحاته دفاعاً عن مصالحهم وحقوقهم، وإنما كان عليه أن يتخذ بين ذلك سبيلاً، وذلك حسب الظروف والملابسات التى تظهر له فى الدعوى".

"ومن حيث إنه هدياً بما تقدم وفى خصوص النظر فى مدى توفر شرطى الصفة والمصلحة للمدعى بالدعوى الماثلة، فإنه لما كانت النصوص والأحكام الدستورية قد تواترت على أن الملكية العامة هى ملكية الشعب وتمثل فى ملكية الدولة والأشخاص الاعتبارية العامة، وأن الملكية العامة حرمة، وحمايتها ودعمها واجب على كل مواطن وفقاً للقانون، وهو ما من مفاده أن الملكية العامة تتمثل فى الأموال المملوكة للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة ومنها الهيئات العامة، وأن هذه الأموال ملك للشعب بكل أفراد ملكية شيوع، الأمر الذى يجعل لكل مواطن من أفراد هذا الشعب حقاً فى هذه الأموال، وله - بل عليه - أن يهب للدفاع عنه وفق ما يقرره القانون، أى باتباع الإجراءات والرخص والوسائل التى قررها القانون لكفالة هذه الحماية، ومنها اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم قضائى يكون بمثابة السند التنفيذي الذى تتحقق به الحماية المنشودة، خاصة أن قبول الدعاوى إنما يكون بملاك يد القضاء الإدارى الذى يستطيع أن يميز الخبيث من الطيب والغث من الثمين من تلك الدعاوى التى تطرح فى ساحته، كما أنه ليس هناك ما يحول بينه وبين تقديره الدائم لتحقيق رقابة المشروعية أو الملاءمة فيما يثار دوماً أمامه من نزاعات، فليس هناك ثمة رأى يمكن أن تحيطه القدسية أو يصيبه الجمود أو يحجب عنه جديد الفكر".

وحيث أن كافة الأحكام سالفة الذكر قد انتهت ليس فقط إلى قبول

الدعاوى بانعدام قرارات وإجراءات بيع الشركات والأراضي والأسهم محل تلك الدعاوى كما بينا من قبل، وإنما أيضا ببطلان العقود التي تمخضت عن هذه القرارات والإجراءات، وهو ما ينسحب بحكم اللزوم على كامل الالتزامات التي ترتبت على تلك العقود.

وقد كان من نتيجة ذلك أن تدخل المشرع لمعالجة هذا الوضع، بأن أصدر بتاريخ ٢٢/٤/٢٠١٤ القرار بقانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤ بتنظيم بعض إجراءات الطعن على عقود الدولة، بتقييد حق التقاضي - فيما يتعلق بالتعاقدات الإدارية - وقصره على طرفي هذه التعاقدات دون غيرهم، فقد نص في^(١):

المادة الأولى: مع عدم الإخلال بحق التقاضي لأصحاب الحقوق الشخصية أو العينية على الأموال محل التعاقد، يكون الطعن ببطلان العقود التي يكون أحد أطرافها الدولة أو أحد أجهزتها من وزارات، ومصالح، وأجهزة لها موازنات خاصة، ووحدات الإدارة المحلية، والهيئات والمؤسسات العامة، والشركات التي تمتلكها الدولة أو تساهم فيها، أو الطعن بإلغاء القرارات أو الإجراءات التي أبرمت هذه العقود استناداً لها، وكذلك قرارات تخصيص العقارات، من أطراف التعاقد دون غيرهم، وذلك ما لم يكن قد صدر حكم بات بإدانة طرفي التعاقد أو أحدهما في جريمة من جرائم المال العام المنصوص عليها في البابين الثالث والرابع من الكتاب الثاني من قانون العقوبات وكان العقد قد تم إبرامه بناءً على تلك الجريمة.

المادة الثانية: مع عدم الإخلال بالأحكام القضائية الباتة، تقضى المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعاوى أو الطعون المتعلقة بالمنازعات

(١) صدر القرار بقانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤ من السيد رئيس الجمهورية المؤقت في ٢٢ أبريل سنة ٢٠١٤، في ظل العمل بالدستور الحالي الصادر في ١٨ يناير ٢٠١٤، ونشر بالعدد رقم ١٦ مكرر (ح) من الجريدة الرسمية في التاريخ ذاته (٢٢ أبريل سنة ٢٠١٤)، وقد نصت المادة الثالثة منه على أن "ينشر هذا القرار بقانون في الجريدة الرسمية، ويعمل به اعتباراً من اليوم التالي لتاريخ نشره"، مع العلم أن مجمل مواده ثلاثة فقط.

المنصوص عليها في المادة الأولى من هذا القانون والمقامة أمامها بغير الطريق الذي حددته هذه المادة بما في ذلك الدعاوى والطعون المقامة قبل تاريخ العمل بهذا القانون.

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية لهذا القرار بقانون ما يلي:

"يُمر الاقتصاد القومي بمرحلة حرجة، ويحتاج إلى استرداد ثقة المستثمرين والممولين في مدى الاستقرار والأمان المتوافر للمعاملات التي يقومون بها لدى قيامهم بالاستثمار في السوق المصرية، لاسيما وقد تعرضت بعض العقود التي أبرمتها الدولة للإبطال، وما ترتب على ذلك من إنهاء لعقود مرت فترات زمنية كبيرة من تاريخ إبرامها وتولد عنها روابط عقدية وتصرفات قانونية مركبة ومتشابكة وتعلقت بها حقوق للغير حسنى النية. ورغبة من الدولة في استعادة الثقة في تعاقداتها، وإرسال رسائل طمأنة للمستثمرين والممولين وغيرهم من الراغبين في التعاقد مع الدولة باستقرار معاملاتهم وحمايتهم كحسنى النية في تعاقداتهم مع الدولة واحترامها لكلمتها وتصرفاتها في إطار من المشروعية وسيادة القانون، فقد رؤي وضع تنظيم إجرائي جديد يعالج بعض الآثار التي ترتبت على العقود السابق إبرامها ويحكم في ذات الوقت التعاقدات الجديدة فيحدد كيفية الطعن على العقود التي تبرمها الدولة وينظمه دون مصادرة أو منع للحق في التقاضي، ويحفظ في ذات الوقت للتعاقد استقراره.

وما يهمننا في نطاق هذه الدراسة أنه طبقاً لنص المادتين سالفتي

الذكر:

١. أن الطعن بإلغاء القرارات والإجراءات التي أبرمت على أساسها العقود التي يكون أحد أطرافها الدولة أو أحد أجهزتها من وزارات ومصالح وأجهزة لها موازنات خاصة ووحدات الإدارة المحلية والهيئات والمؤسسات العامة والشركات التي تملكها الدولة أو تساهم

فيها من أطراف التعاقد دون غيرهم. وبمفهوم المخالفة يمكن القول أنه يحظر الطعن بإلغاء القرارات والإجراءات التي أبرمت هذه العقود استناداً إليها من غير أطراف التعاقد.

٢. استثناء مما سبق يجوز لغير أطراف تلك العقود الطعن عليها في حالة صدور حكم بات بإدانة طرفي التعاقد أو أحدهما في جريمة من جرائم الأموال العامة المبينة بالمادة الأولى سالفه الذكر.

٣. أن الدفع بعدم قبول الدعوى أو الطعن المقام من غير أطراف التعاقد، يعد دفعاً متعلقاً بالنظام العام بما مؤداه أن على كافة المحاكم أن تقضى به من تلقاء نفسها.

ومن جانبنا نرى أن القرار بقانون المشار إليه مشوب بشبهة عدم الدستورية للأسباب الآتية:

١ - مخالفته حق التقاضي المقرر بمقتضى المادة رقم (٩٧) من دستور عام ٢٠١٤ والتي تنص على أن "التقاضي حق مصون ومكفول للكافة... ويحظر تحصين أى عمل أو قرار إدارى من رقابة القضاء...":
وإذ يقيد نص المادة الأولى من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤ من حق التقاضي في مجال العقود الإدارية وذلك بقصره فقط على أطراف العقد دون غيرهم حتى وإن كانت لهم مصلحة في الطعن، إنما يجسد مخالفة صارخة لهذا الحق، خاصة أن القضاء الإدارى في كل من فرنسا ومصر يتخفف - كما ذكرنا - في تطلب شرط المصلحة فيما يتعلق بمنازعات القرارات أو الإجراءات التمهيدية لإبرام العقود الإدارية، لتكون ضماناً لمبدأ المشروعية الذى يرتكز عليه بناء الدولة المتحضرة؛ مقررأ أن هذا الشرط يتوافر في رافع الدعوى سواء أكان المساس بمصلحته في تاريخ رفع الدعوى أو في تاريخ لاحق، ومهما كانت الدرجة التي يكون عليها هذا المساس، طالما قدرت المحكمة كفاية هذه الدرجة.

ومن ناحية أخرى فإن هذا النص يقيد من حق التقاضى بتحسين القرارات السابقة أو اللاحقة على العقد، مثل قرارات الإدارة بوضع شروط المناقصة أو المزايدة، وقرارات لجنة فحص العطاءات وقرارات لجنة البت، والقرار بإرساء المناقصة أو المزايدة، وهى بغير منازع قرارات إدارية، وإن كانت منفصلة عن العقد، حيث تتمتع بخصائص القرار الإدارى ومقوماته من حيث كونه إفصاحاً عن إرادة الإدارة الملزمة بناء على سلطاتها العامة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد إحداث مركز قانونى تحقيقاً لمصلحة عامة يتغياها القانون؛ ومن ثم يجوز الطعن فيها بالإلغاء بسبب تجاوز السلطة ممن لهم مصلحة فى ذلك كما بينا.

ولذا فإن قصر الحق فى هذا الطعن على أطراف العقد مع حرمان غيرهم من مباشرة هذا الحق، إنما يعنى تحصين مثل هذه القرارات فى مواجهة هؤلاء الآخر وهو ما يخالف الدستور فى مادته رقم (٩٧) سالفه الذكر مخالفة صارخة.

٢ - مخالفة القرار بقانون سالف الذكر لما ورد بالمادة ٢٧ من دستور ٢٠١٤ من ضرورة أن يلتزم النظام الاقتصادى بمعايير الشفافية والحوكمة... وكفالة التوازن بين مصالح الأطراف المختلفة بما يحفظ حقوق العاملين ويحمى المستهلك: وإذ يقصر التشريع المشار إليه حق التقاضى فى منازعات العقود الإدارية على أطرافها فقط دون أن يراعى أن هناك أطرافاً أخرى لها مصالح قد تمسها هذه المنازعات وهى ليست طرفاً فى التعاقد وبالتالي لا يمكنها الدفاع عن هذه المصالح بتمكينها من الطعن على هذا التعاقد، وهو ما يصيب هذا التشريع بعوار شبهة عدم الدستورية.

فإذا أضفنا إلى ذلك أن التعاقدات الإدارية ترد فى الغالب على الموارد الطبيعية أو الأموال المملوكة للدولة ملكية عامة والتى هى - طبقاً لنص المادة (٣٥) من دستور ٢٠١٤، ملك للشعب بكل أفراد ملكية شيوخ،

الأمر الذى يجعل لكل مواطن من أفراد هذا الشعب حقا فى هذه الأموال، كما أصبح واجب عليه - كذلك - حمايتها ودعمها والزود عنها ضد كل من يحاول العبث بها أو انتهاك حرمتها، وذلك من خلال المطالبة بالتحقق من مشروعية الإجراءات أو القرارات التى اتخذت فى خصوص التعاقدات التى أجريت بشأنها. ومن ثم يتوافر لغير أطراف هذه التعاقدات - كمواطنين بالمعنى السابق - الصفة والمصلحة فى مثل هذه المطالبة. فإذا قوض القرار بقانون سالف الذكر حق الغير فى هذا الشأن فإنه يكون بذلك معيبا يعيب شبهة عدم الدستورية.

٣ - مخالفة القرار بقانون المشار إليه لمبدأى المساواة وتكافؤ الفرص: وذلك حينما حظر فى المادة الأولى حق الطعن فى منازعات العقود الإدارية بما فى ذلك الطعن فى القرارات والإجراءات السابقة على إبرام تلك العقود على غير أطرافها فى مخالفة صريحة للمبدأين سالفى الذكر. إذ طبقا لنص المادة (٥٣) من الدستور المواطنون لدى القانون سواء وهم متساوون فى الحقوق والحريات والواجبات العامة... وبالتالي فإنه وبمقتضى القيد الذى أوجده حكم المادة الأولى من القرار بقانون سالف الذكر، بأن جعل الطعن على القرارات الإدارية المنفصلة مقصوراً فقط على طرفى العقد بما يجعلها فى مركز قانونى متميز بالنسبة لغيرهما، رغم أنهم جميعا فى مراكز قانونية متساوية، خاصة أن جميع المتناقصين والمتنافسين منذ إعلان الجهة الإدارية رغبتها فى التعاقد متساوون أمام القانون، وهو ما يعيب القرار بقانون المشار إليه يعيب شبهة عدم الدستورية.

هذا وقد تم بالفعل إقامة عدة دعاوى أمام المحكمة الدستورية العليا، طعنا على دستورية المادتين الأولى والثانية من القرار السابق بقانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤ ومن بينها الطعن رقم ١٢٠ لسنة ٣٦ دستورية، والمقام بموجب تصريح من محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم ٥٢١٣٧ لسنة

٦٦ق بعد أن قررت جديفة الدفع بعدم الدستورية.

وكان العاملون بشركة النوبارية لإنتاج البذور (نوبا سيد)، واللجنة النقابية المستقلة للعاملين بالشركة المذكورة، قد أقاموا بتاريخ ٢٠١٢/٧/١٩ الدعوى سالفة الذكر أمام الدائرة السابعة بمحكمة القضاء الإدارى طلباً للحكم، بصفة مستعجلة، وقف تنفيذ القرار الصادر من اللجنة الوزارية للخصخصة فى ١٩٩٩/٢/٧، وقرار الجمعية العامة غير العادية للشركة القابضة للتممية الزراعية الصادر فى ١٩٩٩/٢/٢٧، فيما تضمناه من بيع ١٠٠% من أسهم شركة النوبارية لإنتاج البذور (نوباسيد)، وفى الموضوع بإلغاء تلك القرارات بما يترتب على ذلك من آثار أخصها بطلان عقد بيع الأسهم المؤرخ فى ١٩٩٩/٣/١٤، والمبرم بين كل من الشركة القابضة للتممية الزراعية والشركة المصرية السعودية للاستثمار الصناعى والعقارى (٥٠%) وشركة التجارة والتسويق السعودية الدولية المحدودة (٥٠%).

وقد ارتأى المدعون أن هذا العقد خالف قرار اللجنة الوزارية للخصخصة، كما خالف قرار الجمعية العامة غير العادية للشركة القابضة للتممية الزراعية، إذ أضاف شركة أجنبية لم تكن ضمن المتقدمين للشراء ولم تسدد التأمين، كما أنها لم تكن متخصصة فى ذات نشاط الشركة المباعية، وبلغت حصتها فى العقد ٥٠% من الأسهم، وهذه مخالفة قانونية إذ يجب أن تقل حصتها عن ٥٠% وأن تكون حصة المصريين ٥١% على الأقل.

وأثناء نظر هذه الدعوى أمام محكمة القضاء الإدارى صدر القرار بقانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤ المشار إليه، بتقييد الحق فى التقاضى فى قرارات وإجراءات التعاقدات الإدارية وقصره - كما ذكرنا - على أطراف العقد دون غيرهم، فدفع المدعون - وهم من غير أطراف التعاقد - بعدم دستورية هذا القرار بقانون.

وبعد أن رأت المحكمة جديفة الدفع صرحت لهم بإقامة الدعوى

الدستورية المشار إليها أنفاً.

هذا وقد انتهى تقرير هيئة المفوضين بالمحكمة الدستورية العليا إلى التوصية

بما يلي:

أصلياً: بعدم دستورية قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤

بتنظيم بعض إجراءات الطعن على عقود الدولة.

واحتياطياً:

أولاً: بعدم دستورية نص المادة الأولى من قرار رئيس الجمهورية بالقانون

رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤ بتنظيم بعض إجراءات الطعن على عقود الدولة، فيما

تضمنه من قصر الحق في الطعن ببطان العقود التي يكون أحد أطرافها

الشركات التي تمتلكها الدولة، أو الطعن بإلغاء القرارات أو الإجراءات التي

أبرمت هذه العقود استناداً لها، على أطراف التعاقد دون غيرهم.

ثانياً: بسقوط المادة الثانية من القرار بقانون المشار إليه في مجال تطبيق

حكمها على منازعات المادة الأولى وفي نطاق الدعوى السالف تحديده.

وقد استندت هيئة المفوضين في ذلك إلى أن المادة الأولى من القرار

بقانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤ بتنظيم بعض إجراءات الطعن على عقود

الدولة، إذ قضت بقصر الحق في الطعن ببطان العقود التي يكون أحد

أطرافها الشركات التي تمتلكها الدولة، أو الطعن بإلغاء القرارات أو

الإجراءات التي أبرمت هذه العقود استناداً لها، على أطراف التعاقد دون

غيرهم، تكون قد حصنت هذه العقود وتلك القرارات والإجراءات من رقابة

جهتي القضاء العادي والإداري، كل بحسب الاختصاص المقرر له دستورياً،

وانطوت - بالضرورة - على مصادرة لحق التقاضي^(١)، وتقويض

(١) ففما يتعلق بمصادرة حق التقاضي بالمخالفة لنص المادة (٩٧) من الدستور تقول هيئة المفوضين أن القرار بقانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤ بتنظيم بعض إجراءات الطعن على عقود الدولة، إذ نص في المادة الأولى منه على أن يكون الطعن ببطان العقود التي يكون أحد أطرافها الشركات التي تمتلكها الدولة، أو الطعن بإلغاء القرارات أو الإجراءات التي أبرمت هذه العقود استناداً لها، من أطراف التعاقد دون غيرهم، متوخياً بذلك الحؤول بين كل مضرور

للاختصاص الدستوري المقرر لجهتي القضاء العادي والإداري^(١)، وتقويض مبدأي المواطنة وسيادة الشعب، والتدخل في شؤون العدالة والقضايا^(٢)،

ذى مصلحة حقيقية من غير أطراف التعاقد في النفاذ إلى الجهة القضائية المختصة للحصول على الترضية التي يطلبها لرد العدوان على الحقوق التي يدعيها، محصناً بذلك تلك العقود والقرارات والإجراءات من الطعن عليها، فإنه يكون منطوياً بذلك على مصادرة لحق كل مضرور ذي مصلحة حقيقية من غير أطراف التعاقد في الطعن عليها، إذ فرض نص المادة الأولى المطعون فيه حظراً قاطعاً على استعمال كل ذي مصلحة حقيقية، من غير أطراف التعاقد، لحقه الدستوري في ولوج طريق التقاضي، مسقطاً بذلك عنه هذا الحق الذي كفله له الدستور في طرح النزاع على جهة القضاء المختصة، مؤدياً به مصادراً إياه، ماساً، بحكم اللزوم، بأصل هذا الحق وجوهره، معطلاً له تعطيلاً كلياً، بالمخالفة لحكم المادة (٩٧) من الدستور الحالي، التي وصفت الحق في التقاضي - كسابقتها - بالحق المصون.

(١) وبخصوص هذا المبرر بعدم دستورية نص المادة الأولى من القرار بقانون المطعون فيه تقول هيئة المفوضين، ذلك أن العقود التي تبرمها الدولة أو أحد أجهزتها تنتزع ولا تدخل تحت حصر، ومنها العقود المدنية والإدارية، كما تنوعت العقود الإدارية ذاتها. وازدادت مجالاتها لتشمل - إلى جانب عقود المقاولات والتوريد والالتزام- عقوداً جديدة لم تكن معروفة من قبل كالعقود المالية المتعلقة بالإقراض والاقتراض، والعقود الاجتماعية، والعقود الصناعية، والعقود المتعلقة بالأبحاث العلمية والإنتاج الفكري، والعقود الاقتصادية التي تهدف إلى تنسيق العمل في مجال الاقتصاد، وعقود متعلقة بالمؤسسات التعليمية، وعقود التأمين.... إلى غير ذلك، ومنها ما يندرج في طائفة العقود الاستثمارية أو المبرمة في فلك قوانين الاستثمار، ومنها ما لا علاقة له بالاستثمار، وينطوي الحظر المنصوص عليه في المادة الأولى فيما تضمنه من قصر الحق في الطعن على عقود الدولة وأجهزتها وشركاتها والقرارات والإجراءات التي أبرمت على أساسها، على أطراف التعاقد، ينطوي على استنزاف مباشر للاختصاص جهتي القضاء العادي والإداري بنظر منازعات هذه العقود التي كانت تختص بها أصالة، كما أن كافة المنازعات التي أسقط المشرع حق أصحاب المصلحة الحقيقية في الطعن عليها ستصبح - عملاً - بلا قاض يفصل فيها بعد أن غلت يدهم عن الإدعاء قضائياً بشأنها أمام جهتي القضاء المختصين، لاسيما وأن حظر الطعن قد جاء من السعة والشمول **Over inclusive** بما يستوعب على سبيل الشمول والاستغراق كافة عقود الإدارة، وأيا كانت الجهة التي أبرمتها سواء الدولة أو أجهزتها المختلفة أو شركاتها، وأيا كانت طبيعة العقد أو نوعه، وهو ما ينحل في النهاية إلى إعفاء كامل للدولة وأجهزتها وشركاتها من الخضوع للقانون بالمخالفة لنصوص المواد (١، ٩٤، ١٨٨، ١٩٠) من الدستور.

(٢) وعن تقويض مبدأي المواطنة وسيادة الشعب، فقد ذهب تقرير هيئة المفوضين إلى أن قصر نص المادة الأولى من القرار بقانون المطعون فيه الحق في الطعن على عقود الدولة وأجهزتها وشركاتها والقرارات والإجراءات التي أبرمت هذه العقود استناداً إليها، على أطراف التعاقد دون غيرهم، مستبعداً بذلك غير أطراف التعاقد من المواطنين المضرورين ذوي المصلحة الحقيقية من الطعن عليها، فإنه يكون بذلك قد أهدر صفة المواطنة كأساس أصيل للنظام الجمهوري الديمقراطي، يرتب حقوقاً والتزامات على عاتق كل مواطن، خاصة أن الرقابة على مشروعية القرارات والإجراءات التي أبرمت هذه العقود استناداً إليها، تعد مسئولية كل مواطن ينهض بها بحققها دون إفراط أو تفريط، وما ذلك إلا من مقتضيات هذا الاحتفاء الدستوري بصفة المواطنة، والأقرب والأكثر اتفاقاً مع نص وروح الدستور الحالي. وما سلكه القرار بقانون المطعون فيه في مادته الأولى هو استبعاد كلى لأي مواطن من دائرة الحق في الطعن لا لشيء. إلا لكونه مواطناً، وبغض النظر عن مدى توفر قدر معتبر من الضرر أو الأذى الذي لحق به بالإضافة إلى كونه مواطناً، فصارت صفة المواطنة مجردة مناطاً

والإخلال بالالتزام بمكافحة الفساد^(١)، وذلك بالمخالفة لأحكام المواد (١، ٤، ٥، ٢٧، ٣٢، ٣٣، ٣٤، ٥٣، ٩٤، ٩٧، ١٨٤، ١٨٦، ١٩٠) من الدستور.

لاستبعاده من الحق في الطعن ولو كان قد أصيب بضرر أو أذى من العقد أو القرار الذي أبرم بناء عليه، وهو ما يعيب القرار المطعون فيه يعيب شبيهة عدم الدستورية.

(١) وبخصوص الالتزام بمكافحة الفساد تقول هيئة المفوضين: لقد كان الدستور الحالي لعام ٢٠١٤ أكثر تقدماً واستشعاراً لخطورة الفساد وأثاره المدمرة على الدولة والمجتمع، إذ أكدت ديباجته على أن هذا الدستور هو دستور "تخلق به الباب أمام أى فساد أو استبداد، ونعالج فيه جراح الماضى من زمن الفلاح الفصيح القديم، وحتى ضحايا الإهمال وشهداء الثورة فى زماننا، ونرفع الظلم عن شعبنا الذى عانى طويلاً". كما نصت المادة (٢١٨) من الدستور ذاته، على أن: "تلتزم الدولة بمكافحة الفساد، ويحدد القانون الهيئات والأجهزة الرقابية المختصة بذلك. ولما كان نص المادة الأولى المطعون فيه قد قصر الحق في الطعن بالبطلان على عقود الدولة وأجهزتها وشركاتها أو إلغاء القرارات أو الإجراءات التى أبرمت هذه العقود استناداً لها، على أطراف العقد دون غيرهم، فإنه يكون قد أنشأ بذلك حالة واضحة من حالات تعارض المصالح، مكرساً بذلك صورة من صور الفساد المعروفة وقوامها أن يكون صاحب الصفة والمصلحة فى الطعن على العقد أو القرار أو الإجراء هو صاحب المصلحة فى عدم الطعن فى الآن ذاته، إذ تتعارض مصلحة من أبرموا العقود نيابة عن الدولة أو أجهزتها وشركاتها أو اتخذوا القرارات أو الإجراءات المطعون عليها فى عدم كشف تقصيرهم أو مخالفتهم من جهة، والمصلحة العامة فى كشف أوجه القصور أو العوار الذى أصاب العقد أو الغبن الذى لحق الدولة وأجهزتها وشركاتها، من إبرامه من جهة أخرى، ذلك أن الدولة وأجهزتها وشركاتها بحسبانها كيانات اعتبارية، لا تطعن على مثل هذه العقود أو القرارات من تلقاء نفسها، وإنما من خلال ممثليها أصحاب الصفة فى ذلك وفقاً للقانون الذين يمثلونها أمام القضاء وفى علاقاتها مع الغير، وهؤلاء الذين يمثلون الدولة وأجهزتها وشركاتها من وزراء ورؤساء مصالح وهيئات ومؤسسات وغيرها، هم - بحسب الأصل - الذين بشروا بإجراءات التعاقد نيابة عن الدولة وأجهزتها وشركاتها أو اتخذوا القرارات ابتداءً، فيجتمع لهم مبدأ التعاقد أو اتخاذ القرار المؤهل للتعاقد من جهة والطعن عليه من جهة أخرى، وهو منبج يخل بمعايير الشفافية والحوكمة المنصوص عليها فى المادة (٢٧) من الدستور ويخل باعتباريات الرقابة على حماية المال العام ومستلزمات هذه الحماية، إذ مما لا شك فيه أن أطراف العقد - فى الأغلب الأعم من الأحوال - لن يبادروا إلى الطعن على العقود التى أبرمها نيابة عن الدولة أو أجهزتها أو شركاتها أو القرارات التى أبرمت استناداً إليها هذه العقود أو تحريك أى دعوى قضائية للنيل منها، فالنفس بطبيعتها جبلت على عدم تخطئة تصرفاتها، وأطراف العقد، وهم أصحاب الصفة فى الطعن وفقاً لنص المادة الأولى المطعون فيه، يتأثر قرارهم بالطعن من عدمه، بالضرورة، بمصلحتهم الشخصية المباشرة فى عدم النيل من العقود التى أبرمها نيابة عن الدولة وأجهزتها وشركاتها أو القرارات والإجراءات التى اتخذوها، لاسيما إذا كانوا متورطين فى إبرام عقود للدولة أو أجهزتها وشركاتها أو اتخاذ قرارات بشأنها بالمخالفة لأحكام القانون. وفضلاً عن ذلك، فإن الصلاحيات المخولة للأطراف الممثلة للدولة أو أحد أجهزتها أو شركاتها فى التعاقد، ليست مقررّة لهم بحسبانها امتيازاً شخصياً يمارسونه حسب تقديرهم إن شاءوا، بل الأصل فى هذه الصلاحيات أن يباشرها من ينهض بعينها ويحمل مسئوليتها، والحالة الماثلة يتعذر فيها على من يتولى هذه الصلاحيات مباشرتها أو القيام بموجبها، الأمر الذى يكون معه مسلك المشرع على النحو الذى أخذ به قد خالف مقتضى الالتزام الدستوري الواقع على الدولة بمكافحة الفساد، والمنصوص عليه فى المادة (٢١٨) من الدستور، كما خالف معايير الشفافية والحوكمة المنصوص عليها فى المادة (٢٧) من الدستور ذاته.

الأمر الذي يتضح معه أن الأسباب والأسانيد التي قالت بها هيئة المفوضين بالمحكمة الدستورية العليا للتدليل على شبهة عدم دستورية نص المادتين الأولى والثانية^(١) من القرار بقانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤، تتفق في

(١) وفي مجال التدليل على عدم دستورية المادة الثانية والتي نصت على أن تقضى المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعاوى أو الطعون المنصوص عليها في المادة الأولى من هذا القانون بما في ذلك الدعاوى والطعون المقامة قبل تاريخ العمل بهذا القانون وذلك خروجاً على مبدأ سريان أحكام القوانين على ما يقع من تاريخ العمل بها، فقد جاء بتقرير هيئة مفوضي الدولة للمحكمة الإدارية العليا الذي أوصى بإحالة القانون للمحكمة الدستورية العليا إلى أن: "ومن حيث أن من المبادئ المقررة في التشريع الحديث أن القانون لا تجرى أحكامه إلا على ما يقع من تاريخ نفاذه ولا تجرى على ما يكون قد وقع قبله ويعرف هذا المبدأ في الفقه بمبدأ عدم سريان القانون على الماضي أو عدم رجعية القوانين فالأصل في كل قانون أنه لا يسرى على الماضي، وإن كان هذا هو الأصل فإنه يجوز أن يسرى القانون بأثر رجعي شريطة ألا يؤدي ذلك إلى المساس بحق أو حقوق مكتسبة فالقاعدة العامة أن النصوص التشريعية التي تفيد قاعدة عدم سريان القوانين على الماضي لم تفرق بين القوانين وإن كان سريانها على الماضي جائز فإنه مشروط بعدم مساسه بحق مكتسب فإذا كان سريانها على الماضي ماس بحق مكتسب فهي لا تسرى إلا على المستقبل، فإذا صدر قانون يلغى طريق من طرق الطعن كان مقرراً في القانون القديم فهو يسرى على الدعاوى القائمة التي لم يفصل فيها لأن بحق المدعى في الطعن في الحكم إنما ينشأ بصدور الحكم، وطالما أن الحكم لم يصدر فلا حق لأحد في الطعن فيه لسريان قانون على هذه الدعاوى ليس فيه مساس بحق مكتسب ولكن القانون الجديد لا يسرى على الأحكام التي سرت قبل نفاذه وإن لم يكن الطعن قد وقع لأن في سريانه عليها مساس بحق مكتسب يعتبر الحكم مسلماً للمحكوم عليه حق الطعن فيه وتطبيق القاعدة المتقدمة مشروط بصدور الحكم قبل العمل بالقانون الجديد ولا يكفي أن تكون الدعوى قد رفعت في ظل القانون القديم إذا لم يصدر الحكم إلا بعد العمل بالقانون الجديد.

وقد جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا على تأكيد هذا المعنى بقوله الأصل في القواعد القانونية الإجرائية التي يسنها المشرع محدداً بها وسائل اقتضاء الحقوق المتنازع عليها أنها تتصل في عمومها بمراكز قانونية تقبل بطبيعتها التعديل والتغيير دون أن يرمى عمل المشرع بشأنها برجعية الأثر ومن ثم كان سريانها بأثر مباشر في المسائل التي تناولتها وهذه هي القاعدة التي رددتها المادة الأولى من قانون المرافعات بنصها على سريان أحكام هذا القانون على ما لم يكن قد فصل فيه من الدعاوى أو تم من إجراءاتها قبل العمل به لا استثناء من هذه القاعدة إلا في أحوال حددها هذه المادة حصراً هو تلك التي يكون فيها القانون الجديد معدلاً لميعاد كان قد بدأ قبل العمل به أو كان ملغياً أو منشئاً لطريق الطعن في شأن حكم صدر قبل نفاذه أو كان معدلاً لاختصاص قائم وبدأ العمل به بعد استواء الخصومة للفصل في موضوعها. ومستقر أيضاً قضاء محكمة النقض على الالتزام بهذا المعنى بقوله أن القاعدة العامة في سريان القوانين التجارية هو سريانها بأثر فوري من حيث الزمان ما لم يستمر على خلاف ذلك سواء وجدت تلك القواعد في قانون المرافعات أو في قانون إجرائي آخر أو في قانون موضوعي، فالقاعدة الإجرائية تسرى بأثر فوري ولا يمتد نصاً إلا بأثر فوري على الدعاوى التي ترفع في ظلها ولو نشئت هذه الدعاوى من قانون تعليق على الدعاوى القائمة على عدم دستوريته، لا تمتد بأثر رجعي إلى الإجراءات التي تمت قبل العمل بهذا القانون هذه الإجراءات خاضعة للقانون الذي تمت في ظلّه وفي بيان المقصود بالدعاوى التي فصل فيها وراجع في ذلك نص المادة الأولى من قانون المرافعات الدكتور/ محمد حامد فهمي أستاذ لجنة

واقع الأمر وصحيح الدستور والقانون على ما بينا، وإن كان أمر الفصل أو الحسم في هذا الشأن يبقى في نهاية المطاف للمحكمة الدستورية العليا والتي لم تدل بدلوها في هذا الخصوص حتى الانتهاء من هذه الدراسة.

هذا ونشير من جانبنا أنه وبصرف النظر عن دستورية أو عدم دستورية القرار بقانون سالف الذكر، فلنا أن نتساءل عن السبب الذي حدى بالقضاء الإداري أن يصدر أحكام إلغاء إجراءات إبرام العقود الإدارية وبالتالي بطلان هذه العقود في المجالات الاستثمارية والاقتصادية بالدولة؟ ألم يكن هذا السبب هو تفشي ظاهرة الفساد في تلك الإجراءات، وما

أدت إليه من ضياع للمال العام الذي هو ملك للشعب؟

ألم يكن السبب يكمن في المخالفات الصارخة للقوانين واللوائح من ضعف النفوس لتحقيق مآرب ومصالح شخصية في مجال إبرام تلك العقود؟ أم أن القضاء تطوع من عندياته ودون سند أو سبب قانوني أو واقعي، وقضى بعدم مشروعية إجراءات إبرام العقود محل الدعاوى سالفة الذكر، وبالتالي بطلان العقود التي تمخضت عنها؟

أما كان من الأولى والأجدر بالمشروع أن يهتم بتفعيل الدور الرقابي للأجهزة المعنية بتلك العقود في المرحلة السابقة على إبرامها؟!

أما كان من الأولى والأجدر بالمشروع تغليظ العقوبات على كل من تسول له نفسه إفساد عمليات إبرام عقود الدولة لتحقيق مصالح واعتبارات

المرافعات بمجلس الشيوخ عند مناقشة مشروع تقنين القانون أن المقصود بها يكون قد فصل في الدعاوى ولو لم يحكم فيها نهائياً وقد وافقت اللجنة على هذه الملاحظة في ١٧/٤/١٩٤٧. ومن حيث أنه وبالإحالة إلى ما تقدم ولما كان الثابت أن القرار بقانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤ هو في حقيقته قانون إجرائي بتنظيم طرق الطعن على عقود الدولة وبالتالي فإنه وفقاً للقواعد العامة للقانون فإن حكمه ينسحب بحكم طبيعته على الوقائع والمراكز التي تكون قد تكونت بعد العمل به وسريان مفعوله، ولا يطبق على الدعاوى التي أقيمت قبل العمل به وفصل فيها بأحكام نهائية والتي جاءت ضمن عبارات المادة الثانية منها بلفظ الطعون، وبالتالي فإن انسحاب حكم هذا القانون على ما فصل فيه من دعاوى يخالف القواعد الدستورية المستقر عليها وهو ما يوصمه بشبهة عدم الدستورية إعمالاً لحكم المادة ١٠٠ من الدستور.

شخصية أو غير شخصية؟!

خاصة أن القاعدة المنطقية تقضى أن البدايات الصحيحة تقود إلى نتائج سليمة وإيجابية، ومن هنا كان من الأولى والأجدر أن نتجنب وقوع مرحلة الإبرام في حومة الفساد والمفسدين، لنصل إلى التنفيذ السليم للعقد المبرم، بما يعود بالنفع والخير على الاقتصاد الوطنى وكذلك على برامج الدولة فى التنمية والتطوير من أجل مصلحة المواطنين أو بمعنى أعم من أجل المصلحة العامة؟!

وأخيراً وليس بآخر إذا كانت الدوافع والبواعث النبيلة التى حملت الحكومة، ومن بعدها السيد رئيس الجمهورية المؤقت - بصفته القائم بوظيفة التشريع آنذاك - على إصدار القرار بقانون المشار إليه، تتجسد فى تحفيز المستثمرين نحو مزيد من الاستثمار فى مصر، فى ظروف اقتصادية بالغة الصعوبة، أعقبت ثورتين بالبلاد، إلا أن هذه الدوافع أو البواعث لا تغنى فى واقع الأمر عن حتمية التوسل إليها بوسائل مشروعة دستورياً، وهو ما افتقده التنظيم الذى أخذ به المشرع فى نص المادة الأولى من القرار بقانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤ المطعون فيه.

الفصل الثانى

أوجه الطعن فى القرارات الإدارية القابلة للانفصال

فى ضوء أوجه بطلان أركان العقد الإدارى

ذكرنا أن أوجه الطعن فى الإجراءات أو القرارات الإدارية القابلة للانفصال فى مرحلتى إبرام وتنفيذ العقد الإدارى ، إنما ترجع لأسباب قانونية ، أو بمعنى أدق ، ترجع لمدى مشروعية هذه الإجراءات أو تلك القرارات ، سواء أكانت مشروعية خارجية أم داخلية ، وذكرنا كذلك أن تحقيق أى من هذه الأوجه إنما يرتب ليس فقط بطلان الإجراءات أو القرارات المطعون فيها ، وإنما أيضاً بطلان العقد الذى يستند إليها ، وذلك فى حالة ما إذا تمسك به أحد المتعاقدين أمام قاضى العقد ، الأمر الذى يعنى أن أسباب عدم مشروعية الإجراءات أو القرارات الإدارية القابلة للانفصال هى ذاتها أسباب بطلان العقد الإدارى الذى تمخض عنها ، فركن الرضا مثلاً والذى يمثل جوهر الرابطة التعاقدية - إذ بدون التراضى والتلاقى بين إرادتى طرفى العقد لا يوجد عقد أصلاً - فإنه يشترط لصحته وسلامته طبقاً لأحكام القانون المدنى أن يصدر عن شخص يتمتع بالأهلية القانونية، فطبقاً للمادة (١٠٩) من القانون المدنى المصرى "كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون"، وطبقاً للمادة (١١٢٣) من القانون المدنى الفرنسى "كل شخص يستطيع التعاقد ما لم تسلب أهليته بحكم القانون".

وأهلية أشخاص القانون الخاص بهذا المعنى، يقابلها فى القانون العام اختصاص الأشخاص الإدارية، ومن هنا قد يحدث الخلط بين عيوب القرارات أو الإجراءات السابقة على التعاقد، وعيوب الرضا كركن فى التعاقد، إذ يرتبط كل منهما بالاختصاص، فالإجراءات والقرارات السابقة على التعاقد يجب أن تصدر عن المختص قانوناً بذلك، وكذلك فإن التعبير عن الرضا فى العقد الإدارى يجب أن يصدر عن المختص قانوناً بذلك، وإلا

كان البطلان حليفهما.

مع ملاحظة أن البطلان في الحالة الأولى يتجسد في مجرد الإلغاء لعدم المشروعية، ولا يصدر إلا عن قاضي تجاوز السلطة، وهذا الإلغاء قد لا يكون له أثر على انعقاد العقد، إذا لم يتمسك به أحد طرفيه أمام قاضي العقد كما سنبين فيما بعد، في حين أن البطلان في الحالة الثانية ينصب على العقد ذاته وبشكل مباشر، وقد يكون بطلانا مطلقا إذا تخلف أحد أركانه، وقد يكون بطلانا نسبياً إذا كان مرتبطا ببعض القواعد المقررة لصالح الإدارة وحدها.. ولا يصدر إلا من قاضي العقد في إطار ما يسمى القضاء الكامل.

وما يقال عن ركن الرضا يقال أيضا عن ركن المحل وركن السبب وكذلك الشكل إذا تطلبه القانون، وإذا كانت دراسة تلك الأركان وما قد تتطوى عليه من عيوب تخرج عن نطاق الدراسة التي نحن بصددتها والمتعلقة فقط بالإجراءات أو القرارات الإدارية القابلة للانفصال، إلا أنه واستثناء من ذلك نشير بمناسبة الحديث عن أوجه بطلان الإجراءات والقرارات الإدارية القابلة للانفصال - وكلما كانت هناك ضرورة - إلى أوجه بطلان أركان العقد الإداري.

وعيوب عدم مشروعية هذه الإجراءات أو تلك القرارات قد تكون - كما ذكرنا من قبل - خارجية وقد تكون داخلية، ولذا نقسم هذا الفصل إلى مبحثين كالتالي:

المبحث الأول: أوجه عدم المشروعية الخارجية للقرارات الإدارية القابلة للانفصال في ضوء أوجه بطلان أركان العقد الإداري.

المبحث الثاني: أوجه عدم المشروعية الداخلية للقرارات الإدارية القابلة للانفصال في ضوء أوجه بطلان أركان العقد الإداري.

المبحث الأول

أوجه عدم المشروعية الخارجية للقرارات الإدارية

القابلة للانفصال في ضوء أوجه بطلان أركان العقد الإداري

يقصد بالمشروعية الخارجية أو كما يقال لها أحياناً المشروعية الشكلية، كل ما يتعلق بالمظهر الخارجي للقرار الإداري، أى كل ما له علاقة بركن الاختصاص وركن الشكل والإجراءات في هذا القرار، وهنا يتحتم على رجل الإدارة، حينما يتخذ إحدى الإجراءات أو القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية، أن يلتزم في خصوص هذه الإجراءات أو تلك القرارات الاختصاص المحدد قانوناً له في هذا الشأن، وأن يراعى كافة الأشكال والإجراءات التي نص عليها القانون، وإلا كانت الإجراءات أو القرارات الصادرة فيه معيبة بعبء عدم الاختصاص أو بعبء الشكل والإجراءات، وهو ما يؤدي إلى بطلان هذه الإجراءات أو تلك القرارات، وهو ما نتناوله تبعاً فيما يلي.

المطلب الأول

عيب عدم الاختصاص في القرارات الإدارية القابلة للانفصال

في ضوء أوجه بطلان أركان العقد الإداري

يقصد بعيب عدم الاختصاص بصفة عامة، عدم القدرة أو عدم الصلاحية القانونية لاتخاذ قرار ما. أو كما تقول محكمة القضاء الإداري: هو عدم القدرة على مباشرة عمل قانوني معين جعله المشرع من سلطة هيئة أو فرد آخر^(١).

ويتميز هذا العيب عن بقية عيوب عدم المشروعية الأخرى بأنه يتعلق بالنظام العام، ومن ثم يجوز إيدأؤه في أية حالة تكون عليها الدعوى، وللقاضى أن يتصدى له من تلقاء ذاته، كما لا يمكن الاتفاق في خصوصه

(١) الدعوى رقم ١٩٦٧، السنة ٨، جلسة ١٩٥٧/١/٢٧، المجموعة، السنة ١١، ص ١٧٢.

على خلاف ما تقضى به أحكام القانون أو المبادئ القانونية العامة. هذا وللاختصاص في مجال العقود الإدارية سمة مميزة، ذلك أن إبرام هذه العقود وإن كان يتم من خلال تشابك وتساند مجموعة من القرارات الإدارية القابلة للانفصال، إلا أن هذه القرارات تشكل في مجموعها نسيجاً لعملية متكاملة هي عملية الإبرام؛ بما مفاده أن التعبير عن إرادة جهة الإدارة في هذا الشأن، إنما يتم في شكل عملية مركبة، فهي تتم من خلال تلك القرارات على مراحل متعددة.

وحيث أن كل من هذه القرارات تختص بإصداره في الغالب سلطة مختلفة عن بقية السلطات الأخرى، لدرجة يصعب معها القول بأن سلطة واحدة هي المختصة بإبرام العقد الإداري، بل سلطات إدارية متعددة، تملك كل واحدة منها اختصاصاً مرتبطاً بمرحلة محددة من أجل إتمام العملية التعاقدية؛ فإن الاختصاص يكون كما ذهب جانب من الفقه مقسماً في هذا النطاق إلى أجزاء، وكل جزء Fraction يكون ضرورياً لإكمال التعبير عن إرادة الإدارة في إبرام العقد الإداري، وإن ممارسة الاختصاص من جانب السلطة الإدارية المكلفة ضمن كل جزء من هذه الأجزاء يمارس علاقة تأثير وتأثر قانونيين على بقية الأجزاء، وبالنتيجة فإن عدم تدخل الموظف المختص باتخاذ أحد القرارات التي تدخل في تكوين إرادة الإدارة سوف يؤدي إلى حدوث خلل في التعبير عن هذه الإرادة، مما ينعكس سلباً على مشروعية أو على وجود العقد ذاته.

فالإذن بالتعاقد مثلاً قد يكون في صورة قانون يصدر من البرلمان، وقد يكون في صورة قرار يصدر من رئيس الدولة أو رئيس مجلس الوزراء أو الوزراء، فإن لم تعبر أي من هذه السلطات عن إرادتها في هذا الخصوص على النحو المقرر دستورياً وقانونياً، كان الإجراء المتخذ غير مشروع وبالتالي كان العقد باطلاً لتخلف ركن الرضا أو الأهلية فيه كما بينا

من قبل، والبطلان هنا بطلان مطلق، إذ يضحى العقد مبرماً من سلطة غير مختصة، والأصل لصحة العقد ضرورة إبرامه من السلطة المختصة⁽¹⁾.

وذات الشيء فى نطاق اللامركزية الإدارية، إذ يعتبر قرار مجلس الهيئة المحلية بالتعاقد شرط جوهري ولازم لوجود العقد وصحته وسلامته، ولذا يترتب على مخالفته وعدم مراعاته بطلان هذا العقد بطلاناً مطلقاً لتخلف ركن الأهلية القانونية فيه، والتي تترجم فى إطار القانون العام كما ذكرنا، بركن الاختصاص.

ليس هذا فحسب، بل يجب على الموظف المختص - لتجنب هذه النتائج - أن يكون تدخله فى حدود أو فى نطاق المجالات التي يمارس فيها اختصاصه، سواء من حيث المكان أو الزمان أو الموضوع.

وقبل أن نبين هذه المجالات نشير إلى أن الموظف المختص حينما يبرم العقد، إنما يبرمه بصفته ممثلاً للشخص المعنوي العام التابع له، لا أن يبرمه باسمه أو لحسابه الشخصي، وإلا لا نكون أمام عقد من عقود الإدارة سواء أكان عقداً إدارياً أم مدنياً. ولذا فإن من يلتزم اتجاه الغير فى خصوص هذه العقود ليس هو الموظف المختص وإنما الشخص المعنوي الذي يتم باسمه ولحسابه إبرام تلك العقود. وهذا الشخص قد يكون الدولة أم الهيئات أو المؤسسات العامة التابعة لها، وهنا نكون أمام ما يسمى عقود الدولة، أو أن هذا الشخص يتجسد فى الجماعات الإقليمية أو المحلية أو الهيئات والمؤسسات العام التابعة لها، وهنا نكون أمام ما يسمى العقود الإقليمية أو المحلية.

فإذا تحدد الشخص المعنوي العام المختص بإبرام العقود الإدارية على هذا النحو، فإنه من الواجب على هذا الشخص أن يلتزم - كما بينا -

(1) Le contrat conclu sans l'autorisation requise est nul, cette nullité est absolue.

DE Laubadère, op. cit., P. 147.

حدود أو نطاق هذا الاختصاص زمانياً ومكانياً وموضوعياً ، وإلا كان الإجراء أو القرار الذى اتخذه معيباً بعبء عدم الاختصاص الزمنى أو المكانى أو الموضوعى، وذلك كما يلى:

الفرع الأول

عيب عدم الاختصاص الزمنى فى إبرام

العقود الإدارية

يلاحظ أن هذا العيب كما ينطبق على الإجراءات أو القرارات الإدارية القابلة للانفصال، فإنه ينطبق كذلك على ركن الرضا فى العقد الإدارى، أى على أهلية الجهة الإدارية المتعاقدة، إذ يقصد بالاختصاص الزمنى فى هذا الإطار، ضرورة أن يلتزم الموظف بممارسة اختصاصه بإصدار أى من الإجراءات أو القرارات القابلة للانفصال، أو باختصاصه بإبرام العقد الإدارى، فى الفترة الزمنية التى يثبت فيها له ذلك، أى فى الوقت الذى تكون له فيه ولاية مباشرة هذا الاختصاص، فإن لم يلتزم بذلك كان الأجراء أو القرار مشوباً بعبء عدم الاختصاص، بما يترتب على ذلك من نتائج تتمثل ليس فقط فى إلغاء هذا الإجراء أو القرار، وإنما أيضاً انعدام أو عدم وجود العقد الذى تمخض عنه.

وذاًت الشئ إذا تم توقيع العقد من غير مختص، فإن البطلان المطلق أو الانعدام يلحق بهذا العقد؛ فإذا استقال الوزير أو تمت إقالته مثلاً، امتنع عليه بعد تاريخ الاستقالة أو الإقالة إبرام عقد إدارى، أو اتخاذ أى إجراء أو قرار يمهد لهذا الإبرام، وكذلك إذا تمت استقالة الوزارة أو تم سحب الثقة منها، فإنها وإن كانت تفقد أساس اختصاصها، إلا أنه نظراً لمبدأ ضرورة سير المرافق العامة بانتظام واستمرار، فإنها تحتفظ من اختصاصاتها بالقدر الذى يمكنها من تحقيق هذا المبدأ، ولكن فى إطار ما يسمى تسيير الأعمال الجارية، ولا يعد إبرام العقود الإدارية فى نظرنا من

الأمر الجارية التي يترك للوزارة في هذه الحالة تسييرها، إلا إذا كانت هناك ضرورة تتطلب ذلك وهو ما يخضع لتقدير القضاء.

وما قيل بخصوص استقالة الوزير أو إقالته في هذا الشأن ينطبق كذلك على المحافظين أو رؤساء مجالس إدارات الهيئات أو المؤسسات العامة أو من كان على شاكلتهم.

وعلى العكس من ذلك فإنه إذا حدد القانون مدة زمنية معينة يجب على اللجان المختصة بإبرام العقد الإداري، مثل لجنة تحديد الاحتياجات وتصنيفها وكذلك القيمة التقديرية لها، أو لجنة فتح المطاريق أو لجنة البت، فإن مضي هذه المدة لا ينزع من هذه اللجان اختصاصاتها المنوطة بها، فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي أن انقضاء المدة ليس مؤدياً إلى زوال الاختصاص كقاعدة عامة *non peremptoires*، وأن هذه المدة مجرد إفصاح عن رغبة المشرع في سرعة تنفيذ القانون⁽¹⁾ *La volonté du législateur d'assurer l'application rapide de la loi*.

مع ملاحظة أن مخالفة المدة لا يؤدي إلى الحكم بالإبطال، إلا إذا كشف القانون عن نية المشرع القاطعة في ذلك، إذ لا بطلان في هذه الحالة إلا بنص، ومن هذا القبيل أن يحدد المشرع مدة لسلطة الوصاية للمصادقة على عقود الهيئات اللامركزية، فإذا مضت هذه المدة فليس لها أن تمارس هذا الاختصاص، وهو ما انتهت إليه المحكمة الإدارية العليا إذ تقول: إن أثر البطلان المترتب على مخالفة القيود الزمنية لا يكون إلا بناء على نص⁽²⁾.

وفي حالة ما لم يحدد القانون مدى زمنياً معيناً لمباشرة الاختصاص، فإن القاعدة أن للإدارة سلطة تقديرية في اختيار وقت تدخلها واتخاذ القرارات

(1) C.E, 7-4-1933, Casse Régionale de crédit agricole du sud est, Rec. P. 347.

أشار إليه الدكتور/ سليمان الطماوي، القضاء الإداري - قضاء الإلغاء، دار الفكر العربي، طبعة ٢٠١٥، نسخة مراجعة ومنقحة، ص ٧٤٣.

(2) الحكم الصادر في ٨ مارس ١٩٥٨، المجموعة، السنة الثالثة، ص ٩٢٠.

التي تتدرج في نطاق اختصاصها ولكن تحت رقابة القضاء.
هذا ويلاحظ أن الموظف المختص إذا أصدر قراراً في خصوص إبرام العقد الإداري، وفي أي مرحلة من مراحل، ثم استقال بعد ذلك أو أُقيل أو ترك وظيفته لأي سبب كان، فإنه طبقاً لمبدأ سير المرافق العامة بانتظام واستمرار يبقى هذا القرار قائماً ومنتجاً لكافة آثاره في هذا الخصوص، بل وإذا تم إبرام العقد الإداري من قبل شخص عام ووفقاً لإجراءات قانونية صحيحة، ثم تم تغيير هذا الشخص أو تغيير اختصاصاته، فإن الالتزامات التعاقدية التي تعاقدها عليها تبقى في ذمة الشخص العام الجديد الذي حل محله أو الذي أصبح مختصاً بهذا الأمر، فلا يستطيع هذا الأخير أن يتملص منها أبداً، وذلك تطبيقاً للقواعد المتعلقة بالتوارث بين الأشخاص العامة^(١).
وأخيراً تذهب محكمة القضاء الإداري إلى أن مبدأ الاختصاص الزماني باعتباره متعلقاً بالنظام العام، فإنه لا يمكن الاتفاق على مخالفته، وأن جزاء الإلغاء آيته ألا يباشر الموظف العام اختصاص وظيفته بعد انتهاء الأجل الذي يجوز له القيام بذلك^(٢).

الفرع الثاني

عيب عدم الاختصاص المكاني في إبرام

العقود الإدارية

حتى يصدر الإجراء أو القرار الإداري المنفصل عن العملية التعاقدية صحيحاً ومنتجاً لآثاره، يجب على الشخص المختص أن يتخذ في النطاق المكاني المحدد لمزاولة اختصاصه، ذلك أن القواعد القانونية إنما تحدد لرجل الإدارة في الغالب دائرة مكانية معينة، يجب أن يباشر في إطارها

(1) T.A, Montpellier, 7-12-1978, Syndicat intercommunal de Maugnio Perols, Rec. P. 631.

أشار إليه الدكتور/ مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، دراسة مقارنة، دكتوراه عين شمس، ٢٠٠١، ص ٢٠٤.

(٢) الدعوى رقم ٤٤٣٦ لسنة ٧ق، جلسة ١٩٥٥/٥/١١، المجموعة، السنة التاسعة، ص ٤٢٣.

الاختصاص الممنوح له، فإذا كان رئيس الدولة مثلاً ونائبه ورئيس مجلس الوزراء ونوابه والوزراء ونوابهم يمارسون اختصاصاتهم المتعلقة بإبرام العقود الإدارية على إقليم الدولة كله، ما لم يقيد القانون هذه الاختصاصات، فإن المحافظين في مصر والعمد في فرنسا يتحدد اختصاصهم بنطاق المحافظة أو العمودية أو بنطاق الإقليم أو المقاطعة التي يعملون فيها، ومن ثم ليس لأى منهم أن يتخذ قراراً تتجاوز آثاره هذا النطاق. وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا: إن الاختصاص الوظيفي لكل موظف إنما هو منوط بالمكان المعين له، ومن ثم لا يجوز له أن يتخطى حدود هذا المكان^(١).

مع ملاحظة أنه من الواجب على من كان اختصاصهم شاملاً لإقليم الدولة وهم من يقال لهم الأشخاص العامة ذوى الاختصاصات العامة، ألا يتدخلون - كما ذكرنا - في مجال اختصاص الأشخاص المحليين، أو في مجال الأشخاص العامة ذوى الاختصاص المقيد بمكان محدد، وإلا كانت تصرفاتهم أو قراراتهم مشوبة بعيب عدم الاختصاص المكاني وبالتالي كان باطلاً، وهو ما يبطل العقود الإدارية التي تقوم على أساسها^(٢).

هذا وقد ذهب جانب من الفقه إلى أنه ومع تنامي المفاهيم المتعلقة بحريات الأشخاص العامة المحلية في فرنسا، فقد أثرت مشكلة مدى إمكانية أن تبرم هذه الأشخاص تصرفات تعاقدية مع جماعات عامة أخرى أجنبية.

وقد انقسم الرأي حول هذه النقطة فأنكر البعض على الجماعات المحلية أية إمكانية لإبرام تصرفات ذات طابع تعاقدى دولى، وذلك على أساس أن الدولة هي الوحيدة المختصة في هذا المجال، في حين رأى البعض الآخر أنه لا يوجد مانع يحول دون أن تبرم الجماعات المحلية في فرنسا تصرفات تعاقدية كلية مع جماعات محلية أخرى أجنبية وذلك استناداً إلى

(١) الطعن رقم ٢٢٤ لسنة ١٢ ق.ع، جلسة ١١/١١/١٩٦٧، المجموعة، السنة ١٣، ص ٥٠.
(2) C.E, 22-12-1936, Zncarelle. Rec. P. 1139.

المبدأ الدستوري الذي يقر بالإدارة الحرة للجماعات المحلية.

ومع ذلك ورغم صدور قانون ١٩٩٢/٢/٦ المتعلق بالإدارة الإقليمية للجمهورية الفرنسية، والذي اعترف للجماعات المحلية بسلطة إبرام عقود واتفاقات مع الجماعات الإقليمية الأجنبية (م ١/١٣١) إلا أن مجلس الدولة الفرنسي، استقر على أن مثل هذه العقود أو الاتفاقات لا تشكل معاهدات دولية، خاصة أن الدستور لا يتيح الإمكانية للجماعات المحلية أن تبرم معاهدات دولية، وبالتالي يمتنع على هذه الجماعات التعاقد مع دول أجنبية استناداً إلى القانون سالف الذكر، وإن كان ذلك لا يمنع الجماعات المذكورة من أن تبرم عقوداً مع أشخاص أجنبية من أشخاص القانون الخاص، وفي هذه الحالة يرفض مجلس الدولة الفرنسي تطبيق القانون الأجنبي على مثل هذه العقود إذا توافرت فيها عناصر العقد الإداري، ولذا فقد استقر المجلس على أنه إذا ما ثبتت عناصر أو أركان العقد الإداري في عقد من العقود، فإن هذا الأخير لا يطبق عليه إلا القانون الإداري الداخلي^(١).

إن ما انتهى إليه مجلس الدولة الفرنسي في هذا الخصوص يعد من جانبنا منطقياً بل وبديهياً، إذ كيف تبرم إحدى المقاطعات أو المحافظات عقوداً إدارية مع عنصر أجنبي عام، وهي تعمل في إطار دولة بسيطة مثل فرنسا أو مصر، بما في ذلك من مساس بالسيادة أو اعتداء على حقوق الدولة الأم التي تنفرد أو يجب أن تنفرد في العلاقة مع هذا العنصر الأجنبي العام. أما وأن تتعاقد مع أشخاص من القانون الخاص، فهذا مما تتيحه قوانين المناقصات والمزايدات في هذه الدول، إذ تنص على أن الإعلان عن المناقصات أو المزايدات يمكن أن يتم في الخارج من خلال السفارات أو القنصليات التي تعمل في الدول الأجنبية وذلك لإتاحة الفرص للاستثمار الأجنبي الخاص من التواجد على أرض الدولة للمساهمة في البناء والتنمية.

(١) حول هذه الآراء، أنظر الدكتور/ مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص ٢٠٥ وما بعدها.

وأخيراً تجدر الإشارة إلى عيب عدم الاختصاص المكاني نادراً ما أن يحدث في الواقع العملي، لأن الحدود المكانية لمزاولة الاختصاصات الإدارية، بما في ذلك الاختصاصات بإبرام العقود الإدارية، تكون عادة من الوضوح بدرجة كافية.

الفرع الثالث

عيب عدم الاختصاص الموضوعي في إبرام

العقود الإدارية

يقصد بالاختصاص الموضوعي، أن على كل موظف أو شخص عام أن يباشر الاختصاصات المنوطة به والمحددة له قانوناً دون غيرها مما يدخل في اختصاصات موظف أو شخص عام آخر، ومن ثم فإن كافة القرارات التي تصدر عنه ومن بينها القرارات المتعلقة بإبرام العقود الإدارية، يجب أن تصدر في نطاق تلك الاختصاصات، فإن تعلقت بموضوعات مما يدخل قانوناً في اختصاصات موظف أو شخص عام آخر كانت باطلة، إذ تشكل - والحال هكذا - اعتداء على اختصاصات هذا الأخير؛ بل ويجب أن تصدر تلك القرارات في إطار الغايات أو الأهداف التي اختص بها القانون الموظف أو الشخص العام لأجل تحقيقها.

فإن كان الأمر كذلك فإنه لا يحق للهيئات أو المؤسسات العامة أن تتعاقد إلا في حدود الغايات والأهداف التي أنشأها القانون لأجل تحقيقها، وكذلك لا يحق للوحدات الإدارية المحلية أن تتعاقد إلا في الشؤون والمواضيع التي تهم السكان القاطنين على إقليمها، في حين يبقى الأمر مفتوحاً أمام الدولة للتعاقد في شتى المجالات؛ ما لم يقيدتها الدستور أو القانون في هذا الخصوص كما بينا من قبل.

هذا ويتجسد عيب عدم الاختصاص الموضوعي في اعتداء سلطة إدارية على اختصاص سلطة إدارية موازية، فتوقيع وزير معين على قرار

إيرام عقد إدارى مما يدخل فى اختصاص وزير آخر يعد قراراً مشوباً بعيب عدم الاختصاص الموضوعى، وكذلك الحال إذا قام الوزير الأول بتوقيع قرار اختيار أسلوب التعاقد أو تشكيل لجان فتح المظاريف أو لجان البت... وهكذا، وذات الشيء فى حالة اعتداء سلطة إدارية أدنى على اختصاص سلطة إدارية أعلى، فلا يجوز مثلاً لسكرتير عام المحافظة أن يباشر إجراءات التعاقد الإدارى بدلاً من المحافظ إلا إذا كان مفوضاً فى هذا الشأن، وإلا كانت قراراته فى هذا الخصوص باطلة واجبة الإلغاء.

وفى الإطار ذاته، يجسد اعتداء هيئة مركزية على اختصاصات الهيئات اللامركزية، عيباً جوهرياً يصيب القرار الصادر فى هذا الشأن بعيب عدم الاختصاص الموضوعى؛ ذلك أن علاقة الحكومة المركزية بالمجالس الشعبية المحلية هى علاقة وصاية إدارية وليست علاقة أو سلطة رئاسية، وبالتالي ليس لها الحق فى سلب الاختصاصات المتعلقة بقرارات إيرام العقود الإدارية والمنوطة بتلك المجالس، ولا أن تعدل فى هذه القرارات أو أن تستبدل بها غيرها، وكل ما لها أن توافق عليها بحالتها أو أن ترفضها فى خلال المدة التى يحددها القانون، فإن تجاوزت أو خرجت على ذلك، كان هذا التصرف بمثابة اعتداء على سلطات الهيئات اللامركزية الإقليمية كانت أم مصلحة، وكانت قراراتها بالتالى باطلة وكذلك العملية التعاقدية التى تمخضت عن تلك القرارات.

إن عيب عدم الاختصاص يتحقق سواء بعدم اختصاص الجهة التى أبرمت العقد الإدارى، أم فى عدم اختصاص الموظف الذى اتخذ القرارات اللازمة لإبرام العقد، إذ فى كلتا الحالتين هناك مخالفة لحقت بركن الاختصاص. فتلك القرارات تشترك فى عملية قانونية مركبة، ومن ثم فإن عدم اختصاص الجهة الإدارية أو الموظف العام يصيب العملية والقرارات

التي تمت فيها بعيب عدم الاختصاص^(١).

وأخيراً تجدر الإشارة إلى أن قضاء المحكمة الإدارية العليا مستقر على أن عيب عدم الاختصاص^(٢) يكون قد تصحح بإصدار أو باعتماد القرار ممن يختص بذلك قانوناً. فقد أكدت هذه المحكمة على "أنه من المستقر عليه أن لجهة الإدارة أن تصحح قرارها المشوب بعيب عدم الاختصاص بإصدار القرار من جديد من السلطة المختصة بإصداره أو بقيام هذه السلطة باعتماد القرار أو إقراره، كما أنه من المستقر أنه "متى اختصم القرار المشوب بعيب الاختصاص قضائياً وتم تصحيح هذا العيب وتدارك ما شاب القرار من عوار من السلطة المختصة قبل صدور الحكم في الدعوى؛ فإنه لا يجوز للمحكمة الحكم بإلغاء القرار المطعون فيه، مادام أنه بعد تصحيحه قد احتفظ بمضمونه دون تعديل"^(٣).

وإذا كان هذا هو اتجاه المحكمة الإدارية العليا، إلا أننا نرى أن مسألة تغطية عيب عدم الاختصاص في نطاق القرارات الصادرة في مجال إبرام العقود الإدارية محل نظر، ذلك أن هذه القرارات تمثل حلقة من الإجراءات المرتبطة بالعملية التعاقدية، ولذا يجب على من يتخذ القرار أن يحيط بتلك الإجراءات وبظروف التعاقد إحاطة شاملة، حتى ينبني القرار على تصور دقيق وواضح بما يحقق المصلحة العامة، وحيث إن مسألة التغطية تأتي في مرحلة لاحقة لإصدار القرار، فإن قرار صاحب الاختصاص الأصلي بالإقرار أو الاعتماد يجانب الصواب من هذه الزاوية.

حاصل القول إذن أن القواعد المتعلقة بالاختصاص بإبرام العقود الإدارية سواء أكانت مكانية أم زمانية أم موضوعية، وهي في واقع الأمر

(١) الدكتور/ عثمان ياسين علي، تسوية المنازعات الناشئة في مرحلة إبرام العقود الإدارية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٥، ص ٣٨٧.

(٢) الطعن رقم ٧٧٩ لسنة ٣٠ ق.ع، جلسة ١٩٨٨/٣/٥، المجموعة، السنة ٣٣، ج ٢، ص ١٠٣٤.

(٣) الطعن رقم ١٩٣٨ لسنة ٤٣ ق.ع، جلسة ١٩٩٩/١٢/٥، المجموعة، السنة ٤٥، ص ٢٣٧.

قواعد أمره ومتعلقة بالنظام العام، بل لقد وضعت لصالح كل من الإدارة والأفراد على حد سواء، فهي إذن واجبة الاحترام، وبالتالي فإن أى خروج عليها إنما يصيب الإجراء أو القرار المشوب بها بعدم المشروعية ويجعله بالتالى جديراً بالإلغاء.

وهنا نعيد التذكرة بأن عيب عدم الاختصاص لا يقتصر فقط على الإجراءات والقرارات الممهدة لإبرام العقد الإدارى والتي يمكن فصلها عن هذا العقد، وإنما يتعلق أيضا بأركان العقد الإدارى، خاصة ركن الرضا فيه، أو بمعنى أدق بأهلية الموظف أو الشخص العام المختص بإبرام العقد الإدارى. وفى ذلك تقول إدارة الفتوى بمجلس الدولة المصرى أنه يشترط لصحة القرار الإدارى أن يكون صادراً عن سلطة إدارية لها الحق فى إصداره ويعتبر الإخلال بذلك موجبا لبطلان التصرف، إذ القاعدة المسلم بها فى القانون العام أن العيب الراجع إلى عدم أهلية من صدر عنه التصرف يعتبر مؤدياً إلى بطلان التصرف، والاختصاص فى القانون العام يقابل الأهلية فى القانون الخاص^(١).

المطلب الثانى

عيب مخالفة القرارات الإدارية القابلة للانفصال

للشكل والإجراءات فى ضوء بطلان أركان العقد الإدارى

يتجسد هذا العيب فى مخالفة أو عدم احترام جهة الإدارة لقواعد الشكل والإجراءات المحددة قانوناً لاتخاذ الإجراءات أو القرارات الإدارية بصفة عامة، وهو ما ينطبق - بطبيعة الحال - على الإجراءات والقرارات القابلة للانفصال فى مجال العقود الإدارية، بل ويبدو هذا العيب ذا أهمية بالغة فى هذا المجال باعتبار أن إبرام هذه العقود يقوم أساساً، وفى معظمه على مجموعة من الشكليات والإجراءات التى تفرض القوانين واللوائح

(١) الفتوى رقم ٦٨٤ فى ١٣/١٢/١٩٥١، الموسوعة الإدارية الحديثة، الطبعة الأولى، ص ٦٩٠.

الخاصة بالمناقصات والمزايدات فى معظم، بل فى كل دول العالم ضرورة احترامها والتقييد بها، كضمانة تمنع العبث أو التلاعب فى نتيجة المناقصة أو المزايدة، وصولاً إلى التعاقد مع صاحب العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً.

هذه الشكليات وتلك الإجراءات تتعدد فى واقع الأمر، بل وتكاد أن تصاحب كافة خطوات إبرام العقد الإدارى بدءاً من اختيار وسيلة التعاقد، والإعلان عن التعاقد، وتشكيل اللجان المختصة بالتعاقد، وتسبب القرارات الخاصة بالتعاقد، والإذن بالتعاقد والاستشارات السابقة على التعاقد... الخ. فهذه الإجراءات جميعها قد وضع لها المشرع ضوابط دقيقة يجب احترامها، ولذا يجب على الجهة المختصة بإبرام العقد احترامها والتقييد بها، وإلا كانت باطلة ويبطل ما بنى عليها من تصرفات قانونية.

وقبل أن نبين ذلك تفصيلاً تجدر الإشارة إلى أنه يقصد بالشكل المظهر الخارجى للقرار الإدارى، والذى تبدو أو تتجسد فيه إرادة الإدارة، أو المظهر الذى يترجم ما أفصحت به الإدارة عن إرادتها، مع ملاحظة أن العقود الإدارية - بحسب طبيعتها الذاتية - لا تقوم على الشكلية، حيث تستطيع الإدارة إبرام عقودها دون تقييد بأى شكل مالم يتطلب القانون بنص صريح إفراغ العقد الإدارى فى شكل محدد، وفى هذه الحالة دون غيرها تكون الشكلية شرط لصحة العقد. فالكتابة متى استلزمها القانون، فإنها تعد شكلية لازمة لإثبات العلاقة التعاقدية، ويترتب على مخالفتها البطلان، إما إن لم يستلزمها القانون، أى فى حالة عدم اشتراط الكتابة لإبرام العقد الإدارى، فإن القاضى الإدارى يمكنه بحسب واقع الحال تقدير مدى قيام العلاقة التعاقدية من عدمه، كما يمكنه تقدير مدى قيام فكرة التعاقد الضمنى بكل وسائل الإثبات^(١).

(١) المستشار/ حمدى ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص ١٩٤ وما بعدها.

ومن قضاء مجلس الدولة الفرنسي فى مجال قيام فكرة العقد الضمنى، أنه إذا تمت عملية إنقاص الشحنة البترولية لإحدى السفن بواسطة إحدى الشركات وكان ذلك بناء على طلب السلطات، فإنه يتعين ألا ينظر إلى ذلك على أنه محض مساعدة، وإنما بوصفه تنفيذاً لعقد ضمنى^(١).

وهو ما انتهجه قضاء مجلس الدولة المصرى، إذ يقول: "أن العقد غير المكتوب ولئن كان غير مألوف فى المجال الإدارى بسبب جنوح الإدارة عادة إلى إثبات روابطها العقدية بالكتابة، إلا أنه لا يزال يؤدي دوراً مكملاً لبعض أنواع العقود الإدارية ولاشك أن فكرة العقود الإدارية الشفوية أو الضمنية تشير جدياً إلى أن القانون الإدارى أقل تعويلاً على الشكلية^(٢)".

ومع ذلك يلاحظ أن معظم تشريعات دول العالم تقريباً تنجبه نحو تقنين الشكليات والإجراءات الواجبة الاتباع فى مجال العقود الإدارية^(٣)، خاصة فى المرحلة السابقة على انعقاد العقد، وهى المرحلة التى تحكمها - كما ذكرنا - فكرة القرارات الإدارية القابلة للانفصال، باعتبار أن هذه المرحلة تتطلب فى واقع الأمر توفير الضمانات الكافية لتحقيق مبادئ المساواة والشفافية وتكافؤ الفرص؛ وهذه المبادئ لن تتحقق إلا إذا كانت الشكليات والإجراءات ملزمة لجهة لإدارة، بحيث تتعدم فى خصوصها سلطتها التقديرية؛ وهى لا تكون كذلك إلا إذا تم تنظيمها وتوصيفها وتقنينها

(٢) الحكم الصادر فى قضية Sté navale des petroles بتاريخ ١٩٥٢/٤/٤، المجموعة، ص ٢١، أشار إليه الدكتور/ عبد الفتاح أبو الليل، المرجع السابق، ص ٤٦٥.

(٣) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ١٢/١٠٠٤، جلسة ١٩٦٨/٥/١٨، مجموعة المحكمة الإدارية العليا فى خمسة عشر عاماً، من أكتوبر ١٩٥٥ إلى ١٩٧٠، ص ١٠٨.

(٤) فقد كانت النمسا هى أول من سلك هذا السبيل سنة ١٩٢٥، وفى سنة ١٩٤٦ أصدرت الولايات المتحدة الأمريكية قانون (administrative procedure act)، كذلك فعلت أسبانيا سنة ١٩٥٨، كما أصدرت تشيكوسلوفاكيا سابقاً تنظيمها سنة ١٩٥٥ ويوغسلافيا سنة ١٩٥٦ وفى فرنسا فقد أصدرت قانوناً بتنظيم المناقصات والمزايدات يقال له تقنين عقود الشراء العام Code des marchés publics.

الدكتور/ سليمان الطماوى، المرجع السابق، ص ٧٥٠.

بأداة تشريعية، وهنا توصف هذه الشكليات وتلك الإجراءات بأنها شكليات وإجراءات جوهرية، يترتب على تخلفها البطلان.

أما إذا لم ينص القانون على مثل هذه الشكليات أو الإجراءات، أو في حالة ما إذا لم يكن لها تأثير في مضمون القرار والغرض منه، أو لم يترتب المشرع لها جزاء في حالة مخالفتها، فإنها تعد - ما لم تكن مقررة لمصلحة أصحاب العطاءات - من الشكليات أو الإجراءات التي لا يترتب على تخلفها في الغالب البطلان كما سنرى. وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا: إن قواعد الشكل في إصدار القرار الإداري ليست كأصل عام هدفاً في ذاتها أو طقوساً، وإنما هي إجراءات ترمى إلى تحقيق المصلحة العامة ومصلحة الأفراد على السواء وينبغي التفرقة في هذا المجال بين الشكليات الجوهرية التي تنال من تلك المصلحة ويؤثر إغفالها على سلامة القرار وصحته، وغيرها من الشكليات الثانوية، إذ لا يبطل القرار لعيب شكلي إلا إذا نص القانون على البطلان، أو كان الإجراء جوهرياً في ذاته؛ بحيث يترتب على إغفاله تفويت المصلحة التي عمل القانون على تأمينها⁽¹⁾.

فإذا اتجهنا صوب الشكليات أو الإجراءات الواجبة الاتباع في مجال إبرام العقود الإدارية، والتي يترتب على تخلفها بطلان ما يترتب عليها من تصرفات قانونية، نجد أنها قد تختلط - في الغالب - مع عيب عدم الاختصاص الموضوعي، إذ يرتبط هذا العيب الأخير بتلك الشكليات والإجراءات من حيث كونها هي التي تحدد هذا النوع من أنواع الاختصاصات الواجبة الاتباع، فمن يتخذ قراراً دون إذن سابق أو استشارة سابقة أوجبها القانون يكون قد ارتكب في ذات الوقت مخالفة شكلية وأخرى تتعلق بالاختصاص. ولذا فإننا نتناول هنا كثيراً من الأمور التي سبق وأن تناولناها عند الحديث عن عيب عدم الاختصاص الموضوعي، باعتبار أنها

(1) الطعن رقم ١٤٧٩ لسنة ٤٠ ق.ع، جلسة ١٢/٦/١٩٩٨، المجموعة، السنة ٤٤، ص ١٤٧٩.

تشارك بل وأقرب إلى العيوب الشكلية أو الإجرائية، فقد يستلزم المشرع بالنسبة لبعض العقود الهامة - كما ذكرنا - ضرورة الحصول أولاً على تصريح أو إذن بالتعاقد من جهة يحددها، مما يعد معه هذا الإجراء إجراء أو شكلاً جوهرياً، يحتم ضرورة سلوكه قبل التعاقد، وإلا أصيب التصرف القانوني الذي أهمل فيه هذا الإجراء أو الشكل بعدم المشروعية وكان العقد المستند إليه بالتالي باطلاً بطلاناً مطلقاً *nul d'une nallité absolue* ، ذلك أن من المسلم به فقهاً وقضاءً أن القواعد الخاصة بضرورة التصريح أو الإذن السابق، هي قواعد متعلقة بالنظام العام *des règles d'ordre public* لقيامها على أسباب جوهرية تتصل بالمصالح العام اتصالاً وثيقاً^(١).

وذاًت الشيء إذا تطلب القانون ضرورة أخذ رأى أو استشارة جهة معينة قبل التعاقد، إذ يتعين على الإدارة استيفاء هذا الشكل أو الإجراء وإلا كان تصرفها باطلاً، ذلك أن القانون لم يشترط ذلك عبثاً، وإنما أراد أن يجنب الوزارات والمصالح المختلفة مواطن الخطأ، أو يكفل لها من أسباب السلامة فى صياغة تلك العقود ووضع أحكامها ما تحقق به المصلحة العامة على أكمل وجه وأوفاه، وفى ذلك تقول الجمعية العمومية لقسى الفتوى والتشريع أنه يتعين على جهة الإدارة ضرورة احترام هذا الشكل أو الإجراء، إلا إذا كانت هناك ضرورة استثنائية تمنعها من ذلك^(٢)؛ وذلك بصرف النظر عن مدى التزامها بمضمون الرأى أو الاستشارة، ذلك أن هناك فرقاً بين ضرورة

(١) الدكتور/ سليمان الطماوى، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٣٢٣.
(٢) تقول الجمعية العمومية لقسى الفتوى والتشريع، إذا كان الشكل أو الإجراء مما يتطلبه حكم القانون، إلا أنه إذا وجدت ظروف استثنائية تبلغ حد الضرورة الملجئة التى توجب إبرام العقد دون إمكان الرجوع إلى مجلس الدولة مقدماً، كما لو اقتضت ظروف طارئة إبرام عقد فى بلد ما وكانت الظروف لا تسمح بالرجوع إلى مجلس الدولة فى الوقت الذى تقتضى فيه المصلحة العامة عدم فوات الفرصة فى إبرام العقد، فإن مثل هذه الضرورة يكون لها وزنها بحيث يعتبر إبرام العقد فى هذه الظروف أمراً استثنائياً...
فتوى رقم ١٠٧٥ فى ١٢/١٧/١٩٦٠، مشار إليها فى مؤلف الدكتور/ عبد الفتاح أبو الليل، أساليب التعاقد الإدارى بين النظرية والتطبيق، دكتوراه جامعة الزقازيق، ١٩٩٤، ص ٤٧٠.

اتخاذ الإجراء أو احترام الشكل في ذاته إعمالاً لإرادة المشرع وبين مضمون هذا الإجراء أو الشكل، إذ تتمتع جهة الإدارة في خصوصه بسلطة تقديرية، فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ١١/٩/١٩٣٤ بأن تخلف الإدارة عن اتباع الإجراء الاستشاري السابق للتعاقد سواء أكان مضمون الرأي ملزماً أم غير ملزم يعيب العقد باعتبار أن هذه الشكلية من الشكليات الأساسية التي يتعين على الإدارة احترامها^(١). مع ملاحظة أنه في حالة إلزامية مضمون الرأي السابق فإن إهدار جهة الإدارة له يعتبر مخالفة جوهرية تبطل العقد تأكيداً للمصلحة القانونية التي أوجبه القانون حين ارتأى إلزامية الرأي الناتج عن الإجراء السابق على التعاقد.

وإذا حدد المشرع لجهة الإدارة الأساليب أو الطرق التي يجوز لها أن تختار من بينها أسلوباً أو طريقاً للتعاقد، بحيث لا يجوز لها أن تلجأ إلى غير هذه الأساليب أو الطرق، ولا أن تستبدل أسلوباً أو طريقة بأخرى بعد إعلانها عن هذا الأسلوب أو تلك الطريقة، كما هو الحال في مصر حيث لا يجوز تحويل المناقصة إلى ممارسة، أو أن تختار أسلوباً أو طريقة معينة للتعاقد في الوقت الذي يكون من الواجب عليها أن تختار غيرها، إذ لا يجوز مثلاً اللجوء إلى طريقة الاتفاق المباشر حيث يجب اللجوء إلى أسلوب المناقصة العامة أو الممارسة العامة لإبرام العقد الإداري. وعلى ذلك إذا اختارت الإدارة لتعاقدتها أسلوباً أو طريقاً غير الذي رسمه القانون، كان التعاقد باطلاً. ففي مصر تعتبر كلا من المناقصة العامة والممارسة العامة الأساس

الذي حدده القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ طريقاً للإدارة في اختيار المتعاقدين معها في الوقت الذي لم تعد فيه للمناقصة العامة ذات الدور في القانون الفرنسي حيث صار للإدارة حرية كبيرة في اختيار المتعاقدين معها ما لم يلزمها القانون استثناءً باتباع طريق المناقصة.

(٢) مشار إليه في مؤلف الدكتور/ عبد الفتاح أبو الليل، المرجع السابق، ص ٤٦٩.

وبالتالى فإن الإدارة فى مصر إذا خالفت أسلوب التعاقد المقرر بأن لجأت إلى غيره فإن العقد المبرم بينها وبين المتعاقد المختار يكون باطلاً، ويسرى ذات الأمر على مخالفة الإدارة للقواعد التى تحكم الأسلوب المقرر للتعاقد فإن اختارت الإدارة طريق المناقصة لاختيار المتعاقد معها، إلا أنها خالفت قواعد ترسية المناقصة بأن اختارت مثلاً عطاءً أعلى سعراً من العطاء الأقل كان التعاقد باطلاً أيضاً.

كما تعتبر المدد التى يحددها المشرع لتقديم العطاءات أو للبت فيها من الشكليات الجوهرية الواجبة الاحترام من قبل كل من يرغب الاشتراك فى المناقصة من ناحية، ومن قبل جهة الإدارة من ناحية أخرى، وأن مخالفة هذه المدد يترتب عليها عدم قبول هذه العطاءات، أما مخالفة جهة الإدارة لها كالسماح مثلاً لأى من المتنافسين بالتقدم بعطاءه بعد الميعاد المقرر لتقديم العطاءات يودى إلى بطلان التصرف وبالتالي بطلان العقد الإدارى، ذلك أن مثل هذه المخالفة قد يكون لها تأثير ومساس بمبدأ حرية المنافسة، وهو ما ينعكس سلباً على عملية اختيار المتعاقد الأفضل والأحق بالاختيار.

ومن الشكليات الجوهرية أيضاً التشكيل الذى يجب أن تكون عليه اللجان المختصة باتخاذ إجراءات إبرام العقد الإدارى، خاصة لجان البت، حيث أحاطها المشرع بالتنظيم من حيث تشكيلها وكيفية انعقادها وواجباتها والإجراءات التى بمقتضاها تسير أعمالها، وكذلك طريقة إصدار القرارات والنصاب القانونى اللازم لذلك... الخ، ومن ثم فإن مخالفة أى من هذه المعطيات يودى إلى بطلان ما يصدر عن هذه اللجان من قرارات وبالتالي بطلان العقد المستند إلى تلك القرارات، وفى ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا: "إن تشكيل اللجان الإدارية من أعضاء ذوى تخصصات مختلفة وخبرات متباينة يرجع سببه إلى أن تلك الموضوعات المطروحة على تلك اللجان إنما تثير عدة مسائل مختلفة، تدخل كل مسألة فى نطاق تخصص

معين وخبرة مختلفة عن الأخرى، وبهذا يتوافر بحث الأمور من جوانبها المختلفة بأن يتولى كل تخصص الجانب الذى يخصه بما لديه من خبرات خاصة تؤهله لذلك، وعليه أن يقوم بعمله بدقة وأمانة وبذل الجهد المطلوب للوصول إلى الحقيقة^(١).

وفى ذات السياق تقول الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع، إذا ما استلزم المشرع اشتراك ممثل وزارة المالية فى لجنة البت وعضو إدارة الفتوى المختصة لحضور هذه اللجنة إن بلغت قيمة التعاقد نصاباً معيناً، فإن هذا الوجوب إنما يأتى بغية ضمان سلامة إجراءات التعاقد كما قرره المشرع، ولما قدره من توفير هذين العنصرين ضمن باقى عناصر لجنة البت، ولذا فإن عدم حضور ممثل من وزارة المالية أو إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة يترتب عليه الإخلال بضمانة أساسية وإجراء جوهري؛ مما يترتب عليه بطلان انعقاد لجنة البت^(٢).

وذات الشيء يقال أيضاً عن الإعلان كإجراء جوهري وضرورى لتحقيق مبادئ المنافسة والمساواة بين الراغبين فى التعاقد مع الإدارة، إذ يحول هذا الإعلان بين الإدارة وقصر التعاقد على طائفة معينة من المواطنين، تختارهم هى وفق إرادتها وبما يحقق مصالحها. أما الإعلان فهو الذى يتيح الفرصة أمام كل من تتوافر فيه الشروط اللازمة للتنافس من أجل التعاقد مع الإدارة.

وحتى يكون الإعلان مشروعاً ومنتجاً لآثاره، يجب أن يتضمن الحد الأدنى من المعلومات الخاصة عن موضوع التعاقد. ولذا فإن كافة النصوص القانونية المتعلقة بالإعلان تعد نصوصاً أمرة ملزمة لا فكاك منها وأن

(١) الطعون أرقام ٨٦٣١ لسنة ٤٥ق، ٣٨١ و ٣٨٢ و ٤٥٢ لسنة ٤٦ق، جلسة ٢٠٠١/١/١٣، مجموعة المبادئ التى قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة ٤٦، ص ٤٧٣.

(٢) فتوى رقم ٦٠١ فى ٢٠٠٣/٨/١٧، الملف رقم ١٤/٢/١٠٠.

تجاهلها أو إتيانها على وجه مخالف، يؤدي ليس فقط إلى بطلان الإعلان وإنما أيضا ما تم على أساسه من إجراءات بما في ذلك بطلان العقد ذاته. حقيقة أن مجلس الدولة المصري كان قد أفتى بأن عدم الإعلان أو النشر لا يؤدي حتماً إلى البطلان، إذا ما تحققت الغاية التي قصدها المشرع من ورائه، إذ يقول في هذه الفتوى "إذا ثبت أن عدم النشر عن المناقصة لم يود إلى تخلف العدد المتقدم من راغبي التعاقد عند تقديم عطاءاتهم فإنه لا يتم تقرير بطلان الإجراء"^(١).

ومن جانبنا نرى أن الإعلان في ذاته إجراء جوهرى يتحتم على جهة الإدارة الالتزام به، إذ لا نعلم مسبقاً أو لاحقاً أن العدد الذى تقدم للتعاقد هو ذاته العدد الذى سيتحقق فيما لو تم الإعلان. فإذا أضفنا إلى ذلك أن مجلس الدولة نفسه قد أفتى في مناسبات أخرى بعكس ما سبق من إفتاء، فقد أفتى بأن عدم النشر وفقاً للقانون يخل بمبدأ تكافؤ الفرص، ومن ثم يترتب على إغفال هذا الإجراء وعدم تحقيق الغاية منه وقوع عيب شكلى فى إجراءات المناقصة يؤثر على قرار الإرساء ويؤدى إلى بطلانه^(٢)، إذا أضفنا ذلك لتأكد أن الإعلان عن المناقصة أو الممارسة العامة أو غيرها من الآليات القانونية لإبرام العقد الإدارى، إنما هو إجراء أو شكل جوهرى يترتب على مخالفته - كما ذكرنا - البطلان.

ويعد من الإجراءات الشكلية فى مجال التعاقدات الإدارية كذلك التسبب والذى هو إفصاح عن سبب القرار، أى عن العناصر القانونية أو الواقعية التى دفعت جهة الإدارة لاتخاذ هذا القرار. حقيقة أن القرار يصعب بل يستحيل أن يصدر بدون سبب، إلا أنه من الممكن أن يصدر دون تسبب إلا إذا تطلبه القانون، إذ يفترض فيه دائماً أنه صدر وفقاً للقانون وأنه يهدف

(١) الفتوى رقم ٥١٢ فى ١٧/٨/١٩٨٥، الملف رقم ١٤/١/٦٧.
(٢) الفتوى رقم ١٢٢ فى ٣١/١/١٩٨٨، الملف رقم ٨٦٠/٢٩/٣١.

إلى تحقيق الصالح العام، فهذه قرينة تصحب كل قرار إدارى لم نذكر أسبابه، وتظل قائمة إلى أن يثبت العكس. وفى ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا: "ولئن كانت الإدارة غير ملزمة بتسبيب قرارها إلا إذا أوجب القانون ذلك عليها، وعندئذ يتعين عليها تسبيب قرارها، وإلا كان معيباً بعبء شكلى، أما إذا لم يوجب القانون عليها تسبيب القرار فلا يلزم ذلك كإجراء شكلى لصحته"^(١).

فإذا اتجهنا صوب إجراءات إبرام العقد الإدارى، نجد أن المشرع يلزم جهة الإدارة - فى كثير من الأحيان - بضرورة تسبيب بعض القرارات التى تصدر فى هذا الشأن وذلك كقرار إلغاء المناقصة مثلاً، أو العدول عن أسلوب معين للتعاقد إلى أسلوب آخر، إذ يجب عليها أن تذكر سبب هذا الإلغاء أو ذلك العدول وكذلك فى حالة التعاقد بطريق المناقصة المحدودة أو المناقصة المحلية أو الممارسة المحدودة أو بطريق الاتفاق المباشر، إذ يجب على جهة الإدارة فى كافة هذه الحالات أن تذكر صراحة السبب أو الأسباب التى دفعتها لاختيار هذا الأسلوب أو ذاك، فإن لم تلتزم بهذا التسبيب كانت قراراتها معيبة بعبء الشكل والإجراء، واجبة الإلغاء.

مع ملاحظة أنه طبقاً للقانون رقم ٢٣١ لسنة ٢٠٠٠ الصادر فى فرنسا بتاريخ ١٢/٤/٢٠٠٠، أصبح التسبيب أمراً واجباً فى كافة القرارات الإدارية، حتى وإن لم يتطلب ذلك، ومن ثم أصبح كافة القرارات أو الإجراءات اللازمة لإبرام العقود الإدارية واجبة التسبيب وإلا كانت - كما ذكرنا - معيبة واجبة الإلغاء.

وأخيراً لنا أن نتساءل هل من الممكن تغطية عيب الشكل والإجراء فى المجال الذى نحن بصدده؟ بحيث يصبح القرار أو الإجراء بعد تلافى هذا العيب مبرراً من عيب عدم المشروعية؟

(٢) الطعن رقم ٥٨ لسنة ٤ ق.ع، جلسة ١٢/٧/١٩٥٨، المجموعة، السنة الثالثة، ع ٣، ص ١٧٢٩.

للإجابة على هذا التساؤل نميز بين فرضين^(١):

الفرض الأول: أن الإتمام اللاحق للشكل أو الإجراءات، لا اثر له على مضمون القرار الإداري، وذلك في حالة ما إذا كان سيصدر هذا القرار في وضعه الراهن دون تغيير أو تعديل فيما لو كانت الشكليات أو الإجراءات المناقصة قد استوفيت عند إصداره، إذ يصبح الإتمام اللاحق للشكل أو الإجراءات في هذه الحالة مشروعاً، ويكون القرار بالتالي صحيحاً وجديراً بالاحترام.

الفرض الثاني: أن الإتمام اللاحق للشكل أو الإجراءات له أثره على مضمون القرار الإداري، وذلك في حالة ما إذا كان يؤدي إلى تغيير أو تعديل في هذا المضمون، وهنا يصبح استيفاء الشكل أو الإجراء الناقص غير مشروع ويظل القرار رغم ذلك باطلاً جديراً بالإلغاء.

وهو ما ينطبق على كافة القرارات أو الإجراءات التي تكون أساساً لإبرام العقد الإداري، إذ طالما أن العيب الذي أصاب الشكل أو الإجراء لا يؤثر في مضمون أو جوهر القرار، فإن تصحيح أو تغطية هذا العيب يصبح مشروعاً، وذلك على عكس ما إذا كان للعيب المذكور تأثير على مضمون أو جوهر القرار، فإن التصحيح يغدو غير مشروع، ويظل القرار بالتالي غير مشروع.

حقيقة أن حالة الضرورة أو الظروف الاستثنائية قد تبرز في بعض الأحيان الخروج على قواعد الشكل والإجراءات سواء أكان لها تأثير في مضمون وجوهر القرار أم ليس لها هذا التأثير، بحيث يصبح القرار في كافة هذه الحالات مشروعاً واجب الاحترام، وهو ما ينطبق في حالة استحالة إتمام الشكلية من الناحية المادية، أو لخطأ الفاعل نفسه أو بفعل الغير، إلا أن هذه الحقيقة بكل صورها تتنافى مع إجراءات إبرام العقود الإدارية، تلك

(١) الدكتور/ رمضان بطيخ، قضاء الإلغاء، ٢٠٠٩، دار النهضة العربية، ص ١٨١ وما بعدها.

الإجراءات التي لا يجوز التفاوض في خصوصها عن الشكليات المقررة قانوناً والتي تعد في واقع الأمر من النظام العام، إذ هي ليست مقررة لمصلحة المتعاقدين فقط ولا لمصلحة جهة الإدارة وحدها، وإنما مقررة للمصلحة العامة.

ولذا يجب أن تكون الإجراءات والأشكال المقررة في نطاق عملية التعاقد قد جرت بوضوح وبكل شفافية، بما يتيح لذوى الشأن معرفة الحقائق الأساسية لهذه العملية، فضلاً عن معرفة الآليات والأوضاع التي تم في ضوءها اتخاذ هذه الإجراءات والأشكال، فقد أصبح هذا الأمر من الواجبات التي يفترض على الإدارة والموظف العام النهوض بها معاً، فالإدارة الشفافة هي التي لا تتردد في أن تضع أمام ذوى الشأن المعلومات المتعلقة بإصدار قراراتها، لتكون الشفافية والوضوح من الأدوات الرئيسية لمكافحة الفساد⁽¹⁾.

المبحث الثاني

أوجه عدم المشروعية الداخلية للقرارات الإدارية القابلة

للانفصال في ضوء أوجه بطلان أركان العقد الإداري

يقصد بأوجه عدم المشروعية الداخلية، الأوجه التي تصيب موضوع أو مضمون القرار أو الإجراء ذاته سواء في محله أو سببه أو غايته، مما يجعل هذا القرار أو الإجراء باطلاً أو غير مشروع، الأمر الذي ينعكس أو يجب أن ينعكس سلباً على العملية التعاقدية برمتها كما سنرى فيما بعد. و سنتناول فيما يلي هذه الأوجه تباعاً.

(1) Oliver, Richard W. What is Transparency? McGraw-Hill, New York, 2004, P. 5.

المطلب الأول

عيب عدم مشروعية محل القرارات الإدارية القابلة للانفصال

في ضوء أوجه بطلان أركان العقد الإداري

ويقال لهذا العيب أيضا عيب مخالفة القانون La violation de la loi، إذ لا يكفي أن تتوافر في القرار الإداري - لاعتباره صحيحا ومشروعاً- كافة الشروط الشكلية سالفة الذكر، وإنما يجب أيضا أن يكون محل هذا القرار مطابقا لمبدأ المشروعية، وذلك بالألا يكون مخالفاً للقانون بمعناه الواسع.

ويقصد بمحل القرار الأثر القانوني الذي يترتب عليه، وذلك بإنشاء أو تعديل أو إلغاء مركز قانوني؛ ولكي يكون هذا الأثر مشروعاً يجب أن يكون ممكناً وجائزاً ومستندا إلى سبب يبرره قانونا، وهو ما يجب أن ينطبق على القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية، إذ لا تتميز هذه القرارات عن بقية القرارات الإدارية الأخرى في هذا الخصوص.

ومع ذلك يلاحظ أن المشكلة قد تثور بمناسبة الخلط بين عيوب ركن المحل في القرارات المنفصلة وعيوب ركن المحل في العقد الإداري، ذلك أن محل القرار الإداري المنفصل وإن كان يتجسد في الأثر القانوني لهذا القرار، والذي يحكمه مبدأ المشروعية، إلا أنه ينعكس دون شك على محل العقد المستند إليه، فإذا كان محل القرار مستحيلا مثلاً، فإن محل العقد الذي هو الشيء الذي يلتزم المتعاقد بإعطائه أو يلتزم بعمله أو الامتناع عن عمله، يكون كذلك مستحيلاً، وإن كانت الاستحالة في الحالة الأولى ترجع إلى سبب قانوني، وفي الحالة الثانية ترجع هذه الاستحالة إلى اتفاق الطرفين.

وهكذا يمكن القول إن عيب المحل في القرارات التي تدخل في تكوين عملية مركبة - وهي هنا العملية التعاقدية - قد يكون في ذات الوقت وكما بينا، عيباً في محل العقد المزمع إبرامه، إلا أن ما يهمننا في هذه

الدراسة ذلك العيب الذى يصيب محل القرارات المنفصلة، والذى يتجسد - كما ذكرنا - فى مخالفة القانون بمعناه الواسع، تلك المخالفة التى تأخذ أوضاعاً ثلاثة نبيها تبعاً.

الفرع الأول

المخالفة المباشرة لنصوص القوانين واللوائح

تعنى هذه المخالفة أن جهة الإدارة تخالف بشكل كلى أو جزئى نصوص قوانين المناقصات والمزايدات واللوائح التنفيذية لها؛ وذلك بأن تتخذ قرارات تتنافى فى مضمونها أو فى محلها مع مضمون هذه النصوص، بحيث تأتى مثلاً بشروط تخالف بها الشروط الواجبة الاتباع قانوناً فى آليات التعاقد، أو تخالف المدد المنصوص عليها كحد أدنى لتقديم العطاءات، أو أن تتخذ قراراً بعدم أحقية بعض المتنافسين - بالمخالفة للقانون - من التقدم بعطاءاتهم أو من استمرارهم فى المنافسة... وهكذا.

وهذه المخالفة قد تكون فى صورة تجاهل أو امتناع عمدى ومثالها أن ترفض اللجنة المختصة قبول العطاءات رغم ورودها فى المواعيد القانونية، أو أن ترفض رغبة أحد المتنافسين من التقدم بتعديلات فى عطاءه قبل فتح المظاريف رغم أن اللوائح تجيز ذلك... الخ.

وقد تكون فى صورة تجاهل أو امتناع غير عمدى، كأن تتخذ الإدارة قراراً فى خصوص ما دون أن تنتبه إلى أن قانوناً جديداً قد صدر يضع قيوداً على اتخاذ مثل هذا القرار لم تكن موجودة من قبل؛ خاصة أن القرار الإدارى إنما تحكم مشروعيته القواعد النافذة وقت صدوره، مع مراعاة التدرج فى تلك القواعد، وخضوع القاعدة الأدنى للقاعدة الأعلى، وبشرط أن تكون تلك القواعد نافذة فى حق الأفراد.

والمخالفة فى الحالة التى نجن بصدها يسهل فى واقع الأمر إثباتها، حيث لا يتطلب الأمر أكثر من إثبات قيام القاعدة القانونية الصحيحة أو

القاعدة التي تمت مخالفتها، وأن الإدارة تجاهلت هذه القاعدة بشكل كلى أو جزئى، فأنت بعمل تحرمه هذه القاعدة، أو امتنعت عن القيام بعمل توجبه. إضافة إلى أنه لا يمكن الاتفاق فى مجال إبرام العقود الإدارية على مخالفة أى من النصوص الحاكمة لهذا المجال. فالاختصاص مثلاً تحدده نصوص القوانين واللوائح، ومن ثم لا يمكن الاتفاق على مخالفة تلك النصوص، إذ يجب أن يمارس الاختصاص وفق هذه النصوص وبواسطة السلطات التى حددتها، وبالتالي يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً كل إجراء يتخذه الإدارة باتفاق إرادى مع المتنافسين أو غيرهم على خلاف ما تقضى به النصوص القانونية واللائحية.

الفرع الثانى

الخطأ فى تفسير القاعدة القانونية

على عكس المخالفة سالفة الذكر، فإن المخالفة التى نحن بصددنا قد تحدث كثيراً فى الواقع العملى، ذلك أن التفسير بطبيعته عملية ذهنية قوامها إمعان النظر فى النصوص القانونية من أجل استجلاء وكشف غموض بعض الأحكام، خاصة التفصيلية منها، ولذا فقد يختلف التفسير من شخص إلى آخر لذات النص القانونى، فإن كان هناك خطأ فى تفسير أى من النصوص الحاكمة لإجراءات التعاقد، والذى قد يكون بحسن نية - وهو فى الغالب كذلك بسبب غموض النص أو عدم وضوحه، أو أن تأويله يمكن حمله إلى عدة وجوه - وقد يكون أيضاً بسوء نية وذلك فى حالة ما إذا كان النص واضحاً ولا يحتمل أى تأويل، فإن القضاء الإدارى يصبح هو المرجع، فى مثل هذه الحالات، ويجب على جهة الإدارة أن تلتزم بالتفسير الذى يقول به هذا القضاء، خاصة أن المحكمة حين تعمل سلطتها فى التفسير القضائى للنصوص، فإن ذلك يقتضيها، كما تقول المحكمة الإدارية العليا - ألا تعزل نفسها عن إرادة المشرع، بل عليها أن تستظهر هذه الإرادة وألا تخوض فيما

يجاوز تحريها لماهيتها بلوغاً لغاية الأمر فيها مستعينة في ذلك بالأعمال التحضيرية الممهدة لها سواء كانت هذه الأعمال قد سبقتها مثل ما دار عند مناقشة القانون في الهيئة التشريعية أو عاصرتها مثل المذكرة الإيضاحية أو غير ذلك من التقارير المرفقة بالقانون، وذلك كله للوقوف على إرادة المشرع^(١).

ومن أكثر تطبيقات هذه المخالفة في العمل أن تحاول الإدارة إقحام أحكام جديدة لم ترد في القانون، فالمسلم به مثلاً أن الإدارة إذا كان من حقها أن تصدر لوائح لتنفيذ القانون، فليس لها أن تضيف جديداً إلى أحكامه، بل تقتصر سلطتها على وضع الشروط اللازمة لتنفيذ الأحكام الواردة في صلب القانون، وكل زيادة أو تجديد يعد غير مشروع، ومن ذلك أيضاً أن يحدد القانون أو اللائحة الشروط اللازمة للتقدم بالعطاء في المناقصات العامة، فتضيف الإدارة من عندها شروطاً جديدة إلى تلك الشروط لا علاقة لها بها، بل وقد تتفاقم مع هذه الشروط الأخيرة^(٢).

الفرع الثالث

الخطأ في تطبيق القاعدة القانونية على الوقائع

حينما يضع المشرع القواعد القانونية إنما يضعها لكي تطبق على وقائع معينة مادية كانت أم قانونية، فإذا لم تتوافر هذه الوقائع، فإنه يستحيل تطبيق تلك القواعد، وإلا كان هذا التطبيق - والذي يتم من خلال قرارات إدارية - خطأ ويبطل بالتالي القرار الذي صدر مستنداً إليها. فالمفترض هنا إذن أن هناك قواعد قانونية، وأنها واضحة المعنى لا لبس فيها ولا غموض، ثم تأتي جهة الإدارة وتطبقها على وقائع لم تجعل لها هذه القاعدة، فيكون خطأها في هذه الحالة متمثلاً في مخالفة القانون.

(١) الطعن رقم ٣٥٨٦ لسنة ٤٢ ق.ع، جلسة ٢٠٠٠/٦/١، مجموعة المكتب الفني، السنة ٤٥، ص ٢٩.

(٢) الدكتور/ سليمان الطماوي، قضاء الإلغاء، مرجع سبق ذكره، ص ٨٤٥.

فالقاعدة القانونية الخاصة بآلية المناقصات العامة مثلاً، لا يجوز تطبيقها - والحال هكذا- على آلية الاتفاق المباشر أو آلية المناقصة المحدودة، وإلا كان هذا التطبيق خطأ، ومن ثم مخالفاً للقانون؛ ويستوى في ذلك عدم وجود الوقائع ذاتها، أو أنها موجودة ولكن لم تتحقق فيها الشروط التي يتطلبها القانون، ففي الحالتين لا يجوز تطبيق القاعدة القانونية عليها وإلا كان هناك خطأ في الوقائع تبطل معه القرارات التي استندت في خصوصها إلى تلك القاعدة.

ولذا يقع على عاتق مجلس الدولة ليس فقط مراقبة الوقائع والتحقق من وجودها، وإنما التحقق أيضاً من مدى توافر الشروط القانونية التي تجعلها مبررة للقرار؛ وهو ما يقال لها رقابة تقدير الوقائع، وذلك بالقدر الذي يمكنه من الحكم على سلامة تطبيق القاعدة القانونية. وفي ذلك تقول محكمة القضاء الإداري "إنه وإن كان لا يجوز لمحكمة القضاء الإداري تقدير ملاءمة إصدار القرار الإداري أو عدم ملاءمة ذلك، إلا أن لها الحق في بحث الوقائع التي بنى عليها القرار الإداري بقصد التحقق من مطابقته أو عدم مطابقته للقانون. وحققها في ذلك لا يقف عند حد التحقق من صحة الوقائع المادية التي انبنى عليها القرار، بل يمتد إلى تقدير هذه الوقائع إذا ارتبطت بالقانون لاعتبارها من العناصر التي يبنى عليها القرار، وللمحكمة في حدود رقابتها للقرار أن تقدر تلك العناصر التقدير الصحيح لتنزيل حكم القانون على مقتضاه^(١).

حاصل القول إذن أن مخالفة الإدارة للقانون بمعناه الواسع، وعلى أي وجه من الأوجه السابقة، إنما يترتب نتيجة حتمية، وهي بطلان القرارات الصادرة عنها في هذا الخصوص، مع ملاحظة أن البطلان هنا قد يكون بطلاناً نسبياً إذا ما كانت المخالفة بسيطة يسيرة، ينحصر أثرها في جعل القرار الإداري قابلاً للإبطال مع احتفاظه بمقومات القرار الإداري، بحيث أنه

(١) الحكم الصادر في ١٩٤٨/٢/٢٤، السنة ٢، المجموعة، السنة الثالثة، ٣٥٨.

إذا مضت المدد القانونية المحددة للطعن بالإلغاء تحسن هذا القرار وأصبح منتجاً لكافة آثاره^(١) كما لو صدر قرار متجاهلاً بعض الشروط الثانوية فى الإعلان عن المناقصة العامة.

كما قد يكون البطلان مطلقاً وذلك فى حالة ما إذا كان عيب مخالفة القانون جسيماً يصل إلى حد الانحدار بالقرار الإدارى وجعله مجرد واقعة مادية، كما لو تم الإعلان عن مزايده لتوريد أمور محرمة قانوناً. وإذا كانت نظرية الظروف الاستثنائية تلعب فى خصوص القرارات الإدارية بصفة عامة، دوراً هاماً إذ يمكن أن تغطى فى حالات كثيرة عيب مخالفة القانون، بحيث تصبح القرارات التى تصدر فى ظلها وهى معيبة بهذا العيب، مشروعة ومنتجة لآثارها، إلا أنه فى مجال العقود الإدارية يصعب أن تطبق هذه القاعدة على القرارات الإدارية المنفصلة، إذ هناك - كما ذكرنا من قبل - بدائل قانونية وضعها المشرع فى مجال العقود الإدارية يمكن الاختيار من بينها إذا تعذر اللجوء إلى احداها لظروف استثنائية.

المطلب الثانى

عيب عدم مشروعية السبب فى القرارات الإدارية القابلة

للانفصال فى ضوء بطلان أركان العقد الإدارى

من أسباب عدم المشروعية الداخلية للقرارات الإدارية القابلة للانفصال فى مجال العقود الإدارية، بطلان أو انعدام السبب الذى تستند إليه هذه القرارات، باعتبار أن السبب هو الحالة الواقعية أو القانونية التى تحدث بعيداً عن رجل الإدارة وتدفعه إلى اتخاذ القرار بقصد إحداث أثر قانونى ابتغاء وجه الصالح العام.

فالمناقصات أو المزايدات العامة لا يمكن اللجوء إليها مثلاً إلا إذا

(٢) محكمة القضاء الإدارى، الدعوى رقم ٩٩٥، السنة ١١ق، جلسة ١٢/٣/١٩٥٧، مجموعة السنتين ١٢، ١٣، ص ١٥١.

كانت هناك أسباب حقيقية وجادة تبرر ذلك، كما لو كانت المرافق العامة تتطلب ضرورة إنشاءات جديدة أو صيانة مبان قائمة أو تتطلب توريد معدات أو أصناف معينة من المواد الغذائية.... الخ. فإن لم تكن هناك أسباب حقيقية وجادة، وتم إعلان - رغم ذلك - عن مناقصة أو مزايمة في خصوصها، كان القرار الصادر بهذا الإعلان باطلاً جديراً بالإلغاء.

حقيقة أن الإدارة غير ملزمة بذكر أسباب القرارات التي تصدرها استناداً إلى قرينة السلامة لتلك القرارات، إلا أنه إذا ألزمها المشرع بذلك وجب عليها تسبب قراراتها، باعتبار أن هذا التسبب واحداً من الأشكال الجوهرية للقرارات الإدارية كما سلف القول، والتي يترتب على إغفالها بطلان القرار. وفي ذلك يقول مجلس الدولة المصري " من المفروض في كل قرار إداري - حتى ولو صدر خلواً من ذكر الأسباب - أن يكون مستتباً في الواقع إلى دواع قامت لدى الإدارة حين أصدرته وإلا كان القرار باطلاً لفقدانه ركناً أساسياً هو سبب وجوده ومبرر إصداره^(١).

وإذا كان السبب على هذا النحو عنصراً جوهرياً من عناصر القرار الإداري، فإنه كذلك في العقود الإدارية، حيث لا يقوم أي تصرف قانوني (قرار أم عقد) بغير سبب مشروع. ويعرف السبب في العقد بأنه الباعث الدافع إلى التعاقد أو بأنه الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه^(٢)؛ فهو يجسد بذلك مبدأ سلطان الإرادة التي لها أن تنشئ من الالتزامات ما تشاء بشرط أن تكون الغاية التي ترمى إليها الإدارة مشروعة ولا تتعارض مع قيم المجتمع وآدابه.

وهنا يلاحظ الاختلاف بين فكرة السبب في القرار الإداري ونظيرتها في العقد الإداري، إذ بينما يجسد السبب في هذا الأخير - كما ذكرنا - مبدأ

(١) محكمة القضاء الإداري، الحكم الصادر بتاريخ ١٩٥٢/٣/١٩، المجموعة، السنة السادسة، ص ٦٨٣.

(٢) الدكتور/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٢٩٣ وما بعدها.

سلطان الإرادة التي لها أن تنشئ من الالتزامات ما تشاء، فإن السبب في القرار الإداري لا يخضع لمبدأ سلطان الإرادة وإنما لمبدأ المشروعية، فهو يهدف إلى إحداث أثر قانوني أي أثر رتبته القانون بعيداً عن سلطان الإرادة. فالسبب إذن كما هو عنصر في القرار الإداري، فإنه أيضاً عنصر في العقد الإداري ولذا فإن القرار أو العقد الذي لا سبب له لا ينتج ثمة أثر وهو ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي. والمصري إذ يقرر أن القرار الإداري سواء كان لازماً تسببياً كإجراء شكلي أم لم يكن هذا التسبب لازماً، يجب أن يقوم على سبب يبرره صدقاً وحقاً؛ أي في الواقع وفي القانون وذلك كركن من أركان انعقاده باعتبار القرار تصرفاً قانونياً ولا يقوم أي تصرف قانوني بغير سببه^(١).

وبالنسبة للعقد الإداري فإنه طبقاً للمادة ١٣٦ من القانون المدني المصري وتقابلها المادة ١١٣٢ من القانون المدني الفرنسي، أن إبرام العقد فاقداً لسببه يترتب عليه البطلان؛ طبقاً للمادتين سالفتي الذكر "إذا لم يكن للالتزام سبب أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً". مع ملاحظة أن هناك فرقاً بين الأسباب القانونية والأسباب الواقعية في القرار الإداري، إذ الأسباب الأولى يحددها المشرع في حالات معينة، بل ويفرض على جهة الإدارة - إذا ما تحققت هذه الأسباب - ضرورة أن تتخذ القرار، بحيث تغدو سلطتها أو اختصاصها في هذه الحالة اختصاصاً مقيداً، فإذا حدد المشرع مثلاً شروطاً معينة في العينة الواجب على أصحاب العطاءات تقديمها، فإن على الإدارة أن تلتزم باحترام هذه الشروط، بحيث أنها إذا تحققت وجب عليها أن تعتمد هذه العينة، وإن تخلف واحد منها أو أكثر التزمت بعدم الاعتماد. وذات الشيء أيضاً بالنسبة لصاحب العطاء الذي

(٢) المحكمة الإدارية العليا، ١٣/٧/١٩٥٨، المجموعة، السنة ٣، ص ١٧٢٩، وفي ذات المعنى: C.E., 29-1-1947, Aichaux, R.D.P., 1948, P. 78.

لم يتم إرساء العطاء عليه، فإنه يجب أن يرد إليه التأمين الابتدائي، فإن امتنعت عن ذلك دون مبرر قانوني أو دون أن تكون هناك واقعة تسمح للإدارة مصادرة هذا التأمين كان قرارها مخالفا للقانون واجب الإلغاء.

أما الأسباب الواقعية، فهي الأسباب التي يترك للإدارة في خصوصها سلطة تقديرية، بحيث يصبح لها أن تختار ما تشاء من الأسباب التي تبرر تدخلها، وهو ما يحدث في حالة ما إذا لم يفرض المشرع على الإدارة سببا أو أسباباً معينة لإصدار قراراتها، أو كما نقول محكمة القضاء الإداري: أنه من المعلوم أنه في الحالات التي لا يشترط فيها القانون وجوب قيام سبب أو أسباب معينة لإصدار قرار معين، يكون للإدارة الحرية في اختيار ما تشاء من الأسباب التي تراها صالحة لبناء قرارها^(١).

وهنا يلاحظ أيضا الاختلاف بين فكرة السبب في القرار الإداري على النحو سالف الذكر، وهذه الفكرة في العقد الإداري، ذلك أن معيار العقد الإداري معيار موضوعي وداخلي في العقد *interinséque* ولا يتغير في النوع الواحد من العقود، وهو الالتزام المقابل، ولا يتغير بتغير الباعث والدوافع^(٢).

ومع ذلك يجب أن نشير إلى أن حرية الإدارة في اختيار هذا السبب أو ذلك عندما تصدر قراراً ما، لا يعني أن سلطتها في هذا الخصوص سلطة مطلقة، بل هناك ضوابط وقيود يجب أن تلتزم بها عند اختيارها للسبب المبرر لتدخلها بأن يكون هذا السبب محقق الوجود وقائماً من وقت طلب إصدار القرار إلى تاريخ صدوره فعلاً. فهذا التاريخ هو المعتبر في الواقع للحكم على مشروعية ذلك القرار، فإذا انعدم السبب الذي قام عليه القرار وقت صدوره، فإنه يغدو غير مشروع، حتى ولو وجدت أسباباً أخرى بعد

(١) الحكم الصادر في ١٩٥٧/٥/٨، السنة ١١ ق، المجموعة، ص ٤٢٨.

(٢) الدكتور زكي النجار، المرجع السابق، ص ١٢٩.

ذلك يمكن أن تستند إليها الإدارة^(١). وذات الشيء بالنسبة للعقد الإدارى. إذ المستقر عليه فى هذا الشأن أن العبرة فى صحة العقد بوقت إبرامه، فإن أبرم صحيحاً قائماً على سببه الصحيح ظل صحيحاً، ولا يؤدي زوال السبب بعد ذلك إلى بطلان العقد، وإنما يضحى مبرراً لطلب فسخ العقد^(٢).

كما يجب أن يكون السبب مشروعاً، وهو يكون كذلك - كما تقول المحكمة الإدارية العليا إذا كان "... حقيقياً لا وهمياً ولا صورياً وصحيحاً ومستخلصاً استخلاصاً سائغاً من أصول ثابتة تنتج عنه..."^(٣). وذات الشيء بالنسبة للسبب فى العقد الإدارى إذ لا يكفي أن ينعقد هذا العقد قائماً على سبب موجود فعلاً وإنما يجب أن يكون هذا السبب مشروعاً، فإن كان غير مشروع أى مخالفاً للقانون أو للنظام العام أو الآداب العامة، فإن العقد يكون باطلاً^(٤)، وهو ما استقر عليه القضاء الإدارى الذى سوى بين أن يكون عدم المشروعية متحققاً فى جانب الطرفين أو فى جانب أحدهما فى العقد^(٥).

إن سبب القرار الإدارى يجب أن يكون محدداً بوقائع ظاهرة يقوم عليها، فلا يكفي السبب العام المجهل وغير الواضح، وهو ما يقال له فى إطار العقد الإدارى أن السبب يجب أن يكون معلوماً للطرف الآخر فى العقد، حتى ولو لم يكن متفقاً عليه، إذ الهدف من ذلك - كما يقول السنهورى - استقرار التعامل^(٦).

(٢) حكم محكمة القضاء الإدارى الصادر فى ١٨/١/١٩٥٥، ص ٩٩، المجموعة، ص ٢٤٧.
(٣) حكم مجلس الدولة الفرنسى فى قضية Michaux سالفه الذكر، وانظر أيضاً المستشار/ حمدى يس عكاشة، المرجع السابق، ص ٢٥٣؛ الدكتور/ عبد الفتاح أبو الليل، المرجع السابق، ص ٥٤٩.

(٤) الحكم الصادر فى ١٣/٤/١٩٥٧، مجموعة، السنة الحادية عشرة، ص ٤١٦.
(٥) DE Laubadère, op. cit., T.I., P. 230.

إذ يقول:

La nécessité d'une cause réelle licite dans les contrats administratifs n'est guère discutable.

(٢) المرجع السابق، ص ٢٣٥، ص ٢٣٦.

(٣) المرجع السابق، ص ٤٥٧.

هذا وقد يكون للقرار أكثر من سبب، فإن مخالفة البعض منها للقانون، لا يعنى أن القاضى يحكم بالضرورة ببطلان هذا القرار، وإنما يبحث فيما إذا كانت الإدارة سوف تتخذ ذات القرار على أساس ما ثبتت صحته من أسباب أخرى. فإن كانت الإجابة بالإيجاب كان القرار مشروعاً، وإلا كان باطلاً واجب الإلغاء.

وفى هذا المعنى تقول المحكمة الإدارية العليا، أنه إذا قام القرار الإدارى على أكثر من سبب، فإن استبعاد أى سبب فيه لا يبطل القرار طالما كان السبب الآخر يؤدي إلى النتيجة ذاتها^(١)؛ وهو ذات اتجاه مجلس الدولة الفرنسى، إذ جرى على أن يحل من تلقاء نفسه السبب الصحيح للقرار بدلاً من سببه الرهيمى^(٢) *substitue le véritable motif au motif érroné*. ومعنى ذلك أن القاضى يباشر فى هذه الحالة دوراً إيجابياً وذلك بقيامه بفحص كافة الوقائع أو الأسباب التى استند إليها القرار للوقوف من ناحية على الدوافع الحقيقية من وراء إصداره، ومن ناحية أخرى على ما إذا كانت تلك الدوافع تكفى للإبقاء عليه أم لا تكفى لذلك، ومن ثم يقضى بالبطلان أو الإلغاء، وهو بصدد الإجابة على هذا التساؤل إنما يضع نفسه موضع رجل الإدارة، وذلك من خلال الفحص أو التحقيق *l'instruction* الشامل لموضوع الطعن وظروفه، الذى يشتمل على أسانيد الأطراف ودفوعهم والظروف التى أحاطت بإصدار القرار ونصه وكذلك ملف الدعوى... وإجمالاً على كافة الظروف والمعطيات التى أحاطت بالحالة المعروضة^(٣).

وأخيراً فإن مجلس الدولة الفرنسى وبعد أن كان يراقب مشروعية أسباب القرار الإدارى ومدى اتفاقها مع القانون من عدمه، بسط هذه الرقابة لتشمل بداءة الوجود المادى للوقائع التى يستند إليها القرار الإدارى، ثم

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر فى ١٩٦٩/٥/٢٤، مجموعة المبادئ، ص ٢٠٤٨.

(5) C.E., 8-6-1934, Augier, Dalloz, 1934, 3, 31.

(١) الدكتور/ رمضان بطيخ، قضاء الإلغاء، المرجع السابق، ص ٢٠٢ وما بعدها.

التكليف القانوني لهذه الوقائع، أى أصبح يراقب مدى تبرير تلك الوقائع للقرار الذى يستند إليها، ثم بحث أخيراً فى مدى أهمية وخطورة تلك الوقائع وتقدير مدى التناسب بينها وبين الإجراء المتخذ على أساسها وهو ما يقال له رقابة الملاءمة.

وهو ما تبناه مجلس الدولة المصرى منذ نشأته، فقد أخضع لرقابته الوجود المادى والقانونى للوقائع التى يستند إليها القرار الإدارى، فقد قضت محكمة القضاء الإدارى "أنه إذا كانت الإدارة تستقل بوزن مناسبات قرارها وبتقدير ملاءمة أو عدم ملاءمة إصداره دون أن يكون للقضاء التعقيب عليها فى هذا الشأن، إلا أن مناط ذلك أن تكون قد استندت فى قرارها إلى وقائع صحيحة مؤدية إلى النتيجة التى انتهى إليها القرار"^(١).

ولم يختلف مسلك المحكمة الإدارية العليا، عن ذات مسلك محكمة القضاء الإدارى فى هذا الصدد فقد بسطت رقابتها على وجود وصحة الوقائع التى تتخذها الإدارة أساساً لقراراتها، متبينة فى أحكامها المبادئ المستقرة فى هذا الشأن^(٢).

كما أخضع المجلس لرقابته كذلك مدى صحة هذه الوقائع قانوناً، إذ تقول المحكمة الإدارية العليا: "...فإذا كانت الوقائع مع فرض ثبوتها، لا تؤدي إلى هذا الوصف أو أن تكيفها على هذا النحو يعتبر تكيفاً غير سليم من الناحية القانونية، فإن السبب الصحيح لا يعتبر قائماً"^(٣). كما أقر المجلس لنفسه وعلى سبيل الاستثناء رقابة مدى التناسب بين أهمية وخطورة الوقائع وبين الإجراء المتخذ على أساسها^(٤)، فقد قضت المحكمة الإدارية العليا: "أن

(٢) الحكم الصادر فى ١٩٤٨/١/٧، مجموعة السنة الثانية، ص ٢٢٢.

(١) الطعن رقم ٧٥٣، جلسة ١٩٥٦/٤/٧، مجموعة السنة الأولى، س ١، ص ٦٥٧.

(٢) الحكم الصادر بتاريخ ١٩٧٦/٢/١، مجموعة السنة الحادية والعشرون، ص ٤٣.

(٣) حول هذا الموضوع انظر الدكتور/ رمضان بطيخ، الاتجاهات المتطورة للحد من السلطة التقديرية للإدارة فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى ومدى استفادة مجلس الدولة المصرى منها، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢.

أجهزة الأمن وإن كانت تترخص في تقدير الخطورة الناشئة عن الحالة الواقعية التي يصح لها أن تتدخل لمواجهتها بالإجراء الضبطي المناسب، فإنه يشترط أن يكون لهذه الحالة وجود حقيقي ووقائع محددة يكون من شأنها أن تنبئ في التقدير السليم للأمر أن ثمة خطر يقتضى التدخل من جانب هذه الأجهزة^(٤).

المطلب الثالث

عيب عدم مشروعية الغاية في القرارات الإدارية القابلة للانفصال في ضوء أوجه بطلان أركان العقد الإداري

يقال لهذا العيب، عيب إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها Le détournement de pouvoir ويقصد به أن يسعى رجل الإدارة نحو تحقيق هدف غير الهدف الذي حدده له القانون، فإذا لم يكن القانون قد حدد هدفاً معيناً، فإن على رجل الإدارة أن يسعى نحو تحقيق الصالح العام، وإلا تحقق هذا العيب.

وإذا كان عيب الغاية يختلط أحياناً بعيب مخالفة القانون بمعناه الضيق وذلك في حالة ما إذا كان المشرع قد حدد لرجل الإدارة هدفاً معيناً، ولم يلتزم به هذا الأخير، بل عمد إلى تحقيق هدف آخر، فإنه يكون بذلك قد ارتكب خطأ يتمثل في مخالفة القانون، حتى وإن كان يقصد من وراء هذا الهدف تحقيق المصلحة العامة. وهنا يمكن أن يقال أن رجل الإدارة قد انحرف بالسلطة الموكلة إليه.

ولذا أرى أن عيب الانحراف بالسلطة بهذا المعنى يدخل في إطار عيب مخالفة القانون، وذلك على عكس ما إذا لم يكن المشرع قد حدد هدفاً معيناً لرجل الإدارة، وإنما منحه لذلك سلطة تقديرية يحدها فقط قيد المصلحة العامة، فإذا اختار رجل الإدارة من بين الوسائل المتاحة أمامه وسيلة لا تحقق

(٤) الطعن رقم ٦٩٧١ لسنة ٤٢ ق.ع، جلسة ٢٠٠٠/٢/٢٠.

الصالح العام، فإنه يكون بذلك قد أساء استعمال سلطته، وهو ما يفترق عن عيب مخالفة القانون أو الانحراف بالسلطة سالف الذكر.

وهكذا يرتبط عيب إساءة استعمال السلطة، بالسلطة التقديرية لرجل الإدارة وليس بالسلطة المقيدة له وذلك خلافا لعيب الانحراف بالسلطة والذي يرتبط بالسلطة المقيدة لرجل الإدارة؛ الأمر الذي يمكننا معه تعريف عيب الغاية فى القرار الإدارى، بأنه العيب الذى يرتبط بالسلطة التقديرية لرجل الإدارة وذلك بأن يتعمد - مستغلاً فى ذلك الامتيازات الممنوحة له - تحقيق مصالح ذاتية أو شخصية.

ولذلك فإن البحث فى هذا العيب يعد مسألة ذاتية أو شخصية تتعلق بشخص الموظف العام، مما يضطر معه القضاء لأن يتدخل فى نوايا وبواعث هذا الموظف بحسبانها محل الرقابة فى هذا العيب؛ فهو لا يتعلق فى الواقع بأمر مادى أو موضوعى يسهل التحقق منه.

من هنا تبدو خطورة هذا العيب، خاصة أن القرار الذى يكون مصابا به هو قرار سليم فى كافة عناصره وأركانه الأخرى المتعلقة بالاختصاص والشكل، وأن محله يتفق والقانون، وقائم كذلك على سبب قانونى أو مادى صحيح، ولكن مصدره - رغم ذلك وفى حماية من مظاهر المشروعية - يعتمد إلى تحقيق هدف لا يتفق والصالح العام.

وحيثما نقول يعتمد، فذلك لأن هذا العيب عمدى أو قصدى، وهو ما يفيد التعمد أو القصد السئ لدى رجل الإدارة للوصول إلى نتائج يحقق بها مصالحه الذاتية أو الشخصية، وفى ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا "إن إساءة استعمال السلطة (أو الانحراف بها) هما من العيوب القصدية فى السلوك الإدارى، فوامها أن يكون لدى الإدارة قصد إساءة استعمال السلطة (أو الانحراف بها)، فعيب إساءة استعمال السلطة الذى يبرر إلغاء القرار الإدارى أو التعويض عنه يجب أن يشوب الغاية منه ذاتها، بأن تكون جهة

الإدارة قد تنكبت وجه المصلحة العامة التي يجب أن يتغياها القرار^(١). هذا وقد ذهب جانب من الفقه إلى أنه لا يتفق مع القول بأن عيب الغاية لا يمكن تصوره سوى مع تمتع الإدارة بهامش من التقدير، ذلك لأن الإدارة ملزمة بنص القانون أو بدونه بتحقيق المصلحة العامة، وكما هو معلوم فالمصلحة العامة عنوان واحد وإن تعددت صورته، ومن ثم لا يمكن تصور أن للإدارة سلطة تقديرية في تحديد المصلحة العامة التي تتغياها، وإلا كانت هناك مخالفة لقاعدة تخصيص الأهداف التي تمثل صورة من صور إساءة إساءة استعمال السلطة على النحو الذي سنتولى البحث فيه^(٢).

وكما هو واضح فإن هذا الجانب الفقهي يخلط بين عيب إساءة استعمال السلطة والمرتبب بما للإدارة من سلطة تقديرية وبين الانحراف بالسلطة والمرتبب بالسلطة المقيدة للإدارة وذلك على النحو سالف الذكر؛ ولدحض هذا الاتجاه نقول أيضاً أن هذا العيب (إساءة استعمال السلطة) يتحقق دائماً في حالة غياب المصلحة العامة، أما وأن هذه المصلحة - والتي لها صور عديدة كما ذكر صاحب الاتجاه السابق - قد تحققت، فإن القرار يصبح مشروعاً أياً كانت هذه الصورة، بما مفاده أن رجل الإدارة له سلطة تقديرية ليس فقط في اختيار هذه الصورة أو تلك من صور المصلحة العامة، وإنما أيضاً في وسيلة تحقيق هذه الصورة، وهذا هو وجه التقدير الذي تتمتع به جهة الإدارة في خصوص عيب الغاية في القرار الإداري.

وباعتبار أن هذا العيب من العيوب القصدية - كما ذكرنا - فإن القضاء قد درج على اعتباره عيباً احتياطياً، بمعنى أن القاضى الإداري لا يلجأ إليه إلا بعد أن يتأكد من عدم وجود عيب آخر يمكن أن يؤسس عليه الحكم بالإلغاء.

(١) الطعن رقم ٥٩٨ لسنة ١١ ق.ع، جلسة ١٩٦٩/٥/٣، المجموعة، السنة ١٤، ص ٦٤١.
(٢) الدكتور/ دريد عيسى إبراهيم، الرقابة على إبرام العقد الإداري بطريق المناقصة العامة، دراسة مقارنة، دكتوراه عين شمس، ٢٠١٦، ص ٤٢٩.

وإن كنت أرى من جانبي أنه ليس هناك عيب أصلي وآخر احتياطي في مجال بحث مشروعية القرارات الإدارية، فكافة العيوب هي في حقيقتها عيوب أصلية أو أساسية؛ أما وأن القاضى يضطر لإثبات العيب الذى نحن بصدده أن يتعمق للوقوف على البواعث النفسية أو على أمور خفية لدى جهة ادارة، فهذا أمر لا يضيف إطلاقاً على هذا العيب صفة الاحتياطية أو الثانوية؛ وكل ما فى الأمر أنه فى حالة ما إذا كان هناك عيب واضح وظاهر وجلى للإلغاء، فإن على القاضى أن يكتفى بمثل هذا العيب، أما إذا لم يوجد مثل هذا العيب، فإنه يتحتم على القاضى أن يبحث ويدقق بكافة سبل وآليات الإثبات والى قد تتمثل فى التحقيق أو ملف الدعوى أو فى المستندات والأوراق والمكاتبات أو فى التضارب والتعارض فى إدعاءات الإدارة، أو فى القرائن المحيطة بالنزاع أو فى عدم الملاءمة الظاهرة... الخ، وذلك للوصول إلى حقيقة الهدف الذى يسعى رجل الإدارة إلى تحقيقه؛ فإن ثبت أن هذا الهدف تحقيق الصالح العام قضى برفض الدعوى، وإلا قضى بعدم مشروعية القرار المطعون فيه.

ولذا لا نتفق مع الجانب الفقهي الذى يرى أنه ليس على القاضى الإدارى أن يتحاشى هذا العيب ابتداء بحثاً عن غيره من العيوب الأخرى ليقضى بعدم مشروعية القرار الإدارى^(١)؛ ذلك أن القاضى إذا تحاشى هذا العيب ابتداء، فذلك لأن هناك عيب آخر أكثر ظهوراً ووضوحاً يحقق ذات الغاية من الطعن وهو إلغاء القرار المطعون فيه، خاصة أنه يكفى لمثل هذا الإلغاء أن يتحقق عيباً واحداً من عيوب عدم المشروعية وأياً كان هذا العيب. هذا وتتخذ بجانب المصلحة العامة صوراً عديدة، فقد يعمد رجل الإدارة إلى استخدام سلطته بقصد الانتقام الشخصى، أو بقصد تحقيق نفع شخصى له، أو لمحاباة الغير... الخ.

(١) الدكتور/ دريد عيسى إبراهيم، المرجع السابق، ص ٤٢٧.

فإذا اتجهنا صوب القرارات الإدارية المنفصلة أو القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية، فإننا نؤكد أنه وإن كان من غير المتصور انطواء مثل هذه القرارات على مثل هذا العيب (عيب الغاية)، ذلك أن القانون أو اللائحة الحاكمة لإجراءات التعاقد الإداري، إنما تتولى وبالتفصيل بيان ضوابط وقيود هذه الإجراءات، بحيث يصعب تصور الخروج على هذه الضوابط أو تلك القيود دون الوقوف على حقيقة مخالفة ذلك للقانون وذلك كما رأينا عند دراسة عيب المحل في القرار الإداري، إلا أن ذلك لا يمنع من تصور وجود عيب الغاية أيضا في خصوص تلك القرارات، كما لو تعمدت جهة الإدارة إرساء العطاء على شخص لا يستحق لا لشيء إلا لتحقيق مصالح شخصية أو ذاتية، أو تعمدت إخفاء حقيقة احتياجات أو مواصفات ما تحتاج إليه جهة الإدارة بقصد نفع شخصي أو ذاتي، أو تعمدت إخفاء بعض البيانات أو المعلومات الخاصة ببعض العطاءات وذلك لتفويت الفرصة على أصحابها للفوز في منافسة حرة شريفة... وهكذا.

ولكن هل يقتصر عيب عدم مشروعية الغاية - في ضوء التصور الذي رأيناه - على القرارات الإدارية المنفصلة على النحو السابق أم من الممكن تحققه في خصوص أركان العقد الإداري؟

وإذا كنا قد ذكرنا من قبل أن السبب مركن في العقد الإداري، هو الباعث الدافع إلى التعاقد، ويشترط فيه أن يكون مشروعاً وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة، فهل معنى ذلك أن يختلط عيب السبب بعيب الغاية في العقد الإداري؟ أم أن كلا منهما له استقلالته وذاتيته؟

في الواقع من الأمر يمكن القول أن عدم مشروعية السبب، أو بمعنى أدق عدم مشروعية الباعث الدافع إلى التعاقد، قد يتحقق - كما بينا من قبل - لدى طرفي العقد أو أحدهما فقط، في حين أن عيب إساءة استعمال السلطة (عيب الغاية) لا يتحقق إلا لدى جهة الإدارة دون المتعاقد معها، مما يعنى أن

هذا العيب الأخير أضيق نطاقاً من عيب السبب أو من عيب الباعث الدافع، لأنه لا يتعلق إلا بباعث الإدارة غير المشروع ولا يمتد ليشمل الباعث غير المشروع للمتعاقد مع الإدارة.

فعبء الغاية في العقود الإدارية يتميز إذن عن عيب السبب أو الباعث الدافع.

من هنا فقد ذهب جانب من الفقه إلى القول بأنه يجب الالتجاء إلى نظرية السبب غير المشروع أو الباعث غير المشروع - كما يعرفها القانون الخاص - للوقوف على السبب غير المشروع لكلا المتعاقدين في العقد الإداري، وخاصة ما يتعلق بالمتعاقد مع جهة الإدارة، بحيث يكون إساءة استعمال السلطة فقط عندما لا يمكن لنظرية السبب غير المشروع أن تلعب دورها في العقود الإدارية.

فلو أن الجهة الإدارية أصدرت قراراً بإبرام العقد، وكان هذا القرار مشوباً بعيب الغاية، كان العقد باطلاً وذلك استناداً إلى نظرية إساءة استعمال السلطة، وأما إن أبرمت العقد بقصد تحقيق مصالح خاصة لها استناداً إلى اتفاق سرى بينها وبين المتعاقد معها فإن العقد يكون باطلاً ولكن استناداً إلى نظرية الباعث غير المشروع⁽¹⁾.

ومع ذلك يلاحظ أن مجلس الدولة الفرنسي رفض الأخذ بفكرة بطلان العقد الإداري تأسيساً على فكرة إساءة استعمال السلطة، وذلك في قضية تتحصل وقائعها في أن حاكم إحدى المستعمرات الفرنسية (الصومال) عين إحدى قريباته وتدعى Mile Soulier مديرة لإحدى المدارس بعد تعديله لائحة المدرسة وشروط تعيين مديرة المدرسة، وقبل مغادرته المستعمرة وبصفته حاكماً لها أبرم عقداً إدارياً مع قريبتة المذكورة، مما حدا بخلفه

(1) DE laubadère, op. cit., P. 37.

وانظر أيضاً الدكتور/ زكي محمد النجار، رسالته السابقة، ص ١٤٠.

(الحاكم العام الجديد) إلى إصدار قرار ببطلان الإجراءات المعدلة للاتحة المدرسة وبطلان العقد المبرم مع قريبة سلفه.

وقد اقترح مفوض الحكومة: (بطلان العقد) تأسيساً على فكرة إساءة استعمال السلطة، ذلك أن الإدارة حين تتصرف يتعين عليها ألا تنتكب المصلحة العامة، وأن تكون تلك المصلحة هي رائدها ومبتغاها دائماً من تصرفاتها وقراراتها، وأكد مفوض الحكومة أن العقد لم يبرم إلا لصالح قريبة الحاكم العام للمستعمرة، وأنه ما كان العقد ليبرم نهائياً لولا تعديل اللاتحة والشروط.

وقد انتهى المجلس إلى أنه إذ كان ما تقدم فإن قرار الحاكم بتعديل اللاتحة وما تبعه من إجراءات تخص الأنسة Soulier يعد باطلاً لإساءته استعمال سلطته، ومن ثم يبطل العقد لبطلان الأساس الذي قام عليه العقد.

ويلاحظ أن الحكم وإن أقام بطلان قرارات الحاكم العام للمستعمرة على أساس عيب إساءة استعمال السلطة، إلا أنه لم يقض ببطلان العقد على ذات الأساس تأكيداً على كفاية عدم مشروعية السبب كأساس لبطلان العقود عند توافرها^(١).

حاصل القول إذن أن القرارات الإدارية المنفصلة أو القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية، لا تختلف في خصوص المشروعية التي يجب أن تكون عليها وبالتالي في العيوب التي تصيب هذه المشروعية، عن بقية القرارات الإدارية الأخرى، وإن كانت تنسم في هذا الشأن بخصوصية معينة كما بينا من قبل؛ كما أنها تخضع شأنها شأن بقية القرارات للرقابة القضائية وإن كان هناك تطوراً أصاب هذه الرقابة في خصوص تلك القرارات، حيث لم تعد قاصرة على قضاء الإلغاء وإنما ظهرت صوراً أخرى للرقابة في إطار هذا القضاء، وهو ما نبينه فيما يلي.

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية Soulier في ١٩٥٤/٣/٥، المجموعة، ص ١٣٩، مشار إليه لدى الدكتور/ عبد الفتاح أبو الليل، المرجع السابق، ص ٥٥٦.

الباب الثانى

طرق الطعن القضائى فى القرارات الإدارية القابلة للانفصال فى ضوء آلية القضاء المستعجل الموضوعى قبل التعاقدى

تتجسد هذه الطرق أولاً فيما يعرف بقضاء الإلغاء أو قضاء تجاوز السلطة *excés de pouvoir* والذي يمثل ضمانات هامة وأساسية لحماية حقوق وحرىات المواطنين، إذ يكبح جماح الإدارة فى هذا الشأن، ويردها إلى حظيرة المشروعية؛ فهو يقف دائماً حجر عثرة فى وجه محاولة خروجها على تلك المشروعية سواء عن عمد أو إهمال، حال إصدارها للقرارات الإدارية القابلة للانفصال فى مجال العقود الإدارية ذات التأثير المباشر - دون شك - على الأوضاع أو المراكز القانونية للمخاطبين بها.

فطالما أن العقد لم يبرم بعد، فإن الحكم بعدم مشروعية تلك القرارات يحول دون أن تمضى الإدارة قدماً فى إجراءات التعاقد، وإلا تكون قد خالفت قوة الأمر المقضى به لحكم الإلغاء والذي يسرى فى مواجهة الكافة بمن فيهم المتنافس الذى يحتمل أن يكون طرفاً فى العقد.

ولكن نظراً لبطء إجراءات التقاضى وما قد يترتب عليه من أن حكم الإلغاء لا يصدر إلا بعد إبرام العقد، بل وأحياناً بعد تنفيذه وتصفية الحقوق والالتزامات الناشئة عنه، وهو ما ينتج عنه فوات أو ضياع حق الطاعن حال صدور الحكم لصالحه بإلغاء القرار المنفصل عن العقد، خاصة أن القضاء الإدارى فى كل من فرنسا ومصر مستقر - كما سنرى فيما بعد - على أن إلغاء القرار المنفصل لا أثر له على بقاء العقد فى حيز الوجود القانونى ما لم يتمسك به أحد طرفى هذا العقد.

من هنا فقد حرص المشرع فى كل من فرنسا ومصر - لكى يتلافى هذه النتائج الخطيرة - على أن يطور هذا القضاء، فابتدع طريقتين أو نظامين

جديدين وإن كانا في إطار دعوى الإلغاء:

أولهما وتشترك فيه التشريعات في كل من فرنسا ومصر وهو نظام وقف التنفيذ الذي ينظر في الطلبات المستعجلة الخاصة بأنزعة القرارات الإدارية بصفة عامة والقرارات القابلة للانفصال عن العملية التعاقدية بصفة خاصة، وذلك بشكل مؤقت حتى يصدر الحكم في الموضوع.

أما النظام الثاني فقد انفرد به التشريع الفرنسي، وهو نظام القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدى، وكان ذلك في عام ١٩٩٢ على أثر التوجيه الأوروبي الصادر عن الاتحاد الأوروبي بشأن ضرورة تطبيق قواعد العلانية والمنافسة في مجال إبرم عقود الشراء العامة في مختلف دول هذا الاتحاد، وذلك لضمان التجانس التشريعي بين هذه الدول في هذا المجال. ومنذ هذا التاريخ أصبح هذا النظام نظاماً متكاملأ في قضاء مجلس الدولة الفرنسي كأداة فاعلة لحماية تلك القواعد عند إبرام الإدارة لعقودها، خاصة أنه يمنح القاضى سلطات لا مثيل لها لدى قاضى الإلغاء أو وقف التنفيذ، مثل إلزام الإدارة بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل - وقف إبرام العقد - إلغاء القرارات المنفصلة.... وهكذا.

وتفصيلاً لهذا الإجمال نتناول الموضوعات التالية، مخصصين لكل موضوع منها فصلاً مستقلاً.

الموضوع الأول: القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدى.

الموضوع الثانى: القضاء بوقف تنفيذ القرارات الإدارية القابلة للانفصال فى مجال العقود الإدارية.

الموضوع الثالث: القضاء بإلغاء القرارات الإدارية القابلة للانفصال فى مجال العقود الإدارية والتعويض عنها.

الفصل الأول

القضاء المستعجل الموضوعى قبل التعاقدى

LE RÉFERÉ PRÉCONTRACTUEL

الطعن بهذه التقنية يتم فقط فى مرحلة إبرام العقد الإدارى وقبل صيرورته منعقدًا، ويهدف إلى حماية قواعد العلانية والمنافسة خلال هذه المرحلة؛ وذلك باتخاذ إجراءات سريعة وفاعلة بل وحاسمة لمواجهة وقائع الفساد المختلفة التى من الممكن أن تحدث خلال تلك المرحلة، وذلك قبل أن نصل إلى المرحلة التى لا يجدى فيها نفعًا اكتشاف هذه الوقائع أو حتى محاولة علاجها، وهى مرحلة تنفيذ العقد الإدارى، خاصة مع غياب قاعدة ما بنى على باطل فهو باطل فى مجال مرحلتى إبرام العقود الإدارية أو تنفيذها. وحيث إن معظم وقائع الفساد التى تظهر فى مرحلة الإبرام، إنما ترجع إلى غياب الوضوح والشفافية فى إجراءات هذه المرحلة؛ وحيث أن تحقيق العدل لا يتم إلا إذا جاء حكم القضاء فى الوقت المناسب أو الملائم وإلا تم إفراغ العدل من جوهره ومضمونه، من هنا فقد حرص المشرع الأوروبى أو لا ثم المشرع الفرنسى ثانياً على ابتداء تقنية رقابية قضائية مستعجلة وسابقة على إبرام العقد الإدارى لحماية مبادئ العلانية والمنافسة كما ذكرنا.

ويقصد بمبدأ العلانية التزام الإدارة بالإعلان عن مكان وزمان إبرام العقد حتى يتسنى للمتنافسين تقديم عطاءاتهم فى الوقت والشكل المطلوب، أما مبدأ المنافسة فيقتضى إفساح المجال أمام المتنافسين لتقديم عطاءاتهم دون إقصاء أو تهميش أو تفرقة فيما بينهم.

تقوم هذه التقنية على أساس إعطاء القاضى مكانات وسلطات واسعة وغير مألوفة فى الإجراءات القضائية العادية حتى وإن كانت هذه الإجراءات مستعجلة كما هو الحال فى نظام وقف التنفيذ؛ ودون أن يهمل فى ذات الوقت

الأداة اللازمة للنظر في الدعوى وإصدار حكم فيها.

فكيف نشأت وتطورت هذه التقنية؟ وما هي طبيعتها وشروطها؟

ومن هم أصحاب الحق في مباشرتها؟

للإجابة على هذه الأسئلة نتناول الموضوعات التالية مخصصين لكل

موضوع منها مبحثاً مستقلاً.

الموضوع الأول: نشأة القضاء المستعجل الموضوعى قبل التعاقدى.

الموضوع الثانى: شروط قبول دعوى القضاء المستعجل الموضوعى قبل

التعاقدى.

الموضوع الثالث: سلطات القاضى فى نطاق دعوى القضاء المستعجل

الموضوعى قبل التعاقدى.

الموضوع الرابع: الحكم فى دعوى القضاء المستعجل الموضوعى قبل

التعاقدى.

المبحث الأول

نشأة القضاء المستعجل الموضوعى

قبل التعاقدى

لمعرفة نشأة هذا القضاء فإنه يتحتم الوقوف على المصدر أو المرجع

الذى استمد منه المشرع الفرنسى مبادئه وأحكامه، وهو ما يعين كذلك على

فهم طبيعته أو خصائصه الذاتية، بل والغاية التى يرمى إلى تحقيقها، إضافة

إلى المجال الذى يطبق فى إطاره، وهو ما نتناوله تباعاً فى الآتى.

المطلب الأول

مصادر القضاء المستعجل الموضوعى

قبل التعاقدى

لم يظهر هذا القضاء فى أى من تشريعات الدول الأوروبية بداءة أو

بمبادرة من عنديات أى منها، وإنما فقط بعد أن أعطى الاتحاد الأوروبى -

ككيان قانونى - اهتماما بالغا بضرورة احترام تطبيق قواعد العلانية والمنافسة والشفافية فى نطاق إبرام العقود الإدارية (عقود الشراء العام) بدول هذا الاتحاد.

فقد أصدر المشرع الأوروبى، بعد أن تنبه إلى عدم وجود دعوى قضائية تؤمن احترام الأحكام الأوربية فى نطاق قواعد المنافسة والعلانية والشفافية، وتضمن مجازاة المخالفات المرتكبة فى هذا المجال؛ أصدر التوجيه رقم ٦٦٥/٨٩ بتاريخ ١١/٢١/١٩٨٩^(١)، داعيا فيه الدول الأعضاء بضرورة توحيد وتنسيق الأحكام التشريعية التى تحكم تلك القواعد عند إبرام عقود التوريدات والأشغال سواء على المستوى الأوروبى أو على المستوى المحلى، وذلك لضمان التجانس بين تلك الأحكام من ناحية ولضمان احترام قانون الاتحاد الأوروبى المشترك أو القوانين الوطنية فى مجال التعاقدات الإدارية من ناحية أخرى، بل ولتحقيق الفعالية لمبادئ الشفافية والمنافسة على أرض الواقع وفى التطبيق العملى.

فقد تضمن التوجيه سالف الذكر ضرورة إيجاد دعوى قضائية تتيح لكل صاحب مصلحة فى إبرام عقد إدارى فى الإطار السابق، أن يلجأ إليها لى يضمن ألا يضار بسبب انتهاك أى من المبادئ المشار إليها. ولذا أطلق على هذا التوجيه اسم توجيه الطعن أو الدعوى Directive de recours.

(١) يعد التوجيه نوع من التشريعات المهمة لعمل الاتحاد الأوروبى، الذى يخاطب الدول الأعضاء على نحو ملزم من حيث الأهداف والنتائج التى يسعى لتحقيقها فقط، فهو غير ملزم من حيث آليات ووسائل تحقيق الأهداف؛ إذ يتاح لكل دولة فى الاتحاد تحديد الوسائل والآليات التى تراها الأفضل فى بلوغ الأهداف والنتائج المتوخاة، وعلى ذلك تحتاج هذه التوجيهات - من حيث المبدأ - إلى أن تتجسد فى صورة تشريعات وطنية حتى تغدو قابلة للتطبيق من الناحية الفعلية. الدكتور/ حسن نافعة، الاتحاد الأوروبى والدروس المستفادة عربيا، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، ٢٠٠٤، ص ٢٥١، ويراجع المادة (٢٤٩) من معاهدة الاتحاد الأوروبى التى جاء فيها:

"A directive shall be binding, as to the result to be achieved, upon each Member State to which it is addressed, but shall leave to the national authorities the choice of form and methods".

فالمهدف من ذلك إذن توفير سبل الانتصاف والعدالة للمتأفسين فى حالة انتهاك قانون الاتحاد الأوربى أو القواعد الوطنية فى مجال التعاقدات العامة، خاصة أن إجراءات إبرام العقود العامة تتم فى فترة زمنية تكاد تكون قصيرة، وأن الترتيبات القائمة على الصعيد الوطنى ليست كافية دائماً لتصحيح المخالفات فى مرحلة زمنية معينة، ثم إن اتساع نطاق التعاقدات التى تجريها الإدارة والقائمة على المنافسة، يتطلب زيادة كبيرة فى ضمانات الشفافية وعدم التمييز، وهو ما يصبح معه من الضرورى التأكيد على وجود إجراءات قانونية مناسبة تمكن من إبطال القرارات المتخذة بشكل غير قانونى أو غير مشروع، على وجه السرعة.

وتأكيداً لذلك فقد أصدر المشرع الأوربى التوجيه الثانى رقم ١٣/٩٢ بتاريخ ١٩٩٢/٢/٢٢، متضمناً أحكاماً لدعوى قضائية خاصة تحمى فعالية أحكام المنافسة والعلانية فى معرض إبرام عقود الأشغال والتوريدات فى نطاق الطاقة والماء والنقل والاتصالات، وهى دعوى شبيهة فى تفاصيلها وخطوطها العامة بالدعوى التى جاء بها التوجيه السابق رقم ٦٦٥/٩ لسنة ١٩٨٩ مع اختلاف فقط فى حجم السلطات الممنوحة للقاضى كما سنرى.

وعلى هدى تلك التوجيهات سارت الدول الأعضاء فى الاتحاد الأوربى لإيجاد مناخ تشريعى يضع القواعد التى تناولتها موضع التطبيق، ولعل فرنسا بما لها من تراث قانونى قد ذهبت بعيداً فى هذا الشأن، خاصة أنه تبين للمشرع الفرنسى أن هناك فراغاً تشريعياً يكمن فى عدم وجود دعوى تصحيحية أو وقائية سابقة على إبرام العقد، فدعوى الإلغاء التى توجه ضد القرارات المنفصلة عن العقد، ظهرت لفترة طويلة من الزمن غير ذات فعالية كما بينا من قبل^(١).

(١) الدكتور عقبه سلطون، وقف تنفيذ القرارات الإدارية، دراسة مقارنة، جامعة دمشق، دمشق، ٢٠١٠، ص ٢١٨؛ الدكتور الحسين بن شيخ أت ملوية، المنتقى فى القضاء الاستعجالى الإدارى، دار هومة للنشر، الجزائر، ٢٠٠٧، ص ٧.

وهكذا يمكن القول إن المشرع الفرنسي استمد نظام القضاء المستعجل الموضوعى قبل التعاقدى من التوجيهات الحاكمة للعقود فى دول الاتحاد الأوروبى، وقد تحول مضمون تلك التوجيهات فى واقع الأمر إلى إجراء أصيل فى التشريع الفرنسى.

فقد أنشأ المشرع الفرنسى فى عام ١٩٩٢ ولأول مرة نظام القضاء المستعجل قبل التعاقدى كحاجز أمام إبرام العقد الذى لم تحترم فيه قواعد العلانية والمنافسة - التى كانت مفروضة من اللجنة الأوربية - وذلك من خلال اعتماده للتوجيهات الأوربية سالفة الذكر بموجب القانون رقم ١٠ بتاريخ ١٩٩٢/١/٤ والمرسوم رقم ٩٤٦ بتاريخ ١٩٩٢/٩/٧ والقانون رقم ١٤١٦ بتاريخ ١٩٩٣/١٢/٢٩، ومن ثم فقد عمل المشرع الفرنسى على إيراد مضمون تلك التوجيهات فى المواد ٢٢، ٢٣ من تقنين المحاكم الإدارية، ومحاكم الاستئناف الإدارية، إضافة إلى القانون المتعلق بمنع الرشوة والذى يقال له قانون سابين Loi Sapin، كما نص على هذا النظام فى المادتين (ل ٥٥١، ٥٥١) من القانون رقم ٥٩٧ لسنة ٢٠٠٠، بتعديل بعض أحكام تقنين القضاء الإدارى الصادر بالأمر رقم ٣٨٧ - ٢٠٠٠ بتاريخ ٣٠ يونية ٢٠٠٠ كما سنبين فيما بعد^(١).

(2) Loi no 2000-597 du 30 Juin 2000, relative au référé devant la juridiction administrative.

فقط نصت هاتان المادتان على مايلى :

"Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des marchés publics, des marchés mentionnés au 2ème alinéa de l'article 24 de l'ordonnance no 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, des contrats de partenariat, des contrats visés au premier alinéa de l'article L. 6148-5 du code de la santé publique et des conventions de délégation de service public.

هذا ويلاحظ أن هذا التقنين الأخير أوسع مدى - فيما يخص الالتزامات المتعلقة بالعلانية والمنافسة - مما هو معتمد في الاتحاد الأوربي، وإن كان هذا المدى قد تم بشكل تدريجي، ففي البداية تم إنشاء القضاء المستعجل قبل التعاقدى للعقود العامة وفقا لحدود مالية معينة، ثم امتد بعد ذلك في مجال تطبيقه إلى اتفاقيات تفويضات المرافق العامة، ليضم عقود المشاركة وعقود أخرى⁽¹⁾.

Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptible d'être lésées par ce manquement, ainsi que le représentant de l'Etat dans le département dans le cas où le contrat est conclu ou doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local.

Le président du tribunal administratif peut être saisi avant la conclusion du contrat. Il peut ordonner à l'auteur du manquement de conformer à ses obligations et suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte. Il peut également annuler ces décisions et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations. Dès qu'il est saisi, il peut enjoindre de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure et pour une durée maximum de vingt jours.

Sauf si la demande porte sur des marchés ou contrats passés par l'Etat, elle peut également être présentée par celui-ci lorsque la Commission des communautés européennes lui a notifié les raisons pour lesquelles elle estime qu'une violation claire et manifeste des obligations de publicité et de mise en concurrence d'origine communautaire ou résultant de l'accord sur l'Espace économique européen, a été commise.

Le président du tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés.

- (1) Dominique POUYAUD, un nouveau recours contentieux, RFDA. N. 523, Paris, Septembre-Octobre, 2007, P. 923; Bergeal Catherine et lencia, Frédéric, le contentieux des marchés publics le moniteur, Paris, 2010, P. 212; Vandermeeren, R., le référé administratif précontractuel, A.J.D.A., 1994, No. 5, P. 90- 91; René schmartz le juge français des référés administratif, R. du conseil, d'Brat, N°4, 2003, P. 71.

وأخيراً وعلى أثر صدور التوجيه الثالث من المشرع الأوربي رقم ١٦٦ بتاريخ ٢٠٠٧/١٢/١١ بشأن التوسع في مجال تطبيق دعوى القضاء المستعجل الموضوعى قبل التعاقدى، ليشمل جهتى القضاء العادى والإدارى، فقد أصدر المشرع الفرنسى بتاريخ ٢٠٠٩/٥/٧ المرسوم رقم ١٤٥٦ بتاريخ ٢٠٠٩/١١/٤ لتنظيم نوعين من دعاوى القضاء المستعجل قبل التعاقدى؛ الأول فى إطار القانون الخاص والثانى فى إطار القانون العام، بحيث أصبح للقضاء المستعجل قبل التعاقدى قاضيان أحدهما لعقود الأفراد فى إطار القانون الخاص والثانى للعقود الإدارية فى إطار القانون العام، ومع ذلك يلاحظ أن كلا من الدعوتين تخضع لذات القواعد والإجراءات والسلطات^(١). وهكذا كان للمشرع الفرنسى - مقتدياً بالتوجيهات الصادرة من الاتحاد الأوربي - فضل السبق الإيجابى فى إرساء معالم دعوى قضائية جديدة تجسد فى جوهرها آلية شديدة الفعالية لضمان تطبيق واحترام أحكام وقواعد العلانية والمنافسة والشفافية فى مجال العقود الإدارية.

المطلب الثانى

خصائص دعوى القضاء المستعجل الموضوعى

قبل التعاقدى

يحمل اسم هذه الدعوى كافة الخصائص التى تتميز بها، فهى أولاً دعوى قضاء مستعجل، وثانياً دعوى سابقة على إبرام العقد الإدارى، وثالثاً دعوى موضوعية، ولذا فهى تخول القاضى، وهذا رابعاً، سلطات واسعة مقارنة بنظيره قاضى وقف التنفيذ أو حتى قاضى الإلغاء. وهو ما نبينه تباعاً فى الآتى.

الدكتور/ إبراهيم الحسنى، قضاء الإلغاء فى نطاق العقود الإدارية، دراسة مقارنة، جامعة دمشق، ٢٠١٢، ص ٥١٢.

(١) الدكتور/ إبراهيم الحسنى، المرجع السابق، ص ٥٥٩.

الفرع الأول

إنها دعوى قضاء مستعجل

يقصد بأن دعوى القضاء المستعجل قبل التعاقدى دعوى قضاء، أن الفصل فيها يقع في صورة حكم قضائي، والحكم بمعناه الخاص هو القرار الصادر من محكمة مشكلة تشكيباً صحيحاً، ومختصة (أو صارت مختصة بعدم الاعتراض على اختصاصها في الوقت المناسب) في خصومة رفعت إليها وفق قواعد المرافعات، سواء أكان صادراً في موضوع الخصومة أو في شق منه أو في مسألة متفرعة عنه، ويخضع لذات القواعد التي تتعلق بالمداولة والنطق بالحكم وإيداع مسودته وكتابته وتسببيه، واستصدار صورته التنفيذية^(١).

أما عن كونها قضاء مستعجلاً فلأنه يفصل من خلالها في منازعات يخشى عليها من فوات الوقت، وتتطلب ضرورة الحصول على الحماية القانونية العاجلة التي لا تتحقق من اتباع الإجراءات العادية للتقاضي نتيجة توافر ظروف تمثل خطراً على حقوق أصحاب الشأن، أو قد تتضمن ضرراً يتعذر تداركه وإصلاحه.

وهكذا يمكن القول إن الاستعجال يتحقق كلما كان الإجراء المطلوب لمواجهة يهدف إلى منع ضرر مؤكد لا يمكن إزالته إذا حدث، أو كما ذهب جانب من الفقه أن الاستعجال يجسد الخطر الحقيقي المحقق بالحق المراد المحافظة عليه والذي يلزم درءه بسرعة لا تكون عادة في التقاضي العادي ولو قصرت مواعيده^(٢)؛ كما يوجد الاستعجال في كل حالة يؤدي فيها التأخير في الإجراء إلى فوات المصلحة وضياع الحق فضلاً عن زوال المعالم^(٣) كما قيل

(١) الدكتور/ أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، الطبعة الخامسة، ١٩٨٥، ٢٢؛ المواد ١٦٦ - ١٨٣ من قانون المرافعات المدنية والتجارية.

(٢) الدكتورة/ أمينة النمر، مناط الاختصاص والحكم في الدعوى المستعجلة، ١٩٦٧، ص ٣١٢؛ وراجع لذات المؤلفة، قوانين المرافعات المدنية، الكتاب الأول، ١٩٨٢، ص ٣١٢.

(٣) الدكتور/ محمد حامد فهمي، مذكرات في المرافعات المدنية، الجزء الأول، ص ٩٩. أو كما تقول محكمة النقض الفرنسية:

أخيراً أن الاستعجال هو الضرورة الداعية إلى اتخاذ الإجراء المطلوب^(١).

من هنا فقد وجدت هذه الدعوى فى المجال الذى نحن بصددده، وهو مجال القرارات الإدارية القابلة للانفصال فى مجال العقود الإدارية، حماية لمبادئ المنافسة والشفافية وتكافؤ الفرص؛ إذ يتطلب أعمال هذه المبادئ سرعة التدخل القضائى للوصول إلى نتيجة نهائية بخصوص حسم ما يثار بصدددها من نزاعات قبل إبرام العقد الإدارى، وإلا أصبح الحكم الذى يصدر بصدددها - بعد أن تكون جهة الإدارة قد أبرمت العقد أو انتقلت إلى مرحلة التنفيذ - مجرداً من كل قيمة، على الأقل بالنسبة لمن لم يصبح طرفاً فى هذا العقد كما سنرى فيما بعد.

فالدعوى القضائية لا تكون فى واقع الأمر ملائمة ومنتجة، ما لم يكن للنقضى مكنة اتخاذ إجراءات حاسمة ونهائية، ليس فقط فى مدة قصيرة وإنما أيضاً فى الوقت المناسب، وهو ما تبنته دعوى القضاء المستعجل الموضوعى قبل التعاقدى؛ فقد أسست قواعدها ومبادئها على فكرتى السرعة والوقت المناسب، ولذلك فإن النظر فيها يوكل - كقاعدة - إلى قاض فرد *un juge unique* كما سنبين فيما بعد، وهو يملك سلطة تقدير مدى وجود حالة الاستعجال من ظاهر الأوراق ومن الظروف المحيطة بالدعوى، كما يملك الحق فى التأكد من وجود حق للمدعى يخشى ضياعه إذا تم إبرام العقد وبدأ تنفيذه^(٢).

"il y a urgence toutes les fois que le retard apporté à une solution provisoire et ne préjugant en rien le fond met en péril les intérêts d'une des parties".

R. Garrec, "Rapport au nom de la commission des lois sur le projet de loi relatif au référé devant les juridictions administratives", Doc. Du Sénat, no 380, P. 40.

(٣) الدكتور/ فتحى والى، الوسيط فى قانون القضاء المدنى، دراسة لمجموعة المرافعات وأهم التشريعات المكملة لها، الطبعة الثانية، ص ١٢٢.

(١) الدكتور/ محمد فقير، رقابة القضاء الإدارى الاستعجالي على الصفقات العمومية قبل إبرامها فى التشريع الجزائرى والتشريع المقارن، آلية وقائية لحماية المال العام، جامعة الجزائر، ملتقى "دور قانون الصفقات العمومية"، منتدى الأوراس الثانوى، ٢٠١٣.

الفرع الثاني

إنها دعوى قضاء مستعجل سابقة على التعاقد

تمثل هذه الخاصية جوهر تلك الدعوى، ولذا يقال لها تقنية قضائية وقائية، إذ تهدف أساساً - كما ذكرنا - منع كل مخالفة لأى من مبادئ العلانية والمنافسة وتكافؤ الفرص تتم قبل إبرام العقد الإدارى؛ بما يعنى كبح جماح جهة الإدارة فى الوقت المناسب وردها إلى جادة الصواب وإلزامها بالتالى بضرورة احترام القانون، إن هى حادت عن المشروعية، وذلك بدلا من أن يفرض على أصحاب المصلحة الأمر الواقع، الذى يغدو لزاماً بمجرد إبرام العقد.

فقد جاءت هذه الدعوى إذن لإقامة توازن أو موازنة بين سير الإدارة فى إتمام إجراءات التعاقد وإبرام العقد من ناحية وبين ترتيب الأحكام القضائية لآثارها فى المخالفات التى تنال فيها الإدارة من حقوق المتنافسين فى إطار التعاقدات الإدارية من ناحية أخرى.

ولذا فهى لا بد وأن تقام من المدعى قبل إبرام العقد، وإلا غدت غير مقبولة، ذلك أن الاستعجال كشرط للاختصاص بنظر تلك الدعوى هو شرط مستمر لا يلزم توافره فحسب عند رفعها، وإنما أيضا وقت صدور الحكم فيها، وهو ما لا يتحقق إن تباطأت إجراءات التقاضى لما بعد إبرام العقد، أو إذا قام صاحب الشأن برفعها فى تاريخ لاحق على تاريخ الإبرام.

الفرع الثالث

إنها دعوى قضاء مستعجل موضوعية

خلافاً للقضاء المستعجل العادى والذى يتجسد فى قيام القاضى بإصدار حكم وقتى بحث بيت به فى الطلب المستعجل فقط، ويرد به عدوانا بادياً للوهلة الأولى من أحد الخصمين على الآخر أو يوقف مقاومة من أحدهما للآخر بادية للوهلة الأولى أنها بغير حق، أو يتخذ إجراءً عاجلاً

يصون به موضوع الحق أو دليلاً من أدلة الحق وذلك إلى حين أن يفصل قاضى الموضوع فى أصل الحق^(١).

فإذا كان القضاء المستعجل العادى هكذا، فإن القضاء فى دعوى القضاء المستعجل الموضوعى قبل التعاقدى ليس كذلك، إذ يبت أساساً فى الموضوع وذلك بالتصدى لمخالفة جهة الإدارة للقواعد القانونية المقررة لحماية مبادئ المنافسة والشفافية وتكافؤ الفرص، وفقاً لما حددته تلك القواعد من جزاءات فى مثل هذه الحالة^(٢). فالمدعى لا يطلب فى دعواه اتخاذ إجراءات تحفظية أو وقتية، بل هو يطلب من المحكمة أن تفصل فى أصل الموضوع؛ كما أن هذا الاختصاص معقود للمحكمة قانوناً، فهى تتظر فى المخالفات سالفة الذكر والى تتهم الإدارة بارتكابها، وتصدر حكماً حاسماً فى المنازعة القائمة بين المدعى والإدارة، ويكتسب هذا الحكم قوة الأمر المقضى به.

ونتيجة لكون الدعوى التى نحن بصدد دعاها دعوى موضوعية فى مجالات الطاقة والماء والنقل والمواصلات، فإن القاضى يتمتع عند نظرها

(١) المستشار/ معوض عبد التواب، الوسيط فى قضاء الأمور المستعجلة، الطبعة الثانية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٨، ص ٥٨.

(٢) ومع ذلك يلاحظ أن المادة رقم ٩١٨ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائرى تنص على أن "يأمر القاضى الاستعجالى بتدابير مؤقتة ولا ينظر فى أصل الحق. هذا وقد أقر مجلس الدولة الجزائرى هذا الشرط فى حكمه الصادر فى الدعوى رقم ٤٣٢٧٧ بتاريخ ٢٠٠٧/١٢/١٢ قائلا "وحيث أنه وفى إطار إيصال قنوات صرف المياه القنطرة إلى قرية "تالة" من قىل بلدية "شلاطة"، عارض مالك الأراضى إتمام الأشغال فرفعت البلدية دعوى أمام القاضى الاستعجالى طالبت فيها بتوجيه أمر للملاك بعدم التعرض لإتمام الأشغال، فصرح قاضى أول درجة بعدم اختصاصه باعتبار أن الطلب المستأنف يمس بأصل الحق. تم الاستئناف أمام مجلس الدولة فقضى بأنه: "فى الحالة التى عليها الدعوى يجب القول أن القاضى الإدارى الفاصل فى المسائل المستعجلة غير مختص للفصل فى الدعوى الأصلية للمجلس الشعبى البلدى المستأنف للمساس بأصل الحق". مجلة مجلس الدولة الجزائرى، العدد (٩)، ٢٠٠٩، ص ١٢٥، ١٢٦.

وهنا لنا أن نتساءل إذا كان مجلس الدولة قد اعتبر فى الحكم السابق أن توجيه أمر للملاك من طرف القاضى الاستعجالى يعد مساساً بأصل الحق، وبالتالي رفض الفصل فى الدعوى، فما هى الفائدة إذن من القضاء الاستعجالى قبل التعاقدى؟ بل وكيف يبرر أن القاضى الاستعجالى يملك وفقاً لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائرى كما سنرى فيما بعد سلطة توجيه أمر للإدارة بضرورة الامتثال لقواعد العلانية والمنافسة تحت طائلة توقيع غرامة تهديدية؟

بسلطات واسعة وغير مألوفة في نطاق النظام القانوني العام للقضاء الإداري، إذ يملك أن يأمر جهة الإدارة بعمل معين أو الامتناع عن عمل معين، كما يملك أن يأمر بوقف كافة القرارات الصادرة في إطار العملية التعاقدية وإلغائها، بل وله أن يلغى شروطاً من تلك المعلن عنها لإتمام مشروع العقد، أو أن يبطل أى إجراء من إجراءات التعاقد؛ وأخيراً له أن يأمر بغرامات تهيديّة.

ومع ذلك ورغم هذه السلطات الواسعة، إلا أنه لا يملك سلطة الحكم على جهة الإدارة بمنح تعويضات لمن أضرر بأى إجراء من الإجراءات السابقة، أو بمعنى أدق لا يملك، عند قيام المسؤولية الإدارية لجهة الإدارة عن تلك الإجراءات أن يصدر حكماً عليها بالتعويض عن الأضرار التي أصابت أصحاب الشأن جراء ذلك.

المطلب الثالث

مجال تطبيق دعوى القضاء المستعجل الموضوعى

قبل التعاقدى

كأى نبت جديد فى عالم القانون، حيث يبدأ تطبيقه فى مجالات محددة، ثم بعد أن يثبت نجاحه وأهميته، يتم التوسع فى تلك المجالات. وهكذا كانت الدعوى التى نحن بصددّها، فقد كان مجال تطبيقها بدءاً بعقود معينة فى إطار ما يسمى بعقود الشراء العام *Les contrats des marchés publics* وعقود تفويض المرفق العام *Les contrats de délégation de service public*، ما لبثت أن ازدادت تلك المجالات بشكل تدريجى، حتى جاء تقنين القضاء الإدارى الموحد لعام ٢٠٠١ ليتسع نطاق تطبيق تلك الدعوى ليشمل معظم التعاقدات الإدارية وهو ما نبينه تباعاً.

أولاً: مجال تطبيق دعوى القضاء المستعجل الموضوعى قبل التعاقدى حتى صدور تقنين القضاء الإدارى عام ٢٠٠٠: طبقاً لقانون

١٩٩٢/١/٤، فقد تحدد مجال تطبيق هذا القضاء ليشمل فقط مخالفات العلانية والمنافسة المرتكبة بشأن إبرام عقود الأشغال وعقود التوريد في مجالات الطاقة والماء والنقل والاتصالات، ولكن فقط إذا تجاوزت قيمة كل منها القيمة المحددة لتطبيق أحكام العلانية والمنافسة في العطاءات الأوربية، أو وفقا لقواعد القانون الأوربي المشترك، ثم جاء قانون ١٩٩٣/١/٢٩ ليجعل هذا المجال شاملاً لتلك المخالفات ليس فقط في مجال عقود الشراء العام وإنما أيضا في مجال عقود تفويض المرفق العام، بل وأيا كانت قيمة العقد المزمع إبرامه؛ وفي عام ٢٠٠٤ صدر الأمر رقم ٥٥٩ بتاريخ ١٧/٩/٢٠٠٤ ليدخل في مجال هذا القضاء عقود المشاركة، وبموجب المادة ١٥ من تقنين الصحة العامة لعام ٢٠٠٤ تمت إضافة عقود الأشخاص غير الخاضعين لتقنين العقود العام وكذلك عقود امتياز الأشغال لهذا المجال.

ثانيا: مجال تطبيق دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدى بعد صدور تقنين القضاء الإدارى الموحد لعام ٢٠٠٠: لم يعد تحديد العقود التى تدخل فى مجال تطبيق هذا القضاء - بدءاً من صدور هذا التقنين - وفقا للقائمة المدرج عليها هذه العقود إعمالاً للتشريعات سالفة الذكر، فقد تم وضع معيار مادى عام لتلك العقود سواء فى مجال عقود الشراء العام الإدارية أم فى مجال عقود تفويض المرفق العام وذلك كما يلى:

- عقود الشراء العام الإدارية: وهى العقود التى يكون محلها الشراء العام، أى تقديم أداءات معينة للإدارة مقابل ثمن تدفعه، وهى عقود تخضع فى إبرامها للقواعد المنصوص عليها فى تقنين الشراء العام، ويشترط لتطبيق القضاء المستعجل فى خصوص هذه العقود. شرطان:

الشرط الأول: أن يكون أحد طرفيها إحدى السلطات المحددة فى تقنين الشراء العام، وذلك بصرف النظر عن الطرف الآخر الذى يمكن أن يكون شخصاً عاماً أو شخصاً خاصاً.

الشرط الثاني: أن يكون الموضوع تنفيذ أشغال عامة أو تقديم توريدات أو خدمات أو دراسات.

فإن تحقق هذان الشرطان مجتمعان وبغض النظر عن القيمة المالية لكل منهما، كانت الدعوى المستعجلة مقبولة لنظر المخالفات المرتكبة فى مجال المنافسة والمساواة وتكافؤ الفرص.

- عقود تفويض المرفق العام: وهى العقود التى بموجبها تقوم جهة الإدارة بإسناد إدارة وتسيير واستغلال مرفق عام لأحد الأشخاص العامة أو الخاصة، مقابل حصول هذا الأخير على مبلغ أو رسم من المنتفعين بخدمات هذا المرفق، وتشمل هذه العقود، عقود الالتزام والامتياز ومشاطرة الاستغلال والتزام الأشغال العامة، مع ملاحظة أن أيا من هذه العقود لا تخضع وبشكل تلقائى لدعوى القضاء المستعجل قبل التعاقدى، بل لابد وأن تشكل فى ذاتها عقد تفويض مرفق عام بالمعنى سالف الذكر؛ ولذا فقد قرر مجلس الدولة الفرنسى أن عقد استغلال أحد المطاعم المملوكة لإحدى البلديات لا يعتبر عقد تفويض مرفق عام، ومن ثم لا تطبق فى خصوصه إجراءات الدعوى سالفة الذكر، وذلك على الرغم من مساهمته فى تطوير الحركة السياحية فى نطاق البلدية المذكورة⁽¹⁾.

حاصل القول إذن أن مجال تطبيق القضاء المستعجل الموضوعى قبل التعاقدى ينحصر فى عقود الشراء العام وعقود تفويض المرفق العام بالمعنى سالف الذكر والتى يتم إبرامها بالمخالفة لمبادئ المنافسة والشفافية وتكافؤ الفرص، أما فى خارج إطار هذه العقود، فلا محل لإثارة مثل هذه الدعوى وإلا كان مصيرها عدم القبول.

هذا ولم تكن تخضع عقود تفويض المرفق العام سالفة الذكر وحتى

C.E, 12-3-1999, Ville de Paris, c/ Sté sella Maillot-Orée du Bois, (1)
A.J.D.A. 1999, P. 443, note Raurnt. M et Rousset.

صدور القانون المتعلق بمنع الرشوة والذي يقال له - كما ذكرنا من قبل - Loi sapin، لذات الإجراءات التي يخضع لها إبرام العقود المدرجة على تقنين الشراء العام، ثم جاء هذا القانون لينص على مجموعة من الإجراءات التي يجب على جهة الإدارة الالتزام بها عند إبرام تلك العقود، وإلا كانت مشوبة بالبطلان.

وإضافة لقانون سابين سالف الذكر، فقد أصبحت عقود تفويض المرفق العام تخضع لعدة نصوص قانونية يأتي في مقدمتها تقنين البلديات (في المادة R.324 من المرسوم الصادر في ١٣/١/١٩٨٦)، إضافة لخضوعها للمبادئ الأساسية التي تخضع لها اتفاقيات التزام المرفق العام، ومنها وفقاً لما اقره قضاء مجلس الدولة بهذا الصدد^(١):

- ١ - مبدأ عدم التدخل والذي بمقتضاه تمنح الإدارة للمفوض قدرأ من الحرية في إدارة المرفق.
- ٢ - مبدأ أن المتعاقد هو معاون للإدارة في إدارة المرفق، وتقديم الخدمة للجمهور.
- ٣ - مبدأ عدم جواز منح العقد للمفوض إلا وفق ترخيص مسبق بذلك من الجهات المختصة.
- ٤ - مبدأ الرجوع المجاني للممتلكات إلى المرفق بعد انتهاء مدة العقد.
- ٥ - مبدأ التعويض على المتعاقد في حالة اختلال التوازن المالي، أو فسخ العقد لأسباب المصلحة العامة.

المبحث الثاني

شروط قبول دعوى القضاء المستعجل الموضوعي

قبل التعاقد

حتى تحقق هذه الدعوى الفائدة المرجوة منها وهي السرعة والحسم

(٢) الدكتور/ عقبه سلطون، وقف تنفيذ القرارات الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢١١.

فى إنهاء النزاع المتعلق بإبرام العقد الإدارى، حال ارتباطه بمخالفة مبادئ المنافسة والمساواة والشفافية، وذلك قبل أن يصبح هذا العقد - كما ذكرنا - واقعاً فعلياً وقانونياً، فقد اهتم المشرع الفرنسى ومن نهج نهجه^(١) أن يضع شروط قبولها بما يتناسب وهذه السرعة وذلك الحسم، سواء من حيث من له الحق فى رفع الدعوى والإجراءات الواجبة الاتباع أو من حيث ضرورة التظلم المسبق، أو من حيث ميعاد رفعها... الخ وهو ما نبينه تباعاً.

المطلب الأول

صفة المدعى فى دعوى القضاء المستعجل الموضوعى

قبل التعاقدى

تثبت هذه الصفة للمدعى إما بحكم المصلحة، وإما بحكم القانون، وهو ما نبينه تباعاً.

الفرع الأول

صفة المدعى فى دعوى القضاء المستعجل الموضوعى

قبل التعاقدى بحكم المصلحة

والمصلحة هنا تتمثل فى إبرام العقد، ومن ثم فإن لكل من يعتقد أنه سوف يضر نتيجة انتهاك قواعد أو مبادئ المنافسة والشفافية والمساواة التى تخضع لها عملية إبرام العقد الإدارى، تكون له صفة فى إقامة هذه الدعوى لوقف هذا الانتهاك.

وحينما نقول لكل من يعتقد أنه سوف يضر، إنما نعنى أن صاحب المصلحة ليس بالضرورة أن يكون قد أصيب فعلاً بضرر، ولذا ليس مطلوباً منه أن يثبت وجود هذا الضرر، بل يكفى أن يكون ضرراً محتملاً، وهو ما يتحقق فى حالة ما إذا كان المدعى يملك فرصة للفوز بالصفقة، فيما لو لم

(١) فقد نص المشرع الجزائرى على هذا القضاء، فى قانون ٨-٩ الصادر فى ٢٥/٢/٢٠٠٨، كما نص المشرع العراقى عليه فى الأمر رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ وإن كانت الأحكام والقواعد فى الدول الثلاث (فرنسا - الجزائر - العراق) غير متطابقة، إلا أنها تدور حول ذات الأفكار التى عرضنا لها فى المتن.

يكن هناك خرق أو انتهاك لمبادئ المنافسة والشفافية والمساواة.

وعلى ذلك تقبل الدعوى من الأشخاص الذين لم يتمكنوا من التقدم بعطاءاتهم نتيجة الخلل في قواعد العلانية عن المناقصة، أو ممن تم استبعاد عطاءاتهم، أو حرمان أشخاصهم من دخول حلبة المنافسة دون وجه حق من جانب الإدارة، أو ممن كانوا متعاقدين من قبل ورفضت عطاءاتهم لتجديد هذا التعاقد. وعلى أية حال يمكن القول أن من لهم صفة بحكم المصلحة، وبالتالي الحق في مباشرة الدعوى التي نحن بصددنا هم^(١):

١ - المتعاقدون القداماء لذات العقد والذي تم تجديده وتقدموا بعروضهم وترشيحاتهم.

٢ - كل متعهد مرشح استبعد في مرحلة إجراءات إبرام العقد بدون وجه حق من جانب الإدارة.

٣ - وكيل المتعهدين الذين اجتمعوا ضمن مجموعة تنفيذ التعاقد.

٤ - المرشحون الذين حال خرق التزامات العلانية والمنافسة دون اشتراكهم بالتعاقد.

٥ - المتعهد الذي رسا عليه العقد (ولما يبرم بعد)، فيمكنه إقامة هذه الدعوى خاصة إذا كان العقد قد رسا عليه دون طرح التعاقد للإعلان أو المنافسة وكان له مصلحة في عدم استمرار العقد.

وعلى العكس من ذلك فإن هذه الدعوى لا تقبل ممن لا يتوافر فيهم هذه الصفة أو بمعنى أدق ممن لا يتوافر فيهم شرط المصلحة بالمعنى المتقدم، وهم من لا علاقة لهم على الإطلاق بالعملية التعاقدية، أي غرباء عن هذه العملية، كالمكافئين المحليين، والتنظيمات المهنية، والمتعاقدين من الباطن، وتنظيمات حماية البيئة، وقد طبق مجلس الدولة الفرنسي هذه القاعدة

(١) الدكتور/ محمد سعيد غندور، دعوى القضاء المستعجل الموضوعي السابقة للتعاقد في فرنسا، مجلة المنارة، جامعة آل البيت، الأردن، المجلد ٢٠، العدد ١/٢، ٢٠١٤، ص ٣٣٦.

بصرامة، حيث حكمت المحكمة الإدارية لـ Rennes بعدم قبول الدعوى المرفوعة من قبل أحد المستشارين البلديين المتعلقة بخرق بعض التزامات المنافسة والعلانية من جانب البلدية، بسبب انعدام المصلحة⁽¹⁾، ولنفس السبب رفضت محكمة Nice الإدارية دعوى مقدمة من جانب إحدى منظمات حماية البيئة⁽²⁾، وكذلك قرر مجلس الدولة أن نقابة مهندسي المارتينيكي لا تملك صفة لإمكانية إثارة دعوى المادة ل. ٢٢ لأنه لا علاقة لها بعملية إبرام العقد⁽³⁾.

هذا وتجدر الإشارة أخيراً إلى أن نظام القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدى، أقر نظام التدخل الانضمامي أو التبعية من قبل كل شخص له مصلحة حقيقية ومشروعة، وذلك لتأييد المدعى في طلباته تجاه الطرف الآخر في الدعوى، أو تأييد المدعى عليه بطلب الحكم برفض دعوى المدعى.

الفرع الثاني

صفة المدعى فى دعوى القضاء المستعجل الموضوعي

قبل التعاقدى بحكم القانون

بمعنى أن القانون هو الذى يعطى لشخص المدعى الحق فى رفع هذه الدعوى. وشخص المدعى هنا يصعب بل يستحيل أن يكون أحد المتنافسين، إذ تصدق عليه - بطبيعة الحال - الصفة بحكم المصلحة، أو أن يكون من الغرباء إذ تكون دعواه فى هذه الحالة غير مقبولة

إذن هذه الصفة لن تكون إلا لجهة رسمية أعطاها القانون هذا الحق حماية للمصلحة العامة، تلك المصلحة التى تتجسد فى ضرورة حماية وضمن مبادئ الشفافية والمنافسة وتكافؤ الفرص فى إبرام العقود الإدارية،

(2) T.A., Rennes, 31-3-1994, Bacam, Rec. P. 1043.

(1) T.A., Nice, 16-11-1993, Association de défense des intérêts des habitants du quartier, (la Palama), Req. No. 933910.

(2) C.E., 16-12-1996, Conseil regional de l'ordre des architectes de la Martinique, Rec. P. 493.

ولهذا فقد نص تقنين القضاء الإدارى لعام ٢٠٠٠ المعدل عام ٢٠٠٩ على جهتين تثبت لهما هذه الصفة، ويكون لكل منهما بالتالى الحق فى إقامة دعوى القضاء المستعجل الموضوعى قبل التعاقدى وهما:

١ - المحافظ: **Le préfecture**: ويختص بإقامة هذه الدعوى

بالنسبة للعقود المحلية، أى التى تسعى لإبرامها جماعة محلية أو مؤسسة عامة محلية (م ١٠ - ٥٥١ من تقنين القضاء الإدارى) باعتباره حارساً للمشروعية المتعلقة بإبرام هذه العقود، من أن تنتهك من جانب الجماعات المحلية بمخالفات أو خروقات لمبادئ المنافسة والشفافية.

ومع ذلك يلاحظ أنه يندر أن يلجأ المحافظون لهذه الدعوى لسببين^(١):

السبب الأول: صعوبة علمهم بالمخالفات أو الخروقات سالفة الذكر فى المدد المحددة لإقامتها خاصة مع غياب الأساليب أو الأطر القانونية التى تبين كيفية تبليغه أو إعلانه بهذه المخالفات وتلك الخروقات.

السبب الثانى: ناتج عما يتمتع به المحافظ - طبقاً لقانون

١٩٨٢/٣/٢ - من حق إقامة دعوى خاصة لرقابة أوجه المشروعية فى عقود الجماعات المحلية فى المرحلة اللاحقة على إبرام العقد الإدارى، إذ يفضل - والحال هكذا - اللجوء إلى هذه الدعوى بدلاً من أن يلجأ إلى دعوى القضاء المستعجل الموضوعى قبل التعاقدى.

وبذلك يمكن القول إن المحافظ يملك دعوتين لرقابة مشروعية إبرام

العقود التى تبرمها الجماعات المحلية: الدعوى الأولى ذات طابع وقائى، وتتمثل فى دعوى القضاء المستعجل الموضوعى قبل التعاقدى وبياسرها قبل إبرام العقد، والثانية ذات طابع علاجى، وتتمثل فى عوى الإلغاء الخاصة **Déféré préfectoral** والتى توجه ضد العقد ذاته.

(1) Cossalter, Patric, le contentieux des marchés publics, Group Territorial, paris, 2010, P. 160.

الدكتور/ إبراهيم الحسن، المرجع السابق، ص ٥٥٢.

وهذا دون شك يحقق - كما ذهب البعض بحق - صرامة لامتناهية في نطاق رقابة المشروعية على إبرام هذه العقود، قبل تحقق هذا الإبرام وبعده^(١).

٢ - الدولة بناء على طلب اللجنة الاقتصادية بالاتحاد الأوربي:

ذكرنا من قبل أن الفضل في نشأة دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدى يرجع إلى الاتحاد الأوربي وما صدر عنه من توجيهات فى هذا الشأن. ولذا توجد هذه الدعوى فى كافة الدول الأوربية أعضاء الاتحاد. من هنا فقد أعطى التوجيه الصادر عن هذا الاتحاد للجنة الاقتصادية به، الحق فى أن تلجأ للقاضى المختص فى كل دولة عضو فى الاتحاد لإثارة هذه الدعوى ولكن بطريق غير مباشر، أى من خلال الدولة التى انتهكت فيها مبادئ الشفافية والمساواة عند إبرام عقود الشراء من قبل الأشخاص المعنوية العامة المنضوية تحت لواء تلك الدولة.

إذ يجب على الدولة فى هذه الحالة وبناء على طلب اللجنة الاقتصادية بالاتحاد الأوربي أن تثير دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدى أمام القاضى المختص بها، ولكن يشترط لذلك أن تكون المخالفة للمبادئ سالفة الذكر والمنصوص عليها فى القانون الأوربي واضحة ومباشرة مثل مخالفة قواعد النشر الأوربية أو قواعد التفضيل خلافا لمعاهدة روما وفى نطاق العقود التى تنطبق عليها هذه الالتزامات فقط^(٢)، وإلا غدت هذه الدعوى غير مقبولة.

والمختص بالدولة لإقامة هذه الدعوى نيابة عنها أو تمثيلاً لها وزير الوصاية إذا تعلق الأمر بعقد سيبرم من جانب مؤسسة عامة وطنية ذات طابع إدارى أو سيبرم من جانب شخص معنوى خاص لصالح الدولة، فى

(١) الدكتور/ مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص ٦٣٧.

(2) Bréchon-Moulénes, Droit des marchés publics, T. I., Moniteur, Paris, 1999, P. 650.

حين تمثل الدولة بواسطة المحافظ بالنسبة للعقود التى تبرم من جانب الجماعات المحلية أو المؤسسات العامة المحلية ذات الطابع الإدارى أو من جانب أشخاص معنوية خاصة لكن لحساب هذه الجماعة المحلية.

وقد أجملت محكمة العدل الأوروبية المشتركة هذه المعطيات حينما قضت بأن الدولة تمثل بوزير الوصاية بالنسبة للعقود المبرمة من قبلها، ومن المحافظ بالنسبة لعقود الجماعات المحلية ويمكنهم أن يثيروا دعوى القضاء المستعجل المدنى، أو الإدارى بناء على طلب لجنة الاتحاد الأوروبى إذا قدرت أن هناك خرقاً واضحاً وبيناً لالتزامات العلانية والمنافسة، أو لاتفاق فى المجال الاقتصادى الأوروبى كان قد ارتكب، وعلى اللجنة أن تتدخل فى هذه الحالة قبل إبرام العقد بصورة نهائية⁽¹⁾.

هذا ويلاحظ أخيراً أن اللجنة الاقتصادية بالاتحاد الأوروبى لا تلجأ إلى

الدولة لممارسة هذه الدعوى فيما إذا كان هذا الخرق الواضح والمباشر لالتزامات العلانية والمنافسة الأوربية مقترفاً من جانب الدولة ذاتها فى نطاق عقود تنوى إبرامها، إذ تلجأ اللجنة فى هذه الحالة إلى محكمة العدل الأوربية لمخاصمة الدولة الناكله بالتزاماتها الأوربية المتعلقة بالعلانية والمنافسة، وإن كان بعض الفقه الفرنسى لا يرى مانعاً من لجوء اللجنة إلى دعوى القضاء المستعجل الموضوعى قبل التعاقدى أمام القاضى المختص داخل فرنسا لمخاصمة الدولة الفرنسية ذاتها عن خرقها لالتزامات العلانية والمنافسة فى عقودها والتى تنوى إبرامها⁽²⁾.

(1) الدكتور/ محمد سعيد غندور، المرجع السابق، ص ٣٣٧.

(2) Hoolo. G., La pratique des référés administratifs, Gazeette du palais- litec, Paris, 1993, P. 237.

المطلب الثانى

التظلم الوجودى قبل ولوج الطريق القضائى

وقد تقرر هذا الشرط أولاً بموجب المرسوم رقم ٢٩ بتاريخ ١١/١/١٩٦٥ وذلك بالنسبة لكافة الدعاوى التى تقام أمام مجلس الدولة بالدرجة الأولى أو أمام المحاكم الإدارية. فقد رأى المشرع أن الأفراد لو لجأوا إلى الإدارة قبل التجاؤم إلى مجلس الدولة لأمكن حل كثير من الإشكالات ودياً وفى وقت أقصر، وبدون إنفاق التكاليف التى يستلزمها الطريق القضائى؛ ذلك أن صدور القرار الإدارى معيماً لا يعنى حتماً أن الإدارة قد أرادت أن يكون كذلك؛ وحتى لو أن مصدر القرار أراد هذه النتيجة، فإن القانون فى معظم الأحوال قد أقام سلطة رئاسية تملك تعديل قرارات المرؤوس وإلغائها، وفوق هذا فإن التظلم للإدارة يؤدى إلى نتائج لا يمكن الوصول إليها عن طريق التظلم القضائى. فرقابة القضاء فى جميع الحالات هى رقابة مشروعية، أما الإدارة فإنها تستطيع أن تعدل القرار أو أن تلغيه لمجرد عدم ملاءمته *inopportunité*^(١).

كما أن مبدأ التظلم الوجودى يطبق بشكل عام فى نطاق القضاء الكامل إذ يجب على المتعاقد مع الإدارة والذى يطالبها بتعويضات، أن يطلب منها دفع هذه التعويضات قبل إثارة الدعوى أمام القاضى.

إضافة إلى أن مرسوم ١٩٦٥ سالف الذكر وإن كان يعفى المدعى من هذا التظلم إذا كانت الدعوى من الدعاوى المتعلقة بعقود الأشغال العامة، إلا أنه كان يحتم اللجوء إليه فى خصوص منازعات تلك العقود إذا تضمنت بنودها مثل هذا الالتزام، ومن قبيل ما نصت عليه المادتان ٥، ٥١ من دفتر الشروط العامة المرتبط بأشغال الجسور والطرق، وكذلك المادة ٥٠ من

(١) الدكتور/ سليمان الطماوى، رقابة الإلغاء، مرجع سبق ذكره، ص ٦١٥ وما بعدها.

دفتـر الشـروط العامة المتعلقة بالأشغال العامة والصادر سنة ١٩٧٦^(١).

ومع ذلك يلاحظ أن المشرع الفرنسي - ومنذ المرسوم الصادر بتاريخ ١٩٩٢/٩/٧ - كان حريصاً على أن يشترط على المدعى، قبل اللجوء إلى القاضى المختص بنظر الدعوى المستعجلة الموضوعية قبل التعاقدية، ضرورة أن يتقدم لجهة الإدارة المعنية، بتظلم حول المخالفات التى يرى أنها تنتهك مبادئ المساواة والشفافية، وأن يطلب منها انتصافه بإصلاح وإزالة مثل هذه المخالفات.

الأمر الذى يعنى أنه لا يمكن إقامة دعوى القضاء المستعجل قبل التعاقدى دون ولوج طريق التظلم الإدارى بداءة، وذلك بصرف النظر عما إذا كانت جهة الإدارة قد قامت بالرد سلباً على المتظلم، أم التزمت الصمت تجاهه، وهو ما يعد بمثابة قرار إدارى ضمنى بالرفض؛ فإذا لم يلجأ إلى هذا الطريق، كان مصير هذه الدعوى عدم القبول.

ولذا يعد التظلم أو الطلب المسبق فى نطاق الدعوى التى نحن بصددنا إجراء أو شكلية جوهرية *formalité substantielle*، يترتب على إغفالها - كما ذكرنا - عدم قبول الدعوى سواء أكانت هذه الدعوى مرفوعة من جانب المحافظ أو من جانب الدولة، م مرفوعة من جانب أحد الأشخاص الطبيعيين و الاعتباريين الآخرين؛ بل ويعد هذا التظلم أو ذلك الطلب من النظام العام الذى يجيز للقاضى أن يثيره من تلقاء ذاته، حقيقة أن القضاء المستعجل عموماً والقضاء المستعجل قبل التعاقدى خصوصاً، يتتافى مع ضرورة التظلم الوجوبى أو الطلب المسبق بالمعنى سالف الذكر، لما قد يترتب عليه من تعقيد وإطالة فى الإجراءات وتهديد حقيقى لفلسفة وفعالية هذا القضاء، إلا أن ما يخفف من حدة هذا النقد، أن المشرع حدد لجهة الإدارة

(2) De, Laubadère - Delvolvé et Moderne, traité des contrats administratifs, T.II, L.G.D.J. Paris, 1984, P. 918.

مدة عشرة أيام للرد إيجاباً أو سلباً (المادتان ٢١٤-٢١، ٢٤١-٢٢ من تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية) بحيث يستطيع صاحب الشأن أن يلجأ إلى القضاء مباشرة بمجرد الانتهاء من هذه المهلة.

بل إن بعض المحاكم الإدارية تبدي بعض المرونة في تطبيق شرط التظلم أو الطلب المسبق، حيث أجازت للمدعين أن يودعوا دعاوهم لدى المحكمة الإدارية المختصة قبل انقضاء مدة الأيام العشرة الممنوحة للإدارة لكي تثبت بطلبات المدعى. خلالها، بيد أن القاضى لا يبت في الدعوى إلا بعد انقضاء الأيام العشرة المحددة في القانون، وبطبيعة الحال فإن الدعوى المقامة تغدو غير ذات موضوع إذا أجابت الإدارة على طلبات المدعى بشكل إيجابي^(١).

وأخيراً تجدر الإشارة إلى أنه يشترط في الطلب المسبق أو التظلم أن يكون مكتوباً وموجهاً إلى الإدارة المعنية، بل ويرى بعض الفقه الفرنسي أنه لا يكفي أن يكون التظلم أو الطلب مرسلاً إلى الجهة الإدارية المختصة، وإنما يجب أن يرسل إلى الشخص المسئول عن إبرام عمليات العقد بالذات^(٢).

هذا ولا يوجه هذا الطلب إلا بعد قيام جهة الإدارة المعنية باتخاذ إجراءات التعاقد، كما يجب أن يكون التظلم قاطعاً في معناه موضحاً ما يريده المتظلم على وجه الدقة، ومن ثم يجب أن يتضمن تحديداً لماهية المخالفات القانونية التي تشكل انتهاكاً لمبادئ الشفافية والمساواة، وأن يطلب من جهة الإدارة صراحة تلافى أو إزالة هذه المخالفات، فإن لم يكن الطلب أو التظلم على هذا النحو كان غير مشروع وبالتالي عدم قبول الدعوى.

(1) T. A. Chalons- sur- Marne, 12-4-1994. S.A.R.L. entreprise Berriot, Rec. P. 696.

أشار إليه الدكتور/ مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص ٦٤٢.

(2) Bréchon-Moulénes, op. cit., P. 11.

فقد قضى مجلس الدولة الفرنسى بأن الرسالة التى أرسلتها الشركة المدعية إلى الإدارة طالبة فيها توضيح أسباب استبعادها عن دائرة المنافسة لا تقوم مقام الطلب أو التظلم المسبق⁽¹⁾، كما قضى بأن الرسالة التى وجهها المحافظ إلى العمدة والتي يشير فيها إلى عدم مشروعية الظروف التى تم خلالها إعداد لائحة المرشحين للمنافسة ليس من شأنها أن تقوم مقام الطلب أو التظلم المسبق الذى يشترط لتطبيق دعوى القضاء المستعجل قبل التعاقدى⁽²⁾.

المطلب الثالث

الإطار الزمنى لرفع دعوى القضاء المستعجل الموضوعى

قبل التعاقدى

رغم أن المشرع الفرنسى لم يحدد مدة زمنية معينة، يجب أن تقام الدعوى المستعجلة قبل التعاقدية خلالها، مكتفياً بالنص فى المادتين ٢٢٠، ٢٣٠ من قانون المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية على أن يكون البت فى هذه الدعوى قبل إبرام العقد - إلا أن منطق وفلسفة هذه الدعوى وطابعها الوقائى يحتم ضرورة المبادرة أو السرعة فى إقامتها بمجرد اكتشاف المخالفات القانونية فى مبادئ الشفافية والمساواة من جانب جهة الإدارة، باعتبار أن العامل الزمنى يشكل جزءاً هاماً من تحقيق الغاية المنشودة لتلك الدعوى.

من هنا فقد جاءت التوجيهات الأوروبية لتنص على ضرورة ترك مدة معقولة بين تاريخ تبليغ المرشحين المستبعدين قرار رفض عطاءاتهم وبين توقيع العقد، وذلك كإجراء شكلى يسمح برفع دعوى القضاء المستعجل الموضوعى قبل التعاقدى، وهو ما تبناه المشرع الفرنسى حينما نص على ضرورة مضي مدة زمنية معينة قبل إبرام العقد، وهى المدة الواقعة بين

(3) C.E, 17-1-1996 S.A. Atelier Meriguet-carrère, Rec. P. 5.

(1) C.E, 22-10-1998, commune d'Amelie-Les-Bains.

نكره الدكتور/ مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص ٦٤٣.

تاريخ قرار إرساء العطاء وتاريخ التوقيع على العقد، والتي يقال لها مدة الجمود، وقد حددها المرسوم الصادر فى ٢٠٠٥/٢/١١ ، بعشرة أيام يمكن للإدارة تخفيضها فى حالة الاستعجال، إلا أنه بموجب المرسوم رقم ١٤٥٦ بتاريخ ٢٠٠٩/١١/٢٧ أصبحت هذه المدة ستة عشر يوماً وتخفف فى حالة الاستعجال إلى أحد عشر يوماً.

وعلى أية حال ووفقاً لتقنين القضاء الإدارى الموحد لعام ٢٠٠٠، فإن دعوى القضاء المستعجل الموضوعى قبل التعاقدى، يجب أن ترفع قبل إبرام العقد، بحيث تتوقف سلطات القاضى عن نظر هذه الدعوى بمجرد توقيع العقد، وهو ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسى فى أحكامه بعدم قبول الدعوى إذا تم إبرام العقد قبل مباشرتها، كما استقر على عدم القبول فى حالة توقيع العقد بعد رفعها، ولو تم هذا التوقيع خلال مدة الجمود، أى بما يخالف التزام الإدارة الوارد بالمادة (٨٠) من تقنين عقود الشراء العام الذى فرض مدة العشرة أيام (المعدلة إلى ستة عشر يوماً) بين الإرساء وتوقيع العقد، وإذا تم توقيع العقد أثناء هذه المدة فإن القاضى يحكم بانتفاء محل الدعوى.

وهذا هو ما يتفق ومنطق هذه الدعوى ذاتها، فالمدعون إما أن يطلبوا من القاضى القيام بإجراء مؤقت (تحفظى) مثل أمر موجه إلى الإدارة المختصة بمراجعة قواعد الإبرام أو وقف إبرام العقد أو غيرها، وبالتالي فإن هذه الإجراءات تفقد كل غايتها ومحتواها وفعاليتها، إذا تم اتخاذها بعد إبرام العقد.

أو أنهم يطلبون اتخاذ إجراء قطعى مثل إلغاء قرارات غير مشروعة متعلقة بعملية إبرام العقد، فإذا تم التطرق إلى مشروعية هذه القرارات من جانب قاضى الدعوى المستعجلة قبل التعاقدية، بعد إبرام العقد لا قبل هذا الإبرام، لكان معنى ذلك تجاوز هذا الأخير واعتدائه على اختصاص قاضى

تجاوز السلطة صاحب الاختصاص العام في نطاق القرارات المنفصلة كما سنيين فيما بعد، إذ نكون قد انتقلنا بذلك من نطاق رقابة المشروعية الوقائية إلى نطاق رقابة المشروعية العلاجية⁽¹⁾.

ويلاحظ أن المبدأ الذي رسخه مجلس الدولة الفرنسي بضرورة رفع الدعوى التي نحن بصددھا، قبل إبرام العقد، كان محلاً للنقد من جانب بعض الفقه، حيث يرون أن هذا المبدأ يعطى منفذاً للالتفاف على نزاهة إبرام العقود حيث يمكن - بقصد حجب نظر القاضي عن المخالفة من خلال هذه الدعوى - الإسراع في إنجاز إبرام العقود، وفي هذا ما يناقض روح هذه الدعوى، ومن هنا فإن المشرع الفرنسي وحرصاً منه على تحقيق فاعلية هذه الدعوى فقد منح القاضي سلطات استثنائية غير مألوفة كما سيأتي لاحقاً⁽²⁾.

وأخيراً يترتب على مبدأ ضرورة إقامة دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدی، قبل إبرام العقد النتائج التالية:

- ١ - أن هذه الدعوى لا يمكن أن تقام أو أن تكون مقبولة إذا تم توقيع العقد قبل رفع الدعوى، حتى وإن كان التظلم أو الطلب المسبق مقدماً قبل هذا التوقيع، أو قبل البت فيها حتى وإن كانت قد رفعت وسجلت قبل ذلك.
- ٢ - أن هذه الدعوى تصبح غير ذات محل إذا تم توقيع العقد بعد صدور حكم أول درجة، وقبل أن يصبح حكماً باتاً، أو إذا أعلنت جهة الإدارة تخليها عن إبرام العقد نهائياً.

المبحث الثالث

سلطات القاضي في نطاق دعوى القضاء المستعجل

الموضوعي قبل التعاقدی

يملك القضاء في نطاق هذه الدعوى صلاحيات وسلطات استثنائية

(1) Vandermeeren R., op. cit., P. 98.

(1) Cassalter, op. cit., P. 165.

تتجاوز بكثير الصلاحيات والسلطات التقليدية للقاضي الإداري، صلاحيات واستثناءات تتفق في واقع الأمر وطبيعة تلك الدعوى في مجال التعاقدات الإدارية.

وتتقسم هذه الصلاحيات والسلطات طبقاً لنص المادة ٥٢١ من تقنين القضاء الإداري (فقرة أولى وثانية) إلى مجموعتين أساسيتين، إحداهما صلاحيات وسلطات تحفظية ويقال لها الإجراءات التحفظية، وأخرى نهائية يقال لها الإجراءات القطعية وذلك كما يلي.

المطلب الأول

الإجراءات التحفظية

Les mesures provisoires

وهي إجراءات - كما يتضح من اسمها - مؤقتة أو تمهيدية، حيث يملك القاضي طبقاً لها سلطة توجيه أمر للإدارة أو فرض غرامة تهديدية أو وقف إبرام العقد وكذلك وقف تنفيذ كافة القرارات والإجراءات المتصلة بعملية التعاقد.

ولكن قبل أن نبين هذه الإجراءات تجدر الإشارة إلى أن القول بأنها إجراءات تحفظية أو وقتية، لا يعنى أنها تأخذ ذات المعنى الذي تأخذه في القضاء المستعجل العادي أو قضاء وقف التنفيذ، ذلك أن المدعى في دعوى القضاء المستعجل قبل التعاقدى، يطلب - كما ذكرنا من قبل - أن تفصل المحكمة في أصل الحق أو أصل موضوع هذه الدعوى، بل وأن المحكمة لا تصدر في هذا الخصوص حكماً وقتياً وإنما حكماً حاسماً ونهائياً يكتسب حجية الأمر المقضى به. فما هي إذن هذه الإجراءات التحفظية.

هذا ما نبينه تباعاً فيما يلي.

الفرع الأول

سلطة توجيه أمر للإدارة

وهو ما يمثل خروجاً صارخاً وصريحاً على المبدأ المستقر في قضاء مجلس الدولة سواء في فرنسا أم في مصر، من أن القاضى الإدارى يحكم ولا يدير، باعتبار أن المهمة الأخيرة تعد من اختصاص الإدارة تراولها فى حدود السياسة العامة التى ترسمها السلطة التنفيذية فى الدولة، وذلك تطبيقاً لمبدأ الفصل بين القضاء الإدارى *La juridiction administrative* والإدارة العاملة *L'administration active* الذى يحظر على القاضى الإدارى كل تدخل فى شئون الإدارة العاملة، ولذا فقد ظل ولا زال القاضى الإدارى ممنوع من أن يوجه أمراً إلى الإدارة للقيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو حتى تهديدها بذلك أو أن يحل محلها فى تصرف أو إجراء هو من صميم اختصاصاتها بناء على طلب من الأفراد، بما مفاده أنه كان يحظر على القاضى الإدارى إكراه أو إجبار الإدارة على فعل أى شيء^(١).

بل ويلاحظ أن هذا الحظر قد طال جميع مجالات القانون الإدارى، فقد جاء فى أحد أحكام مجلس الدولة الفرنسى أنه "... إذا كان من صلاحيات القاضى الإدارى بيان الحقوق والالتزامات المتبادلة بين المتنازعين، وتقرير التعويض المستحق عما يلحق بهم من أضرار؛ فإنه لا يجوز له التدخل فى إدارة المرافق العامة بأن يوجه أوامر تنطوى على التهديد المالى سواء إلى الإدارة أو إلى من هم مكلفون بإدارة المرافق العامة..."^(٢).

(١) الدكتور/ إبراهيم المنجى، القضاء المستعجل والتنفيذ، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٩، ص ٤٠٧.

(2) ".... S'il appartient au juge de constater les droits et les obligations réciproques des parties et de fixer les dommages et intérêts aux quelles elles peuvent éventuellement prétendre, il ne saurait intervenir dans la gestion du service public en adressant sous une menace de sanctions pécuniaires, des injonctions soit à l'égard de saules elle dispose des pouvoirs nécessaires pour assurer l'exécution du dit service...".

وهو ذات اتجاه مجلس الدولة المصرى فقد قررت المحكمة الإدارية العليا فى حكم بتاريخ ١٩٩٢/٣/٢٩ ، أن إصدار أوامر من القاضى الإدارى إلى الإدارة يخرج من حدود سلطة اختصاصاته التى حددها كل من الدستور وقانون مجلس الدولة، ويتنافى مع مبدأ استقلال السلطة التنفيذية عن السلطتين القضائية والتشريعية وفقاً لأحكام الدستور، قائلة: "إذا كان وجه عبارة الطلبات وظاهر ألفاظها إصدار الأمر إلى جهة الإدارة بالإفراج فوراً عن السيارات التى ترد استناداً إلى الموافقات الاستيرادية التى منحت للشركة الطاعنة، فإن ذلك مما يتأبى واختصاص قاضى المشروعية طبقاً لما ينص عليه الدستور وقانون مجلس الدولة، إذ لا يملك أن يصدر أمراً إلى جهة الإدارة لاستقلال السلطة التنفيذية عن السلطة القضائية ، كما أن هذه السلطة القضائية مستقلة عن السلطة التشريعية والتنفيذية فى الإطار الذى تبيحه أحكام الدستور وقانون مجلس الدولة، ومن ثم يقتصر اختصاصه على إجراء رقابة المشروعية على ما تصدره الجهة الإدارية، أو تمتع عن إصداره من قرارات، متى كانت ملزمة قانوناً بذلك، فيحكم بإلغاء القرار المعيب فى الحالة الأولى، وإلغاء القرار السلبى بالامتناع فى الحالة الثانية، وعلى السلطة التنفيذية المختصة إصدار القرارات اللازمة لتنفيذ هذه الأحكام نزولاً على الشرعية، بما يحقق المشروعية وسيادة القانون ، وذلك على مسئوليتها السياسية أمام السلطة التشريعية وتحت مسئوليتها المدنية والجنائية التى يملك أصحاب الشأن تحريكها فى الوقت ذاته لإجبارها على تنفيذ الأحكام التى جعل الدستور عدم تنفيذها جريمة من الموظف العام يعاقب عليها قانوناً، وللمحكوم له رفع الدعوى الجنائية إلى المحكمة المختصة^(١) .

بل وحتى فى مجال تنفيذ الأحكام الإدارية، إذ القاعدة المستقرة أن

C.E. 27 janvier, 1993, le loire. Rec. P.136.

(١) الطعن رقم ٣٩٧ سنة ٣٦ ق.ع، الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء ٣٣، ص ٧٤٢.

القاضي الإداري لا يملك إجبار جهة الإدارة على مثل هذا التنفيذ ولا على طريقة إجراءاته ومهما بلغت درجة وجديّة انتهاك الحجية^(١)، الأمر الذي أعطى

(١) لقد أيد جانب من الفقه الفرنسي والمصري مبدأ الحظر المشار إليه في المتمعن مستثنين في ذلك إلى مايلي:

١ - إن توجيه أوامر للإدارة يعد تجاوزاً من القاضي الإداري لحدود اختصاصه القضائي، وخروجاً عن حدود وظيفته القضائية، ذلك أن مهمة القاضي الإداري تنحصر في دعاوى طلب إلغاء قرارات إدارية في رفض هذا الطلب أو في الاستجابة له دون أن يكون له حق تعديل القرار أو توجيه أمر إلى الجهات الإدارية باتخاذ التدابير التي تعتبر نتيجة منطقية لحكم الإلغاء.

٢ - أن القاضي الإداري غير مختص بتوجيه أوامر إلى الإدارة، وإن عدم الاختصاص يجد أساسه في مبدأ الفصل بين الهيئات القضائية والإدارية العامة، والذي يستند بدوره على مبدأ الفصل بين السلطات وفقاً للتفسير الذي ساد هذا المبدأ في القانون الفرنسي.

٣ - كما قيل بتبرير قانوني وآخر عملي لسياسة مجلس الدولة في الامتناع عن إصدار أوامر إلى الجهات الإدارية، ويتمثل التبرير القانوني في ضرورة تقيّد القاضي بنطاق الدعوى التي ينظرها، بحيث لا يملك أن يصدر أمراً إلى جهة الإدارة باتخاذ أي إجراء من الإجراءات التي تتعلق بتنفيذ الحكم، لأن ذلك يخرج عن نطاق الدعوى المنظورة أمامه، والذي يقتصر دوره فيها على الفصل في طلبات الخصوم المتعلقة بشكل هذه الدعوى وموضوعها، أما التبرير العملي فهو أن القاضي يأخذ باعتباره عندما يطبق السياسة القضائية في أحكامه، أن جهة الإدارة التي تمثل السلطة العامة لا تحب ولا تتقبل أن تتلقى أمراً من أية جهة خارجية حتى وإن كان ذلك من قبل القاضي الإداري.

٤ - أن: "دعوى الإلغاء كما ولدت في القضاء الفرنسي، وكما فهمها المشرع المصري، تستهدف إلغاء القرار الإداري المعيب، ومن ثم كان عمل قاضي الإلغاء ينحصر في إلغاء القرار الإداري المعيب إذا ما ثبت له عدم مشروعيته فحسب؛ فليس له أن يعدل القرار المعيب، أو أن يستبدل به قراراً جديداً، أو أن يصدر أوامر للإدارة، لأن كل هذا يتناقى مع مبدأ الفصل بين السلطات كما فسره الفقه والقضاء في فرنسا".

٥ - أن جزءاً مخالفاً جهة الإدارة لأحكام القانون هو بطلان العمل الصادر عنها، سواء كان عملاً قانونياً أو عملاً مادياً، فإذا كان عملاً قانونياً، يحكم القضاء الإداري بإلغائه، وزوال ما ترتب عليه من آثار بائتر رجعي، وإذا كان عملاً مادياً فإن الإدارة تلتزم بإزالة الآثار التي ترتبت عليه، ولكن لأن القضاء في النظم اللاتينية - على عكس النظم الإنجلومسكونية - لا يملك بناءً على مبدأ الفصل بين السلطات توجيه أوامر ونواهي إلى جهة الإدارة، ولا الحكم عليها بتعهدات مالية، وأن التزام الإدارة بإزالة آثار عملها المادى الباطل يتحول إلى التزام بالتعويض.

حول هذه الآراء أنظر:

أولاً: في الفقه الفرنسي:

Edouard La ferrière , Traité de la juridiction administrative , tome 1-2 éme éd, Berger- Levrault, 1896, P. 569; Jean WALINE, Droit administratif, 7eme éd sirey, 1957, P. 25; Josiane Tercinet, Vers la fin de l'inexécution des décisions juridictionnelles, A.J.D.A., 20 Janvier, 1981, P. 7; Gustave Peiser, Contentieux administratif, 11^{ème} édition, Dalloz, Paris, 1999, P. 5; René Chapus, Droit du contentieux administratif, op. cit., P. 50.

ثانياً: في الفقه العربي:

الدكتور/ مصطفى أبو زيد فهمي، مرجع سابق، ص ٣٨٥؛ الدكتور/ سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، قضاء الإلغاء، مرجع سابق، ص ١٠١٠؛ الدكتور/ عبد الغنى بسيوني عبد الله، القضاء الإداري اللبناني، مجلس شوري الدولة والمحاكم الإدارية اللبنانية وفقاً للقانون رقم (٢٢٧) لسنة (٢٠٠٠)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠١، ص ٨٣؛ الدكتور/ حسن السيد بسيوني، دور القضاء في المنازعة الإدارية، دراسة مقارنة للنظم القضائية في مصر، فرنسا، الجزائر، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٨١، ص ٤٠؛ الدكتور/ محمود عاطف البناء، الوسيط في القضاء الإداري، تنظيم رقابة القضاء الإداري، الدعوى الإدارية، ط٢، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٩، ص ٤١٧.

وفي المقابل هناك اتجاه فقهي معارض لمبدأ حظر إصدار القاضى الإدارى أمراً لجهة الإدارة مستنداً في ذلك إلى:

١ - أن مبدأ استقلال كل من السلطتين القضائية والإدارية لم يعد له مبرر مقبول في الوقت الحاضر، ذلك أن مبدأ الفصل بين السلطات - والذي يستند إليه استقلال السلطتين القضائية والتنفيذية إنما هو مبدأ سياسى وليس قانونى، بل إن المفهوم السليم لهذا المبدأ لا يتعارض مع قيام القاضى بتوجيه مثل هذه الأوامر للإدارة من أجل تنفيذ أحكامه، خاصة أن هذا المبدأ كان قد ساد في التاريخ الفرنسى وهو مجرد خرافة نشأت في ظل نظام سياسى قائم على التحكم، ولا يتفق بحال من الأحوال مع القيم الديمقراطية الحديثة ولا مع سيادة القانون.

٢ - إن امتناع القاضى الإدارى عن استخدام سلطة الأمر يجعل الحكم ذا قيمة نظرية بحتة، لأن الحكم القضائى يركز على عنصرين: الأول تطبيق حكم القانون والثانى سلطة الأمر.

٣ - إن القانون الأوروبى يلزم المحاكم الوطنية للدول الأعضاء فى الاتحاد الأوروبى بإصدار أوامر إلى الجهات الإدارية، إذا كان هذا لازماً من أجل حماية الحقوق التى يكفلها للأفراد النظام القانونى للاتحاد الأوروبى .

٤ - لم يعد مقبولاً التعلل بمبدأ استقلال الإدارة للحيلولة دون تقرير آثار حكم الإلغاء، لأنه ليس ثمة اختلاف جوهري بين ولاية الإلغاء وبين سلطة تقرير آثار ذلك الإلغاء.

٥ - إن حصر سلطة القاضى بمجرد الحكم بالإلغاء وترك سلطة تحديد النتائج للإدارة من شأنه إضعاف رقابة قضاء الإلغاء، لأن إحالة المعتدى عليه إلى المعتدى يدفع الإدارة إلى الاستهانة برقابة القضاء طالما أن الأمر فى الأخير يعود إليها.

٦ - لا مجال للتعلل بحفاظة القضاء على مشاعر الإدارة بعد أن أصبح القضاء يملك إلغاء قرارات الإدارة، وترتيب آثار الإلغاء لن يكون أكثر إيلاًماً للإدارة من الإلغاء ذاته، فضلاً عن أنه لا محل للمحافظة على مشاعر إدارة خرجت على نطاق المشروعية ولم تحترم إرادة المشرع أو مقتضيات المصلحة العامة.

حول هذه الآراء، أنظر:

أولاً: فى الفقه الفرنسى:

Roget Perrot, Droit du contentieux administratif, Montchrestien, Paris, 11^{ème}, 2003. P. 595; Georges Dupuis et Marie Jose Guedon, Droit administratif, 4^{ème} éd., Paris, 2000, P. 52; Jean River, Droit administratif, éd. 22^{ème}, Dalloz, paris, 2011, P. 813 etss; Marie Gentot, Le contrôle juridictionnel des actes autorités administratives indépendantes, L.G.D.J., Paris, 2003, P. 140; jean-Paul Costa, L'exécution des décisions des juridictions, La Revue administratif, spécial 1, 1999, P.P. 366- 367; yves gaudement, traité de droit administratif, T.1, 16^{ème} éd, L.G.D.J., Paris, 2001, P. 809; Christine Maugú, Les injonctions pour

الإدارة امتيازاً على حساب الأفراد والمتقاضين، وجعل الأحكام الصادرة عن القضاء الإداري موقوفة - في الغالب - على إرادتها وحسن نيتها، أو بمعنى أدق على مدى احترامها للدستور والقانون.

ومع ذلك يلاحظ أن المشرع الفرنسي تدخل في ١٩٩٥/٢/٨ تدخلاً تاريخياً، فقد أصدر القانون رقم ١٢٥، ليضيف إلى قانون المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية بمقتضى المادة ٦٢ منه، ثلاث مواد هي (2- L8) (L8-3, L8-4)، وذلك بأن أجاز - من خلال هذه المواد والتي حلت محلها المواد (L911-1, L911-2, L911-3, L911-4) - من قانون القضاء الإداري الفرنسي الصادر بموجب الأمر رقم ٣٨٧ لسنة ٢٠٠٠ بتاريخ ٩ مايو ٢٠٠٠ - أجاز للقاضي الإداري أن يوجه - من خلال ما يصدر عنه من أحكام وأيا كان موضوع تلك الأحكام - الأوامر إلى الإدارات ولكن ضمن حدود معينة، فلا يوجه القاضي الأمر للإدارة إلا إذا اقترن حكمه بإجراء يجب اتخاذه من جانب الإدارة، فيصدر عندئذ حكمه مقترناً بأمر

exécution de la chose jugée, Mélanges en l'honneur de Labetoulle Daniel, Dalloz, 2007, P. 591; Charles Guettier, L'administration et l'exécution des décisions de justice, A.J.D.A., no. Spécial, 1999, P. 66; Benoit Delaunay, Pour un intérêt à agir autonome en matière d'injonction, R.D.P. no 3, 2007, P.676.

ثانياً: في الفقه العربي:

الدكتور/ عبد العظيم جيرة، أثار حكم الإلغاء، ط١، دار الفكر العربي، ١٩٧١، ص ٣٣٩؛ الدكتور/ شريف يوسف خاطر، دور القضاء الإداري المستعجل في حماية الحريات الأساسية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ٣٣٢؛ الدكتور/ محمد سعيد الليثي، امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام الإدارية الصادرة ضدها، ط١، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ٦٩٥؛ الدكتور/ عصمت عبد الله الشيخ، الوسائل القانونية لضمان تنفيذ الأحكام الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ٩٨؛ الدكتور/ إبراهيم المنجى، القضاء المستعجل والتنفيذ، ط١، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٩؛ الدكتور/ الشافعي محمود صالح، آليات تنفيذ الأحكام الصادرة ضد الإدارة في مجال المنازعات الإدارية، مطبعة مراد أبو المجد، ط١، ٢٠١٣، ص ٢١٤؛ الدكتور/ حمدي على عمر، سلطة القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٤٣؛ الدكتور/ ثروت عبد العال، الإشكالات الوقتية في تنفيذ الأحكام الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ١١٢؛ الدكتور/ محمد حسين المجالي، الضمانات الحديثة لتنفيذ الأحكام القضائية في مواجهة الإدارة، دراسة مقارنة، دكتوراه حقوق عين شمس، ٢٠١٨، ص ١٥٣.

للإدارة لأجل القيام بهذا الإجراء.

فقد نصت المادة (1-1911) من قانون القضاء الإدارى الفرنسى فى فقرتها الأولى على أنه: "عندما يقتضى الحكم الصادر من المحاكم الإدارية، أو محاكم الاستئناف الإدارية، اتخاذ الشخص المعنوى العام، أو الخاص المكلف بإدارة مرفق عام، قراراً معيناً، أو إجراء محدداً؛ فإنه يكون للمحكمة التى أصدرته - بناء على طلب محدد من صاحب الشأن باتخاذ هذا القرار أو الإجراء - أن تأمر فى ذات حكمها باتخاذها⁽¹⁾، أو إذا تضمن حكمه إلغاء قرار أو إجراء معين فيجوز له عندئذ تضمين هذا الحكم أمراً إلى الإدارة باتخاذ هذا القرار أو ذلك الإجراء مرة أخرى بشكل مطابق للمشروعية.

فقد نصت المادة (2-1911) من قانون القضاء الإدارى الفرنسى على أنه: "إذا كان تنفيذ الحكم يقتضى أن يتخذ الشخص العام أو الخاص المكلف بإدارة مرفق عام، قراراً آخر بعد تحقيق جديد يجريه لهذا الغرض؛ فإن للمحكمة التى أصدرت الحكم - إذا طلب منها ذلك صراحة - أن تأمر فى ذات حكمها باتخاذ هذا الإجراء خلال فترة محددة⁽²⁾.

وإذا كان ما سبق هو المبدأ المستقر بالنسبة لعلاقة القاضى الإدارى بجهة الإدارة، إلا أنه ومنذ أن ظهر القضاء المستعجل الموضوعى قبل التعاقدى، فإن هذه العلاقة شهدت - فى إطار هذا القضاء - تطورات هامة وملموسة فى هذا الشأن ويأتى فى مقدمة هذه التطورات، أن أصبح للقاضى الحق فى توجيه أمر للإدارة وإلزامها بالتالى بالقيام بعمل معين أو الامتناع

(1) Guteier ch., l'administration et l'exécution des décisions de justice, A.J.D.A., 1999, P. 66

(1) "Lorsque sa décision implique nécessairement qu'une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public prenne nouvelle décision après une nouvelle instruction, la juridiction, saisie de conclusions en ce sens, prescrit, par la meme decision juridictionnelle, du ctee nouvelle décision doit intervenir dans un délai détermine".

عنه أو تهديدها للقيام بهذا العمل أو الامتناع عن القيام به، إذا كان من شأن القيام بالعمل أو الامتناع عنه المساس بمبادئ المساواة والشفافية وتكافؤ الفرص في مجال التعاقدات الإدارية.

وهو ما أصبح يعنى أن القاضى المختص بالفصل فى المنازعات المستعجلة الموضوعية قبل التعاقدية يستطيع أن يأمر الإدارة بأن تراعى التزاماتها المفروضة عليها قانونا فى مجالى العلانية والمنافسة عند إبرام العقود الإدارية، بل لقد اعتبر أن كافة قواعد العلانية والمنافسة فى هذا الشأن من الشكليات الجوهرية التى يترتب على تخلف أى منها البطلان^(١).

فالقاضى يستطيع مثلاً أن يأمر الإدارة بأن تنشر إعلانا عن إجراءات الطرح للتعاقد فى الصحف اليومية أو لدى الجهات المحددة بنص القانون، إذا لم تكن قد قامت بمثل هذا النشر، أو أن تعيد نشر هذا الإعلان إذا كان النشر الأول غير مطابق للقانون أو غير متضمن البيانات الإلزامية التى أوجبها القانون، وله أن يأمرها كذلك باستبعاد أحد المتنافسين، إذا ثبت عدم التزامه فى مقاولات سابقة، أو بقبول مرشح محروم أو مستبعد من دخول المنافسة دون وجه حق، وأن هناك خرقا للقواعد المتعلقة بمدد استلام العطاءات، بل وله أن يأمرها بإلغاء المناقصة إذا ثبت مخالفتها القانونية لإجراءات فتح المظاريف الفنية أو المالية... وهكذا.

وتطبيقا لذلك فقد أمر رئيس المحكمة الإدارية لمدينة ستراسبورغ إحدى الجماعات المحلية بأن تعيد الإجراء المتعلق بقبول الترشيحات لإحدى التعاقدات الإدارية مع وجوب مراعاة ما يقتضيه تقنين عقود الشراء العام لمشروعية مثل هذا الإجراء، كما ألغى مجلس الدولة قرارا صادرا عن رئيس المحكمة الإدارية لغرينوبل Grenoble بتاريخ ١٩٩٥/٥/٥ لأن هذا الأخير

(٢) الدكتور/ حمدى على عمر، سلطة القاضى الإدارى فى توجيه أوامر للإدارة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣، ص ١٦٥.

قد رفض أن يأمر الإدارة بأن تراعى الالتزامات التي فرضها القانون بشأن المنافسة⁽¹⁾.

أخيراً فإنه لكي يصدر القاضي الإداري أوامر للإدارة، لا بد من توافر مجموعة من الشروط التي من أهمها:

- أن يتقدم صاحب الشأن للقاضي بطلب صريح لتوجيه أوامر للإدارة، وأن يكون هذا الطلب واضحاً ومحدداً؛ فإن لم يكن كذلك بأن جاء بصيغة عامة بالأمر، لا بإجراء محدد كان مصيره الرفض⁽²⁾.

- أن يكون لصاحب الشأن مصلحة شخصية ومباشرة في طلب توجيه الأوامر للإدارة، بأن يكون للقرار أو الإجراء المطعون فيه، أثر في الحالة أو المركز القانوني له، إضافة إلى ضرورة أن يكون مقدم الطلب هو المعنى بالقرار أو الإجراء محل هذا الطلب، ويستوى بعد ذلك أن تكون هذه المصلحة مادية أم معنوية، محققة أم محتملة.

- أن يتقدم صاحب الشأن بطلب توجيه الأمر للإدارة، بعد أن يكون قد توجه بنظم للجهة المعنية، خلال الفترة السابقة على إبرام العقد، وإلا كان مصير هذا الطلب الرفض .

- أن يقدم الطلب إلى الجهة القضائية المختصة أصلاً بنظر النزاع حول القرار أو الإجراء السابق على إبرام العقد الإداري (المحاكم الإدارية - المحاكم الاستئنافية - مجلس الدولة) إعمالاً لقاعدة أن قاضي الفرع هو ذاته قاضي الأصل.

(1) أشار إلى هذه الأحكام الدكتور/ مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص ٦٥٦.
(2) Charles Guettier, L'administration et l'exécution des décisions de justice, A.J.D.A., no. Spécial, 1999.

الفرع الثاني

سلطة الوقف

يقصد بهذه السلطة وقف إجراءات إبرام العقد وكذلك وقف تنفيذ كل قرار إداري يتصل بتلك الإجراءات، مع ملاحظة أننا لا نقصد هنا معالجة موضوع وقف تنفيذ القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية، وهو ما سوف نتناوله في الفصل التالي، وإنما نقصد فقط تسليط الضوء على سلطات القاضي الإداري التي يستمدّها من القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقد، وهي سلطات تتعلق - كما ذكرنا - بوقف إجراءات إبرام العقد أو بوقف تنفيذ القرارات المتعلقة بتلك الإجراءات، وذلك في حالة ما إذا كانت هناك مخالفات تشوب مبادئ المنافسة والعلانية والشفافية وتكافؤ الفرص في التعاقدات الإدارية.

ولذا يلاحظ أن شروط الوقف في الحالة التي نحن بصددّها تتجسد فقط في ضرورة أن تكون هناك أسباب جدية تبرر ذلك دون تطلب شرط الاستعجال، l'urgence، أي شرط الضرورة أو الخطر الذي قد يتعذر تدارك نتائجه لو لم يقض بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه، فيما لو قضى بإلغائه، وهو الشرط المطلوب - كما سنرى - لوقف تنفيذ القرارات الإدارية بصفة عامة، الأمر الذي يؤكد - كما سنرى - أن القضاء الذي نحن بصددّه ليس في حقيقته قضاء مستعجلاً بمعنى الكلمة، بل تقنية خاصة ابتدعها المشرع الفرنسي لحماية التعاقدات الإدارية والمال العام.

هذا ويذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى القول بأن مسألة وقف إبرام العقد أو وقف تنفيذ القرارات المتصلة بهذا الإبرام، إنما تخضع للسلطة التقديرية الكاملة للقاضي الذي يستطيع أن يرفض هذا الوقف على الرغم من وجود أسباب جدية لذلك لدى المدعى⁽¹⁾.

(1) Brechon – Moulénes, Droit des marchés Publics, op. cit., P. 651.

ومن جانبنا لا نتفق مع هذا الطرح، إذ طالما أن هناك أسباباً جديدة لوقف إبرام العقد أو وقف تنفيذ أى من القرارات المتصلة به، فإنه يجب على القاضى أن يقضى به. بمعنى أن سلطته هنا سلطة مقيدة أو يجب أن تكون هكذا لا سلطة تقديرية، وإلا تم إفراغ القضاء المستعجل الموضوعى قبل التعاقدى من مضمونه ومحتواه، وهو القضاء الذى وجد أساساً - كما بينا من قبل - لمعالجة هذا الأمر خصيصاً فى مجال التعاقدات الإدارية فى حالة أن يشوب مبادئ المساواة والشفافية فى خصوص هذه التعاقدات عوار يهدر تلك المبادئ.

وإذا كان القاضى الإدارى يتمتع فى إطار القضاء المستعجل الموضوعى قبل التعاقدى بسلطة وقف إبرام العقد، وكذلك تأجيل كل قرار يتصل بهذا الإبرام، إلا أن هذه السلطة مقيدة بالألا تتجاوز مدة الوقف أو التأجيل، عشرون يوماً من تاريخ إخطار المحكمة بالطلبات المقدمة لها، وهى المدة التى يجب على القاضى أن يبيت خلالها فى الدعوى. وتعد هذه المدة فى واقع الأمر كافية للضغط على الإدارة الالتزام بقواعد الشرعية فى مجال المنافسة والشفافية قبل أن يصدر القاضى حكمه فى الدعوى المنظورة أمامه. فالقاضى مثلاً يمكنه أن يقضى بوقف إجراءات إبرام العقد إذا لجات الإدارة إلى استخدام إحدى تقنيات الإبرام فى غير موضعها مما يشكل خرقاً لمبادئ المنافسة والمساواة والشفافية، كأن تستخدم إجراءً مقيداً (مناقصة محدودة أو مقيدة أو الأمر المباشر) فى الوقت الذى تحتم فيه تلك الإجراءات ضرورة استخدام المناقصة أو الممارسة العامة أو المفتوحة.

الفرع الثالث

سلطة فرض الغرامة التمهيدية

الغرامة التمهيدية وسيلة ضغط مالى ذات طابع قضائى، توقع على الإدارة لإجبارها على تنفيذ الأحكام القضائية واجبة النفاذ، وكذلك الأوامر

التي يوجهها لها القاضى الإدارى للالتزام بمبادئ المنافسة والشفافية عند إبرام بعض العقود الإدارية كما سنرى؛ فهى إذن ذات طابع تبعى، بمعنى أنها دائماً تابعة لحكم قطعى أو لأمر نهائى صادر عن القاضى، بل إنها ذات طابع وقتى حيث تهدف إلى الأمر بإجراء تحفظى، ولذا فهى تنتهى أو تسقط بمجرد الامتثال لتنفيذ الالتزام^(١).

وتتجسد الغرامة التهديدية فى سداد مبلغ مالى يقدره القاضى بما له من سلطة تقديرية، بشكل تحكى عن كل فترة زمنية - يومياً أو أسبوعياً أو شهرياً - تتأخر فيها جهة الإدارة عن تنفيذ التزاماتها.

ومع ذلك يلاحظ أن قضاء مجلس الدولة الفرنسى والمصرى كان مستقراً وبشكل تقليدى على أن القاضى الإدارى لا يملك ولا يستطيع الحكم على الإدارة بأمر تحمل معنى التهديد لحملها على التنفيذ إذا أهملت أو تأخرت فى هذا التنفيذ، وهذا ما كان قد صرح به مجلس الدولة الفرنسى فى أحد قراراته قائلاً: "إذا كان يناط بالقاضى أن يبين الحقوق والالتزامات المتبادلة للمتداعين وأن يقضى بالتعويض المستحق عما يلحق بهم من أضرار، فإنه لا يسوغ له التدخل فى إدارة المرافق العامة بتوجيه أوامر تتطوى على التهديد بجزء مالى سواء إلى الإدارة أو إلى أولئك الذين يقومون على إدارة مرفق عام"^(٢).

(1) Jaques Flour et Jean - luc Aubert, Droit civil- les obligations, 8^{eme} édition, sirey, 2013, P. 190.

ويعرفها السنهورى بأن: "القضاء يلزم المدين بتنفيذ التزاماته عينياً فى خلال مدة معينة، فإذا تأخر فى التنفيذ كان ملزماً بدفع غرامة تهديدية عن هذا التأخير، مبلغاً معيناً عن كل يوم أو أسبوع أو شهر أو أى وحدة أخرى من الزمن، أو عن كل مرة يأتى فيها عملاً يخل بالتزاماته وذلك إلى أن يقوم بالتنفيذ العينى، أو إلى أن يمتنع نهائياً عن الإخلال بالالتزام، ثم يرجع إلى القضاء فيها تراكم على المدين من الغرامات التهديدية، ويجوز للقاضى أن يخفف هذه الغرامات أو أن يحوها".

دكتور/ عبد الرزاق السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد (الإثبات وآثار الالتزام)، المجلد السادس، بيروت، لبنان، ٢٠٠٠، ص ٨٠٧.

(١) أشار إليه الأستاذ/ محمد فقير، رقابة القضاء الإدارى الاستعجالى، مرجع سبق ذكره، ص ١٥.

ولكن بدءاً من عام ١٩٨٠ - حيث صدر القانون رقم ٨٠ - ٥٣٩ بتاريخ ١٦/٧/١٩٨٠ بشأن الغرامات التهديدية المقررة في المجال الإداري لضمان تنفيذ الأحكام من جانب الأشخاص العامة - فقد تغير الوضع السابق حيث نصت المادة الثانية من هذا القانون على أنه في حالة عدم تنفيذ حكم صادر عن جهة قضاء إداري، فإن لمجلس الدولة ولو من تلقاء نفسه أن يقضى بغرامة تهديدية ضد الأشخاص المعنوية العامة لضمان تنفيذ هذا الحكم.

وبالرغم من هذا النص المستحدث والذي كان يعد حينذاك، قفزة هائلة في سبيل إصلاح نظام القضاء الإداري، إلا أنه كان قاصراً من عدة وجوه من أهمها:

- أنه كان قد حدد نطاق تطبيقه فقط بالأحكام الصادرة ضد أشخاص القانون العام، دون غيرهم من أشخاص القانون الخاص المكلفين بإدارة مرافق عامة؛ رغم أن هؤلاء الآخر لا يختلفون في شيء عن أشخاص القانون العام سواء من حيث طبيعة ما يباشرونه من أعمال أو من حيث مدى التمتع بامتيازات السلطة العامة، مما مفاده أن هذا القانون قد أقام - والحال هكذا - تفرقة بين هؤلاء وأولئك دون سند من الواقع أو القانون.
- أنه تبنى نظام مركزية الاختصاص للحكم بالغرامة التهديدية؛ فقد جعل لمجلس الدولة وحده الحق في هذا الاختصاص لكفالة تنفيذ كافة الأحكام الإدارية، حتى وإن كانت صادرة من المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية، بما مفاده حرمان هذه المحاكم الأخيرة من ضمانة تنفيذ أحكامها.
- أن الحكم بالغرامة التهديدية لم يكن يصدر - طبقاً لهذا القانون - مقترناً بمنطوق الحكم الأصلي ذاته، وإنما كان يصدر فقط في حالة ما إذا تعذر تنفيذ الحكم الأصلي بعد صدوره.
- أن هذا القانون لم يكن يتضمن اعترافاً للقاضي توجيه الأوامر

التنفيذية، رغم أن هذه الأوامر تمثل طريقاً منتجاً لحمل جهة الإدارة على التنفيذ، أو على الالتزام بما يفرضه القانون من قيود وضوابط تعلى من مبادئ المنافسة والشفافية في مجال إبرام العقود الإدارية.

لذلك وعلاجاً لأوجه القصور سألقة الذكر فقد صدر بتاريخ ٣٠ يوليو ١٩٨٧ القانون رقم ٥٨٨ لسنة ١٩٨٧، ليضيف للمادة الثانية من قانون ١٦ يوليو ١٩٨٠ سألقة الذكر، فقرة جديدة تم بمقتضاها مد نطاق تطبيق الغرامة التهديدية ليشمل الأحكام الصادرة في مواجهة الأشخاص الاعتبارية الخاصة المكلفة بإدارة المرافق العامة .

ثم جاء القانون رقم ٩٥-١٢٥ بتاريخ ٨/٢/١٩٩٥ بشأن تنظيم الهيئات القضائية والإجراءات المدنية والجنائية والإدارية، ليمنح القضاء الإداري بمختلف محاكمه ودرجاته، حق توجيه الأوامر للإدارة إضافة لحق الحكم بالغرامة التهديدية، بحيث لم يعد هذا الحق أو ذلك مقتصراً كما كان من قبل، على مجلس الدولة منفرداً، وإنما شمل أيضاً المحاكم الإدارية والمحاكم الاستئنافية الإدارية، كما منح هذا القضاء الحق كذلك في أن يقرن فرض الغرامة التهديدية بالأوامر التنفيذية في ذات الوقت، وذلك ضماناً ليس فقط لتنفيذ الأحكام القطعية الصادرة عن جهات هذا القضاء، وإنما أيضاً ضماناً لتنفيذ الأوامر الموجهة للجهات الإدارية لتنفيذ تلك الأحكام^(١).

وهكذا يمكن القول أنه بصدر القانون رقم ١٢٥ لسنة ١٩٩٥، أصبح للمحاكم الإدارية والمحاكم الإدارية الاستئنافية إضافة إلى مجلس الدولة، الحق في أن تصدر أوامر إلى الجهات الإدارية من أجل اتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذ الأحكام الإدارية، مع جواز الجمع في ذات الحكم

(١) الدكتور/ جعفر محمود المغربي، طرق إجبار المدين على التنفيذ العيني، رسالة دكتوراه عين شمس عام ٢٠٠٠، ص ٧٣ وما بعدها؛ الدكتور/ حسني سعد عبد الواحد، تنفيذ الأحكام الإدارية، دكتوراه، مطابع مجلس الدفاع الوطني، ١٩٨٤، ص ٤٩٠؛ الدكتور/ مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص ٦٦٠.

بين تلك الأوامر والغرامة التهديدية، بمعنى أن القانون أجاز لمحاكم القضاء الإداري الحكم والغرامة التهديدية المقترنة ليس فقط بالأمر اللاحق على صدور الحكم - أي بعد ثبوت امتناع الإدارة عن التنفيذ - إنما أيضا بالأمر المتزامن بمنطوق الحكم الأصلي .

ولم تتوقف السياسة التشريعية عند هذا الحد، ففي يناير ٢٠٠١ بدأ سريان الجانب التشريعي لتقنين العدالة الإدارية Code de la justice administrative الصادر بالأمر رقم ٣٨٧-٢٠٠٠ بتاريخ ٤ مايو ٢٠٠٠^(١) متضمنا تعديلا تم بالقانون رقم ٥٩٧-٢٠٠٠ بتاريخ ٣٠ يونيو ٢٠٠٠ بخصوص الدعاوى الإدارية أمام القضاء الإداري^(٢).

وقد اشتمل هذا القانون الأخير (الكتاب التاسع) على ثلاثة أبواب تتعلق بتنفيذ الأحكام الإدارية، حيث تناول الباب الأول المبادئ العامة للتنفيذ، والباب الثاني القواعد الخاصة بتنفيذ أحكام المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية، والباب الثالث أورد القواعد الخاصة بتنفيذ أحكام مجلس الدولة؛ وقد انطوى هذا الكتاب على ضمانات تنفيذ هذه الأحكام أيضا كانت الجهة الصادرة منها، تلك الضمانات التي تتمثل كما ذكرنا في سلطة الأمر والغرامة التهديدية.

هذا عن أحكام الغرامة التهديدية في إطار قضاء مجلس الدولة الفرنسي وأحكام المحاكم الإدارية والمحاكم الإدارية الاستئنافية بصفة عامة، أما عن أحكام هذه الغرامة في إطار القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقد فيجب أن نميز بين أمرين:

(2) Ordonnance no 2000-387 du 4 mai 2000 relative à la partie législative du code de justice administrative.

(٣) وقد بدأ سريانه بذات تاريخ سريان تقنين القضاء الإداري سالف الذكر، فقد نصت المادة (٣٠) منه على الآتي:

La présente loi entrera en vigueur le même jour que l'ordonnance no 2000 -387 du 4 mai 2000 relative à la partie législative du code de justice administrative.

الأمر الأول: وهو الخاص بكافة عقود الشراء العام وعقود التفويض: إذ لم تنص المادة ٢٢٠ من تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية سالف الذكر، على إمكانية فرض غرامات تهديدية على الإدارة في خصوص هذه العقود. بمعنى أن هذه المادة لم تتضمن حكماً خاصاً بإجبار السلطات المسؤولة عن إبرام تلك العقود بضرورة أن تلتزم جانب الإجراءات التي أمر بها القاضى والمتعلقة بمراعاة التزاماتها فى مجالى العلانية والمنافسة، طالما أن هذه الإجراءات ليست مقترنة باحتمال فرض غرامة تهديدية *Astreinte* عليها.

من هنا فقد ذهب جانب من الفقه الفرنسى - لعلاج هذا القصور التشريعى - إلى أن القاضى بإمكانه أن يقرن تلك الإجراءات بفرض غرامات تهديدية استناداً إلى سياسة المجلس القائمة على إضافة الغرامات التهديدية إلى أوامره عندما تكون فى مواجهة الأفراد^(١)، بل لقد ذهب جانب من الفقه العربى - وبحق - إلى أن ذلك يمكن أن يتم بناء على ما قرره مجلس الدولة الفرنسى فى أحد أحكامه الشهيرة (*Barre et Honnet*) بتاريخ ١٩٧٤/٥/٨ من أن إضافة الغرامة التهديدية إلى الأمر يعتبر من قبيل المبادئ العامة^(٢).

الأمر الثانى: وهو الخاص بإبرام عقود أشغال أو توريد أو خدمات فى نطاق قطاعات الماء - الطاقة - النقل - الاتصالات: فقد نصت المادة ل ٢٣٠ من ذات التقنين سالف الذكر على أن رئيس المحكمة الإدارية أو من يفوضه بإمكانه أن يستخدم سلطة فرض غرامات تهديدية تدعيماً للأوامر التى يوجهها للإدارة، إذا رفعت إليه الدعوى المستعجلة قبل التعاقدية لوجود مخالفة فى التزامات المنافسة والعلانية والشفافية عند إبرام العقد فى أحد

(1) Vandameeren, R., op. cit., P. 101.

(١) الدكتور/ مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص ٦٦٠.

المجالات سالفة الذكر.

مع ملاحظة أن هذه الغرامة يمكن أن تكون مؤقتة، وهو ما يمثل الأصل في الحكم بالغرامة التهديدية، ويقصد بذلك أن يكون للقاضي حرية اختيار هذه الغرامة دون أن يقيدده المشرع بقيد نوعي في هذا الشأن، وبأن له سلطة تعديل أو إلغاء تلك الغرامة عند التصفية حتى ولو كان عدم التنفيذ ثابتاً؛ وقد تكون الغرامة التهديدية قطعية أو نهائية وفيها يتمتع القاضي الإداري بسلطة تقدير قيمة هذه الغرامة، وإن كان لا يستطيع إلغائها أو تعديلها عند تصفية الغرامة، إلا في حالة ما إذا كان عدم تنفيذ الإدارة للحكم يعود إلى قوة القاهرة أو حدث مفاجئ؛ إذ تنص المادة رقم (٤) من قانون الغرامة التهديدية لعام ١٩٨٠ على أنه فيما عدا الحالات التي يعود فيها عدم التنفيذ إلى قوة القاهرة أو حدث فجائي، لا يمكن لمجلس الدولة أو بقية محاكم القضاء الإداري، تعديل قيمة الغرامة النهائية عند التصفية .

مع ملاحظة أن الغرامة القطعية أو النهائية، تمثل في المنازعات الإدارية استثناء، ولذا يجب على القاضي أن ينص في حكمه على أنها نهائية، لأن الصفة النهائية للغرامة لا تفترض، وإنما لابد من التصريح بها، وعلى النقيض من ذلك فإنه إذا صمت القاضي ولم يحدد أن تلك الغرامة نهائية فإن الغرامة يجرى تكيفها على الأصل فتكون غرامة مؤقتة، وذلك حسبما نصت عليها المادة الثالثة من قانون الغرامة^(١).

والغرامة القطعية لا يمكن تقريرها إلا بعد تقرير الغرامة التهديدية المؤقتة وبشرط عدم تلافى عيب العلانية والمنافسة والشفافية المقترف من جانب الإدارة المعنية، وذلك على الرغم من خضوعها للغرامة التهديدية

(١) الدكتور/ محمد باهى أبو يونس، الغرامة التهديدية كوسيلة لإجبار الإدارة على تنفيذ الأحكام الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠١؛ المستشار الدكتور/ الشافعي محمود صالح، آليات تنفيذ الأحكام الصادرة ضد الإدارة في مجال المنازعات الإدارية، مطبعة مراد أبو المجد، ط١، ٢٠١٣، ص٣٠٩.

المؤقتة^(١).

أخيراً وفي معرض المقارنة بين ما ورد في المادة (٢٢٠) من تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية ، وما ورد في المادة (٢٣٠) من ذات التقنين من أحكام، فإنه يلاحظ أنه إذا كانت المادة الأخيرة (٢٣٠) قد منحت القاضي سلطة فرض غرامات تهديدية بالإضافة إلى توجيه أوامر للإدارة، فإنها لم تمنحه في ذات الوقت أيّاً من السلطات الأخرى الواسعة التي يتمتع بها القاضي عند تطبيق المادة (٢٢٠) الخاصة بأحكام الدعوى المستعجلة قبل التعاقدية عند إبرام كل عقد من عقود الشراء العام وعقود التفويض.

وبذلك يمكن القول إن القاضي المختص وفقاً للمادة (٢٢٠) يملك سلطات الأمر والوقف والإلغاء والإبطال، أي كل السلطات التي تتطوى على إجراءات تحفظية وقطعية، ما عدا سلطة فرض غرامات تهديدية في مواجهة الإدارة، أما القاضي المختص وفقاً للمادة (٢٣٠) فلا يملك من السلطات المذكورة شيئاً غير سلطة الأمر وفرض الغرامات التهديدية في مواجهة الإدارة الناكلة بالتزامات العلانية والمنافسة^(٢).

المطلب الثاني

الإجراءات القطعية

Les mesures définitives

تتجسد الإجراءات القطعية كصلاحيات وسلطات للقاضي الإداري في إطار دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقد في إلغاء القرارات الإدارية المتعلقة بإبرام العقد الإداري وفي إبطال بعض الشروط التعاقدية وهو ما نبينه في فرعين متتاليين.

Richer. L. Droit des contrats administratifs, L.G.D.J. Paris, 1995, (2) P. 635.

(3) Hoolo. G. op. cit. P. 238.

الدكتور/ مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص ٦٦٢.

الفرع الأول

إلغاء القرارات الإدارية المتعلقة بإبرام

العقد الإدارى

وهنا يلاحظ أن هذه الصلاحية أو تلك السلطة تختلف عن صلاحية وسلطة القاضى الإدارى بإلغاء القرارات الإدارية بصفة عامة وذلك من ناحيتين:

الناحية الأولى: أن القرارات المطعون فيها هنا هى القرارات المرتبطة بعملية إبرام العقد الإدارى وذلك فى حالة ما إذا لم تكن هذه العملية قد تمت بالفعل؛ فإن تم إبرام العقد فلا يجوز الطعن على أى من هذه القرارات بالطريق القضائى المستعجل الموضوعى قبل التعاقدى؛ وإن كان من الممكن الطعن عليها بطريق الإلغاء العادى إن كان لذلك وجه كما سنرى فيما بعد، إضافة إلى أنه لا يجوز الطعن بطريق القضاء المستعجل قبل التعاقدى، إلا فى حالة مخالفة القرارات لقواعد المنافسة والشفافية والمساواة؛ أما فيما عدا ذلك من اسباب، فإن الطعن لا يكون بهذا الطريق وإنما بطريق الطعن بالإلغاء وفقاً للقواعد العامة.

هذا ويلاحظ أن سلطة الإلغاء هذه والتي منحت للقاضى المختص بنظر الدعوى المستعجلة الموضوعية قبل التعاقدية من شأنها - كما ذهب البعض بحق - أن تؤدي إلى تفعيل الأحكام القضائية المتعلقة بإلغاء القرارات التى تساهم فى تكوين إرادة الإدارة، وذلك بعد ما كان أثر هذا الإلغاء نظرياً بحثاً وفقاً لنظرية قضاء إلغاء القرارات المنفصلة^(١).

الناحية الثانية: أن القاضى المختص بالدعوى المستعجلة قبل التعاقدية وإن كان يملك إلغاء أى من القرارات المرتبطة بإبرام العقد الإدارى، إلا أنه يمتنع عليه إلغاء قرار الإبرام ذاته، أى قرار توقيع العقد،

(١) الدكتور/ مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص ٦٥٧.

كما يتمتع عليه كذلك إلغاء العقد ذاته، ذلك أن هذا القضاء الاستعجالي لا اختصاص له بمجرد إبرام العقد أو توقيعه من قبل السلطة المختصة، إذ بهذا الإبرام - الذى يضمن على العقد وجوداً قانونياً مستقلاً - تستبعد سلطات قاضى الدعوى المستعجلة تجاه أى من الإجراءات السابقة اللاحقة على توقيع العقد كما بينا.

الفرع الثانى

إبطال بعض الشروط التعاقدية

والشروط التعاقدية هى الشروط التى تعد من قبل جهة الإدارة، وترد فى دفاتر أو كراسات الشروط العامة أو الخاصة، فإذا تم الطعن على بعض هذه الشروط أمام القاضى المختص بالدعوى المستعجلة قبل التعاقدية لمخالفتها قواعد العلانية والمنافسة والشفافية، وثبت للقاضى صحة الإدعاء بهذه المخالفة، كان من حقه، بل واجب عليه الحكم بإبطال تلك الشروط، بحيث تستبعد من مجال التعاقد الإدارى محل هذه الدعوى؛ كما لو كانت بعض الشروط تتطوى مثلاً على عنصر تفضيلى Discriminatoire للبعض على حساب البعض الآخر.

فقد قرر مجلس الدولة الفرنسى أن وضع مواصفات أكثر تعقيداً من المواصفات المنصوص عليها للتوريدات المطلوبة من شأنه أن يؤدى إلى حصر المنافسة بين عارضين محددين تتوافر لديهم توريدات فى مستوى هذه المواصفات، وهو ما يشكل فى حد ذاته خرقاً بيناً لالتزام الإدارة بحماية شفافية المنافسة⁽¹⁾؛ أو أن بعض الشروط تتطوى على مخالفة للقانون و١٦٨ اللوائح الخاصة بها، أو أن هذه الشروط صحيحة ومنفقة والالتزامات القانونية، إلا أن جهة الإدارة لم تحترم تلك الشروط لمخالفتها مثلاً لمدد تقديم

(2) C.E., 3-11-1995, sté district de l'agglomération Nancéenne, R.F.D.A., 1995, P. 1077.

العطاءات، بأن تعتمد إلى مد هذه المدد دون رضاء المرشحين، إذ يعد ذلك في الواقع خرقاً واضحاً للالتزام بحماية مبادئ الشفافية والمساواة.

حاصل القول إذن أن الإجراءات سالفة الذكر سواء أكانت تحفظية أم قطعية إنما تدور في إطار حماية مبادئ الشفافية والمنافسة والمساواة، وهي المبادئ التي وجدت دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقد من أجل حمايتها، إذ كلما كانت المخالفة منطوية على المساس بأى من هذه المبادئ، كان القاضى المستعجل قبل التعاقدى هو المختص، وعليه الوقوف لتلك المخالفة بالمرصاد، وأن يتخذ حيالها أى من تلك الإجراءات (الأمر للإدارة - الوقف - الغرامة التهديدية - الإلغاء... الخ)، أما إذا لم تكن المخالفة ذات تأثير على مبادئ المنافسة والشفافية والمساواة، انحسر عنها دور القاضى المستعجل قبل التعاقدى، بما مؤداه أن هذه المخالفات والتي تؤثر على مشروعية إجراء الإبرام ولكن لا تؤثر على العلانية والمنافسة، لا تدخل ضمن نطاق المخالفات التي تصلح محلاً لدعوى القضاء المستعجل قبل التعاقدى، فمثل هذه المخالفات لا يمكن الطعن فيها عن طريق الدعوى المستعجلة قبل التعاقدية، بل على المدعى أن يلجأ عندئذ إلى الطرق الأخرى للقضاء.

ومن المخالفات التي لا تؤثر على العلانية والمنافسة ولا تدخل بالتالى فى نطاق دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدى، تلك المتعلقة بتشكيل لجان المناقصات وطلب العروض⁽¹⁾، أو بتوزيع قواعد الاختصاص بتوقيع العقود، أو باحتواء العقد على شروط غير مشروعة، ولكنها غير

(1) T.A, Versailles, 28-7-1994, Sté Socceran et Pronergies, Req No. 94-3284.

وفى هذا الحكم تقول المحكمة الإدارية بفرساي:

(.. L'irrégularité qui affecterait la composition de la commission d'appel d'offre ne constitue pas un manquement aux obligations de publicité et mise en concurrence).

منطوية على عنصر تفضيلي، وكذلك التبليغ غير المشروع لقرار رفض الترشيح أو رفض العرض، أو رفض تعويض المصاريف المدفوعة من جانب العارض في إعداد عرضه في الحالات التي ينص فيها القانون على إمكانية ذلك⁽¹⁾.

المبحث الرابع

الحكم في دعوى القضاء المستعجل الموضوعي

قبل التعاقد

إذا اتضح للقاضي توافر كافة الشروط الشكلية لقبول هذه الدعوى سواء من حيث المواعيد أو من حيث ضوابط الطلب المسبق أو التظلم على التفصيل سالف الكر، انتقل إلى البحث عما إذا كانت المخالفة المدعى بها تتعلق أولاً بمبادئ الشفافية والمنافسة والمساواة، فإذا كانت تتعلق وتحقق من صحتها أصدر حكمه في الدعوى خلال عشرين يوماً من تاريخ عرض النزاع عليه وذلك طبقاً للمادة رقم ٢١/٢٤١ من تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية، مع ملاحظة أن هذا الميعاد ليس ميعاداً قطعياً أو ميعاد سقوط وإنما بمثابة ميعاد تنظيمي لحث المحكمة على سرعة الفصل في النزاع، ومن ثم فإن انقضاء هذا الميعاد دون البت في الدعوى لا يعنى غل يد القاضي عن الاستمرار في النظر في الدعوى.

حقيقة أن جانباً من الفقه الفرنسي يرى أن هذه المدة قصيرة نسبياً بالمقارنة مع المسائل المعقدة التي يمكن أن يثيرها إبرام بعض العقود⁽²⁾، إلا أننا نرى من جانبنا أن طبيعة الدعوى المستعجلة قبل التعاقدية وما تتطلبه

(1) T.A, Paris, 20-11-1995, Sté Europelec, Req No. 951604213; C.E, 8-2-1999, Sté Campenon Bernard S.G.F, Req. 188100; T.A, Lyon 19-7-1996, Sté Aubeltes, Req. No. 960940; T.A, Pau, 13-4-1993, P.C. Robert et autres, Req, No 93/292.

(1) Couzinet. Ph. Les nouveaux pouvoirs du juge en matière de passations des marchés publics, R.M.P. No. 272, 1993, P. 48.

من ضرورة حسم ما يثار حول عملية إبرام العقد الإداري من نزاع قبل إتمام هذه العملية، يتفق ويتلاءم مع هذه المدة، وإن كان استقراء الحالات التي طبقت فيها هذه الدعوى يدل - كما ذهب جانب من الفقه - على أن المحاكم الإدارية قد نجحت عموماً في البت في الموضوعات التي عرضت عليها بمناسبةها خلال ثلاثة أسابيع على الأقل⁽¹⁾.

وإذا كان القاضى الذى يفصل فى النزاع المعروض بدعوى القضاء المستعجل الموضوعى قبل التعاقدى، قاض فرد كما ذكرنا من قبل، فإن حكمه يعد أيضاً حكم أول وآخر درجة *En premier et dernier ressort*، وهو ما يعنى أن الحكم الصادر فى الدعوى التى نحن بصددنا لا يقبل الطعن بالاستئناف، وإن كان ذلك لا يمنع طبقاً للمادة (ر. ٢٤١-٢٤٤) من تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية، من إمكانية الطعن عليه بطريق النقض أمام مجلس الدولة. وهنا يجب أن يتم هذا الطعن خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدور هذا الحكم.

مع ملاحظة أنه فى حالة الحكم فى الدعوى القضائية المستعجلة قبل التعاقدية فى مجالات المادة ٢٣٠ من التقنين سالف الذكر، وهى الحالات الخاصة بإبرام عقود أشغال أو توريد أو خدمات فى نطاق قطاعات الماء والطاقة والنقل والاتصالات، بغرامة تهديدية فى مواجهة جهة الإدارة، فإنه يحق لهذه الجهة أن تطعن على هذا الحكم بالاستئناف، وهو ما ينعكس سلباً على مدى فعالية دعوى القضاء المستعجل قبل التعاقدى فى هذه الحالة.

هذا وتجدر الإشارة إلى أنه عند الطعن بالنقض أمام مجلس الدولة فى الحكم الصادر بدعوى القضاء المستعجل قبل التعاقدى، فإن على المجلس طبقاً للمادتين ٢، ١١ من القانون رقم ٩٧-١١٢٧ بتاريخ ١٢/٣١/١٩٨٧، أن يفصل فى هذا الطعن وجوباً، إذا كان قد عرض عليه للمرة الثانية، أما

(2) Vandermeeren, R., op. cit., P. 99.

إن كان العرض لأول مرة فمن حقه أن يعيده إلى الجهة القضائية التي أصدرت الحكم الطعين، ومن حقه أيضاً أن يفصل فيه إذا كان من شأن ذلك تحقيق نتائج أفضل للعدالة.

وأخيراً لنا أن نتساءل هل هناك ضرورة لتوكيل محام فى دعاوى القضاء المستعجل قبل التعاقدى، سواء أمام المحاكم الإدارية أم أمام مجلس الدولة كمحكمة نقض؟

فى واقع الأمر ليس هناك ضرورة لتوكيل محام فى مثل هذه الدعاوى، فمن ناحية وطبقاً لنص المادة ١٠٨٠ من تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية، يلزم أن يكون هناك محام عندما يكون الهدف من الدعوى طلب مبلغ مالى أو تخفيض مبلغ من المال واقع على عاتق المدعى، أو حل نزاع متولد عن العقد؛ وحيث أن دعاوى القضاء المستعجل قبل التعاقدى لا تهدف إلى أى من هذه المسائل، وإنما فقط منع المخالفة القانونية لمبادئ المنافسة والشفافية والمساواة، إضافة إلى أن النزاع المعروض بصدها على القاضى إنما تولد قبل إبرام العقد، ومن ثم فإن توكيل محام يصبح أمراً غير ضرورى. ومما يؤكد ذلك أن القاضى فى مثل هذه الدعاوى لا يختص - كما ذكرنا - بالحكم بأية تعويضات.

ومن ناحية أخرى يمكن القول أنه نظراً لأن دعاوى القضاء المستعجل قبل التعاقدى تدخل فى إطار دعاوى تجاوز السلطة، وحيث أن هذه الدعاوى الأخيرة معفاة من توكيل محام أمام مجلس الدولة، فإن الدعوى التي نحن بصدها، تكون بالتالى معفاة من ضرورة توكيل محام أمام مجلس الدولة. فمسألة توكيل محام غير مطلوبة إذن فى دعاوى القضاء المستعجل الموضوعى قبل التعاقدى سواء أمام محكمة أول درجة أم أمام مجلس الدولة كمحكمة نقض.

من جماع ما تقدم يمكن القول أن تقنين القضاء المستعجل قبل

التعاقدى والتي هي من خلق وابتداع المشرع الفرنسى ابتداء من عام ١٩٩٢ وذلك من خلال اعتماده للتوجيهات الأوربية وإدخالها فى التشريعات المحلية والتي كان آخرها تقنين القضاء الإدارى الفرنسى لعام ٢٠٠١ والمعدل بتاريخ ٢٠٠٩/٥/٧، هذه التقنية إنما تجسد أداة فعالة وفاعلة فى رقابة سلامة إبرام العقود الإدارية وضمان توفير الحماية ليس لحقوق المتناقصين فحسب، بل كذلك للمصلحة العامة، بما توفره من إلزام الإدارة بمعايير الشفافية فى إطار التعاقدات الإدارية بما يضمن أن تلتزم هذه التعاقدات من مواطن الفساد والمنافع الشخصية التى تتحقق على حساب المصلحة العامة، فهى تهدف بصورة أساسية إلى درء كل مخالفة تصيب مبدأ العلانية والمنافسة الواجب مراعاته عند إبرام العقد الإدارى، وهو ما يكسبها أهمية قانونية وعملية ذات طابع وقائى.

والقضاء الاستعجالى قبل التعاقدى لا ينصب على نزاع ناشئ عن العقد الإدارى، ذلك أن الحقوق والالتزامات - موضوع هذا القضاء - يكون سندها القانون وحده وليس العقد، فمتى أبرم العقد أضحت الدعوى غير مقبولة؛ وهذه الدعوى تخول القاضى الإدارى - كما ذكرنا - سلطات هامة غير مألوفة فى نطاق النظام القانونى العام للقضاء الإدارى، ذلك أنه حينما يبت فى هذه الدعوى يتمتع بسلطات الأمر والوقف والإلغاء، وإبطال بعض شروط العقد والبت فيها يكون على وجه الاستعجال.

وعلى الرغم من تبنى بعض التشريعات العربية للنظام القانونى لدعوى القضاء المستعجل قبل التعاقدى، كما فعل كل من المشرع الجزائرى والمشرع العراقى، إلا أن التطبيق العملى لها لا زال دون المأمول، لذا ندعو المشرع العربى عموماً والمصرى خصوصاً - فى ظل ما تشهده مصر من نهضة فى مجال تشجيع الاستثمار - إلى تقنين النظام القانونى لهذه الدعوى تشريعياً لما فى ذلك من ضمان لمبدأى العلانية والمنافسة فى إبرام العقود

الإدارية، وما تكفله هذه الدعوى من حماية للمال العام.

كما ندعو المشرع العربي والمصري على وجه الخصوص إلى منح القاضى الإدارى مساحة واسعة من السلطات، كسلطة توجيه الأمر إلى الإدارة وفرض الغرامة التهديدية وتأجيل إبرام العقد وإلغاء القرارات والبنود المخالفة لمبدأ العلانية والمنافسة، وذلك كما فعل المشرع الفرنسى والذى خص هذه الدعوى بجملة من الإجراءات والضمانات كمبدأ المواجهة وتبادل المذكرات بين أطراف الدعوى، وإيداء الملاحظات الشفهية فى الجلسة العلنية....الخ.

وأخيراً فإنه لا يخفى على أحد من رجال القانون ما انتهجه القضاء الإدارى الفرنسى منذ نشأته من سياسة تهدف نحو السعى إلى توسيع نطاق سلطاته وفرض رقابته على الأعمال الإدارية بغية ضمان تقيد الإدارة بمبدأ المشروعية، وما ابتدعه على مر الزمن فى سبيل تحقيق ذلك من نظريات وما صاغه من مبادئ وما طرحه من معطيات، فإننا نتمنى أن نرى فى تشريعاتنا العربية والمصرية خاصة وأجهزتنا القضائية مواكبة لتطورات الزمن وحاجة الأفراد، أملين أن تجد النظرية التى نحن بصددھا طريقھا إلى التشريع أولاً ثم إلى التطبيق العملى ثانياً، خاصة أنه فى أعمالها تحقيق لغاية القانون ونشر للعدالة.

الفصل الثاني

وقف تنفيذ القرارات الإدارية القابلة للانفصال

فى مجال العقود الإدارية

من الطرق أو الأساليب المقررة للطعن أمام القضاء الإدارى فى القرارات الإدارية القابلة للانفصال فى مجال العقود الإدارية، أسلوب وقف تنفيذ هذه القرارات، لمواجهة أمور عاجلة لا تحتتمل التأخير، وذلك إذا توافرت شروط معينة شكلية وأخرى موضوعية؛ ويسمى الطلب الذى يقدم فى هذا الخصوص، الطلب المستعجل، حيث يقصد صاحبه تحقيق الحماية العاجلة بحكم عاجل لتوقى آثار تنفيذ تلك القرارات التى يتعذر تداركها فى حالة قبول الدعوى وإلغائها؛ كما يسمى القضاء المختص بنظر هذا الطلب القضاء المستعجل، والذى لا يتم اللجوء إليه إلا إذا توافر استعجال يبرر الحصول على الحماية القضائية بإجراءات استثنائية من إجراءات الدعاوى العادية، وبأنه لا يطلب منه سوى حماية وقتية لتحديد مركز الخصوم بصفة مؤقتة دون أن يكسب الحق أو يهدره^(١).

والقضاء المستعجل بهذا المعنى لا يجب أن يختلط بالقضاء المستعجل الموضوعى قبل التعاقدى سالف الإشارة إليه، فهذا القضاء الأخير لا يوجد إلا فى دول الاتحاد الأوروبى وفى القلب منه فرنسا وبعض الدول التى أخذت عنها مثل العراق والجزائر، فى حين أن القضاء المستعجل لوقف التنفيذ والذى نحن بصددده، إنما يوجد فى جميع دول العالم التى تتتهج أسلوب القضاء الإدارى، بما فى ذلك الدول التى تبنت أسلوب القضاء المستعجل قبل التعاقدى.

هذا من ناحية ومن ناحية أخرى، فإن القضاء المستعجل الموضوعى قبل التعاقدى هو قضاء موضوعى يبحث - كما بينا - فى أصل الحق أو فى

(١) المستشار/ معوض عبد التواب، القضاء المستعجل، مرجع سبق ذكره، ص ١٣.

موضوع النزاع الأصلي، فهو قضاء فاصل في أصل النزاع القائم بين الخصوم، كاشف عن وجه الحق فيما يدعيه كل خصم، في حين أن قضاء وقف التنفيذ لا يمس أصل الحق أو الموضوع الأصلي للنزاع، وإنما يصدر أساساً لمواجهة مسائل عاجلة لا تحتمل التأخير يراها القاضى لازمة للمحافظة على مصالح الخصوم دون أن يتعرض لحقهم الذى يبقى النزاع بشأنه قائماً.

إضافة إلى أن القضاء المستعجل الموضوعى قبل التعاقدى يصدر أحكاماً نهائية قابلة للطعن فيها أمام مجلس الدولة كمحكمة نقض، ولا يصدر أحكاماً وقتية كما في حالة الأحكام التى تصدر بصدد وقف التنفيذ، والتى يتوقف مصيرها على الأحكام التى تصدر عن قاضى الموضوع؛ ولذا فإن دعوى القضاء المستعجل قبل التعاقدى، إنما هي دعوى مستقلة قائمة بذاتها، في حين أن دعوى وقف التنفيذ ليست كذلك، وإنما مقترنة أو يجب أن تكون مقترنة دائماً بالقضاء الموضوعى وهو هنا قضاء الإلغاء.

وأخيراً فإن القاضى المختص بنظر دعوى القضاء المستعجل الموضوعى قبل التعاقدى لا يملك الحق في الحكم بالتعويض عن الأضرار التى تسببها القرارات محل الدعوى، في حين أن قضاء وقف التنفيذ لا يمنع قاضى الموضوع من الحق في الحكم بالتعويض عن أضرار تلك القرارات. وهكذا يمكن القول إن طريقى الطعن القضائيين سالفى الذكر، وإن كان يوصف كل منهما بالقضاء المستعجل، إلا أن لكل منهما سماته وخصائصه التى تميزه عن الآخر وتجعله بالتالى مستقلاً ومنفرداً بذاته وغير مختلط به.

وإذا كنا قد تناولنا في الفصل السابق القضاء المستعجل الموضوعى قبل التعاقدى، فإننا نتناول هنا القضاء المستعجل لوقف تنفيذ القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية وذلك من خلال دراسة

الموضوعات التالية:

الموضوع الأول: نطاق ومبررات وقف تنفيذ القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية.

الموضوع الثاني: نطاق وشروط وقف تنفيذ القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية.

الموضوع الثالث: طبيعة وآثار الحكم بوقف تنفيذ القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية.

مخصصين لكل موضوع منها مبحثاً مستقلاً.

المبحث الأول

نطاق ومبررات وقف تنفيذ القرارات الإدارية القابلة

للانفصال في مجال العقود الإدارية

وقف تنفيذ القرارات الإدارية بصفة عامة بما في ذلك القرارات القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية، إنما يجسد استثناء من قاعدة الأثر الفوري لهذه القرارات. تلك القاعدة التي تعنى أن تصبح تلك القرارات - بمجرد صدورها واجبة النفاذ منتجة لكافة آثارها القانونية، دون توقف على موافقة أصحاب الشأن أو رضائهم.

وحيث إنه يصعب فهم حقيقة الاستثناء سالف الذكر بوقف تنفيذ القرارات الإدارية دون الوقوف على حقيقة قاعدة نفاذ تلك القرارات منذ صدورها، فإننا نتناول بداءة هذه القاعدة الأخيرة والتي تجسد الأثر القانوني الفوري للقرارات الإدارية في المراكز القانونية القائمة أو بإنشاء مراكز قانونية جديدة، ثم نتناول ما يرد على هذه القاعدة من استثناء بوقف تنفيذ هذه الآثار القانونية لتلك القرارات وذلك كمايلي.

المطلب الأول

قاعدة النفاذ الفوري للقرارات الإدارية ومبرراتها

نبين أولاً مضمون هذه القاعدة، ثم نتناول ثانياً المبررات التي تدعمها.

الفرع الأول

مضمون قاعدة النفاذ الفوري للقرارات الإدارية القابلة

للانفصال في مجال العقود الإدارية

هذه القاعدة ذات شقين:

الشق الأول: يتعلق بجهة الإدارة: ويعنى أن القرارات الإدارية تسرى في حق الإدارة بمجرد صدورها، حتى ولو لم تكن قد أشهرت، لأن الشهر إنما تقرر لمصلحة الأفراد لا لمصلحة الإدارة.

الشق الثاني: ويتعلق بالأفراد: ويعنى أن القرارات الإدارية لا تسرى في مواجهة هؤلاء الأفراد إلا بعد شهرها قانوناً؛ فإن تم هذا الشهر كان للإدارة تنفيذ قراراتها في مواجهة الأفراد دون الحصول على موافقتهم مسبقاً أو على إذن سابق من القضاء⁽¹⁾.

وقد ترتب على هذه القاعدة بشقيها مبدأ يقال له مبدأ الأثر غير

الموقف للطعن بالإلغاء⁽²⁾ Le caractère non suspensif des recours

(1) وإذا كانت القواعد سالفة الذكر هي القواعد العامة التي تحكم نفاذ القرارات الإدارية فإن تلك القواعد ترد عليها بعض الاستثناءات هي:

١ - أنه يجوز للإدارة أن تنفذ قراراتها في مواجهة الأفراد قبل شهرها، إذا كانت تلك القرارات غير ضارة بهم أي لا تنتقص حقاً من حقوقهم أو تحملهم بالتزام.

٢ - أن النفاذ الفوري للقرارات الإدارية إنما يكون بالنسبة للقرارات الفورية (البسيطة) أما القرارات الإدارية المتعلقة على شرط واقف أو المضافة إلى أجل، فإنه لا يبدأ نفاذها إلا بتحقيق هذا الشرط أو حلول الأجل.

٣ - أن القرارات الإدارية التنظيمية التي ترتب أعباء مالية على عاتق الخزنة العامة لا تكون نافذة إلا بتوفر المال اللازم لتنفيذها.

الدكتور/ محمد عبد العال السناري، نفاذ القرارات الإدارية، دكتوراه، عين شمس، ١٩٨١، ص ٥٥.

(1) Maurice Tourdias; le Sursis à exécution des décisions Administratives, thèse, Bordeaux L.G.D.J. Paris 1957, PP. 5 et

devant la juridiction administrative بمعنى أن مهاجمة القرار الإدارى بدعوى الإلغاء لا توقف - بحسب الأصل - تنفيذه، إذ يجب أن يستمر هذا التنفيذ إلى أن يقضى بإلغاء هذا القرار أو بسحبه من قبل الإدارة. ولهذا المبدأ فى واقع الأمر سند تشريعى، فقد ورد النص عليه فى قوانين مجلس الدولة الفرنسى المتتابعة وأخرها تقنين القضاء الإدارى لعام ٢٠٠١^(١) والذى نص فى المادة الرابعة منه على أنه إذا لم يكن هناك نص تشريعى خاص، فإن الطعون القضائية لا توقف تنفيذ القرارات الإدارية^(٢) Sauf disposition législatives spéciales les requêtes n'ont pas . d'effet suspensif

وفى مصر فقد نصت المادة ٤٩/١ من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ على أنه لا يترتب على رفع الطلب إلى المحكمة وقف تنفيذ القرار المطلوب إلغاؤه.

وهذا هو ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسى مقررأ أن هذا المبدأ يعد من المبادئ الأساسية فى القانون العام ce caractère (exécutoire)^(٣) est la règle fondamentale de droit public وكذلك مجلس الدولة المصرى إذ تقول المحكمة الإدارية العليا: "إن مخاصمة القرار الإدارى أمام محاكم مجلس الدولة فى حد ذاتها لا توقف التنفيذ". كما

ss. M. Lavau: Du Caractaire non Suspensif des Recours devant les tribunaux administratifs, R.D.P. 1950, PP. 779 et, s. Loic, Philip, Le Sursis à l'exécution des décisions des juridictions administratives, Dalloz, 1965, ch. PP. 219 et,s.

(٢) جمع تقنين القضاء الإدارى الفرنسى الجديد كافة النصوص الحاكمة لمجلس الدولة والمحاكم الإدارية الاستئنافية والمحاكم الإدارية، والتي كانت من قبل متفرقة ومبعثرة فى مواضع عدة. فنصت المادة الأولى (تشريعى) من التقنين فى هذا الخصوص على الآتى:

Le present Code s'applique a Conseil d'Etat, aux Cours administratives d'appel et aux tribunaux administratifs.

(3) C.E, Ass., 2-7-1982, Huglo et autre, Rec. P. 528.

(١) الطعن رقم ٣١٠٤ لسنة ٣٤ ق.ع، جلسة ١٩٩٠/١٢/١، الموسوعة الإدارية الحديثة ١٩٩٣/١٩٨٥، ج ٣٣، ص ٩٣٦.

تقول محكمة القضاء الإدارى أنه "لا يترتب على مجرد طلب إلغاء القرار الإدارى أمام محكمة القضاء الإدارى وقف تنفيذه"^(١).

حاصل القول إذن أن القاعدة أو الأصل العام هو أن الطعن بالإلغاء لا يوقف تنفيذ القرار الإدارى، إذ يظل رغم الطعن محدثاً أثره القانونى بما ينشئه من حقوق للأفراد وبما يرتبه من التزامات فى ذمتهم؛ دون حاجة إلى الحصول - كما ذكرنا من قبل - على رضا أى منهم أو حتى معاونتهم، بل ودون حاجة للجوء إلى القضاء مقدماً للإذن بذلك، فالقرار الإدارى المطعون فيه يتمتع من هذه الزاوية بقدر من الحصانة، وتفترض فيه السلامة. وهذا الأثر القانونى يقال له "القوة التنفيذية للقرار الإدارى".

الفرع الثانى

مبررات القوة التنفيذية للقرارات الإدارية القابلة

للانفصال فى مجال العقود الإدارية

تتمثل مبررات القوة التنفيذية أو النفاذ الفورى لتلك القرارات فى

الآتى:

- مبدأ الفصل بين السلطات: خاصة بين كل من السلطتين التنفيذية والقضائية، فقد نصت المادة الثالثة من قانون التنظيم القضائى الفرنسى عام ١٧٩٠ على أن "الوظائف القضائية متميزة وتظل دائماً منفصلة عن الوظائف الإدارية" Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeurent toujours séparées des fonctions administratives.

مما يعنى استقلال كل من هاتين السلطتين عن الأخرى، فلا تتدخل الإدارة فى عمل القاضى، ولا يتدخل هذا الأخير فى عمل الإدارة؛ فإذا ما أجاز للقاضى بمناسبة رفع دعوى إلغاء قرار إدارى أمامه، بوقف تنفيذ هذا القرار، لاختل المبدأ سالف الذكر، ولأصبحت الإدارة تابعة للسلطة القضائية

(٢) الدعوى رقم ٢٦٥ لسنة ٢٠٠٣/٣/١٩٤٨، المجموعة السنة ٢، ص ٤٣٣.

أو جزء منها، بل ولأصبح تنفيذ أعمالها متوقفاً - والحال هكذا- على تدخل القضاء الإداري، وعلى ما يصدر لها من أوامر في هذا الشأن، الأمر الذي يتنافى تماماً مع مبدأ الفصل بين السلطات والذي حرصت على ترديده معظم دساتير العالم، فطبقاً لنص المادة الخامسة من الدستور المصري لعام ٢٠١٤ "يقوم النظام السياسي على أساس الفصل بين السلطات والتوازن بينها...".

- **قرينة الصحة والسلامة للقرارات الإدارية:** بمعنى أن القرار الإداري يتمتع من لحظة صدوره بقرينة الصحة والمشروعية، وهى قرينة بسيطة بل ومفترضة فى كل قرار إداري، ذلك أنه ليس للإدارة من هدف فى هذا الشأن سوى تحقيق المصلحة العامة، ومن ثم لا يفترض ولا يجب أن يفترض مخالفتها للقانون فى أعمالها، وإنما الذى يفترض أنها حريصة على صحة وسلامة هذه الأعمال، وعلى من يدعى ذلك عليه أن يثبت ذلك. وبناء على ذلك يمكن القول أنه عند إقامة دعوى الإلغاء يكون الأصل المسلم به أن القرار الإداري المطعون فيه قرار سليم ومطابق للقانون، ومن ثم لا يكون هناك مبرراً لوقف تنفيذ القرار بمجرد رفع الدعوى^(١)، خاصة أن الإدارة هى التى تتحمل مسؤولية التنفيذ فيما لو بان عدم مشروعية القرار الذى يتم تنفيذه، إذ يحق لصاحب الشأن فى هذه الحالة مطالبتها بالتعويض إن كان لذلك وجه.

- **اعتبارات عملية conditions pratiques** تمليها طبيعة النشاط الإداري: ذلك النشاط الذى يتجسد أساساً فى إدارة المرافق العامة بانتظام واستمرار لإشباع حاجات ورغبات المواطنين المتجددة والمتغيرة وهو ما ينطوى بحكم اللزوم على عنصرى الضرورة La nécessité والاستعجال

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٤/١٢/١٩٥٧ فى الطعن رقم ١٧٦٨ لسنة ٢ق، المجموعة، ص ٢١٣، حيث تقول: "إن القرار الإداري يفترض فيه أن يكون محمولاً على الصحة ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك يفضل ما يحاط به من ضمانات تعين على ذلك كحسن اختيار الموظفين الذين يساهمون فى إعداده وفى إصداره وتسلط الرقابة الرئاسية عليهم فى ذلك، ولأن القرار الإداري قد يجتاز مراحل تمهيدية قبل أن يصبح نهائياً..."

urgence، فالإدارة تسمو في واقع الأمر من هذه الزاوية على الأفراد ليس فقط لخطورة مهمتها وجلال قدرها، وإنما لأن الأفراد لا يهدفون إلا لتحقيق مصالحهم الذاتية أو الفردية، والمصلحة العامة أولى بالرعاية بل ومقدمة - عند التعارض - على المصلحة الخاصة، الأمر الذي يحتم بضرورة التسليم بأن مجرد رفع دعوى إلغاء قرار إداري، لا يترتب عليه وقف تنفيذ هذا القرار، وإلا لأصيب نشاط الإدارة بالشلل أو الجمود، وهو ما ينعكس سلباً على المصلحة العامة وعلى ضرورة سير المرافق العامة بانتظام واستمرار، خاصة أن هذا النشاط يقوم في معظمه على القرارات الإدارية.

المطلب الثاني

وقف تنفيذ القرارات الإدارية استثناء من قاعدة

الأثر الفوري ومبرراته

الفرع الأول

وقف تنفيذ القرارات الإدارية استثناء من قاعدة

الأثر الفوري

ذكرنا أن القاعدة هي نفاذ القرارات الإدارية منذ لحظة صدورها، وأن الطعن عليها بالإلغاء لا يوقف تنفيذها وذلك للمبررات سالفه الذكر، إضافة إلى أن الحكم الصادر بالإلغاء يتمتع بحجية مطلقة ويؤدي إلى إعدام القرار أو اعتباره كأن لم يكن وإزالة كافة آثاره منذ لحظة صدوره، مما يعنى إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل صدور هذا القرار، وإذا كان الأمر كذلك فما هي إذن المشكلة؟ خاصة أن هذا الحكم يتيح لصاحب الشأن الحق في طلب التعويض المالي عن الأضرار التي لحقت به جراء ذلك؟

المشكلة تكمن في أن هناك قرارات إدارية يترتب على تنفيذها أضرار جسيمة يتعذر تداركها أو احتواء آثارها عند صدور حكم الإلغاء، بمعنى أنه لا يجدي معها نفعاً مجرد صدور حكم بالإلغاء، إذ يصعب بل

يستحيل في كثير من الأحيان إعادة الحال إلى ما كان عليه، وهذا الحال لا يمكن تعويضه مالياً أياً كان مقدار هذا التعويض، فإذا صدر قرار بحرمان شخص من التقدم بعطائه في مناقصة عامة، ثم صدر حكم - بعد أن تم إبرام العقد مع أحد المناقصين الآخرين - بإلغاء هذا القرار، فماذا يجدي صاحب الشأن من صدور مثل هذا الحكم؟ خاصة أن حكم الإلغاء لا أثر له على إبرام أو تنفيذ هذا العقد كما سنرى فيما بعد. كذلك لو أن هناك منزلاً أثرياً وصدر قرار بهدمه وتم تنفيذ هذا القرار، فماذا يجدي صاحب هذا المنزل إذا صدر بعد ذلك حكماً بالإلغاء؟ أو حتى حكماً بالتعويض وأياً كانت قيمة هذا التعويض؟ بالتأكيد لا يجديه نفعاً هذا أو ذلك؛ وبالمثل إذا صدر قرار بحرمان طالب من دخول الامتحان، وتم تنفيذ هذا القرار ثم صدر حكم بالإلغاء بعد انتهاء فترة الامتحانات، فماذا يجدي هذا الطالب من صدور حكم بإلغاء قرار الحرمان؟ أو حتى حصوله على تعويض مالي وأياً كان مقداره؟ بالتأكيد لن يجديه نفعاً هذا أو ذلك، وهناك العديد من الأمثلة الصارخة لمثل هذه الحالات.

من هنا فقد تقرر نظام وقف تنفيذ القرارات الإدارية المطعون فيها بصفة مؤقتة، ولكن كاستثناء من قاعدة الأثر الفوري للقرارات الإدارية، ولذا فهو يتطلب تدخلاً صريحاً من المشرع بإقراره إذ لا استثناء دون نص قانوني، استثناء يهدف إلى التوفيق أو لإيجاد نوع من التوازن بين امتيازات السلطة العامة وقدرتها على تنفيذ قراراتها بمجرد صدورها ولو بالقوة الجبرية، وبين كفالة الضمانات للأشخاص الخاضعين للإدارة، لحفظ مصالحهم الخاصة عندما يقتضى الحال ذلك. وهذا التوفيق أو التوازن نجده في حكم المحكمة الإدارية العليا عندما قالت "إن المشرع إذ خول القضاء الإداري صلاحية وقف تنفيذ القرارات الإدارية المطعون فيها بالإلغاء إنما استهدف تلافى النتائج الخطيرة التي قد تترتب على تنفيذها، مع الحرص في

الوقت نفسه على مبدأ افتراض سلامة القرارات الإدارية وقابليتها للتنفيذ^(١).
حاصل القول إذن أن القاعدة سالفة الذكر وهي قاعدة الأثر غير
الموقف للطعن بالإلغاء، لازالت مستقرة كأصل عام ولا يتم الخروج عليها إلا
استثناء إذا اقتضى الأمر ذلك ووفقا لنص خاص في هذا الشأن؛ وهو ذات
نهج مجلس الدولة الفرنسي إذ يقول:

Les recours juridictionnels formés contre les décisions
administratives ne sont pas suspensifs de leur exécution...
le sursis à exécution lorsqu'il est possible, ne peut avoir
qu'un caractère exceptionnel et limité^(٢).

ولذا يلاحظ أن النصوص التي قررت هذا الاستثناء، إنما قررتة جنبا
إلى جنب مع قاعدة الأثر غير الموقف للطعن بالإلغاء، فهي المادة الرابعة
من تقنين القضاء الإداري في فرنسا لعام ٢٠٠١ لمعدل عام ٢٠٠٩ تنص -
كما بينا من قبل - على أنه "إذا لم يكن هناك نص تشريعي خاص، فإن
الطعن بالإلغاء لا يوقف تنفيذ القرارات الإدارية" وهو ما انتهجه قانون مجلس
الدولة المصري رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ حيث ينص في المادة ١/٤٩ منه على
أنه "لا يترتب على رفع طلب الإلغاء إلى المحكمة وقف تنفيذ القرار المطلوب
إلغائه، على أنه يجوز للمحكمة أن تأمر بوقف تنفيذه"، وهو ما انتهى إليه
القضاء الإداري في البلدين كذلك.

فقد استقرت أحكام مجلس الدولة الفرنسي على أن وقف تنفيذ
القرارات الإدارية هو وسيلة استثنائية ولا يلجأ إليها إلا بحرص وتعقل وفي
حدود ضيقة جدا^(٣). وذات الشيء نجده أيضا في أحكام المحكمة الإدارية

(١) الطعن رقم ٣١٠٤ لسنة ٣٤ ق.ع، جلسة ١٩٩٠/١٢/١، الموسوعة الإدارية الحديثة،
١٩٩٣/١٩٨٥، الجزء ٣٣، ص ٩٣٦.

(2) C.E, 26 Juillet 1978, Dlle Sellin et autres c/Commission
départementale de remembrement, J.C.P., 1979, éd. G. II. J.
19137.

(1) C.E, 18-6-1954, préfet du var C/ Aimé et autre, S. 1954-111-93.

العليا إذ تقول: "أن الأصل فى القرارات الإدارية أن تكون واجبة النفاذ ولا يترتب على الطعن فيها بالإلغاء وقف تنفيذها، إلا أنه استثناء من هذا الأصل خول المشرع للقضاء الإدارى سلطة وقف تنفيذ القرارات الإدارية المطعون فيها بالإلغاء"^(١). وفى حكم آخر تقرر أيضا، وبعد أن أوردت الأصل العام المتقدم، أن "وقف تنفيذ القرار الإدارى ينطوى على خروج على هذا الأصل"^(٢).

ورغم النص صراحة فى النصوص القانونية على استثنائية وقف تنفيذ القرارات الإدارية، ورغم أن القضاء مستقر كذلك على إمكانية وقف تنفيذ القرارات الإدارية استثناء، إلا أن أيا من المشرع أو القضاء سواء فى فرنسا أم فى مصر لم يعرف ماهية وقت تنفيذ القرارات الإدارية، الأمر الذى دفع بالفقه إلى الاجتهاد فى هذا الشأن. إذ يعرفه البعض بأنه "طلب مستعجل يتقدم به الطاعن على القرار الإدارى بالإلغاء، مبتغيا به توقي آثار تنفيذ هذا القرار التى يتعذر تداركها فى حالة قبول دعوى إلغاءه"^(٣)، ويعرفه البعض الآخر بأنه إجراء استثنائى يعطى القاضى سلطة تقديرية لإصدار حكما مؤقتا بوقف تنفيذ القرار الإدارى عند الطعن به بالإلغاء، إذا طلب صاحب المصلحة ذلك فى لائحة الدعوى، وذلك عند توافر الشروط اللازمة لوقف التنفيذ"^(٤).

ومن جانبنا نرى أن وقف تنفيذ القرارات الإدارية، إجراء استثنائى بنص القانون، يعطى للقاضى سلطة تقديرية للتخفيف من تبعات مبدأ الأثر

(٢) طعن رقم ٣٢٩٨ لسنة ٢٣٣ق، جلسة ١٩٩٣/١٢/٤، الموسوعة الإدارية الحديثة ١٩٩٣، ١٩٩٧، ج٤٩، قاعدة ١٧١، ص ٦٥٤.

(٣) الطعان ١٦/٢٠١٦ لسنة ٢٩ق، جلسة ١٩٨٥/٢/١٦، المجموعة، السنة ٣٠، ج ١، بند ٩٢، ص ٦١٤.

(١) الدكتور/ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، قضاء الأمور المستعجلة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص ١٣.

(٢) الدكتور/ أحمد خورشيد المفرجى، وقف تنفيذ القرارات الإدارية عن طريق القضاء، دكتوراه، جامعة بغداد، ١٩٩٥، ص ٢٥.

غير الموقف للطعن بالإلغاء، بأن يقرر وقف تنفيذ القرار المطعون فيه إذا توافر شرطى الجدية والاستعجال.

الفرع الثانى

مبررات وقف تنفيذ القرارات الإدارية

ذكرنا من قبل أن هناك أضرار قد تصيب المواطنين نتيجة تنفيذ القرارات الإدارية، وأن هذه الأضرار قد يتعذر تداركها أو تتجنب آثارها، الأمر الذى قرر معه المشرع النظام الاستثنائى لوقف تنفيذ مثل هذه القرارات بصفة مؤقتة لحين الفصل فى دعوى الإلغاء، وإذا كان هذا فى حد ذاته يشكل المبرر الأساسى للنظام الاستثنائى لوقف التنفيذ، إلا أن هناك مبررات أخرى يقال بها فى هذا الخصوص منها:

- كبح جماح الإدارة وتعهدا أحيانا الخروج على مبدأ المشروعية: وقد يكون خروجها هذا نتيجة نقص الخبرة والدراسة لديها فى بعض تصرفاتها، وقد يكون بسبب الإهمال والتكاسل فى الدراسة والبحث، بل وقد يكون نتيجة إغراءات السلطة وسطوتها لدى بعض أصحاب القرار من الموظفين.... الخ.

فى مثل هذه الحالات تبدو أهمية وفائدة نظام وقف تنفيذ القرارات الإدارية الصادرة فى تلك الظروف، وإلا تحمل أصحاب الشأن نتائج تنفيذ تلك الممارسات والتى قد يتعذر تداركها، وأن التعويض عنها لا يجدى، كما لا يجديهم نفعاً أن يصدر بعد ذلك - كما ذكرنا - حكماً بإلغاء تلك القرارات.

- بطيء الفصل فى دعاوى الإلغاء: إذ لا يخفى على المحاكم ذاتها أو على المتعاملين معها من المحامين والمواطنين مدى بطيء العدالة أمام محاكم القضاء الإدارى، والتى قد تستغرق سنوات عديدة، لدرجة أن البعض قد يتوفاه الله ولم يكن قد فصل فى دعواه بعد بحكم نهائى أو بات، الأمر الذى تظل معه المراكز القانونية مزعزعة وغير مستقرة، وغالبا ما أن تكون جهة

الإدارة قد نفذت قراراتها وأحدثت آثارها وحققت نتائجها، وكل ذلك قبل الفصل - بطبيعة الحال - فى دعوى الإلغاء. فإذا تم - بعد ذلك - إلغاء هذا القرار أو ذلك، فقد هذا الإلغاء معناه وكل نتيجة إيجابية لدى صاحب الشأن، ولن تكون لهذا الحكم - والحال هكذا - سوى قيمة رمزية أو فى أكثر الأحوال قيمة معنوية لا تجديه نفعاً فى كثير من الأحيان، مقارنة بما ترتب على تنفيذ القرار من نتائج، وقد تكون نتائج يتعذر - كما ذكرنا - تداركها أو تجنب آثارها.

من هنا تبدو أهمية وفائدة نظام وقف التنفيذ:

- فهو مكمل ضرورى لدعوى الإلغاء، إذ عن طريق وقف تنفيذ ما سوف يتعذر تدارك نتائجه، يجد حكم الإلغاء مجالاً لإعمال آثاره بحفظ له قيمته.
- وهو بهذه المثابة ضامن لحقوق ومصالح أصحاب الشأن وأيضاً لعمل القاضى: إذ يبدو إجراءً وقائياً حاجزاً لمصدر الضرر فى مهده، فلا يجد أياً من المخاطبين بالقرار أو القاضى نفسه أمام أمر واقع تفرضه الإدارة بغير إمكانية للرجوع^(١).

(١) فى هذا المعنى يقول Tourdias, M. فى رسالته وقف تنفيذ القرارات الإدارية عام ١٩٥٧، باريس صفحة (٣):

Le sursis à exécution est une mesure utile et un instrument nécessaire en ce sens qu'il doit contribuer à assurer le respect qui devrait être dû, sans contestation possible, à l'autorité de la chose jugée. Il est un moyen mis à la disposition du juge, qui, préventivement, peut ainsi éviter que l'administré et lui-même soient mis en présence d'un état de fait qu'il sera impossible de modifier. Chaque fois que la juridiction pourra craindre que l'Administration ne puisse ou ne veuille pas exécuter sa future décision, elle ne devra pas hésiter à se servir de cette arme qu'est le sursis à exécution, et qui lui permettra, à l'avance, de s'assurer du respect de son jugement. Assui, comprend- on tout l'intérêt, qu'en face des procédés actuels, peut présenter l'institution du sursis à exécution dans la sauvegarde des oeuvres d'une bonne justice.

وحتى يكون نظام وقف التنفيذ ذاته فعالاً، فإنه يجب ألا يستغرق الفصل في طلبه أمام القضاء الإداري وقتاً طويلاً، بل يجب أن يتم على وجه السرعة وهو - للأسف الشديد - غير متحقق في الواقع العملي إلا نادراً، ذلك أن متوسط الفترة الزمنية للفصل في طلب وقف التنفيذ سواء في فرنسا^(١)، أم في مصر لا تقل في الغالب عن ستة أشهر، بل قد تمتد سنوات؛ فقد أقيمت في مصر دعوى بطلب وقف تنفيذ قرار إداري بتاريخ ١٣/١٠/١٩٩٤ وقد صدر قرار المحكمة في هذا الطلب بتاريخ ١٧/٥/١٩٩٩^(٢)، وفي دعوى أخرى أمام محكمة القضاء الإداري، حيث قدم طلب وقف التنفيذ بتاريخ ١٨/٨/٢٠٠٤ وقد صدر الحكم في هذا الطلب بتاريخ ٩/١/٢٠٠٧^(٣).

وفي هذا الشأن يقول الفقيه الفرنسي Rivero "أنه إذا كان بطء الفصل في دعاوى الإلغاء على وجه الخصوص من أهم الأسباب التي جعلت وقف التنفيذ من الضروريات، فإن بطئ الفصل في طلبات الوقف لا بد مستتبعاً إضعافاً لفعالية نظام أريد به بالتحديد علاج هذه الظاهرة السلبية في عمل القضاء. فكلما استطلت فترة الفصل في طلب الوقف كلما زادت احتمالات استنفاد تنفيذ القرار المطعون فيه خلالها، فيصبح الطلب عندئذ بغير ذي موضوع^(٤).

وقد أشار إليه الدكتور/ فؤاد عبد الباسط المرجع السابق، ص ٦٦.
(٢) فقد أشار الفقيه الفرنسي Bennard Pacteau إلى أن متوسط الفترة الزمنية التي يستغرقها الفصل في طلب وقف التنفيذ لا يقل عن ستة أشهر.

Contentueux administratif, 2éd, 1989, P. 247.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٤٥٣ لسنة ٤٧ق، جلسة ٢٣ ديسمبر ٢٠٠٦، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، الدائرة الأولى، الجزء الأول، ص ٢٤٩ - ٢٥٠.

(١) حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ٣١٢١٨ لسنة ٥٨ق، جلسة ٩/١/٢٠٠٧، المبادئ القانونية الصادرة عن محكمة القضاء الإداري، الدائرة الأولى، في الفترة من أكتوبر ٢٠٠٦ إلى سبتمبر ٢٠٠٧، ص ٢٣١ - ٢٣٥.

(2) La quasi inexistence du sirsis à exécution, combinée avec la lenteur de la procédure, aboutit à conférer à maintes annulations

وهو ما نتمنى على قضائنا الإدارى أن يعالجه - كما عودنا - بحكمة واقتدار، خاصة فى مجال القرارات الإدارية القابلة للانفصال فى مجال العقود الإدارية، لارتباط هذه القرارات بالاستثمار والوضع الاقتصادى ومخططات التنمية القومية والمحلية على السواء.

المبحث الثانى

نطاق وشروط وقف تنفيذ القرارات الإدارية القابلة

للانفصال فى مجال العقود الإدارية

نتناول فى مطلب أول نطاق وقف تنفيذ القرارات الإدارية القابلة للانفصال، وفى مطلب ثان شروط هذا الوقف.

المطلب الأول

نطاق وقف تنفيذ القرارات الإدارية القابلة للانفصال

فى مجال العقود الإدارية

مما لاشك فيه أن القرارات الإدارية القابلة للانفصال فى مجال العقود الإدارية، والتي هى محل طلب وقف التنفيذ، إنما هى قرارات إدارية بالمعنى الفنى لهذا المصطلح^(١) مكتملة المقومات القانونية بصورها من سلطة إدارية تملك حق إصدارها دون حاجة إلى تصديق سلطة إدارية أعلى، أى أن تكون نهائية، ومن ثم قابلة للتنفيذ بقصد إحداث مركز قانونى معين يكون ممكناً وجائزاً قانوناً ابتغاء مصلحة عامة، بل ويجب أيضاً استمرارية هذه القابلية للتنفيذ، بألا يكون للقرار أجل محدد وقد انتهى هذا الأجل، وبألا يكون موقوف التنفيذ أو مؤجل السريان لسبب آخر، وبألا يكون قد سحب أو ألغى إدارياً أو قضائياً، وبألا يكون محل هذا القرار قد زال؛ كمن يريد وقف تنفيذ

un caractère de censure doctrinale: elles sauvegardent les principes, mais non point les intérêt des administrés. Droit administratif, 3ème éd., Dalloz, 1965, P. 210.

(١) مولفنا، الاتجاهات المتطورة لمفهوم وذاتية القرار الإدارى فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى والمصرى، دراسة تحليلية نقدية، الطبعة الأولى، عام ٢٠١٣، دار النهضة العربية.

قرار استبعاد أحد المرشحين لعضوية البرلمان بعد أن صدر قرار بحل هذا البرلمان...الخ.

فإن تحققت هذه الضوابط تصبح تلك القرارات مجالاً خصباً لطلب الإلغاء ووقف التنفيذ، بغير توقف على إتمام أية إجراءات لاحقة قد تكون لازمة لوضعها موضع التطبيق، وكل ما في الأمر أنه يشترط لذلك أن تكون تلك القرارات مشوبة بأحد عيوب عدم المشروعية التي نصت عليها قوانين مجلس الدولة في مصر وفرنسا وهي عيوب عدم الاختصاص ومخالفة القوانين واللوائح وصدورها في غير الأشكال التي نص عليها القانون أو إذا كانت مشوبة بعيب إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها.

وكما هو واضح فإن هناك تلازماً بين طلبات إلغاء القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية وطلبات وقف تنفيذ هذه القرارات؛ وبمعنى أدق، هناك ارتباط ضروري وحتمي بين طلبات وقف تنفيذ تلك القرارات ودعوى الإلغاء أو كما يقال لها في فرنسا دعوى تجاوز السلطة *Recours pour excès de pouvoir*، ولذا فقد حرصت كافة النصوص القانونية المتعلقة بوقف تنفيذ القرارات الإدارية بصفة عامة والقرارات التي نحن بصددنا بصفة خاصة، على ذكر أن الجهة القضائية المختصة بنظر طلبات وقف التنفيذ هي ذات الجهة المختصة بدعوى الإلغاء، وبالتالي فإن محاكم القضاء الإداري وهي بصدد النظر في طلب وقف تنفيذ القرار الإداري، فإنها تبحث ابتداء مسألة اختصاصها بنظر الدعوى الأصلية المتضمنة طلب إلغاء القرار الإداري المطعون فيه بعدم المشروعية، وكذلك شروط قبول هذه الدعوى وميعادها، مما يرتب عدم اختصاصها بنظر الطلب المستعجل والمتعلق بوقف تنفيذ القرار الإداري إذا لم تكن مختصة أصلاً بنظر الطلب الأصلي المتضمن الطعن بإلغاء القرار الإداري ذاته.

وإذا كانت القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود

الإدارية، تبدو بشكل واضح في منطقة إبرام تلك العقود، أى فى المرحلة السابقة على صيرورة العقد الإدارى منعقداً، إلا أن هذه القرارات قد تظهر كذلك فى مرحلة تنفيذ العقد الإدارى، وهنا لنا أن نتساءل هل يمكن طلب إلغاء هذه القرارات الأخيرة أو طلب وقف تنفيذها على غرار النوع الأول من هذه القرارات؟ بل وهل يمكن طلب إلغاء ووقف تنفيذ ما يثبت من تلك القرارات أنه قرار منعدم؟ وما حكم القرار السلبي فى هذا المجال من طلب الإلغاء ووقف التنفيذ؟ هذا ما نبينه تباعاً فيما يلى.

الفرع الأول

القرارات الإدارية القابلة للانفصال فى مجال العقود الإدارية

ومدى إمكانية طلب إلغائها ووقف تنفيذها

قد تصدر هذه القرارات - كما بينا من قبل - فى المرحلة التمهيدية لإبرام العقد، وقد تصدر كذلك فى مرحلة تنفيذ العقد، وهنا نجد اختلافاً بينا بين هذه القرارات وتلك من حيث مدى إمكانية طلب إلغائها ووقف تنفيذها كما يلى.

الغصن الأول

القرارات الإدارية القابلة للانفصال فى المرحلة التمهيدية

لإبرام العقد الإدارى ومدى إمكانية إلغائها ووقف تنفيذها

تجسد هذه المرحلة التمهيدية لتلك القرارات، فهى تشكل فى مجموعها قرارات إدارية بالمفهوم سالف الذكر، إذ تقول محكمة القضاء الإدارى فى هذا الخصوص "أن تحليل العملية القانونية السابقة على إبرام العقد إلى الأجزاء المكونة له، يظهر أن القرارات السابقة على هذا العقد، كوضع الإدارة شروط المناقصة أو المزايدة وقرارات لجنة البت والقرار بإرساء المناقصة أو المزايدة، هى بغير منازع قرارات إدارية منفصلة عن

العقد، ومن ثم يجوز الطعن فيها بالإلغاء، كما يجوز طلب وقف تنفيذها^(١)، إذا كانت مشوبة - بطبيعة الحال - بعيب عدم المشروعية، وسواء أكان العقد الذى تمهد الإدارة لإبرامه بهذه القرارات عقداً إدارياً، أم كان من العقود التى تبرمها مع الطرف الآخر بصفتها شخصاً من أشخاص القانون الخاص وهى تلك المسماه عقود الإدارة المدنية، مع ملاحظة أن اختصاص القضاء الإدارى يمتد فى هذه الحالة الأخيرة إلى الطعون فى القرارات الإدارية المنفصلة دون المنازعات المتعلقة بهذه العقود التى يختص بالفصل فيها قضاء القانون الخاص.

المهم أن هذه القرارات حينما يتم فصلها عن العملية التعاقدية سواء أكانت متعلقة بعقد إدارى أم بعقد مدنى، تظهر فيها الإدارة كسلطة عامة، تعبيراً عن إراداتها المنفردة الملزمة والتى يتولد عنها مباشرة الأثر القانونى، وفى هذه الحالة يصبح طلب الإلغاء مقبولاً وبالتالي طلب وقف التنفيذ. فإذا لم تكن كذلك أى لم تظهر فيها الإدارة كسلطة عامة... الخ، فإن طلب إلغائها وبالتبعية طلب وقف تنفيذها يصبحان غير مقبولين.

وفى ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا: "أنه ينبغى.. التفرقة بين نوعين من القرارات التى تصدرها الجهة الإدارية فى شأن العقود الإدارية.. النوع الأول، وهو القرارات التى تصدرها أثناء المراحل التمهيدية للتعاقد وقبل إبرام العقد وهى تسمى القرارات الإدارية المنفصلة المستقلة، ومن هذا القبيل القرار الصادر بطرح العمل فى مناقصة والقرار الصادر باستبعاد أحد المتناقصين والقرار الصادر بإلغاء المناقصة أو بإرسائها على شخص معين، فهذه القرارات هى قرارات إدارية نهائية شأنها شأن أى قرار إدارى نهائى وتطبق عليها جميع الأحكام الخاصة بالقرارات الإدارية النهائية. والنوع الثانى، وينتظم القرارات التى تصدرها الجهة الإدارية تنفيذاً لعقد من العقود

(١) الدعوى رقم ٧٣٤ لسنة ٧ق، بجلسة ١٩٥٦/١/٨، مجموعة السنة العاشرة، ص ١٣٥.

الإدارية واستناداً إلى نص من نصوصها، فهذه القرارات يختص القضاء الإداري بنظر المنازعات التي تثور بشأنها، لا على أساس اختصاصه بنظر القرارات الإدارية النهائية وإنما على أساس اعتباره المحكمة ذات الولاية الكاملة بنظر المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية^(١).

ولذلك لا يمكن بحال من الأحوال أن تستند الطعون ضد النوع الأول من القرارات التي تصدرها جهة الإدارة في شأن العقود الإدارية إلى شروط العقد ذاته، وإنما فقط - وكما ذكرنا - إلى مخالفتها مبدأ المشروعية، أى مخالفة القوانين واللوائح الحاكمة لعملية التعاقد، أو لقواعد الشكل والإجراءات أو لإصابتها بعيب إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها؛ وبطبيعة الحال يقصد بالطعون هنا طعون الإلغاء ويتفرع عنها طلب وقف التنفيذ، باعتبار أن هذين الطلبين لا يردان إلا على القرار الإداري الذي تصدره جهة الإدارة استناداً إلى السلطة المخولة لها بمقتضى القوانين واللوائح. أما إذا كان الإجراء صادراً من جهة الإدارة استناداً إلى نصوص العقد الإداري وتنفيذاً له، فإن هذا الإجراء لا يعد قراراً إدارياً وبالتالي لا يرد عليه طلب الإلغاء أو وقف التنفيذ كما سنرى فيما بعد.

هذا وتختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بنظر طلبات الإلغاء وكذلك وقف التنفيذ، تأسيساً على أن قاضى الأصل هو قاضى الفرع، وغاية الأمر أن المحكمة تفصل في الطلب المستعجل في الحدود والضوابط المقررة للفصل في الطلبات المستعجلة، فتتظر أولاً، وكما سنرى فيما بعد، في توافر الاستعجال على حسب الحالة المعروضة والحق المطلوب المحافظة عليه، ثم تستظهر جدية الأسباب أو عدم جديتها بالنسبة إليها في ظاهرها، فتصدر على مقتضى هذا النظر حكمها المؤقت في الوجه المستعجل للنزاع باتخاذ الإجراء

(١) الطعن رقم ٦٦٦ لسنة ٢٤ ق.ع، جلمة ١٤/٤/١٩٧٩، مجموعة الخمسة عشر عاماً، الجزء الأول، ص ١٧٨ وما بعدها.

المطلوب أو رفضه دون المساس بالناحية الموضوعية للنزاع، وهو الذى تفصل فيه المحكمة بعد ذلك فصلاً نهائياً على مقتضى ما تتبينه من دلائل موضوعية يقدمها كل من طرفى الخصومة^(١).

الفصل الثانى

القرارات الإدارية القابلة للانفصال فى مرحلة تنفيذ العقد

ومدى إمكانية إلغائها ووقف تنفيذها

وهنا يجب أن نميز بداية بين القرارات التى تستند الإدارة فى إصدارها - رغم نفاذ العقد - إلى سلطتها كضابطة لسير المرافق العامة والمستمدة من القوانين واللوائح مباشرة، وبين الإجراءات التى تتخذها الإدارة تنفيذاً لنصوص العقد.

فالقرارات الأولى هى التى يرد عليها طلب الإلغاء ووقف التنفيذ، أما الإجراءات التنفيذية فإنها لا تعد قرارات إدارية وبالتالي لا يرد عليها طلب الإلغاء أو وقف التنفيذ. وفى هذا الصدد تقرر محكمة القضاء الإدارى أن "ما يصدر من القرارات تنفيذاً للعقد كالقرارات الخاصة بجزاء من الجزاءات التعاقدية أو بفسخ العقد أو إنهائه أو إلغائه... كلها تدخل فى منطقة العقد الإدارى وتتشأ عنه، فهى منازعات حقوقية وتكون محلاً للطعن على أساس ولاية القضاء الكامل^(٢).

وهذا هو ما تؤكدته المحكمة الإدارية العليا، فقد قضت أن "القرارات التى تصدرها الجهة الإدارية تنفيذاً لعقد من العقود الإدارية واستناداً إلى نص من نصوصه، كالقرار الصادر بسحب العمل ممن تعاقد معها والقرار الصادر بمصادرة التأمين أو بإلغاء العقد ذاته يختص القضاء الإدارى بنظر المنازعات التى تثور بشأنها، لا على أساس اختصاصه بنظر القرارات

(١) حكم محكمة القضاء الإدارى، جلسة ١١/١٨/١٩٥٦، سبقت الإشارة إليه.
(٢) قضية رقم ١١٨٠ لسنة ١٩٥٦، جلسة ١١/١٨/١٩٥٦، المجموعة، السنة ١١، ص ٢٥ - ٢٦.

الإدارية النهائية وإنما على أساس اعتباره المحكمة ذات الولاية الكاملة بنظر
المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية.....»^(١).

فالأصل العام إذن أن القرارات التي تصدر بعد اكتمال العقد وفي
مرحلة تنفيذه تفقد كينونتها كقرارات إدارية وتندمج في العملية العقدية؛ ولا
يمكن فصلها والطعن فيها على استقلال بالإلغاء أو وقف التنفيذ، ولكن استثناء
من هذا الأصل العام، تعد مثل هذه القرارات، قرارات إدارية مما يجوز
الطعن فيها بالإلغاء ووقف التنفيذ، إذا أمكن فصلها عن العملية العقدية،
وظهرت الإدارة فيها كسلطة عامة، وكانت مستندة في خصوصها إلى
القوانين واللوائح مباشرة.

وعلى ذلك يخرج عن اختصاص قاضي الإلغاء، ومن ثم وقف التنفيذ
المنازعات المتعلقة بالقرارات التي تصدرها الإدارة في مرحلة تنفيذ العقد،
متى استندت الإدارة في إصدارها إلى بنود العقد سواء تعلق الأمر بالنزاع
الأصلي أو ما يفرع منه من طلبات تستهدف حماية أصل الحق أو التحرز
لما يحق به من أضرار، وهذه الطلبات هي ما يقال لها الطلبات المستعجلة؛
في حين أن قاضي الإلغاء يسترد ولايته في خصوص هذه القرارات إذا
استندت الإدارة في خصوصها إلى سلطتها كضابطة لسير المرافق العامة
والمستمدة - كما ذكرنا - من القوانين واللوائح مباشرة، ومن ثم يجوز طلب
وقف تنفيذها.

فهناك إذن فرق بين الطلبات المستعجلة وبين طلبات وقف التنفيذ،
حيث لا تتعلق الطلبات الأولى بقرار إداري وإنما تتبثق عن رابطة عقدية
وتدخل في منطقة العقد واستناداً إلى نص من نصوصه، وتنفيذاً له، بينما
تتعلق الطلبات الثانية وهي طلبات وقف التنفيذ بقرار إداري تصدره الجهة

(٢) الطعن رقم ٩٦٦ لسنة ٢٤ق، جلسة ١٤/٤/١٩٧٩، مجموعة المحكمة في خمسة عشر عاماً،
ج ١، ص ١٧٩، سبقت الإشارة إليه.

الإدارية استناداً إلى السلطة المخولة لها في القوانين واللوائح.
وهكذا يمكن القول إن الطلبات المستعجلة المتفرعة عن منازعات العقود، وإن جمعتها بالطلبات المستعجلة لوقف تنفيذ القرار الإداري، نفس العناصر الموضوعية المتمثلة في الاستعجال والجديّة وانطبعت أحكامها بنفس طابع التأقيت ويقيد نطاقها بذات قيد عدم المساس بالشق الموضوعي للنزاع، إلا أنّهما مفترقان في النهاية بحكم الانتماء إلى دائرة العقود في الأولى وإلى دائرة القرارات الإدارية في الثانية واستقلال النظام القانوني لهذه وتلك^(١).

وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا "إن اختصاص جهة القضاء الإداري بالفصل في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية اختصاص شامل لأصل تلك المنازعات وما يتفرع عنها مثل الطلبات المستعجلة، وأن للمحكمة أن تفصل في الطلب المستعجل المتفرع عن العقد الإداري في الحدود وبالضوابط المقررة للفصل في الطلبات المستعجلة. ولا يجوز الخلط بين الطلب المستعجل وبين طلب وقف التنفيذ، لأنه لا يتعلق بقرار إداري، وإنما ينبثق عن رابطة عقدية ويدخل في منطقة العقد، وتستنهض له ولاية القضاء الكامل دون ولاية الإلغاء"^(٢).

وتطبيقاً لهذه التفرقة تقول محكمة القضاء الإداري: "إن الغرامة الموقعة على المدعى إجراء تنفيذي للعقد المبرم بينه وبين الإدارة، فيعتبر طلبه من قبيل الطلبات المستعجلة، وما هو بطلب وقف تنفيذ لأنسه لا يتعلق بقرار إداري"^(٣). وتقول المحكمة الإدارية العليا: "ومن حيث أن الثابت من الأوراق أن مدار المنازعة في هذا الطعن أن الطاعن يطلب - حسب طلباته في تقرير الطعن - إلغاء القرار الصادر من المطعون ضده الثاني بإنهاء

(١) الدكتور/ محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص ١١٧، ص ١١٨.

(٢) الطعن رقم ٣٥٧ لسنة ١١١ ق، بتاريخ ١٩٥٧/٣/٢٤.

(٣) الطعن رقم ٦ لسنة ٢٣ ق، جلسة ١٩٧٠/١٢/١٣، المجموعة، السنة ص ٢٥، ص ١٩٣.

التعاقد مع الطاعن والمطعون ضده الأول (المحافظ) على تأجير فندق....، وذلك استناداً إلى نصوص هذا العقد، فإن هذه المنازعة لا تعتبر منازعة فى قرار إدارى، وإنما هى من قبيل المنازعات الناشئة عن العقد، ويعتبر طلب وقف تنفيذ هذا الإجراء من قبيل الطلبات المستعجلة فى أمر من أمور العقد ويستهدف وقف إجراء عقدي..^(١).

وعلى العكس من ذلك فقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسى من قبيل القرارات اللاحقة على العقد والمنفصلة عنه تلك التى - برغم اتصالها بالعقد - لا تعتبر تنفيذاً مستوجبا بعينه له وإنما تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية فى شأنها، ولا يتجاوز استطلاعها المحتمل لرأى المتعاقد معها فى هذا الخصوص مجرد كونه عنصراً من عناصر ممارسة هذه السلطة، وخاصة إذا تعلق الأمر بعقود يكون الغير بالنسبة لها فى مركز لائحى مغاير لمركز المتعاقدين كعقود الامتياز، فهنا يمكن للغير طلب إلغاء ووقف تنفيذ القرارات الإدارية المخالفة للقانون^(٢).

وهو ما انتهجه أيضا مجلس الدولة المصرى حيث تقرر المحكمة الإدارية العليا أنه "ليس من ريب أن القرار الذى تصدره الإدارة بشطب اسم المتعهد من عداد الموردين المحليين - إذا استعمل الغش فى تنفيذ التزاماته العقدية - يعتبر من القرارات الإدارية النهائية التى تصدر بعد انتهاء العقد الإدارى وتطبق عليه كافة الأحكام الخاصة بالقرارات الإدارية النهائية ويجوز الطعن فيه بالإلغاء فى المواعيد المقررة قانوناً للطعن بالإلغاء فى القرارات الإدارية النهائية، وتنتظر الطعن فيه محاكم مجلس الدولة فى إطار ولايتها الخاصة بإلغاء القرارات النهائية، بمعنى أن هذا القرار لا يعتبر من

(٣) الطعن رقم ١٥٠٣ لسنة ٤٩ ق، ع، المجموعة، ص ٦٥٨ وما بعدها.
C.E, Sec., 9-9-1983, Ville de Paris et autres, Rec., P. 499 etss. (1)

أشار إليه الدكتور/ محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص ١٢٤ وما بعدها.

القرارات التي تصدرها الإدارة تنفيذاً للعقد الإداري واستناداً إلى نص من نصوصه والتي تنظرها محاكم مجلس الدولة في إطار ولايتها الكاملة للفصل في منازعات العقود الإدارية^(١).

حاصل القول إذن أن الطلبات المستعجلة في منازعات العقود الإدارية، منها ما يدخل في عداد الطلبات المستعجلة، في نطاق ولاية القضاء الكامل وهو أكثرها، ومنها ما يدخل في عداد الطلبات المستعجلة في نطاق ولاية الإلغاء وهي ما يقال لها طلبات وقف التنفيذ؛ فإذا كان إلغاء العقد مستنداً إلى نص القانون فقط وبالتطبيق لأحكامه كان القرار الصادر بالإلغاء قراراً إدارياً ويطعن فيه أمام محكمة القضاء الإداري بدعوى الإلغاء ويدخل في نطاقها ويرد عليه طلب وقف التنفيذ الخاص بالقرارات الإدارية. أما إذا كان إلغاء العقد مستنداً إلى نصوص العقد نفسه وتنفيذاً له فإن المنازعة بشأنه تكون محلاً للطعن أمام محكمة القضاء الإداري على أساس استعداء الولاية الكاملة لهذا القضاء^(٢).

الفرع الثاني

القرارات المنعقدة في مجال العقود الإدارية

ووقف التنفيذ

ونقصد هنا بطبيعة الحال القرارات الإدارية القابلة للانفصال في هذا المجال، وتكون محلاً لطلب الإلغاء وطلب وقف التنفيذ؛ أي القرارات التي تصدر عن الإدارة - كما ذكرنا - بصفتها سلطة عامة ومستتدة في خصوصها إلى القوانين واللوائح مباشرة، إذ يثور التساؤل حول ما إذا كان من الممكن طلب وقف تنفيذ أي من هذه القرارات إذا ثبت أنه قرار منعدم؟ إن وقف التنفيذ لا يرد إلا على القرارات الإدارية المشوبة بأحد

(٢) الطعن رقم ٧٢٤ لسنة ٢٤ ق.ع، جلسة ١٦/١٦/١٩٨٢، المجموعة، السنة ٢٧/ص ٢٤٠ وما بعدها.

(١) حكم محكمة القضاء الإداري، بتاريخ ٢٧/١/١٩٥٧، الدعوى رقم ١٦٧، لسنة ١١ ق.

عيوب عدم الشرعية، أما إن كان القرار سليماً ومشروعاً لامتنع على القضاء إلغاءه أو وقف تنفيذه، ذلك أن رقابة القضاء على القرار الإداري إنما تكون على أساس وزنه بميزان القانون وزناً مناطه استظهار مشروعية القرار أو عدمها من حيث مطابقته أو عدم مطابقته للقانون نصاً وروحاً، فلا يلغى قراراً إلا إذا استبان - عند نظر طلب الإلغاء - أن القرار شابه عيب من هذا القبيل، ولا يقف قراراً - عند نظر طلب وقف التنفيذ - إلا إذا كان، على حسب الظاهر من الأوراق، مشوباً بمثل هذا العيب^(١).

وإذا كان القرار المشوب بعيب عدم المشروعية هو القرار الذي يقبل - والحال هكذا - طلب إلغائه ووقف تنفيذه، فهل يقبل مثل هذا الطلب أو ذلك إذا كان القرار منعوماً؟

ولكن ما هو المقصود بالقرار المنعوم؟ وكيف نميز بينه وبين القرار غير المشروع (الباطل)؟

هناك في الواقع العديد من المؤلفات المتخصصة في هذا الشأن، بل التي اسهبت في التفصيل والشرح لهذا الموضوع، ولذا فإننا نحيل إليها^(٢)،

(٢) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٣٥ لسنة ٢ ق.ع، جلسة ١٩٥٦/١/١٤، المجموعة، السنة الأولى، ص ٣٨٨.

(١) من هذه المؤلفات باللغة الفرنسية نذكر:

Apcindor (L.) Des différentes espèces de nullités des actes administratifs, Thèse, Paris, 1912; Beaquin, M., De la responsabilité des communes et de l'État en cas de Troubles et d'émeutes, Paris, 1913; Doue-Rasy, les frontières de la faute personnelle et de service en Droit Français, Thèse, Paris, 1963; Dupeyroux, H., Faute personnelle et faute De service, thèse, Paris, 1922; Jean Jacques Thouroude, La faute qualifiée dans la responsabilité administrative, Thèse, Caen, 1974.

ومن هذه المؤلفات باللغة العربية نذكر:

الدكتور/ ثروت بدوي، تدرج القرارات الإدارية ومبدأ المشروعية، القاهرة، ١٩٧٠؛ الدكتور/ جميل الشرفاوي، نظرية بطلان التصرف في القانون المدني المصري، جامعة القاهرة، ١٩٥٦؛ الدكتور/ حاتم على لبيب جبر، نظرية الخطأ المرفقي، دكتوراه، القاهرة، ١٩٦٩؛ الدكتور/ رمزي الشاعر، قضاء التعويض، مسئولية الإدارة عن أعمالها غير التعاقدية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨؛ تدرج البطلان في القرارات الإدارية، مطبعة جامعة عين شمس، ١٩٨٨؛ الدكتور/ برهان زريق، نظرية البطلان في العقد الإداري، المكتبة القانونية، دمشق،

خاصة أن هذا الموضوع لا يمثل عصب أو جوهر البحث الذي نحن بصدده، وإنما فقط إيضاحاً لاتجاهات القضاء الإدارى فى خصوص مدى إمكانية وقف تنفيذ القرارات المنعومة فى مجال العقود الإدارية.

ولذا فإننا نشير هنا وبشكل موجز، بل وبالقدر الذى يوضح فكرة هذا النوع من القرارات إلى أن هناك ثلاثة اتجاهات فقهية أساسية للتمييز بين القرارات غير المشروعة أو الباطلة وبين القرارات المنعومة.

الاتجاه الأول ويرى أن المعيار يتجسد فى مدى الصلة بالوظيفة الإدارية: بمعنى أن كل عمل منبث الصلة بالوظيفة الإدارية، بحيث لا يمكن اعتباره تنفيذاً مباشراً أو غير مباشر لتلك الوظيفة، كأن يصدر من شخص ليس بموظف عام، أو يصدر متتولاً أحد اختصاصات السلطتين التشريعية أو القضائية، أو إذا كان العمل ليس له وجود مادى أصلاً، كتوهم الإدارة وجود قرار على غير الحقيقة، أو أن هذا العمل لا زال فى مراحل التمهيدية... إذا كان العمل كذلك فهو عمل منعدم أو معدوم، أما إذا أمكن إرجاع عمل الإدارة إلى وظيفتها الإدارية، ولكن تجاوزت فى خصوصه حدود المشروعية فهو عمل أو قرار غير مشروع أو باطل.

الاتجاه الثانى ويرى أن معيار التمييز بين القرارات الإدارية الباطلة وتلك التى انحدر بها العيب إلى العدم، يتجسد فى مدى جسامته المخالفة: إذ

٢٠٠٢؛ المستشار/ عليه مصطفى فتح الباب، القرار الإدارى الباطل والمعدوم، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٧؛ الدكتور/ مصطفى كيرة، نظرية الاعتداء المادى فى القانون الإدارى، دار النهضة العربية، ١٩٦٤؛ الدكتور/ زكى محمد النجار، نظرية البطلان فى العقود الإدارية، دكتوراه، عين شمس، ١٩٨١؛ الدكتور/ طارق هلال البورسعيدى، انعدام القرار الإدارى وفقاً لأحكام القضاء الإدارى، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الرابع، ٢٠٠٨؛ الدكتور/ طعيمه الجرف، نظرية انعدام التصرفات القانونية وتطبيقها على القرارات الإدارية، مجلة العلوم الإدارية، العدد الأول، ١٩٦٠؛ الدكتور/ عبد الفتاح حسن، انعدام القرار الإدارى، مجلة العلوم الإدارية، العدد الثانى، ١٩٩٠؛ الدكتور/ محمد جمال الذنبيات، القرار الإدارى المنعدم فى القضاء الإدارى الأرنى، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، ٢٠٠٤؛ مصطفى كمال وصفى، انعدام القرارات الإدارية، مجلة المحاماة، العدد الخامس، ١٩٦١؛ محمد عبد الكريم شريف، القرار الإدارى المنعدم، دراسة مقارنة، ماجستير، دار الفكر الجامعى، الإسكندرية، ٢٠١٤.

كلما كانت المخالفة جسيمة كان القرار منعدياً. أما إن كانت يسيرة، فالقرار باطل أو غير مشروع. وتكون المخالفة جسيمة إذا تم الاعتداء على نصوص دستورية. أما إذا تم الاعتداء فقط على نصوص قانونية أو لائحية، فتكون المخالفة يسيرة .

فإذا كانت جهة الإدارة تمارس مثلاً حقاً قررته لها القانون الدستوري وخالفت بصده بعض الإجراءات والشروط التي تتطلبها القوانين العادية، فلا يعتقد أن مخالفتها للقانون في هذه الحالة تصل إلى حد الجسامة التي يجب توافرها لكي يصبح تصرفها منعدياً أو معدوماً قانوناً، أما إن كانت المخالفة منصبية على بعض الإجراءات والشروط التي يتطلبها الدستور ذاته فإنها تكون مخالفة جسيمة وتجعل القرار الصادر بشأنها قراراً منعدياً أو معدوماً قانوناً.

وهكذا فرق صاحب هذا الاتجاه بين نوعين من المخالفات، أولهما مخالفة القرار الإداري للدستور ذاته، وهنا فإن القرار لديه هو قرار معدوم، والثاني مخالفة القرار للتشريع وهذه مرتبة في البطلان أقل جسامة لا ينحدر بها القرار إلى حد الانعدام^(١).

الاتجاه الثالث ويرى أن معيار تمييز القرار الإداري المنعدي أو المعدوم عن القرار الباطل هو مدى تهديم أحد أركان القرار الإداري، وهنا نجد اختلافاً بين أنصار هذا الاتجاه في تحديد ماهية أركان القرار الإداري، فقد ذهب البعض منهم أن هذه الأركان قاصرة على الإرادة والمحل والسبب، والبعض الآخر يرى أنها تتمثل في ركن وحيد هو ركن الإرادة، أي إرادة السلطة الإدارية في إحداث أثر قانوني معين. وهكذا يعتبر القرار منعدياً إذا انعدم - عند الرأي الأول - ركن الإرادة أو المحل أو السبب، أو انعدم فقط

(١) الدكتور/ رمزي الشاعر، تدرج البطلان في القرارات الإدارية، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٠، ص ٤٢٠.

- عند الرأى الثانى - ركن الإرادة. أما إن كانت هذه الأركان قائمة ولكن اختلفت شروط صحتها وهى الشكل والاختصاص والاتفاق مع القانون والغاية، كان القرار باطلاً فحسب.

ونحن من جانبنا نرى أنه يجب النظر إلى هذه الاتجاهات جميعها ونأخذ ما انتهت إليه كمييار للتمييز بين القرار المنعدم والقرار الباطل، بمعنى أنه يجب النظر إلى كل حالة على حدة، إذ قد يصلح أحد المعايير معها دون الآخر، وحالة أخرى يصلح معها معيار مغاير... وهكذا، وهذا هو منهج القضاء الإدارى سواء فى فرنسا أم فى مصر، حيث لم يستقر هذا القضاء على معيار أو تعريف محدد للانعدام يتخذه معياراً ثابتاً، وإنما تعددت لديه المعايير فى هذا الشأن والتي لا يطبقها باعتبارها نظرية علمية متكاملة، وإنما طبقاً لتقديره لظروف النزاع وجسامة العيب الذى يصيب القرار المطعون فيه، ومدى التأثير الذى يترتب عليه بالنسبة للمصالح المختلفة المرتبطة بهذا القرار، فهو يقرر على ضوء تلك المعطيات قيام الانعدام أو عدم قيامه.

وقبل أن نبين المعايير القضائية هذه نشير إلى "أن القرار المعدوم حكمه فى ذلك حكم الأحكام المعدومة ليس من شأنه أن يرتب أى أثر قانونى قبل الأفراد أو يؤثر فى مراكزهم القانونية، فلا تلحقه حصانة، ولا تزيل عيبه فوات ميعاد الطعن فيه، ولا يكون قابلاً للتنفيذ بالطريق المباشر، بل لا يعدو أن يكون مجرد عقبة مادية فى سبيل استعمال ذوى الشأن لمراكزهم القانونية المشروعة مما يبرر بذاته طلب المطعون عليه إزالة تلك العقبة بصفة مستعجلة حتى لا يستهدف لما يستهدف له من نتائج يتعذر تداركها، ويتعين بالتالى الحكم بوقف تنفيذه .

أما عن المعايير التى اعتمدها القضاء الإدارى فى أحكامه لتمييز القرارات المعدومة عن تلك الباطلة فنتمثل تقريباً وكما ذكرنا، فى كافة

المعايير التي قال بها الفقه في هذا الخصوص وهي:

- معيار غضب السلطة أو كما تصفه المحكمة الإدارية العليا بأنه عيب عدم الاختصاص الجسيم: وهذا هو العيب الذي يرتب الانعدام، في حين أن عيب عدم الاختصاص البسيط يقتصر أثره على ترتيب البطلان فحسب. إذ تقول: إن صدور القرار من جهة غير منوط بها إصداره قانوناً يعيبه بعيب جسيم ينحدر به إلى العدم، طالما كان في ذلك افتئات على سلطة جهة أخرى لها شخصيتها المستقلة^(١).
- معيار انعدام الوجود المادي أو القانوني للقرار الإداري: وهو ما يقال له انعدام المحل، فقرار التعيين على درجة مشغولة، لا يمكن تحقيق أثره قانوناً لأنه لم يصادف محلاً لانعدام المركز القانوني الذي يمكن أن يرد عليه هذا التعيين^(٢).
- معيار ركن الإرادة أو النية: فإذا رقى شخص بدون حق على فهم أنه يتوافر فيه شرط الأقدمية، بينما هو فاقده فإن قرار الترقية بالنسبة إليه يكون في الواقع من الأمر قد فقد ركن النية على وجه ينحدر به إلى درجة الانعدام^(٣).
- معيار الغش أو التدليس: فقد استقرت المحكمة الإدارية العليا على أن الغش أو التدليس إذا شاب القرار الإداري فإنه ينحدر به إلى مستوى الانعدام، ويصبح القرار مجرد عمل مادي لا يرتب أية آثار قانونية^(٤).

وعلى أية حال إذا كان القرار الإداري - طبقاً لأي من المعايير

سألفة الذكر - منعماً، فهل يجوز طلب وقف تنفيذه؟

(١) الطعن رقم ١٢٦٥ لسنة ١٢ ق.ع، جلسة ١١/٢٩/١٩٩٩.

(١) الطعن رقم ١٠٦١ لسنة ٧ ق.ع، جلسة ١١/١٣/١٩٩٦.

(٢) الطعن رقم ٨٣ لسنة ١٣ ق.ع، جلسة ١١/١٢/١٩٧١.

(٣) الطعن رقم ٢٦٨ لسنة ١١ ق.ع، جلسة ١١/٣/١٩٦٨.

لقد أجاز مجلس الدولة الفرنسي على هذا التساؤل بالنفي، إذ يرى أن القرار المنعدم والذي يدخل في أعمال الغصب إنما يقع الاختصاص بنظره للقضاء العادي وحده؛ بما مفاده أن مجلس الدولة الفرنسي لا يختص بنظر مثل هذا القرار لا إلغاء ولا وقف تنفيذ؛ ومن التطبيقات التي قضى فيها المجلس بعدم اختصاصه بنظر طلب وقف تنفيذ قرار منعدم، حكم Haffersass في ٢٢ يوليو ١٩٧٧ الذي تعلق الأمر فيه بطرد أجنبي من البلاد بدلاً من شخص آخر على سبيل الخطأ، وقضى في طلب وقف تنفيذه بعدم القبول لتعلق الأمر بعمل من أعمال الغصب وليس بقرار إداري مما يصلح محلاً لطلب وقف التنفيذ^(١):

أما في مصر فقد احتفظ القضاء الإداري لذاته بحق النظر في طلب إلغاء ووقف تنفيذ القرار المنعدم، بل وقد ميزه عن القرارات الباطلة بأنه يجوز طلب إلغائه ووقف تنفيذه أو سحبه دون التقيد بالمواعيد المقررة في هذا الشأن، إضافة إلى أنه اعتبره في خصوص طلب وقف تنفيذه أن عنصر الانعدام يعد في ذاته عنصر استعجال يتحقق به أحد شرطي هذا الطلب كما سنرى فيما بعد.

حاصل القول إذن أن القرار المعدوم يصلح في مصر لأن يكون محلاً لطلب وقف التنفيذ، وذلك على العكس المنهج الأخير الذي استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي، رغم أن هذا المنهج لا يستقيم - كما ذهب البعض بحق - منطقاً وعدلاً : لأنه إذا امتنع على صاحب الشأن طلب وقف تنفيذ القرار المنعدم لكان معنى ذلك أن القرار، والمخالفة القانونية فيه أشد جسامة من مخالفات عدم المشروعية العادية والاستعجال فيه أشد من الوضع العادي لطلب الوقف، يتمتع بحماية أكبر من القرارات التي لم تجاوز عيوبها عدم المشروعية العادية، لأن القرار المنعدم، وبرغم تكرار القول بأنه لا قوة

(4) C.E, 6-7-1977, Delle Adjali, D.S. 1978, J. P. 323.

تنفيذية له، سيظل في الواقع سارياً ومنتجاً لآثاره إلى حين الفصل في الدعوى الموضوعية وتقرير انعدامه، في حين أن القرار الإداري غير المشروع - أى الأخف في درجة المخالفة القانونية - يمكن أن يوقف تنفيذه مؤقتاً لحين الفصل في هذه الدعوى^(١).

الفرع الثالث

القرارات الإدارية السلبية في مجال العقود الإدارية

ووقف التنفيذ

يقصد بالقرارات الإدارية السلبية، تلك القرارات التي ترفض السلطات الإدارية، أو تمتنع عن اتخاذها رغم أنه من الواجب عليها قانوناً، أى وفقاً للقانون واللوائح، ضرورة اتخاذها، مما يعنى أن هذه السلطات لا تملك تقدير أن تتخذ أو لا تتخذ مثل هذه القرارات، بل هى مقيدة دائماً بضرورة اتخاذها.

وإذا كانت القرارات الإدارية السلبية تعنى - والحال هكذا - الرفض أو الامتناع عن تعديل مراكز قانونية أو واقعية سابقة على صدورها، أى أنها تعنى إبقاء الحال على ما هو عليه دون تغيير في المراكز القانونية أو الواقعية لأصحاب الشأن وإلى أن يفصل القضاء في طلب إلغائها، فهل تخضع هذه القرارات - رغم ذلك - لنظام وقف التنفيذ شأنها شأن القرارات الإيجابية التي تتضمن بطبيعتها تعديلاً في المراكز القانونية أو الواقعية القائمة، وأن وقف تنفيذها يهدف - والحال هكذا - إلى إبقاء الوضع أو الحال على ما هو عليه دون تغيير في المراكز القانونية أو الواقعية لأصحاب الشأن إلى أن يبت في طلبات إلغائها؟

هذا التساؤل أثار نقاشاً في الفقه الفرنسي بين رافض لوقف تنفيذ القرارات السلبية، وبين مؤيد لهذا الوقف، بل إن القضاء الإداري الفرنسي

(١) الدكتور/ محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص ١٦٣.

مر - بخصوص الإجابة على التساؤل السابق بمرحلتين، في حين أن القضاء الإدارى المصرى مستقر على موقفه تجاهه منذ نشأته وحتى اليوم وهو ما نبينه بإيجاز فيما يلى:

الفصل الأول

القرارات الإدارية السلبية فى مجال العقود الإدارية

وقف التنفيذ فى فرنسا

أولاً: موقف الفقه الفرنسى من وقف تنفيذ القرارات الإدارية السلبية:

ذهب جانب من الفقه الفرنسى إلى رفض فكرة وقف تنفيذ القرارات الإدارية السلبية، باعتبار أن هذه القرارات إنما تنفذ فور صدورها دون أية إجراءات أو مظاهر خارجية لهذا التنفيذ يمكن أن يرد عليها الإيقاف⁽¹⁾. فممنذ لحظة رفض قبول عطاء أحد الأشخاص، أو حرمانه من التقدم للمناقصة - رغم أحقيته قانوناً - مما يعنى أن هناك قراراً سلبياً بالرفض أو الحرمان... منذ لحظة صدور هذا القرار أو ذلك يعتبر الشخص ممنوعاً من المنافسة فى هذه المناقصة، ولن يتسنى بذلك إيقاف آثار قرار تحقق بذاته ومنذ لحظته، وليست هناك أية إجراءات تنفيذية يمكن أن يرد عليها - كما ذكرنا - الإيقاف، وحجة هذا الجانب الفقهى - على هذا النحو - يقال لها الحجة المنطقية.

إلا أن جانباً آخر من الفقه يرد على هذه الحجة، بأن القرار السلبى قد يحتم فى بعض الأحيان ضرورة اتخاذ إجراءات تنفيذية لكى يؤتى ثماره ومن ذلك مثلاً رفض السماح لشركة بالاستمرار فى ممارسة نشاطها، فهذا القرار يستتبعه تصفية الشركة، وهذه التصفية تتطلب ضرورة اتخاذ إجراءات تنفيذ مادية ومحسوسة يمكن أن يرد عليها وقف التنفيذ. فإذا أضفنا إلى ذلك -

(1) Labetoule et Cabanes, Chronique générale de jurisprudence administrative, française, A.J.D.A., 1970, no11, Doct., P. 611.

يقول هذا الجانب الفقهي - أن القرار السلبي قد تكون آثاره مدمرة لصاحب الشأن، كمن يطلب استخراج وثيقة جواز سفر للذهاب خارج الدولة لإجراء عملية جراحية عاجلة، وتمتنع جهة الإدارة عن إصدار مثل هذه الوثيقة، بل ويظل هذا المنع وبالتالي الضرر قائماً ومستمراً، وقد لا يجديهِ مستقبلاً صدور حكم بإلغاء هذا القرار؛ ففي هذه الحالة تبدو أهمية وفائدة نظام وقف التنفيذ بالنسبة للقرارات السلبية⁽¹⁾.

هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فقد قيل بحجة قانونية لتبرير عدم وقف تنفيذ القرارات السلبية، على اعتبار أن وقف تنفيذ هذه القرارات يعنى تدخل القاضى فى أعمال الإدارة بإصدار أوامر وتعليمات لها بفعل ما امتنعت عنه، أو بمعنى أدق إجبارها على عمل هى رافضة له، بما يتنافى مع مبدأ الفصل بين السلطات القضائية والسلطات الإدارية⁽²⁾.

وقد قيل رداً على هذه الحجة أنه لا يوجد أى نص قانونى يمنع القاضى الإدارى صراحة من إعطاء أوامر وتعليمات للإدارة بل وإذا سلمنا بهذه الحجة - يضيف أنصار هذا الرأى - فإنه يجب أن يمتنع على القضاء وقف تنفيذ القرارات الإيجابية كذلك، إذ لا فرق من هذه الناحية بين إلزام الإدارة بأداء ما امتنعت عنه سلباً وبين إلزامها بالامتناع عما قامت به إيجاباً، خاصة أنه قد يكون أسهل للإدارة أن تمنح مؤقتاً ما امتنعت عن منحه عن أن توقف ما قامت به فعلاً⁽³⁾.

وأخيراً فقد قال أنصار الرأى المعارض لوقف تنفيذ القرارات الإدارية السلبية بحجة تتعلق باعتبارات عملية، ذلك أن الإدارة وحدها هى

(1) A. de laubadère, Traité de droit administratif, T.I. L.G.D.J., Paris, 1976, P. 524.

(1) Gaudement (Y.) Remarques à propos du sursis à exécution des décisions administratives, R.D.P., 1973, P. 385.

(2) Chabanol- Daniel, Un Renouveau du sursis à exécution, Gazette du palais, 1984, P. 452.

التي تستطيع تقدير مدى ملاءمة أعمالها أو مدى مناسبة ترتيب الحقوق ومنح المزايا لأصحاب الشأن في ضوء ضرورة الحال وحسبما يقتضيه الصالح العام؛ ولذا يجب أن يترك لها الحرية الكاملة في هذا الشأن، مع حث القضاء على سرعة الفصل في القضايا المتعلقة بالقرارات السلبية بدلاً من محاولة التدخل في أعمال الإدارة وعرقلتها نشاطها خاصة المتعلقة منها بتسيير وانتظام المرافق العامة⁽¹⁾.

وكما هو واضح فإن هذه الحجة لا علاقة لها بالموضوع الذي نحن بصدده، وهو وقف تنفيذ القرارات السلبية... والتي لا تتمتع جهة الإدارة في خصوصها - كما ذكرنا - بأية سلطة تقديرية، وإنما بسلطة مقيدة، وهنا يكون من المناسب إقرار إمكانية وقف تنفيذ تلك القرارات، خاصة أن القاضى الإدارى غالباً ما يتثبت في هذه الحالة من جدية أسباب الطعن، وبأن الأضرار الناجمة عنها يتعذر تداركها، فإذا ما رجح احتمالات الإلغاء، فإنه لن يطلب من الإدارة - عند الحكم بوقف التنفيذ - سوى أداء عمل مؤقت سوف تلتزم به بشكل نهائى عند الحكم بالإلغاء، فلا يكون في عمله - والحال هكذا - افتئاتاً على اختصاصات الإدارة، وإنما مساهمة في تحقيق التوازن بين اختصاصاتها واختصاصات القاضى ومصالح الأفراد.

وهكذا فإنه مع التسليم - كما يقول الفقيه Glélé - بجدية الحجج الثلاث التي كانت لمبدأ عدم جواز وقف تنفيذ القرارات السلبية سندا، إلا أنها مع ذلك لا تقدم مبرراً مقنعاً لهذا الاتجاه القضائى، ومن ثم فإنه بالإمكان من الناحية النظرية والعملية ولحماية حقوق المواطن التوسع في تطبيق نظام وقف التنفيذ ليشمل القرارات السلبية، بدون مساس بمبدأ الفصل بين السلطات أو عرقلتها لنشاط الإدارة وعلى أن يكون تقريره في هذه الحالة استثنائياً.

(3) Gabolde, Ch., Les nouveau pouvoirs d'urgence du juge administratif et le sursis d'exécution, D. 1953, Ch. P. 189.

ويتوسع تطبيق النظام على هذا النحو - يضيف الفقيه Glélé -
ستكتمل وتعزز حقوق الأفراد من ناحيتين:

فمن ناحية لن يكون حكم الإلغاء، إن صدر، بدون فاعلية حيث سيجد
أثراً للقرار الملغى معطلة قبله ثمرة لحكم وقف التنفيذ.

ومن ناحية أخرى، فإن وقف تنفيذ القرار السلبي بحكم طبيعته
الاستثنائية ودقة وخطورة أمره سيدفع بالقاضي إلى الإسراع في الفصل في
قضايا الإلغاء حتى يحسم أمر مشروعية مثل هذه القرارات ولا يخلق للإدارة.
أوضاعاً يخشى من أن تعرقل نشاطها⁽¹⁾.

ثانياً: موقف القضاء الإداري الفرنسي من وقف تنفيذ القرارات الإدارية
السلبية:

حتى صدور تعنين القضاء الإداري الجديد وسريان أحكامه اعتباراً
من يناير ٢٠٠١، كان مجلس الدولة الفرنسي مستقراً على أن القرار الإداري
الذي يمكن وقف تنفيذه استثناء هو فقط القرار الإيجابي، أو ما يقال له القرار
التنفيذي، وأنه يجوز وقف تنفيذ القرار السلبي إذا ترتب عليه تعديل في
المراكز القانونية أو الواقعية السابقة عليه، أما إذا لم يترتب عليه مثل هذا
التعديل فلا يجوز وقف تنفيذه، فقد قضى عام ١٩٤٩ بوقف تنفيذ قرار صادر
من مجلس نقابة الأطباء بمدينة بوردو، برفض قيد طبيب جراح في سجلاتها
مستنداً في ذلك إلى أن الطبيب المذكور تعاقد مع عيادة طبية تعاونية بالمدينة
بأجر أقل مما تقدره النقابة، إلا أن مجلس الدولة رأى أن هذا القرار سوف
يحدث لعمل العيادة اضطراباً لا يمكن تداركه أو التغلب عليه⁽²⁾.

(1) Glélé: Le sursis à l'exécution d'une décision négative, D.S,
Chron., 1969, P. 164 etss.

الدكتور/ محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص ٢١٦ وما بعدها؛ الدكتور/ عبد
الغنى بسيوني عبد الله، وقف تنفيذ القرار الإداري في أحكام القضاء الإداري، منشأة
المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص ٤٨ وما بعدها.

(2) "Considérant que l'exécution immédiate de la décision... de la
section disciplinaire du Conseil national de l'ordre des médecins

ولذا فقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى اعتبار وقف التنفيذ فى

هذه الحالة بمثابة استثناء على الاستثناء:

Si le sursis à l'exécution d'une décision administrative positive apparaît comme une procédure exceptionnelle, il faut souligner que le sursis à l'exécution d'une décision négative est l'exception parmi les exceptions⁽¹⁾.

مع ملاحظة أن القرار السلبى إذا ترتب على صدوره تغيير فى المراكز القانونية أو الواقعية، فإنه يعد كذلك قراراً تنفيذياً، بما مفاده أنه لا استثناء فى هذا الخصوص، فلازلنا فى إطار قاعدة أن وقف التنفيذ لا يرد إلا على قرار إيجابى أو تنفيذى، ولذا فقد ذهب وبحق جانب من الفقه المصرى إلى أن هذا الاستثناء فى واقعه ظاهرى وليس حقيقياً؛ فمن القاعدة المقضية أن يكون القرار الإدارى قابلاً للتنفيذ ليتمكن طلب وقف تنفيذه انطلق القضاء إلى المبدأ العام فى عدم جواز وقف تنفيذ قرارات الرفض حيث رآها خارج نطاق القرارات التنفيذية، وإليها عاد حين قدر القرار تنفيذياً حال إحداثه تغييراً ما فى مركز قانونى أو واقعى قائم قبل صدوره، أى أنه من الأصل خرج وإليه عاد، فلا استثناء فى الأمر⁽²⁾.

وقد تأكد هذا القول بصدور الحكم الشهير AMOROS بتاريخ ١٩٧٠/١/٢٣، فقد جاء بهذا الحكم أن القاضى لا يستطيع أن يأمر بوقف تنفيذ القرار الإدارى إلا إذا كان قراراً تنفيذياً (إيجابياً) حيث لا يملك توجيه أوامر للإدارة، وبالتالي لا يتسنى له وقف تنفيذ القرار السلبى إلا فى حالة ما

est de nature à apporter un trouble irréparable dans le fonctionnement de la clinique mutualiste... où le sieur... exerce la profession de chirurgien; qu'il échet, dans ces circonstances, d'ordonner qu'il sera sursis à l'exécution de la décision attquée". C.E., Sect., 13 mai 1949, Sieur Rousset, Rec., P. 222.

(2) Joël Carbajo, L'application dans le temps des décisions administratives exécutoires, Paris, 1980, P. 235.

(١) الدكتور/ فؤاد محمد عبد الباسط، المرجع السابق، ص ١٧٨.

إذا ترتب عليه تغيير في المركز القانوني أو الواقعي السابق للطاعن، أي السابق على إصدار هذا القرار ووجوده⁽¹⁾.

وهكذا فقد برر مجلس الدولة في الحكم سالف الذكر عدم استطاعته وقف تنفيذ القرارات الإدارية السلبية التي لا يترتب عليها تغيير في المراكز القانونية أو الواقعية السابقة على صدورها، بعدم قدرته على توجيه أوامر للإدارة.

وبتاريخ ١٣/١١/١٩٧٨ صدر حكم جديد يضيف به مجلس الدولة قيداً جديداً للموافقة على طلب وقف تنفيذ القرارات السلبية التي يترتب عليها تغييراً في المراكز القانونية أو الواقعية السابقة على صدورهم، وهو أن تكون هذه المراكز القانونية أو الواقعية مشروعة، فإن لم تكن كذلك تم رفض طلب وقف التنفيذ؛ فقد اعتبر المجلس في هذا الحكم أن القرار السلبي برفض منح أجنبي تصريح إقامة ومطالبته بالتالي مغادرة البلاد، لا يترتب عليه تعديل في المركز القانوني أو الواقعي السابق لهذا الأجنبي، ومن ثم فإن طلب وقف تنفيذ هذا القرار غير مقبول، ذلك أن إقامته أصلاً بالبلاد كانت غير

(2) "Cons., .. que le juge administratif n'a pas qualité pour adresser des injonctions à l'administration; que les tribunaux administratifs et le Conseil d'Etat ne peuvent donc, en principe, ordonner le sursis à l'exécution d'une décision qui leur est déferée que si cette decision est exécutoire; qu'en revanche, ils n'ont pas le pouvoir d'ordonner qu'il sera sursis à l'exécution d'une decision de rejet sauf dans le cas où le maintien de cette decision entraînerait une modification dans une situation de droit ou de fait telle qu'elle existait antérieurement".

C.E, 23-1-1970, AMOROS, A.R.D.P., 1970, P. 1035.

وانظر حول هذا الحكم الهام:

Note Xavier Delcros, sur l'arrêt Amoros, A.J.D.A., 1970, No. 3, II, J., P. 174 etss; note Waline, R.D.P., 1970, P. 1037; DE. Laubadère traité de droit administratif., T.I, ed. L.G.D.J. Paris, 1976, P. 524.

مشروعة^(١).

وهكذا كانت القاعدة في خصوص طلبات وقف تنفيذ القرارات الإدارية السلبية هي أنه لا يجوز وقف تنفيذ هذه القرارات إلا إذا كان من شأنها - كما ذكرنا - التعديل في المراكز القانونية أو الواقعية السابقة على وجودها ويشترط أن تكون هذه المراكز مشروعة.

حقيقة أنه صدر بتاريخ ١٩٩٥/٢/٨ القانون رقم ٩٥-١٢٥ بشأن تنظيم جهات القضاء والإجراءات المدنية والجنائية والإدارية، وقد منح هذا القانون جهات القضاء الإداري سلطة توجيه أوامر إلى الإدارة مقترنة بفرض غرامات تهديدية عليها جال عدم احترامها لهذه الأوامر، مما يعنى أن المبرر الذي كان يستند إليه مجلس الدولة لرفض وقف تنفيذ القرارات الإدارية السلبية التي لم يترتب عليها تعديل في المراكز القانونية أو الواقعية السابقة على صدورها، لم يعد قائماً.

ولذا فقد صدر بعد خمس سنوات تقريباً على تاريخ القانون سالف الذكر، أى في ٢٠٠٠/١٢/٣:٠ حكماً قضى فيه مجلس الدولة برفض وقف تنفيذ قرار سلبي بعدم منح أحد الرعايا التونسيين تأشيرة دخول إلى فرنسا؛ ولكن لم يكن سبب هذا الرفض أن القرار المطعون فيه قرار سلبي أو أنه لم يترتب تغييراً في المراكز القانونية أو الواقعية السابقة على صدره وإنما فقط لتخالف شرطى الاستعجال والجديّة أى الشروط الموضوعية للقضاء بالوقف^(٢).

(1) " S'agissant d'un étranger se trouvant déjà en situation irrégulière lorsqu'il a demandé l'octroi d'un titre de séjour, la décision qui a rejeté cette demande et l'a invité à prendre toutes dispositions pour quitter le territoire français, n'a pas modifié sa situation de droit et ne peut être regardée, dans les circonstances de l'espèce, comme ayant modifié sa situation de fait" (C.E., 13 Novembre 1987, Sect., J.C.P., 1988, No. 5, éd. G., P. 48).

(1) C.E, 20-12-2000, Sect., Ouatah, Rec. P. 643.

وأخيراً فقد صدر تقنين القضاء الإدارى الجديد المشار إليه آنفاً، لينص فى المادة رقم ٢/٥٢١ منه صراحة على أن لقاضى الأمور المستعجلة الإدارية، سلطة إيقاف تنفيذ القرار الإدارى كلياً أو جزئياً حتى وإن كان قراراً سلبياً، طالما توافرت الشروط الشكلية والموضوعية لهذا الإيقاف^(١). وهكذا فقد وضع المشرع الفرنسى بتلك المادة نهاية للقضاء التقليدى سالف الذكر، وأصبح المناط فى تقرير وقف التنفيذ للقرارات الإدارية سواء أكانت إيجابية أم سلبية هو مدى توافر الشروط الشكلية والموضوعية المتطلبة لذلك، تماماً كما هو منهج القضاء الإدارى المصرى والذى نبينه فى الآتى.

الفصل الثانى

القرارات الإدارية السلبية فى مجال العقود الإدارية

ووقف التنفيذ فى مصر

إن ما انتهى إليه القضاء الإدارى الفرنسى فى خصوص وقف تنفيذ القرارات الإدارية السلبية، كان مجلس الدولة المصرى قد انتهجه منذ نشأته عام ١٩٤٦، فلم يفرق فى قضائه - عند طلب وقف التنفيذ - بين ما إذا كان القرار المطلوب إيقافه إيجابياً أم سلبياً، مكتفياً فى هذا الخصوص فقط بمدى توافر الشروط الشكلية والموضوعية للوقف والذى سنبينها فيما بعد. وقد بررت المحكمة الإدارية العليا هذا النهج بأن مراجعة قرارات الإدارة وتصرفها الإيجابى والسلبى ووزنه بميزان المشروعية وسيادة القانون ووقف تنفيذ أو إلغاء ما يتبين خروجه من قرارات الإدارة وتصرفاتها عن ذلك. إنما

(٢) فقد جاء نص المادة ٢/٥٢١ من التقنين المذكور كالتالى:

Quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen proper à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision.

يستهدف إعلاء للمشروعية وسيادة القانون^(١).

وتطبيقاً لذلك تقول ذات المحكمة في حكم آخر أنه "لما كان الامتناع يشكل قراراً سلبياً وهو يصلح أن يكون محلاً للطعن بالإلغاء، فإن الدعوى المقامة بطلب الحكم بوقف تنفيذ هذا القرار ثم بإلغائه تكون مقبولة"^(٢).

ومن الأحكام الحديثة نسبياً للمحكمة الإدارية العليا والتي تؤكد على جواز وقف تنفيذ القرارات الإدارية السلبية الحكم الصادر بتاريخ ٢٠٠٧/٤/٢٨ والذي جاء به أنه "لما كانت الجهة الإدارية المنوط بها الرقابة على قرارات الجمعية لم تعمل هذه الرقابة ولم تتدخل رغم اختصاصها بإبطال القرار السلبي بالامتناع عن إعلان بطلان قرار مجلس إدارة الجمعية المذكورة الصادر بفصل المدعى، فإن مسلكها في هذا الشأن يغدو مخالفاً للقانون مما يتوافر معه ركن الجدية في طلب وقف تنفيذه، فضلاً عن توافر ركن الاستعجال المتمثل في حق المدعى في ممارسة حقه الدستوري المتعلق بمباشرة حقوقه السياسية والاجتماعية، الأمر الذي يتعين معه القضاء بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه"^(٣).

المطلب الثاني

شروط القضاء بوقف تنفيذ القرارات الإدارية القابلة

للانفصال في مجال العقود الإدارية

تنقسم هذه الشروط إلى شروط شكلية وأخرى موضوعية على النحو

التالي:

(١) طعن رقم ١٤٤٧ لسنة ٣٧ق، جلسة ١٩٩٢/٢/٢، الموسوعة الإدارية الحديثة، ١٩٨٥/١٩٩٣، ج ٣٣، ص ٩١٥.

(٢) طعن رقم ٩٠٦ لسنة ٢٧ق، جلسة ١٩٨٥/٦/١٥، المجموعة، السنة ٣٠، ج ٢، ص ١٣٢٦.
(٣) الطعن رقم ٣٤٤٦ لسنة ٤٨ق، الصادر بتاريخ ٢٠٠٧/٤/٢٨، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، ص ٢٥٥.

الفرع الأول

الشروط الشكلية للقضاء بوقف تنفيذ القرارات الإدارية

القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية

تتجسد هذه الشروط بدءاً في ضرورة طلب وقف التنفيذ صراحة - لا ضمناً ولا افتراضاً - من القاضى أو المحكمة المختصة، فإن لم يطلب الوقف على هذا النحو، فلن يستطيع القاضى أو المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها d'office، وإلا يكون قضاء بما لم يطلبه الخصوم. هو ما نص عليه صراحة قانون مجلس الدولة المصرى رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ فى المادة ١/٤٩ حينما أجاز القضاء بالوقف إذا كان الطاعن قد طلب ذلك....". وكذلك تتقنين القضاء الإدارى الموحد فى فرنسا لعام ٢٠٠١، والذى نص فى المادة ١/٥٢١ على أن قاضى الأمور الإدارية المستعجلة بإمكانه وقف تنفيذ القرار الإدارى كلياً أو جزئياً بناء على طلب بذلك مرفوع إليه.

Le juge des référés saisi d'une demande en ce sens peut ordonner la suspension de l'exécution de cette decision, ou de certains de ses effets.

يتفق إذن المشرع فى فرنسا ونظيره فى مصر على هذا الشرط وهو ضرورة أن يطلب وقف التنفيذ صراحة؛ كما يتفقان كذلك على ضرورة أن يقترن طلب وقف التنفيذ مع طلب الإلغاء، بمعنى أنه لا يمكن أن يقدم طلب وقف التنفيذ دون أن يكون هناك طلب بالإلغاء، فطلب وقف التنفيذ مشتق فى واقع الأمر من دعوى الإلغاء وفرع منها، بل ومصيره مرتبط بها كما سنرى فيما بعد.

فطلب وقف التنفيذ وطلب الإلغاء وجهان إذن لعملية واحدة وهى النزاع المتعلق بالقرار الإدارى المطعون فيه، أحد هذين الوجهين مستعجل وهو الطلب الأول، أى طلب وقف تنفيذ هذا القرار عاجلاً، والآخر موضوعى وهو الطلب الثانى، طلب إلغاء ذات القرار آجلاً؛ وهذا هو ما

استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسى، إذ يقول فى حكم له صدر عام ١٩٨٧ أن طلب وقف التنفيذ لا يكون مقبولاً إلا إذا كان هناك طلب بإلغاء ذات القرار المطلوب وقف تنفيذه^(١).

وكذلك قضاء مجلس الدولة المصرى إذ تقول المحكمة الإدارية العليا "لا يقدم طلب وقف التنفيذ استقلاً وإنما يقدم تبعاً لطلب إلغاء"^(٢)، و"لا يجوز اتخاذ طريق وقف تنفيذ القرار إلا حيث يوجد قرار متخذ بشأنه دعوى بإلغائه"^(٣).

وترتيباً على ذلك يمكن القول إنه إذا أقيمت الدعوى بطلب الإلغاء فقط، كانت مقبولة إذا توافرت باقى الشروط بطبيعة الحال، أما إذا أقيمت بطلب وقف التنفيذ استقلاً، فلن تكون مقبولة، حيث لا يجوز ولا يقبل هذا الطلب بعيداً عن طلب إلغائه، ذلك أن المتفرع مستعجلاً لابد مرتبطاً بالأصل موضوعاً برابطة لزوم، إذ هو الذى يعطيه مبرر الوجود وبدونه لا يستطيع أن يستقل بكيان، فلزم بالتالى أن يرد طلب الوقف بعدم القبول إن جاء للقاضى مستقلاً عن أى طلب موضوعى بالإلغاء^(٤).

من هنا فقد قضت المحكمة الإدارية العليا أن من شروط قبول طلب وقف التنفيذ اقتران ذلك الطلب بطلب الإلغاء وإلا غدا غير مقبول شكلاً^(٥)، كما قضت فى حكم آخر أنه "إذا كان طلب وقف التنفيذ مستقلاً غير مقترن

(1) "Les conclusions à fin de sursis à exécution d'une décision administrative ne sont récevables que si le requérant a demandé l'annulation pour excès de pouvoir de la décision dont s'agit" (C.E., 29 avril 1987, Lahraoui, D.A., 1987, No. 6, P. 9).

(١) الطعن رقم ١١١٣ لسنة ٣١ق، جلسة ١٤/١١/١٩٨٧، المجموعة، السنة ٣٣، ج ١، ص ١٩٩.

(٢) الطعن رقم ٥٨٧ لسنة ٦ق، جلسة ٢٩/١٠/١٩٦٠، المجموعة، السنة ٦، ص ٢٤.

(٣) الدكتور/ محمد فؤاد عبد الباسط المرجع السابق، ص ٢٨٨.

(٤) الطعن رقم ٦٧٤ لسنة ٣٩ ق.ع، جلسة ١٥/٦/١٩٩٧، الموسوعة الإدارية الحديثة، ١٩٩٣/١٩٩٧، ج ٤٦، ص ٩٣٧.

بطلب الإلغاء فلا يجوز للمحكمة أن تقضى بوقف التنفيذ^(١).

هذا وإن كنا قد ذكرنا أن طلب وقف التنفيذ يجب أن يكون صريحاً وواضحاً ومحددًا، فإن طلب الإلغاء ليس بالضرورة أن يكون كذلك، إذ يترك للمحكمة - إن لم يكن صريحاً ومحددًا - استخلاصه من المقاصد والنوايا الحقيقية للمدعى في طلباته، وذلك بحكم رقابتها على تكيف الطلبات، باعتبار أن هذا التكيف - كما تقول المحكمة الإدارية العليا - تفسير للنية الحقيقية التي قصدتها المدعى^(٢)، أو كما تقول أن "العبرة بالمقاصد والمعانى لا بالألفاظ والمباني"^(٣).

وتطبيقاً لذلك فقد قضت "ومن حيث أنه عن سبب الطعن المستند إلى الدفع بعدم قبول طلب وقف تنفيذ القرار المطعون فيه لعدم اقترانه بطلب الإلغاء، فإن التكيف الصحيح لدعوى المطعون ضدها وطلباتها لا يتوقف على ظاهر ألفاظها وإنما على استجلاء مقاصدها الحقيقية، وقد أثرت هذه المنازعة على ما هو ثابت من عريضتها لعدم استجابة جهة الإدارة لطلبها شهادة تفيد ثبوت جنسيتها المصرية فتكون قد استهدفت في الواقع بهذه الدعوى إلغاء القرار الإدارى الصادر بالامتناع عن إعطائها الشهادة التى طلبتها وبصفة مستعجلة وقف تنفيذه، فيتحقق بذلك اقتران الطلب المستعجل بطلب الإلغاء الموضوعى ويكون الدفع فى غير محله"^(٤).

وهكذا يمكن القول إنه يجب أن يكون طلب وقف التنفيذ - سواء فى فرنسا أم فى مصر - مقترنا بطلب الإلغاء، وهو ما يعنى أن قبول طلب

(٥) الطعن رقم ٥٠٦٥ لسنة ٤١ ق.ع، جلسة ١٩/١٠/١٩٩٧، الموسوعة الإدارية الحديثة، ١٩٩٧/١٩٩٣، ج ٤٦، ص ٩٢٨.

(١) الطعن رقم ٨٨٢ لسنة ١٣ ق.ع، جلسة ٩/١١/١٩٦٨، المجموعة فى خمسة عشر عاماً، الجزء الثانى، ص ١٠٠٢.

(٢) الطعن رقم ٢٦٥٥ لسنة ٣٠ ق.ع، جلسة ١٢/١٢/١٩٧٨، المجموعة فى خمسة عشر عاماً، الجزء الأول، ص ٤٢١.

(٣) الطعن رقم ١٢٣٨ لسنة ٣٠ ق.ع، جلسة ٢٠/١٢/١٩٨٦، المجموعة، السنة ٣٢، ج ١، ص ٤٥٤ وما بعدها.

وقف التنفيذ يكون متوقفاً على قبول طلب الإلغاء، فإن لم يكن هذا الطلب الأخير مقبولاً لأي سبب كان، فلن يكون طلب وقف التنفيذ مقبولاً؛ وبالعكس إذا كان هذا الطلب الأخير غير مقبول لسبب أو آخر، فلن يكون لذلك أثر على قبول طلب الإلغاء إذا توافرت شروطه. فمثلاً إذا كان طلب الإلغاء قد أقيم بعد فوات المواعيد القانونية أو لم يكن لصاحب الشأن مصلحة شخصية ومباشرة فيه، وقضى بعدم القبول، فإن ذلك يستتبع حتماً وبحكم اللزوم عدم قبول طلب وقف التنفيذ أيًا كانت مبرراته، أما إذا كان طلب وقف التنفيذ غير مكتمل الشروط، كما لو لم يكن لصاحب الشأن مصلحة فيه، أو لم يكن هناك نتائج يتعذر تداركها، فإن القضاء بعدم قبوله لا علاقة له بقبول طلب الإلغاء. وإذا كان القضاء الإداري الفرنسي يتفق مع نظيره المصري في الشروط الشكلية للقضاء بقبول طلب وقف التنفيذ سالف الذكر، إلا أنهما مختلفان في خصوص ما إذا كان من الواجب أن يدرج كلا الطلبين بوقف التنفيذ والإلغاء في صحيفة واحدة.

ففي فرنسا وبعد أن كان قضاء مجلس الدولة والمحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية، مستقراً على أن هذا الأمر جوازي⁽¹⁾، بمعنى أن لصاحب الشأن الحق في أن يطلب وقف التنفيذ بصحيفة مستقلة عن صحيفة طلب الإلغاء، أو أن يطلب الأمرين بذات الصحيفة، وإن كان في الحالة الأولى ملزماً بأن يثبت للمحكمة أنه أقام بالفعل طعناً بالإلغاء، ولذا يجب عليه

(1) رغم أن المادة 119 من تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية كانت تنص على ضرورة تقديم طلب وقف التنفيذ في صحيفة مستقلة عن صحيفة دعوى الإلغاء.

Les conclusions à fin de sursis doivent être.. présentées par requête distincte.

إلا أنهما لم يرتباً - وهو ذات اتجاه مجلس الدولة رغم عدم وجود نص يلزمه بذلك - البطلان على استقلال الصحيفتين، معتبرين أن مثل هذا الإجراء إنما هو إجراء شكلي بسيط لا جوهرى. ومع ذلك فقد ذهب جانب من الفقه إلى أنه من الناحية العملية يلاحظ أن إدراج طلب وقف التنفيذ والإلغاء بذات الصحيفة هو الشكل الأكثر استقلالاً.

Christian GABOLDE, Traité pratique de la procédure administrative contentieuse, Paris, 1960, P. 152.

أن يضمن طلب وقف التنفيذ ملخصاً لموضوع وأسائيد طلب الإلغاء؛ بل لقد سمح القضاء للمدعى الاكتفاء بالإحالة فى خصوص تسببب طلب الوقف - وذلك فيما يتعلق بالمطاعن الموجهة ضد مشروعية القرار - إلى ما ورد بصحيفة دعوى الإلغاء بهذا الخصوص^(١).

ولكن وبعد أن صدر تقنين القضاء الإدارى الجديد لعام ٢٠٠١ واستحداث قاضى الأمور الإدارية المستعجلة، بما يعنى تخصيص قضاء مستقل لنظر طلبات وقف التنفيذ، فإن مثل هذه الطلبات الأخيرة أصبح تقديمها بصحيفة مستقلة عن صحيفة طلب الإلغاء أمراً وجوبياً، إذ لم نعد - كما كان فى السابق - أمام قاض واحد يختص بالأمرين، وإنما أمام قاضيين أحدهم يختص فقط بنظر طلبات وقف التنفيذ والآخر يختص فقط بنظر طلبات الإلغاء، وكل ما فى الأمر أن طلب وقف التنفيذ أمام قاضى الأمور الإدارية المستعجلة، يجب أن يكون مصحوباً بصورة من طلب الإلغاء وإلا كان غير مقبول^(٢)؛ إضافة إلى ضرورة أن يتضمن طلب وقف التنفيذ عرضاً ولو موجزاً لعناصر الاستعجال المستند إليها هذا الطلب^(٣).

وقد ترتب على استقلال طلب وقف التنفيذ عن طلب الإلغاء، أنه يجوز أن يقدم الطلب الأول فى تاريخ لاحق على تقديم الطلب الثانى، بل

(1) Charles Debbasch & Jeran Claude Ricci: Contentieux administratif, 5e éd., 1990, P. 507; J.M. Auby & R. Drago: Traité de contentieux administratif, T. II, 1962, P. 320.

(2) A peine d'irrecevabilité, les conclusions tendant à la suspension d'une désision administrative ou de certains de ses effets doivent être présentées par requête distincte de la requête à fin d'annulation ou de réformation et accompagnées d'une copie de cette dernière. C.J.A., Art. R. 522-1/2.

(3) La requête visant au prononcé de mesures d'urgence doit contenir l'exposé au moins sommaire des faits et moyens et justifier de l'urgence de l'affaire. (C.J.A., Art. R. 522-1-1).

وجائز أن يقدم بعد فوات مواعيد الطعن بالإلغاء⁽¹⁾. المهم أن يكون طلب الإلغاء ذاته قد قدم في المواعيد القانونية كما بينا من قبل.

أما في مصر فالوضع مستقر منذ نشأة مجلس الدولة عام ١٩٤٦ وحتى الآن على ضرورة أن يقدم طلب وقف التنفيذ بذات صحيفة دعوى الإلغاء، وليس بصحيفة مستقلة؛ فقد نصت المادة ٤٩ من قانون مجلس الدولة لعام ١٩٧٢ على أنه يجوز للقاضي وقف التنفيذ إذا طلب ذلك في صحيفة الدعوى.. " وهو ما يعنى ضرورة أن يقترن الطلبان - المستعجل والإلغاء - في صحيفة واحدة، بل ويجب أن يقدم معا عند إقامة الدعوى لأول مرة أمام القضاء. فإذا قدم طلب وقف التنفيذ على استقلال أثناء نظر دعوى الإلغاء كان غير مقبول شكلاً، حتى وإن تم ذلك أثناء المواعيد المقررة قانوناً لطلب الإلغاء.

وقد أجملت المحكمة الإدارية العليا مبررات هذا الأمر في حكم هام صدر عام ١٩٨٤ إذ تقول: "جرى قضاء هذه المحكمة على أن تضمين عريضة دعوى الإلغاء ذاتها طلب وقف التنفيذ أمر مقصود لذاته كشرط جوهرى لقبول الطلب، وأن هذا الشرط الشكلى يستوى فى المرتبة مع الشرط الموضوعى، وهو أن يترتب على تنفيذ القرار نتائج يتعذر تداركها، وذلك من حيث وجوب توافرها معاً إذ وردت صياغة النص بهذا المعنى وبالنسبة للشرطين على حد سواء. كل ذلك للأهمية وللخطورة التى تتجم فى نظر

(4) C.E, 26-5-1971, Ministre de l'equipment et du logement c/Commune Gruffy, (A.J.D.A., 1971, N^{os} 7-8, II, J., P. P. 416 - 417).

وقد جاء فى هذا الحكم:

"Considérant... qu'aucune disposition législative ou réglementaire ne fixe de délai pour la présentation de conclusions à fin de sursis en cours d'instance; que, dès lors, la demande de sursis.. présentée... Au tribunal administratif... était recevable...".

المشروع عن وقف تنفيذ القرار الإداري، فأراد أن يحيطه بضمانة توافر الشرطين الشكلى والموضوعى المشار إليهما معاً. كما أن طلب وقف التنفيذ لا يعدو أن يكون طعناً فى القرار المطلوب إلغاؤه. ووجه الاستعجال المبرر لهذا الطلب كما حدده القانون هو أن يترتب على تنفيذ القرار الإدارى نتائج يتعذر تداركها، واحتمال هذا الخطر إن صح قيامه يتلزم زمنياً مع القرار ذاته من يوم صدوره تبعاً لقبالية هذا القرار للتنفيذ بالطريق المباشر بوصفه قراراً إدارياً، وهذا يوضح من ناحية أخرى حكمة وجوب اقتران طلب وقف التنفيذ بطلب الإلغاء فى صحيفة واحدة، كما يحقق فى الوقت ذاته اتحاد بدء ميعاد الطعن فى القرار إلغاءً ووقفاً، ويمنع الاختلاف والتفاوت فى حساب هذا الميعاد بدايةً ونهايةً^(١).

وأخيراً لنا أن نتساءل فى مصر: أنه فى حالة ما إذا تم تقديم طلب وقف التنفيذ على استقلال إلى قاضى الأمور المستعجلة (القضاء المدنى) ثم أحيل هذا الطلب بعد ذلك إلى محكمة القضاء الإدارى، هل يؤدى ذلك إلى قطع سريان المواعيد القانونية؟ ومن ثم يحق لصاحب الشأن أن يطلب إلغاء القرار المطعون فيه خلال سنتين يوماً من تاريخ علمه بتمام الإحالة؟ أم أن طلب وقف التنفيذ يعد غير مقبول فى هذه الحالة؟

لقد استقر قضاء المحكمة الإدارية العليا فى هذا الخصوص على التفرقة بين أمرين:

الأمر الأول: أن يكون الطاعن قد اقتصر فى طلبه أمام القضاء المدنى على وقف تنفيذ القرار الإدارى فقط، دون طلب الحكم بإلغائه، أو دون أن يكون منطويماً ضمناً على معنى إلغاء هذا القرار، فإذا أحييت الدعوى إلى القضاء الإدارى، كان من المحتم عدم قبولها إعمالاً للمادة ١/٤٩ من قانون

(١) الطعن رقم ٣٠٠٥ لسنة ٢٩ق، جلسة ١٤/٤/١٩٨٤، المجموعة، السنة ٢٩، ج ٢، ص ١٠٢٤ وما بعدها.

مجلس الدولة سالفة الذكر من أنه لا يقبل طلب وقف التنفيذ إلا إذا كان مقترنا بطلب الإلغاء فى صحيفة الدعوى.

ويستثنى من ذلك حالة ما إذا كانت الإحالة قد تمت خلال مدة الستين يوماً من تاريخ صدور القرار الطعين، ثم تقدم الطاعن أمام القضاء الإدارى بطلب الإلغاء قبل فوات هذه المدة، فإن طلبه يكون فى هذه الحالة مقبولاً. ذلك أن القضاء الإدارى ولئن كان مستقراً على أن رفع الدعوى بطلب إلغاء القرار الإدارى إلى محكمة غير مختصة يقطع سريان ميعاد رفع دعوى الإلغاء، إلا أن الأمر يدق إذا كان الالتجاء إلى المحكمة غير المختصة قد اقتصر على طلب الحكم بوقف تنفيذ القرار دون طلب الحكم بإلغائه، إذ لا أثر لرفع الدعوى فى هذه الحالة على قطع الميعاد، ذلك أن القضاء المدنى المستعجل المرفوعة إليه الدعوى غير مختص أصلاً بنظر الطلبات الموضوعية ومحظور عليه الفصل فيها، ومن جهة أخرى، فإنه طبقاً للمادة ٤٩ سالفة الذكر من قانون مجلس الدولة لا يقبل طلب وقف تنفيذ القرار الإدارى إلا مقترنا بطلب إلغائه فى صحيفة الدعوى^(١).

الأمر الثانى: أن طلب وقف التنفيذ أمام القضاء المدنى، وإن لم يكن مصحوباً بطلب إلغاء لعدم اختصاص هذا القضاء بذلك، إلا أنه ينطوى ضمناً على معنى طلب الإلغاء فى مفهوم قانون مجلس الدولة، وكانت الدعوى قد أقيمت خلال ستين يوماً من تاريخ صدور القرار أمام القضاء المدنى، فإنها تكون فى هذه الحالة مقبولة^(٢).

(١) حكم محكمة القضاء الإدارى، الدعوى رقم ٧٦٤ لسنة ٢٥ق، جلسة ١٩٧٣/١/٣، المجموعة، السنة ٣٧، ص ٧١ وما بعدها.

(٢) فقد جاء فى حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ١١١٣ لسنة ٣١ ق.ع، جلسة ١٩٨٧/١١/١٤، المجموعة، السنة ٣٣، ص ١٩٦ وما بعدها "ومن حيث أن عناصر هذه المنازعة تتحصل، حسبما يبين من الأوراق فى أنه بتاريخ ٣ أغسطس سنة ١٩٨٣ أقام السيد/..... الدعوى رقم ٧٩٢ لسنة ١٩٨٣ مدنى أمام محكمة الباجور الجزئية ضد كل من السادة/ ١-..... ٢-..... ٣-..... طالباً الحكم بصفة مستعجلة بوقف تنفيذ قرار مفتش رى المنوفية رقم ١٢ لسنة ١٩٨٣، وذلك حتى يفصل فى الدعوى

الفرع الثاني

الشروط الموضوعية للقضاء بوقف تنفيذ القرارات الإدارية

القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية

إذا تحقق القاضى من توافر الشروط الشكلية سالفة الذكر فى طلب وقف التنفيذ، انتقل إلى بحث مدى توافر الشروط الموضوعية، وتتجسد فى شرطين أحدهما بنص القانون وهو شرط الاستعجال والثانى من ابتداء القضاء وهو شرط المشروعية أو كما يقال له شرط الجدية. وهما شرطان مرتبطان، إذ لا يقضى بوقف التنفيذ إلا إذا كانا مجتمعين معاً، أو كما تقول المحكمة الإدارية العليا "أن مناط سلطة وقف تنفيذ القرار الإدارى توافر ركنين متلازمين لا ينفك أحدهما عن الآخر: أولهما: ركن الاستعجال بأن يكون من شأن تنفيذ القرار

الموضوعية. وحكمت محكمة الباجور الجزئية فى جلسة ٢١ من فبراير سنة ١٩٨٤ بعدم الاختصاص الولائى بنظر الدعوى وبإحالتها إلى محكمة القضاء الإدارى للاختصاص طبقاً لقانون مجلس الدولة، وحضر وكيل عن المدعى بجلسة ١٣ من سبتمبر سنة ١٩٨٤ وطلب أجلاً لتعديل طلباته طبقاً لقانون مجلس الدولة. وقدم المدعى فى ١٣ من أكتوبر سنة ١٩٨٤ صحيفة وجهها أيضاً إلى كل من السادة (١).....(٢).....(٣)..... وطلب الحكم أولاً بصفة مستعجلة بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه وثانياً بإلغائه وقرر أنه طبقاً لقانون مجلس الدولة يضيف طلب الإلغاء إلى طلب وقف التنفيذ. وقضت محكمة القضاء الإدارى بجلسة ٢٧ من ديسمبر سنة ١٩٨٤ فى الشق المستعجل من الدعوى بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه.

ومن حيث أن الطعن يقوم على أن الحكم المطعون فيه خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه وتأويله لما يأتى: (١) قضى الحكم بقبول الدعوى شكلاً، ورغم أن المدعى لم يطلب إلغاء القرار خلال الميعاد القانونى محسوباً من تاريخ صدور الحكم بعدم اختصاص المحكمة المدنية وإحالتها إلى محكمة القضاء الإدارى مما يجعل دعواه غير مقبولة شكلاً.

ومن حيث أن قضاء هذه المحكمة استقر على أن طلب وقف التنفيذ الذى يقدم ابتداءً إلى القضاء المدنى، وإن لم يصحبه صراحة طلب إلغاء القرار المطلوب وقف تنفيذه إلا أنه ينطوى ضمناً على معنى طلب إلغاء هذا القرار فى مفهوم قانون مجلس الدولة، إذ يحدد المدعى طلباته أمام القضاء المدنى وفقاً للمصطلح القائم فيه، فإذا أحيلت الدعوى إلى القضاء الإدارى كيفت طلباته على هدى القواعد المطبقة لديه، حيث لا يقدم طلب وقف التنفيذ استقلالاً وإنما يقدم تبعاً لطلب الإلغاء. وإذ صدر القرار رقم ١٢ لسنة ١٩٨٣، فرفع المدعى ابتداءً إلى القضاء المدنى فى ٣ أغسطس سنة ١٩٨٣ بطلب وقف تنفيذه بما ينطوى على طلب إلغائه فى مفهوم قانون مجلس الدولة، وبذلك تكون الدعوى أقيمت خلال الستين يوماً المقررة لرفع دعوى الإلغاء، وأن تم هذا أمام محكمة غير مختصة، ثم أحيلت الدعوى بحالتها إلى محكمة القضاء الإدارى المختصة. ومن ثم يصح اعتبار الدعوى أمامها متعلقة بطلب وقف تنفيذ ذلك القرار عاجلاً وطلب إلغاءه أجلاً، وهو ما كشف عنه رافعها فى الصحيفة التى أودعها أمام محكمة القضاء الإدارى فى ١٣ من أكتوبر سنة ١٩٨٤ بطلب الحكم بالإلغاء وبوقف التنفيذ، وبالتالي تكون هذه الدعوى مقبولة لرفعها خلال الميعاد القانونى.

الإدارى تحقق نتائج يتعذر تداركها. والثانى: ركن الجدية وهو يتصل بمبدأ المشروعية ومؤداه أن يقوم إدعاء الطالب، بحسب الظاهر من الأوراق ومن الواقع ودون مساس بأصل الموضوع، على أسباب قانونية جدية تحمل ترجح إلغاء القرار الإدارى لعدم مشروعيته^(١).

وذاث الشيء فى تقنين القضاء الإدارى الجديد فى فرنسا حيث تنص المادة 1-521.L على ضرورة توافر شرطى الاستعجال والجدية مجتمعين، إذ تقول:

"Quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen proper à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision".

وهو ما يعنى - كما يقول القضاء الإدارى المصرى - أنه لا يغنى للحكم بوقف التنفيذ توافر أحد الركنين دون توافر الآخر بل يتعين لذلك توافر الركنين معاً... فإن تخلف أحدهما أو كليهما تعين على المحكمة رفض الطلب والانصراف إلى الفصل فى الدعوى الأصلية بإلغاء القرار^(٢).

وعلى ذلك نبتاول فيما يلى هذين الشرطين كل على حدة فى غصنين

متتاليين:

(١) الطعن رقم ٣٧٤٦ لسنة ٣١ق، جلسة ١٩٩٣/١/٥، الموسوعة الإدارية الحديثة، ١٩٩٧/١٩٩٣، ج٤٩، ص ٦٥٢.

(٢) الدعوى رقم ١٢٨٨ لسنة ٢١ق، جلسة ١٩٦٨/٢/٦، المجموعة، السنة ٢٢، ص ٣٥٠؛ المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٤٠١ لسنة ٣٥ ق.ع، جلسة ١٩٩٤/١١/٦، الموسوعة الإدارية، ج٤٦، ص ٩٠٨.

الفصل الأول

شرط الاستعجال

وقد أشارت إليه المادة 1-521.L سالفه الذكر من التقنين الفرنسي للقضاء الإداري لعام ٢٠٠١ بمصطلح l'urgence، قائلة - كما ذكرنا - أن لقاضي الأمور الإدارية المستعجلة إيقاف تنفيذ القرار الإداري المطعون فيه أو بعض من آثاره في حالة الاستعجال.

...Le juge des référés... peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision ou de certains de ses effets lorsque l'urgence le justifie...

كما أشارت إليه المادة ٤٩ من قانون مجلس الدولة المصري لعام ١٩٧٢ بأنه النتائج التي قد يتعذر تداركها فيما لو تم تنفيذ القرار؛ وتعذر تدارك النتائج هو بلاشك من أبرز صور الاستعجال، أو كما تقول المحكمة الإدارية العليا أن مؤدى ركن الاستعجال أن يكون من شأن تنفيذ القرار المطعون فيه أن تترتب عليه نتائج يتعذر تداركها^(١).

وشرط الاستعجال المتطلب لوقف تنفيذ القرار الإداري - على هذا النحو - إنما هو شرط منطقي بل وبديهي، ذلك أن الأصل في القرار الإداري هو نفاذه وسريان حكمه إلى أن تبطله الإدارة نفسها استناداً إلى سبب من أسباب البطلان، أو تسحبه في الحدود التي يجوز السحب فيها أو يقضى بإلغائه، ومن ثم فلا يجوز النظر في وقف تنفيذه إلا حيث تدعو ضرورة لتفادي نتائج يتعذر تداركها لو لم يقض بوقف هذا التنفيذ.

ورغم أهمية هذا الشرط، إلا أن تعريفاً جامعاً مانعاً للاستعجال لم يوجد. بمعنى أنه لا يوجد للاستعجال تعريف عام مجرد ينطبق على كل حالاته، فقد ترك هذا الأمر للقضاء ليقرر ما إذا كان الطلب المقدم إلى المحكمة ينطوي على حالة استعجال قد يتعذر تدارك نتائجها لو تم تنفيذ

(١) الطعن رقم ٣٠٨٧ لسنة ٢٩ ق.ع، جلسة ١٩٨٥/٣/٢، المجموعة، السنة ٣٠، ج٢، ص ٦٩٠.

القرار المطعون فيه بالإلغاء أم لا تتوافر صفة الاستعجال في هذه الحالة. وكان معياره في هذا الخصوص مدى الضرر أو مدى الخطر الذى قد يلحق بطالب الوقف إذا ظل القرار قائماً دون وقف، وبما يعنى أن الضرر أو الخطر وهما تعبيران مترادفان يدلان - والحال هكذا - على قيام شرط الاستعجال؛ أو كما تقول المحكمة الإدارية العليا "أن الاستعجال لا يقوم إلا إذا خشى من وقوع أخطار محددة أو ترتب أضرار حالة نتيجة تنفيذ القرار المطعون فيه"^(١).

وإذا كان معيار الاستعجال هو الضرر أو الخطر على النحو السابق فما هو إذن معيار الضرر أو الخطر ذاته الذى يتحقق به الاستعجال؟ هل يكفى أى ضرر أو أى خطر يلحق صاحب الشأن حتى يحكم له القاضى بوقف التنفيذ؟ أم يجب أن يكون هذا أو ذاك على درجة معينة من الجسامه؟ لقد تعددت فى واقع الأمر المصطلحات أو التعبيرات التى قال بها القضاء فى مصر لوصف الضرر أو الخطر فى هذه الحالة، إذ تارة يصفه بالضرر الجسيم الذى يتعذر تداركه، أو بالضرر غير محدود المدى، أو بأنه ضرر محقق حدوثه، أو خطر محقق أو خطر عاجل... الخ، وتارة أخرى يعطى أمثلة وحالات لنوع الضرر ومدى خطورته كمسوغ لوقف التنفيذ، إذ يقول: "أن من شأن تنفيذ القرار حرمان الطالب من فرصة أداء الامتحان لو كان له حق فيه، مما يتعذر معه تدارك النتيجة التى تترتب على ذلك. وكما لو صدر قرار بهدم منزل أثرى أو بمنع مريض من السفر إلى الخارج للعلاج، وكذلك حالة سحب أو إلغاء الترخيص بحمل السلاح إذا كان من شأن ذلك أن يعرض حياة المرخص له طالب وقت التنفيذ لخطر عدم إمكان الدفاع الشرعى عن نفسه... فى مثل هذه الحالات يكون ركن الاستعجال قائماً، فإذا نفذ القرار المطعون فيه استنفذ أغراضه.

(١) الطعن رقم ٢٦٦٧ لسنة ٣٠ق، جلسة ١٩٨٥/٤/٦، المجموعة، السنة ٣٠، ج ٢، ص ١١٩.

وهو ذات الشيء في فرنسا فقد بينت المادة ٤/٥٤ من مرسوم
١٩٦٣/٧/٣٠ بشأن مجلس الدولة، والمادة ٣/١٢٥ لائحة من تقنين المحاكم
الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية مستوى الضرر Le préjudice المسوغ
لوقف التنفيذ بأنه يتحقق كلما كانت هناك صعوبة في إصلاح نتائج التنفيذ
conséquences difficilement réparables، بل لقد وصف القضاء
الفرنسي الضرر المسوغ لوقف التنفيذ بأنه الضرر الذي سيحدث خللاً
مستمرًا.... أو يؤدي إلى صعوبة إصلاح نتائج التنفيذ difficilement
réparable أو بكونه الضرر البالغ الخطورة... أو الذي تترتب عليه نتائج
خطيرة... بل لقد ظل يردد هذه المصطلحات أو التعبيرات حتى بعد صدور
تقنين القضاء الإداري الجديد لعام ٢٠٠١، والتي أصبحت بموجبه - كما
ذكرنا - إجراءات وقف التنفيذ من اختصاص قضاء الأمور الإدارية
المستعجلة، بل ورغم أن هذا التقنين استبدل لفظ الضرر بلفظ المستعجل. فقد
قضى مجلس الدولة في حكم له بتاريخ ٢٠٠١/١/١٩ أن شرط الاستعجال
كأحد الشروط المطلوبة لوقف تنفيذ القرار المطعون فيه، يتحقق، إذا ترتب
على تنفيذ هذا القرار - حال القضاء بإلغائه - إلحاق ضرر حال وعلى
درجة كافية من الخطورة بمصلحة الطاعن.

وكما هو واضح فإن مثل هذه المصطلحات أو التعبيرات في أحكام
القضاء سواء في فرنسا أم في مصر يتطلب في جميع الأحوال، في مستوى
الضرر أو الخطر المسوغ لوقف التنفيذ درجة كبيرة من الأهمية، لكنها لا
تصل في النهاية بنسبية دلالاتها بالأمر إلى درجة استحالة تدارك النتائج في
استظهار الاستعجال المسوغ لوقف تنفيذ القرار الإداري^(١).

حاصل القول إذن أن المستوى الذي يجب أن يكون عليه الضرر أو
الخطر، وصوره، وأوضاعه، كمسوغ لوقف التنفيذ، يصعب بل يستحيل

(١) الدكتور/ محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص ٤٢٧.

تحديده مسبقا وبطريقة مجردة، أو يصعب، وضع تعريف جامع مانع له كما ذكرنا، فهو أمر متروك للقاضي الإداري، يقدره وفقا لظروف وملابسات كل حالة على حدة، وأنه بمدى القناعة التي تتولد لديه من هذه الظروف والملابسات يكون مدى درجة الضرر أو الخطر الناتج عن تنفيذ القرار المطعون فيه وما إذا كانت تصلح مسوغا للوقف من عدمه، الأمر الذي يوسع من نطاق السلطة التقديرية للقاضي في هذا المجال؛ بل وهو ما يؤدي إلى اختلاف وجهات النظر في خصوصه من قاض إلى آخر حسب الزاوية التي ينظر منها هذا أو ذلك للموضوع أو حسب تقديره لمدى الخطر أو الضرر الناتج عن التنفيذ؛ كما أن الأضرار التي يمكن أن تعتبر في ظروف زمانية ومكانية واجتماعية معينة على درجة من الأهمية بحيث يتوافر فيها شرط الاستعجال المسوغ لوقف التنفيذ، قد لا تعتبر كذلك في ظروف مغايرة والعكس بالعكس.

ومع ذلك فإنني أرى أنه مهما اتسع نطاق هذه السلطة، فإن القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية هي من القرارات التي تقبل بطبيعتها وبحكم ما قد يترتب على تنفيذها من أضرار يتعذر تداركها إذا ما تم إبرام العقد الإداري، الوقف، فهي تنطوي في ذاتها على ضرورة سرعة التصرف "nécessité d'agir vite" خاصة أنه لا اثر لإلغاء هذه القرارات فيما بعد - كما سنرى - على استمرار وتنفيذ هذا العقد.

هذه القرارات تقبل بطبيعتها أن تكون محلاً لوقف التنفيذ ولكن يشترط لذلك أن يكون الضرر أو الخطر واقعا على طالب وقف التنفيذ ذاته لا على غيره من الأشخاص إن لم يكن تحت ولايته، كما يشترط ضرورة استمرار ركن الاستعجال حتى تاريخ الفصل في النزاع، ذلك أن القصد من الحكم بوقف التنفيذ هو تغادي النتائج التي يتعذر تداركها لو تم التنفيذ، فإذا

زالت تلك النتائج زالت حالة الاستعجال. ولذا إذا تم تنفيذ القرار واستحال إعادة الحال إلى ما كان عليه ورد ما كان إلى ما كان عليه من نفس النوع والجنس، فإن ركن الاستعجال في هذه الحالة ينتفى في شأن طلب وقف تنفيذ القرار المطعون فيه؛ فقد قضت محكمة القضاء الإداري "... ومن حيث أن المستفاد من مطالعة الأوراق أن إزالة الكشك الذي كان يبائس فيه المدعى نشاط تحضير وبيع المشروبات الساخنة والمياه الغازية والذي كان مرخصاً له في إقامته بالطريق العام قد تم تنفيذه فعلاً بإزالة ذلك الكشك بتاريخ ١٩٨٨/٩/٢٧ ومن ثم تنتفى في طلب وقف التنفيذ مبرراته وهي توفر الأضرار الناجمة عنه إذ بتنفيذ القرار المطعون فيه يفقد الطلب المستعجل المبرر له مما يوجب القضاء برفض طلب وقف التنفيذ مع إلزام المدعى مصروفاته وذلك دون حاجة إلى استظهار ركن الجدية، إذ لا يقضى بوقف التنفيذ إلا بتوافر الطلب على ركنيه معا..." (١).

وكذلك الأمر إذا كان القرار المطعون فيه موقوتاً بفترة زمنية معينة وانقضت هذه الفترة أثناء نظر الطلب، فإن ركن الاستعجال في هذه الحالة ينتفى، وأيضاً إذا ما صدر قانون أثناء نظر طلب وقف التنفيذ، يتحقق به ما يهدف إليه هذا الطلب، فيكون طلب وقف التنفيذ قد أضحى مفرغاً من مضمونه مفتقداً لأساس شرعية تقريره وهي مواجهة نتائج تنفيذ القرار التي يتعذر تداركها إذا ما قضى بإلغاء القرار (٢).

ومع ذلك يلاحظ أن البدء في تنفيذ القرار المطعون فيه، دون أن يستنفد هذا التنفيذ كاملاً لا ينتفى به الاستعجال المسوغ للوقف، بل إن الاستمرار في تنفيذ القرار قد يشكل هو بذاته ركن الاستعجال المطلوب لوقف التنفيذ. وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا: أن ركن الاستعجال قد تحقق

(١) الدعوى رقم ٢٨٠ لسنة ٤٦ ق، جلسة ١٩٩٣/١/٧.
(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٢٩٢٣ لسنة ٢٩ ق، ع، جلسة ١٩٨٦/١/٢٥، المجموعة، السنة ٣٢، ص ٦٥.

بالنظر إلى خطورة النتائج المترتبة على الاستمرار في تنفيذ القرار المطعون فيه، فيما لو فرض وقضى بإلغائه^(١)، بل وإذا ما أمكن إعادة الأمر إلى ما سبق، ورد ما كان إلى ما كان من نفس النوع والجنس، فإن ركن الاستعجال لا ينتفى في هذه الحالة، كما إذا صدر قرار بغلق محل تجارى ونفذ القرار بإغلاق المحل فعلا، فإنه يمكن إذا ما قضى بوقف تنفيذ القرار إعادة الأمر إلى ما سبق وفتح المحل، كذلك الأمر في التنفيذ الجزئى للقرار كحالة صدور قرار بإزالة عقار من تسع أدوار ونفذ القرار جزئيا بإزالة دور أو دورين فقط، فإن فى القضاء بوقف تنفيذ القرار منع إزالة بقية الأدوار^(٢).

الفصل الثانى

شروط الجديفة

يقصد بالجديفة هنا مشروعية الأسباب التى تبرر إلغاء القرار المطعون فيه آجلا، ومن ثم وقف تنفيذه عاجلاً. ورغم أن هذه الأسباب تتعلق بموضوع الدعوى بسلطة الإلغاء، لا بالأمر المستعجل المرتبط بسلطة وقف التنفيذ، إلا أنه نظراً لتفرع واشتقاق هذا الأخير من سلطة الإلغاء، فإنه يجب أن يقع كل منهما فى نطاق رقابة المشروعية وسيادة القانون.

وإيضاحاً لذلك نقول المحكمة الإدارية العليا: "إن رقابة القضاء الإدارى للقرارات الإدارية سواء فى مجال وقف تنفيذها أو فى مجال إلغائها هى رقابة قانونية تسلطها المحكمة فى الحالىين على هذه القرارات لتتعرف على مدى مشروعيتها من حيث مطابقتها للقانون نصاً وروحاً. فينبغى ألا تلغى قراراً إدارياً إلا إذا شابته عيب من هذا القبيل وألا تقف قراراً إلا إذا

(١) الطعن رقم ٣٤٠١ لسنة ٣١ ق.ع، جلسة ١٠/٣١/١٩٨٧، المجموعة، السنة ٣٣، ج١، ص ١١٢.

(٢) المستشار الدكتور/ محمد أحمد عطية، الطلبات المستعجلة أمام محاكم مجلس الدولة فى ضوء أحكام المحكمة الإدارية العليا والقضاء الإدارى، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٤، ص ٩٤.

كان متمسماً بمثل هذا العيب"^(١).

فالقضاء بوقف تنفيذ قرار إدارى يتطلب إذن ضرورة توافر ليس فقط ركن الاستعجال، وإنما أيضا ركن الجدية، بأن تكون هناك أسباب تبرر - بحسب الظاهر - مشروعية إلغاء القرار المطعون فيه، وهكذا جرت أحكام القضاء الإدارى فى مصر منذ نشأته حتى اليوم رغم عدم النص على هذا الشرط فى القوانين المتعاقبة لمجلس الدولة.

وكذلك جرت أيضا أحكام القضاء الإدارى الفرنسى قبل أن يتم النص على شرط الأسباب الجدية Moyens Sérieux فى مرسوم ٣٠ يوليو ١٩٦٣، حيث تطلبت الفقرة الرابعة من هذا القانون لوقف تنفيذ القرار الإدارى ضرورة توافر شرط الجدية قائلا:

exige que "les moyens énoncés dans la requête paraissent, en l'état de l'instruction, sérieux et de nature à justifier l'annulation de la décision attaquée".

وإن كان القانون رقم ٥٩٧ لعام ٢٠٠٠ سالف الذكر قد استبدل فى المادة الخامسة منه والمضافة للمادة (L.521-1) من تقنين القضاء الإدارى رقم ٣٨٧ لسنة ٢٠٠٠ سالف الذكر هذا المصطلح بعبارة أن تكون هناك أسباب قادرة على خلق حالة من الشك الجدى لدى القاضى عند بحثه لمشروعية القرار.

"qu'il est fait état d'un moyen proper à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la decision.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن الأسباب التى تبرر إلغاء القرار الإدارى المطعون فيه هى ذات الأسباب محل النظر فى طلب وقف التنفيذ، ولذا فإنه وبالقدر الذى تكون فيه هذه الأسباب مبررة لطلب الإلغاء، فإنها تكون، أو

(١) الطعن رقم ١٣٢٢ لسنة ٨ ق.ع، جلسة ١٥/١٢/١٩٦٢، المجموعة، السنة ٨، ص ٢٩٤.

يجب أن تكون أيضا مبررة طلب وقف التنفيذ المتفرع عنه، بحيث لا يقضى بهذا الطلب الأخير إلا إذا ثبت أن الأسباب التي قام عليها الطعن في القرار، أسبابا يرجح معها - بحسب ظاهر الأوراق ودون تعمق في بحث الموضوع - إلغاء القرار المطعون فيه عند الفصل في طلب الإلغاء^(١)؛ أو كما ورد بنص المادة (L.521-1) من تقنين القضاء الإداري الفرنسي الجديد سالفه الذكر، أن هذه الأسباب تثير شكاً جدياً *un doute sérieux* حول بطلان القرار، أما إن كانت أسبابا تسويقية ليس مقصود منها سوى المماثلة وإطالة الإجراءات، تتفى عنها صفة الجدية وتصبح غير صالحة ليس فقط لوقف التنفيذ وإنما أيضا لإلغاء القرار.

مع ملاحظة أن الأسباب الجدية وإن كان من الواجب ألا تكون تسويقية - كما ذكرنا - إلا أنها لا يجب أن تكون في المقابل حاسمة في الإلغاء، وإنما فقط احتمالية أو ترجيحية لهذا الإلغاء، أو كما استقر في أحكام القضاء الإداري الفرنسي أنها من طبيعة تبرر إلغاء القرار المطعون فيه *de nature à justifier l'annulation de la décision attaquée* وكذلك في أحكام مجلس الدولة المصري من أن "مقتضى الجدية أن يتضح للمحكمة - بحسب الظاهر من الأوراق - أن الطاعن يستند إلى أسباب يرجح معها الحكم بإلغاء القرار عند الفصل في الموضوع"^(٢).

ومادام الاحتمال أو الترجيح كافيا على هذا النحو في استظهار مشروعية طلب وقف التنفيذ، فلن يكون مطلوبا - والحال هكذا - البحث في أعماق المستندات أو التغلغل في فحص أوراق الدعوى لاستظهار جدية

(١) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٩١٤ لسنة ٢٧ ق.ع، جلسة ١٩٨٣/٢/١، المجموعة، السنة ٢٨، ص ٤٦٤.

(٢) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ١٥٥٠ لسنة ٣٣ ق.ع، جلسة ١٩٩٠/١١/٢٤، الموسوعة الإدارية الحديثة، ١٩٩٣/١٩٨٥، ج ٣٣، ص ٩٣٤.

الأسباب أو عدم جديتها، وإنما البحث فقط في ظاهرها أو البادى منها، أى أن على المحكمة وهى تبحث لوقف التنفيذ أن تأخذ بالظاهر وتمس الأمور مساً رقيقاً أو تتحسس الموضوع دون خوض فيه. أو سبر لغوره أو مساس بأصله^(١)، أو كما تقول المحكمة الإدارية العليا: "إن قاضى المشروعية وهو بصدد تقدير ركن الجدية فى طلب وقف التنفيذ يجب أن يلتزم بحدود الاختصاص المقرر له كقاضى للأمور المستعجلة فى المجال الإدارى، بحيث يقف اختصاصه فى هذا الشأن عند استظهار وتقدير جدية المطاعن المنسوبة إلى القرار الإدارى بالنظر إلى ظاهرها، استخلاقاً من ظاهر الأوراق، دون غوص فى موضوع المنازعة والتعمق فى تمحيصها ووزن الدلائل الموضوعية وزناً دقيقاً متعمقاً، إذ أن ذلك كله يكون من اختصاص قاضى الموضوع، وذلك حتى لا يكون تصدى قاضى المشروعية للفصل فى طلب وقف التنفيذ فصلاً فى أصل طلب الإلغاء"^(٢).

ومع ذلك يلاحظ - وللأسف الشديد - أن القضاء الإدارى وإن كان يردد فى أحكامه المتعلقة بوقف التنفيذ بعض العبارات التى توحى انتهاجه أسلوب الاحتمال أو الترحيح مثل "وترى المحكمة دون أن يكون فى ذلك أى مساس بما لمحكمة الموضوع من كامل حقها فى أن تثبت فى هذه المسألة "أو" دون المساس بطلب الإلغاء ذاته "أو" دون خوض فى الموضوع أو مساس بأصل... "أو" دون التغلغل فى بحث أسانيد أصحاب الشأن"... الخ.

إذا كان القضاء يردد هذه العبارات، إلا أن الواقع العملى يؤكد أن أحكام وقف التنفيذ إن لم يكن فى مجملها، ففى أغلبها، تنطوى على بحث متعمق فى الأسانيد والأسباب والمستندات المتعلقة بالإلغاء وبدرجة تكاد أن

(١) محكمة القضاء الإدارى، الدعوى رقم ٣٩٩ لسنة ٧ق، جلسة ١٩٥٧/١/٢٩، المجموعة، السنة ١١، ص ١٨٠.

(٢) الطعن رقم ٧٤٣ لسنة ٣٥ ق، ع، جلسة ١٩٩٠/١١/٢٤، الموسوعة الإدارية الحديثة، ١٩٩٣/١٩٨٥، ج ٣٣، ص ٩٥١.

تقترب من الفصل في أصل الموضوع، أو كما يقول أحد الفقهاء "تكاد نحس من سياق أسباب جل الأحكام أن الأمر بوقف التنفيذ يكاد يستغرق تحليل الكيان الذاتى للقرار ويتقصى أركان صحته ودواعى بطلانه ويكاد ينبئ هذا التحليل الموضوعى - وبخاصة إذا تناول ناحية قانونية بحثة - عن عقيدة المحكمة فى خصوص صحة القرار المراد وقفه أو بطلانه لعيب من عيوب القرار الإدارى"^(١).

وواقع أن الأمر ليس بالفعل سهلاً - كما ذهب جانب من الفقه - بالنسبة لقاضى الوقف الذى يجب عليه أن يوازن بحسب معطيات الحال وظروفه، من ناحية بين مطلب سرعة الفحص والبحث تجاوباً مع حالة الاستعجال الماثلة أمامه داعية للوقف، ومطلب عدم تعطيل أعمال الإدارة إلا لما كان احتمال عدم مشروعيته على درجة من الجدية تفرض أخذه فى الاعتبار وبمراعاة أن لحسم الأمر مائزلاً هناك بقية من طريق سوف يتقدم عليها الفحص والبحث، ومن ناحية أخرى، وعندما يكون نظره طعنأً، بين إرضاء واجب التسييب وفى نفس الوقت واجب عدم مصادرة سلطات قاضى الموضوع الأدنى^(٢).

هذا ولما كان توافر ركنى وقف التنفيذ هو الشرط الأساسى للقضاء به، فإنه يتعين على المحكمة أن تستظهر فى حكمها كل من الركنين، وإلا كان حكماً معيباً، أو كما تقول المحكمة الإدارية العليا "إذا كان الثابت أن الحكم المطعون فيه قد قضى بوقف تنفيذ قرار إدارى دون أن يستظهر أياً من الركنين اللذين يقوم عليهما طلب وقف التنفيذ واقتصر فى تسييبه أنه يبين من ظاهر الأوراق أن طلب وقف التنفيذ يستند إلى ما يبرره، فإن هذا ينطوى على قصور مغل ينحدر إلى درجة عدم التسييب، وخلو الحكم من الأسباب

(١) الدكتور/ محمود سعد الدين الشريف، وقف تنفيذ القرار الإدارى، مجلة مجلس الدولة، السنة الخامسة، يناير ١٩٥٤، ص ٨٢.

(٢) الدكتور/ محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص ٧٥٣، ص ٧٥٤.

وقصورها أو تناقضها وتهاتها مما يعيبه ويبطله^(١).

حاصل القول إذن أن شرطي الاستعجال وجدية أسباب الإلغاء، شرطان لازمان - كما ذكرنا - للحكم بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه، فلا يغني أحدهما عن الآخر، بمعنى أنه إذا انتفى أحدهما انتفى مناط الوقف بغير حاجة للبحث في الشرط الآخر، مع ملاحظة أن التحقق من توافر أى منهما أمر خاضع لسلطة القاضى التقديرية، وإن كان يتحتم عليه - كما أشرنا - أن يشير فى حكمه بوقف التنفيذ إلى كل من هذين الشرطين.

المبحث الثالث

طبيعة وأثار الحكم بوقف تنفيذ القرارات الإدارية

القابلة للانفصال فى مجال العقود الإدارية

الحكم بوقف تنفيذ القرار الإدارى، حكم قضائى بمعنى الكلمة، إذ يصدر عن محكمة مختصة قانوناً فى خصومة رفعت وفق قواعد وإجراءات قانونية محددة، بقصد الفصل فى هذه الخصومة أو فى شق منها أو فى مسألة متفرقة عنها؛ كل ما فى الأمر أنه ذو طابع استعجالى بما يترتب على هذا الطابع من نتائج أخصها سرعة الإجراءات وبساطتها؛ ويبدو ذلك من إعفاء لطلب الوقف من إجراء تحضير الدعوى بواسطة هيئة مفوضى الدولة وتقصيراً للمواعيد وإسراعاً بالفصل فى طلب الوقف وتنفيذاً للحكم بمسودته^(٢)، وكذلك عدم المساس بأصل الحق كما بينا من قبل؛ وأنه حكم

(١) أشار إليه الدكتور/ سليمان الطماوى، قضاء الإلغاء، مرجع سبق ذكره، ص ١٠٤٩.
(٢) وفى ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا "ومن حيث أنه لا سبيل إلى الخلط بين الحكم الصادر فى دعوى الإلغاء والذى لا غنى فيه عن وجوب تحضيرها وتثبيتها للمرافعة وتقديم تقدير فيها من قبل هيئة مفوضى الدولة، وبين الأمر الصادر من المحكمة بوقف تنفيذ القرار المطلوب إلغاؤه أو رفض هذا الطلب، ذلك أن الحكم الصادر بوقف تنفيذ القرار أو رفض طلب وقف التنفيذ مؤقت بطبيعته يغدو غير ذى موضوع بصور الحكم فى الدعوى الأصلية، وأن إجراءات تحضير الدعوى من قبل هيئة مفوضى الدولة والمنصوص عليها قانوناً إنما تنصرف إلى تحضير تلك الدعوى لا إلى طلب وقف التنفيذ الذى قد يلازمها، والذى لا يتمخض أبداً دعوى مستقلة منفصلة قائمة بذاتها، وفى استلزام تلك الإجراءات بالنسبة إلى هذا الطلب وإرجاء الفصل فيه إلى أن يكتمل تحضير الدعوى أضرار بطبيعته وتقويت لغاياته وموجبه وإهدار لظروف الاستعجال وهى قوامه ومبرره.

مؤقت لحين الفصل فى الطلب الأسمى؛ أما فيما عدا ذلك، فهو لا يختلف فى قليل أو كثير عن بقية الأحكام القضائية الأخرى، فهو شأن هذه الأحكام، حكم قطعى فيما فصل فيه، يتمتع بحجية الأمر المقضى به، واجب النفاذ، ويقبل الطعن فيه بكل طرق الطعن المقررة قانوناً، بل ويتقيد القاضى فيه بذات القيود التى يتقيد بها عند نظر طلب الإلغاء، فهو فى الحالتين قاضى مشروعية، ومن ثم لا يمكنه بحسب أحكام الدستور أو القانون أن تمتد ولايته أبعد مدى من القضاء بوقف التنفيذ أو الإلغاء؛ وإن كان يتعين عليه قبل الفصل فى طلب وقف التنفيذ، أن يفصل صراحة وعلى وجه قاطع فى بعض المسائل الفرعية مثل الدفع بعدم الاختصاص - الدفع بعدم القبول لفوات المواعيد أو لأن القرار المطعون فيه ليس نهائياً، وذلك حتى لا يحمل قضاؤه فى موضوع الطعن المستعجل قبل البت فى هذه المسائل على أنه قضاء ضمنى برفضها.

وعلى أية حال نتناول فيما يلى أهم الخصائص المميزة لحكم وقف التنفيذ وهى:

المطلب الأول

الحكم بوقف التنفيذ حكماً وقتياً

وطابع التأقيت هذا إنما تمليه من ناحية سمة الاستعجال أو الضرورة التى يجب أن تقدر - والحال هكذا - بقدرها؛ ومن ناحية أخرى أنه لا يمس أصل الحق الذى يترك أمر الفصل فيه لقاضيه الطبيعى، وهو قاضى الإلغاء. ومعنى ذلك أن الحكم الصادر فى طلب وقف التنفيذ لا يقيد المحكمة عند نظر هذا الطلب موضوعاً، فقد يتفق مع مضمونه وقد يختلف مع هذا المضمون. وفى ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا: أن لمن أصابه ضرر من القرار حق الالتجاء إلى القضاء بطلب وقف تنفيذ هذا القرار مؤقتاً حتى يصدر حكم

الطن رقم ٤٤٤ سنة ٢٥ ق.ع، جلسة ١٩٨١/١/٢٤، مجموعة السنة ٢٦، ص ٣٧٩.

بالغاءه فى الموضوع أو برفض الإلغاء^(١). وإذا كانت المحكمة وهى فى سبيل الفصل فى هذا الطلب تتناول الموضوع، فإن نظرتها له يجب أن تكون نظرة أولية لا تتعرض فيه إلا بالقدر الذى يسمح لها بتكوين رأى فى خصوص وقف التنفيذ دون أن تستيق قضاء الموضوع وتنتهى إلى تكوين عقيدة فيه^(٢). ولأن الحكم بوقف التنفيذ حكما وقتيا، فإن وجوده ينقضى ويزول أثره بصدور الحكم فى الشق الموضوعى للدعوى، بما مؤداه أن خاصية التأقيت تظل قائمة ومنتجة لأثارها طالما أنه لم يصدر مثل هذا الحكم، فإن صدر يزول الحكم الوقتى من الوجود، ومن ثم يستنفذ غرضه وينتهى أثره، ولكن فقط من تاريخ صدور الحكم الفاصل فى الموضوع؛ إذ من هذا التاريخ تترتب آثار الحكم الأخير حتى لو طعن فيه أمام المحكمة الإدارية العليا، إلا إذا أمرت دائرة فحص الطعون بغير ذلك^(٣).

هذا ويلاحظ أن الحكم الصادر بوقف التنفيذ وإن كان حكما وقتيا - كما ذكرنا - إلا أنه يحوز حجية الأمر المقضى، وهى حجية مطلقة تتعدى أطراف الخصومة. إلى الغير شأنه فى ذلك شأن حكم الإلغاء، أما إذا كان برفض الطلب، فإن حجيته تكون نسبية تماما كحجية حكم الإلغاء فى حالة رفض الدعوى، إذ تصبح هذه الحجية قاصرة على طرفى النزاع^(٤).

(١) الطعن رقم ١٣٢٢ لسنة ٨ ق.ع، جلسة ١٥/٢/١٩٦٢، المجموعة، السنة الثامنة، ص ٢٩٥.

(٢) حكم محكمة القضاء الإدارى، الدعوى رقم ٨ لسنة ٧ ق، جلسة ٦/٤/١٩٥٤، مجموعة السنة الثامنة، ص ١١٧٧.

(٣) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٥ لسنة ٢١ ق.ع، جلسة ٩/٦/١٩٧٩.

(٤) فقد قضت محكمة القضاء الإدارى " ... ومن حيث أن الأحكام التى حازت قوة الأمر المقضى تكون حجة فيما فصلت فيه من الحقوق أو المراكز القانونية فيعتبر الحكم عنوان الحقيقة فيما قضى به، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجة متى اتحد الخصوم والموضوع والسبب، والذى يحوز الحجية من الحكم هو منطوقه وكذا الأسباب الجوهرية المكملة له والحكم فى طلب وقف تنفيذ القرار الإدارى المطلوب إلغاؤه ولنن كان مؤقتا بطبيعته إلا أن هذا التأقيت إنما يعنى أن الحكم الذى يصدر فى موضوع طلب وقف التنفيذ سواء بوقف التنفيذ أو عدمه لا يمس أصل طلب الإلغاء ولا يقيد المحكمة عند نظر أصل هذا الطلب، ومع ذلك يظل الحكم الصادر فى طلب وقف التنفيذ حكما قطعيا له مقومات الأحكام وخصائصها وينبنى على ذلك أنه يحوز حجية الأحكام فى خصوص موضوع الطلب ولو أنه مؤقت بطبيعته طالما لم تتغير الظروف.

وسواء أكانت حجبية وقف التنفيذ مطلقة أم نسبية، فإنها لا تتعدى نطاق موضوعه، أى موضوع طلب الوقف ذاته، والذي يجسد - والحال هكذا - الوجه المستعجل للمنازعة؛ وهو ما يجعله فى نهاية المطاف حكماً محدود الأثر موقوف الحجبية^(١).

يترتب على ذلك أن المحكمة التى صدر عنها حكم وقف التنفيذ، تتقيد بمضمونه أياً كان هذا المضمون، بحيث لا يجوز لها العدول عنه، كما لا يجوز لأصحاب الشأن إثارة النزاع أمامها من جديد، طالما أن الظروف الملائسة لم تتغير^(٢)، فحكم الوقف إذن وبطبيعته الوقتية هذه لا يمكن أن تتجاوز قوته - من ناحية موضوعه - نطاق مرحلته إلى مرحلة أخرى، لا شأن له بها وهى مرحلة الفصل النهائى فى أصل النزاع التى تبقى بموضوعها ودفعها وأدلتها حقاً لمحكمة الموضوع^(٣).

وإذا كانت هذه هى المبادئ التى استقر عليها القضاء الإدارى المصرى، فإنها لا تختلف فى الواقع كثيراً عما ينتهجه القضاء الإدارى الفرنسى، وإن كان ما ينتهجه هذا القضاء الأخير يعد - فى كثير من الأحيان - تطبيقاً لنصوص قانونية. فقد تضمن النظام القانونى لوقف التنفيذ، سواء فى مرسوم ١٩٥٣ أم فى تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية، أم أخيراً فى تقنين القضاء الإدارى الجديد لعام ٢٠٠١، توجيهها عاماً بوجوب إتمام الإجراءات الخاصة بطلب الوقف بأقصى سرعة وبأقصر مدد l'instruction de la demande de sursis est poursuivie (المادة ١٠١١-١ d'extrême urgence... dans les meilleurs d'elais

الدعوى رقم ٢٩٢٩ لسنة ٣٩ق، جلسة ١٧/١٢/١٩٩٢.
(١) حكم محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم ٢٣٩٨ لسنة ٣٨ق، جلسة ٢٢/٥/١٩٨٤، مجلة إدارة قضايا الدولة (الحكومة) السنة ٢٩، العدد الأول، ص ١٧٢.
(٢) حكم محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم ٣٩٩ لسنة ٧ق، جلسة ٢٩/١/١٩٥٧، مجموعة السنة الحادية عشرة، ص ١٨٠.
(٣) الدكتور/ محمد فؤاد عبد الباسط المرجع السابق، ص ٩٩٤.

ممن تقنين القضاء الإدارى لعام ٢٠٠١).

وتأكيد لذلك فقد ورد نص فى تقنين القضاء الإدارى بإعفاء طلب وقف التنفيذ من إجراءات التحضير أمام هيئة مفوضى الحكومة، بشرط أن يكون هذا الطلب منظوراً من قبل قاض فرد، أما إذا أحيل إلى هيئة جماعية، فيتم تحضيره أمام هذه الهيئة (المادة ٥٢٢-١/٣)، هذا وقد نص تقنين القضاء الإدارى الجديد على مبدأ تأقيت الحكم الصادر فى طلب وقف التنفيذ (المادة ٥١١-١) وبأن الحكم بإيقاف تنفيذ القرار الإدارى تكون مدته مؤقتة بأجل الفصل فى الدعوى الموضوعية المتفرع عنها (٥١١-٢/١)، إضافة إلى أن هذا الحكم يحوز حجية الأمر المقضى به فيما فصل فيه، كما هو الحال فى مصر، وإن كان لا يحوز فى مجمله أية حجية سواء من ناحية الموضوع أو من ناحية الشكل، تمنع المحكمة من إمكانية العدول عنه بعد ذلك^(١)، وهو ما سوف نزيده إيضاحاً فيما بعد.

المطلب الثانى

الحكم بوقف التنفيذ حكماً قطعياً

يقصد بذلك أن ما تفصل فيه المحكمة - عند إصدار هذا الحكم - من مسائل أولية أو فرعية، قبل البت فى موضوع الطلب بوقف التنفيذ كالدفع بعدم اختصاص القضاء الإدارى مثلاً بنظر الدعوى بسبب يتعلق بالوظيفة أو بعدم اختصاص المحكمة أصلاً بنظرها بحسب موضوعها، أو الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذى صفة، أو لرفعها بعد الميعاد، أو لأن القرار المطعون فيه ليس نهائياً، إنما يحوز حجية قطعياً، بل ويقيد محكمة الموضوع عند نظر طلب الإلغاء^(٢)؛ فإن قضت هذه الأخيرة بخلافه لكان حكمها معيباً لمخالفته لحكم سابق حائز لقوة الشئ المحكوم به وكان واجباً

(1) C.E., Sect., 9-12-1983, Ville de Paris et autres, Rec., P. 499.

(١) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٦٠٨ لسنة ٣ ق.ع، المجموعة، السنة الثالثة، ص ١١٢٥.

إلغاؤه بالتطبيق للفقرة ٣ من المادة ١٥ من القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ في شأن تنظيم مجلس الدولة المصري (والمقابلة للمادة ١/٢٣ - بند ٣ من قانون المجلس الحالي). ولو انتهى نظرها الجديد إلى نفس نتيجة الحكم الأول، فإن الحكم اللاحق يتمخض في هذا الخصوص نافذة وتزيديا ولم يكن له لزوم^(١). بل وإذا فصلت المحكمة الأعلى في الدفع الفرعى بمناسبة نظرها طعن مقام ضد الحكم الصادر فى طلب وقف التنفيذ من المحكمة الأدنى، امتنع على نفس المحكمة الأعلى إعادة النظر فيما قضت به فى هذا الدفع الفرعى وحاز من ثم قوة الشيء المقضى به إذا ما دفع به نفسه أمامها بمناسبة نظرها فى طعن مقام ضد حكم الدرجة الأدنى فى الشق الموضوعى من المنازعة^(٢). وذات الشيء أيضا إذا ما تم الطعن على الحكم الصادر من المحكمة الأدنى فى الموضوع، وكان قد دفع فيه بدفوع فرعية فصلت فيها ذات المحكمة عند نظرها طلب وقف التنفيذ، ولم يطعن على هذا الشق العاجل حتى صار نهائيا، امتنع على محكمة الطعن أن تعاود النظر فى حكم المحكمة الأدنى فى المسائل الفرعية بعد أن صار نهائيا متمتعا بقوة الشيء المقضى به^(٣).

وإذا كان هذا هو ما استقرت عليه أحكام القضاء الإدارى فى مصر، بل ويمثل فى نظرنا الاتجاه الراجح والواجب الاتباع^(٤)، فإن القضاء الإدارى

(٢) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٦٠٨ لسنة ٣ ق.ع، جلسة ١٢/٤/١٩٥٨، المجموعة، السنة الثالثة، ص ١١٢٦.

(٣) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٩٠٩ لسنة ٧ ق.ع، جلسة ١٨/١/١٩٦٤، المجموعة، السنة ٩، ص ٤٥٤.

(٤) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٨٠٢ لسنة ٢٣ ق.ع، جلسة ٢٢/٢/١٩٨١، المجموعة، السنة ٢٦، ص ٦٣٥.

(١) من المؤيدين لهذا الاتجاه، الدكتور/ سليمان الطماوى، المرجع السابق، ص ١٠٣١؛ الدكتور/ عبد الغنى بسيونى، المرجع السابق، ص ١٤٩ وما بعدها؛ الدكتور/ محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص ١٠٤٤ وما بعدها؛ ومع ذلك فقد أنكر جانب من الفقه هذا الاتجاه قائلا: "وتحن ترى من جانبنا أنه إذا كان من المسلم أنه يجب على قاضى الموضوع أن يتغلغل فى فحص المسندات حتى يبت بآء فعليا فى الدفوع والمسائل الأولية المثارة أمامه سواء بالقبول أو بالرفض، فإن من المسلم كذلك أنه لما كان طلب وقف التنفيذ يعد بمثابة الشق المستعجل فى

الفرنسي جرى على أن.حكم قاضى الوقف فى مسائل الشكل والاختصاص لا يقيد قاضى الموضوع - سواء كان هو مصدر حكم الوقف أو القاضى الأعلى - فيمكنه العدول عنه مثلما يمكنه العدول عما حواه الحكم الصادر فى طلب الوقف فى خصوص موضوعه بمناسبة نظره للدعوى الأصلية⁽¹⁾.

هذا ولا يحول إعمال القاعدة المتقدمة تعلق الدفوع المثارة أثناء.نظر طلب وقف التنفيذ بالنظام العام، إذ متى حاز الحكم قوة الأمر المقضى، فإنه يكون حجة- كما ذكرنا - فيما فصل فيه ويعتبر عنوانا للحقيقة حتى ولو كان قد تنكب وجه الصواب فى مسائل تتصل بالنظام العام. وتأكيداً لذلك تقول المحكمة الإدارية العليا: "إن قضاء هذه المحكمة قد استقر على أنه قبل أن تتصدى محكمة القضاء الإدارى للفصل فى طلب وقف التنفيذ يتعين عليها أن

دعوى الإلغاء وتفصل فيه الهيئة المختصة كمحكمة مواد مستعجلة، فمن ثم بات من المنطقى أن تكتفى المحكمة إبان فصلها فى هذا الطلب ببحث الدفوع المثارة من جانب أطراف الدعوى من ظاهر الأوراق، فإذا تبين لها أن هناك عيباً ظاهراً يمس القبول أو كان من الواضح أن الدعوى تخرج عن اختصاص المحكمة قضت بقبول الدفع وبعدم قبول الدعوى. أما إذا وجدت أن ظاهر الأوراق يبنى بوجود مصلحة ظاهرة أو كان من الواضح اختصاص المحكمة، قضت برفض الدفع وبقبول الدعوى، دون أن يحول ذلك بينها وبين تبني وجهة نظر مخالفة عند التصدى لموضوع الإلغاء". ونضيف، وأن القول بغير ذلك يؤدي إلى نتيجة بالغة الغرابة والشذوذ وهي امتناع المحكمة عن إززال صحيح حكم القانون على الدفوع التى فصلت فيها إبان نظر طلب وقف التنفيذ، وذلك عند تصديها لموضوع طلب الإلغاء، حتى لو كان حكمها فى تلك المسائل قد تنكب وجه الصواب فى مسائل تتصل بالنظام العام".

الدكتور/ محمد كمال الدين منير، قضاء الأمور الإدارية المستعجلة، دكتوراه عين شمس، ١٩٨٨، ص ٤٩٤ وما بعدها. وانظر أيضاً تأييداً لهذا الاتجاه الدكتور/ محمود سعد الدين الشريف، المرجع السابق، ص ٩٩ وما بعدها.

(1) C.E, 30-10-1963, Sieur cherbonneau Rec., P. 512.

وكان هذا الحكم متعلقاً بدفع شكلى يتمثل فى رفع الدعوى بعد فوات الميعاد، إذ يقول المجلس فى هذا الحكم:

"Considérant que le jugement... par lequel le tribunal administratif... a ordonné avant dire droit qu'il soit sursis à l'exécution de décision attaquée... ne peut être regardé comme ayant statué par une disposition présentant un caractère définitif sur la recevabilité de demandé du sieur...; que ce jugement ne pouvait, dès lors, faire obstacle à ce que le Tribunal administratif... rejetât ladite demande (d'annulation) comme tardive.

أشار إليه الدكتور/ محمد فؤاد عيد الباسط، المرجع السابق، ص ١٠٣١.

تفصل أولاً في جميع الدفوع الشكلية والمسائل الفرعية المؤثرة في الدعوى، سواء تلك التي يعرضها الخصوم أو التي تكون من النظام العام، فتلتزم المحكمة بالتصدي لها من تلقاء نفسها ولو لم يدفع بها أمامها، كالمسائل المتعلقة بعدم الولاية لمحاكم مجلس الدولة أو بعدم الاختصاص أو بعدم قبول الدعوى أو بعدم جواز نظرها لسابقة الفصل فيها^(١).

وأخيراً فإنه يترتب على أن حكم وقف التنفيذ حكماً قطعياً - إضافة لما سبق - جواز الطعن عليه وبكل طرق الطعن المقررة قانوناً أمام المحكمة الأعلى استقلالاً، وإن كان يشترط لذلك أن يكون محل طلب الوقف ما يزال موجوداً عند نظر الطعن، وهذا هو ما استقر عليه القضاء الإداري في مصر دون نص في قانون أو لائحة، وقد بررت المحكمة الإدارية العليا هذا الأمر بأن الحكم الذي يصدر في طلب وقف التنفيذ، هو حكم قطعي له مقومات الأحكام وخصائصها. وينبني على ذلك أنه يحوز حجية الأحكام ويطعن عليه استقلالاً أمام المحكمة الإدارية العليا خلال المواعيد المقررة للطعن في الأحكام، شأنه في ذلك شأن أي حكم انتهائي^(٢).

أما في فرنسا فقد تقررت قاعدة الطعن في الحكم بوقف التنفيذ قانوناً؛ فقد نصت عليها المادة ٩ من مرسوم رقم ٣٠ سبتمبر ١٩٥٣ المعدل بمرسوم ٧ سبتمبر ١٩٨٩ (م ١٢٣ لائحة) من تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية بأن الحكم الصادر في طلب وقف التنفيذ يمكن الطعن عليه بالاستئناف من قبل جهة الإدارة وكذلك أطراف النزاع.

Les jugements rendus sur une demande de sursis à exécution peuvent être attaqués, par la voie de l'appel, par l'auteur de la décision litigieuse ou par toute partie en

(١) الطعن رقم ٣٩٨ لسنة ٣٣ ق.ع، جلسة ١٩٩١/٢/١٦، الموسوعة الإدارية الحديثة، ج ٣، ص ٩٩٣/١٩٨٥، ص ٩٥٦.

(٢) الطعن رقم ١٩٨ لسنة ٢٨ ق.ع، جلسة ١٩٨٥/٣/٢، المجموعة، السنة ٣٠، ج ٢، ص ٦٧٠؛ الطعن رقم ٣٥ لسنة ٢ ق.ع، جلسة ١٩٥٦/١/١٤، المجموعة، السنة الأولى، ص ٣٨٨.

cause.

كما كان من الممكن الطعن في هذا الحكم أمام مجلس الدولة كمحكمة نقض، إذا كان صادراً طبقاً للمادة ١٠ من مرسوم ٣١ ديسمبر ١٩٨٧ (م ٢٧) لآحي من تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية سالف الذكر) من المحاكم الإدارية الاستئنافية، فإذا نقض مجلس الدولة هذا الحكم، أحاله إلى المحكمة الاستئنافية الإدارية^(١)؛ ثم تقرر قاعدة الطعن هذه في تقنين القضاء الإداري الجديد وذلك بإمكانية الطعن على أحكام وقف التنفيذ متى صدرت بصفة نهائية أمام مجلس الدولة ولكن فقط كمحكمة نقض (م ٣٣١-١).

هذا مع ملاحظة أن الطعن على أحكام وقف التنفيذ تخضع للمدد المحددة قانوناً لهذا الغرض، وهي ستون يوماً في مصر من تاريخ صدور الحكم وخمسة عشر يوماً في فرنسا من تاريخ إعلان الحكم المطعون عليه دون ثمة علاقة أو ارتباط بحكم الإلغاء، الذي يجب أن تراعى في الطعن عليه المواعيد المقررة لذلك.

المطلب الثالث

أثر الحكم بوقف تنفيذ القرارات الإدارية القابلة للانفصال

على إبرام العقود الإدارية

ذكرنا من قبل أن المرحلة التمهيدية التي تسبق إبرام العقد الإداري أو التي تسبق صيرورته لأن يكون عقداً، تمثل المجال الخصب والرئيسي لتلك القرارات القابلة للانفصال، ومن ثم تمثل المجال الخصب لقضاء ووقف التنفيذ الذي يستهدف في واقع الأمر حماية حقوق المتنافسين، إذ تتجسد فيها شروط هذا القضاء والسابق لنا بيانها، خاصة شرط الاستعجال، إذ يتعذر في غالب الأحيان تدارك الضرر المترتب على تنفيذ تلك القرارات إذا ما تم

(1) C.E, 5-11-1993, Commune de saint- Quay Portrieux, Rec. P. 306.

إبرام العقد.

حقيقة أنه لا يحق للإدارة أن تدفع طلب وقف التنفيذ بحجة أن قرار الإلغاء فيما لو صدر لا يترتب أثراً على العقد المبرم، وأن لا مصلحة لرافع الدعوى في طلب وقف التنفيذ طالما أن العقد قد أبرم.

فقد ذهبت محكمة القضاء الإداري في هذا الخصوص إلى أنه: (ومن حيث أنه لا حجة فيما يقال في هذا الصدد أن جهة الإدارة تعاقدت مع من رست عليه المناقضة؛ مما يبدو معه لأول وهلة أن الطعن بالإلغاء يكون في مثل هذه الحالة عديم الجدوى، مادام لا ينتهي إلى إلغاء العقد ذاته، مما ينتفي معه ركن المصلحة في الدعوى، أو أن طلب وقف التنفيذ إنما يهدف إلى منع الإدارة من تنفيذ قرار إرساء المناقضة والتعاقد مع الراسي عليه العطاء، فإذا كان التعاقد قد تم - كما هو الشأن في هذه الدعوى الحالية - فلن يعود الحكم بفائدة على المدعى؛ إذ أن الحكم بوقف التنفيذ لا يمس موضوع الدعوى، ومادام هدف المدعى لا يتحقق فإن مصلحته تكون معدومة... لا حجة في هذا كله، لأن مبادرة جهة الإدارة إلى اتخاذ إجراء من شأنه إقرار الوضع المخالف للقانون أو تنفيذ القرار الإداري المطعون فيه، لا يحول دون طلب إلغاء القرار.. ومن ناحية أخرى فإنه لما كان طلب وقف التنفيذ ليس إلا عرضاً للجانب الجاد من المنازعة الموضوعية بطلب الإلغاء، فإنه يترتب على قبول طلب الإلغاء أن يكون طلب وقف التنفيذ بدوره مقبولاً بغير اعتداد في هذا الشأن بقيام الإدارة بتنفيذ القرار محل الطعن، لأن التنفيذ هنا تصرف من جانب الإدارة مردود عليها، والاستناد إليه في الدفع بانعدام المصلحة معناه أن في مكنة الإدارة دائماً أن تضع القضاء أمام الأمر الواقع وتعطل مهمته، وهو ما يهدر الرقابة القضائية^(١)).

هذا وتجدر الإشارة إلى أن القاعدة شبه المستقرة سواء في فرنسا أم

(١) الدعوى رقم ١٧٥٣ لسنة ١٠٠٠، جلسة ١٨/١١/١٩٥٦، مجموعة السنة الحادية عشر، ص ٢٧.

فى مصر - كما سنرى - هى انعدام كل أثر لوقف تنفيذ القرار الإدارى أو إلغائه، إذا ما تم إبرام العقد، أو جعل هذا الأثر معلقاً على إرادة أطراف هذا العقد؛ ولذا يشترط لى تؤدي أحكام وقف التنفيذ آثارها وهى ضرورة توقف جهة الإدارة عن السير فى إجراءات التعاقد حتى نهايتها، وذلك إعمالاً للقواعد العامة من أن ما بنى على باطل فهو باطل، وإلا تكون قد خالفت مبدأ الحجية المطلقة لهذه الأحكام كما بينا.. يشترط لذلك أن تصدر هذه الأحكام قبل إبرام العقد الإدارى، فإن أقدمت جهة الإدارة - رغم ذلك - على تنفيذ القرار المحكوم بوقف تنفيذه، وسيرها فى إجراءات التعاقد، فإنها تكون قد ارتكبت عملاً من أعمال الاعتداء المادى *voie de fait*.

ومع ذلك يلاحظ أن فرص تحقق هذا الفرض قليلة وربما نادرة نتيجة بطيء التقاضى من ناحية، وعجلة الإدارة فى إتمام التعاقد من ناحية أخرى، مما يترتب عليه صدور تلك الأحكام بعد إبرام العقد الإدارى، مما ينعدم معه - كما ذكرنا - كل أثر لهذه الأحكام، وهو ذات الوضع بالنسبة لأحكام إلغاء تلك القرارات وهو ما نبينه فى الفصل التالى.

الفصل الثالث

إلغاء القرارات الإدارية القابلة للانفصال فى مجال

العقود الإدارية والتعويض عنها

ذكرنا من قبل أن طلب وقف تنفيذ هذه القرارات، فرع من طلب إلغائها، ولذا فهما مرتبطان بل مقترنان فى صحيفة واحدة كما هو الحال فى مصر وفى فرنسا حتى صدور التقنين الموحد للقضاء الإدارى، حيث أصبح طلب وقف التنفيذ ينظر فيه استقلالاً أمام قاضى الأمور الإدارية المستعجلة، وإن ظل - رغم ذلك - مرتبطاً بطلب الإلغاء، الذى ينظر أمام القاضى المختص، مما مفاده أن محل الطلب فى الحالتين هو تلك القرارات.

وهكذا يتفق الطالبان فى أنه يشترط للطعن فيهما أن تكون هذه القرارات نهائية، لا مجرد إجراءات تمهيدية أو تحضيرية، وأن تكون كذلك منفصلة أو قابلة للانفصال عن العملية التعاقدية، ومعيبة بعيب عدم المشروعية سواء أكانت داخلية أم خارجية، وأن يقام هذا الطعن فى المواعيد المحددة قانوناً لهذا الغرض، وأن تكون للطاعن فيه مصلحة شخصية ومباشرة، وذلك بصرف النظر عن سلامة أو عدم سلامة العملية التعاقدية ذاتها، أو بمعنى آخر بصرف النظر عن مشروعية أو عدم مشروعية هذه العملية، والتي قد تكون صحيحة فى جميع نواحيها أو غير صحيحة، وكل ما فى الأمر أن طلب وقف التنفيذ يتطلب لقبوله إضافة إلى ما سبق، ضرورة توافر حالة الاستعجال، أى أن يكون هناك ضرر يتعذر تداركه فيما لو تم تنفيذ القرار المطعون فيه، ثم قضى فيما بعد بإلغائه؛ كما أن فحص هذا الطلب يتم على أساس ظاهر الأوراق والمستندات، دون أن يمس موضوع أو أصل الحق، ولذا فإن حجبه مؤقتة بالنسبة لهذا الأصل أو الموضوع كما بينا من قبل، وذلك على عكس الحال فى طلب الإلغاء إذ يتم التجاوز عن هذين الأمرين، فلا يتطلب ضرورة توافر شرط الاستعجال

لقبوله، كما أن القاضى يتعمق - عند نظر هذا الطلب- فى بحث المستندات والأوراق، إذ يفصل فى أصل الحق أو موضوع النزاع، ولذا فهو يتمتع بحجية مطلقة.

وعلى أية حال، فإن تحقق عيب أو أكثر من عيوب عدم المشروعية فى أى من القرارات الإدارية القابلة للانفصال فى مجال العقود الإدارية، إنما يودى وبالتأكيد إلى إلغاء هذا القرار . وهنا يثار التساؤل حول ما إذا كانت مسؤولية الإدارة عن تعويض الأضرار التى تسبب فيها القرار المقضى بإلغائه أمر مؤكد كذلك؟

لقد أجابت محكمة القضاء الإدارى على هذا التساؤل بالنفى إذ تقول: إن "الإجماع منعقد على أن كل من أوجه الإلغاء الأربعة يمكن أن يودى حتماً إلى الحكم بالإلغاء، أما فى نطاق قضاء التعويض، فلا تكون لزاماً مصدراً للمسئولية، ولا تستتبع حتماً التعويض فى كافة الأحوال.....".

ولهذا يميز القضاء الإدارى فى كل من فرنسا ومصر بين مختلف العيوب التى تشوب القرار الإدارى، فقد اعتبر البعض منها فقط مصدراً للمسئولية بينما لم يعتبر البعض الآخر كذلك إلا بضوابط محددة؛ ومعنى ذلك أن تقدير الخطأ ومدى اعتباره أساساً للمسئولية الإدارية يختلف حسب العيب الذى يشوب القرار وما إذا كان من العيوب الشكلية التى تصيب عناصر الشرعية الخارجية، أم من العيوب الموضوعية التى تصيب عناصر الشرعية الداخلية.

وتفصيلاً لهذا الإجمال نتناول الموضوعين التاليين: مخصصين لكل موضوع منهما مبحثاً مستقلاً.

الموضوع الأول: إلغاء القرارات الإدارية القابلة للانفصال وأثره على إبرام العقود الإدارية.

الموضوع الثانى: التعويض عن أضرار تنفيذ القرارات الإدارية القابلة

للانفصال فى مجال العقود الإدارية والمحكوم بإلغائها.

المبحث الأول

إلغاء القرارات الإدارية القابلة للانفصال وأثره

على إبرام العقود الإدارية

إن طلب إلغاء القرارات الإدارية القابلة للانفصال بعد إبرام العقد الإدارى وفى مرحلة التنفيذ وإن كان مقبولاً منطقاً، أو متصوراً حدوثه واللجوء إليه عقلاً، خاصة أنه لا يقبل - كقاعدة - إلا من أطراف العقد دون غيرهم، فإن مثل هذا الطلب، أى طلب إلغاء تلك القرارات، يكون غير مقبول منطقاً كما لا يتصور حدوثه واللجوء إليه عقلاً فى مرحلة إبرام العقد أى فى المرحلة السابقة على انعقاد العقد، إذ لن يحصل من يتقدم به فى هذه الحالة وهو أى من المتناقصين أو المتنافسين على الفائدة المرجوة منه أو الهدف الذى يسعى إلى تحقيقه، وهو أن يظل متناقصاً أو موجوداً فى حلبة المنافسة حتى إتمام إجراءات المناقصة بإرسالها على أى من هؤلاء المتناقصين أو المتنافسين، حيث لا يفصل القضاء فى هذا الطلب عادة بل وفى أغلب الأوقات، إلا بعد إبرام العقد والبدء فى تنفيذه، وأحياناً بعد إتمام التنفيذ مما تتعدم مصلحته فى الطلب المشار إليه.

من هنا فقد ظهرت تقنيات وقف التنفيذ والقضاء المستعجل الموضوعى قبل التعاقدى، سابق الإشارة إليهما، ومع ذلك فإن آلية الإلغاء تظل قائمة وموجودة فى المجال الذى نحن بصددده، بل وتعد - كما ذكرنا من قبل - الأصل أو الأساس لكافة التقنيات الأخرى، وإن كان يلاحظ أن الطعن بالإلغاء فى القرارات الإدارية القابلة للانفصال فى مجال العقود الإدارية سواء فى المرحلة السابقة على إبرام العقد أم فى مرحلة التنفيذ يكون مشتملاً

فى الغالب على طلب وقف تنفيذ هذه القرارات^(١).

وعلى أية حال فإن لصاحب المصلحة أن يلجأ إلى قاضى تجاوز السلطة بطلب إلغاء القرار الإدارى الذى يمكن فصله عن العملية التعاقدية، فإذا استجاب القاضى له بأن اصدر حكماً بإلغاء هذا القرار، فإن السؤال الذى يثار هنا ما أثر حكم الإلغاء هذا على العملية التعاقدية؟

تختلف الإجابة فى واقع الأمر بين ما إذا كان حكم الإلغاء قد صدر قبل إبرام العقد، حيث يتمتع على جهة الإدارة استكمال إجراءات العملية التعاقدية احتراماً للحجية المطلقة لهذا الحكم، وإلا تكون قد ارتكبت عملاً من أعمال الاعتداء المادى، أما إذا صدر الحكم بإلغاء القرار المنفصل بعد إبرام العقد أو فى مرحلة تنفيذ هذا العقد، فإن إعمال أثر حجية هذا الحكم لا تكون إلا من خلال قاضى العقد بناء على طلب أى من أطراف هذا العقد.

وعلى ذلك نتناول فيما يلى الموضوعين التالين مخصصين لكل موضوع منهما مطلباً مستقلاً.

الموضوع الأول: إلغاء القرارات الإدارية القابلة للانفصال فى مجال العقود الإدارية.

لموضوع الثانى: أثر الحكم بإلغاء القرار الإدارى المنفصل على العملية التعاقدية.

المطلب الأول

إلغاء القرارات الإدارية القابلة للانفصال فى مجال

العقود الإدارية

إذا كان الطعن بالإلغاء فى القرارات الإدارية القابلة للانفصال فى

(١) ومع ذلك فإن الواقع يثبت أن القضاء يحيل فى كثير من الأحيان، طلب وقف التنفيذ المتعلق بالقرارات اللاحقة على إبرام العقد، وبمعنى أدق يحيل أوراق الدعوى بكل طلباتها إلى هيئة المفوضين لتحضير الدعوى، مما يعنى ضمناً رفض الشق المستعجل فى الدعوى، بل وفى أحيان أخرى يحيل تلك القرارات، حتى وإن كانت سابقة على إبرام العقد إلى ذات الهيئة، مما يفقد نظام وقف التنفيذ و القضاء المستعجل كل معنى أو فائدة.

مجال العقود الإدارية، غير مقبول إذا استند - كما ذكرنا - إلى الشروط التعاقدية، فهل هذا الأمر ينطبق على كافة شروط العقد؟ وهل يعد قرار إبرام العقد مستنداً لتلك الشروط التعاقدية؟ وأخيراً هل يجوز الطعن بالإلغاء على العقد ذاته؟

هذا ما نبينه تباعاً فيما يلي.

الفرع الأول

شروط العقد الإدارى والطعن بالإلغاء

يقتصر الأمر فى الحالة التى نحن بصددتها على القرارات الإدارية القابلة للانفصال فى المرحلة التالية لإبرام العقد وأثناء مرحلة التنفيذ^(١)؛ وهى المرحلة التى يثار فيها التساؤل حول ما إذا كان من الممكن أن تعتبر الشروط - أية شروط - الواردة فى العقد مصدراً من مصادر المشروعية لتلك القرارات؟ ومن ثم يجوز الطعن فيها بالإلغاء أمام قاضى تجاوز السلطة، إن هى خالفت أى من هذه الشروط؟

لقد أجاب جانب من الفقه على هذا التساؤل بالإيجاب، معتبرين أن النصوص العقدية مصدراً من مصادر الشرعية التى يتعين على القرار مراعاتها وإلا وصم بعدم المشروعية؛ واستندوا فى ذلك إلى أن قواعد القانون التى ينبغى مراعاتها لتظل القرارات فى إطار المشروعية، هى كل التزام قانونى يرتب المشرع جزاء لمخالفته ولا يهتم مضمون هذا الالتزام أو نطاق تطبيقه. فكما توجد قواعد قانونية عامة توجد قواعد قانونية ذاتية مثل الالتزامات المتولدة عن العقد، إضافة إلى أن مخالفة الإدارة لالتزاماتها التعاقدية يعتبر فى ذات الوقت مخالفة لقاعدة قانونية عامة وهى قاعدة العقد شريعة المتعاقدين. ولذا ينتهى هذا الرأى إلى أنه من التعسف فصل إرادة

(١) ولذا لا يثار هذا الأمر بالنسبة لطلبات الطعن بالإلغاء وكذلك وقف التنفيذ الخاصة بالقرارات الصادرة فى المرحلة السابقة على إبرام العقد، إذ لا يوجد لهذه القرارات فى واقع الأمر عقد تستند إليه عند الطعن فيها.

الإدارة عن وسيلة التعبير أو عن القرار الذى تعبر به عن هذه الإرادة⁽¹⁾.
"il est assez arbitraire d'isoler la manifestation de volonté,
de l'acte dans lequel elle s'exprime".

بينما ذهب جانب آخر من الفقه إلى التفرقة فى شروط العقد، بين تلك
التي تجد أساسها فى القوانين واللوائح وتلك التي تجد أساسها فى إرادة
الأطراف:

- ففيما يتعلق بالشروط العقدية التي تجد أساسها فى القوانين
واللوائح: فإن مثل هذه الشروط إن كانت مخالفة للنظام العام أو لهذه القوانين
واللوائح، فإنها تعتبر - والحال هكذا - شروطاً عقدية غير مشروعة وبالتالي
فإن ما يصدر على أساسها من قرارات إدارية منفصلة، تعتبر كذلك غير
مشروعة، ومن ثم يجوز الطعن فيها بالإلغاء أمام قاضى تجاوز السلطة.
ويبرر ذلك بأنه فى حالة مخالفة القرار لنص عقدي غير مشروع،
فإن هذا القرار ذاته يكون مخالفا للنظام العام أو للقانون وهو ما يعنى أن عدم
مشروعية العقد تنتقل لهذا القرار، والذى يصبح - فى هذه الحالة - مخالفاً
للنظام العام أو القانون، ويعتبر بالتالى كما لو كان قد صدر مخالفاً للقانون
مباشرة، فمصدر عدم المشروعية إذن ليس هو العقد غير المشروع ولكن
مخالفة القرار للقانون مباشرة⁽²⁾.

هذا ويلاحظ إن قبول دعوى الإلغاء ضد القرار المنفصل لأسباب
ترجع إلى عدم مشروعية شروط العقد ذاتها، إنما تجيز للقاضى أن يتدخل
لفحص سلامة العملية التعاقدية، أو بمعنى أدق مراقبة شرعية العقد ذاته
بهدف التحقق من مدى تعارض الشروط الواردة فى هذا العقد مع قواعد
المشروعية، إذ من صميم ولايته التحقق من سلامة أركان القرار الإدارى فى

(1) Pequignot (G.), Théorie générale des contrats administratifs,
J.C.A., Fasc. 510, 1953, P. 591.

(1) Bréchon - Moulénes, Droit des marchés publics, T.I, op. cit., P. 2.

موضوع الطعن.

ومن بين الأركان التي يتحقق من سلامتها ركن السبب، وهو الظروف الواقعية أو القانونية التي تحدث قبل إصدار القرار وتؤدي إلى إصداره، فمثلاً لو كان العقد يتضمن شروطاً تقرر احتكاراً غير قانوني، أو مزايا غير واجبة قانوناً للمتعاقد الآخر، فإن تقرير عدم مشروعية مثل هذه الشروط يحتم على القاضى ضرورة فحص العملية التعاقدية^(١)؛ وذلك ليقرر بعد ذلك مصير القرارات الصادرة على أساس تلك الشروط؛ فإن وجد أن هذه الشروط تخالف القوانين واللوائح، كان مختصاً بنظرها، وقضى بإلغاء تلك القرارات؛ وإلا أحال الدعوى إلى قاضى العقد، أو باشرها هو ذاته كقاضى عقد وليس كقاضى إلغاء.

وهذا هو ما انتهى إليه مجلس الدولة الفرنسي، حينما قضى أن القرار الوزاري بالتصديق على عقد أبرم في مجال يخضع التصديق فيه لسلطة أخرى، يتعرض للإلغاء بسبب عدم مشروعية العقد^(٢)؛ وبإلغاء قرار توقيع أحد العقود لأن الشرط المتعلق بمدة هذا العقد يخالف القواعد المنصوص عليها في تقنين عقود الشراء العام^(٣).

وعلى ذات المنوال تقول محكمة القضاء الإدارى أن الحكومة استندت في إلغاء العقد المبرم بينها وبين المدعى إلى المادة ٦١ من القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٥٣ الخاص بالمناجم والمحاجر وإلى البند الثالث عشر من العقد نفسه، فإذا كان القرار الصادر بالإلغاء مستنداً إلى نص القانون فقط وبالتطبيق لأحكامه، كان القرار الصادر بالإلغاء قراراً إدارياً ويطعن فيه أمام محكمة القضاء الإدارى بدعوى الإلغاء ويدخل في نطاقها، ويرد عليه وقف

(٢) الدكتور/ عبد الحميد حشيش، المرجع السابق، ص ١٥٦.

(3) C.E, 8-3-1985, Association les amis de la terre, R.F.D.A., 1985, P. 363.

(4) C.E, 19-12-1996, Sté Aubetles, A.J.D.A., 1966, P. 396.

التنفيذ الخاص بالقرارات الإدارية. أما إذا كان إلغاء القرار مستنداً إلى نصوص العقد نفسه وتنفيذاً له، فإن المنازعة الناشئة تكون محلاً للطعن أمام محكمة القضاء الإداري على أساس استعداء الولاية الكاملة لهذا القضاء^(١).

- أما فيما يتعلق بالشروط العقدية التي تجد أساسها في إرادة الأطراف: وهي الشروط التي ترتب حقوقاً والتزامات شخصية لطرفي العقد، فقد استقر القضاء الإداري في فرنسا ومصر على عدم قبول الطعن بالإلغاء في خصوصها، تأسيساً على أنه يصعب فصلها عن العقد من ناحية، كما أنها تتعلق بالحقوق الناتجة عن نصوص العقد والتي يختص بنظرها قاضي العقد من ناحية أخرى؛ إضافة إلى أن دعوى الإلغاء هي جزاء لمخالفة المشروعية، بينما الالتزامات المترتبة على العقود الإدارية هي التزامات شخصية، فطلب وقف تنفيذ وإلغاء القرار الصادر بإنهاء التعاقد ومصادرة التأمين النهائي هو طلب يستند إلى أحكام العقد، ولذا فإن المنازعة التي تثار بشأنه هي من المنازعات الحقوقية التي تدخل في ولاية القضاء الكامل وتخرج من نطاق ولاية الإلغاء. مؤدى ذلك: عدم بقول طلب وقف التنفيذ وإلغاء القرار المشار إليه^(٢).

ومن ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي والذي قرر فيه أن الأعمال المطعون فيها تتخذ طابعاً تعاقدياً، فهي ليست ذات طبيعة تسمح بعرضها على مجلس الدولة بطريق الطعن لتجاوز السلطة^(٣)، ومن ثم لا تقبل الطعون بالإلغاء لتجاوز السلطة، إذا كانت القرارات محل الطعن تؤدي إلى حرمان الشركة من الحقوق التي تستمدّها من العقد^(٤).

كما قضت المحكمة الإدارية العليا أن المنازعات المتعلقة بالإجراءات

(١) الدعوى رقم ١٩٨ لسنة ١١١ ق، جلسة ١٩٥٧/١/٢٧.

(٢) محكمة القضاء الإداري، الدعوى رقم ٨٦٧ لسنة ١١١ ق، مجموعة السنتين ١٢، ١٣، ص ٣٦.

(٣) الحكم الصادر بتاريخ ١٩/١٠/١٩٣٤، وقد أشار إليه الدكتور/ عبد الحميد حشيش، المرجع السابق، ص ١١٥.

(2) C.E, 16-1-1940, R.D.P., 1942, P. 71.

التي تتخذها جهة الإدارة قبل المتعاقد معها تتدرج تحت ولاية القضاء الكامل حتى لو أنصب النزاع على طلب إلغاء قرار إداري اتخذته الإدارة قبله - أساس ذلك: أن ما تصدره الإدارة تنفيذًا للعقد مثل القرارات الصادرة بتوقيع أى من الجزاءات العقدية أو فسخ العقد أو إنهائه أو إلغائه إنما تدخل فى منطقة العقد وتكون المنازعات المتولدة عن تلك القرارات والإجراءات هى منازعة حقوقية تثير ولاية القضاء الكامل دون قضاء الإلغاء - مؤدى ذلك: عدم تقيد الطعن عليها بالإجراءات والمواعيد المتعلقة بدعوى الإلغاء^(١).

وهكذا يمكن القول إن القاعدة العامة بخصوص الدعاوى المتعلقة بالشروط التي تجد أساسها فى إرادة الأطراف، هى ولاية القضاء الكامل، وهى ولاية مطلقة وشاملة لأصل منازعات تلك الدعاوى وما يتفرع عنها؛ الأمر الذى يختلف بطبيعة الحال عن ولاية الإلغاء المتعلقة بالشروط الأولى والتي تجد أساسها فى القوانين واللوائح.

وهو ما يؤدى كذلك إلى اختلاف النتائج أو الآثار التي تترتب على كل من هاتين الولايتين كما بيننا من قبل.

الفرع الثانى

قرار إبرام العقد وقضاء الإلغاء

قرار إبرام العقد هو القرار الذى يصدر عن السلطة المختصة باعتماد توصية لجنة المناقصات أو البت أو الترسية على العطاء الأفضل شروطاً وسعراً، وهذه السلطة وإن كانت مقيدة بما انتهت إليه هذه اللجنة أو تلك من عطاء، إلا أنها تتمتع - وكما ذكرنا من قبل - بسلطة تقديرية فى قبول أو رفض هذا العطاء، طبقاً لما تراه محققاً للمصلحة العامة، ومصلحة المرفق المعنى به.

وخلافاً لكافة القرارات الإدارية القابلة للانفصال فى مجال العقود

(٣) الطعن رقم ٤٤٤ لسنة ٧ ق.ع، جلسة ١٩٦٦/٣/٢٦، المجموعة، ص ٥٦٥.

الإدارية والتي تقبل الطعن عليها استقلالاً بدعوى تجاوز السلطة، فإن قرار إبرام العقد قد ثار بشأنه - من هذه الزاوية - نقاش وخلاف فى الرأى. إذ بينما نجد أن قضاء مجلس الدولة الفرنسى قد استقر ومنذ أمد بعيد على إجازة الطعن على هذا القرار استقلالاً بدعوى تجاوز السلطة، معللاً ذلك بأنه يعبر فقط عن إرادة الإدارة دون إرادة المتعاقد معها، بمعنى أنه يصدر عن السلطة المختصة وبإرادتها المنفردة بعيداً عن هذا المتعاقد، بل وقبل توقيع هذا الأخير على العقد؛ الأمر الذى يدخله فى عداد القرارات الإدارية بالمعنى المتعارف عليه فى إطار دعوى تجاوز السلطة^(١).

وهو ما نجده فى مسلك مجلس الدولة المصرى كذلك، فقد قضت محكمة القضاء الإدارى بأن القرار الذى يصدر من جهة الإدارة بإبرام عقد من العقود يمثل إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة أثناء قيامها بأداء وظائفها المقررة لها قانوناً بقصد إحداث أثر قانونى^(٢). كما قضت فى حكم آخر قائلة "ومن ثم يكون الطعن فى القرار الصادر بإبرام العقد أمراً جائزاً قانوناً لأن إبرام العقد والمراحل السابقة عليه تعتبر قرارات إدارية تستند إلى السلطة العامة لجهة الإدارة"^(٣).

ومع ذلك فإننا نجد من ناحية أخرى أن البعض قد ذهب إلى أن هذا القضاء يخالف الحقيقة القانونية، إذ يوحى أنه ليس هناك سوى عمل قانونى واحد، يتجسد فى قرار إبرام العقد والعقد الذى تم إبرامه بمقتضى هذا القرار فيصحباً بذلك كلاً لا يتجزأ. رغم أن هذا القول مؤداه الوصول إلى نتيجة شاذة وهى قبول الطعن بأسلوب تجاوز السلطة ضد العقد ذاته، وهو الأمر غير المقبول فقهاً وقضاءً، فالقضاء ذاته يتشدد فى ضرورة ألا يوجه الطعن

(1) R. CHAPUS, Droit du contentieux administratif, Paris, Montéchevrien, 7^{em} éd. 1998, P. 604.

(٢) الدعوى رقم ٧٣٤ لسنة ٧ق، جلسة ١٩٥٦/١/٨، المجموعة، السنة ١٠٠، ص ٣٣٥.

(١) الدعوى رقم ٣٢٩ لسنة ١٤ق، جلسة ١٩٦٣/٤/٢١، مجموعة السنوات الخمس، ص ١٨٨.

لتجاوز السلطة ضد العقد ذاته، وكل ما فى الأمر - يضيف هذا البعض - أن المسألة لا تحتاج سوى توافر المهارة فى تحرير صحيفة الدعوى، فبدلاً من أن يكون مضمون وموضوع هذه الصحيفة متعلقاً بالعقد الإدارى، فإن المدعى يوجه إدعاءاته نحو الطعن على القرار الإدارى الذى تقوم الإدارة بمقتضاه بإبرام العقد^(١).

ولذا فقد ذهب مجلس الدولة الفرنسى لتبرير قضائه السابق إلى أن قرار إبرام العقد إنما يسبقه فى الواقع قرار آخر، وإن كان قراراً ضمناً أو وهمياً fictif بالتوقيع، مضمونه أو محله إبرام هذا العقد، بمعنى أنه ليس قراراً متميزاً فى وجوده من الناحية المادية عن العقد، بل مندمج فيه، وإن أمكن فصله ذهنياً وفكرياً عن هذا العقد، ومن ثم يجوز الطعن عليه استقلالاً بدعوى تجاوز السلطة^(٢).

La circonstance que la décision de contracter soit ainsi "incluse" dans le contrat n'est pas un obstacle a sa détachabilité: le fait qu'elle en est intellectuellement détachable suffit".

وهكذا فقد أقام مجلس الدولة تفرقة بين القرار الذى بمقتضاه تقوم الإدارة بإبرام العقد، واعتبره قراراً قابلاً للانفصال بشكل افتراضى أو تصورى وأجاز الطعن عليه استقلالاً أمام قاضى تجاوز السلطة، وبين العقد ذاته والذى يعبر عنه إرادتين متطابقتين، إرادة الإدارة وإرادة المتعاقد معها، وهو ما لا يجوز الطعن عليه بدعوى تجاوز السلطة.

فلا يشترط إذن كما يقول مجلس الدولة الفرنسى فى حكم آخر أن يكون قرار التعاقد قراراً جلياً أو واضحاً أو قائماً بذاته بشكل بائن أو منفرد

(٢) الدكتور/ عبد الحميد حشيش، القرارات القابلة للانفصال، مرجع سبق ذكره، ص ١٠٦.
(3) C.E. Sect. 8 novembre 1974, Ep. Figueras, Rec. P. 545.

أو منعزل عن العقد ذاته⁽¹⁾.

Relevant que la décision de contracter, objet du recours, "n'est pas constatée par un acte distinct du contrat lui-même".

وقد تعرض هذا النهج أو المسلك القضائي لهجوم فقهي شديد في كل من فرنسا ومصر، فقد ذهب De Laubadère إلى أن هذا النهج أو المسلك إنما يفضي إلى تحليل العقد خلافاً لما تقضى به طبيعته المتمثلة بالتعبير عن إرادتين متطابقتين ومتوافقتين، وذلك بعزل كل من هاتين الإرادتين بعضهما عن البعض الآخر وافترض أن كلا منهما تصرف انفرادي، ومن ثم قبول الطعن ضد ذلك التصرف المنفرد الصادر عن الإدارة فقط، مما يجعل عملية الطعن بالإلغاء أشبه ما تكون بالحيل التي تستند إلى التراكيب اللفظية بصرف النظر عن المضامين القانونية للعمل⁽²⁾.

كما ذهب الأستاذ Pequignot إلى أن نظرية القرارات المنفصلة لم تنظر في الواقع سوى إلى إرادة الإدارة، أو الإرادة الإدارية للجهة المتعاقدة، ومن التعسف أن يفصل التعبير عن الإرادة عن العمل الذي بمقتضاه يتم به هذا التعبير، الأمر الذي يؤكد أن التفرقة التي قال بها القضاء الإداري في هذا الخصوص إنما هي تفرقة مصطنعة وتعلق دور القضاء على كيفية تحرير صحيفة الدعوى، من حيث أنه إذا كان الطلب موجهاً ضد إلغاء العقد ذاته فيجب رفضه، أما إذا كان موجهاً ضد إلغاء قرار توقيع العقد فيجوز قبوله⁽³⁾. وبالمقابل للرأيين سالفى الذكر نجد أن جانباً من الفقه حاول الخروج من أتون هذه المعضلة القانونية وذلك باللجوء إلى ما توصل إليه اجتهاد مجلس الدولة في مصر حول عملية الإيجاب والقبول في العقد الإداري،

(1) C.E. 30-3-1973, Ministre de l'aménagement du Territaire de l'équipement du logement et du tourisme, Rec. P. 284.

(1) Traité des contrats administratifs, op. cit., P. 1041, op. cit., P. 582.

(2) La nullité des contrats administratif, L.G.D.J., Paris, 1991, P. 30.

واللحظة التي يعتبر فيها العقد مبرماً. إذ يرى أن العقد الإداري - وفقاً لما توصل إليه القضاء في مصر - لا يبرم بمجرد صدور قرار إبرامه من جانب السلطة المختصة بذلك، بل يجب أن يصل قرار الإدارة بالإبرام إلى علم الموجب خلال المدد القانونية المنصوص عليها، ومن ثم تكون في هذه الحالة - يضيف صاحب هذا الرأي - أمام تصرفين منفصلين ومستقلين عن بعضهما: قرار الإدارة بالإبرام، والعملية التعاقدية التي تتم وتنتج آثارها بوصول قرار الإدارة بالإبرام إلى علم الموجب، وبالتالي فإن قرار إبرام العقد - قبل وصوله إلى علم الموجب - يكون حقيقياً ومستقلاً وليس قائماً على مجرد افتراض قانوني^(١).

وقد دلل هذا الجانب الفقهي على ما ذهب إليه بما صدر عن محكمة القضاء الإداري من حكم تقول فيه^(٢): "أن العقد الإداري ينعقد بإيجاب وقبول متطابقين شأنه في ذلك شأن سائر العقود، والإيجاب في حالة المناقصة يتقدم به صاحب العطاء أما القبول فإنه يكون بصدور قرار من الجهة المختصة بإبرام العقد باعتماد قرار المتناقصين وإخطار صاحب العطاء به ولا يترتب على القبول من جهة الإدارة الآثار القانونية للعقد إلا إذا وصل إلى علم الموجب، ذلك لأن التراضي وهو تطابق الإرادتين كركن من أركان العقد يجب التمييز فيه بين وجود التعبير عن الإرادة وجوداً فعلياً ووجوده وجوداً قانونياً - فالتعبير يكون له وجود فعلي بمجرد صدوره من صاحبه ولكن لا يكون له وجود قانوني إلا إذا وصل إلى علم من وجه إليه".

وتأييداً للاتجاه سالف الذكر فقد ذهب البعض إلى أن السلطة المختصة بالتوقيع على العقد تكون قد صنعت بهذا التوقيع قراراً بالمعنى الدقيق للمصطلح، حتى وإن كان قراراً ضمناً يتبدى فيه الإفصاح عن إرادة

(٢) الدكتور/ عمر حلمي، المرجع السابق، ص ٢٥٩؛ الدكتور/ عبد الحميد حشيش، المرجع السابق، ص ٥٤٤.

(٣) الدعوى رقم ٥٣٥٠ لسنة ١٠٠ق، جلسة ١٨/٤/١٩٥٧.

الإدارة، إذا كان ليس ثمة شكوك في حقيقة ما اتجهت إليه هذه الإدارة؛ وهذا ما هو متوافر في حالتنا هذه^(١). بل لا نجد - كما ذهب Laubadère - ما يدعو إلى عدم قبول فصل هذه القرارات والطعن فيها استقلالاً بالإلغاء ثم يضيف قائلاً إنه من غير المنطق أن نلزم الإدارة عند قيامها بعمل قانوني بإرادتها المنفردة بمبدأ المشروعية، ونتغاضى بعد ذلك عن هذا الإلزام إن هي أقدمت على عمل قانوني بمشاركة إرادة أخرى^(٢).

من جانبي أرى أن مثل هذا القول الأخير وإن كان يصدق بالنسبة للوضع في مصر، حيث لا ينعقد العقد إلا بوصول قرار الإبرام إلى المتعاقد مع الإدارة، فإنه لا يصدق في فرنسا، حيث ينعقد العقد بمجرد صدور قرار الإبرام دون شرط إبلاغ المتعاقد مع الإدارة بهذا الإبرام.

ولذا فإنني أؤيد في هذه الحالة ما انتهى إليه قضاء كل من مجلس الدولة الفرنسي والمصري سالف الذكر في هذا الخصوص، من أنه لا يجوز الطعن على قرار إبرام العقد أمام قاضي الإلغاء بدعوى تجاوز السلطة.

الفرع الثالث

العقد الإداري والطعن بالإلغاء

لقد أثير التساؤل حول ما إذا كان من الجائز الطعن بالإلغاء على العقد الإداري ذاته؟

وقد أجاب مجلس الدولة الفرنسي على هذا التساؤل - خلال الفترة من عام ١٨٨٤ وحتى عام ١٨٩٩ - بالإيجاب، مقررًا في قضائه آنذاك قبول الطعن لتجاوز السلطة ضد العقد الإداري^(٣)، إلا أنه ومنذ صدور حكمه في قضية Leveux والصادر في ١٩ مايو سنة ١٨٩٩، عدل عن هذا المسلك،

(١) الدكتور/ مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، دار الجامعة الجديد، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٥١٨ وما بعدها.

(2) De Laubadère, Les contrats, op. cit., P. 327.

(١) الدكتور/ زكي محمد النجار، المرجع السابق، ص ٣٦٤.

وأقر بعدم قبول الطعن ضد العقد الإدارى بألية تجاوز السلطة؛ سواء أكان هذا الطعن موجهاً من قبل المتعاقدين أم من جانب الغير، مبيناً أن السبيل الوحيد للطعن فى هذه الحالة لا يكون إلا من خلال القضاء الكامل، فقد قضى فى عام ١٩١٨ بأن النزاعات المتعلقة بالعقود الإدارية ذاتها، لا تصلح بحكم طبيعتها لأن تكون محلاً لدعوى تجاوز السلطة^(١).

وتأكيداً لذلك يقول فى حكم آخر صدر عام ١٩٤٤، وبذات المعنى فى عام ١٩٥٢ وحيث أن النزاع يدور حول تنفيذ العقود المبرمة لحساب المديرية فى الحكم الأول ولحساب الغرفة النقابية فى الحكم الثانى؛ فإنه يخضع - والحال هكذا - لاختصاص قاضى العقد^(٢)(٣).

وهذا هو ذات النهج الذى استقر عليه أيضاً مجلس الدولة المصرى، فقد قضت المحكمة الإدارية العليا "أن العمل القانونى الذى يصلح أن يكون محلاً لدعوى الإلغاء هو عمل قانونى من جانب واحد يصدر بالإرادة الملزمة لإحدى الجهات الإدارية بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح... فى حين أن العقد الإدارى شأنه شأن العقد المدنى من حيث العناصر الأساسية لتكوينه، لا يعدو أن يكون توافق إرادتين بإيجاب وقبول لإنشاء التزامات تعاقدية تقوم على التراضى بين طرفيه.."^(٤). كما قضت كذلك بأن المنازعات المتعلقة بالإجراءات التى تتخذها جهة الإدارة قبل المتعاقد معها تتدرج تحت ولاية القضاء الكامل حتى لو أنصب النزاع على طلب إلغاء قرار إدارى اتخذته الإدارة قبله - أساس ذلك: أن ما تصدره الإدارة من قرارات تنفذاً

(2) C.E. 12-7-1918, Le fevre, Rec. P. 698.

(3) C.E. 5 Jnnvier 1944, Saintard, Rec. P. 3.

(4) C.E. 24 oct. 1952, chmbre syndicale de la bonneterie et du Midi de la France, Rec. P. 456.

وكذلك بذات المعنى:

C.E. déc. 1983, Ville de Paris et société des mobiliers Urbain, Rec., P. 498.

(١) الطعن رقم ١٠٥٩ لسنة ٧ ق.ع، جلسة ١٩٦٣/٥/٢٥، مجموعة أبو شادى، ج ٢، ص ١٣٥١.

للعقد مثل القرارات الصادرة بتوقيع أى من الجزاءات العقدية أو فسخ العقد أو إنهائه أو إلغائه إنما تدخل فى منطقة العقد وتكون المنازعات المتولدة عن تلك القرارات والإجراءات هى منازعات حقوقية تثير ولاية القضاء الكامل دون قضاء الإلغاء^(١).

وقد أيد جانب من الفقه هذا القضاء، فقد ذهب كل من Auby et Drgo إلى أن هناك اعتبارات عملية حرص مجلس الدولة الفرنسى - من خلال أحكامه سالفة الذكر - على ضرورة مراعاتها فى هذا الشأن، تتجلى فى ضرورة الإبقاء على العقد الإدارى المبرم قائماً، وهو ما يتعارض مع قضاء الإلغاء الذى يودى إلى زوال هذا العقد ويأثر رجعى مما ينعكس بنتائج سلبية على المرافق العامة وضرورة سيرها بانتظام واستمرار^(٢).

وفى مصر يبرر السنهورى ذلك بالمبدأ المستقر فى القانون الخاص من أنه إذا توافر لشخص الحق فى تحريك دعوى المسؤولية العقدية، ودعوى المسؤولية التصديرية (غير العقدية) فإن الأولى تجب الثانية ويلزم على الشخص سلوك طريق الدعوى العقدية^(٣)، كما يبرره الطماوى بتخلف شرط من شروط قبول دعوى الإلغاء... القرار الإدارى الذى هو تعبير عن إرادة الإدارة بمفردها، بينما العقد هو توافق إرادتين^(٤). وفى ذات السياق يقول الدكتور/ زكى النجار أنه لا يعقل إطلاقاً أن ينظر إلى العقد والذى هو - دون شك - عمل تبادلى يتم بإرادتى طرفين متبادلتين، كأنه قرار إدارى صادر بإرادة منفردة، وإلا لأهدرت القواعد القانونية وقلبناها رأساً على عقب، وأهدرت معها قواعد الاختصاص والإجراءات وتلك متعلقة بالنظام

(٢٣) أشار إليه الدكتور/ عاطف محمد أحمد الشهاوى ، المرجع السابق، ص ٣٣٧.
(1) AUBY (J.M.) et DRAGO (D.) Traité de contentieux, Paris, L.G.D.J., 1975, Tome I, P. 184.

(٢) الدكتور/ عبد الرزاق السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى، مرجع سبق ذكره، ص ٧٥٨ وما بعدها.

(٣) الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٢٠٧.

العام، ثم يضيف قائلاً: أن العقد يحتفظ بذاتيته المستقلة، ولا يمكن أن يكون -
أبداً - محلاً للطعن بأسلوب تجاوز السلطة، بل يدخل فى نطاق القضاء
الكامل ولا يملك المنازعة فى صحته إلا طرفيه دون الغير^(١).

وهذا الذى ذهب إليه القضاء الإدارى وفقه القانون العام فى فرنسا
ومصر، كان موضع نقد من زاوية أنه من شأنه غلق باب التقاضى أمام
الغير الأجنبى عن العقد، حيث لا يجوز لهذا الغير أن يستخدم دعوى العقد
بحجة نسبية آثاره كما لا يقبل منه الطعن بالإلغاء فى القرارات الإدارية التى
تسهم فى تكوين العقد أو تدخل فى تنفيذه استناداً إلى نظرية الأعمال المركبة
وهو ما يعنى أن مبدأ المشروعية بالنسبة للغير قد أضحت بلا حماية رغم ما
قد يتوفر فى حقهم من مصلحة مؤكدة فى إلغاء بعض القرارات المتعلقة
بالعقد^(٢).

من هنا فقد اتجه مجلس الدولة وسار على خطاه نظيره المصرى،
نحو التخفيف من حدة القضاء سالف الذكر، مبتدعاً - كما بينا من قبل -
فكرة أو نظرية الأعمال الإدارية المنفصلة أو القابلة للانفصال ليجيز من
خلالها للغير الطعن بالإلغاء على القرارات الإدارية التى وإن كانت تجسد
جزءاً من العملية التعاقدية، إلا أنه يمكن فصلها عن هذه العملية متى كانت
هذه القرارات مخالفة لمبدأ المشروعية وذلك على التفصيل سالف الذكر.

وهكذا فقد عمل القضاء الإدارى فى فرنسا ومصر - وباستمرار -
على سحب البساط أو الغطاء عن المبدأ المستقر أو الذى كان مستقراً بعدم
جواز الطعن بالإلغاء ضد مكونات أو معطيات العقد الإدارى، وإن كان لم
يصل بعد إلى أن يقبل الطعن بالإلغاء ضد هذا العقد ذاته.

وهنا لنا أن نتساءل إذا كان القضاء الإدارى أجاز الطعن بآلية

(٤) المرجع السابق، ص ٣٦٩.

(١) الدكتور/ عمر حلمى، المرجع السابق، ص ١٧٣.

دعوى تجاوز السلطة لكافة مكونات ومعطيات العقد الإدارى متى أمكن فصلها عن هذا العقد، وكانت غير مشروعة لمخالفتها النظام العام أو القوانين واللوائح، فلماذا يرفض قبول الطعن بذات الآلية ضد العقد ذاته، وذلك فى حالة ما إذا كان هذا العقد معيباً فى مجمله بعبء عدم المشروعية؟ كأن يتم التصديق عليه مثلاً من قبل سلطة غير مختصة، أو كان محله غير مشروع، أو أن إبرامه تم دون اتباع إجراءات التعاقد المنصوص عليها قانوناً.....الخ؟

ولا ينال من ذلك القول بأن دعوى الإلغاء توجه فقط إلى أعمال السلطة، فى حين أن العقد من أعمال الإدارة، ذلك أن العقد الإدارى لا يمكن أن ينبعث - كما ذهب جانب من الفقه - بصفة التصرف الاتفاقى بشكل تام، إذ تغلب عليه الطبيعة الانفرادية، من حيث إن إرادة الشخص الطرف فى العقد تكون أقل فعالية، وذات دور محدود، مما يؤدى إلى تلاشى المظهر الاتفاقى لهذه العقود أمام فعالية إرادة السلطة العامة... خاصة أنه يصعب - يضيف هذا الجانب - إنكار المركبات والعناصر السلطوية التى تظهر فى العقد الإدارى فى مرحلتى الإبرام والتتفيذ على حد سواء، مما يمنع النظر إليه كعمل إدارة مجرد^(١).

أضف إلى ذلك أن مجلس الدولة سواء فى فرنسا أم فى مصر، كان قد ذهب إلى حد قبول الطعن بتجاوز السلطة - وإن كان فى حالات نادرة - ضد فسخ العقد الإدارى أو بمعنى أدق ضد قرارات إدارية بالفسخ^(٢)؛ مستنداً

(1) Péquignot, G., op. cit., P. 593; Pouyaud, D., op. cit., P. 298.

الدكتور/ مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص ١٧١.
(٢) فى قضية مسترال De Mistral والتى تتلخص وقائعها فى أن السيد مسترال قام بإبرام عقد إيجار مع محافظ منطقة السين ونظراً لتضمين هذا العقد شروطاً غير مألوفة فى نطاق عقود القانون الخاص، فقد اعتبر هذا العقد عقداً إدارياً حيث - ينص صراحة على إمكانية فسخ العقد بقرار إدارى من المحافظ فى حالة الخطأ الجسيم الذى يرتكبه السيد المذكور فى تنفيذه للعقد؛ وبالفعل فقد استعمل المحافظ هذه المكنة وأصدر قراراً إدارياً بفسخ العقد، فما كان من السيد مسترال إلا أن قام بالطعن على هذا القرار أمام مجلس الدولة الفرنسى تأسيساً على أن خطأه

فى ذلك إلى الشروط التعاقدية بالعقد، أى الشروط التى تجد أساسها فى إرادة الأطراف، وليس فى القوانين واللوائح، مما يعنى قبوله ضمناً، الطعن بتجاوز السلطة فى العقد الإدارى ذاته، إذ تقول محكمة القضاء الإدارى أن هذه الدعوى لا تعدو فى حقيقتها أن تكون دعوى إلغاء ضد العقد، أيا كانت صياغة طلبات المدعى^(١).

وكما هو واضح فإن مثل هذا الاتجاه القضائى، إنما يؤكد - كما ذهب جانب من الفقه - مدى التداخل بين مجالى قاضى العقد وقاضى تجاوز السلطة، وبالتالي فإن فكرة توجيه دعوى الإلغاء ضد العقد قد بلغت بهذا الاتجاه، ذروتها^(٢).

حقيقة أن الأحكام سالفة الذكر إنما هى أحكام نادرة، والنادر لا يقاس عليه، إلا أنها فى ذاتها معبرة وذات دلالة، إذ تسمح على الأقل بالتفكير فى إمكانية قبول الطعن بتجاوز السلطة ضد العقد الإدارى ذاته؛ فليست هناك فى واقع الأمر أسباباً فنية تمنع من ذلك، وإذا كانت نصوص القوانين قد حددت اختصاصات قضاء الإلغاء على سبيل الحصر وليس من بينها قضاء العقود الإدارية، فإنه ليس هناك ما يمنع من تعديل هذه النصوص بحيث تسمح بهذا الأمر، ولذا فإننا نعتقد أن القضاء الإدارى سواء فى فرنسا أم فى مصر

فى تنفيذ العقد غير جسيم ولا يبرر فسخ العقد - دفع مفوض الحكومة السيد Cahan Salvador أمام مجلس الدولة برفض قبول طعن السيد مسترال كأسيساً على قاعدة - عدم جواز فصل القرارات الصادرة من جهة الإدارة أثناء مرحلة التنفيذ عن العقد وقبول الطعن عليها بالإلغاء لتجاوز السلطة - وقد رفض مجلس الدولة الأخذ برأى مفوض الحكومة وقرر قبول الطعن بالإلغاء المقدم من السيد مسترال.

أشار إليه الدكتور/ عاطف محمد أحمد الشهاوى، المرجع السابق، ص ٣٣٩.
كما سمحت محكمة القضاء الإدارى فى مصر بالطعن بالإلغاء ضد قرار إدارة صندوق التوفير برفض صرف مبلغ أودعه الطاعن فى الصندوق وعلت الحكم بقبول الطعن بأن هذا الرفض (رفض صرف المبلغ المودع) لاشك أنه قرار إدارى نهائى. ولا يغير من الأمر شيئاً أن تكون العلاقة التى نشأت بين الحكومة والمدعى هى علاقة مودع ومودع لديه لأن العبرة بطلبات المدعى".

الدعوى رقم ١٧٠ لسنة ٢٣، جلسة ١٤/٣/١٩٥٠، مجموعة السنة الرابعة، ص ٤٦٨.

(١) الدعوى رقم ١٩٠ لسنة ٧ق، جلسة ٨/٣/١٩٥٤، مجموعة السنة الثانية، ص ٨٨٠.

(٢) الدكتور/ مهتد مختار نوح، المرجع السابق، ص ١٨٢.

سوف يقبل - كما ذهب جانب من الفقه بحق - فى يوم ما دعوى الإلغاء ضد العقد ذاته، خاصة التى ترفع من الغير، الذى ليس له أن يطعن فى العقد بدعوى القضاء الكامل، لأنه ليس طرفاً فى العقد. أما أطراف العقد فأمامهم طريق الطعن بالقضاء الكامل أمام القاضى المختص بنظر المنازعات العقدية^(١).

المطلب الثانى

أثر الحكم بإلغاء القرار الإدارى المنفصل

على العملية التعاقدية

بداية تجدر الإشارة إلى أن الحكم الصادر بالإلغاء - شأنه شأن أى حكم قطعى آخر - يتمتع بقوة الأمر المقضى به أو بحجية الشيء المحكوم به *Autorité de la chose jugée*، بل ونتيجة لطبيعة دعوى الإلغاء العينية، فإن حجية هذا الحكم تكون على الكافة، ولكل شخص أن يتمسك به، كما لا يملك أطراف الدعوى الاتفاق على ما يخالف الأوضاع والمراكز القانونية التى حسمها فى منطوقه، فهى إذن حجية مطلقة تؤدى إلى هدم وإعدام للقرار الإدارى من يوم صدوره؛ وعلى الإدارة أن تعيد الحال إلى ما كانت عليه كما لو لم يصدر هذا القرار إطلاقاً، بما فى ذلك إلغاء جميع القرارات التى بنيت على أساس صدوره سليماً، وذلك إعمالاً لقاعدة أن ما بنى على الباطل باطل. بل لقد انتهت المحكمة الإدارية العليا إلى أن حجية الأحكام الصادرة بالإلغاء تعتبر من النظام العام مبررة ذلك بأن استقرار الأوضاع الإدارية وعدم زعزعتها بعد حسمها بأحكام نهائية حازت قوة الشيء المقضى به، يعد بمثابة القاعدة التنظيمية العامة الأساسية التى يجب النزول عليها للحكمة التى قامت عليها وهى حكمة ترتبط بالصالح العام^(٢).

(٣) الدكتور/ جورجى شفيق سارى، القرارات القابلة للانفصال فى القانون الإدارى، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢، ص ١٣٧.

(١) مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا، السنة الثالثة، ص ٤٥٦.

حاصل القول إذن أن ما انتهى إليه الحكم الصادر بإلغاء القرار المنفصل عن العملية التعاقدية يعتبر صحيحاً. وعنوانا للحقيقة والعدالة، وهو بذلك يعد بمثابة قرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس، ومن ثم لا يجوز عرض النزاع الذى فصل فيه على أية محكمة أخرى، إلا إذا كان من الجائز الطعن فيه طبقاً للطرق المقررة للطعن فى هذا الحكم.

وإذا كان الأمر كذلك، فهل يترتب على صدور حكم بإلغاء قرار

منفصل عن العملية التعاقدية، إلغاء وبطلان هذه العملية برمتها؟

نعم ولكن فقط فى حالة ما إذا كانت العملية التعاقدية لم تتم بعد، أى فى حالة ما إذا كان العقد الإدارى لازال فى طور التكوين ولم يبرم بعد، فقد ذكرنا من قبل أن على الإدارة فى هذه الحالة احترام الحجية المطلقة لحكم الإلغاء بكافة نتائجها وآثارها، ومن ثم يمتنع عليها أن تسير فى إجراءات التعاقد حتى نهايتها، وذلك بصرف النظر عن كون دعوى الإلغاء قد أقيمت ممن سيصبح طرفاً فى العقد أو من الغير، فإن لم تمتنع وقامت رغم ذلك بتنفيذ القرار المحكوم بإلغائه، واستكملت إجراءات التعاقد، تكون قد ارتكبت - كما ذكرنا - عملاً من أعمال الاعتداء المادى، الأمر الذى يجيز لكل ذى مصلحة - فى فرنسا منذ صدور قانون ٨ فبراير لعام ١٩٩٥ سالف الذكر (وليس فى مصر) - اللجوء للقاضى الإدارى بطلب لإصدار أمر للإدارة بالتنفيذ وكذلك فرض غرامة تهديدية ضدها، لإجبارها على اتخاذ الإجراءات اللازمة لإعمال مقتضى حكم الإلغاء وذلك بالامتناع نهائياً عن إبرام العقد الذى قضى بإلغاء القرار المنفصل عنه.

أما فى مصر فليس أمام صاحب المصلحة إلا أن يلجأ ثانية للقاضى الإدارى بدعوى قضائية أخرى يطلب فى ختامها الحكم بإلغاء القرار السلبى بالامتناع عن تنفيذ حكم الإلغاء.

ومع ذلك يلاحظ أن هذه الفرضية أو تلك تكاد تكون نظرية بحتة لأن

بطيء إجراءات التقاضى يؤدي إلى جعل عدم إبرام العقد حتى لحظة صدور حكم بإلغاء القرار المنفصل فى فرنسا، أو حكم بإلغاء القرار السلبى بالامتناع عن تنفيذ حكم الإلغاء فى مصر مجرد افتراض قانونى بحت.

أما إذا كان العقد قد أبرم بالفعل ، فإن حجية الأحكام الصادرة بالإلغاء أو وقف التنفيذ وإن كانت واجبة الاحترام، إلا أن أعمال أو تفعيل نتائج أو آثار هذه الحجية إنما لا تكون إلا من خلال قاضى العقد ووفقاً لتقديره؛ إذ لا يكفى أن يصدر حكم بإلغاء أو وقف تنفيذ القرار المنفصل حتى يعتبر العقد باطلاً، كما فى حالة ما إذا كانت العملية التعاقدية لم تتم بعد، بل لابد وأن تقام هنا دعوى بهذا المعنى أمام قاضى العقد، ذلك أن نظرية القرارات المنفصلة تتطوى فقط على مهاجمة تلك القرارات وليس العقد الذى تمخض عنها؛ بمعنى أن حكم الإلغاء يرد على القرار دون العقد الذى انفصل عنه، وحيث أن قاضى العقد لا يمكن اللجوء إليه إلا من قبل المتعاقدين عملاً بقاعدة نسبية آثار العقد، بما مفاده أن الغير عن العقد ذا المصلحة فى إلغاء القرار المنفصل ومن ثم فى إبطال العقد، لا يمكنه - والحال هكذا - أن يستفيد من هذه الحجية إلا من خلال أحد المتعاقدين فقط، وهنا نميز بين فرعيين، نخصص لكل منهما فرعاً مستقلاً.

الفرع الأول

أن يتمسك أحد المتعاقدين بحكم الإلغاء

وهذا يجسد الفرض الأول وذلك بصرف النظر عن أرقام دعوى الإلغاء، إذ يستوى فى هذه الحالة أن تكون هذه الدعوى قد أقيمت من أحد طرفى العقد أم من شخص من الغير. المهم أن من يتمسك بحكم إلغاء القرار المنفصل فى هذا الفرض هو أحد المتعاقدين والذى له أن يطلب من قاضى العقد أعمال حجية الإلغاء؛ وهنا يجب على قاضى العقد - كقاعدة - أن يلتزم بهذه الحجية، ويقضى من ثم بإبطال العقد (إدارياً أم مدنياً) الذى يكون

القرار المحكوم بإلغائه أحد شروط مشروعيته.

والقول بان قاضى العقد يلتزم (كقاعدة) بحجية حكم الإلغاء، إنما يعنى أن هذا الالتزام لا يشكل مبدأ عاماً، ذلك أن قاضى العقد ليس ملزماً فى هذه الحالة بترتيب نتائج وأثار حكم الإلغاء بشكل آلى أو تلقائى، وإنما يقوم باعتباره صاحب الاختصاص المطلق فى الحكم بإبطال العقد من عدمه، بتقدير مدى تأثير حكم الإلغاء على العملية التعاقدية وذلك قبل أن يتخذ قراره فى هذا الشأن. وهنا تثار ثلاثة احتمالات:

الاحتمال الأول: أن تقوم جهة الإدارة باتخاذ كافة الإجراءات التصحيحية للقرار الإدارى والذى قضى بعدم مشروعيته، بحيث يصبح مشروعاً وموافقاً لصحيح القانون، بمعنى أنه يصبح منطوياً على كافة الموجبات القانونية التى كان قد انتقدها من قبل؛ خاصة أن مجلس الدولة فى كل من فرنسا ومصر، أجاز تغطية العيوب الإجرائية المقترفة، كأن يتم توقيع العقد دون تدخل سلطة التقرير، فتتدخل هذه السلطة بشكل لاحق وبعد صدور حكم الإلغاء لترخص بإبرام العقد، وهنا لا يكون أمام قاضى العقد سوى أن يرفض إبطال العقد الإدارى، إلا إذا كان هناك سبب آخر للإبطال.

الاحتمال الثانى: وينفرع إلى أمرين:

الأمر الأول: أن يكون عيب عدم المشروعية قد أصاب العقد ذاته، أى فى مجموعه، بأن كان محله مثلاً عملاً غير مشروع، أو أهملت فى خصوص إبرامه - كما ذكرنا - كافة الإجراءات الواجبة قانوناً، فهنا لا يكون أمام قاضى العقد سوى ضرورة احترام حجية حكم الإلغاء والقضاء من ثم بإبطال العقد.

الأمر الثانى: أن يكون عيب عدم المشروعية قد أصاب بعض الشروط التعاقدية، لا مجمل العملية التعاقدية وهنا يختلف الحل حسب ما إذا كانت الشروط غير المشروعة قابلة للتجزئة من عدمه، فإن كانت قابلة

للتجزئة، فإن بطلان العقد يكون جزئياً، بحيث لا يبطل إلا بمقدار ما ألغى من القرار، بمعنى أنه يجب وجود تناسب بين الجزء الملغى من القرار المنفصل والشروط غير المشروعة التي أدت إلى الإلغاء الجزئي لهذا القرار، وذلك على عكس ما إذا كانت هذه الشروط غير قابلة للتجزئة ومن ثم الانفصال عن العقد، فإنه يجب عندئذ إبطال العقد كلياً⁽¹⁾.

الاحتمال الثالث: أن يكون عيب عدم المشروعية قد أصاب القرار الملغى ذاته، أى فى أحد عناصر مشروعيته، فهنا ينظر قاضى العقد عن مدى العلاقة بين العنصر غير المشروع والعقد، فإن كانت علاقة يستحيل تجاهلها كأن يكون القرار الملغى هو قرار توقيع العقد، فلا مناص من الحكم ببطلان العقد، لأن هذا العقد يعتبر مرتبطاً بشكل وثيق بالعقد. أما إن لم يكن كذلك، بأن كان القرار محل دعوى الإلغاء قد خول مثلاً أحد المتعاقدين ميزة بطريق غير مشروع، فإن إلغاء هذا القرار يؤدي فقط إلى حرمان هذا الشخص من تلك الميزة دون أن يؤثر على العقد فى مجموعه⁽²⁾.

الفرع الثانى

إحجام المتعاقدين عن التمسك بحكم الإلغاء

وهذا يجسد الفرض الثانى، إذ رغم صدور حكم بإلغاء القرار المنفصل عن العقد فى الدعوى التى أقامها أحد المتعاقدين، أو التى أقامها شخص من الغير، إلا أن المتعاقدين لم يتمسكوا بهذا الحكم أو بأى من آثار حجيته المطلقة، أمام قاضى العقد - وذلك بطبيعة الحال إذا وجد المتعاقدون أن مصلحتهم فى هذا الإحجام - وهنا يثور التساؤل عن أثر حكم الإلغاء فى هذه الحالة بالنسبة للغير؟

(1) DE Laubadère, Delvolvé et Moderne, op. cit., P. 1053.

(2) C.E., 27-12-1901, Picard, actualité juridique Droit administratif, P. 925.

أشار إليه الدكتور/ عاطف محمد أحمد الشهاوى، المرجع السابق، ص ٣٧١.

المستقر عليه فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى، ومنذ أمد بعيد أن إلغاء القرار الذى ساهم فى إتمام العملية التعاقدية والذى يقال له القرار المنفصل عن العقد، لا يمكن أن يؤدي بذاته إلى إلغاء العقد، بل يبقى هذا الأخير سليماً ومنتجاً لكافة آثاره القانونية، حتى يتمسك - كما ذكرنا - أحد المتعاقدين بالحكم الصادر بالإلغاء أمام قاضى العقد ويطلب بإبطال هذا العقد استناداً لهذا الحكم^(١).

وهو ذات النهج لدى مجلس الدولة المصرى، إذ تقول محكمة القضاء الإدارى: "إن ما يصدر من تلك القرارات المنفصلة التى ساهمت فى تكوين العقد مخالفاً للقوانين واللوائح أو مشوباً بعيب إساءة استعمال السلطة، حتى إغائه دون أن يكون للإلغاء مساس بذات العقد الذى يعد قائماً بحالته^(٢)." وهو ما يعنى انعدام كل قيمة لحكم الإلغاء بالنسبة للغير، أو أن قيمته بالنسبة لهم مجرد قيمة نظرية، وهو ما أكد عليه مفوض الحكومة روميو بمناسبة الحكم الصادر عام ١٩٠٥ فى قضية Martin سالف الإشارة إليها إذ يقول مخاطباً مستشارى المجلس: "أنا لا ننكر أن قيمة الإلغاء فى هذه الحالة نظرية (Platonique) فالإدارة تستطيع أن تصحح الوضع بإجراء لاحق، وقد يبقى العقد رغم الإلغاء إذا لم يتقدم أحد المتعاقدين إلى قاضى الموضوع بطلب فسخ العقد، ولكن هذه النتيجة يجب ألا تدهشكم أو تبعث التردد فى نفوسكم. فأنتم تعلمون تماماً أن دعوى الإلغاء فى بعض الحالات لا تؤدي إلا إلى نتائج نظرية، فليس على قاضى الإلغاء إلا أن يبحث فيما إذا كان القرار المطعون فيه يجب أن يلغى، دون أن يهتم بما يترتب على هذا الإلغاء من

(١) دكتورة/ ثورية لعيونى، معيار العقد الإدارى، دراسة مقارنة، دكتوراه، عين شمس، ١٩٨٧، ص ٤٣٧.

(٢) حكم محكمة القضاء الإدارى الصادر بتاريخ ١٩٤٧/١١/٢٥، الدعوى رقم ١٠٩ لسنة ١٩٠٩، وفى نفس المعنى حكمها الصادر بتاريخ ١٩٥٦/١١/١٨، الدعوى ١١٨٠ لسنة ١٩٠٩، مجموعة السنة ١١، ص ٢٣، وبتاريخ ١٩٥٦/١١/١٨، الدعوى رقم ١٧٥٣ لسنة ١٩٠٩، مجموعة السنة ١١، ص ٢٩، وبتاريخ ١٩٦٩/٢/١٠، لسنة ١٩١٣، مجموعة السنة ١٤، ص ٣١٣، وبتاريخ ١٩٧١/٢/١٤، الدعوى رقم ١٦٣٠ لسنة ٢٣ق.

نتائج سلبية أو إيجابية... ثم يحاول روميو أن يظهر - رغم ذلك - بعض الإيجابيات لحكم الإلغاء فيقول: أن الحكم بإلغاء القرارات الإدارية المنفصلة يحمل الإدارة على تصحيح الوضع القانوني بإجراء لاحق، وهذا فى ذاته يحمل فى طبيته أسمى آيات الاحترام لهذا الحكم؛ كما أن لهذا الحكم دائماً أثر هام يكمن فى أنه أعلن وأعلى حكم القانون... إن حكم الإلغاء لم يغلق أبواب المحكمة فى وجه مواطن يستعمل رخصة قد خوله إياها القانون لكي يراقب قرارات الإدارة... إن هذا الحكم قد نور الرأى العام بحيث يتمتع فى المستقبل العودة إلى هذه التصرفات الخاطئة... وكل ماسبق يتفق بصفة قاطعة مع تقاليد قضاء الإلغاء المستتير، ومستلزمات الديمقراطية المنظمة...".

وفى ذات السياق يقول مجلس الدولة المصرى بعدد من المبررات للقضاء سالف الذكر^(١):

١ - أن وجه المصلحة فى الطعن ظاهر، إذا لوحظ أن قرار الإلغاء يكون محل تقدير المحكمة المدنية (أو الإدارية) إذ ينحو فى الغالب نحو احترام الحجية المطلقة لحكم الإلغاء ويقرر بطلان العقد الذى بنى على قرار حكم بعدم مشروعيته. ولذا يجب عدم الخلط بين تحديد آثار الإلغاء وبين وجود المصلحة فى طلب الإلغاء؛ فإذا صح أن إلغاء القرار لا يؤدي إلى إهدار العلاقة التعاقدية التى نشأت عنه، إلا أن هذا لا ينفى وجود المصلحة فى طلب إلغاء هذا القرار، إذ من المحتمل أن يؤدي الحكم الذى يصدر بالإلغاء إلى فسخ أو تصحيح الوضع تأسيساً على عدم الإبقاء على تصرف يقوم على قرار حكم الإلغاء.

(١) محكمة القضاء الإدارى، الدعوى رقم ١٧٥٣ لسنة ١٩٦٠، اق، جلسة ١٩٦٥/١١/١٨؛ وحكمها الصادر بتاريخ ١٩٤٧/١١/٢٥، لسنة ٢٢، المجموعة، ص ٢٤٨.

٢ - أن الأعيار الذين لا يستطيعون الطعن في العقد مدنياً لفقدان الحق الذي يخولهم ذلك على اعتبار أنهم ليسوا أطرافاً في العقد، يمكنهم الطعن بالإلغاء في القرار الإداري المتصل به، متى كانت لهم مصلحة شخصية ومباشرة في هذا الطعن، وقد يؤدي إلغاء القرار الإداري إلى تسوية الأمر على نحو يحقق مصلحتهم.

٣ - كما يمكن كذلك المطالبة بالتعويض في حالة الإصرار على تنفيذ العقد إن كان له محل.

إن تظل قيمة حكم الإلغاء بالنسبة للغير نظرية بحثة، طالما أن نتائجه لا تتعكس عليه إيجاباً، إذ يظل العقد - رغم هذا الحكم - قائماً ومنتجاً - كما ذكرنا - لكافة آثاره القانونية، وهو ما أيده جانب من الفقه سواء في فرنسا أم في مصر مرددين ما انتهى إليه كل من مفوض الحكومة روميو وأحكام محكمة القضاء الإداري سالفى الذكر، مضيفين إليها ما يلي^(١):

- إن القول بأنه يترتب على إلغاء القرار المنفصل بطلان العقد مباشرة - حتى لو لم يتم تحريك دعوى ببطلانه أمام قاضيه - إنما يؤدي إلى زعزعة الاستقرار وإهدار قواعد توزيع الاختصاصات بين قاضى الإلغاء وقاضى التعويض وهى من المبادئ الأساسية فى قضاء مجلس الدولة.

- إذا كان للغير الصادر له حكم بإلغاء القرار المنفصل عن العقد حق المطالبة بالتعويض الذى يكفى أن يجبر الأضرار التى حاقت به، فما الذى يفيد إذا من إبطال العقد والذى قد يلحق خسارة جسيمة للإدارة وأنه قد عوض عن الضرر الذى لحق به.

(١) الدكتور/ خالد أحمد حسن إبراهيم، الرقابة القضائية على الإجراءات السابقة على العقد الإداري، دراسة مقارنة، دكتوراه، حقوق القاهرة، ٢٠١٧، ص ٢٨٦ وما بعدها؛ الدكتور/ عاطف محمد أحمد الشهواوى، المرجع السابق، ص ٣٧٦ وما بعدها.

- من المتعارف والمستقر عليه فقها وقضاءً أنه في مجال أفضية الإدارة المطروحة أمام القاضى الإدارى لا يكون العامل الأساسى فيها البحث عن الحكم الصحيح للقانون، وإنما عن نقطة التوازن بين المصلحة الخاصة والمصلحة العامة التى تمثلها الإدارة، وفى المقابل هناك جانب من الفقه ينتقد القضاء سالف الذكر - بأن العقد يظل أو يجب أن يظل قائماً ومنتجاً لآثاره القانونية رغم صدور حكم بإلغاء القرار المنفصل والذي يجسد عنصراً من عناصر العملية التعاقدية - مستندين فى ذلك إلى مايلى:

١. إن القضاء السابق غير منطقي - يقول الفقيه Pequignot - وأنه يتعين على القضاء الإدارى إلغاء العقد المبني على قرار حكم بإلغائه، لأن عدم مشروعية القرار يسرى إلى العقد المبني عليه، وقد اقترح أنه إذا لم يقبل القضاء هذا الحل الأصيل، أن يسلك فى هذا الصدد المسلك الذى كثيراً ما يلجأ إليه فى مجال الوظيفة العامة، فيحيل الأمر إلى الإدارة لتعمل حكم القانون، أى تعمل على إلغاء العقد^(١).

٢. إن فصل القرارات الإدارية التى تساهم فى تكوين العملية المركبة إنما يقصد به - يقول الفقيه Weill - مجرد قبول دعوى الإلغاء، أما عند النظر إلى شرعية العملية برمتها، فيجب أن ينظر إلى العمل

(1) Théorie générale du contrat administratif, op.cit., P. 587.

وبذات المعنى Labetoulle ، حيث يقول فى تقريره المقدم إلى مجلس الدولة الفرنسى بمناسبة حكمه الصادر بتاريخ ٢٣ من نوفمبر عام ١٩٨٤ إلى أنه لا توجد قرارات بطبيعتها منفصلة وأخرى غير منفصلة، وإنما توجد فقط قرارات يفصلها القاضى، والتى لا يفصلها القاضى.

D. Labetoulle, concl, cours C.E, 23 novembre 1984, cité par-J-C Masclat, Droit électoral, PUF, Paris, 1989, P. 326.

الدكتور/ سليمان الطماوى، قضاء الإلغاء، المرجع السابق، ص ٢٩٣؛ الدكتور/ محمد عبد العال السنارى، التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء فى عقود الإدارة، دار النهضة العربية، ص ١٠٧.

ككل لا يتجزأ (Tout indivisible) فيبطل العقد إذا أبطل أى قرار كان أساساً لإصداره إعمالاً للقاعدة سالفة الذكر أن ما بنى على الباطل باطل^(١).

من هنا فقد اقترح بعض الفقهاء - للتغلب على أوجه النقد سالف الذكر أحد حلين^(٢):

- أما أن يسمح لغير أطراف العقد بالمطالبة بإبطاله استناداً إلى قرار الإلغاء أمام قاضى العقد ذاته... فصاحب العطاء الذى لم ترسى عليه المناقصة لسبب غير مشروع يمكنه أن يلغى قرار الإرساء بحكم من قاضى الإلغاء ثم يلجأ بعد ذلك إلى قاضى العقد ليطالبه بإبطاله استناداً إلى عدم شرعية القرار. وتطبق ذات القاعدة إذا كان مبنى الطعن مؤسساً على عدم صحة العملية التعاقدية ذاتها.
- وإما أن يسمح لقاضى الإلغاء بترتيب كافة النتائج المنطقية المبنية على إلغاء القرار بما فى ذلك بطلان العقد ذاته على أن يختصم طرفا العقد فى الحالات التى يمس فيها إلغاء قرار العملية العقدية.

الفرع الثالث

رأينا فى الموضوع

بعيداً عن هذا الجدل الفقهي، فإننى أرى من جانبى أن العقد الإدارى حتى وإن كان يعبر عن إرادتين متطابقتين، إلا أنه فى نهاية المطاف هو

(2) P. Weill, Les consequences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir, Thèse, Paris, P 201 et s.

قرب من هذا المعنى الدكتور محمد أنس قاسم جعفر، إذ يذكر سيادته أن: "وجدت بالذکر أن إلغاء القرار المنفصل بواسطة دعوى الإلغاء، فإن ذلك يؤثر بلا شك فى صحة العقد بأكمله (...). لأن القرار المنفصل، والذى حكم بإلغائه ما هو إلا أحد مراحل العملية التى انتهت بإبرام العقد، وبالتالي فإن إلغاء مثل هذا القرار لا شك بأنه يؤثر فى العقد، إذ ليس من المعقول أن يلغى قرار معين، ثم يظل الإجراء المترتب عليه قائماً"، مؤلف سيادته بعنوان "الوسيط فى القانون العام، القضاء الإدارى"، دار النهضة العربية، ١٩٨٧، ص ٢٧١؛ الدكتور/ خالد أحمد حسن إبراهيم، المرجع السابق، ص ٣٨٥.

(١) الدكتور/ عبد الحميد حشيش، المرجع السابق، ص ٣٥.

عمل قانونى من أعمال الإدارة، شأنه شأن القرارات الإدارية؛ وقد سبق لنا ذكر أن مظاهر السلطة العامة تبدو فى هذا العقد وإلا انتفى عنه صفة العقد الإدارى، وحيث أن قضاء الإلغاء، وهو قضاء السلطة العامة، أو بمعنى أدق قضاء الأعمال التى تصدر عن الإدارة باعتبارها سلطة عامة، فلماذا لا يختص هذا القضاء إذن بنظر منازعات العملية التعاقدية بكل معطياتها، سواء ما يتم منها فى مرحلة الإبرام وهو ما تجسده القرارات الإدارية القابلة للانفصال، أو ما يتم فى مرحلة التنفيذ حيث تكثر فيها أيضا القرارات الإدارية القابلة للانفصال والتى لا تستند إلى الشروط التعاقدية كما بينا من قبل؟

يتبقى إذن فقط تلك القرارات التى تصدر مستندة إلى الشروط التعاقدية وفى هذه الحالة يمكن اعتبار هذه الشروط بمثابة أساس مشروعية هذه القرارات، مما يجعلها مقبولة أمام قاضى الإلغاء، خاصة أن القواعد التى تحكم التعبير عن إرادة الإدارة هى قواعد من النظام العام لأنها وضعت لحماية المصلحة العامة، وبالتالي فإن مخالفة هذه القواعد تؤدى إلى البطلان المطلق للعقد، ومن المعلوم أن العقد الباطل بطلانا مطلقا لا يقبل الإجازة، فكيف تقبل إجازته فى حالتنا هذه صراحة أو ضمنا من جانب أطرافه^(١).

إنه ليس من المنطقى حقاً وبعيداً عن أية اعتبارات قانونية أو اختصاصات قضائية، أن يلغى قرار أو أكثر من القرارات التى تجسد عصب أو جوهر العملية التعاقدية، و فقط لأن حكم الإلغاء صدر بعد إبرام العقد، أى بعد مجرد إجراء شكلى، تتحكم جهة الإدارة فى توقيت إجراءاته واتخاذها، وغالبا ما أن تعجل به عندما تعلم أن هناك دعاوى إلغاء خاصة به منظورة أمام قضاء الإلغاء، ليكون قبل أن يصدر حكم هذا القضاء.

وفى كلمة ليس من قبيل المنطق أن يظل العقد قائما وناظداً رغم الحكم

(١) الدكتور/ مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص ١٩٢.

بإلغاء القرارات التي بنى عليها هذا العقد بحكم قضائي حائز لقوة الأمر المقضى به... ألا يحط هذا الأمر من دور قضاء الإلغاء وينزل به إلى مستوى الرقابة الأخلاقية البسيطة.... ألا يشجع القائمين على إبرام العقود على ارتكاب المخالفات، لأنهم يعلمون جيداً أن الدعوى التي سترفع ضد القرار المخالف لن تكون ذات تأثير على العقد^(١).

بل ولنا أن نتساءل عن فائدة نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال التي ابتدعتها مجلس الدولة الفرنسي واعتنقها نظيره المصري، إذا لم يكن لإلغاء هذه القرارات أثر على العقد الإداري بمجرد أن يتم إبرامه؟

إن ما نطالب به إنما يجعل لتقنية هذه القرارات في واقع الأمر نفعاً وفائدة، وإذا كانت هناك عقبة قانونية تتمثل في النصوص التي تحدد اختصاصات القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر، وتجعل قضاء الإلغاء مقتصرًا على موضوعات معينة ليس من بينها قضاء العقود الإدارية، فإن اعتبارات المصلحة العامة والخاصة في ذات الوقت وكذلك اعتبارات العدالة التي تتطلب سرعة في القضاء، خاصة في المجالات الاقتصادية والاستثمارية، تتطلب تعديل هذه النصوص بما يتوافق ويتلاءم مع هذه الاعتبارات، خاصة إذا علمنا أن قاضي العقد لا يتعدى دوره في نهاية المطاف، وفي أغلب الأحيان، سوى تطبيق ما انتهى إليه قاضي الإلغاء، أي لا يتعدى دوره سوى إظهار البطلان وليس إنشاءه.

وفي هذا الاتجاه نجد أن المشرع الفرنسي ابتدع أمرين:
أحدهما استحداث ما يسمى القضاء المستعجل الموضوعي قبل

(١) وهذا رأى الأستاذ Pouyaud في رسالته عن البطلان، المرجع السابق، ص ٢٣٤ وما بعدها، وهو ذات الرأى الذى صدر قبل ذلك بأكثر من أربعين عاما عن الفقيه Pequignot في رسالته عن العقود الإدارية، ص ٥٨٤ وما بعدها؛ وقد أشار إليهما الدكتور/ مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص ١٩١.

التعاقدى وقد منحه - كما بينا من قبل - إمكانية وقف إبرام العقد حتى البت فى القرارات المنفصلة والتي ينظرها قاضى الإلغاء.

والأمر الثانى، سلطة مجلس الدولة والمحاكم الإدارية فى إصدار أوامر للإدارة لاتخاذ إجراءات تنفيذ الأحكام القضائية، وكذلك الحكم عليها بالغرامة التهديدية إذا تقاعست فى هذا الشأن وقد تم ذلك بالقانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٥ والمعدل عام ١٩٨٠، وقد سبق لنا التعرض لهذا القانون، والذى به يكون المشرع قد اعترف - كما ذهب جانب من الفقه - بتأثير حكم إلغاء القرار الإدارى المنفصل على العقد المرتبط به، وفتح بالتالى للغير عن هذا العقد طريقاً كان منغلقاً قبله بسبب نسبية أثر العقد، إذ بمقتضى هذا الطريق الأخير يمكن للغير طلب فسخ العقد من جهة الإدارة وفى حالة رفضها يستطيع أن يلجأ إلى دعوى الإلغاء ضد قرار الرفض الضمنى أو الصريح الصادر منها أو يمكن بموجب الطريق الجديد أن يستخدم السلطات الممنوحة له بمقتضى قانون ٨ فبراير ١٩٩٥ المعدل ١٩٨٠ سالف الذكر وهو أن يلجأ للقاضى الإدارى ويقدم إليه طلب فرض غرامة تهديدية على جهة الإدارة لحثها على اتخاذ الإجراءات اللازمة لإعمال مقتضى الحكم الصادر له، وعلى جهة الإدارة فى هذه الحالة رفع الأمر لقاضى العقد الذى سيرتب النتائج الطبيعية لإلغاء القرار القابل للانفصال، وإعمال الأثر المنطقى لهذا الإلغاء على العقد فيقوم بإبطاله^(١).

والقضاء الإدارى الفرنسى من جانبه يبدو أنه بدأ يتخذ خطوات جادة نحو تفعيل قضاء الإلغاء فى مجال العقود الإدارية ليس فقط فيما يتعلق بالقرارات الإدارية المنفصلة، وإنما أيضاً فى مجال العملية التعاقدية برمتها، فقد اعتبر مجلس الدولة فى حكم له بتاريخ ١/٣/١٩٤٦ أن إلغاء القرار الصادر بالتصديق يؤدى من تلقاء نفسه إلى فسخ الرابطة العقدية دون حاجة

(١) الدكتور/ عاطف محمد أحمد الشهاوى، المرجع السابق، ص ٣٦٧.

إلى ضرورة استصدار حكم بذلك من قاضى العقد^(١). كما قضى كذلك بأنه فى حالة قيام إحدى المقاطعات باختيار أحد المقاولين لبناء مدرسة دون التزامها باتخاذ الإجراءات المقررة والتي تستلزم دعوة المؤسسات التي يحق لها الاشتراك فى هذه الممارسة، فإن هذه التصرفات تؤدي إلى بطلان القرار الإدارى الصادر فى هذا الشأن وبطلان العقد الموقع من المقاول نتيجة لذلك^(٢).

وفى مصر نجد أن هناك إرهابات قضائية تظهر بين الحين والآخر لتبنى فكرة أن العقد الإدارى يجب أن ينظر إليه فى مجموعه وكمجموعة متكاملة، وأن انهيار عنصر أو أكثر من عناصره يؤدي إلى انهيار العملية كلها، وقد سبق لنا بيان ذلك تفصيلا بمناسبة طعون الغير فى ظل القرار بقانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤، ونشير هنا فقط للتذكرة إلى فتوى قسم الرأى مجتمعاً بمجلس الدولة عام ١٩٥٢ والتي جاء بها "وبما أنه يشترط لصحة القرار الإدارى أن يكون صادراً من سلطة إدارية لها الحق فى إصداره، ويعتبر الإخلال بذلك موجبا لبطلان التصرف..... وبما أن مدير معمل تكرير البترول الأميرى بالسويس غير مختص بإصدار قرارات إدارية تفصح عن إرادة مصلحة المناجم فى إحداث أثر قانونى، ذلك أن المختص فى هذه الحالة هو مدير مصلحة المناجم لشئون الوقود، ولم يصدر منه قرار بقبول عطاء الشركة، ومن ثم لا يكون ثمة عقد انعقد بينها وبين المصلحة^(٣)".

كما نشير كذلك إلى الأحكام الحديثة لمحكمة القضاء الإدارى والإدارية العليا وقد سبق وأن أشرنا إليها من قبل، والتي أقرت فيها بأن بطلان الإجراءات السابقة على العقد يؤدي إلى بطلان العقد ذاته أو انعدامه، وفى خصوص عقد ما يعرف بمدينةنتى وهو من العقود الإدارية، فقد ذهب

(1) C.E 1^{er} Mars 1946 société l'énergie Industrielle, Rec. P. 66.

(2) C.E. 7 juillet 1982 commune de Guidel R.D.P. 1963, P. 143.

(٣) فتوى رقم ٦٨٤ بتاريخ ١٩٥٢/١٢/٢٣.

المحكمة الإدارية العليا إلى تأييد حكم محكمة القضاء الإدارى الذى انتهت فيه إلى بطلان عقد البيع الابتدائى المؤرخ فى ٢٠٠٥/٨/١ وملحقه المؤرخ ٢٠٠٥/١٢/٢١ ببيع هيئة المجتمعات العمرانية الجديدة إلى الشركة العربية للمشروعات والتطوير العمرانى ثمانية آلاف فدان لإقامة مشروع مدينتى بمدينة القاهرة الجديدة، قائلة "أن الثابت أن عقد التداعى هو عقد بيع تم بالأمر المباشر فى خروج سافر على أحكام قانون المزايدات والمناقصات وما تقتضيه أصول الإدارة الرشيدة من أن يجرى إبرامه من خلال مزيدة علنية أو بالمظاريف المغلقة وهو ما يجعل العقد باطلاً".

كما قضت بأن مقتضى تنفيذ الحكم القضائى الصادر بانعدام القرار المطعون فيه ببيع شركة عمر أفندى إلى المستثمر السعودى، يحتم بطلان العقد الذى تمخض عن هذا القرار، وفى ذات السياق فقد قضت أن بطلان إجراءات بيع شركة المراجى البخارية ينعكس بالضرورة بالبطلان على العقد الذى تمخض عن هذه الإجراءات، وينسحب هذا البطلان بحكم اللزوم على كامل الالتزامات التى ترتبت على العقد^(١).

وقد ذكرنا من قبل أنه نتيجة هذه الأحكام والتى صدرت بمناسبة طعون أقامها غير أطراف تلك العقود، أن تدخل المشرع وأصدر القرار بقانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤ بشأن تنظيم بعض إجراءات الطعن على عقود الدولة، لحرمان هذا الغير من الحق فى الطعن على عقود الدولة، وجاعلاً هذا الحق فقط لأطراف تلك العقود، وقد تم الطعن على هذا القانون بعدم الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا وذلك على التفصيل سالف الذكر.

(١) سبقت الإشارة إلى هذه الأحكام.

المبحث الثانى

التعويض عن أضرار تنفيذ القرارات الإدارية القابلة

للانفصال فى مجال العقود الإدارية والمحكوم بإلغائها

وبطبيعة الحال نقصد بهذه القرارات تلك المعيبة بعيوب عدم المشروعية على التفصيل سالف الذكر، مع ملاحظة أننا هنا لسنا بصدد دراسة مستفيضة عن التعويض فى مجال المسئولية الإدارية، فهذا الموضوع مما تذخر به المراجع المتخصصة وغير المتخصصة فى مجال القانون العام وعلى وجه الخصوص فى مجال القضاء الإدارى، وهى أكثر مما تحصى سواء فى فرنسا أم فى مصر^(١).

ولذا سوف نقتصر فقط على بحث موضوع التعويض عن أضرار تنفيذ القرارات الإدارية القابلة للانفصال فى مجال العقود الإدارية، وثبت أنها معيبة بمخالفة القانون بمعناه الواسع وذلك بطبيعة الحال بمقتضى حكم قضائى، وهو حكم الإلغاء، ولذا فقد فضلنا أن تكون دراسة هذا الموضوع عقب دراسة حكم إلغاء تلك القرارات، خاصة أنه لا تعويض - كما بينا - عن أضرار تلك القرارات بمقتضى التقنية الحديثة التى ابتدعها مجلس الدولة الفرنسى وهى تقنية القضاء المستعجل الموضوعى قبل التعاقدى، كما أن الأحكام الصادرة بوقف تنفيذ القرارات الإدارية باعتبارها أحكاماً وقتية ومرتبطة بالحكم فى موضوع الدعوى الأصلية، فقد قرر القضاء الإدارى عم جواز التعويض عنها.

إذن يتبقى فى إطار التعويض فى هذا المجال فقط الأحكام الصادرة بإلغاء القرارات المنفصلة فى دعاوى تجاوز السلطة. فإلغاء تلك القرارات يرتب مسئولية الدولة عن الأضرار التى تنتسب فيها؛ وإذ يجسد الإلغاء فى

(١) حول هذه المراجع انظر مولفنا مسئولية الإدارة عن أوجه بطلان السبب والغاية فى القرار الإدارى، دار النهضة العربية، ٢٠١٤.

حد ذاته - كقاعدة - الخطأ الموجب لهذه المسؤولية، فإن التعويض على أساس المخاطر أو تحمل التبعة، أو المسؤولية طبقاً لمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة يجب أن يستبعد من مجال هذه الدراسة لعدم وجود ركن الخطأ، حيث تعتمد هذه المسؤولية الأخيرة فقط على ركنين هما الضرر وعلاقة السببية؛ وذلك على عكس المسؤولية الأولى التي تقوم - على غرار المسؤولية في القانون المدني - على أساس الخطأ والضرر وعلاقة السببية، وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا قائلة في حكم لها صدر بتاريخ ٢٠٠٤/٣/٢٠ "ومن حيث الأصول المسلم بها قانوناً والتي جرى بها قضاء هذه المحكمة أن المسؤولية المدنية للجهة الإدارية الموجبة لالتزامها بالتعويض، تتحقق بتوافر أركان ثلاثة هي الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما"^(١). وترتبط على ذلك فإننا سنتناول وبيجاز غير مخل لتلك الأركان على التوالي:

المطلب الأول

ركن الخطأ

الخطأ هو مخالفة لأحكام القانون، تتمثل في عمل مادي أو في تصرف قانوني، وتأخذ هذه المخالفة صورة عمل إيجابي أو تأتي على هيئة تصرف سلبي ينشأ عن عدم القيام بما يوجبه القانون^(٢). وإذا كانت فكرة الخطأ تجد أساسها في القانون المدني، إلا أن لها في القانون العام سمة مميزة، إذ يوجد في إطار هذا القانون الأخير ما يسمى الخطأ الشخصي *faute personnelle* وكذلك ما يسمى الخطأ المرفقي *faute de service* وهي تفرقة لا تعرفها المسؤولية في إطار القانون المدني والقائمة فقط على فكرة الخطأ الشخصي.

(١) الطعن رقم ٣٩٢٤ لسنة ٤٦ ق.ع، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة ٤٩، ص ٤٧٥.

(٢) الدكتور/ ماجد الحلو، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٤٤٩.

ونظراً لأهمية التفرقة بين هذين النوعين من الخطأ حيث تتحمل جهة الإدارة قيمة التعويض في حالة الخطأ المرفقى، بينما يسأل الموظف عن هذه القيمة في ماله الخاص في حالة الخطأ الشخصي، فقد اجتهد الفقه سواء في فرنسا أم في مصر لإيجاد معيار دقيق للتمييز بينهما، وتدور المعايير التي قيل بها في هذا الخصوص حول معيار الخطأ العمدي *l'intention mauvaise*، ويعد أقدم معيار قيل به في هذا الشأن وهو يكون كذلك أي خطأ عمدي إذا كان الفعل الضار معبراً عن نزوات شخصية للموظف أو عن ضعف وأهواء وعدم تبصر، إذ يعد في هذه الحالة خطأ شخصياً، وإلا كان خطأ مرفقياً^(١)، وكذلك معيار الخطأ المنفصل *la faute détachable* وهو الخطأ الذي يمكن فصله عن واجبات الوظيفة، إذ يصبح - والحال هكذا - خطأ شخصياً، وإلا كان مرفقياً وهو ما يعنى أن هذا الخطأ الأخير يكون كذلك أي خطأ مرفقى إذا كان عمل الموظف لا يمكن فصله عن الوظيفة مهما كانت درجة جسامته^(٢). ومعيار الخطأ الجسيم *La faute lourde* وهو الذي لا يمكن قبوله أو إيجاد المبرر لارتكابه ولا يمكن التسامح فيه، أو الذي يصل إلى حد ارتكاب جريمة تقع تحت طائلة القانون فيكون الخطأ هنا خطأ شخصياً، وإلا كان خطأ مرفقياً، وذلك حينما لا يتجاوز الفعل حدود المخاطر العادية، أو حينما يصدر عن موظف عرضة للخطأ

(١) ويكون كذلك أي خطأ مرفقياً إذا كان الفعل الضار الذي آتاه الموظف غير مطبوع بطابع شخصي وينبئ عن موظف عرضة للخطأ والصواب.

L'acte dommageable et impersonnel, révèle un administrateur plus au moins sujet à erreur.

T.C., 5 mai 1877, Laumonier carrié, note la ferrière, Dalloz, 1878.

وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا: "يعتبر الخطأ شخصياً إذا كان العمل الضار مصطبغاً بطابع شخصي يكشف عن الإنسان بضعفه ونزواته وعدم تبصره، فالعبرة بالقصد الذي ينطوي عليه الموظف وهو يؤدي واجبات وظيفته..."

الطعن رقم ٩٢٨ لسنة ٤ ق.ع، جلسة ١٩٥٩/٦/٦، مجموعة السنة الرابعة، ص ١٤٦٢.

(٢) الدكتور/ سامي حامد سليمان، نظرية الخطأ الشخصي في مجال المسؤولية الإدارية، دار النهضة العربية، ١٩٨٨، ص ٤٣ وما بعدها.

والصواب^(١). وأيضاً معيار الغاية من التصرف الإدارى Le but pour suivie، أو الهدف من التصرف، فإذا كانت هذه الغاية أو ذلك الهدف تحقيق رغبات ومآرب شخصية أو الانتقام من شخص آخر كان الخطأ خطأ شخصياً حتى وإن كان يسيراً، وإلا كان خطأ مرفقياً، وهو يكون كذلك طبقاً للفتية دوجي إذا كان الموظف يقصد بفعله تحقيق الأهداف الخاصة بالمرفق حتى ولو كان هذا الخطأ جسيماً^(٢).

وهناك من الفقه من جمع بين هذه المعايير أو بعضها، إذ يقول إن الخطأ الشخصى هو الخطأ الذى يرتكبه الموظف خارج نطاق الوظيفة الإدارية، أو الخطأ الذى يرتكبه داخل هذه الوظيفة ويكون مشوباً بسوء النية أو بقدر كبير من الجسامة، والخطأ المرفقى هو الإخلال بواجبات الوظيفة الذى ينسب إلى المرفق حتى ولو كان الذى قام به مادياً أحد موظفى الدولة متى كان هذا الإخلال بحسن نية وغير بالغ الجسامة^(٣).

ومن جانبنا نرى أن كافة المعايير سائلة الذكر تصلح للتمييز بين الخطأ الشخصى والخطأ المرفقى سواء على انفراد أو بأكثر من صورة منها أو بها جميعاً، خاصة أن الخطأ فكرة تتعارض بطبيعتها مع حصرها فى قوالب جامدة لاختلاف مضمونها بحسب ظروف الزمان والمكان^(٤). وهو ما

(1) T.C. 9 mars 1953, Bernads, concl, RIVERO (J.); J.C.P., 1953-2-7797.

(2) Duguít, traité de droit constitutionnel, III^{ém} éd., 1923, P. 269.

(٣) الدكتور/ رمزى الشاعر، قضاء التعويض، مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨، ص ٣٤٥ وما بعدها.

(٤) الدكتور/ فتحى فكرى، مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية، دار النهضة العربية، ١٩٩٥، ص ٢٣٠؛ الدكتور/ رأفت فوده، قضاء المسؤولية، دار النهضة العربية، ١٩٩١، ص ١٣٩. وقد أشار سيادته إلى "أن محاولة وضع معيار عام وشامل للترقية بين الخطأ الشخصى والخطأ المرفقى هى محاولة مصيرها الفشل الزريع لأن الخطأ أياً كان هو مسلك إنسانى صادر من الموظف نتيجة بواعث ودوافع مادية وسيكولوجية متعددة... وتعزيز هذه العوامل وتجنبيها لتحديد أيهما كان أشد تأثيراً على الموظف وكان الدافع الحقيقى لتصرفه الخاطى، يعتبر من صميم عمل القاضى المروض عليه النزاع، أما الفقيه الذى يريد إقحام نفسه فى هذه العملية ويدعى معياراً لا يمكن له أن يقوم بهذا العمل التجريبي التحقيقى وإنما كل ما يمكن أن

أشارت إليه محكمة القضاء الإدارى حينما قالت "أن فكرة الخطأ فكرة معيارية تستعصى بطبيعتها على وضع تعريف جامع لها"^(١).

ولذا لم يتقيد القضاء الإدارى سواء فى فرنسا أم فى مصر - فى الأحكام الصادرة عنه بالتعويض - بأى منها، إذ يقضى بأن الخطأ شخصى أم مرفقى تبعاً لمعطيات وظروف كل حالة معروضة عليه على حده.

وعلى أية حال فإن الخطأ فى القرارات الإدارية القابلة للانفصال فى مجال العقود الإدارية، والذي يؤدي إلى قيام المسؤولية الإدارية يتمثل فى أوجه عدم المشروعية التى تصيب هذه القرارات، وهذه الأوجه تنقسم - كما بينا من قبل - إلى أوجه عدم مشروعية خارجية أو شكلية وتتمثل فى الاختصاص والشكل، وأخرى موضوعية أو داخلية وهى الغاية والمحل أو مخالفة القانون ويدخل فى إطارها عنصر السبب.

وإذا كانت هذه الأوجه الأخيرة، أى الموضوعية أو الداخلية تحتتم فى حالة تحققها ومن ثم إلغاء القرار على أساسها، ضرورة الحكم بالتعويض، إذا توافرت باقى شروط المسؤولية، إذ تقول المحكمة الإدارية العليا: "إن القرار إذا كان معيباً بالانحراف (الغاية) فالقضاء مستقر على جعله باستمرار مصدراً للمسؤولية"^(٢). وقضى كذلك بأنه "لا يشفع لإعفاء الإدارة من المسؤولية وقوعها فى خطأ فنى أو قانونى (المحل أو مخالفة القانون)"^(٣).

وعلى العكس من ذلك فإن أوجه عدم المشروعية الخارجية أو الشكلية ليست كذلك، إذ يتعين لكى تصلح لأن تكون أساساً للحكم بالتعويض سواء فى فرنسا أم مصر أن تؤثر فى موضوع القرار بحيث يصدر بسبب مخالفتها بصورة مغايرة لتلك التى كان من المفروض أن يصدر بها، وهو ما

يوصف به عمله هو أنه مجرد محاولة لإيجاد عنصر من عناصر الخطأ أو صورة من صورته وليست كل العناصر أو جميع الصور".

(١) الحكم الصادر فى ١٥/١١/١٩٥٢، مجموعة السنة الثامنة، ص ٤٤.

(٢) الطعن رقم ٣٠٠١ لسنة ٥٥ ق.ع، جلسة ٢١/٤/٢٠١٠.

(٣) الطعن رقم ١٨٣١ لسنة ٢ ق.ع، مجموعة السنة الثانية، ص ٥٩١.

أشارت إليه المحكمة الإدارية حينما قضت "أن عيب عدم الاختصاص أو عيب الشكل الذي قد يشوب القرار الإداري فيؤدي إلى إلغائه لا يصلح حتماً وبالضرورة أساساً للتعويض مالم يكن العيب مؤثراً في موضوع القرار فإذا كان القرار سليماً في مضمونه محمولاً على أسبابه المبررة رغم مخالفة قاعدة الاختصاص أو الشكل فإنه لا يكون ثمة محل لمساءلة الجهة الإدارية عنه والقضاء عليها بالتعويض لأن القرار كان سيصدر على أي حال بذات المضمون لو أن تلك القاعدة قد روعيت..."^(١).

فالتعويض مقصور إذن - في حالة أوجه الإلغاء الشكلية أو الخارجية - على الحالات التي يؤثر فيها مخالفة الشكل أو الاختصاص على مضمون القرار^(٢).

المطلب الثاني

ركن الضرر

Préjudice

يشترط في خطأ الإدارة الموجب للتعويض في مجال القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية، أن يحدث ضرراً بأصحاب الشأن، إذ القاعدة أنه حيث لا ضرر لا مسئولية *faute de préjudice pas de responsabilité*. والضرر بشكل عام هو ما يصيب الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له^(٣)، وقد يكون مادياً *materiel*، أي ذو طبيعة مالية، أو معنوياً *moral* يصيب الشخص في شعوره أو كرامته أو شرفه.

هذا ويشترط لكي يكون الضرر أساساً للمسئولية الإدارية أن تتوافر

(٢) الحكم الصادر في ١٥/١١/١٩٦٩، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في خمسة عشر سنة (١٩٦٥ - ١٩٨٠)، ص ٧٤٦.

(3) C.E., 27 Janv. 1967, Soc. Frega et cie et Musso, A.J.D.A., 1967, P. 239, obser. Gautron.

(١) الدكتور/ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في القانون المدني، الجزء الأول، ص ٦٩٦.

فيه مجموعة من الشروط تتمثل في ضرورة أن يكون مباشراً أى ناتجا عن فعل الإدارة أو نشاطها الخاطئ، أو أن هناك صلة مباشرة بين فعل الإدارة الخاطئ والضرر، أما الضرر غير المباشر أو منقطع الصلة بالفعل الخاطئ فلا يعتد به القضاء الإدارى ولا يدخله في حسابه، وهذه القاعدة ليست قاصرة على القضاء الإدارى وحده، بل عامة يطبقها أيضا القضاء العادى فى دعاوى المسؤولية المدنية^(١).

ويجب أن يكون الضرر أيضا محققاً، أى حال وهو الذى وقع بالفعل، أو أن وقوعه فى المستقبل مؤكداً، لا فرق بين الأمرين فى استحقاق التعويض^(٢)، فإن لم يكن كذلك بأن كان ضرراً محتملاً éventuelle تبقى مسألة وقوعه فى علم الغيب ولا يمكن التكهن به، امتنع التعويض عنه^(٣). وأن يكون الضرر قد أخل بحق أو بمركز قانونى للمضرور، أى بحق أو بمركز يقرر له القانون نوعاً من الحماية، ويستوى فى ذلك أن يكون الضرر قد أخل بحق قانونى أو بمصلحة مالية مشروعة، فلا يكفى أن تكون جهة الإدارة قد أخطأت وأن خطؤها سبب ضرراً حتى يكون لذى الشأن الحق فى المطالبة بالتعويض، وإنما يتحتم على صاحب المصلحة أن يثبت أن هذا الضرر قد أخل بمركز قانونى أو بمصلحة مشروعة جديرة بالحماية

(٢) الدكتور/ وحيد فكرى رأفت، رقابة القضاء لأعمال الدولة (رقابة التضمين)، مكتبة عبد الله وهبه، ١٩٤٢، ص ٤٥٠.

(٣) وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا حينما قضت أنه "يشترط للقضاء بالتعويض أن يكون الضرر محقق الوقوع فى الحال أو المستقبل، الطعن رقم ١٤٥٧ لسنة ٤٤ ق.ع، جلسة ٢٩/١٢/٢٠٠١، مجموعة السنة السابعة والأربعون، ص ٤٥٧؛ وكذلك محكمة النقض حينما قضت بأن "التعويض كما يكون عن ضرر حال فإنه يكون أيضا عن ضرر مستقبل متى كان محقق الوقوع، جلسة ١٠/٧/١٩٦٥، مجموعة أحكام محكمة النقض فى خمسة عشرة سنة، ص ٦١٧.

(٤) وفى ذلك تقول محكمة القضاء الإدارى: أن التعويض لا يكون إلا عن ضرر محقق فلا يدخل فى حسابه الأضرار الاحتمالية، جلسة ٢٩/٦/١٩٥٠.

القانونية^(١). كما يجب أن يكون الضرر قابلاً للتقويم بالنقود، إذ التعويض في المسؤولية الإدارية لا يمكن أن يتمثل عادة إلا في التعويض النقدي، بل وتظهر أهمية هذا الأمر عند تنفيذ الحكم الصادر بهذا التعويض، ولكن إذا كانت الأضرار المادية التي تصيب الذمة المالية للمضرور من السهل تقديرها بالنقود، فإن الأمر ليس كذلك بالنسبة للأضرار المعنوية وهي الأضرار التي تصيب الشعور والعاطفة والشرف كما ذكرنا. ولذا لنا أن نتساءل عن موقف القضاء من هذه الأضرار المعنوية *Préjudice moral*؟ وعن مدى قابليتها للتقويم بالنقود؟

لقد استقر القضاء الإداري سواء في فرنسا أم في مصر على قابلية هذه الأضرار لأن تكون محلاً للتعويض، فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي "إن وفاة الابن وإن لم تسبب للأب ضرراً مادياً أو أدت إلى اضطراب ظروفه المعيشية، إلا أن الألم المعنوي الناتج عن الموت المفاجئ لأبنه يولد بذاته ضرراً يتطلب التعويض عنه"^(٢). ومن هذا القبيل حكمه في الدعوى التي تدور وقائعها في أن أحد رجال بوليس الآداب، استوقف - بناء على تعليمات العمدة - أنسة شريفة في الطريق بكيفية تستلقت الأنظار، للتحري والاستقصاء، على زعم أنها من الساقطات. فاعتبر مجلس الدولة، رغم انتفاء كل ضرر مادي، أن ما وقع من البوليس هو اعتداء على الحرية الشخصية

(١) فإذا لم يكن الضرر قد أخل بمركز قانوني للمضرور، بأن كان الحق أو المصلحة التي أصابها الضرر مخالفة للقانون أو غير مشروعة، فإن القضاء يرفض التعويض لمن يطالب به في هذه الحالة.

C.E., 28-6-1968, Sté Hutuelle d'assutance; Les accédents en pharmacie, R.D.P., 1969, P. 312.

(2) "Considérant que s'il n'est pas établi - ni même allégué - que le décès du sieur Letisserand (paul) ait causé au sieur Letisserand (camillé) un dommage matériel ou ait entraîné des troubles dans ses conditions d'existence, la douleur moral qui est résultée pour ce dernier de la disparition prématurée de son fils est par elle-même génératrice d'un préjudice indemnisable..".

أشار إليه الدكتور/ فتحي فكري، المرجع السابق، ص ٣٤١.

وقد سبب للأئسة المذكورة فوق ذلك ضرراً أدبياً، وقضى لها من أجله بالتعويض^(١).

كما قضت محكمة القضاء الإدارى بأن صدور قرار باطل من البلدية بالنقل النوعى من وظيفة محام إلى وظيفة كاتب بقسم الإيرادات، مما يجعل البلدية مسئولة عن تعويض المدعى أدبياً لما لهذا القرار من مساس بكرامته واعتباره وتأثيره فى نفسه^(٢). بل لقد استقر مجلس الدولة المصرى منذ نشأته عام ١٩٤٦ على تعويض الضرر المعنوى أو الأدبى وتقدير قيمة مالية لجبره وذلك إعمالاً لنص المادة (٢٢٢) من القانون المدنى، والتي تقضى بأن "يشمل التعويض الضرر الأدبى أيضاً..."^(٣).

المطلب الثالث

علاقة السببية بين الخطأ والضرر

يقصد بعلاقة السببية *Lié de causalité* أن الضرر الموجب للتعويض يجب أن يكون النتيجة المباشرة لخطأ الإدارة أو أن خطأ الإدارة يمثل السبب المباشر لوقوع الضرر، وهى بذلك تعد أحد الأركان الجوهرية لانعقاد المسؤولية أيا كانت طبيعتها.

وتتجلى رابطة السببية فى مظهرين مختلفين: أحدهما: إيجابى، والآخر سلبى، إذ لكي يحصل المتضرر على التعويض، يجب عليه إثبات علاقة

(١) وردت عبارات الحكم فى لغته الأصلية على النحو التالى:

"Considérant qu' à défaut de justification d'un dommage matériel appréciable, causé a l'intéressée par la faute dont s'agit, il sera fait une estimation suffisante du préjudice dont la demioseile demande réparation en condamnant la ville de T.a lui payer une indemnité de 1 franc".

أشار إليه الدكتور/ وحيد رأفت، المرجع السابق، ص ٤٥٢.

(٢) الدعوى رقم ١١ لسنة ٤١ق، مجموعة السنة الخامسة، ص ٢٤٣.

(٣) وبمطالعة حيثيات أحكام مجلس الدولة المصرى يتضح منها أن النص المشار إليه فى المتن إنما يضع مبدأ عاماً، ومن ثم فهو واجب الأعمال أمام جهات القضاء على اختلاف أنواعها، وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا حينما قضت بأن "التعويض عن الضرر المعنوى أو الأدبى هو من الأمور المقررة بنص القانون".

السببية بين الضرر الذى أصابه ونشاط الإدارة، وهذا هو المظهر الإيجابى، ويستطيع المدعى عليه أن ينفى علاقة السببية أحياناً، إذا أثبت وجود سبب أجنبى لا يدل له فيه، وهذا هو المظهر السلبى.

وتلزم الإدارة بالتعويض عن الضرر، إذا أمكن نسبته إلى نشاط المرفق العام، وكان هذا النشاط هو السبب المباشر للضرر، أى ينبغى أن يكون بين هذا النشاط والضرر صلة مباشرة، فالإدارة غير مسئولة عن الأضرار التى ليس لها مع نشاط المرفق العام سبب غير مباشر أو بعيد.

فقد قضت المحكمة الإدارية العليا "أن مناط مسئولية الإدارة عن القرارات الإدارية الصادرة منها وهو وجود خطأ من جانبها بأن يكون القرار الإدارى غير المشروع أو شابه عيب أو أكثر من العيوب المنصوص عليها فى قانون تنظيم مجلس الدولة، وأن يلحق بصاحب الشأن ضرراً وأن تقوم علاقة السببية بين الخطأ والضرر بأن يرتب الضرر على القرار...." (١)، كما قضت أيضاً "أن مسئولية الإدارة عن قراراتها تقوم على وجود خطأ من جانبها، وأن يحيط بصاحب الشأن ضرر مباشر عن الخطأ وأن تقوم علاقة السببية بين الخطأ والضرر، وإذا تخلف ركن أو أكثر من هذه الأركان الثلاثة انتفت المسئولية المدنية...." (٢).

وفى فرنسا فقد قضى مجلس الدولة بتوافر علاقة السببية من خلال قرينة موافقة الإدارة على منح تصريح لسيارات النقل المشترك بالعمل دون أن تشرف عليها، واتخاذ الاحتياطات الفنية اللازمة، فإن ذلك يؤدى إلى قيام مسئولية الإدارة عن التعويض عن الأضرار التى تسببها تلك السيارات فيما إذا ارتكبت حادث (٣).

هذا وتجدر الإشارة إلى مسألة غاية فى الأهمية، وهى تحديد رابطة

(١) الطعن رقم ٢٦٨٢ لسنة ٣٦ ق.ع، جلسة ١٧/٤/١٩٩٤.

(١) الطعن رقم ١٢٢٥ لسنة ٢٧ ق.ع، جلسة ٢٢/٤/١٩٨٥.

(2) C.E., Ville l'afer, 1992, Rec. P. 48.

السببية في حال تعدد الأسباب، فقد حاول بعض الفقه التأصيل لذلك من خلال عدة نظريات، أهمها: نظرية السبب القريب ونظرية تعادل أو تكافؤ الأسباب، وأخيراً نظرية السبب المنتج^(١).

وما يهمنا في هذا المقام هو موقف القضاء الإداري من الأخذ بهذه النظريات، ويتضح ذلك من خلال استقراء التطبيق القضائي لأحكام المحاكم. فمجلس الدولة الفرنسي، لم يتضح موقفه صراحة من ذلك، فتارة يأخذ بنظرية السبب القريب، وأحياناً بنظرية تعادل الأسباب، وأحياناً أخرى يأخذ بنظرية السبب المنتج.

أما القضاء الإداري في مصر فقد فضل الأخذ بنظرية السبب المنتج لتحديد علاقة السببية بين الضرر وخطأ الإدارة في تحديد مسئولية الإدارة عن القرارات الإدارية. وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا "أن إسقاط الجنسية لا يعتبر سبباً مباشراً لحرمان المدعى من العمل وحرمان أسرته من مسكنهم، وإنما السبب المنتج لهذه الأضرار هو قرار فرض الحراسة على أمواله وممتلكاته^(٢). وجاء في حكم آخر "... وبهذه المثابة يكون خطأ الجامعة المشار إليه هو الذي تسبب عنه في الواقع من الأمر تخلي الطاعن عن وظيفته وفقدانه لها دون ذنب من جانبه وبذلك يتعين أن تسأل جامعة الإسكندرية عن خطأ موظفيها ويترتب على ذلك تعويض الطاعن عما أصابه من ضرر...."^(٣).

ومن ناحية أخرى، يمكن القول إن علاقة السببية بين أوجه بطلان القرار الإداري، خاصة المتعلقة بالمشروعية الداخلية، وبين الضرر الذي أصاب

(٣) لمزيد من التفصيل حول هذه النظريات، راجع أستاذنا الدكتور/ رمزي الشاعر، قضاء التعويض، مرجع سابق، ص ٨٥٤ وما بعدها؛ الدكتور/ ناصر عبد الطيم السلامات، نفاذ القرار الإداري في القانون الإداري الأردني، دكتوراه، عين شمس، ٢٠٠٩، ص ٦٠٠.

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٦٣٧ لسنة ٢٨ق، الصادر بتاريخ ١٥/١/١٩٨٣، مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا، ص ٤١٧.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٥٩ لسنة ٨ق، الصادر بتاريخ ٢٠/٤/١٩٦٣، مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا، ص ١٠٦٤.

المضرور، وإن كان من الصعب انتقاؤها، ذلك أن مجرد صدور القرار منطوياً على وجه من هذه الأوجه إنما يجسد في ذاته قرينة على أن ذلك كافياً لأحداث الضرر الذي أصاب المضرور، أو بمعنى أدق كافياً لأن تقوم قرينة قضائية على علاقة السببية، ينتقل بمقتضاها عبء الإثبات إلى جهة الإدارة، التي لا يمكنها أن تنفي هذه العلاقة إلا إذا أثبتت أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي يتمثل إما في القوة القاهرة Force majeure، أي الحادث الذي يستحيل توقعه أو دفعه ويكون أمراً خارجياً عن الشيء الذي تتحقق به المسؤولية، وإما في الحادث الفجائي Cas fortuit الذي هو حادث غير متوقع لا يد للشخص فيه ولا يمكن دفعه، تماماً كالقوة القاهرة كما ذهب غالبية فقهاء القانون المدني^(١)، وكذلك أحكام القضاء العادي^(٢)، في حين أن فقهاء القانون العام وكذلك قضاؤه يرون أن الحادث الفجائي إنما يقتصر أثره على الإعفاء من المسؤولية حينما يكون أساس هذه المسؤولية الخطأ، أما إن كان هذا الأساس هو تحمل التبعة أو المخاطر، فلا أثر للحادث الفجائي - وذلك على عكس القوة القاهرة - على الإعفاء من المسؤولية؛ أو أن هذا السبب الأجنبي هو خطأ المضرور أو خطأ الغير الذي هو كل شخص غير المضرور وغير المدعى عليه أو أي ممن يعتبر هذا الأخير مسئولاً عنه كالتابع ومن يتولى رقابتهم^(٣).

وأخيراً تجدر الإشارة إلى أن رابطة السببية تعد ركناً مستقلاً عن كل من ركني الخطأ والضرر، إذ قد يوجد الخطأ ولا يكون هو السبب في أحداث الضرر، ومثال ذلك من قضاء مجلس الدولة الفرنسي صدور قرار

(٣) الدكتور/ محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، عام ٢٠٠٦، ص ٦٠٨؛ الدكتور/ السنهوري، المرجع السابق، ص ١٢٢٤.

(٤) نقض مدني بتاريخ ١٢/٥/١٩٥٨، مجموعة أحكام النقض، السنة التاسعة، ص ٤٤١.
 (١) الدكتور/ ماهر أبو العينين، التعويض عن أعمال السلطات العامة، التعويض عن أعمال السلطة التنفيذية، الكتاب الأول، المركز القومي للإصدارات القانونية، ٢٠١٣، ص ٤٢٢؛ الدكتور/ رمزي الشاعر، المرجع السابق، ص ٨٧٣؛ حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٢٥٥٨ لسنة ٣٦ ق.ع، مجموعة السنة الواحد وأربعون، ص ٥٤٥.

C.E, 21 mars 1969, Ministre de l'interieur c/Montreer, Rec., P. 186;
 Hauriou (M.) note sous, C.E, 10 mai 1912, Ambrosini, Rec. P. 549,
 Dalloz, 1914-3-76.

غير مشروع بمنح أحد المواطنين ترخيصاً بحمل سلاح، فيقوم هذا المواطن بقتل أحد الأشخاص بالسلاح المرخص له، فهل يكون خطأ جهة الإدارة المتمثل في منح رخصة حمل سلاح بالمخالفة للقانون هو السبب في القتل؟ بالتأكيد يجب أن تكون الإجابة بالنفي، وهو ما تتفق معه علاقة السببية بين الخطأ والضرر. وفي ذلك يقول مجلس الدولة الفرنسي: إن علاقة السببية بين خطأ المحافظ - عندما اتخذ قراراً غير مشروع - وبين جريمة القتل يصعب القول بثبوتها⁽¹⁾.

Le lien de cause à effet entre la faute qui aurait été commise et le crime.... ne saurait être regardé comme établi".

كما قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه يتعين حتى تقوم المسؤولية عن قرار المحافظ - وأياً ما كانت مشروعيته - أن تتوافر أركانها بأن يكون قد ترتب عليه ضرر وقامت علاقة السببية بين القرار والضرر فالثابت أن السيد/ قرر أمام الخبير المنتدب من المحكمة المدنية بجلسة ١٩٧٣/٩/٣ "أنكم تلاحظون الصوت القوي العتيق الذي ينبعث من الطائرات حين قيامها وهبوطها، الأمر الذي يتعذر معه استقرار تربية الحمام". وعلى ذلك فإن ما عساه يكون قد لحقه من ضرر نتيجة عدم ممارسة نشاطه في تربية الحمام لا يكون مرده إلى قرار المحافظ بسد عيوب أبراج الحمام في المناطق المجاورة للمطار لخطر ذلك على الطيران، بل هو نتيجة عدم صلاحية المكان ذاته لممارسة هذا النشاط... مما ينفى توافر علاقة السببية اللازمة لقيام أركان المسؤولية وبالترتيب على ذلك لا تكون الدعوى الماثلة بالتعويض عن قرار محافظ الغربية رقم ٣٨٥ لسنة ١٩٦٩ قائمة على أساس من القانون مما يتعين معه رفضها⁽²⁾.

(2) C.E. 21 mars 1969, Ministre de l'inte, c/Montreer, Rec. P. 186.

(1) الطعن رقم ١٥١٣، ١٥٢٥ لسنة ٢٨ ق، ع، بتاريخ ١٩٨٧/١٠/٣١.

وقد ذهبت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة إلى أنه إذا كان الخفير المخصص للحراسة التابع لوزارة الداخلية قد عوقب انضباطيا بالحبس ١٦٨ ساعة لإهماله، فإن ذلك لا يصلح أساساً للمسئولية التقصيرية، لأن هذا الإهمال - بفرض وقوعه - ليس من شأنه أن يحدث بذاته الضرر الذى لحق بهيئة المواصلات^(١).

بل قد يحدث الضرر دون أن يكون هناك خطأ فى الأساس، وهو ما يتحقق فى حالة المسئولية التى يقال لها المسئولية غير الخطئية أو المسئولية على أساس المخاطر أو تحمل التبعة.

ففى كافة هذه الحالات تبقى رابطة المسئولية قائمة، فهى لا تتأثر فى واقع الأمر بطبيعة المسئولية أو أساسها، أى لا تتأثر بما إذا كانت المسئولية قائمة على أساس الخطأ أم أنها قائمة على أساس المخاطر أو تحمل التبعة. وإذا كان المضرور يعفى فى حالة المسئولية الأخيرة أى المسئولية غير الخطئية من إثبات ركن الخطأ، فإنه لا يعفى عادة من إقامة الدليل على قيام رابطة السببية فى حالة المسئولية الخطئية. ومعنى ذلك أنه لا يكفى من المضرور أن يثبت خطأ المدعى عليه والضرر، بل يجب أيضا إثبات علاقة السببية المباشرة بين الخطأ والضرر^(٢).

(٢) ملف ١٩١٩/٢/٢٢، بتاريخ ١٩٨٢/١/٦.
(١) مولفنا، مسئولية الإدارة عن أوجه بطلان السبب والغاية فى القرار الإدارى، مرجع سبق ذكره، ص ٢٨٤ وما بعدها.

خاتمة

كنا قد طرحنا فى مقدمة هذه الدراسة ثلاثة أسئلة رأينا أنه من المهم الإجابة عليها وهى:

- من له الحق فى الطعن أمام القضاء الإدارى فى القرارات الإدارية القابلة للانفصال فى مجال العقود الإدارية فى ضوء القرار بقانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤ بتنظيم بعض إجراءات الطعن على عقود الدولة؟

- ما هى أوجه الطعن التى يجب أن يستند إليها الطاعن فى خصوص القرارات الإدارية القابلة للانفصال فى مجال العقود الإدارية فى ضوء أوجه بطلان أركان العقد الإدارى؟

- ما هى الطرق المقررة للطعن فى القرارات الإدارية القابلة للانفصال فى مجال العقود الإدارية فى ضوء ظهور نظام القضاء المستعجل الموضوعى قبل التعاقدى لدى كل من المشرع الأوروبى والفرنسى؟

وقد تناول الباب الأول بعنوان إجراءات وأوجه الطعن فى القرارات الإدارية القابلة للانفصال فى مجال العقود الإدارية، الإجابة على كل من السؤالين الأول والثانى، حيث تم تقسيمه إلى فصلين:

الأول بعنوان إجراءات الطعن فى تلك القرارات فى ضوء القرار بقانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤، وقد تناولنا فيه أنه حتى نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين لم تكن فكرة القرارات القابلة للانفصال قد عرفت بعد، ولذا كان الطعن يتم على العملية التعاقدية ككل متكامل، فلم تكن تقبل هذه العملية فى حينها التجزئة أو القسمة، الأمر الذى كان يصيب غير أطراف تلك العملية بظلم بين، حيث لم يكن يملك أى منهم الحق فى اللجوء للقضاء المختص طعناً على العقود الإدارية وذلك إعمالاً لنظرية نسبية أثر هذه العقود، والنسبة يقتصر الطعن بمقتضاها فقط على طرفى العقد، من هنا فقد

ابتدع مجلس الدولة الفرنسي فكرة القرارات الإدارية القابلة للانفصال فى العمليات المركبة بصفة عامة وفى العمليات التعاقدية بصفة خاصة، مما أتاح الفرصة للمتافسين أو لغير المتعاقدين بالطعن على تلك القرارات أمام قاضى تجاوز السلطة.

وقد استقرت هذه الفكرة، بل وانتشرت فى معظم دول العالم التى تبنت النظام الفرنسى. فى القضاء الإدارى، ومنها مصر بطبيعة الحال، وذلك إلى أن صدر القرار بقانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤ فى مصر ليقصر الحق فى الطعن على منازعات العقود الإدارية بما فى ذلك القرارات القابلة للانفصال عن هذه العقود، على أطرافها دون غيرهم، مما أعادنا مرة أخرى لما كان سائداً فى نهاية القرن التاسع عشر.

ولقد كان المبرر لدى المشرع المصرى فى هذا الخصوص ما تلاحظ له من كثرة القضايا التى أقيمت من الغير فى مجال العقود الإدارية وانتهت ببطلان الكثير من هذه العقود، مما كان لذلك أثر سلبى على العمليات الاستثمارية وبالتالي على الاقتصاد الوطنى، فأصدر المشرع هذا القانون رغبة منه فى استعادة الثقة فى تعاقدات الدولة وإرسال رسالة طمأننة للمستثمرين والممولين وغيرهم من الراغبين فى التعاقد مع الدولة.

وقد رأينا أن هذا القانون مشوب بشبهة عدم الدستورية لمخالفته لحق التقاضى ولمبدأ عدم تحصين أى من القرارات الإدارية وذلك بمقتضى المادة (٩٧) من دستور عام ٢٠١٤، ومخالفته كذلك لما ورد فى المادة رقم (٢٧) من هذا الدستور من ضرورة أن يلتزم النظام الاقتصادى بمعايير الشفافية والحوكمة وكفالة التوازن بين مصالح الأطراف المختلفة بما يحفظ حقوق العاملين ويحمى المستهلك، إضافة إلى مخالفته للمادة (٣٥) من ذات الدستور والتى تجعل المال العام فى الدولة ملك للشعب ملكية شيوخ، ومن ثم من حق أى مواطن أن يدافع عنه أمام القضاء وإلا كان هناك إخلال بمبدأ المساواة

وتكافؤ الفرص المنصوص عليه أيضاً في المادة (٥٣) من الدستور.
وبالفعل فقد أقيمت العديد من الدعاوى أمام المحكمة الدستورية العليا
طعنا على دستورية هذا القانون، وقد أعدت هيئة المفوضين بالمحكمة
الدستورية العليا تقريرها مرجحة عواره بشبهة عدم الدستورية.
ويعصرف النظر عن دستورية أو عدم دستورية القرار بقانون سالف
الذكر، فلنا أن نتساءل عن السبب الذي حدى بالقضاء الإدارى لأن يصدر
أحكامه بإلغاء العقود الإدارية التى أبرمت فى المجالات الاستثمارية
والاقتصادية بالدولة؟ ألم يكن هذا السبب هو تفضى ظاهرة الفساد، وما أدت
إليه هذه الظاهرة من ضياع للمال العام فى نطاق العقود الإدارية؟ ألم يكن
السبب المخالفات الصارخة للقوانين واللوائح فى مجال إبرام تلك العقود؟ أم
أن القضاء قد تطوع من عندياته لأن يصدر هذه الأحكام دون سند أو سبب
قانونى أو واقعى لذلك؟ أما كان من الأولى والأجدر بالمشرع أن يفعل الدور
الرقابى للأجهزة المعنية بتلك العقود فى المرحلة السابقة على إبرامها؟ أما
كان من الأولى والأجدر بالمشرع تغليب العقوبات على كل من تسول له
نفسه إفساد عمليات إبرام عقود الدولة لتحقيق مصالح واعتبارات خاصة أو
غير خاصة؟ خاصة أن القاعدة المنطقية تقضى أن البدايات الصحيحة تقود
إلى نتائج إيجابية أو سليمة، ومن هنا كان من الأولى والأجدر أن نتجنب
وقوع مرحلة الإبرام فى حومة الفساد والمفسدين؛ لنصل إلى التنفيذ السليم
للعقد المبرم، بما يعود بالنفع والخير على الاقتصاد الوطنى وكذلك على
برامج الدولة فى التنمية والتطوير من أجل مصلحة المواطنين أو بمعنى
أعم من أجل المصلحة العامة؟

وفى الفصل الثانى من هذا الباب تناولنا أوجه الطعن فى القرارات
الإدارية القابلة للانفصال فى مجال العقود الإدارية، وهذه الأوجه وإن كانت
تتفق مع الأوجه التى تصيب كافة القرارات الإدارية الأخرى، حيث ترجع فى

الحالتين إلى مخالفة تلك القرارات للمشروعية سواء أكانت مشروعية خارجية (الاختصاص والشكل) أم مشروعية داخلية (المحل - السبب - الغاية) إلا أنها تختلف في حالة القرارات الأولى من حيث الآثار والنتائج، إذ تؤدي ليس فقط إلى بطلان تلك القرارات في ذاتها، وإنما أيضا إلى بطلان العقود الإدارية التي تمخضت عنها، وذلك في حالة ما إذا تمسك بهذا البطلان أحد طرفي العقد أمام القضاء المختص وهي ما يقال له القضاء والكامل؛ بل إن الاتجاه الحديث في القضاء الإداري يتجه نحو بطلان تلك العقود حتى ولو لم يتمسك به أحد طرفي العقد. وهذا هو الذي دفع بالمشروع المصري - كما رأينا - أن يصدر القرار بقانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤ سالف الذكر.

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فقد اهتمت الدراسة ببيان العلاقة بين العيوب التي تصيب القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية، وتلك التي تصيب أركان هذه العقود ذاتها، والتي تتجسد في الرضا والمحل والسبب والتي يتعين أن تتوافر فيها شروط الصحة والسلامة، وأن تخلو من العيوب التي تؤدي إلى بطلان العقد، وهنا قد يحدث - في كثير من الأحيان - الخلط بين عيوب تلك الأركان والعيوب التي تصيب مشروعية القرارات والإجراءات السابقة على التعاقد، وهو ما حتم علينا إظهار أنهما وإن كان مستقلين بأحكامهما حيث تخضع الأولى لقواعد القانون المدني، وأن الثانية تخضع لقواعد القانون العام، إلا أنهما مرتبطان ويعملان في بوتقة واحدة وهي العقد الإداري ومدى صحته وسلامته. فركن الرضا مثلاً والذي يمثل جوهر الرابطة التعاقدية - إذ بدون التراضي والتلاقي بين إرادتي طرفي العقد لا يوجد عقد أصلاً - فإنه يشترط لصحته وسلامته طبقاً لأحكام القانون المدني أن يصدر عن شخص يتمتع بالأهلية القانونية، والأهلية بهذا المعنى يقابلها اختصاص الأشخاص الإدارية، ومن هنا قد يحدث الخلط بين عيوب الإجراءات السابقة على التعاقد وعيوب الرضا كركن في التعاقد، إذ

يرتبط كل منهما بالاختصاص، فالإجراءات والقرارات السابقة على التعاقد، وكذلك التعبير عن الرضا فى العقد الإدارى يجب أن يصدرأ عن المختص قانونا بذلك، وإلا كان البطلان حليفها، مع ملاحظة أن البطلان فى الحالة الأولى يتجسد فى مجرد الإلغاء لعدم المشروعية، ولا يصدر إلا عن قاضى تجاوز السلطة، وهذا الإلغاء قد لا يكون له أثر على انعقاد العقد، إذا لم يتمسك به أحد طرفيه أمام قاضى العقد، فى حين أن البطلان فى الحالة الثانية ينصب على العقد ذاته وبشكل مباشر، وقد يكون بطلانا مطلقا إذا تخلف أحد أركانه، وقد يكون بطلانا نسبيا إذا كان مرتبطا ببعض القواعد المقررة لصالح الإدارة وحدها... ولا يصدر إلا من قاضى العقد فى إطار ما يسمى القضاء الكامل، وما يقال عن ركن الرضا يقال أيضا عن ركن المحل وركن السبب وكذلك الشكل إذا تطلبه القانون، من هنا فقد ألمحنا عند دراسة كل وجه من أوجه عدم مشروعية القرارات الإدارية القابلة للانفصال إلى مدى العلاقة مع أوجه البطلان التى قد تصيب ركنا أو أكثر من أركان العقد الإدارى وأثر كل منهما على الآخر.

وفى الباب الثانى بعنوان طرق الطعن فى القرارات الإدارية القابلة للانفصال فى مجال العقود الإدارية فى ضوء آلية القضاء المستعجل الموضوعى قبل التعاقدى، فقد تناولنا من خلال ثلاثة فصول هذه الطرق وهى آلية القضاء المستعجل الموضوعى المشار إليها، وآلية وقف التنفيذ ثم آلية الإلغاء والتعويض فى هذا المجال.

هذا وقد أولينا اهتماماً خاصاً لموضوع الفصل الأول وهو المتعلق بآلية القضاء المستعجل الموضوعى قبل التعاقدى باعتباره ليس فحسب آلية حديثة النشأة، أو لأن تطبيقها يقتصر على دول الاتحاد الأوروبى بصفة عامة وفرنسا بصفة خاصة، وإنما أيضا لما يترتب عليها من حماية حقيقية لمبادئ العلانية والمساواة والشفافية وتكافؤ الفرص فى مرحلة إبرام العقد

الإدارى، وذلك باتخاذ إجراءات سريعة وفاعلة، بل وحاسمة لمواجهة كافة مظاهر الفساد التى من الممكن أن تحدث فى هذه المرحلة؛ وذلك قبل أن نصل إلى المرحلة التى لا يجدى فيها اكتشاف هذه المظاهر أو حتى معالجتها، خاصة مع غياب قاعدة أن ما بنى على الباطل باطل فى المجال الذى نحن بصدده.

ومن أهم سمات هذه الآلية أنها آلية قضائية، يتم الفصل فيها بحكم قضائى، وأنها مستعجلة، إذ يتم اللجوء إليها فى الحالات التى يخشى عليها من فوات الوقت وتتطلب ضرورة الحصول على الحماية القانونية العاجلة التى تعجز عن توفيرها الإجراءات القضائية العادية؛ ولذا يوكل الفصل فيها - كقاعدة - لقاض فرد يملك سلطة تقدير مدى وجود حالة الاستعجال من ظاهر الأوراق والمستندات ومن الظروف المحيطة بالدعوى، كما يملك الحق فى التأكد من وجود حق للمدعى يخشى ضياعه إذا تم إبرام العقد أو تنفيذه، وهى آلية تتم فى المرحلة السابقة على إبرام العقد؛ ولذا توصف بأنها تقنية وقائية، بل ومن أخطر سمات هذه الآلية، أنها لا تقتصر على إصدار حكم وقتى، كما هو الحال فى قضاء وقف التنفيذ العادى، وإنما حكم موضوعى فى الدعوى، بمعنى أنها تفصل فى موضوع الدعوى أو فى أصل الحق. ونتيجة لذلك فإن القاضى يتمتع فى خصوصها بسلطات غير مألوفة، إذ يملك توجيه أوامر إلى جهة الإدارة بأن تأتى عملاً ما أو بأن تمتنع عن عمل معين، كما يملك أن يأمر بوقف كافة القرارات الصادرة فى إطار العملية التعاقدية وإلغائها، وله كذلك أن يلغى بعضاً من شروط هذه العملية أو يبطل أى إجراء من إجراءاتها، وله أخيراً أن يأمر بغرامات تهيديّة؛ ورغم هذه السلطات الواسعة، إلا أنه لا يملك أن يحكم على جهة الإدارة بالتعويض.

هذا ولكل ذى مصلحة - حتى وإن كانت مصلحة محتملة - حق اللجوء إلى هذه الآلية، إضافة إلى أن هناك أشخاصاً لهم الحق قانوناً فى

مباشرتها وهم المحافظ واللجنة الاقتصادية بالاتحاد الأوروبي من خلال الدولة المعنية بالعملية التعاقدية، ويمثلها في هذا الشأن وزير الوصاية. حقيقة أن المشرع تطلب قبل اللجوء لتلك الآلية ضرورة التظلم الوجودي كشرط لقبولها، إلا أنه حدد في ذات الوقت مدة معينة لإقامتها وهي مدة عشرة أيام من تاريخ إرساء العطاء بل ويمكن تخفيضها في حالة الاستعجال.

وعلى أية حال يجب أن ترفع هذه الآلية قبل إبرام العقد، وإلا تم عدم قبولها. وأخيراً تجدر الإشارة إلى أن الحكم الصادر في هذه الآلية لا يقبل الاستئناف، وإن كان من الممكن الطعن عليه بطريق النقض أمام مجلس الدولة، ولكن خلال مدة خمسة عشر يوماً فقط من تاريخ صدور الحكم. ومن تيسيرات هذه الآلية أنه ليس بالضرورة توكيل محام لمباشرتها.

وكما هو واضح فإن هذه الآلية تجسد أداة فعالة وفاعلة في رقابة مدى سلامة التعاقدات الإدارية بما يضمن أن تنتزه هذه التعاقدات من مواطن الفساد والمنافع الشخصية التي تتحقق على حساب المصلحة العامة، إذ تهدف بصورة أساسية إلى درء كل مخالفة تصيب مبادئ العلانية والمنافسة والشفافية، الواجب مراعاتها في إبرام العقد الإداري.

من هنا فإننا ندعو المشرع المصري إلى تبني هذه الآلية، خاصة في ظل المناخ الاقتصادي الواعد في الدولة والنهضة المستدامة في المجال الاستثماري، وهو ما يتطلب ضرورة منح القاضي الإداري سلطات واسعة مثل توجيه أوامر للإدارة أو فرض غرامات تهديدية عليها، وأن يفصل على وجه الاستعجال في أصل الحق وهو ما تحققه تلك الآلية.

وفي الفصل الثاني من هذا الباب، تناولنا نظام وقف تنفيذ القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية، باعتباره إحدى طرق الطعن المتاحة في تلك القرارات، بل وهي الطريقة الوحيدة المستعجلة المتاحة أمام المتنازعين وأطراف العملية التعاقدية في مصر، وهي تختلف

بطبيعة الحال عن طريق القضاء المستعجل الموضوعى قبل التعاقدى سالف الذكر، فى كونها قضاء وقتياً ولا يمس أصل الحق، بل فقط لمواجهة مسائل عاجلة لا تحتل التأخير، وهى مرتبطة أو مقترنة دائماً بقضاء الإلغاء.

حقيقة أن هذه الطريقة تمثل استثناء من قاعدة النفاذ الفورى للقرارات الإدارية، إلا أنها تشكل فى مجال العقود الإدارية أهمية خاصة، إذ تعد من ناحية الطريقة المتاحة لكل ذى مصلحة من المتنافسين فى اللجوء إليها، لوقف تنفيذ القرارات المرتبطة بالعملية التعاقدية، قبل أن تنتج هذه العملية عقداً يصعب التعامل معه من غير أطرافه، فهى بذلك تكبح جماح الإدارة ومحاولتها الخروج على مبدأ المشروعية، وذلك فى وقت مبكر قبل إبرام العقد، بما مفاده أن هذه الطريقة تعالج إلى حد ما بطيء إجراءات التقاضى، عما إذا تم الطعن على تلك القرارات بدعوى الإلغاء أمام قاضى تجاوز السلطة.

مع ملاحظة أن هذه الطريقة ليست قصراً على القرارات التى تصدر فى المرحلة السابقة على إبرام العقد الإدارى، وإنما قد تستخدم بالنسبة لبعض القرارات التى يمكن فصلها عن العملية التعاقدية فى مرحلة ما بعد إبرام العقد، أى فى مرحلة التنفيذ، وذلك فى حالة ما إذا كانت هذه القرارات مستندة إلى القوانين واللوائح، وليست إلى الشروط التعاقدية.

ووقف التنفيذ لا يقتصر فى مصر على القرارات غير المشروعة، وإنما يتناول أيضاً القرارات المنعدمة والتى لا يتقيد الطعن فيها بمواعيد معينة، إذ تخضع للقاعدة العامة فى التقادم الطويل؛ فى حين أن مجلس الدولة الفرنسى يرى أن مثل هذه القرارات تعد من أعمال الغضب، ومن ثم يجب أن يختص بالنظر فيها فقط القضاء العادى، وهو ما كان موضع هجوم ونقد من جانب عدد كبير من الفقهاء الذين يرون أنه إذا كان من المتصور وقف التنفيذ فى القرارات المعيبة بعيب بسيط، فإنه من باب أولى أن يتم وقف تنفيذ

القرارات المنعدمة والتي تكون المخالفة القانونية فيها أشد جسامة.
وبالنسبة للقرارات السلبية، فإن القضاء الإدارى المصرى وإن كان
مستقراً على جواز وقف تنفيذها، إلا أن القضاء الإدارى الفرنسى لم يكن
يجيز وقف تنفيذها، إلا إذا كان يترتب عليها تعديل فى المراكز القانونية أو
الواقعية السابقة عليها، وذلك إلى أن صدر التقنين القضائى الجديد لعام
٢٠٠١ وإنشاء القضاء الإدارى المستعجل، فأصبح من الجائز بدءاً من هذا
التاريخ وقف تنفيذ القرار الإدارى إيجابياً كان أم سلبياً.

وعلى أية حال فإنه يشترط لطلب وقف التنفيذ ضرورة توافر شرطين
أساسيين، أولهما الاستعجال بأن يكون من شأن تنفيذ القرار تحقق نتائج يتعذر
تداركها، والشرط الثانى الجديدة، ويعنى أن إيداع الطالب بحسب الظاهر من
الأوراق وواقع الحال يستند إلى أسباب قانونية جديدة تبرر إلغاءه لعدم
المشروعية.

وفى الفصل الثالث والأخير من هذا الباب، تناولنا قضائى الإلغاء
والتعويض فى خصوص القرارات التى نحن بصدددها وهى القابلة للانفصال
فى مجال العقود الإدارية، وذكرنا أن قضاء الإلغاء يمثل الطريق الأصل فى
هذا المجال، بل هو الإطار الذى تعمل من خلاله كافة الطرق الأخرى؛ إلا
أن ما يعيبه البطيء فى إجراءاته وما قد يترتب على ذلك من فوات
المصلحة، خاصة بالنسبة لغير أطراف العقد الإدارى، حيث لا يفصل فى
طلب الإلغاء غالباً إلا بعد إبرام العقد، وفى مرحلة التنفيذ، أو حتى بعد إتمام
هذا التنفيذ.

والطعن بالإلغاء فى القرارات القابلة للانفصال سواء فى المرحلة
السابقة على إبرام العقد أم فى مرحلة التنفيذ لا يكون - كما هو الحال فى
طلب وقف التنفيذ - إلا لسبب عدم مشروعية تلك القرارات، أما إن كان
مستنداً إلى الشروط التعاقدية، فإنه لن يكون مقبولاً أمام قاضى تجاوز

السلطة، وإنما فقط أمام قاضى العقد، إلا إذا كانت هذه الشروط ذاتها غير مشروعة بالنظر إلى القوانين واللوائح الحاكمة للعملية التعاقدية، إذ يجوز فى هذه الحالة طلب إلغائها أمام قاضى تجاوز السلطة.

هذا وإن كان من الجائز الطعن بالإلغاء سواء فى فرنسا أم فى مصر على قرار إبرام العقد الإدارى، إلا أنه لا يجوز فى البلدين أيضاً الطعن على العقد ذاته بهذا الطريق، باعتبار أن عناصر تكوينه لا تكون إلا نتيجة توافق إرادتين بإيجاب وقبول لإنشاء التزامات تعاقدية تقوم على التراضى بين طرفيه.

وأخيراً أشرنا إلى أمر فى غاية الأهمية وهو أثر الحكم بإلغاء القرار المنفصل على العملية التعاقدية، وقد انتهينا إلى أن حجية هذا الحكم وإن كانت ذات أثر فاعل فى تحقيق نتائجها والتي تتمثل فى إبطال كل ما بنى على هذا الحكم من تصرفات قانونية، إلا أن أعمال هذا الأثر لا يكون فى مجال العقود الإدارية، إلا من خلال قاضى العقد ووفقاً لتقديره، إذ لا يمكن أن يصدر حكم بإلغاء القرار المنفصل، ويؤدى تلقائياً إلى اعتبار العقد الذى تمخض عنه باطلاً، بل لابد وأن تقام دعوى بهذا المعنى أمام قاضى العقد، ذلك أن نظرية القرارات المنفصلة تتطوى فقط على مهاجمة تلك القرارات لا على مهاجمة العقد الذى تمخض عنها، بل ويجب أن يتمسك بهذا الإلغاء فقط أحد طرفى العقد إعمالاً لمبدأ نسبية أثر العقد؛ وإن كان الواقع العملى أثبت قبول القضاء الإدارى دعاوى الغير فى هذا المجال وأبطل الكثير من العقود الإدارية كما رأينا عند دراسة من له الحق فى الطعن على القرارات القابلة للانفصال فى هذا المجال.

وفى المبحث الثانى من هذا الفصل تناولنا وبصورة موجزة أحكام التعويض عن أضرار تنفيذ القرارات الإدارية القابلة للانفصال فى مجال العقود الإدارية، ورأينا أنها لا تختلف كثيراً عن أحكام وقواعد مسئولية

الإدارة بصفة عامة والتي تتمثل في الخطأ سواء أكان خطأ شخصياً أم خطأ مرفقياً، والضرر الذي يصيب أصحاب المصلحة نتيجة هذا الخطأ، بما مفاده ضرورة أن تكون هناك علاقة سببية بين هذين الأمرين (الخطأ والضرر) فإن لم تكن هناك مثل هذه العلاقة، كأن يكون الضرر نتيجة قوة قاهرة، أو خطأ الغير أو حتى خطأ صاحب الشأن ذاته، فإن التعويض يصبح غير مستحق وبالتالي فإن المطالبة به قضائياً تكون مرفوضة.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين،،

قائمة المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية:

دكتور/ إبراهيم الحسن:

قضاء الإلغاء في نطاق العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة دمشق، ٢٠١٠.

دكتور/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل:

البطلان الجزئي والتصرفات القانونية، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٨.

دكتور/ إبراهيم طه الفياض:

العقود الإدارية (النظرية العامة وتطبيقاتها في القانون الكويتي والمقارن مع شرح قانون المناقصات الكويتي رقم ٣٧ لسنة ١٩٦٤)، مكتبة الفلاح، الطبعة الأولى، ١٩٨١.

دكتور/ إبراهيم عبد الحلیم:

- أثر العقود الإدارية بالنسبة للغير (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، سنة ١٩٩٤.

دكتور/ إبراهيم محمد علي:

آثار العقود الإدارية، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، سنة ٢٠٠٣.

دكتور/ أحمد خورشيد حميد المفرجي:

وقف تنفيذ القرارات الإدارية عن طريق القضاء، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٥.

دكتور/ أحمد عثمان عياد:

مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٣.

أشرف محمد خليل حماد:

نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية، رسالة

ماجستير مقدمة إلى جامعة الدول العربية، معهد البحوث والدراسات العربية،
٢٠٠٦.

دكتور/أنس جعفر ود. أشرف أنس جعفر:

العقود الإدارية (دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات مع دراسة لعقود
(B.O.T)، ط٥، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١.

دكتور: الشافعي محمود صالح:

آليات تنفيذ الأحكام الصادرة ضد الإدارة في مجال المنازعات الإدارية،
مطبعة مراد أبو المجد، الطبعة الأولى، ٢٠١٣.

دكتور/ بوطريكي ميلود"

القرارات الإدارية المنفصلة (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق،
جامعة محمد الأول، المغرب، ٢٠٠٥.

دكتور/ثروت بدوي:

تدرج القرارات الإدارية ومبدأ المشروعية، ١٩٧٠.

دكتور/ ثروت عبد العال :

الإشكالات الوقتية في تنفيذ الأحكام الإدارية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥.

دكتور/ثورية لعيوني:

معيار العقد الإداري، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، ١٩٨٧.

دكتور/جابر جاد نصار:

- المناقصات العامة (دراسة مقارنة) في القانونين المصري والفرنسي

والقانون النموذجي للأمم المتحدة (اليونسترال)، ط٢، دار النهضة العربية،
القاهرة، بدون سنة نشر.

- مسئولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية، قضاء التعويض، دار
النهضة العربية، ١٩٩٥.

دكتور/جمال أحمد عباس عثمان:

العقد الإدارى وقضاء الإلغاء، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ١٩٨٢.

دكتور/جميل الشرقاوى:

نظرية بطلان التصرف القانونى فى القانون المدنى المصرى، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٥٦.

دكتور/جورجى شفيق سارى:

القرارات القابلة للانفصال فى القانون الإدارى، (دراسة تحليلية مقارنة فى القانونين الفرنسى والمصرى)، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٢.

دكتور/حاتم على لبيب جبر:

نظرية الخطأ المرفقى، دكتوراه، حقوق القاهرة، ١٩٦٩.

دكتور/حسن عبد الرحيم السيد:

الشفافية فى قواعد وإجراءات التعاقد الحكومى فى دولة قطر، بحث منشور فى مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، ع٣٩٤، يوليو ٢٠٠٩.

المستشار/حسن عبد السلام جابر:

الطلبات المستعجلة فى قضاء مجلس الدولة، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، ١٩٩٨.

دكتورة/حفيظة السيد حداد:

العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار الفكر الجامعى، الإسكندرية، ٢٠٠١.

دكتور/حمدى حسن الحلقاوى:

ركن الخطأ فى مسئولية الإدارة الناشئة عن العقد الإدارى، بدون دار نشر، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢.

دكتور/حمدى على عمر:

- المسئولية التعاقدية للإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦.

- سلطة القاضى الإدارى فى توجيه أوامر للإدارة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣.

دكتور/حمدى ياسين عكاشة:

الخصخصة الفاسدة ومخططات بيع مصر، طبعة ٢٠١٤.

دكتور/خالد أحمد حسن إبراهيم:

الرقابة القضائية على الإجراءات السابقة على العقد الإدارى، دراسة مقارنة، دكتوراه، حقوق القاهرة، ٢٠١٧.

دكتور/دريد عيسى إبراهيم:

الرقابة على إبرام العقد الإدارى بطريق المناقصة العامة، دراسة مقارنة، دكتوراه، حقوق عين شمس، ٢٠١٦.

دكتور/ رأفت دسوقى محمود:

فكرة التحول فى القرارات الإدارية، دار الفكر الجامعى، الإسكندرية، ٢٠٠٤.

دكتور/ رمضان محمد بطيخ:

الاتجاهات المتطورة فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى للحد من سلطة الإدارة التقديرية وموقف مجلس الدولة المصرى منها، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤.

دكتور/رمزى الشاعر:

قضاء التعويض، مسئولية الإدارة عن أعمالها غير التعاقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.

دكتور/زكى محمد محمد النجار:

نظرية البطلان فى العقود الإدارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٨١.

دكتور/سامى حامد سليمان:

نظرية الخطأ الشخصى فى مجال المسئولية الإدارية، مكتبة النهضة
المصرية، القاهرة، ١٩٨٨.

دكتور/سعاد الشرقاوى:

آفاق جديدة أمام المسئولية الإدارية والمسئولية المدنية، بحث منشور بمجلة
العلوم الإدارية، السنة الحادية عشر، العدد الثانى، أغسطس ١٩٦٩.

دكتور/سليمان محمد الطماوى:

- الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربى،
٢٠١١.

- القضاء الإدارى - قضاء الإلغاء، دار الفكر العربى، ٢٠١٥ (نسخة
مراجعة ومنقحة).

الأستاذة/سوزان عدنان الأستاذ:

الطعن فى القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد الإدارى (دراسة
مقارنة)، بحث دبلوم القانون العام، جامعة دمشق، سنة ١٩٩٦ - ١٩٩٧.
دكتور/سيد أحمد محمد جاد الله:

سلطة القاضى إزاء العقد الإدارى، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة
القاهرة، ٢٠٠٧.

دكتور/ شريف يوسف خاطر:

دور القضاء الإدارى المستعجل فى حماية الحريات الأساسية، دار النهضة
العربية، ٢٠٠٩.

دكتور/شعبان أحمد رمضان:

مدى جواز الطعن بالإلغاء فى منازعات العقود الإدارية، دراسة تحليلية نقدية
فى النظامين الفرنسى والمصرى، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩.

دكتور/صبرى محمد السنوسى محمد:

الإجراءات أمام القضاء الإدارى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨.

دكتور/صلاح الدين فوزى:

- الفساد الإدارى وآليات مكافحته، بحث منشور بمجلة البحوث القانونية، سنة ٢٠١١.

- قانون المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ - المشاكل العملية والحلول القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.

دكتور/عادل الطبطبائي:

الطعن بتجاوز السلطة فى مجال العقود الإدارية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة الحادية عشر، ع٢، سبتمبر ١٩٨٧، ص٢٣.

دكتور/عاطف محمد شوقى سيد أحمد الشهاوى:

القرارات الإدارية القابلة للانفصال فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى والمصرى، رسالة دكتوراه مقدمة إلى جامعة عين شمس.

دكتور/عايدة مصطفى عبد الفتاح:

القرار الإدارى الباطل والقرار المعدوم، الطبعة الأولى، ١٩٩٧.

دكتور/عبد الحميد الشواربى:

العقود الإدارية فى ضوء الفقه - القضاء - التشريع، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٣.

دكتور/عبد الحميد كمال حشيش:

القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة (دراسة مقارنة بين القانونين المصرى والفرنسى)، ج١، مجلة مصر المعاصرة، ع٣٦٢، أكتوبر ١٩٧٥.

دكتور/عبد الرؤوف هاشم بسيونى:

قرينة الخطأ فى المسؤولية الإدارية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥.

دكتور/عبد الرزاق أحمد السنهورى:

الوسيط فى شرح القانون المدنى، نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام، المجلد الثانى، الطبعة الثالثة، تنقيح المستشار/ مصطفى الفقى

والدكتور/ عبد الباسط جميعي، دار النهضة العربية، ١٩٨١.

دكتور/ عبد العزيز عبد المنعم خليفة:

قضاء الأمور الإدارية المستعجلة (وقف تنفيذ القرار الإداري)، ط١، المركز

القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠٠٨.

دكتور/ عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد:

مصادر الإجراءات القضائية، مطبعة حمادة، القاهرة، ١٩٩٤.

دكتور/ عبد الفتاح أبو الليل:

أساليب التعاقد الإداري بين النظرية والتطبيق، رسالة دكتوراه، جامعة

الزقازيق، الزقازيق، ١٩٩٤.

دكتور/ عبد الله حنفي:

العقود الإدارية، الكتاب الأول، ماهية العقد الإداري وأحكام إيرامه، دار

النهضة العربية، ١٩٩٩.

دكتور/ عبد الله نواف العنزي:

سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات في العقود الإدارية في القانون الكويتي

والمقارن، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، ٢٠٠٨.

دكتور/ عبد المنعم جيرة:

آثار حكم الإلغاء، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، رسالة

دكتوراه، جامعة القاهرة، سنة ١٩٧١.

دكتور/ عثمان ياسين على:

تسوية المنازعات الناشئة في مرحلة إيرام العقود الإدارية، ط١، منشورات

الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٥.

دكتور/ عصمت عبد الله الشيخ:

- جدوى نظام وقف تنفيذ القرارات الإدارية في تحقيق التوازن بين

الإدارة والأفراد، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.

- الوسائل القانونية لضمان تنفيذ الأحكام الإدارية، دار النهضة العربية،
٢٠٠٩.

دكتور/ عليوة مصطفى فتح الباب:

- الموسوعة العملية فى المناقصات والمزايدات وعقود الجهات
الإدارية، دار الفكر العربى، القاهرة، ١٩٩٩.

- القرار الإدارى الباطل والقرار المعدوم، دار النهضة العربية، الطبعة
الأولى، ١٩٧٧.

دكتور/ عمر حلمى فهمى:

طبعة اختصاص القضاء الإدارى بمنازعات العقود الإدارية، دار النهضة
العربية، القاهرة، ١٩٩٣.

المستشار/ فتحى عطية السيد مصطفى:

الحلول العملية لمشكلات المناقصات والمزايدات الناشئة عن تطبيق القانون
رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ وتعديلاته، ط٤، مطابع الشرطة للطباعة والنشر
والتوزيع، مصر.

دكتور/ فتحى فكرى:

- مسئولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية، دار النهضة العربية،
١٩٩٥.

دكتورة/ مارينا هاشم شعبان الحنيطي:

القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقود الإدارية "دراسة مقارنة بين
القانونين الفرنسى والأردنى"، رسالة ماجستير، كلية الدراسات القانونية العليا،
جامعة عمان العربية للدراسات العليا، عمان، ٢٠٠٧.

دكتور/ مال الله جعفر عبد الملك الحمادى:

ضمانات العقد الإدارى، ط٢، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٠.

دكتورة/ منال قاسم خصاونة :

النظام القانونى للغرامة التهديدية، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٧.

دكتور/محمد بن سعيد بن حمد المجري:

الرقابة القضائية على العقود الإدارية فى مرحلتى الانعقاد والتفويض،
رسالة دكتوراه، كلية الحقوق ، جامعة الإسكندرية ، دون سنة نشر.

دكتور/ محمد باهى أبو يونس:

الغرامة التهديدية كوسيلة لإجبار الإدارة على تنفيذ الأحكام الإدارية، دار
الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠١.

دكتور/ محمد حسين مجلى المجالى:

الضمانات الحديثة لتنفيذ الأحكام القضائية فى مواجهة الإدارة،
دكتوراه حقوق عين شمس، ٢٠١٨.

دكتور/محمد سعيد حسين أمين:

فكرة العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار النهضة العربية، القاهرة،
١٩٩٢.

دكتور/محمد سعيد غندور وعمار مرشحة:

دعوى القضاء المستعجل الموضوعى السابقة للتعاقد فى فرنسا، مجلة
المنارة، جامعة آل البيت، الأردن، م ٢٠، ع ٢/أ، ٢٠٠٤.

دكتور/محمد سمير محمد جمعة:

- إلغاء القرارات الإدارية القابلة للانفصال، دار الجامعة الجديدة،
الإسكندرية، ٢٠١٣.

- إلغاء القرارات الإدارية القابلة للانفصال، دراسة تحليلية تطبيقية
مقارنة فى القانونين الفرنسى والمصرى، دكتوراه، جامعة المنصورة،

٢٠١١.

دكتور/ محمد خالد عبد الفتاح محمد:

المشكلات العملية فى قانون المناقصات والمزايدات الجديد وأحكام العقود الإدارية، الطبعة الأولى ٢٠٠٩/٢٠١٠.

دكتور/محمد عبد الظاهر حسين:

الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مجلة الحقوق الصادرة عن جامعة الكويت، السنة الثانية والعشرون، العدد الثانى، يونيو، ١٩٩٨.

دكتور/محمد عبد العال السنارى:

الاتجاهات الحديثة للطعن بالإلغاء فى عقود الإدارة ، دراسة تحليلية ونقدية لأحكام القضاء الإدارى فى فرنسا ومصر، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٤.

دكتور/محمد عبد اللطيف:

تفويض المرفق العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.

دكتور/محمد عبد الله حمود:

النظام القانونى لإبرام العقد الإدارى عن طريق تقنينه، المناقصات (دراسة مقارنة بين التشريعين الإماراتى والبحرينى)، مجلة الحقوق، جامعة البحرين، كلية الحقوق، العدد الأول، ٢٠٠٥.

دكتور/محمد عبد الواحد الحميلى:

قضاء التعويض - مسئولية الإدارة عن أعمالها غير التعاقدية، دار النهضة العربية، ١٩٩٦.

دكتور/محمد فؤاد عبد الباسط:

وقف تنفيذ القرار الإدارى، دار الفكر الجامعى، الإسكندرية، ١٩٩٧.

دكتور/محمد كمال منير:

قضاء الأمور الإدارية المستعجلة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، ١٩٨٨.

دكتور/محمد ماهر أبو العينين:

قوانين المزايدات والمناقصات والعقود الإدارية (فى قضاء وإفتاء مجلس الدولة حتى عام ٢٠٠٤)، الكتاب الأول - إبرام العقد الإدارى، ط٢، بدون دار ومكان نشر، ٢٠٠٤.

دكتور/مصطفى أبو زيد فهمى:

القضاء الإدارى ومجلس الدولة، ط٤، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٦٨.

دكتور/مصطفى كامل محمد على:

الشروط والإجراءات السابقة على عمل السلطة المتعاقدة وآثارها على عقود الإدارة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، القاهرة، ٢٠٠٦.

دكتور/مطيع على حمود جبير:

العقد الإدارى بين التشريع والقضاء فى اليمن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠٦.

دكتور/مهند مختار نوح:

الإيجاب والقبول فى العقد الإدارى (دراسة مقارنة)، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠١.

دكتور/نواف كنعان:

النظام القانونى لإبرام العقود الإدارية (دراسة مقارنة وتطبيقية فى الأردن)، بحث منشور فى مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، المجلد ٢٥، العدد الأول، تموز ١٩٩٨.

دكتور/وهيب عياد سلامة:

الإلغاء الجزئى للقرارات الإدارية، دار النهضة العربية، ١٩٩٢.

ثانياً: المراجع باللغة الأجنبية:

Bandet (P.):

"La responsabilité encourue en matière des dommages de travaux publics et d'ouvrages publics", Berger- Levrault, 2002.

Benoit Delaunay:

Pour un intérêt à agir autonome en matière d'injonction, R.D.P. Paris, 2007.

Berteaud:

"De la responsabilité personnelle des fonctionnaires administratifs envers les particulières, thèse Bordeaux", 1922.

Brechon-Monlènes. Ch:

- Choix des procédures, choix dans les procédures, A.J.D.A., 1998.
- Droit des marchés publics, T1, Moniteur, Paris, 1999.
- Remarques sur la notion de nullité absolue dans le contentieux des contrats administratifs, J.C.P.G., 1973.

Chapus (René):

Droit du contentieux administratif. 7 édition, Montchrestien, Paris, 1998.

Charles Guettier:

L'administration et l'exécution des décisions de justice, A.J.D.A., Paris, 1999.

Charles (Hubert):

Actes rattachables et actes détachables en droit administratif français, contribution à une théorie de l'opération administratif, Paris, L.G.D.J., 1968.

Cot (P.):

La responsabilité civile des fonctionnaires publics, Thèse, Paris, 1922.

Couzinet. Ph:

Les nouveaux pouvoirs du juge en matière de

passation des marchés publics, R.M.P., N° 272, 1993.

Davignon Jean Francois:

"La responsabilité objective de la puissance publique",
Thèse doctorat, Grenoble, 1976.

**De Laubadère (André) – Moderne (Franck) et
Delvolvé (Pierre):**

- Traité des contrats administratifs, Tome 1, L.G.D.J.,
Paris, 1983.
- Traité des Contrats Administratifs, Tome 2, L.G.D.J.,
Paris, 1984.
- Traité élémentaire de droit administratif. L.G.D.J.,
Paris, 1953.

De Laubadère (André):

Traité théorique et pratique des contrats
administratifs, L.G.D.J., 1959.

Debbasch (Charles) et Ricci (Jean Claude):

Contentieux administratif. 5 édition, Dalloz, Paris,
1990.

Douc-Rasy:

"Les Frontières de la Faute Personnelle et de Service
en Droit Français", Thèse doctorat, Paris, 1963.

Dupeyroux (H.):

"Faute Personnelle Et Faute De Service", Thèse, Paris,
1922.

El-Attar. F.:

Les marchés de travaux publics, Paris, 1963.

Elhossein M.:

Le contentieux d'annulation, comme exception dans le
domaine du contrat administratif, Université de Paris-I,
1997.

Ghestin J.:

Nouvelles propositions pour un renouvellement de la

distinction des parties et des tiers, R.T.D.C., 1994.

Guerard (Stéphan):

La notion de détachabilité en droit administratif français, Lille II, 1997.

Haim. V:

Les choix du juge dans le contentieux des contrats administratifs, A.J.D.A., 1992.

Hoolo. G:

La pratique des référés administratifs, Gazette du Palais- Litec, Paris, 1993.

JEZE. G: Régime juridique des adjudications publiques, R.D.P., 1906.

Krassilchik (Michel):

La Notion d'acte détachable en droit administratif français, Paris, 1964.

Labettoulle. D:

Le projet de réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif, A.J.D.A., 1999.

Lagumina. S Et Philippe. E:

Le référé précontractuel, A.J.D.A., 2000.

Marie Gentot:

Le contrôle juridictionnel des actes autorités administratives indépendantes, L.G.D.J., Paris, 2003.

Maugue. Ch:

- Bilan de l'actualité communautaire, législative et réglementaire, A.J.D.A., 1993.
- Les variations de la liberté contractuelle dans les contrats administratifs, A.J.D.A., 1998.

Péquignot (Georges):

Contribution à la théorie générale du contrat administratif, Montpellier, 1948.

POUYAYD. D:

La nullité des contrats administratifs L.G.D.J., Paris, 1991.

Richer. L:

- Droit des contrats administratifs, L.G.D.J., Paris, 1995.

Rolin. F:

Accord de volontés et contrat dans les relations entre personnes publiques, Université Panthéon-Assas (Paris II), 1997.

Simler. Ph:

La nullité partielle des actes juridiques, L.G.D.J., Paris, 1969.

Vandermeeren R.:

Le référé administratif précontractuel, A.J.D.A., 1994.

**العلاقة ما بين مجلس النواب
وديوان المحاسبة الأردني في الرقابة على المال العام**

الباحث

د. منير يوسف المناصير

دكتوراه في القانون

ديوان المحاسبة الأردني

ملخص البحث

الحمد لله رب العالمين، والعاقبة للمتقين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .

يتناول هذا البحث موضوعاً مهماً على الصعيد النظري والعملي وهو العلاقة ما بين ديوان المحاسبة الأردني ومجلس النواب في الرقابة على المال العام "دراسة مقارنة" ، حيث تتجلى العلاقة الدستورية بين ديوان المحاسبة الأردني و مجلس الأمة بشكل رئيسي من خلال التقرير السنوي الذي يتضمن نتائج أعماله وتدقيقه وملاحظاته على أداء الجهات الخاضعة لرقابته بهدف تعزيز أسلوب ونمط العمل الرقابي الذي يكرس إمكانية المساءلة العامة واتخاذ القرارات المناسبة التي من شأنها دعم الإصلاح المؤسسي في أجهزة الدولة وإزالة الاختلالات المالية والإدارية فيها .

يعتبر ديوان المحاسبة الأردني عين السلطة التشريعية، الذي يعمل على ضبط التجاوزات المالية والإدارية، ومنع الاعتداء على المال العام، وتوثيق مخالفات السلطة التنفيذية في التقرير السنوي الذي يقدمه لمجلسي الأعيان والنواب، ولا يستطيع الديوان من القيام باختصاصاته، إلا إذا كان مستقلاً عن الجهة الخاضعة لرقابته، ويترتب على ذلك بأنه من الواجب العمل على فك ارتباط الديوان برئيس الحكومة، وربط تعيين وعزل رئيس الديوان بإرادة ملكية سامية بناءً على تنسيب رئيس مجلس النواب وموافقة أعضائه، وأن يتم التعيين لمدة محددة، كي يتمكن من أداء مهامه بحيادية وأمانة وتجرد.

حيث عالج هذا البحث العلاقة ما بين ديوان المحاسبة الأردني ومجلس النواب في الرقابة على المال العام "دراسة مقارنة" في ثلاثة مطالب في المطلب الأول تعرضنا إلى الإطار القانوني لديوان المحاسبة الأردني حيث مر ديوان المحاسبة في ثلاثة مراحل ، إما في المطلب الثاني شرحنا محل الرقابة المالية وبيننا إن محل الرقابة هو المال العام ، وفي المطلب الثالث تعرض البحث إلى علاقة ديوان المحاسبة بالسلطة التشريعية حيث أن علاقة ديوان المحاسبة مع السلطة التشريعية والتنفيذية والقضائية ترتبط في علاقة تكاملية تهدف في المحافظة على المال العام وتنضج هذه الصورة في ارتباط ديوان المحاسبة بمجلس النواب من الناحية الفنية بحيث يقوم بعمله

في الرقابة على المال العام وهو جزء من العمل الرقابي الذي يباشره مجلس النواب .

وأخيراً توصلنا من خلال البحث إلى عدد من النتائج والتوصيات ، هذا وسيجد القارئ الكريم في هذا البحث إننا لم نأل جهداً في سبيل تحقيق الغاية التي قصدناها، مبتغين بكل ذلك وجه الله سبحانه وتعالى .

Summary

Praise be to Allah, the Lord of the worlds, the end is for those who guard, and Prayer and Peace be upon our Prophet Mohammad Ashraf prophets, his family and companions, all of them.

This research deals with an important topic at the theoretical and practical level, It is the relationship between the Audit Bureau of Jordan and Parliament in the control of public funds "A Comparative Study", The constitutional relationship between the Audit Bureau and the National Assembly clarified mainly through the annual report, which contains the results of its audits and observations on the performance of auditees in order to enhance the method and pattern of regulatory work that establishes the possibility of public accountability and take appropriate decisions that will support the institutional reform in the state entities and remove administrative and financial imbalances.

the Audit Bureau is the eye of the legislative authority Which works to control the financial and administrative irregularities and to preventing abuse of public funds and documenting the irregularities the executive authority in the annual report submitted to the Senate and the parliament and the Audit Bureau cannot carry out its mandate unless it's independent of the auditee, This requires that you should work on disengagement the Audit Bureau with Prime Minister, and linking

appointment and removal of the Audit Bureau President by a Royal Decree upon the recommendation of the President of parliament and the approval of its members, and it shall be appointed for a specified period, to be able to perform his duties neutrally, honesty and impartiality.

This research addressed the relationship between the Audit Bureau and parliament in the control of public funds "A Comparative Study". There are three demands in the first demand offer the legal framework for the Audit Bureau, Since the Audit Bureau passed in three stages, In the second demand we explained the place of the financial controls and showed that the control place is the public funds, In the third demand Research showed the relationship between the Audit Bureau with the legislative authority and the relationship of the Audit Bureau with the legislative, executive and judicial authority are associated in a complementary relationship aimed to maintain of the public funds. This photo shows, In the Audit Bureau association with parliament technically, since do its work in the control of public funds which is part of regulatory work carried on by parliament.

We have come through this study to a number of conclusions and recommendations, thus a noble reader will find in this study that we have not preserve any effort in order to achieve the aim of this study, Intending to all that the face of God Almighty.

المقدمة:

تتجلى العلاقة الدستورية بين ديوان المحاسبة الأردني و مجلس الأمة بشكل رئيس من خلال التقرير السنوي الذي يتضمن نتائج أعماله وتدقيق وملاحظاته على أداء الجهات الخاضعة لرقابته بهدف تعزيز أسلوب ونمط العمل الرقابي الذي يكرس إمكانية المساءلة العامة واتخاذ القرارات المناسبة التي من شأنها دعم الإصلاح المؤسسي في أجهزة الدولة وإزالة الاختلالات المالية والإدارية فيها^(١).

وعليه نقول إن رقابة ديوان المحاسبة على الجهات الخاضعة لرقابته من وزارات ومؤسسات ودوائر حكومية وهيئات ليست محصورة بالرقابة على المال العام بمعناه الضيق بل اتسع مجالها لتشمل أيضا الرقابة الإدارية والرقابة على مردود الإنفاق ورقابة الأداء ، وهذا يتطلب من الباحث بيان ملامح الإطار التشريعي لديوان المحاسبة الأردني في المطلب الأول، وفي المطلب الثاني محل الرقابة المالية ، أما في المطلب الثالث سنبحث علاقة ديوان المحاسبة بالسلطة التشريعية .

* أهمية الموضوع:

يأتي هذا الموضوع لإلقاء الضوء على موضوع من الموضوعات التي تتسم بالأهمية وهو العلاقة ما بين مجلس النواب وديوان المحاسبة في الرقابة على المال العام وذلك من خلال دراسة بعض جوانبه في الدستور الأردني لعام ١٩٥٢ وتعديلاته وقانون ديوان المحاسبة رقم (٢٨) لعام ١٩٥٢ وتعديلاته والنظام الداخلي لمجلس النواب وتعديلاته لعام ٢٠١٣.

(١) التقرير السنوي الثاني والخمسون ٢٠٠٨، ص ١

*أسباب اختيار البحث:

١. لأهمية العلاقة ما بين مجلس النواب وديوان المحاسبة في الرقابة على المال العام .

٢. قلة - بل ندرة الأبحاث التي تناولت الموضوع .

٣. غياب التنظيم التشريعي لهذا الموضوع بشكل واضح في قانون ديوان المحاسبة والنظام الداخلي لمجلس النواب .

*منهج البحث: انتهجت في كتابتي لهذا البحث المنهج التحليلي ، لما يحققه هذا المنهج من مزايا.

*خطة البحث :

المطلب الأول : الإطار القانوني لديوان المحاسبة الأردني .

المطلب الثاني : محل الرقابة المالية .

المطلب الثالث: علاقة ديوان المحاسبة بالسلطة التشريعية.

*تمهيد وتقسيم:

يعتبر ديوان المحاسبة الأردني عين السلطة التشريعية، الذي يعمل على ضبط التجاوزات المالية والإدارية، ومنع الاعتداء على المال العام، وتوثيق مخالفات السلطة التنفيذية في التقرير السنوي الذي يقدمه لمجلسي الأعيان والنواب، ولا يستطيع الديوان من القيام باختصاصاته، إلا إذا كان مستقلاً عن الجهة الخاضعة لرقابته، وينترتب على ذلك بأنه من الواجب العمل على فك ارتباط الديوان برئيس الحكومة، وربط تعيين وعزل رئيس الديوان بإرادة ملكية سامية بناء على تنسيب رئيس مجلس النواب وموافقة أعضائه، وأن يتم التعيين لمدة محددة، كي يتمكن من أداء مهامه بحيادية وأمانة وتجرد.

إن حماية المال العام ومحاربة الفساد هو جزء من عملية وطنية لإرساء قواعد الحكم الرشيد وترسيخ نظم الشفافية والمساءلة في مؤسسات الدولة، وهي عملية شاقة وقد يطول أمدها ، وتتطلب تظافر جهود فئات المجتمع كافة

ومنظمات المجتمع المدني وقوى الإصلاح في التيارات السياسية خاصة وسائل الإعلام والدور الفاعل للأحزاب السياسية والنقابات والجمعيات (١) .
جاءت سلطة ديوان المحاسبة لتعزيز السلطات الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية من خلال الرقابة على المال العام. لضمان مشروعية التصرفات المالية ونلاحظ ان تاريخ الرقابة المالية سابق على الدستور (٢)، وسنتناول هذا البحث في ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : الإطار القانوني لديوان المحاسبة الأردني .

المطلب الثاني : محل الرقابة المالية .

المطلب الثالث : علاقة ديوان المحاسبة بالسلطة التشريعية

المطلب الأول

الإطار القانوني لديوان المحاسبة الأردني

لقد مر ديوان المحاسبة في ثلاثة مراحل وعليه سوف نعالج هذا المطلب في ثلاثة فروع :

الفرع الأول

المرحلة الأولى

أعلن الاعتراف بقيام إمارة شرق الأردن في الخامس والعشرين من أيار عام ١٩٢٣ وفحوى هذا الاعتراف هو وجود حكومة مستقلة في شرق الأردن برئاسة الأمير عبد الله على أن توافق عصابة الأمم، وبحيث تكون هذه

(١) جورج العبد : العوامل والآثار في النمو الاقتصادي والتنمية ، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، كانون الأول، ص ٢٣٦

(٢) إن كلمة دستور في الأردن لم تنتشر إلا بعد دستور ١٩٤٦ ثم دستور ١٩٥٢ ، إما قبل ذلك فإنه يسمى القانون الأساسي لعام ١٩٢٨ ، وكلمة دستور كلمة ذات أصل فارسي يقصد بها القاعدة أو الأساس أو البناء والقواعد القانونية كقاعدة عامة تنظم العلاقات الإنسانية وتحدد ضوابطها وحدودها والتي تعتبر أساسية في حياة الشخص المخاطب بها وذلك لأنها في مضمونها ونطاقها بناء وتأسيس ، د.نعمان أحمد الخطيب: الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الثقافة، ٢٠١٠، ص ٤٤٧ .

ومفهوم الدستور هو مجموعة القواعد القانونية التي تبين نظام الحكم في الدولة وعلاقته بالمواطنين ، للمزيد من التفصيل راجع د. محسن خليل :النظم السياسية والقانون الدستوري، الجزء الأول، النظم السياسية، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٧٢، ص ٢٢ .

الحكومة دستورية لكي تتمكن بريطانيا من القيام بتعهداتها الخاصة بهذه المنطقة على إن تبرم اتفاقية بين الطرفين خاصة بهذا الكيان^(١).
بعد أن استقرت إمارة شرق الأردن وتم إنشاء الإدارات الحكومية لتصرف شؤون البلاد فكان لا بد من وجود رقابة مالية فعالة على الإيرادات حيث تم إنشاء فرع في إمارة شرق الأردن في شهر كانون الثاني عام ١٩٢٨ سمي "بدائرة مراجعة الحسابات"، ثم في أواخر عام ١٩٣٠ تم استبدال هذا الفرع بمسمى آخر هو "دائرة تدقيق الحسابات" وذلك بموجب القرار الوزاري المنشور في الجريدة الرسمية رقم (٢٧١) تاريخ ١٩٣٠/٩/٨.

الفرع الثاني

المرحلة الثانية

تعود المرحلة الثانية إلى عام ١٩٣١ حينما صدر قانون تدقيق وتحقيق الحسابات حيث تم بموجبه تأسيس دائرة تدقيق وتحقيق الحسابات استناداً لأحكام المادة (١٩) من القانون الأساسي لإمارة شرق الأردن. يرتبط مدير دائرة تدقيق وتحقيق الحسابات برئاسة الوزراء ويترتب عليه عدة مسؤوليات :

١. فحص جميع حسابات الحكومة العامة و تفتيشها سواء أكانت متعلقة بالواردات والنفقات العامة او بحسابات الدوائر أو بحساب الأمانات والسلفات والأموال الخاصة الداخلة في قيود المالية^(٢).
٢. أن يقوم بالتدقيق بصورة تجعله يتأكد من إن الحسابات جارية على أصول صحيحة وإنها قيدت في أوقاتها بصورة موافقة وان التدابير المتخذة للحيلولة دون الشذوذ والتلاعب كافية فعالة^(١).

(١) الكتاب الأسود في القضية الأردنية العربية أصدرته اللجنة التنفيذية للمؤتمر الوطني في الحادي عشر من أيار عام ١٩٢٩، ص ١٩-٢١ من خطاب المنسوب السامي هربرت صموئيل
(٢) المادة (٢) من قانون تدقيق وتحقيق الحسابات لسنة ١٩٣١.

٣. وان يثبت من أن قوانين وأنظمة وتعليمات الحكومة المتعلقة بجميع الأمور المالية والحسابات قد عمل بها بدقة وان يلفت نظر مدير الخزينة إلى أي تقصير في مراعاتها^(٢).

٤. أن يراجع في جميع الأحوال الأوامر المالية وان يثبت من أن النفقات جارية بمقتضاه إما فيما يختص بالنفقات التي لم توضع لها مخصصات في الموازنة المالية فعليه أن يتحقق ما إذا كان قد صدر قانون من أجلها وان يرى في كل تأدية ما إذا كانت النقود التي أنفقت من الفصل قد استعملت للغاية التي خصص لها ذلك الفصل وإنها قيدت في حساب مادتها الخاصة^(٣).

٥. أن يبلغ مدير الخزينة فوراً في حال وجد أية مخالفة في الدفاتر أو النقد أو الطوابع أو اللوازم المسؤول عنها رئيس الدائرة ، وكذلك إذا وجد دفاتر الموظفين الثانويين في حالة غير مرضية أو اكتشف أية مخالفة^(٤).

٦. أن يطلع في جميع الأوقات على جميع الدفاتر والقيود والجداول التي تتعلق بالحسابات ويجب على مأموري المحاسبة أن يسهلوا له تفتيش هذه المستندات^(٥).

وإذا كان قرار مدير الخزينة مخالفاً لرأي مدير تدقيق وتحقیق الحسابات في أمر يتعلق بالحسابات العامة فيجب عليه أن يخبر رئيس الوزراء مباشرة ويكون قرار رئيس الوزراء في ذلك الأمر نهائياً^(١)، وهذا يدل على عدم استقلالية دائرة تدقيق وتحقیق الحسابات في عملية التدقيق والرقابة على

(١) المادة (٣) من قانون تدقيق وتحقیق الحسابات لسنة ١٩٣١.

(٢) المادة (٤) من قانون تدقيق وتحقیق الحسابات لسنة ١٩٣١.

(٣) المادة (٥) من قانون تدقيق وتحقیق الحسابات لسنة ١٩٣١.

(٤) المادة (٧) من قانون تدقيق وتحقیق الحسابات لسنة ١٩٣١.

(٥) المادة (٨) من قانون تدقيق وتحقیق الحسابات لسنة ١٩٣١.

(٦) المادة (٨) من قانون تدقيق وتحقیق الحسابات لسنة ١٩٣١.

السلطة التنفيذية وذلك لان الخصم والحكم في الحالة المشار إليها أعلاه هي السلطة التنفيذية .

ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هنا إلى أي جهة كانت تتبع دائرة تدقيق وتحقيق الحسابات في هذه المرحلة ؟

وللإجابة على هذا التساؤل نقول إن هذه المرحلة مرت على النحو الآتي :
في عام ١٩٣١ حدد قانون دائرة تدقيق وتحقيق الحسابات تبعية هذه الدائرة إلى رئاسة الوزراء وهذا ما نصت عليه المادة (٢) من القانون أعلاه " مدير تدقيق وتحقيق الحسابات مربوط برئاسة الوزراء ... " إلا أن هذا الارتباط لم يستمر طويلا لأنه في عام ١٩٣٩ تم فك الارتباط من رئاسة الوزراء وإعادة ربطها بوزارة المالية "، وفي عام ١٩٤٢ أعيد فك الارتباط كما كان عليه الحال في عام ١٩٣١ وتم ربط دائرة تدقيق وتحقيق الحسابات برئاسة الوزراء بموجب النظام الإداري رقم (١) لسنة ١٩٤٢ حيث نصت المادة (٢) على ما يلي " يفك ارتباط دائرة تدقيق وتحقيق الحسابات بوزارة المالية والاقتصاد وترتبط برئاسة الوزراء مباشرة وأخيرا في عام ١٩٤٩ وبموجب النظام الإداري رقم (١) لسنة ١٩٤٩ تم فك الارتباط من رئاسة الوزراء وربطها مرة ثانية مع وزارة المالية والاقتصاد واستمر هذا الوضع إلى عام ١٩٥٢ .

الفرع الثالث

المرحلة الثالثة

استمر تطبيق قانون تدقيق الحسابات إلى أن صدر قانون ديوان المحاسبة المعمول به حاليا رقم (٢٨) لسنة ١٩٥٢ والذي صدر استنادا لأحكام المادة (١١٩) من الدستور الأردني والتي نصت على ما يلي : " يشكل بقانون ديوان محاسبة لمراقبة إيرادات الدولة ونفقاتها وطرق صرفها " .

لقد اهتم المشرع الدستوري الأردني بتنظيم السلطات الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية وكل من هذه السلطات الثلاث لها رقابة من نوع معين على المال العام إلا أن المشرع الدستوري استشعر أهمية الرقابة المالية وأثرها في الحفاظ على المال العام من خلال وضع قيود وضوابط على سلطات الدولة المالية وخاصة عندما تجري تصرفاتها المالية بالإنفاق أو الإيراد أو طرق التصرف فنص على تشكيل ديوان المحاسبة بموجب المادة (١١٩) أعلاه حيث اصبح المشرع على تشكيله الصبغة الدستورية لهدف وهو إعطائه صفة التمييز لقانونه وضرورة تفيد المشرع القانوني بالنص الدستوري وعدم مخالفته لان الدستور هو أسمى قوانين الدولة على الإطلاق .

إن الرقابة المالية قاعدة جماعية تتطلق من ما تعارف عليه الناس منذ القدم وهو إن حماية المال العام أمر سيادي وضروري للحفاظ على كيانهم الوجودي ونظامهم السياسي وان هذا المال هو محصلة جهودهم ونتائج أعمالهم وحمايتهم واجبة عليهم .

المطلب الثاني

محل رقابة ديوان المحاسبة

تمهيد :

يعد ديوان المحاسبة الأردني أقدم جهاز رقابي وهو يمثل الأمة في الرقابة على المال العام^(١)، وان محل الرقابة هو المال العام^(٢)، والأموال التي تملكها

(١) إلا أن هنالك بعض التشريعات العربية تهدف إلى حماية الأموال العامة والأموال الخاصة التي تديرها أو تشرف عليها أي من الوحدات الخاضعة لرقابة ديوان المحاسبة والتثبيت من مدى ملائمة أنظمة الضبط والرقابة الداخلية وسلامة التصرفات المالية والإدارية وإتباعها للقوانين واللوائح والقرارات الإدارية (المادة ١/٨)، (المادة ٥/٢٠) من قانون الرقابة المالية والإدارية لدولة سلطنة عمان رقم (٢٠١١/١١)

(٢) لقد عرف قانون حماية المال العام وتجذب تضارب المصالح رقم (٢٠١١/١٢) المال العام بأنه " كل عقار أو منقول مملوك ملكية عامة أو خاصة للدولة أو لإحدى وحدات الجهاز الإداري بها أو الشركات التي تساهم فيها الحكومة بنسبة تزيد على (٤٠%) ، والأموال الخاصة التي تديرها أو تشرف عليها تلك الوحدات ، كأموال الوقف والزكاة وأموال الأيتام والقصر".

الدولة وأشخاصها المعنوية العامة تتمثل في نوعين: أموال خاصة وهذه تخضع للقواعد القانونية التي تنظم الملكية الخاصة للأفراد في القانون المدني والمنازعات التي تتعلق بهذه الأموال تخضع إلى اختصاص القضاء العادي وليس القضاء الإداري^(١)، أموال عامة تملكها الدولة تخضع لمبادئ وأحكام القانون الإداري وتمتاز بحماية خاصة نظرا لما تقوم به من تحقيق المنفعة العامة، فلا يجوز حجزها أو التصرف بها أو تملكها بالتقادم^(٢)، وفي حال حدوث نزاع حول الأموال العامة يتم اللجوء إلى القضاء الإداري للفصل بالنزاع.

تحتاج الوزارات والمؤسسات والدوائر الحكومية إلى أموال متنوعة، منها الثابتة ومنها المنقولة، وقد تكون هذه الأموال خاصة أو عامة، ومن البديهي أن الوزارات والمؤسسات والدوائر الحكومية حتى تتمكن من القيام بوظائفها كاملة، لا بد من أن تتاح لها الأموال اللازمة التي تمكنها من القيام بعملها المكلف به وفقاً للقوانين والأنظمة والتعليمات، لكن في نفس الوقت يتعين إحاطة هذه الأموال بحماية صارمة، وهذا ما يعرف بحماية المال العام من خلال الرقابة عليه من قبل ديوان المحاسبة.

وعليه سيتم تقسيم هذا المطلب على النحو الآتي :

(١) خالد سمارة الزعبي : القانون الإداري وتطبيقه في المملكة الأردنية الهاشمية، ١٩٩٣، ط٢، ص ٢٦٩

(٢) وكذلك لا تسقط بالتقادم وهذا ما قضت به محكمة التمييز الأردنية في قرارها رقم ١٩٩٥/٩٠١ (هيئة خماسية) تاريخ ١٩٩٥/٦/٢٥، منشورات مركز عدالة بأنه " قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم ١٩٩٥/٩٠١ (هيئة خماسية) تاريخ ١٩٩٥/٦/٢٥ منشورات مركز عدالة

" تحصيل رسوم خدمات المكاتب المهنية في المناطق البلدية وفق أحكام قانون تحصيل الأموال الأميرية يسبغ على هذا الرسوم صفة المال العام، ولما كانت هذه الأموال مخصصة للنفع العام عملاً بأحكام المادة(٤١) من قانون البلديات فإن حق المطالبة بهذه الرسوم لا يسقط بالتقادم، ولا ينطبق عليها حكم المادة(٤١) من قانون المدني ولا يعتبر من الحقوق الدورية المتجددة وان كانت هذه الرسوم تستحق على المكلف سنوياً كاجور المباني والمرتبات والمعاشات ولا تخضع للتقادم".

الفرع الأول

التعريف الفقهي

فالأموال العامة هي : كل شيء قابل للتملك والانتفاع به بطريقة مباشرة أو غير مباشرة تصرفاً واستغلالاً واستثماراً ، أما صفة العمومية للمال العام من خلال لفظ العامة فذلك بسبب أن لعموم الناس الحق في الانتفاع بها أو على الأقل مكنة الانتفاع بها سواء بصفة مباشرة أو غير مباشرة ووفقاً لشروط وضوابط معينة أو دون شروط وضوابط مسبقة^(١) .

ويذهب بعض الفقه كذلك^(٢) إلى اعتبار المال العام هو : " كل مال مملوك للدولة أو أحد أشخاصها المعنوية ... وتم تخصيصه لتحقيق المنفعة العامة" .

ومن جانبنا نلاحظ ومن خلال التعاريف السابقة أنها كلها تدور حول فكرة واحدة إلا وهي الجهة المالكة لتلك الأموال والهدف من اجلها وهو تحقيق النفع العام .

الفرع الثاني

التعريف التشريعي

اهتمت التشريعات بتأمين الحماية للأموال العامة لما لها من أهمية وما تؤديه من خدمات ، وقد اختلفت هذه الحماية في وسائلها ومداهها فذهب بعضها^(٣) إلى النص على هذه الحماية في الدستور لأهميتها القصوى ، واكتفت أنظمة أخرى^(٤) بالنص على هذه الحماية في قوانينها العادية من دون الدستور وهذا

(١) د . عبد الرسول عبد الرضى ، بحث بعنوان " النظام القانوني للأموال العامة في الكويت " مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، السنة الثامنة عشرة ، العدد الثالث ، ١٩٩٤ ، ص ٢٢٥ .

(٢) د . نواف كنعان ، القانون الإداري الأردني ، " الكتاب الثاني " ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٦ ، ص ٣٨٣ .

(٣) وهذا ما ذهب إليه المشرع العراقي في المادة(١٥) من الدستور الصادر سنة (١٩٧٠) ، والمشرع المصري في المادة(٣٣) من الدستور المصري لعام(٢٠٠٧) إذ نصت على أن " للملكية العامة حرمة ، وحمايتها ودعمها واجب على كل مواطن وفقاً للقانون الخ

(٤) يكون على النحو الآتي " للملكية العامة حرمة ، وحمايتها ودعمها واجب على كل مواطن وفقاً للقانون الخ .

ما ذهب إليه المشرع الأردني إذ لم ينص صراحة على وجوب حماية الأموال العامة في دستور المملكة الأردنية الهاشمية لعام (١٩٥٢) مكتفياً بالنصوص الواردة في القوانين الأخرى كالقانون المدني .

ونلاحظ هنا انه من الأهمية بمكان أن يكون هنالك نص صريح في الدستور الأردني أسوة بالمشرع العراقي والمصري ينص على حرمة المال العام وضرورة تحصينه وحمايته وتجريم الاعتداء عليه او المساس به.

نلاحظ إن . التشريعات الأردنية ، جاءت على ذكر مصطلح المال العام في العديد من المواضيع المختلفة إلا أنها لم تجمع على مدلول وافي للمال العام ، لذا جاءت تلك التعريفات غير منضبطة ، ومن أمثلة ذلك ما أورده القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦^(١) في المواد (٥٣ ، ٥٤ ، ٦٠) منه . فالمادة (٥٣) نصت على أنه : " كل شيء يمكن حيازته ماديا أو معنويا والانتفاع به انتفاعا مشروعاً ولا يخرج عن التعاون بطبيعته ، أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية " . أما المادة (٦٠) كانت أوضح في بيان المقصود بالمال العام ، حيث نصت على أنه : " تعتبر أموالاً عاماً جميع العقارات والمنقولات التي للدولة أو الأشخاص الحكيمية العامة والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى القانون أو النظام " (٢) .

(١) راجع نص المادة (٨٧) والمادة (٨٨) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ وتعديلاته .

(٢) من أمثلة الأموال العامة العقارية: الطرق، الميادين العامة، الجسور، المطارات، السكك الحديدية، المنتزهات العامة، الأنهار، السدود البحرية والنهرية، العقارات الحكومية والمباني المقامة عليها أو الملحقة بها، أبنية المتاحف، دور الكتب أو المكتبات، الآثار، معسكرات الجند، ينابيع المياه، الخ.....

من أمثلة الأموال العامة المنقولة: النقود المصرفية الحكومية، والأثاث الحكومية المكتبية وغير المكتبية، الكتب والوثائق بالمكتبات العامة، الأسلحة والذخائر الخاصة بالقوات المسلحة والشرطة الخ.....

بالإضافة إلى ذلك فقد عرف قانون صيانة أموال الدولة رقم (٢٠) لسنة ١٩٦٦ ، الأموال العامة على أنها : " أية أموال منقولة تعود للدولة أو لإدارة عامة أو صندوق مالي خاضع لإشرافها بما في ذلك النقود والسندات والتحويلات ذات القيمة المالية " (١).

أما فيما يتعلق بالنظام المالي رقم (٣) لسنة ١٩٩٤ فقد عرف الأموال العامة في نص المادة (٢) على أنها " الأموال المنقولة وغير المنقولة العائدة لأي دائرة أو مؤسسة بما فيها الإيرادات " .

وبالرغم من تفاوت بعض النصوص القانونية في المال العام حكماً إلا أن هنالك بعض التشريعات شملت العديد من الأموال بحمايتها شأنها شأن الأموال العامة بطبيعتها وهذا ما نصت عليه المادة (٢/ب) من قانون الجرائم الاقتصادية على أنه " وتشمل عبارة الأموال العامة لأغراض هذا القانون كل مال يكون مملوكاً أو خاضعاً لإدارة أي جهة من الجهات التالية أو لإشرافها :

١. الوزارات والدوائر والمؤسسات الرسمية العامة .
٢. مجلسا الأعيان والنواب .
٣. البلديات والمجالس القروية ومجالس الخدمات المشتركة .
٤. النقابات والاتحادات والجمعيات والنوادي .
٥. البنوك والشركات المساهمة العامة ومؤسسات الإقراض المتخصصة .
٦. الأحزاب السياسية .
٧. أي جهة يتم رفق موازنتها بشكل رئيس من موازنة الدولة .
٨. أي جهة ينص القانون على اعتبار أموالها من الأموال العامة " ومن جانبنا نلاحظ بأن أفضل تعريف للمال العام ما أورده القانون المدني الأردني المشار إليه أعلاه في المادة (٦٠) ، التي وضحت بشكل واضح

(١) المادة (٢) من قانون الجرائم الاقتصادية رقم (١١) لسنة ١٩٩٣ وتعديلاته .

عناصر المال العام وأهم الخصائص المميزة له مع بيان الغاية التي وجد من أجلها^(١).

وحسنا ما فعل المشرع الأردني في التشريعات المشار إليها أعلاه من توسع المشرع في تعريف المال العام لغايات توسيع الرقابة على المال العام وحمايته من التلاعب به .

الفرع الثالث

التعريف القضائي

عرفت محكمة التمييز الأردنية الأموال العامة بأنها^(٢) " هي جميع العقارات والمنقولات المملوكة للدولة أو الأشخاص الحكيمة العامة والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى القانون أو النظام فإذا ما ثبت مثل هذه الملكية فلا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بمرور الزمان"

وكذلك ذهبت في قراراتها إلى تعزيز منهج المشرع في توسيع مظلة دائرة المال العام ليشمل أموال بعض الجهات التي تباشر عليها الدولة الرقابة والإشراف ، ولكون هذه الأموال ينتفع فيها الجمهور منفعة عامة - وان كانت نسبية - لتعلقها بالنواحي الاقتصادية والاجتماعية ، وهذا ما قضت به من أن عبارة الأموال العامة تشمل أموال البنوك والشركات المساهمة ومؤسسات الإقراض الزراعي^(٣)

وهنا نشير إلى إن هنالك رقابة لديوان المحاسبة على حسابات البنك المركزي ، وكذلك في هنالك مديرية متخصصة للرقابة على الشركات التي

(١) أما بالنسبة لحماية المال العام فإنه هنالك نوعين من أنواع حماية المال العام وهما الحماية الجزائية والحماية المدنية وللمزيد من التفصيل راجع محمد احمد الفريحات: الحماية القانونية للمال العام ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق، الجامعة الأردنية، ١٩٩٦ ، ص ٦٥ وما بعدها .

(٢) قرار محكمة التمييز الأردنية بصفحتها الحقوقية رقم ٢٠٠٤/٢٢٦٦ (هيئة خماسية) تاريخ ٢٠٠٥/٢/٢٠ منشورات مركز عدالة .

(٣) تمييز جزاء رقم ٢٠٠٩/٢٤٨ (هيئة خماسية، منشورات مركز عدالة .

تساهم فيها الحكومة بنسبة تزيد عن (٥٠%) بالإضافة إلى وجود رقابة من قبل ديوان المحاسبة على أموال الإقراض الزراعي.

وبما إن المال العام ملكية عامة للشعب وهو المحرك الأساسي لنمو الاقتصاد وبناء الوطن بكافة قطاعاته المختلفة ، فالرقابة عليـة مطلب وطني يشترك فيه كل فرد من أفراد المجتمع ، وبالأخص في دولة مثل الأردن حيث الاعتماد بشكل رئيسي على الموارد المحلية المتمثلة في الضرائب والرسوم الجمركية هذا بالإضافة إلى المساعدات والقروض والهيئات كمصدر لموازنة الحكومة وخططها التنموية والاقتصادية والاجتماعية^(١).

المطلب الثالث

علاقة ديوان المحاسبة بالسلطة التشريعية

بداية نقول أن علاقة ديوان المحاسبة مع السلطة التشريعية والتنفيذية والقضائية ترتبط في علاقة تكاملية تهدف في المحافظة على المال العام وتتضح هذه الصورة في ارتباط ديوان المحاسبة بمجلس النواب من الناحية الفنية بحيث يقوم بعمله في الرقابة على المال العام وهو جزء من العمل الرقابي الذي يباشره مجلس النواب .

تمارس الدولة ثلاث وظائف قانونية وهي التشريع والتنفيذ والقضاء^(٢)، أما فيما يتعلق بالسلطة التشريعية فتعرف على إنها :هي السلطة التي تتولى سن القواعد القانونية الرقابية وإخراجها بألفاظ وإجراءات معينة^(٣)، وتستند هذه السلطة إلى هيئة منتخبة من الشعب وهو البرلمان ، وتمارس هذه الهيئة سلطة التشريع وفقاً للقواعد المحددة بالدستور الذي يعتبر القانون الأسمى للدولة، تملك السلطة التشريعية وسائل متعددة للرقابة كضمانة لعدم

(١) محمد ياسين الرحاحلة: دور ديوان المحاسبة في المحافظة على الأموال العامة في المملكة الأردنية الهاشمية في ظل المتغيرات المعاصرة، المجلة الأردنية في إدارة الأعمال، المجلد الثاني، العدد ٢، ٢٠٠٦، ص ٢٨٢

(٢) د محمد جمال عثمان جيريل: النظم السياسية، مطبعة حمادة الحديثة، ٢٠٠٥، ص ٢٩٠-٢٩١ .

(٣) د. جميل الشراوي: مبادئ القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٨٨.

المشروعية وعلى رأس هذه الوسائل سلطة وضع التشريع ، وكما وتملك مهمة الرقابة السياسية بأوجهها المتعددة ، كحق السؤال ، وحق الاستجواب، وحق التحقيق، وحق إيداء الرغبة ، وطرح موضوع للنقاش ، وقراءة وسماع العرائض المقدمة من الشعب، والمسائلة الوزارية، وتملك الهيئات التشريعية حق الرقابة المالية ، إذ تتبدى رقابة مجلس الأمة في المجال المالي بمهمة تشريعية حقيقية بموجبها تحدد الضرائب والرسوم المقابلة لخدمات عامة ، وكذلك مهمة تشريعية شكلية بالموافقة على الموازنة العامة ، والقروض العامة ومنح الامتيازات وبوجه عام الاتفاقات ذات الطبيعة المالية التي تحمل خزينة الدولة شيئاً من النفقات (١).

يرى بعض فقهاء القانون الإداري (٢) بأنه لا بد من توافر الأركان والعناصر التالية لقيام النظام البرلماني: برلمان منتخب من الشعب يمثل سيادته ويعبر عن نبضه، رئيس دولة غير مسؤول لا يمارس اختصاصات فعلية وإنما تعتبر اختصاصاته اسمية لأنه يباشرها بواسطة وزرائه، وزارة مسؤولة - سياسياً - أمام البرلمان، قيام العلاقة بين السلطات على أساس التعاون المتبادل بينهم (٣).

نظم الدستور الأردني العلاقة بين مجلسي الأمة (السلطة التشريعية) وبين السلطة التنفيذية على أساس أن كل سلطة من السلطتين مستقلة عن الأخرى في سبيل تحقيق الصالح العام وتوازن ما بين السلطتين على أساس تحديد الاختصاصات، وبما أن السلطة لا تتنازع على الاختصاص والأمة مصدر

(١) د. منصور صالح العواملة: الوسيط في النظم السياسية، المركز العربي للخدمات الطلابية، ١٩٩٣، ص ١٨٣، د. نعمان أحمد الخطيب: الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الثقافة، ٢٠١٠، ص ٣٨٣

(٢) د. مصطفى صالح العماوي: التنظيم السياسي والنظام الدستوري، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر، عمان، ٢٠٠٩، ص ٣١٤.

(٣) د. مصطفى صالح العماوي: التنظيم السياسي والنظام الدستوري، المرجع السابق، ص ٣١٤.

السلطات فإن كلاً من السلطتين التشريعية والتنفيذية تنبثق عن الأمة باعتبارها مصدرًا للسلطات.

تتولى السلطة التنفيذية وضع الخطط العامة لتنفيذ الأهداف العامة المراد الوصول إليها والطريق إلى ذلك هي الموازنة العامة ، وهي مطالبة بإدارة المال العام وفق أحكام الدستور والقوانين والأنظمة دون تجاوز أو إهمال . ويمتلك البرلمان السلطة في إجبار الحكومة ^(١) على الاستقالة وتملك الحكومة في الوقت نفسه سلطة حل مجلس النواب، بينما يكفل القضاء احترام القوانين الصادرة أصلاً عن السلطة التشريعية والتي تسهر السلطة التنفيذية على تنفيذها ليعاقب المخالف ويقام العدل حسب إرادة الأمة وفقاً للقانون فالسلطة التشريعية تخلق وتنشئ القواعد التشريعية المجردة وتطبقها الحكومة على المكلفين ويحاسب القضاء من يخالف تلك القواعد ^(٢)، وتلعب تقارير ديوان المحاسبة على النحو الذي سوف نشير إليه لاحقاً دوراً حيوياً في معاونة أعضاء مجلس النواب في بسط رقابته على نشاط الحكومة إذ إن علاقة ديوان المحاسبة بمجلس النواب وثيقة .

تناط السلطة التشريعية بمجلس الأمة والملك ويتألف مجلس الأمة من مجلسي الأعيان والنواب ^(٣)، تمارس السلطة التشريعية الرقابة على عمليات تحصيل وإنفاق الأموال العامة ، حيث تكفل دساتير مختلف الدول حق السلطة التشريعية في الرقابة على عمليات تنفيذ الموازنة قبل وأثناء وبعد انتهاء السنة المالية ، وتعمل الرقابة البرلمانية على التأكد من أن تنفيذ الموازنة

(١) تستعمل كلمة حكومة من أجل التعبير عن عدة معاني منها: الوزارة أو السلطة التنفيذية وقد يفصد بها مجموع السلطات الدستورية والتي تشمل السلطة التشريعية والسلطة القضائية والسلطة القضائية ، د. نعمان احمد الخطيب: الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري المرجع السابق ، ص ١٩٥ وما بعدها .

(٢) د. غالب محمد القرالة: القضاء المدني الأردني، الطبعة الأولى ، دون دار نشر ، عمان ، ١٩٩٤ ، ص (٥٠-٥١).

(٣) المادة (٢٥) من الدستور الأردني وتعديلاته لسنة ١٩٥٢ .

العامة تم وفقاً لما أقره البرلمان (السلطة التشريعية) من إيرادات عامة ونفقات عامة .

إن الرقابة على الأموال العامة هي من اختصاص السلطة التشريعية كي تضمن التزام الحكومة بالجباية والإنفاق وفقاً لما قرره السلطة التشريعية بموجب الموازنة^(١)، وتُمارس السلطة التشريعية نوعين من الرقابة أولاً : الرقابة السابقة من خلال سلطتها في إجازة أو تعديل أو تخفيض ما يحتويه مشروع قانون الموازنة كون المجلس هو صاحب السلطة في إقرار الموازنة العامة وكذلك يمارس رقابة مرافقة لعمليات تحصيل وإنفاق الأموال العامة أثناء السنة المالية ، حيث اشترط قانون الموازنة العامة للسنة المالية رقم (٣) لسنة ٢٠١٦ على ضرورة حصول موافقة السلطة التشريعية على نقل المخصصات من باب إلى آخر وهذا ما نصت عليه المادة (٨/أ) على أنه " لا يجوز نقل المخصصات من فصل إلى آخر إلا بقانون" ، بالإضافة إلى ذلك فقد حدد الدستور الوسائل التي يستعملها مجلسي الأعيان و النواب في الرقابة على أعمال الحكومة وهي: حق السؤال ، الاستجواب وهذا ما نصت عليه المادة (٩٦) من الدستور الأردني " لكل عضو من أعضاء مجلسي الأعيان والنواب أن يوجه إلى الوزراء أسئلة واستجابات حول أي أمر من الأمور العامة وفقاً لما هو منصوص عليه في النظام الداخلي للمجلس الذي ينتمي

(١) د. عنان ضنواي : علم المالية العامة، دار المعارف العمومية، طرابلس، ١٩٩٢، ص٣٢٨، ونشير هنا إلى المساءلة والتي تعني تحقيق الأهداف والنتائج للبرامج الحكومية وتوفير الخدمات الحكومية بكفاءة واقتصاد وفاعلية مع الالتزام بالقوانين والأنظمة والتعليمات السارية المفعول محمد ياسين الرحاطة: دور ديوان المحاسبة في المحافظة على الأموال العامة في المملكة الأردنية الهاشمية في ظل المتغيرات المعاصرة، المجلة الأردنية في إدارة الأعمال، المجلد الثاني، العدد ٢، ٢٠٠٦، ص٢٨٧، في حين تم تعريف المساءلة من قبل برنامج الأمم المتحدة الإنمائي على أنها الطلب من المسؤولين تقديم التوضيحات اللازمة لأصحاب المصلحة حول كيفية استخدام صلاحياتهم وتصريف واجباتهم والأخذ بالانتقادات التي توجه لهم وتلبية المتطلبات المطلوبة منهم وقبول بعض المسؤولية عن الفشل وعدم الكفاءة أو عن الخداع والغش، برنامج الأمم المتحدة الإنمائي ٢٠١١.

إليه ذلك العضو ، ولا يناقش استجواب ما قبل مضي ثمانية أيام على وصوله إلى الوزير إلا إذا كانت الحالة مستعجلة ووافق الوزير على تقصير المدة المذكورة" .

وثانياً: الرقابة اللاحقة على عمليات تنفيذ الموازنة العامة ، إلا أن السلطة التشريعية لا تستطيع القيام بهذه المهمة وهي الرقابة على المال العام بشكل فعال لعدم توفر الخبرة والوقت لديهم مما دفع مجلس النواب إلى الاعتماد على تقارير ديوان المحاسبة السنوية والخاصة كون ديوان المحاسبة يراقب على المال العام بالنيابة عن مجلس النواب .

يعتبر ديوان المحاسبة كما أشرنا سابقاً بأنه سلطة رقابية دستورية تستند مرجعيته إلى نص المادة(١١٩) من الدستور الأردني ، ولقد كرس مفهوم هذه المادة في قانون ديوان المحاسبة رقم(٢٨) لسنة ١٩٥٢ وتعديلاته بحيث يشمل الرقابة المالية والإدارية والبيئية ، ويمارس صلاحياته على أموال الدولة للتأكد من إنفاقها وتحققها لتحقيق الأهداف المالية والاقتصادية للدولة وتحقيق الأهداف العامة وفقاً للقوانين والأنظمة باقتصاد وكفاءة وفعالية .

تتمثل أوجه التعاون ما بين السلطة التشريعية وديوان المحاسبة بما يلي:

١. إن السلطة التشريعية يمكن أن تدعم ديوان المحاسبة من خلال إصدار النصوص التشريعية التي تدعم استقلالية الديوان من الناحية القانونية والمالية والإدارية ، ونلاحظ إن ديوان المحاسبة الأردني بحاجة إلى أن يكون أكثر استقلالية إدارياً ومالياً؛ حيث ما يزال ديوان المحاسبة في الأردن يتبع لرئيس الحكومة من حيث التعيين، ومالياً من حيث أن موازنته ضمن موازنة الدولة بمعنى إن ديوان المحاسبة في الظاهر مؤسسة رقابية مهمة، إلا أنه في الحقيقة هو أنه جزء من عمل السلطة التنفيذية وعمله يتم ضمن تدخلات لا تضمن استقلاليته بشكل تام^(١).

- (<http://alghad.com/articles/868273>)¹

ومن جانبنا نرى انه من الأهمية بمكان أن يكون ديوان المحاسبة مستقلاً ويتبع لمجلس النواب، وأن يكون تعيين رئيس الديوان ليس من صلاحيات الحكومة، حتى يتم ضمان استقلالية هذا الجهاز الرقابي المهم هذا من ناحية ومن ناحية أخرى نلاحظ أن رئيس وموظفي ديوان المحاسبة لم يتم منحهم صفة الضابطة العدلية أسوة بالكثير من الأجهزة العليا للرقابة المالية ومنها ديوان الرقابة المالية والإدارية في فلسطين.

وعليه نقترح إضافة نص مادة إلى القانون تكون على النحو الآتي "يكون للرئيس والأمين العام صفة الضابطة العدلية لغايات قيامها بالمهام المناطة بهما على أن يتم تحديد الوظائف في الديوان التي يتمتع بها شاغلوها بصفة الضابطة العدلية بقرار من الرئيس بناء على تنسيب الأمين العام". وكذلك نلاحظ إن المشرع الأردني منح رئيس الديوان صلاحيات رقابية وإدارية واسعة إلا أنه عاد وقيدها عندما منح رئاسة الوزراء صلاحيات التكليف بالرقابة المسبقة أو التدقيق على أي جهة يقرر مجلس الوزراء تكليف ديوان المحاسبة بتدقيق حساباتها. وهذا ما نصت عليه كل من :

- المادة (٢٥) من قانون ديوان المحاسبة أعلاه " على الرغم مما ورد في أي من أحكام هذا القانون يتولى ديوان المحاسبة التدقيق اللاحق على النفقات إلا انه يجوز لرئيس ديوان المحاسبة في حالات خاصة وبموافقة رئيس الوزراء أن يقرر التدقيق في النفقات قبل الصرف .
- المادة (٤/ج) من قانون ديوان المحاسبة أعلاه " تشمل رقابة ديوان المحاسبة ما يلي: أي جهة يقرر مجلس الوزراء تكليف ديوان المحاسبة بتدقيق حساباتها" .

وفي النهاية للاستقلالية ديوان المحاسبة عدة فوائد منها تمنحه الحرية والثقة والقدرة على مواجهة أية مشاكل في أثناء التطبيق ومن ثم انجاز العمل المكلف به بالكفاءة المطلوبة عند التعامل مع

الجهات الخاضعة لرقابته^(١)، وهنا يكمن دور مجلس النواب في تفعيل استقلالية ديوان المحاسبة من خلال تعديل النصوص القانونية أعلاه .

٢. في شأن تقديم التقارير: يعتبر التقرير السنوي لديوان المحاسبة^(٢) المخرج النهائي والذي يتضمن نتائج العمليات والمخرجات الرقابية والمتمثلة في الاستيضاحات والكتب الرقابية والتقارير النوعية حيث تبدو العلاقة ما بين مجلس النواب وديوان المحاسبة قوية وفعالة وان هنالك ترابط قانوني وهذا ما أكدته نص المادة (٢٠١/٢٢) من قانون ديوان المحاسبة من خلال تقديم تقريراً سنوياً من قبل ديوان المحاسبة لمجلس النواب وتقارير أخرى (خاصة) عند الحاجة وبهذه الرقابة المالية تستطيع الأمة أن تحافظ على مبدأ المشروعية بأسلوب حضاري متميز .

(١) علي العفاسي: رقابة ديوان المحاسبة، المرجع السابق، ص ٢٣.
(٢) وكان التقرير الثالث لديوان المحاسبة عن السنة المالية ١٩٥٢/٥١ المتضمن أعمال الديوان من ١٩٥٣/١١/١ وحتى ١٩٥٤/١٠/٣١، ومما جاء في التقرير:
"تبين أن وزارة المالية صرفت مبلغ (٢٨٧١٧) ديناراً و ٦١٠ فلوس، وهذا المبلغ جرى نقله إلى المواد التالية التي أحدثت في الموازنة من دون إذن ومن دون الاستناد إلى قانون يجيز ذلك، خلافاً لحكم المادة ١٥ من الدستور وهذه المواد موزعة على النحو التالي:
- البلاط الملكي (مخصصات سمو الوصي على العرش) ١١٢٥ ديناراً.
- بلدية القدس (نفقات عامة) ٥٠٠٠ دينار.
- دار الإذاعة وشراء لوازم، ٥٩٥١ ديناراً و ٢٦٠ فلساً.
- البلاط الملكي (إكمال قصر بسمان) ٣٤٢١ ديناراً و ٧٨٥ فلساً.
وعلق التقرير على ذلك بالجملة التالية: "بالإضافة لتحدي الدستور فإن ما تم قد أدخل بميزان الموجودات..".

والتقرير لم يفرق بين تجاوزات المؤسسات، وبين الأفراد ، فمما جاء فيه أيضاً "أن معلمة استمرت على استيفاء علاوة غلاء معيشة كاملة من تاريخ ١٩٥٣/٨/٦ حتى تاريخ ١٩٥٤/٨/٣١، ولما كانت هذه المعلمة عقدت قرانها بتاريخ ١٩٥٣/٨/٦م، ولا تستحق سوى نصف العلاوة عن تلك المدة، فقد طلب الديوان استرداد مبلغ ٦٥ ديناراً و ٥٠٣ فلوس وهو ما تقاضته على غير حق".
النصوص السابقة وردت في نص تقرير ديوان المحاسبة (ص ٦٥) وهي إن دلت على شيء إنما تدل على الوعي بالمحاسبة وحجم الاستقلالية التي توفرت للديوان، وشمولية عمله التي لم تفرق بين معلمة أو دار إذاعة. وفي وعي واضع التقرير، أن الأمر المهم في ممارسة عملهم هو حماية الدستور وعدم المس به، وإعلاء شأن القانون.

وتبرز علاقة ديوان المحاسبة بالسلطة التشريعية (مجلس النواب) بما نصت عليه المادة (٤٢/ج) من النظام الداخلي لمجلس النواب " بدراسة تقارير ديوان المحاسبة وإيداء التوصيات بشأنها " ، حيث يدرج تقرير ديوان المحاسبة بعد تقديمه إلى رئيس مجلس النواب على جدول أعمال جلسات مجلس النواب تمهيداً لإحالته إلى الجهة المختصة وهي اللجنة المالية وفق النظام الداخلي ، ويوزع التقرير على كافة أعضاء المجلس عند إدرجه ، ثم يطرح أمر الإحالة إلى المجلس ويحال إلى اللجنة المالية .
آلية عمل اللجنة المالية^(١) :

- تكلف أمانة سر اللجنة من قبل رئيس ومقرر اللجنة بوضع برنامج عمل يمتد إلى نحو شهر ونصف أو أكثر ، تحدد فيها وفق تقرير ديوان المحاسبة الجهات التي وردت بحقها مخالفات .
- تباشر اللجنة أعمالها بحيث يحضر الوزير المعني لكل وزارة ورد بحقها مخالفات ضمن تقرير ديوان المحاسبة أو رئيس أو مدير تنفيذي أو مديرها العام لأي وحدة حكومية تتبع الوزير .
- يحضر كافة اجتماعات اللجنة رئيس الديوان والأمين العام والمدراء ورؤساء المراقبات المعنيين وفقاً لجدول اجتماعات اللجنة .
- تباشر اللجنة المالية ويكلف رئيس ومقرر اللجنة رئيس ديوان المحاسبة بتلاوة المخالفات وتستمع اللجنة إلى رد الوزير أو الرئيس أو المدير تنفيذي في الجهة الخاضعة للرقابة بالرد على هذه المخالفة .

(١) الاتصال مع سعادة النائب فضيل المناصير ، وسعادة النائب السابق فواز المناصير ، وسعادة النائب السابق بسام المناصير ، وموظف مجلس النواب السيد أسامة الرحامنة .

تقوم اللجنة المالية بتقسيم المخالفات والملاحظات الواردة في التقرير السنوي على النحو الآتي :

١. المخالفة الإجرائية: وهي المخالفات التي تحذر اللجنة الجهة الخاضعة للرقابة من ارتكابها مستقبلاً ، بمعنى آخر تعتبر وقائية .

٢. المخالفة البسيطة : وهي المخالفة التي تكون بغير قصد مباشر من قبل الجهة الخاضعة للرقابة أو تم تفسير تطبيقها بشكل مخالف للتعليمات والأنظمة والقوانين المعمول بها في الجهة الخاضعة للرقابة ، وعليه تطلب اللجنة تصويبها وفقاً للتشريعات وحسب الأصول ، أما بالنسبة للمخالفات الناتجة عن منح الموظفين حقوق مالية بدون وجه حق هنا تكون اللجنة الفيصل والحكم ما بين ديون الحاسبة والجهة الخاضعة للرقابة ، بحيث يتم الطلب من الجهة الخاضعة للرقابة بتحصيلها من الشخص المعني أو الحصول على موافقة من مجلس الوزراء بالإعفاء حسب قانون الإعفاء من الأموال العامة وحسب الأصول .

٣. المخالفة الجسيمة : وهي المخالفة التي تعد شبه فساد، وهنا أمام اللجنة المالية خيارين :

الأول: الطلب من الجهة الخاضعة للرقابة بإحالة الموضوع إلى النائب العام أو المدعي العام لمباشرة التدقيق فيها واتخاذ المقتضى القانوني .

الثاني: تشكيل لجنة تحقيق نيابية مختصة لدراسة هذا الملف واتخاذ القرار اللازم بشأنها .

ومن الناحية العملية تم تشكيل الكثير من اللجان المشتركة ما بين الجهة الخاضعة للرقابة وديوان المحاسبة لدراسة المخالفات الواردة في تقارير ديوان المحاسبة ونورد وعلى سبيل المثال: اللجنة المشكلة في الجامعة الأردنية ، والجامعة الألمانية .

تقرير اللجنة المالية :

بعد انتهاء اللجنة المالية من دراسة ومناقشة كافة ما ورد بتقرير ديوان المحاسبة مع ديوان المحاسبة والجهات الخاضعة لرقابته والتي لها علاقة بالمخالفات أعلاه بالعمل على ما يلي:

أولاً: يبدأ رئيس اللجنة ومقررها وأمانة السر بإعداد تقرير اللجنة والتي تتناول تحليل أولي لمخرجات ديوان المحاسبة وأدائه ، وقرارات اللجنة حول التقرير .

ثانياً: تضع اللجنة قراراتها المباشرة وتوصياتها المناسبة والتي تتضمن وعلى سبيل المثال ما يلي :

١. تعديل بعض القوانين والأنظمة والتعليمات والتي لها علاقة بالعمل الجهة الخاضعة للرقابة .

٢. تفعيل دور وحدات الرقابة الداخلية في كافة الجهات الخاضعة لرقابة ديوان المحاسبة وربطها برأس الهرم في الهيكل التنظيمي .

ثالثاً: يعرض القرار باجتماع خاص على أعضاء اللجنة المالية وبعد الموافقة عليه ، يحال الى رئاسة المجلس لأدراجه على جدول أعمال المجلس .

رابعاً: يتولى مقرر اللجنة المالية قراءة تقرير اللجنة والدفاع عن قرارات اللجنة اثناء انعقاد جلسات مجلس النواب وفقاً لأحكام المادة (٦٥/د) من النظام الداخلي لمجلس النواب .

ومن مظاهر التعاون كذلك بأن مجلس النواب يدرس تقارير ديوان المحاسبة ويناقشها ويقدم التوصيات المناسبة بشأنها وهذا ما نصت عليه المادة (٤٢/ج)

من النظام الداخلي لمجلس النواب وتعديلاته لسنة ٢٠١٣ الصادر بمقتضى المادة (٨٣) من الدستور الأردني وتعديلاته ، وكذلك يستجوب الحكومة بكامل

إداراتها او ما يخص كل وزير بوزارته التي يتولاها ، ولكن لا يوجد اي نص في قانون ديوان المحاسبة يلزم مجلس النواب بوضع تقرير ديوان

المحاسبة موضع التنفيذ

٣. في شأن تعيين رئيس الديوان: حيث يتم تبليغ مجلس النواب بتعيين رئيس ديوان المحاسبة هذا بالإضافة إلى أنه لا يجوز عزل رئيس الديوان أو نقله أو حتى إحالته إلى التقاعد أو فرض عقوبات مسلكية عليه إلا بموافقة مجلس النواب في حالة كان مجتمع وهذا ما نصت عليه المادة (٥) من قانون ديوان المحاسبة أعلاه "يتولى إدارة ديوان المحاسبة رئيس يعين بإرادة ملكية بناء على تنسيب مجلس الوزراء ويبلغ هذا التعيين إلى مجلس النواب ولا يجوز عزله أو نقله أو إحالته على التقاعد أو فرض عقوبات مسلكية عليه إلا بموافقة مجلس النواب المذكور إذا كان المجلس مجتمعاً أو بموافقة الملك بناء على تنسيب مجلس الوزراء إذا كان المجلس غير مجتمع وعلى رئيس الوزراء في هذه الحالة إن يبلغ المجلس عند اجتماعه ما اتخذ من الإجراءات مشفوعة بالإيضاح اللازم وأما ما يتعلق به من المعاملات الذاتية فمرجهه رئاسة الوزراء".

يلاحظ الباحث من خلال استقراء نص المادة (٥) من قانون ديوان المحاسبة والتي تعطي الصلاحية لمجلس الوزراء الموقر بالتنسيب إلى جلالة الملك بعزل رئيس ديوان المحاسبة أو نقله أو إحالته على التقاعد أو فرض عقوبات مسلكية عليه بأن السلطة التنفيذية والتي هي تخضع لرقابة ديوان المحاسبة هي التي تتسب بتعيين رئيس الديوان وتطبيقاً للقاعدة التي تقول من يملك التعيين يملك العزل فإن مجلس الوزراء الموقر يستطيع بالتنسيب بعزل رئيس الديوان وخاصة في فترة عدم انعقاد مجلس النواب.

ونلاحظ هنا كذلك بأنه بالرغم النص الصريح والواضح على حصانة رئيس ديوان المحاسبة^(١) المنصوص عليها في المادة (٢/١١٩) من الدستور

(١) يذهب بعض الفقهاء القانونيين إلى القول بأن مصطلح الحصانة من المصطلحات التي تستعمل في لغة القانون دون أن تؤدي إلى معنى محدد، ففي معناها الجاري تثير فكرة تحمل عبء أو واجب، ولقد كان لهذه الكلمة معنى ضيق ومحدود يقتصر على حالة واحدة وهي إلغاء الضرائب المقررة

الأردني " ...ينص القانون على حصانة رئيس ديوان المحاسبة " وان النص جاء مطلق والقاعدة القانونية تقول المطلق يجري على إطلاقه إلا أن نص المادة (٥) من قانون ديوان المحاسبة أفرغت نصت المادة (٢/١١٩) من مضمونها وذلك عندما سمحت لمجلس الوزراء في فترة عدم انعقاد مجلس النواب التنسيب إلى جلالة الملك بعزل رئيس ديوان المحاسبة أو نقله أو إحالته على التقاعد أو فرض عقوبات مسلكيه عليه ، بمعنى أخر أجازت هذه المادة اتخاذ إجراءات معاقبة بحق رئيس الديوان من قبل الملك بناء تنسيب من مجلس الوزراء عندما لا يكون مجلس النواب منعقداً .

ومن جانبنا نرى بان المشرع الأردني حسن ما عمل من خلال انه اصبح الصفة الدستورية على ديوان المحاسبة بحيث يترتب على ذلك بأنه يجب على المشرع التقييد بالنص الدستوري وعدم مخالفته وذلك من منطلق إن الدستور هو أعلى وأسمى قوانين الدولة إلا إننا نجد أن حصانة رئيس ديوان المحاسبة ما هي إلا عبارة عن مجموعة من القواعد الخاصة المقررة لتأمين استقلالته عن السلطة التنفيذية والتشريعية والقضائية ولتمكينه من القيام بواجباته الدستورية وعدم مؤاخذه رئيس الديوان عما يقدمه من تقارير بعمله الرقابي وعدم جواز اتخاذ إجراءات جزائية ضده إلا بعد الحصول على إذن المجلس القضائي التابعين له .

أما بالنسبة لموظفي ديوان المحاسبة الأردني فان القانون جردهم من أية حصانة سواء كانوا مدققين أو فنيين أو إداريين مما قد يؤدي إلى إخضاعهم لرغبات السلطة التنفيذية على عكس الحال بالنسبة لموظفي الأجهزة الرقابية في البلدان العربية ونورد على سبيل المثال لا الحصر ما نصت عليه المادة)

لبعض الأشخاص الذين يمارسون مهنة معينة أو يقدمون خدمة معينة، ثم اتسع هذا المعنى ليشمل الحصانة الشخصية التي تعفي من واجب محدد كالخدمة العسكرية والحصانة العينية التي تمس الثروة كالملكية (ليراس : الحصانة العينية، رسالة دكتوراه، باريس، ١٩٧٠، ص ١٠، مشار إليه لدى عقل مقابلة : الحصانات القانونية في المسائل الجنائية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ص ٩٨ ..

١٧) من قانون الرقابة المالية والإدارية لسلطنة عمان " في غير حالات التلبس بالجريمة لا يجوز إلقاء القبض على العضو أو حبسه احتياطياً إلا بإذن من الرئيس"، والمادة (١٨) من ذات القانون بأنه " لا يجوز اتخاذ إجراءات التحقيق من المدعي العام أو رفع دعوى على العضو إلا بإذن من الرئيس بناء على طلب من المدعي العام".

أما في إنجلترا يتولى ما يسمى المراقب المحاسب العام وهو موظف عام بدرجة وزير يعين من الملك ، ويتمتع بحصانة حيث لا يجوز عزله إلا بناء على طلب من البرلمان^(١).

يتمتع الرئيس في فلسطين بالحصانة بالإضافة إلى نائبه والمدير وموظفو الديوان عن كل ما يقومون به من أعمال تتعلق بتنفيذ مهامه، وهذا يتمشى مع مبدأ الاستقلال للديوان^(٢)، وتم تحديد مدة رئاسة رئيس الرقابة المالية والإدارية الفلسطيني بسبع سنوات ولفترة واحد غير قابلة للتجديد ، ولا يجوز عزله لأي سبب من الأسباب إلا بالأغلبية المطلقة للمجلس وهذا يتمشى مع إعلان مكسيكو مما يدعم استقلالية الديوان^(٣).

وهنا نلاحظ بان المشرع الأردني لم ينص على توافر شروط معينة في رئيس ديوان المحاسبة وهذا بعكس ما عليه الحال في قانون محكمة الحساب التركية والتي نصت على عدة شروط يجب توافرها في الشخص الواجب تعيينه كرئيس للمحكمة وهي^(٤):

- أن يكون خريج احدي الكليات التالية (الحقوق، العلوم السياسية، العلوم الاقتصادية والإدارية) أو أن يكون قد درس أربع سنوات على الأقل

(١) دنواف كنعان : الرقابة المالية على الأجهزة الحكومية، بحث منشور ، مجلة جامعة الشارقة، جامعة الإمارات ، ٢٠٠٦، ص ١١٣

(٢) وهذا ما نصت عليه المادة (١١) من قانون الرقابة المالية والإدارية في فلسطين

(٣) وهذا ما نصت عليه المادة (١٠) من قانون الرقابة المالية والإدارية في فلسطين

(٤) المادة (١/١٢) من قانون محكمة الحسابات التركية .

في مؤسسات تعليمية عالية في داخل البلاد أو خارجها تكون معادلة لكليات المذكورة ويتوجب أن يكون قد عمل لمدة (١٦) سنة في القطاع العام.

- إضافة إلى ما تم الإشارة إليه أعلاه أن يكون قد شغل :عضو في ديوان المحاسبة ، منصب وزارى ، مستشار أو والى ، رئاسة جامعة ، مدير عام أو رئيس لإحدى المؤسسات الرسمية التابعة لرئاسة الوزراء أو الوزارات ، رئاسة لجان التفطيش التابعة لرئاسة الوزراء أو الوزارات ولمدة سنة واحدة على الأقل .

هذا من ناحية الشروط أما من ناحية الإجراءات فإنه يتم انتخابه من قبل مجلس الأمة التركي بطريق التصويت السري من بين مرشحين اثنين يتم اختيارهم على ضوء الشروط المشار إليها أعلاه .

يتم البدء بإجراءات الانتخاب قبل انتهاء مدة خدمات الرئيس أو بعد عشرة أيام من شغور هذا المنصب لأي سبب من الأسباب إلا أنه يشترط إن يتم الحصول على نتيجة الانتخابات خلال فترة أقصاها (٣٠) يوما من تاريخ بدء الانتخابات مع الأخذ بعين الاعتبار بان الأيام التي يوقف العمل بها في مجلس النواب أو أيام العطل الرسمية لا يتم حسابها من المدة أعلاه ، ويتوجب حصول الرئيس على غالبية الحاضرين في اجتماع مجلس الأمة على أن لا يقل في كل الحالات عن عدد يزيد بصوت واحد عن نسبة الربع من العدد الكامل لأعضاء مجلس الأمة .

أما بالنسبة لمدة عمل رئيس المحكمة فهي خمسة سنوات إلا أنه يمكن انتخاب إي شخص لرئاسة المحكمة مرتين على الأكثر^(١) أي بمعنى في كل الحالات

(١) المادة (١٣) من قانون محكمة الحسابات التركية .

لا يجوز لرئيس المحكمة أن تتجاوز مدة رئاسته طول فترة خدمته عن (١٠) سنوات وهذا بعكس ما عليه الحال في الأردن وكما أشرنا سابقا من أن المشرع الأردني لم يحدد مدة معينة لرئاسة ديوان المحاسبة وهذا يعني أن رئيس ديوان المحاسبة من الممكن أن يجلس على كرسي رئاسة الديوان لمدة تتجاوز (٢٠) عام .

ورد في التوصية الثانية من المؤتمر العربي الأول للرقابة المالية المنعقد في الإسكندرية عام ١٩٧٧ لمؤتمر والخاص برؤساء الأجهزة الرقابية المالية العليا بأنه يجب أن تكون درجة رئيس الجهاز المختص بالرقابة المالية العليا مماثلة لدرجة الوزير وأن يتم تعيينه بقرار أو مرسوم من رئيس الدولة على أن يتم ترشيحه وإقرار تعيينه من قبل السلطة التشريعية الخ وبالرجوع إلى نص المادة(٥) من قانون ديوان المحاسبة فإننا نلاحظ بأنها لا تتسجم مع توصيات اللجنة من حيث أن ترشيحه يتم من قبل تتسيب من مجلس الوزراء وليس من السلطة التشريعية كما جاء في توصيات المؤتمر أعلاه إلا انه يتم تبليغ مجلس النواب بتعيينه فقط ولا يكون له اي دور لا من قريب ولا من بعيد في تعيينه .

٤. في حال وقوع خلاف ما بين ديوان المحاسبة والجهات الخاضعة للرقابة يعرض الموضوع على الرئاسة للفصل فيه ويضمن الديوان في تقريره إلى مجلس النواب المسائل التي وقع فيها الخلاف.

ومن التطبيقات العملية في هذا المجال تم تضمين تقرير ديوان المحاسبة كل المسائل التي وقع فيها الخلاف ما بين ديوان المحاسبة والجهات الخاضعة للرقابة ومنها :-

أ: مكافأة موظفي مديرية الشؤون القانونية والأموال العامة والتي صدر فيها كتاب رقابي من ديوان المحاسبة رقم (٥٦٩٥/٣/٩/٢١) تاريخ (٢٠١٤/٤/١٥) نتيجة تدقيق حسابات الجامعة الهاشمية حيث تبين وبشكل

ملخص أنه تم صرف مكافآت لموظفي مديرية الشؤون القانونية والأموال العامة /وزارة المالية الذي يقومون بتحصيل أموال الجامعة بناء على اتفاقيات معقودة بين الجامعة ووزارة المالية دون وجود سند قانوني لإبرام الاتفاقيات لأن مديرية الشؤون القانونية والأموال العامة هي الجهة المنوط بها وفقاً لأحكام التعليمات أعلاه صلاحية تحصيل الأموال العامة أياً كانت الجهة صاحبة الحق بالتحصيل وبالتالي لا يوجد سند قانوني لصرف المكافآت لموظفي هذه المديرية لأن هذا يدخل في صميم عملهم الذي يتقاضون مقابلته رواتبهم وعلاواتهم .

رأي الجامعة الهاشمية : ترى الجامعة أن صرف المكافآت لمديرية الشؤون القانونية والأموال العامة مقابل قيام هذه المديرية بتحصيل أموال الجامعة المستحقة على الغير جاء سندا للاتفاقيات المبرمة ولا يشوبه أية مخالفة وذلك لان قرار مجلس الوزراء رقم(٤٠٠٢) لا يشمل موظفي مديرية الأموال العامة .

رأي ديوان المحاسبة : لا يوجد سند قانوني لإبرام اتفاقيات بين الجامعة الهاشمية ووزارة المالية /مديرية الشؤون القانونية والأموال العامة بخصوص قيام هذه المديرية بتحصيل أموال الجامعة المستحقة على الغير مقابل مكافآت تصرف لهم من الجامعة وذلك لأن تحصيل هذه الأموال من صلاحية هذه المديرية كون أموال الجامعة تعتبر أموالاً عامة .

قرار مجلس الوزراء :

اتخذ مجلس الوزراء قراره رقم (٤٩٠٤) تاريخ ٢٠١٤/٧/٢٠ بالموافقة على الرأي الوارد بكتاب ديوان التشريع والرأي رقم (د ت ٢٠١٧/١/١) تاريخ ٢٠١٤/٧/٩ القاضي بالموافقة على منحهم مكافأة على أن تكون وفقاً لتعليمات صادرة من وزير المالية بهذا الخصوص .

ب: الخلاف الحاصل بين ديوان المحاسبة ومؤسسة الموائى^(١).

قامت مؤسسة الموائى بصرف أجر شهر (ثالث عشر) في نهاية كل عام لجميع عمال المؤسسة الخاضعين لقانون العمل وذلك دون سند قانوني .

ردت المؤسسة بكتابها رقم (٣٤٧٠/٣/٤) تاريخ ٢٧/٤/٢٠١٠ ان قرار صرف اجر الثالث عشر يتفق وأحكام قانون العمل الذي أجاز منح العامل حقوق أفضل مما هي مقررة في قانون العمل.

أصبح الموضوع خلافاً وتمت مخاطبة رئاسة الوزراء بخصوص الموضوع بموجب الكتاب رقم (١٣٤٢٨/٣/١٣/١٣) تاريخ ٣/٨/٢٠١٠.

أيد ديوان التشريع والرأي بموجب كتابه رقم (د ت ١/١/١٨٤) تاريخ ٣/١٠/٢٠١١ إجراء المؤسسة.

ج: الخلاف الحاصل بين ديوان المحاسبة وجامعة مؤتة حول احتساب مكافأة نهاية الخدمة للمحاضر المتفرغ^(٢)

قامت جامعة مؤتة بصرف مكافأة نهاية الخدمة للمحاضر المتفرغ بالجامعة استناداً لنص المادة (١/٣) من نظام المكافأة والتعويض وصندوق الادخار للعاملين في جامعة مؤتة رقم (١٧٢) لسنة ٢٠٠٣ على الرغم من إن عقد المذكور خلا من تطبيق نظام المكافأة والتعويض عليه خلال الفترة من (٢٠٠١/٢/٢٧ - ٢٠٠٣/٨/١٢) .

جاء رد الجامعة بموجب كتابها رقم (٥٣٧٦/٧٤/١٣٥) تاريخ ٦/٩/٢٠١٠ بقانونية صرف المكافأة للمحاضر المتفرغ وفقاً للإجراء الذي قامت به الجامعة.

أصبح الموضوع خلافاً وتم مخاطبة دولة رئيس الوزراء بخصوص الموضوع بموجب الكتاب رقم (١٩٦٨٧/٣/٦/٢١) تاريخ ١٠/١١/٢٠١٠.

(١) المصدر كتاب الديوان رقم (٤٢٩٣/٣/١٣/١٣) تاريخ ٢٢/٣/٢٠١٠..

(٢) المصدر كتاب الديوان رقم (١٢٩٩١/٣/٦/٢١) تاريخ ٢٦/٧/٢٠١٠..

أيد دولة رئيس الوزراء الأفخم بكتابه رقم (٧٩٩٣/١/٥/٧٣) تاريخ ٢٠١١/٤/١٣ رأي الديوان بعدم قانونية احتساب الفترة التي عمل فيها محاضراً متفرغاً لدى الجامعة ضمن مدة الخدمة الخاضعة لمكافأة نهاية الخدمة لعدم نص عقده على شموله بأحكام النظام.

ولا شك ان هذا الدور القائم على التعاون بين ديوان المحاسبة ومجلس النواب له اثر كبير في الحفاظ على المال العام وصونه والحد من الاعتداء على المال العام ذلك أن ديوان المحاسبة بحكم قربه من الجهات الخاضعة لرقابته وما يدور فيها من أعمال قد تتطوي على جرائم الاعتداء على المال العام ، فإنه يعتبر صاحب الدور الرئيسي في التوصل لهذه التجاوزات وإخبار مجلس النواب بها عن طريق ما يصدر عنه من تقارير^(١).

يتضح من كل هذا إن الرقابة التي يمارسها ديوان المحاسبة على الأموال العامة هي جزء من الرقابة التي يمارسها مجلس النواب ولهذه العلاقة محاور قانونية وتشريعية حيث نصت المادة (٤٢)) من النظام الداخلي لمجلس النواب وتعديلاته لسنة ٢٠١٣ على ما يلي " تتاط باللجنة المالية المهام التالية :

ا. دراسة قانون الموازنة العامة وقانون موازنات الوحدات الحكومية والرقابة على تطبيقها وأية مقترحات تتعلق بها .

ب. دراسة الحسابات الختامية للوزارات والمؤسسات الحكومية ورفع التوصيات بشأنها للمجلس .

ج. دراسة تقارير ديوان المحاسبة وإبداء التوصيات بشأنها .

د. دراسة القوانين المالية التي لها علاقة بزيادة الواردات أو النفقات وإنقاصها .

هـ. دراسة المديونية العامة وتقديم الاقتراحات اللازمة بشأنها .

(١) المصدر كتاب الديوان رقم (١٨٠٣٩/٣/١١/١٢) تاريخ ٢٠١٠/١٠/١٢.

و . دراسة موازنة أمانة عمان الكبرى وموازنات. الفئة الأولى
تشرع الوزارات والمؤسسات والهيئات الحكومية المختلفة في تنفيذ الموازنة
بعد اعتمادها بمعنى جباية الإيرادات العامة التي ينتظر الحصول عليها وفق
التقديرات التي تم وضعها في الموازنة العامة وصرف النفقات التي تم
تقديرها في ذات الموازنة والتي أصبحت قابلة للصرف بعد اعتماد الموازنة
العامة وحسب الأبواب والفصول التي خصصت لها (١).

نلاحظ من خلال استقراء نص المادة (٢) من قانون ديوان المحاسبة أعلاه
بأن صلاحيات رئيس ديوان المحاسبة لا تختلف عن صلاحيات باقي الوزراء
في تنفيذ موازنة ديوان المحاسبة ، حيث لم ينص قانون ديوان المحاسبة على
أية امتيازات لرئيس ديوان في تنفيذ موازنته وبدون اللجوء إلى السلطة
التنفيذية لاعتمادها كما أشرنا أعلاه .

بالنهاية نلاحظ إن وزارة المالية وهي إحدى الجهات الخاضعة لرقابة ديوان
المحاسبة تملك تغيير البنود الواردة في الموازنة التقديرية وتنفيذه لاحقاً
وبالتالي فإن القصور في استقلالية ديوان المحاسبة في إعداد موازنته واضح
وخاصة إذا ما تم مقارنته بنصوص بعض الإعلانات الدولية ومنها ما نص
عليه بيان سدي بقوله " يجب أن تتوافر للأجهزة العليا للرقابة الحرية المطلقة
في إعداد ميزانيتها دون تدخل من أي سلطة ، وبحيث تدرج ضمن الموازنة
العامة للدولة لتنفيذها كما هي ، وما على السلطة التنفيذية سوى إدخال الموارد
التي يطلبها الجهاز الأعلى للرقابة ضمن موازنة الدولة وبدون أي تعديلات " ،
وإعلان مكسيكو اعلاه الذي ينص على توفر الاستقلال المالي للأجهزة العليا
للرقابة .

وبما أن قانون ديوان المحاسبة الأردني ، لا يؤكد على الاستقلال المالي
الذي يشمل إعداد وإقرار الموازنات بدون تدخل الحكومة وأجهزتها، كما

(١) د.علي العلي: المالية العامة والقانون المالي والضريبي، المرجع السابق، ص ٣٦٩.

تنص عليه المعايير الدولية، حيث نقترح هنا على إضافة مادة تنص على أن يتم إعداد موازنة الديوان وإرسالها إلى دائرة الموازنة العامة لإدراجها، كما هي، في قانون الموازنة العامة دون أن يتم تعديلها من قبل الحكومة . وتكون السلطة التشريعية مسؤولة عن ضمان توفير الموارد التي تمكن الديوان من القيام بالمهام المنوطة به، حيث لا ينبغي للسلطة التنفيذية التحكم في طريقة الوصول إلى هذه الموارد أو توجيهها بل يتم إقرارها كبند إجمالي من قبل السلطة التشريعية .

من جانبنا نلاحظ ومن خلال استقراء بعض قوانين الدول العربية للأجهزة العليا للرقابة أنها التزمت تشريعاتها عند وضع موازنة أجهزتها الرقابية بالمعايير الدولية المشار إليها أعلاه ونورد على سبيل المثال لا الحصر ما نصت عليه المادة(٧٥) من قانون ديوان المحاسبة الكويتي بقوله" يضع رئيس الديوان مشروع ميزانية الديوان بالاتفاق مع رئيس مجلس الأمة الذي يرسله في الميعاد القانوني إلى وزارة المالية والصناعة ، ويدرج وزير المالية والصناعة المشروع كما ورد إليه من رئيس مجلس الأمة تحت قسم خاص بالميزانية العامة للدولة ،وإذا تضمن المشروع زيادة على مجموع اعتمادات العام السابق جاز لوزير المالية والصناعة الاكتفاء بإدراج اعتماد العام السابق، وعرض الأمر فيما يتعلق بالزيادة على مجلس الأمة للبت فيه بعد الاستماع إلى رأي وزير المالية والصناعة ورئيس الديوان".

وكذلك نصت المادة(٤١) من ذات القانون بما يلي "كما يكون له(لرئيس الديوان) السلطة المخولة لوزير المالية والصناعة ،وذلك فيما يتعلق باستخدام الاعتمادات المقررة بميزانية الديوان"

وبناء على ما سبق نقترح إضافة نص مادة إلى قانون ديوان المحاسبة بخصوص إعداد واعتماد وتنفيذ موازنة ديوان المحاسبة لتتماشى مع إعلان سدني وأسوة بالمشرع الكويتي بحيث تكون على النحو الآتي" يضع رئيس

الديوان مشروع موازنة الديوان بالاتفاق مع رئيس مجلس الأمة الذي يرسله في الميعاد القانوني إلى وزارة المالية ، ويدرج وزير المالية المشروع كما ورد إليه من رئيس مجلس الأمة دون تعديل من وزارة المالية "

وأخيرا نشير وعلى سبيل المثال إلى صور تساعد فيها الأجهزة العليا للرقابة المالية السلطة التشريعية ومنها إن يطلب المجلس النيابي من جهاز الرقابة المالية فحص وتدقيق حسابات جهة معينة بالذات للتأكد من سلامة تطبيقها للتشريعات المالية وذلك في بعض الحالات التي تتولد شكوك لدى المجلس النيابي عن وجود مخالفات أو ملاحظات في حسابات تلك الجهة وهذا ما نصت عليه المادة(٤) من قانون الجهاز المركزي للحسابات المصري "

يختص الجهاز أيضا بفحص ومراجعة أعمال وحسابات أي جهة يعهد إليه بمراجعتها أو فحصها من رئيس الجمهورية أو مجلس الشعب أو رئيس مجلس الوزراء ويبلغ الجهاز نتيجة فحصه إلى الجهات طالبة الفحص ولمجلس الشعب أن يكلف الجهاز المركزي للمحاسبات بفحص نشاط إحدى المصالح الإدارية أو أي جهاز تنفيذي أو إداري أو إحدى الهيئات أو المؤسسات العامة أو إحدى شركات القطاع العام أو الجمعيات التعاونية أو المنظمات الجماهيرية التي تخضع لإشراف الدولة أو أي مشروع من المشروعات التي تسهم فيها الدولة أو تتولى إدارتها أو تضمن حدا أدنى لأرباحها أو أي مشروع يقوم على التزام بمرفق عام أو أي عملية أو نشاط تقوم به إحدى هذه الجهات"

الخاتمة

لمّا كانت الأهداف المتوخاة من كل بحث، هي استخلاص النتائج النهائية منه، وطرح مقترحات أو توصيات، إن وجدت، لتطوير البحوث التي تعالج الموضوعات المطروحة فإننا نبين ما يلي :

أولاً- النتائج:

توصل الباحث إلى عدة نتائج تبين النقص والقصور في بعض نصوص قانون ديوان المحاسبة الأردني والتي تناولها البحث كان من أهمها :

١. يعد ديوان المحاسبة الأردني أقدم جهاز رقابي وهو يمثل الأمة في الرقابة على المال العام، وإن محل الرقابة هو المال العام .

٢. توسع المشرع الأردني في تعريف المال العام لغايات توسيع الرقابة على المال العام وحمايته من التلاعب به .

٣. تمارس السلطة التشريعية نوعين من الرقابة على المال العام الأولى الرقابة السابقة من خلال سلطتها في إجازة أو تعديل أو تخفيض ما يحتويه مشروع قانون الموازنة والثانية رقابة لاحقة على عمليات تنفيذ الموازنة العامة.

٤. السلطة التشريعية لا تستطيع القيام بمهمة الرقابة على المال العام بشكل فعال لعدم توفر الخبرة والوقت لديهم مما دفع مجلس النواب إلى الاعتماد على تقارير ديوان المحاسبة السنوية والخاصة كون ديوان المحاسبة يراقب على المال العام بالنيابة عن مجلس النواب .

٥. تبين بأن هنالك أوجه كثيرة للتعاون ما بين مجلس النواب وديوان المحاسبة في الرقابة على المال العام وعلى النحو الذي تم الإشارة إليه سابقاً .

٦. تبين أن قانون ديوان المحاسبة الأردني جرد موظفيه من أية حصانة سواء كانوا مدققين أو فنيين أو إداريين مما قد يؤدي إلى إخضاعهم

لرغبات السلطة التنفيذية على عكس الحال بالنسبة لموظفي الأجهزة الرقابية في البلدان العربية .

٧. تبين بان المشرع الأردني لم ينص على توافر شروط معينة في رئيس ديوان المحاسبة وهذا بعكس ما عليه الحال في التشريعات المقارنة ومنها قانون محكمة الحساب التركية .

٨. تبين بان صلاحيات رئيس ديوان المحاسبة الأردني لا تختلف عن صلاحيات باقي الوزراء في تنفيذ موازنة ديوان المحاسبة ، حيث لم ينص قانون ديوان المحاسبة على أية امتيازات لرئيس ديوان في تنفيذ موازنته وبدون اللجوء إلى السلطة التنفيذية لاعتمادها كما أشرنا أعلاه .

٩. إن نص المادة(٥) من قانون ديوان المحاسبة تعطي الصلاحية لمجلس الوزراء الموقر بالتنسيب إلى جلالة الملك بعزل رئيس ديوان المحاسبة أو نقله أو إحالته على التقاعد أو فرض عقوبات مسلكيه عليه ، كما وتشير إلى أن تعيين رئيس الديوان يكون بإرادة ملكية بناء على تنسيب من مجلس الوزراء، وهذا يعني إن السلطة التنفيذية والتي هي تخضع لرقابة ديوان المحاسبة هي التي تتسب بتعيين رئيس الديوان وتطبيقا للقاعدة التي تقول من يملك التعيين يملك العزل فان مجلس الوزراء الموقر يستطيع التنسيب بعزل رئيس الديوان واتخاذ أي إجراء بحق الرئيس وخاصة في فترة عدم انعقاد مجلس النواب.

١٠. جاء في نص المادة (٢٣) من قانون ديوان المحاسبة في حال وقوع خلاف ما بين الديوان وإحدى الوزارات أو الدوائر فان الخلاف يعرض على مجلس الوزراء للبت فيه وهذا يعني أن مجلس الوزراء وهو السلطة التنفيذية هو صاحب الولاية في الفصل في النزاع وهو الأمر الذي لا يتفق مع مبدأ الاستقلال الذي يجب أن يمنح للديوان خاصة وان

معظم الآراء الخلاقية يتم حلها لمصلحة السلطة التنفيذية الأمر الذي يجعل من السلطة التنفيذية خصماً وحكماً في نفس الوقت.

١١. كذلك ما نصت عليه المادة (٤/ج) من قانون ديوان المحاسبة وهو تدخل السلطة التنفيذية في عمل الديوان من خلال تكليف مجلس الوزراء ديوان المحاسبة بتدقيق حسابات أي جهة إذا كانت أموال هذه الجهة تأخذ حكم الأموال العامة، وكذلك ما جاء في نص المادة (٢٥) من القانون أعلاه والتي اشترطت على ديوان المحاسبة للتدقيق على النفقات قبل الصرف أخذ موافقة دولة رئيس الوزراء .

١٢. إن من أبرز القرارات التي عززت تبعية ديوان المحاسبة للسلطة التنفيذية قرار الديوان الخاص بتفسير القوانين رقم (١٦) لسنة ١٩٧٨ والمتضمن "أن ديوان المحاسبة يعتبر دائرة رسمية من دوائر الحكومة وأن موظفيه يتقاضون رواتبهم من خزينة الدولة حسب نظام تشكيلات الوزارة والدوائر الحكومية الصادر بمقتضى قانون الموازنة العامة" ، وعليه إذا كان ديوان المحاسبة الذي يمارس دور المراقب على السلطة التنفيذية يعتبر جزء من السلطة التنفيذية في التعيين والعزل وفي حال الرغبة في الرقابة السابقة أمر يجعل من تلك الرقابة قاصرة في تحقيق الأهداف المرجوة من الديوان .

ثانياً: التوصيات

١. تعزيز استقلال ديوان المحاسبة من خلال تعديل نص المادة (٢) على النحو الآتي: " يتمتع ديوان المحاسبة بالشخصية الاعتبارية وبالاستقلال المالي والإداري وله بهذا الصفة تملك الأموال المنقولة وغير المنقولة لتحقيق أهدافه وان يقوم بجميع التصرفات القانونية بما في ذلك حق النقاضي وان ينبى عنه في الإجراءات القضائية المحامي العام المدني ورئيس النيابة العامة الإدارية في الدعاوي الإدارية ."

٢. تعديل نص المادة(٥) من قانون ديوان المحاسبة بحيث تصبح صلاحية تعيين رئيس ديوان المحاسبة من قبل الملك مباشرة وذلك على النحو الآتي " يتولى إدارة ديوان المحاسبة رئيس يعين بإرادة ملكية سامية ويبلغ هذا التعيين إلى مجلس النواب ولا يجوز عزله أو نقله أو إحالته على التقاعد أو فرض عقوبات مسلكية عليه إلا بموافقة جلالة الملك " .
٣. تعديل نص المادة(٢٣) من قانون ديوان المحاسبة على النحو الآتي " إذا وقع خلاف بين الديوان وإحدى الجهات الخاضعة لرقابة الديوان يعرض موضوع الخلاف على مجلس النواب للفصل فيه " .
٤. تعديل نص المادة(٢٥) من قانون ديوان المحاسبة على النحو الآتي " على الرغم مما ورد في أي من أحكام هذا القانون يتولى ديوان المحاسبة التدقيق اللاحق على النفقات إلا أنه يجوز لرئيس ديوان في حالات خاصة أن يقرر التدقيق على النفقات قبل الصرف .
٥. إضافة نص مادة إلى القانون تكون على النحو الآتي "يكون للرئيس والأمين العام صفة الضابطة العدلية لغايات قيامها بالمهام المناطة بهما على أن يتم تحديد الوظائف في الديوان التي يتمتع بها شاغلوها بصفة الضابطة العدلية بقرار من الرئيس بناء على تنسيب الأمين العام " .
٦. إضافة نص مادة إلى القانون تكون على النحو الآتي " يجب على الجهات الخاضعة لرقابة الديوان موافاته بمشروعات القوانين والأنظمة والتعليمات التي تعدها هذه الجهات والمتعلقة بالشؤون المالية والمحاسبية والضرائب والرسوم لإبداء ملاحظاته بشأنها " .
٧. إضافة نص مادة إلى القانون تكون على النحو الآتي " في غير حالات التلبس بالجريمة لا يجوز إلقاء القبض على موظفي الديوان إلا بإذن من الرئيس " .

٨. إضافة نص مادة إلى القانون تكون على النحو الآتي "لا يجوز اتخاذ إجراءات التحقيق من المدعي العام أو رفع دعوى على موظفي ديوان المحاسبة إلا بإذن من الرئيس بناء على طلب من المدعي العام".

وفي ختام هذا البحث أرجو أن أكون قد ساهمت ولو بقدر ضئيل في موضوع هذه الدراسة الذي حاولت أن أتناوله من جميع جوانبها، فإن تحقق الهدف فبفضل الله وتوفيقه، وإن تحقق بعضه فما لا يدرك كله لا يترك كله، وإن لم يتحقق فيكفيني شرف المحاولة، فالنقص من طبائع البشر والكمال لله وحده علام الغيوب، ويشفع لي قول الحق جل وعلا: ﴿وَلَوْ كَانَ مِنْ عِنْدِ غَيْرِ اللَّهِ لَوَجَدُوا فِيهِ اخْتِلَافًا كَثِيرًا﴾ صدق الله العظيم.

المراجع :

١. جورج العبد : العوامل والآثار في النمو الاقتصادي والتنمية ، في ندوة الفساد والحكم الصالح في البلاد العربية ، مركز دراسات الوحدة العربية، كانون الأول ، الطبعة الأولى، بيروت ، ٢٠٠٤
٢. خالد سمارة الزعبي : القانون الإداري وتطبيقه في المملكة الأردنية الهاشمية، دار الثقافة، ط٢، ١٩٩٣.
٣. عبد الرسول عبد الرضى : بحث بعنوان " النظام القانوني للأموال العامة في الكويت " مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، السنة الثامنة عشرة ، العدد الثالث ، ١٩٩٤ .
٤. عدنان ضنواي : علم المالية العامة، دار المعارف العمومية، طرابلس، ١٩٩٢.
٥. غالب محمد القرالة: القضاء المدني الأردني، الطبعة الأولى ، دون دار نشر ، عمان ، ١٩٩٤ .
٦. حسن خليل :النظم السياسية والقانون الدستوري، الجزء الأول، النظم السياسية، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٧٢.
٧. محمد احمد الفريحات: الحماية القانونية للمال العام ، رسالة ماجستير ،كلية الحقوق، الجامعة الأردنية، ١٩٩٦.
٨. محمد جمال عثمان جبريل: النظم السياسية، مطبعة حمادة الحديثة، ٢٠٠٥.
٩. محمد ياسين الرحاحلة: دور ديوان المحاسبة في المحافظة على الأموال العامة في المملكة الأردنية الهاشمية في ظل المتغيرات المعاصرة، المجلة الأردنية في إدارة الأعمال، المجلد الثاني، العدد ٢، ٢٠٠٦.

١٠. مصطفى صالح العمادي: التنظيم السياسي والنظام الدستوري، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر، عمان ، ٢٠٠٩.
١١. منصور صالح العواملة: الوسيط في النظم السياسية، المركز العربي للخدمات الطلابية، ١٩٩٣ .
١٢. نعمان أحمد الخطيب: الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الثقافة ، ٢٠١٠.
١٣. نواف كنعان : الرقابة المالية على الأجهزة الحكومية، بحث منشور ، مجلة جامعة الشارقة، جامعة الإمارات ، ٢٠٠٦.
١٤. نواف كنعان : القانون الإداري الأردني ، " الكتاب الثاني " ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٦ .

مدى تطور الحماية القانونية الدولية للاجئين مع الواقع العملي

د. علي سيف النامي

أستاذ القانون الدولي المساعد بجامعة الكويت

د. ثقل سعد العجمي

أستاذ القانون الدولي المساعد بجامعة الكويت

مدى تطور الحماية القانونية الدولية للاجئين مع الواقع العملي

منذ قرون والمجتمعات ترحب دائماً بدخول الغرباء وضحايا العنف والهاربين من الاضطهاد إلى بلدانهم، وأغلب الديانات تناولت موضوع اللجوء، وتعد ملاجئ مدينة أثينا عند الإغريق من أقدم الملاجئ في التاريخ¹.

وعلى الرغم من قدم ظاهرة اللجوء فإن القانون الدولي الذي يحكمها لم يظهر إلا مع بداية القرن العشرين ونشأة عصبة الأمم المتحدة وظهور عدد كبير من اللاجئين، ومن ثم تبنى المجتمع الدولي العديد من الاتفاقيات التي عرفت اللاجئين ونظمت حقوقه والتزاماته، وأنشئت وكالات دولية تتكفل بحمايتهم، لكن الخطوة الأكثر أهمية هي تبني اتفاقية جنيف لعام ١٩٥١ للاجئين.

وبعد مرور أكثر من ٦٥ عاماً على تبني هذه الاتفاقية نجد أن هناك ضرورة لمراجعتها وتحليلها، وذلك لزيادة عدد اللاجئين في العالم وتجاوزهم ٦٥ مليوناً^٢، ولظهور أنواع جديدة من اللجوء لم يتم أخذها بالاعتبار في عام ١٩٥١، من مثل النزوح الداخلي والهجرة الاقتصادية.

كذلك ظهرت سياسات جديدة تجاه اللاجئين تمارسها بعض الدول وخاصة في أوروبا، تتمثل في التضييق على اللاجئين لمنعهم من الدخول لأراضيها طلباً للجوء؛ مما يجعلنا نتساءل عن وضع اللاجئين في ظل اتفاقية عام ١٩٥١.

كما ظهرت العديد من المعايير الجديدة في ممارسات بعض الدول لامتناعها عن قبول اللاجئين لأسباب متعددة، مثل الإرهاب الدولي وغيرها؛ أدى إلى وجود تفسيرات كثيرة تستثني بعض الدول من تطبيق اتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١.

¹راجع: عبد الكريم علوان، اللجوء في الشريعة الإسلامية والقانون الدولي، مجلة البلقاء، المجلد ٥، العدد ١، ١٩٩٧، ص ٧٢.

² راجع تقرير المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين بتاريخ ٢٩ يونيو ٢٠١٧
www.unhcr.org

ومن ثم، أصبحنا نتساءل ، هل فكرة اللجوء الناتجة عن اتفاقية عام ١٩٥١ ما زالت تتكيف مع ضمان حماية اللاجئين وقد زاد عددهم اليوم على من ٦٥ مليوناً في العالم؟

وسنحاول - من خلال هذه الدراسة - تعرف وضع اللاجئين اليوم، وملاءمة ذلك مع مواد اتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١، بالإضافة إلى معرفة الآليات الموجودة لمراقبة تطبيق الدول الأعضاء بالاتفاقية لحقوق اللاجئين.

وترجع أهمية البحث إلى أن أعداد اللاجئين تتزايد كل يوم بسبب تزايد الأزمات والنزاعات في العالم، ومن ثم تتزايد معها معاناتهم.

ولهذا يجب معرفة وضعهم القانوني بحسب اتفاقية ١٩٥١ وملاءمة ذلك للواقع العملي المعاصر.

وعلينا بداية أن نتناول تعريف اللاجئين بحسب اتفاقية ١٩٥١، ثم ننظر في الأساس القانوني للحماية الدولية للاجئين، وأخيراً مدى تطور وضع اللاجئين وممارسات الدول وتطبيقها لبنود الاتفاقية.

المبحث الأول

تعريف اللاجئين ومفاهيم أخرى بحسب اتفاقية ١٩٥١

تعتبر اتفاقية جنيف عام ١٩٥١ أهم وثيقة قانونية دولية خاصة باللاجئين؛ لأنها تتصف بالعمومية وحددت النظام القانوني الدولي للاجئين^١.

أما تعريف اللاجئين فقد تطور مع الوقت ومر بعدة مراحل بحسب الظروف الدولية السياسية ، فكلمة اللجوء من أصل يوناني^٢ وتعني الشيء غير القابل للكسر، أو المكان الذي يمكن للإنسان اللجوء إليه بهدف طلب الحماية.

^١راجع :

DE SENARCLENS (Pierre), La Mondialisation : Théories, enjeux et débats, 3eme Edition, Dalloz, Paris, 1998-2002, P139.

^٢ اللاجئين باليوناني asylum. راجع:

ويقصد باللجوء في القانون الدولي: هروب الضحايا من الأخطار التي تسببها النزاعات المسلحة وغيرها من الأخطار إلى أماكن وهيئات توفر لهم الحماية. وفي اتفاقية جنيف لعام ١٩٥١ والبروتوكول الخاص لعام ١٩٦٧ تم تعريف اللاجئ، وتحديد الشروط التي إذا توافرت يتم منح الشخص وصف لاجئ، فما تعريف اللاجئ؟ وما الشروط الواجب توافرها فيه؟

المطلب الأول

تعريف اللاجئ

جاء تعريف اللاجئ بحسب المادة الأولى (أ) الفقرة الثانية من اتفاقية الأمم المتحدة لعام ١٩٥١ أنه: " كل شخص يوجد، نتيجة أحداث وقعت قبل ١ كانون الثاني/ يناير ١٩٥١، وبسبب خوف له ما يبرره من التعرض للاضطهاد بسبب عرقه أو دينه أو جنسيته أو انتمائه إلى فئة اجتماعية معينة أو آرائه السياسية، خارج بلد جنسيته، ولا يستطيع، أو لا يرغب بسبب ذلك الخوف، أو يستظل بحماية ذلك البلد، أو كل شخص لا يملك جنسية، ويوجد خارج بلد إقامته المعتادة السابق نتيجة مثل تلك الأحداث ولا يستطيع، أو لا يرغب بسبب ذلك الخوف، أن يعود إلى ذلك البلد".

وقد كانت هذه الاتفاقية خاصة بتوفير الحماية - أساساً- للاجئين الأوروبيين بعد الحرب العالمية الثانية - على الرغم من صفتها الدولية -، لذلك كان التعريف خاصاً بمشاكل اللاجئين بقارة أوروبا نتيجة الحرب العالمية الثانية. أي أن التعريف جاء - خاصةً - للأوروبيين، وحدد تاريخاً محدداً للجوء؛ ما يعني أن اللاجئ بعد يناير ١٩٥١ لا تطبق عليه الاتفاقية، أي أنها لا تشمل اللاجئين بعد هذا التاريخ.

E.W. vierdag "Asylum" and "refuge" international law", Netherlands International law, Review, vol.24, n 1-2, 2009. P287.

¹ راجع المادة ١/٢- من اتفاقية الأمم المتحدة لعام ١٩٥١ للاجئين.

وبعد زيادة عدد اللاجئين بالعالم في مختلف القارات نتيجة لزيادة النزاعات، تم الاتفاق على توسيع نطاق تعريف اللاجئين، وتم التوقيع في مدينة نيويورك على البروتوكول الخاص باللاجئين لعام ١٩٦٧، ليصبح تعريف اللاجئين ينطبق على كل من تتوافر به الشروط دون تحديد للفترة الزمنية^١.

فقد تمت إزالة الحدود الجغرافية والزمنية التي وردت باتفاقية عام ١٩٥١، وعلى الرغم من التعديل المهم الوارد بالبروتوكول عام ١٩٦٧ فقد قامت بعض المحاولات الإقليمية لصياغة تعريف للاجئ أكثر شمولاً وتحديداً؛ بسبب ظروف استثنائية تم التعرض لها.

فمثلاً قامت منظمة الوحدة الإفريقية بصياغة اتفاقية في ١٠ يوليو ١٩٦٩ وهي خاصة باللاجئين في إفريقيا؛ بسبب تفاقم عدد اللاجئين بتلك القارة نتيجة النزاعات المسلحة الداخلية، وقد استندت إلى اتفاقية الأمم المتحدة للاجئين لعام ١٩٥١، لكنها أضافت إليها ما يتوافق مع ظروفها السياسية^٢.

^١يصب نص المادة الأولى من البروتوكول الخاص باللاجئين لعام ١٩٦٧ :
١- تتعهد الدول الأطراف في هذا البروتوكول بتطبيق المواد ٢ إلى ٣٤ من الاتفاقية على اللاجئين المعرف عنهم فيما يلي:
٢- لغرض هذا البروتوكول وباستثناء ما يتعلق بتطبيق الفقرة الثالثة من هذه المادة، أن لفظه لاجئ تعني كل شخص ينطبق عليه التعريف الوارد في المادة الأولى من الاتفاقية كما لو لم ترد في الفقرة (٢) من الفرع (أ) منها الكلمات التالية " نتيجة لأحداث وقعت قبل أول كانون الثاني/يناير ١٩٥١: والكلمات "نتيجة لمثل هذه الأحداث".
٣- تطبق الدول الأطراف هذا البروتوكول دون حصر جغرافي على أن الإعلانات الصادرة عن الدول التي هي أطراف في الاتفاقية ووفقاً للفقرة (أ) من المقطع (١) الفرع (ب) من المادة الأولى من الاتفاقية، تبقى سارية المفعول في ظل هذا البروتوكول ما لم يكن قد وسع نطاقها وفقاً للمادة الأولى (ب) فقرة ٢ من الاتفاقية المذكورة.

^٢عرفت المادة الأولى من هذه الاتفاقية الإفريقية للاجئين اللاجئ:
١- إن لفظ لاجئ بمقتضى هذه الاتفاقية ينطبق على كل شخص يخشى - عن حق - من أن يضطهد بسبب جنسه أو دينه أو جنسيته أو من انتمائه لمجموعة اجتماعية معينة، أو بسبب معتقداته السياسية، ويوجد نفسه خارج البلد الذي يحمل جنسيته ولا يستطيع - أو بسبب خوفه - يخشى أن يعلن احتمائه بهذا البلد، أو شخص لا يتمتع بجنسيته ويوجد نفسه خارج البلد محل إقامته العادية بسبب أحداث معينة - ولا يستطيع أو يخشى - العودة إليه.
٢- إن لفظ لاجئ ينطبق كذلك على كل شخص يجد نفسه مضطراً، بسبب عدوان أو احتلال خارجي، أو سيطرة أجنبية، أو بسبب أحداث تهدد بشكل خطير الأمن العام في جزء من

والملاحظ أن هذه الاتفاقية قد توسعت بتعريف اللاجئ أكثر مما جاء باتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١؛ بسبب ظروفها السياسية، ومنحت اللاجئ معنى أكثر وطنية، حيث أقرت أنه قد يضطر الشخص لمغادرة وطنه بسبب الاحتلال أو هيمنة خارجية وليس بسبب الاضطهاد فقط.

كما عرفت المادة الأولى من الاتفاقية الأفريقية لعام ١٩٦٩ للاجئين، بأن لفظ اللاجئ ينطبق - بالإضافة لما ورد باتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١ - ، " على كل شخص، يجد نفسه مضطراً، بسبب عدوان أو احتلال خارجي، أو سيطرة أجنبية، أو بسبب أحداث تهدد بشكل خطير الأمن العام في جزء من البلد الأصل، أو في أراضيها كلها، أو البلد الذي يحمل جنسيته، إلى أن يترك محل إقامته العادية ليبحث عن ملاذ في مكان آخر خارج بلده الأصل الذي يحمل جنسيته".

ثم جاءت محاولات في أوروبا - وخاصة الاتحاد الأوروبي - لإيجاد تعريف دقيق وأكثر شمولية من مفهوم اللاجئ في اتفاقية ١٩٥١ والمعاهدة الإفريقية لعام ١٩٦٩.

فقد نص القرار رقم ١٥ لعام ١٩٦٧ من الاتحاد الأوروبي على منح حق الملجأ للأشخاص المعرضين لخطر الاضطهاد، وكذلك أشار الاتفاق الأوروبي لعام ١٩٨٠ لنقل المسؤولية عن اللاجئين، ثم توصية الاتحاد الأوروبي لعام ١٩٨١ للتنسيق بين الإجراءات الوطنية الخاصة بمنح حق اللجوء، وأيضاً اتفاقية دبلن لعام ١٩٩٠ التي تضع معايير لتحديد أي دولة عضو تعد مسؤولة عن النظر في طلب حق الملجأ عندما يطلب اللاجئ حق اللجوء إلى دولة أو أكثر من الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي^١.

البلد الأصل أو في أراضيها كلها، أو البلد الذي يحمل جنسيته، إلى أن يترك محل إقامته العادية ليبحث عن ملاذ له في خارج بلده الأصل أو البلد الذي يحمل جنسيته".

-٣-

^١ كذلك أنظر إعلان ١٨ نوفمبر ١٩٧٧ الخاص بمجلس وزراء أوروبا الذي أعلن أن حق اللجوء هو حق للدولة في ممارسته، لكن هذا الأمر تغير في عام ٢٠٠٥، حيث أن في بعض الدول

وعلى الرغم من الاختلاف في تعريف اللاجئين في الاتفاقيات الدولية والإقليمية فإن التعريف الأهم هو ما ورد في اتفاقية جنيف للاجئين لعام ١٩٥١ ، ويمكننا القول إن تعريف اللاجئين مر بمرحلتين:

المرحلة الأولى: وهي مرحلة التحرر من قيد المكان والزمان، حيث فرقت اتفاقية الأمم المتحدة للاجئين لعام ١٩٥١ بالبداية بين نوعين من اللاجئين، الأول: اللاجئين قبل ١ يناير ١٩٥١ وفي نطاق قارة أوروبا ، والثاني: اللاجئين بعد ١ يناير ١٩٥١ داخل أو خارج أوروبا وهم موجودون في الظروف نفسها.

ومن ثم، أصبح من الضروري إلغاء قيد الزمان والمكان بسبب تزايد أعداد اللاجئين بكل قارات العالم وحاجتهم للحماية، فقامت الأمم المتحدة بالتوصل لإبرام اتفاقية جديدة تعالج هذا النقص، وتم التوقيع على البروتوكول الخاص للاجئين لعام ١٩٦٧، من خلاله تمت إزالة قيد المكان والزمان، وشكل هذا التطور تقدماً كبيراً ومهماً في تعريف اللاجئين وشموله فئات جديدة كانت محرومة.

المرحلة الثانية: مر فيها تعريف اللاجئين، هي التوسع في سبب اللجوء^١، صحيح أن اتفاقية جنيف الخاصة باللاجئين لعام ١٩٥١ ، والبروتوكول لعام ١٩٦٧ أكدا أن سبب اللجوء الوحيد هو الاضطهاد بسبب الدين أو الجنس أو غير ذلك، لكن الواقع والممارسة العملية أظهرت توسعاً بمفهوم اللاجئين، وأن

الأوروبية يستطيع طالب اللجوء إجبار الدولة أن تحترم التزاماتها باستقبال اللاجئين بواسطة إلزامها عن طريق القضاء الدولي الإقليمي وهي المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان. وقانون اللاجئين الأوروبي لعام ٢٠٠٦ أكد ذلك وأن الاعتراف بوضع اللاجئين هو قرار كاشف حيث أن اللاجئين يمنح حق اللجوء بناءً على الحماية الدولية لاتفاقية ١٩٥١. راجع:

Florian François HOPFNER, l'évolution de la notion de réfugié »,
Edition A.Pedone, Paris, 2014,P9.

^١راجع:

Hussein Solomon, "Protecting refugee rights –getting serious about terminology", African human rights law journal,vol.2 n 1,2002,P60-67.

الدول تمنح اللجوء لأشخاص تتوافر فيهم أسباب مشابهة للاضطهاد، حيث إن ممارسات بعض الدول، وقرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة، والمجلس الاقتصادي والاجتماعي، والمفوضية السامية للأمم المتحدة للاجئين تقرر أحياناً منح وضع اللاجئين لأسباب أخرى، مثلاً للأشخاص المجبرين على البحث عن الملجأ خارج بلدهم الأصلي أو بلد الجنسية؛ بسبب العدوان الخارجي أو الاحتلال أو السيطرة الأجنبية، أو الأحداث التي تضع النظام العام في خطر، في كل أو بعض هذه البلاد¹.

وهذا ما دعا بعض الدول إلى التوسع في تعريف اللاجئين - كما سنرى بالمبحث الثالث - وأضافت أسباباً جديدة للجوء، وكذلك أضافت فئات جديدة من الأشخاص².

المطلب الثاني

الشروط الواجب توافرها في الشخص لمنحه حق اللجوء

بحسب تعريف اللاجئين في اتفاقية جنيف لعام ١٩٥١، والبروتوكول الخاص باللاجئين لعام ١٩٦٧، فإن لفظ اللاجئين ينطبق على كل شخص معرض، للاضطهاد بسبب عرقه أو دينه أو جنسيته أو انتمائه إلى فئة اجتماعية معينة أو آرائه السياسية، ويوجد خارج بلد جنسيته، ولا يستطيع، أو لا يرغب بسبب ذلك الخوف، أن يستظل بحماية ذلك البلد: أو كل شخص لا يملك جنسية، ويوجد خارج بلد إقامته المعتادة نتيجة تلك الأحداث، ولا يستطيع، أو لا يرغب بسبب الخوف، أن يعود إلى ذلك البلد.

ومن ثم، يجب أن تتوافر في اللاجئين مجموعة من الشروط حتى يمنح الحق في اللجوء، ويتمتع بالحماية المقررة لذلك، والشروط هي:

¹ راجع في ذلك: محمود السيد حسن حسن، حماية اللاجئين إبان النزاعات المسلحة، السياسة الدولية، العدد ١٦٢، أكتوبر ٢٠٠٥، ص ١١.

² راجع: محمود السيد حسن حسن، حماية اللاجئين إبان النزاعات المسلحة، السياسة الدولية، مرجع سابق، ص ١١.

أولاً - الخوف من الاضطهاد:

يعني هذا الشرط، أن يكون الشخص خائفاً من التعرض للاضطهاد في دولته التابع لها بالجنسية، أما إذا كان عديم الجنسية فهنا يعتد بدولة إقامته المعتادة. ولكن يجب أن يكون هذا الخوف مبرراً وله أسباب معقولة، ويتم تقدير هذه الأسباب بحسب الظروف السائدة في دولة الشخص الأصلية¹.

ثانياً - أن يكون الاضطهاد الذي يخاف الشخص من التعرض له راجعاً لأسباب معينة على سبيل الحصر:

فلا يجوز أن ينطبق وصف اللاجئ - بحسب اتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١ - على الأشخاص الذين لديهم خوف من التعرض للاضطهاد لأسباب أخرى غير التي حددتها الاتفاقية، والأسباب التي حددتها الاتفاقية هي أن يخاف الشخص من الاضطهاد بسبب العرق أو الدين أو الجنسية أو الانتماء إلى طائفة اجتماعية معينة أو لرأي سياسي.

وسوف نفصل هذه الأسباب على النحو الآتي:

١. الاضطهاد بسبب العرق :

يعتبر التمييز بسبب العرق من أكبر الانتهاكات الصارخة لحقوق الإنسان، ويمكن الاستناد إلى الاتفاقية الدولية الخاصة بإزالة جميع أشكال التمييز العنصري لعام ١٩٦٥، والتي تعرف التمييز العنصري تعريفاً واسعاً يتضمن كل تمييز أو استثناء أو تفضيل يقوم على أساس العرق أو اللون أو النسب أو الأصل، ويهدف لتعطيل أو عرقلة الاعتراف بحقوق الإنسان والحريات

¹ راجع:

Voir, jurisprudence Française relative au droit international, Annuaire Français de droit international, CNRS Editions, Paris, 2007-2008, P866.

الأساسية، أو التمتع بها على قدم المساواة في المجال السياسي أو الاقتصادي أو الاجتماعي أو الثقافي، أو أي مجال آخر في الحياة العامة^١.

٢. الاضطهاد بسبب الدين:

قد يوجد خوف من الاضطهاد بسبب الدين، والهدف من ذلك حماية الحرية الدينية، والقضاء على جميع أشكال التعصب والتمييز القائمة على أساس الدين أو المعتقد^٢.

لكن يجب أن يكون لدى طالب اللجوء خوف، له ما يبرره من التعرض للاضطهاد بسبب الانتماء الديني^٣.

وأشكال الاضطهاد الديني مختلفة، فقد تكون - مثلاً - حظر ممارسة الشعائر الدينية، أو حظر التعليم الديني، أو حظر الانضمام لطائفة دينية معينة، أو فرض تدابير ضد طائفة دينية معينة^٤.

وتم دراسة كل حالة على حدة وبحسب ظروفها، ولا يشترط أن يكون لدى طالب اللجوء انتماء ديني، بل يكفي أن يعامله من يقوم بالاضطهاد على هذا الأساس^٥.

٣. الاضطهاد بسبب الجنسية:

^١ راجع المادة الأولى الفقرة الأولى من الاتفاقية الدولية الخاصة بإزالة جميع أشكال التمييز العنصري لعام ١٩٦٥.

^٢ راجع الإعلان بشأن القضاء على جميع أشكال التعصب والتمييز القائمين على أساس الدين أو المعتقد الصادر بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٣٦/٥٥ في ٢٥ نوفمبر ١٩٨١.

^٣ راجع دليل الإجراءات والمعايير الواجب التطبيق لتحديد وضع اللاجئين بمقتضى اتفاقية عام ١٩٥١ وبروتوكول ١٩٦٧، المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين، جنيف، سبتمبر ١٩٧٩، ص ٢٧، فقرة ٧٢.

^٤ راجع:

HCR, Principes directeurs sur la protection internationale : demandes d'asile fondées sur la religion au sens de l'article 1A (2) de la Convention de 1951 et / ou du protocole de 1967 relatifs au statut de refugies, 2004, par.12.

^٥ راجع:

HCR, La protection international des refugies : interprétation de l'article 1 de la convention de 1951 relative au statut des refugies, Genève, 2001, p7,par.25.

يمكن أن يتم طلب اللجوء بسبب الاضطهاد بسبب الجنسية كمبرر، كما يمكن لعديمي الجنسية طلب اللجوء، مثل الأشخاص الذين لديهم جنسية، إذا كان لديهم خوف من الاضطهاد لأحد الأسباب الخمسة المذكورة بالمادة الأولى من اتفاقية ١٩٥١^١.

٤. الاضطهاد بسبب الرأي السياسي:

قد يكون طلب اللجوء مبرراً بسبب تبني آراء سياسية معارضة للحكومة، لكن يشترط أن يكون لدى هذا الشخص خوف من التعرض للاضطهاد نتيجة تبنيه هذه الآراء السياسية.

وترى المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين أنه ليس ضرورياً أن يكون لدى طالب اللجوء رأي سياسي ليتم منحه صفة لاجئ، بل يكفي أن تعتقد السلطات في دولته أن لديه آراء سياسية، وتقوم باضطهاده على هذا الأساس^٢.

٥. الاضطهاد بسبب الانتماء لفئة اجتماعية معينة:

بعد استقصاء حالات اللجوء لم أجد تعريفاً محدداً للفئة الاجتماعية، ولم أعرثر على اتفاق حول العناصر التي تميز فئة اجتماعية معينة عن باقي أفراد المجتمع.

والقانون الدولي لحقوق الإنسان حظر التمييز أو سوء المعاملة لأسباب اجتماعية^٣.

^١راجع:

HCR, La protection international des refugies : interprétation de l'article 1 de la convention de 1951 relative au statut des refugies, op -cite, p8,par 26.

^٢راجع:

HCR, La protection international des refugies : interprétation de l'article 1 de la convention de 1951 relative au statut des refugies, op-cite,p7,p25.

^٣راجع المادة الثانية من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام ١٩٤٨ وكذلك المادة الثانية من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والثقافية والاجتماعية لعام ١٩٦٦.

ومع ذلك نجد أن طلبات اللجوء قد زادت حديثاً بناءً على الاضطهاد بسبب الانتماء لفئة اجتماعية معينة بحسب اتفاقية ١٩٥١، مثال هذه الحالات ختان الإناث، والتمييز تجاه الأشخاص المعاقين^١.
وأما عن مواقف الدول حول قبول اللجوء بسبب الانتماء لفئة اجتماعية معينة فقد جاءت متفاوتة، لكن يجب عدم تفسير "الفئة الاجتماعية" تفسيراً واسعاً؛ خوفاً من أن تصبح الأسباب الأخرى الأربعة بلا جدوى^٢.

ثالثاً - أن يوجد الشخص خارج إقليم دولة جنسيته:

بمعنى أن نميز بين الشخص الذي لديه جنسية وبين عديم الجنسية، فاللاجئ يحتفظ غالباً بجنسيته، والشخص الذي يدعي خوفه من الاضطهاد من دولة معينة لا بد أن يثبت أنه يملك جنسية هذه الدولة، أما إذا كان عديم الجنسية فهنا يعتد بدولة إقامته المعتادة؛ لأنه لا يملك جنسية أي دولة، ولا يشترط أن يكون الخوف من الاضطهاد شاملاً لكل إقليم دولة جنسية اللاجئ، بل قد يكون في جزء منها فقط.

ولتحديد تعريف اللاجئ بوضوح يجب أن نفرق بين طالب اللجوء، وبين النازحين داخلياً، وبين عديمي الجنسية، وبين المهاجر.
ومع أن مصطلح طالب اللجوء لم يعرف في اتفاقية ١٩٥١ فإن استعماله دولياً كثير.

^١راجع:

Virginie NATALE, Le droit des étrangers a l'égalité et le juge de Common Law, Bruylant, BRUXELLES, 2009,p268.

^٢راجع:

HCR, Principes directeurs sur la protection internationale: « l'appartenance a un certain groupe social » dans le cadre de l'article 1A(2) de la convention de 1951 et/ou son protocole de 1967 relatifs au statut des refugies,2008,par.2.

وطالب اللجوء هو شخص يبحث عن ملجأ في بلد أجنبي، يعني يطلب حماية بلد أجنبي بسبب اعتبارات مختلفة، وخوفه من العودة لبلده الأصلي، إذن هو من رعايا دولة أجنبية أو بدون جنسية، قدم طلب لجوء ولم يتم البت بطلبه¹. أما اللاجئ فهو شخص يخاف من العودة لبلده الأصلي لسبب من الأسباب المذكورة في المادة الأولى - الفقرة الثانية من اتفاقية جنيف لعام ١٩٥١.

إذن طالب اللجوء واللاجئ كلاهما ترك بلده الأصلي وعبر الحدود الدولية، وهذا ما يفرق بينهما وبين النازح الداخلي، حيث إن النازح الداخلي لم يتجاوز الحدود الدولية لبلده الأصليين، ولذلك لا تطبق عليه الاتفاقية الدولية لعام ١٩٥١، فاللاجئ يطلب حماية دولة أجنبية، أما النازح داخلياً فلم يتجاوز حدوده الدولية^٢.

ومما يؤسف له أن المجتمع الدولي قرر حماية اللاجئ وحتى الآن لم يقرر حماية النازحين داخلياً.

وأما عن الفرق بين اللاجئ والمهاجر، فإن مفهوم المهاجر واسع ويشمل اللاجئ، فكل لاجئ مهاجر، لكن الهجرة تحدث لأسباب متعددة، قد تكون اقتصادية، وهنا لا تنازع بمسألة الجنسية، لأنه قد يرجع في أي وقت لبلده الأصلي دون خوف على عكس اللاجئ^٣.

وهنا تظهر أهمية مسألة الجنسية للفرقة بين اللاجئ والمهاجر وعديم الجنسية والنازح داخلياً.

¹ انظر قرار مجلس الاتحاد الأوروبي لتعريفه لطالب اللجوء في ٢٠٠٣ وتحديد للمعايير لاستقبال طلبات اللجوء من قبل الدول الأعضاء بالاتحاد، انظر المادة ٢ فقرة س من القرار.
(CE) 343/2003 du conseil du 18 février 2003.

² راجع:

Florian François HOPFNER, " L'évolution de la notion de refugie » op cite, P13.

³ بالنسبة للفرق بين اللاجئ والمهاجر، راجع:

Andreas Schoenhadt, "Trafficking in Migrants in the Asia-Pacific : national, regional and international responses", Singapore journal of International and comparative law, vol 5, n 2, 2001, P696-747.

إذا مسألة الجنسية مهمة وفارقة بالنسبة للمهاجر؛ حيث أن دولة الجنسية تحميه ولا يحتاج لحماية دولية، أما النازح داخلياً فالجنسية غير فعالة لكن قد يستفيد من حماية دولية، وأما اللاجئ فيملك جنسية لكنها أيضاً غير فعالة ولا توجد له حماية دولية، ولهذا فإن اتفاقية عام ١٩٥١ تقرر حماية دولية للاجئ عند غياب حماية دولته، وأما في حالة عديم الجنسية فإن علاقة الجنسية غير موجودة^١.

ويبقى التشابه بين اللاجئ والنازح داخلياً والمهاجر أنهم تركوا مجتمعهم الأصلي للبحث عن مستقبل أفضل، ففي حالة اللاجئين والنازحين داخلياً جاء هذا التنقل بسبب البحث عن الأمان، والابتعاد عن الخطر في البلد الأصلي. وهذا ما جعل فكرة اللجوء مرتبطة بفكرة النازح داخلياً وعديم الجنسية؛ لأن فاعلية رابطة الجنسية غير موجودة.

رابعاً - لا يستطيع الشخص أو لا يرغب في حماية هذه الدولة بسبب الخوف:

الشخص التابع لجنسية دولة ما قد لا يستطيع الاستفادة من دولته لظروف خارجة عن إرادته، مثل وجود حالة حرب أو نزاع مسلح يمنع دولته من حمايته، أو قد لا يرغب الشخص بحماية دولته بسبب خوفه من التعرض للاضطهاد من هذه السلطات، كأن ترفض هذه الدولة حمايته أو ترفض منحه جواز سفر؛ لذلك يطالب الحماية الدولية، ويطلب بمنحه حق اللجوء.

^١ بالنسبة للفرق بين اللاجئ وعديم الجنسية، راجع:

Peter J.Vank ricken, " The high commissioner for refugees and stateless Persons", Netherlands International law review, Vol.26, n 1,2009, P24-36.

Paul Weis, "The development of refugee law", Michigan yearbook of International legal studies, vol 3,1982,P27.

خامساً - كل شخص لا جنسية له (عديم الجنسية):

كل شخص لا يملك جنسية دولة ويوجد خارج دولة إقامته المعتادة، ولا يستطيع أو لا يرغب في العودة لتلك الدولة بسبب خوفه من التعرض للاضطهاد.

فعادةً عندما يوجد شخص عديم الجنسية وغادر بلد إقامته المعتادة، لا يستطيع العودة إليها، ولكن ليس كل عديمي الجنسية لاجئين، فلا بد أن يوجد عديم الجنسية خارج بلد الإقامة المعتادة، وللأسباب المذكورة باتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١، وليس لأسباب أخرى^١.

سادساً - يشترط ألا تنطبق على الشخص الطالب للجوء الحالات الآتية:
بحسب المادة الأولى من اتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١، لا يحق طلب اللجوء لأي شخص تنطبق عليه الحالات الآتية:

١. إذا استأنف - باختياره - الاستئصال بحماية بلد جنسيته.
٢. إذا استعاد - باختياره - جنسيته بعد فقدانه لها.
٣. إذا اكتسب جنسية جديدة وأصبح يتمتع بحماية هذه الجنسية الجديدة.
٤. إذا عاد باختياره إلى الإقامة في البلد الذي غادره، أو الذي ظل مقيماً خارجه خوفاً من الاضطهاد.
٥. إذا أصبح، بسبب زوال الأسباب التي أدت إلى الاعتراف به باعتباره لاجئاً، غير قادر على مواصلة رفض الاستئصال بحماية بلد جنسيته.
٦. إذا كان شخصاً لا يحمل جنسية، وأصبح، بسبب زوال الأسباب التي أدت إلى الاعتراف به باعتباره لاجئاً، قادراً على أن يعود إلى بلد إقامته المعتاد السابق.

^١راجع:

Gustave Peiser, " La conférence de Genève sur L'apatridie », AFDI, Vol.5, 1959, P504-522.

٧. لا تطبق هذه الاتفاقية على الأشخاص الذين يتمتعون حالياً بحماية أو مساعدة من هيئات أو وكالات تابعة للأمم المتحدة، غير المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين.

ويعني ذلك أن اللاجئين الفلسطينيين لا تنطبق عليهم اتفاقية عام ١٩٥١ للاجئين؛ بسبب وجود هيئة خاصة بهم وهي وكالة الأمم المتحدة لإغاثة وتشغيل اللاجئين الفلسطينيين، وكذلك لأن هدف الفلسطينيين هو العودة لبلدهم الأصلي المغتصب، وليس الاندماج والتوطين في البلدان المستقبلية لهم. لكننا نرى أن حرمان اللاجئين الفلسطينيين من الحماية الدولية المقررة بحسب اتفاقية ١٩٥١ بسبب وجود هيئة خاصة بهم غير مبررة، وفي كل الأحوال فإن اتفاقية ١٩٥١ قررت أنه إذا لم تحل مشاكل اللاجئين الفلسطينيين، أو توقفت الهيئة الخاصة بهم عن مساعدتهم، فإنهم سوف يتمتعون تلقائياً بأحكام هذه الاتفاقية^١.

٨ - لا تنطبق أحكام هذه الاتفاقية على أي شخص اعتبرته السلطات المختصة في البلد الذي اتخذته مقاماً له متمتعاً بالحقوق، وعليه الالتزامات المرتبطة بجنسية هذا البلد؛ لأن اللاجئ لم يعد بحاجة للحماية الدولية، بعد أن حصل على حماية الدولة التي يقيم فيها.

٩ - لا تنطبق أحكام هذه الاتفاقية على أي شخص تتوافر أسباب جدية للاعتقاد بأنه قام بأفعال مخالفة لمبادئ وأهداف الأمم المتحدة، أو ارتكب جريمة ضد السلام أو جريمة حرب أو جريمة ضد الإنسانية، أو جريمة جسيمة غير سياسية خارج بلد اللجوء قبل قبوله في هذا البلد بصفة لاجئ^٢.

المبحث الثاني

^١ نصت المادة الأولى فقرة (د) "على أنه إذا توقفت هذه الحماية أو المساعدة لأي سبب دون أن يتم التوصل بشكل نهائي لتسوية بشأن مصير هؤلاء الأشخاص وفقاً للقرارات ذات الصلة التي اعتمدها الجمعية العامة للأمم المتحدة، يصبح هؤلاء الأشخاص، في واقع الأمر، مؤهلين للتمتع بمزايا هذه الاتفاقية".

^٢ راجع المادة الأولى الفقرة (و) من اتفاقية جنيف للاجئين لعام ١٩٥١.

الحماية الدولية للاجئين

تقصد بالحماية الدولية للاجئين الحقوق والواجبات التي قررتها الاتفاقيات الدولية للاجئين. لكن قبل ذلك علينا معرفة المبادئ التي تحكم الحق في اللجوء.

المطلب الأول

المبادئ التي تحكم الحق في اللجوء

هناك أربعة مبادئ تحكم الحق في اللجوء وهي على النحو الآتي:
أولاً - مبدأ عدم الرد أو عدم الإبعاد:

بحسب المادة ٣٣ فقرة ١ من اتفاقية عام ١٩٥٠ فإن مبدأ عدم الإبعاد يعني حظر طرد أو إرجاع اللاجئين إلى حدود الأقاليم التي تكون حياتهم أو حرياتهم فيها معرضة للخطر بسبب العرق، أو الجنسية، أو الدين، أو لكونهم أعضاء في جماعة اجتماعية، أو لأرائهم السياسية، وسواء تم منحهم رسمياً وضع اللاجئين أم لا^١، وكذلك الأشخاص الذين توجد أسباب جدية تدل على أنهم سيتعرضون للتعذيب، حيث تنص المادة ٣ من اتفاقية منع التعذيب وغيره من صنوف المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة لعام ١٩٨٤ على أنه :

^١راجع أيضاً المادة ٣ فقرة ١ من الإعلان الخاص باللجوء الإقليمي لعام ١٩٦٧.
للمزيد من التفصيل حول مبدأ عدم الرد أو عدم الإبعاد، انظر على مسيل المثال:
- Guy S. Goodwin-Gill, The Refugee in International Law (1983), pp. 69-97.
- Roman Boed, The State of the Right of Asylum in International Law, 5 Duke Journal of Comparative and International Law 1 (1994), pp. 16-22.

" لا يجوز لأي دولة طرف أن تطرد أي شخص أو تعيده ("أن ترده") أو أن تسلمه إلى دولة أخرى، إذا توافرت لديها أسباب حقيقية تدعو إلى الاعتقاد بأنه في خطر التعرض للتعذيب"^١.

كما نصت المادة ١٦ من الاتفاقية الدولية لحماية كل الأشخاص ضد الاختفاء القسري على أنه:

" لا يجوز لأي دولة أن تطرد أو تعيد أو تتنازل عن أو تسلم أي شخص إلى أي دولة أخرى، إذا قامت أسباب جوهرية للاعتقاد بأنه أو أنها ستتعرض عندئذ لخطر الاختفاء القسري"^٢.

وهناك قواعد تحكم مبدأ عدم الرد في القانون الدولي وهي على النحو الآتي:

١. بحسب المادة ٤٢ من اتفاقية ١٩٥١، لا يجوز وضع تحفظات على

المادة ٣٣ التي تقر هذا المبدأ، لذلك لا يجوز وضع أي تحفظ على

أي نص يقرر هذا المبدأ؛ بسبب الآثار الخطيرة التي تنتج عنه^٣.

٢. لا يجوز الخروج عن هذا المبدأ في أي حال من الأحوال^٤.

٣. يعتبر هذا المبدأ من القواعد الآمرة، ومن ثم لا يجوز الاتفاق على

مخالفته^٥.

^١ يقصد بالدولة الأخرى تلك الدولة التي سيطرد أو يعاد أو يسلم إليها الشخص، راجع د. أحمد أبو الوفا " حق اللجوء بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي للاجئين" دراسة مقارنة، الرياض الطبعة الأولى ٢٠٠٩، المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين ص ٥٣.

^٢ راجع أيضاً قرار مجلس حقوق الإنسان رقم ١/١ في ٢٩ يونيو ٢٠٠٦.

^٣ راجع أيضاً التوصية رقم ٣٠ التي تبنتها اللجنة الخاصة بالقضاء على التمييز العنصري في أول أكتوبر ٢٠٠٤، التي نصت على أنه لا يجوز إعادة غير المواطنين إلى بلد أو إقليم يكونون فيه عرضة لخطر أن يخضعوا لإساءات خطيرة على حقوق الإنسان، بما في ذلك التعذيب والمعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة.

^٤ راجع:

Conclusions on the international protection of refugees adopted by the executive committee of the UNHCR programme, Geneva, 1996, p.14, No. 6(28).

^٥ يعتبر أي اتفاق يخالف هذا المبدأ باطلاً، بناء على نص المادة ٥٣ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات الدولية لعام ١٩٦٩.

٤. هذا المبدأ يعد قانوناً دولياً عرفياً، ومن ثم يجب أن تلتزم به جميع الدول، بغض النظر عن أي ارتباط بأي اتفاقية دولية^١.

٥. يعد هذا المبدأ أحد الأسباب الملزمة لرفض التسليم، إذا كان يخشى تعرض الشخص للتعذيب أو لغيره من المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة^٢.

وبخصوص مسألة طرد اللاجئين ، فالمادة ٣٢ من اتفاقية عام ١٩٥١ تقرر أنه:

١. لا تطرد الدولة الطرف بالاتفاقية لاجئاً موجوداً في إقليمها بصورة نظامية إلا لسبب يتعلق بالأمن الوطني أو النظام العام.

٢. لا يتم تنفيذ مثل هذا الطرد للاجئ إلا بحسب تطبيق قرار تم اتخاذه وفق الأصول الجزائية المتبعة قانوناً، ويجب أن يتم السماح للاجئ - ما لم توجد أسباب قاهرة تتصل بالأمن الوطني -، بأن يقدم بيانات إثبات براءته، وأن يمارس حق الاعتراض ويكون له وكيل يمثل أمام السلطات المختصة.

٣. تمنح الدول الأطراف بالاتفاقية لمثل هذا اللاجئ مهلة معقولة ليتلمس خلالها قبوله بصورة قانونية في بلد آخر، وتحفظ الدولة الطرف بالاتفاقية بحقها في أن تطبق خلال هذه المهلة ما تراه ضرورياً من التدابير الداخلية.

^١بمناسبة مرور خمسين عاماً على اتفاقية ١٩٥١، نص إعلان الدول الأطراف فيها في ١٢ ديسمبر ٢٠٠١، على أن مبدأ عدم الرد أصبح تطبيقه جزءاً من القانون الدولي العرفي (الفقرة الرابعة من الديباجة) راجع:

Collection of international instruments and legal texts concerning refugees and others of concern to UNHCR, vol.1,p.51.

^٢راجع:

South African development community protocol on extradition (2002),
ibid,vol.3. p. 1096 (art.4/F).

لكن - للأسف - على أرض الواقع صور انتهاكات مبدأ عدم الرد كثيرة، منها على سبيل المثال لا الحصر، طرد اللاجئين أو إرجاعه إلى مكان يكون معرضاً فيه للاضطهاد، سواء أكان دولته الأصلية أو دولة أخرى. كذلك عدم تمكين اللاجئين عن طريق منحه وقتاً كافياً من البحث عن مكان آخر آمن.

وهناك استثناءات ترد على هذا المبدأ، وهي المنصوص عليها فقط بالمادة ٣٣ فقرة ٢ من اتفاقية عام ١٩٥١، وهي:

أ - إذا كان اللاجئ يشكل تهديداً للأمن القومي للبلد الذي يعيش فيه، أو للمحافظة على السكان مثل حالة تدفق اللاجئين بأعداد كبيرة جداً.

لكن حتى لو توافرت هذه الاستثناءات بمبدأ عدم جواز الرد يجب على الدولة المعنية أن تعطي الشخص المعني عن طريق اللجوء المؤقت أو غيره فرصة اللجوء إلى دولة أخرى.

ب - أو إذا كان قد أدين بارتكاب جرم خطير، من شأنه أن يجعله خطراً على المجتمع الذي يعيش فيه، إلا أنه لا يجوز إبعاده إلى بلد يكون فيه معرضاً لخطر التعذيب أو المعاملة السيئة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة أو انتهاك حقوقه الأساسية^١.

ثانياً - مبدأ عدم جواز فرض عقوبات على اللاجئين الذي يدخل أو يوجد بطريقة غير مشروعة في إقليم الدولة:

تنص المادة ٣١ الفقرة الأولى من اتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١ على: " لا توقع الدول المتعاقدة جزاءات، بسبب الدخول أو الوجود غير المشروع، على اللاجئين الذين يحضرون مباشرة من إقليم تكون حياتهم أو حريتهم مهددة وفقاً للمادة ١، إذا دخلوا أو وجدوا فوق إقليمهم دون إذن، بشرط أن يقدموا

أراجع:

La coopération: enjeu essentiel du droit des refugies sous la direction d'Anne-Marie tounepiche, Pedone, Paris 2015, P24.

أنفسهم دون تأخير إلى السلطات، وأن يظهروا سبباً وجيهاً لدخولهم أو وجودهم غير المشروع".

ومن ثم، يمكننا القول إن هناك أربعة شروط تحكم هذا المبدأ، وهي:

١. أن يكون سبب عدم فرض عقوبات على اللاجئين، الذي يدخل أو يوجد بصورة غير مشروعة في إقليم الدولة، تعرض حياة أو حرية اللاجئين للتهديد، بحسب ما ورد في المادة الأولى من اتفاقية ١٩٥١.

٢. أن يقدم اللاجئ نفسه للسلطات المعنية بالدولة دون إبطاء.

٣. أن يثبت اللاجئ أن دخوله أو وجوده غير المشروع في إقليم الدولة يرجع لسبب وجيه.

٤. أن يصل اللاجئ مباشرة من الإقليم الذي تكون فيه حياته أو حريته مهددة بالتعرض للاضطهاد.

وتعني أن اللاجئ وصل مباشرة : سواء وصل من بلده الأصلي، أو من بلد آخر لم يكفل له الحماية والأمان، أو من بلد عبور وجد فيه لفترة قصيرة دون التقدم بطلب للحصول على اللجوء^٢.

وتنص الفقرة الثانية من المادة ٣١ من اتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١ على أنه لا يجوز للدول المتعاقدة فرض قيود على تحركات اللاجئين - غير تلك التي تكون ضرورية - إلى أن يتم تسوية وضعهم في بلد الملجأ، أو يتم قبولهم في بلد آخر، وعلى الدول المتعاقدة كذلك أن تمنح اللاجئين مهلة معقولة، وكل التسهيلات الضرورية ليحصلوا على قبول بلد آخر.

^١تنص المادة الأولى على " وجود خوف مبرر لتعرضه للاضطهاد بسبب العرق أو الدين أو الجنسية أو الانتماء إلى فئة اجتماعية معينة أو آرائه السياسية".
^٢راجع المادة ٣١ من اتفاقية ١٩٥١.

ثالثاً - مبدأ عدم التمييز:

يعتبر هذا المبدأ من المبادئ الأساسية في القانون الدولي لحقوق الإنسان، وكذلك في إطار حق الملجأ.

لقد نصت الاتفاقية الدولية الخاصة باللجئين لعام ١٩٥١ في المادة الثالثة على أن:

"تطبق الدول المتعاقدة نصوص الاتفاقية على اللاجئين دون تمييز يستند إلى العرق، أو الدين، أو بلد المنشأ".

ومن ثم لا يجوز التمييز بالمعاملة بين اللاجئين بحسب أصولهم، أو ديانتهم، أو دولهم.

رابعاً - مبدأ الطبيعة الإنسانية لحق اللجوء:

العديد من الوثائق الدولية نصت على الطبيعة الإنسانية والسلمية للحق في اللجوء، ومن ثم لا يجب اعتباره عملاً غير ودي^١.

المطلب الثاني

حقوق اللاجئين والتزاماته

مما لا شك فيه أن للاجئ حقوقاً وعليه التزامات في أثناء وجوده في الدولة التي منحتة اللجوء.

أولاً - حقوق اللاجئين:

أما حقوق اللاجئين فإنها تتلخص في تأمين بديل للحماية الوطنية لبلده الأصلي أو محل إقامته، وهو خاص للأشخاص الذين لا يستفيدون من حماية بلدهم الأصلي أو محل إقامتهم.

^١ راجع على سبيل المثال:

المادة الأولى (أ) من اتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١، وديباجة الإعلان الخاص باللجوء الإقليمي (القرار ٢٣١٢ الذي تبنته الجمعية العامة للأمم المتحدة لعام ١٩٦٧)، الفقرة ٢ من إعلان الدول الأطراف في اتفاقية عام ١٩٥١ وبروتوكول عام ١٩٦٧ الخاص باللجئين (الذي تم تبنيه في ١٢ ديسمبر ٢٠٠١ بمناسبة مرور خمسين عاماً على اتفاقية ١٩٥١)، المادة ٣ من الإعلان الخاص باللجوء الإقليمي الصادر من مجلس أوروبا عام ١٩٧٧.

وهذه الحقوق الممنوحة للاجئين مرتبطة وملزمة لوضعهم، ولا تعتمد على الاعتراف الرسمي بهذا النظام ، وكل شخص يكون لاجئاً بحسب اتفاقية ١٩٥١ عندما يستوفي معايير هذا التعريف^١.

ولكن لا يعني ذلك أن الحقوق الممنوحة للاجئ - بحسب المواد من ٢ إلى ٣٢ من اتفاقية جنيف لعام ١٩٥١ - تمنح حالاً للأشخاص الذين تتوافر فيهم معايير تعريف اللاجئ.

و إنما تمنح الحقوق للاجئ بحسب نوع العلاقة بينه وبين الدولة التي طلب منها اللجوء و مدى تطور هذه العلاقة، فهناك بعض الحقوق مثل عدم الإبعاد، وحق اللجوء للقضاء، تكون تحت سلطة الدولة التي يطلب منها اللاجئ اللجوء.

وتقع المسؤولية الأولى بتطبيق كل هذه الحقوق في اتفاقية جنيف لعام ١٩٥١ على الدول الأطراف التي تشكل تقريباً ٨٠ بالمائة من دول العالم وعددها ١٤٨ دولة، وعليها واجب إنشاء آليات إدارية للمساعدة وتسهيل الوصول للحقوق المعلن عنها، والسماح للاجئين بالترافع أمام محاكمهم.

كما أن المادة ٣٥ من اتفاقية جنيف لعام ١٩٥١ تطالب الدول بالتعاون مع المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين من أجل مساعدة اللاجئين وتسهيل مهامها.

كما أن المادة ٣٨ من اتفاقية اللاجئين تنص على اللجوء لمحكمة العدل الدولية في كل نزاع بين الدول الأطراف حول تفسير أو تطبيق الاتفاقية، ولكن للأسف لم يتم اللجوء لمحكمة العدل الدولية أبداً لطلب التفسير.

^١راجع:

Le droit international de la migration, Sous la direction de Brian Opeskin, Richard Perruchoud, Julianne Redpath –Cross, EDITIONS YVONBLAIS, Schulthess EDITIONS ROMANDES 2014,p 216.

وفي الواقع العملي ، فإن المحاكم الإقليمية تمارس صلاحياتها بما يتعلق بالمعاهدات المتعلقة بحقوق الإنسان، التي تركز على الحقوق الممنوحة بحسب اتفاقية جنيف للاجئين لعام ١٩٥١ ؛ من أجل إقرار تطبيق قواعد أكبر وأوسع للاجئين.

وقد بينت اتفاقية جنيف مجموعة من حقوق الإنسان الأساسية ، وتتمثل فيما يأتي:

- عدم التمييز^١، حيث تحظر المادة الثالثة من الاتفاقية التمييز في معاملة اللاجئين بسبب العرق أو الدين أو بلد المنشأ .
- حرية العقيدة^٢، حيث تلزم المادة ٤ من اتفاقية عام ١٩٥١ الدول بمنح اللاجئين حرية ممارسة شعائرهم الدينية.
- الإعفاء من مبدأ المعاملة بالمثل^٣؛ نصت المادة ٧ من الاتفاقية على أن اللاجئين يتمتعون ، بعد مرور ثلاث سنوات على إقامتهم " بالإعفاء، على أرض الدول المتعاقدة، من شرط المعاملة التشريعية بالمثل".
- الإعفاء من الإجراءات الاستثنائية^٤.
- إن الحالة الشخصية للاجئ يحكمها قانون الموطن أو قانون محل الإقامة^٥، ويجب على الدول المتعاقدة - بحسب نص المادة ١٢ من الاتفاقية - احترام حقوق اللاجئ المكتسبة والناجمة عن أحواله

^١ راجع المادة الثالثة من اتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١.
^٢ راجع المادة ٤ التي تنص على أن تمنح الدول المتعاقدة للاجئين على أراضيها معاملة لا تقل رعاية عن تلك الممنوحة لمواطنيها من حيث ممارسة الشعائر الدينية والتربية الدينية لأولادهم.
^٣ راجع المادة ٧ .

^٤ راجع المادة ٨ التي تنص على أنه في حالة اتخاذ تدابير استثنائية ضد شخص أو ملك أو مصالح مواطني دولة أجنبية تمتنع الدول المتعاقدة عن تطبيق هذه التدابير على اللاجئ الذي يحمل رسمياً جنسية تلك الدولة ولمجرد حملته هذه الجنسية، وتمنح الدول المتعاقدة التي لا تسمح لها قوانينها بتطبيق المبدأ العام المنصوص عنه في هذه المادة إعفاءات في حالات معينة لمثل هؤلاء اللاجئين.
^٥ راجع المادة ١٢ .

الشخصية، ولاسيما الحقوق المرتبطة بالزواج، على أن يخضع ذلك عند الاقتضاء لاستكمال الشكليات المنصوص عليها في قوانين تلك الدولة.

- يتمتع اللاجئ بالحقوق الخاصة بالملكية المنقولة والعقارية^١؛ تلزم المادة ١٣ من الاتفاقية الدول المتعاقدة منح كل لاجئ أفضل معاملة ممكنة، لا تكون في أي حال أدنى رعاية من تلك الممنوحة - في الظروف نفسها - للأجانب عامة، فيما يتعلق بحيازة الأموال المنقولة وغير المنقولة والحقوق الأخرى المرتبطة بها، وبالإيجار وغيره من العقود المتصلة بملكية الأموال المنقولة وغير المنقولة.

- كذلك يتمتع اللاجئ بحقوق الملكية الذهنية والفنية^٢.

- من حق اللاجئ أن يتمتع بحق الانتماء للجمعيات^٣؛ تلزم المادة ١٥ الدول المتعاقدة منح اللاجئين المقيمين بصورة قانونية في إقليمها، - بخصوص الجمعيات غير السياسية وغير المستهدفة للربح والنقابات المهنية - أفضل معاملة ممكنة تمنح - في الظروف نفسها - لمواطني بلد أجنبي.

- للاجئ حق التقاضي أمام المحاكم^٤.

- يحق للاجئ القيام بعمل مقابل أجر^٥.

- يحق للاجئ ممارسة العمل الحر والمهن الحرة^٦.

^١ راجع المادة ١٣ .

^٢ راجع المادة ١٤ .

^٣ راجع المادة ١٥ .

^٤ راجع المادة ١٦ التي تنص على حق اللاجئ في التقاضي أمام جميع المحاكم القائمة على أراضي الدول المتعاقدة.

^٥ راجع المادة ١٧ التي تنص على أن الدولة المتعاقدة تمنح اللاجئ المقيم على أرضها بصورة شرعية المعاملة الأفضل الممنوحة لمواطني بلد أجنبي في الظروف نفسها بالنسبة لحق ممارسة عمل مأجور.

^٦ راجع المادة ١٨ والمادة ١٩ .

- يكون للاجئ نصيب من التوزيع المقتن^١؛ حيث توجد أنظمة تقنين تنظيم التوزيع العام للمواد التي يشتكى من نقص في توافرها، التي تسري على السكان، وبصورة عامة يعامل اللاجئون معاملة المواطنين.
- له الحق في السكن^٢؛ حيث تنص المادة ٢١، ويقدر ما يكون هذا الموضوع خاضعاً للقوانين والأنظمة بالدولة، على أن تمنح الدول المتعاقدة للاجئين المقيمين بصورة قانونية في إقليمها أفضل معاملة ممكنة، على ألا تكون في أي حال أقل رعاية من تلك الممنوحة للأجانب عامة في الظروف نفسها.
- يتمتع اللاجئ بحق التعليم العام^٣ والعون العام^٤.
- يستفيد اللاجئ كذلك من تشريعات العمل والضمان الاجتماعي^٥ والمساعدة الإدارية^٦.
- للاجئ حق التنقل^٧ والحصول على بطاقات الهوية^٨ ووثائق السفر^٩.
- تطبق على اللاجئ التكاليف الضريبية^{١٠} وقانون نقل الأموال والممتلكات^{١١}.

^١ راجع المادة ٢٠ .
^٢ راجع المادة ٢١ التي توجب على الدول المتعاقدة معاملة اللاجئين المقيمين بصورة شرعية على أرضها أفضل معاملة ممكنة بالنسبة للسكن، على ألا تقل بأي حال عن تلك الممنوحة للأجانب عامة في الظروف نفسها.
^٣ راجع المادة ٢٢ .
^٤ راجع المادة ٢٣ .
^٥ راجع المادة ٢٤ .
^٦ راجع المادة ٢٥ .
^٧ راجع المادة ٢٦ .
^٨ راجع المادة ٢٧ التي تنص على أن تصدر الدول المتعاقدة لكل لاجئ على أرضها بطاقة هوية إذا لم يكن في حوزته وثيقة سفر صالحة.
^٩ راجع المادة ٢٨ .
^{١٠} راجع المادة ٢٩ .
^{١١} راجع المادة ٣٠ .

- لا يجوز تطبيق عقاب على اللاجئين الذين يدخلون بطريقة غير مشروعة^١.

- يمنع ويحظر طرد اللاجئ وإبعاده^٢.

- تسهيل منح الجنسية للاجئ^٣؛ تنص المادة ٣٤ من الاتفاقية على التسهيل بقدر الإمكان استيعاب اللاجئين ومنحهم جنسيتها، وتبذل على الخصوص كل ما في وسعها لتعجيل إجراءات التجنيس وتخفيض أعباء ورسوم هذه الإجراءات إلى أدنى حد ممكن.

لكن يجب ألا يتعارض هذا الحق مع حق اللاجئين في العودة إلى بلدنا الأصلي في حالة عودة الاستقرار إليه وزوال أسباب اللجوء.

ثانياً - التزامات اللاجئ:

مادام اللاجئ يتمتع بالحقوق السابقة، فعليه أن يلتزم بمجموعة من الالتزامات تجاه الدولة المضيفة، وهي على النحو الآتي:

١. تسوية اللاجئ لوضعه القانوني دون إبطاء:

يجب على اللاجئين بمجرد دخولهم لأراضي الدولة المضيفة تسوية وضعهم القانوني بأسرع وقت للحصول على موافقتها بالإقامة على أراضيها، ومن ثم الحصول على حمايتها، وإلا عرضوا أنفسهم لعقوبات جزائية من السلطات العامة للدولة المضيفة^٤.

٢. استيفاء اللاجئ لجميع الشروط القانونية مثلهم مثل الفرد العادي:

^١ راجع المادة ٣١ .

^٢ راجع المادة ٣٣ .

^٣ راجع المادة ٣٤ التي تطلب من الدول المتعاقدة أن تسهل بقدر الإمكان اندماج وتجنيس اللاجئين وتبذل كل جهد للإسراع في إجراءات التجنيس وتخفيض تكاليف ورسوم هذه الإجراءات إلى أدنى حد ممكن.

^٤ راجع المادة ٣١ من اتفاقية ١٩٥١ .

يستفيد اللاجئ بأي حق من الحقوق السابقة عليه استيفاء جميع الشروط القانونية التي تخول الفرد العادي التمتع بها، باستثناء تلك الشروط التي تحول طبيعتها دون استيفاء اللاجئ لها.

لقد نصت المادة ٦ من اتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١ على أنه: " لأغراض هذه الاتفاقية ، تعني عبارة " في نفس الظروف"، ضمناً، أن اللاجئ من أجل التمتع بحق ما ، عليه أن يستوفي جميع المتطلبات التي تقتضي من الفرد العادي للتمتع بهذا الحق^١ لو لم يكن لاجئاً، باستثناء تلك التي تحول طبيعتها دون استيفاء اللاجئ لها".

٣. الامتثال لقوانين الدولة المضيفة ولأنظمتها:

تنص المادة ٢ من الاتفاقية على كل لاجئ إزاء البلد الذي يوجد فيه واجبات تفرض عليه، أن ينصاح لقوانينه وأنظمتها، وأن يتقيد بالتدابير المتخذة فيه للمحافظة على النظام العام.

ومن ثم تقع على عاتق اللاجئين التزامات واضحة؛ في مقدمتها الامتثال لقوانين وتشريعات ولوائح دولة اللجوء التي يقيمون فيها، وبالأخص الخضوع للنظام العام والآداب العامة التي تطبق بالبلد المستضيف.

٤. الخضوع للقيود الخاصة بتنقلاتهم في إقليم الدول المتعاقدة:

بحسب المادة ٣١ من اتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١، يجب على اللاجئين الخضوع للقيود التي تضعها الدولة المضيفة، بما يتعلق بتنظيم تنقلاتهم داخل إقليمها، أو الانتقال إلى إقليم دولة متعاقدة أخرى، ولكن يشترط أن تكون تلك القيود ضرورية^٢.

^١ مثال على ذلك ما يتعلق بمدة أو شروط المكوث والإقامة، راجع المادة ٦ من اتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١.

^٢ تنص المادة ٣١ من اتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١ على " تمتنع الدول المتعاقدة عن فرض غير الضروري من القيود على تنقلات هؤلاء اللاجئين، ولا تطبق هذه القيود إلا ريثما يسوى وضعهم في بلد الملاذ أو ريثما يقبلون في بلد آخر، وعلى الدول المتعاقدة أن تمنح اللاجئين المذكورين مهلة معقولة، وكل التسهيلات الضرورية ليحصلوا على قبول بلد آخر بدخولهم إليه".

المبحث الثالث

مدى تطور الحماية الدولية للاجئين وممارسات الدول

يحتفل المجتمع الدولي في ٢٠ يوليو من كل عام باليوم العالمي للاجئين، وقد مر على اتفاقية جنيف لعام ١٩٥١ أكثر من ٦٥ عاماً وقد زاد الاهتمام بوضع اللاجئين اليوم بسبب تفاقم مشكلة اللاجئين، وزيادة عددهم نتيجة النزاعات المسلحة بين الدول، وانتهاكات حقوق الإنسان، وأثر ذلك على الأمن والسلم الدوليين، وهذا ما شكل عبئاً كبيراً على اقتصاد الدول المستضيفة لهم، وعلى أمنهم، مما جعل بعض الدول تقوم بعدة ممارسات للتضييق على اللاجئين، وغلق الحدود أمامهم، ومعاملتهم معاملة غير إنسانية.

ولكن وضع اللاجئين مر بتطورات كثيرة منذ اتفاقية جنيف للاجئين لعام ١٩٥١ حتى اليوم،

كما تطورت المعايير الدولية الخاصة بتحديد مركز اللاجئ، فممارسات الدول وسعت من مفهوم الاضطهاد باتفاقية ١٩٥١، مما أضاف فئات جديدة للاجئين، وتم توسيع نطاق تطبيق نظام مبدأ عدم الرد.

حيث تطورت آليات الحماية الدولية للاجئين، من خلال ظهور أشكال تكميلية للحماية، واتساع دور المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين، ودور القضاء الإقليمي لحماية اللاجئين، كما ظهرت أشكال جديدة وممارسات للدول لوضع العراقيين التي تمنع اللاجئين من عبور حدود الدول.

وسوف نتطرق لمدى تطور الحماية الدولية للاجئين من خلال ممارسات الدول وتطبيقها لنصوص اتفاقية ١٩٥١، ودور المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين، من خلال تطور المعايير الدولية الخاصة بتحديد مركز اللاجئ، ثم استحداث آليات جديدة مكلمة لحماية اللاجئين، وظهور أشكال جديدة من الممارسات لمواجهة التدفق الجماعي للاجئين.

المطلب الأول

تطور المعايير الدولية الخاصة بتحديد مركز اللاجئين

مر بنا أنه قد تطور تعريف اللاجئين منذ عام ١٩٩٠ نحو الأخذ بالاعتبار، الاعتداءات الشخصية^١، والتوسع في فكرة حماية اللاجئين، على الرغم من أن شروط اكتساب صفة اللاجئين وردت على سبيل الحصر في اتفاقية ١٩٥١، فإن مفوضية الأمم المتحدة السامية لشؤون اللاجئين تدعو دائماً في توصياتها إلى تكريس مبدأ وحدة الأسرة؛ لتمكين أفراد أسرة اللاجئين من الحصول على هذه الصفة، وتدعو إلى الاعتراف بحماية النساء، سواء من التمييز القائم على نوع الجنس، أو حمايتهن من العنف.

أولاً - اللاجئين والحفاظ على وحدة الأسرة:

مبدأ وحدة الأسرة تعني أنه يجب على الدول ألا تفرق بين أسرة اللاجئين، ويجب اتخاذ التدابير اللازمة للحفاظ على وحدتها^٢، وأن يتم الاعتراف بأسرة اللاجئين كما تستفيد من مركز اللاجئين، وتمنح لها حقوق اللاجئين نفسه، ويسمى مركزاً مشتقاً^٣.

^١راجع:

Michel G. Heyman " Domestic violence and Asylum: Toward a working Model of affirmative State obligation", IJRI, Vol 17, n4,2005, P729-748.

Florian François HÖPFNER, L'EVOLUTION DE LQ NOTION DE REFUGIE, EDITIONS A. PEDONE, PARIS, 2014, P313.

^٢راجع:

Kate JASTRAM et Kathleen NEWLAND, L'unité de la famille et la protection des refugies, in E.FELLER, V.TURCK et NICHOLSON, La protection des refugies en droit international, Editions Larcier, Bruxelles, 2008, P639.

^٣راجع التوصية في :

HCR, Consultations mondiales, " Relevé des conclusions : L'unité de la famille », Table ronde d'experts organisée par le Haut commissariat des Nations Unies pour les refugiés et L'Institut Universitaire des Hautes Etudes Internationales, Genève, Suisse, du 8 -9 novembre 2001, par.8.

ونظراً للمخاوف الشخصية التي تبرز الحصول على مركز اللاجئ فإنها يمكن أن تكون ناتجة عن وضع اللاجئ الشخصي بشكل مباشر، أو ناتجة عن وضعه الأسري.

فمثلاً يمكن أن تتخذ السلطات بدولة الأصل إجراءات انتقامية ضد أحد أفراد أسرته، سواء كانوا موجودين ببلد الأصل أو غادروها لاجئين لبلد آخر. كما يمكن أن تكون الروابط الأسرية سبباً للحصول على مركز اللاجئ؛ حيث إن كثيراً من الاتفاقيات الدولية تؤكد على حق وحدة الأسرة بما فيهم اللاجئون، وذلك بالاعتراف - على الأقل - لبعض أفراد الأسرة المقربين بالحصول على مركز اللاجئ.

١ - مبدأ وحدة الأسرة واكتساب مركز اللاجئ:

الحق في وحدة الأسرة مرتبط في الحق بالحياة الأسرية، وقد تم النص على هذا الحق في العديد من الاتفاقيات الإقليمية^١ والدولية^٢، لذلك يجب أن يطبق على الجميع بما فيهم اللاجئون.

وفي الواقع فإن اللاجئين يتعرضون لكثير من الأخطار في طريقهم للهروب من الاضطهاد في بلدهم الأصلي، وقد يفقدون الاتصال ببعض أفراد أسرهم، وهذا ما يؤدي لاضطراب نفسية اللاجئ، وفقدانه لحماية أسرته ورعايتها^٣. ويمثل مبدأ وحدة الأسرة للاجئ شرطاً مهماً لنجاح الحلول الدائمة لمشكلتهم، لذلك على الدول أن تمتنع عن أي إجراء من شأنه إثارة الاضطراب بأسرة اللاجئ، وأن يتم السماح بجمع شمل الأسرة حتى لا تضطر للعودة للبلد الأصل، والعودة للمخاطر هناك.

^١ راجع مثلاً المادة ١٢ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لعام ١٩٥٠.
^٢ راجع مثلاً المادة ١٦ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام ١٩٤٨، وكذلك المادتين ١٧ و٢٣ من العهد الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦، وأيضاً المادة ١٠ من العهد الدولي الخاص بالحقوق الثقافية والاقتصادية والاجتماعية لعام ١٩٦٦.
^٣ راجع:

Kate JASTRAM et Kathleen NEWLAND, " L'unité de la famille et la protection des refugies », op - cit, P623.

ولا بد من الإقرار بأن مبدأ وحدة الأسرة لم يتم النص عليه صراحة باتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١، وإنما أشارت لضرورة حماية أسرة اللاجئ في كثير من موادها، وأيضاً تمت التوصية بالإجماع على الحق الأساسي للاجئين في وحدة الأسرة في مؤتمر المفوضين الذي تبنى النص النهائي لاتفاقية ١٩٥١.^٢ كما أكدت الدول الأطراف في الاتفاقية في اللجنة التنفيذية للمفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين، النص على هذا المبدأ، وأشارت إلى أهمية نشاط الدول من أجل الحفاظ على وحدة أسرة اللاجئ ولم شمل الأسر.^٣ ويعتبر لم الشمل لأسرة اللاجئ في بلد اللجوء وسيلة مهمة لتأمين الحق في وحدة الأسرة للذين لا يستطيعون العودة لبلادهم الأصلي، لذلك أكدت اللجنة التنفيذية للمفوضية السامية للاجئين على الدول ضرورة تسهيل منح تأشيرات الخروج لأفراد أسر اللاجئين؛ ليتمكنوا من الالتحاق باللاجئين الموجودين بالخارج، وتسهيل حصولهم على مركز اللاجئ.^٤

^١ راجع مثلاً المواد ٤ و ١٢ و ٢٤ من اتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١.
^٢ جاء بالتوصية " إن المؤتمر، إذ يضع في اعتباره أن وحدة الأسرة التي تشكل المجموعة الطبيعية هي حق أساسي من حقوق اللاجئ، وأن هذه الوحدة مهددة باستمرار، وإذ يلاحظ بارتياح أن الحقوق الممنوحة للاجئ، تشمل أفراد أسرته، وفقاً للتعليق الرسمي للجنة المختصة لعديمي الجنسية والمشكلات ذات الصلة، يوصي الحكومات باتخاذ التدابير اللازمة لحماية أسرة اللاجئ خصوصاً بقصد: ١ - ضمان المحافظة على وحدة أسرة اللاجئ وعلى وجه التخصيص في الحالات التي يكون فيها رب الأسرة قد استوفى الشروط اللازمة لقبوله في بلد معين.
٢ - حماية اللاجئين القاصرين، وعلى وجه التخصيص الصبية والفتيات غير المرافقين، مع إيلاء اهتمام خاص للولاية والتبني". راجع: مقتطفات من الوثيقة النهائية الصادرة عن مؤتمر الأمم المتحدة للمفوضين حول وضع اللاجئين والأشخاص عديمي الجنسية، في دليل الإجراءات والمعايير الواجب تطبيقها لتحديد وضع اللاجئ بمقتضى اتفاقية ١٩٥١ وبروتوكول ١٩٦٧ الخاصين بوضع اللاجئين، صادر عن المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين، سبتمبر ١٩٧٩، ص ٧٠.
^٣ راجع التوصيات التالية من اللجنة التنفيذية للمفوضية:

Comite exécutif du programme du HCR , Conclusion No 1, 1975,par.f),in HCR, Lexique des conclusions du comite exécutif, 4eme edition,Geneve,2009,p479.

Comite exécutif du programme du HCR ,Conclusion N0s.9, Regroupement des familles, par.n) ;107,2007,par.b), in HCR, Lexique des conclusions du comite exécutif, op-cité, p479-483.

^٤ راجع التوصية:

وعلى الرغم من أن حق وحدة الأسرة لم يتم النص عليه صراحة باتفاقية ١٩٥١، فإنه ورد مفصلاً بالعديد من الاتفاقيات بالقانون الدولي الإنساني، والقانون الدولي لحقوق الإنسان، وهذا إطار أوسع من اتفاقية ١٩٥١ ويشمل جميع الناس بما فيهم اللاجئين.

في القانون الدولي الإنساني، نصت اتفاقية جنيف الرابعة لعام ١٩٤٩ على حماية فائقة للأسرة، وأكدت ضرورة جمع أفراد الأسرة المشتتين بسبب الحرب،^١ وأيضاً على وحدة الأسرة أثناء الإجلاء، حيث حددت شروطاً لذلك يجب الالتزام بها^٢، وأثناء الاحتجاز^٣، وكما أكدت الاتفاقية ضرورة البحث عن أفراد الأسرة، وتسجيل الأطفال^٤ والسماح بالتواصل بين أفراد الأسرة الواحدة.

وفي عام ١٩٧٧، التزمت الدول الأطراف بالبروتوكول الإضافي الأول الملحق باتفاقيات جنيف الرابعة لعام ١٩٤٩، الذي يتعلق بضحايا النزاعات المسلحة الدولية، بضرورة لم شمل الأسر المشتتة قدر الإمكان.^٥ كما أكدت اتفاقية حقوق الطفل لعام ١٩٨٩^٦، حق جمع شمل الأسرة، وأهمية حماية الأطفال اللاجئين القصر.

ففي المادة ١٠ الفقرة الأولى من الاتفاقية نصت على: " وفقاً للالتزام الواقع على الدول الأطراف بموجب الفقرة ١ من المادة ٩، تنظر الدول الأطراف

Comite executif du programme du HCR, Conclusion No 24,1981,par.4),in HCR, Lexique des conclusions du comite executif, op-cit,p480.

- ^١ راجع المادة ٢٦ من اتفاقية جنيف الرابعة لعام ١٩٤٩.
- ^٢ راجع المادة ٤٩ من اتفاقية جنيف الرابعة لعام ١٩٤٩. وكذلك راجع: د.علي سيف النامي ود.ثقل سعد العجمي، الرجيز في حقوق الإنسان، الطبعة الثانية ٢٠١٧، الكويت، ص ٢٥٧.
- ^٣ راجع المادة ٨٢ من اتفاقية جنيف الرابعة لعام ١٩٤٩.
- ^٤ راجع المادتين ١٤٠ و ٥٠ من اتفاقية جنيف الرابعة لعام ١٩٤٩.
- ^٥ راجع المادة ٧٤ من البروتوكول الإضافي الأول لعام ١٩٧٧ الملحق باتفاقيات جنيف الأربعة لعام ١٩٤٩.
- ^٦ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٢٥/٤٤ بتاريخ ٢٠ نوفمبر ١٩٨٩، وقع على اتفاقية حقوق الطفل، ودخلت حيز النفاذ بتاريخ ٢ سبتمبر ١٩٩٠ وفقاً للمادة ٤٩.

في الطلبات التي يقدمها الطفل أو والداه لدخول دولة طرف أو مغادرتها بقصد جمع شمل الأسرة، بطريقة ايجابية وإنسانية وسريعة، وتكفل الدول الأطراف كذلك ألا تترتب على تقديم طلب من هذا القبيل نتائج ضارة على مقدمي الطلب وعلى أفراد أسرهم".

وكما أكدت لجنة حقوق الطفل ضرورة عدم انفصال الطفل عن أسرته، إلا إذا كان الانفصال لمصلحته، مع الأخذ بعين الاعتبار حق الطفل بإيداء رأيه بهذا الشأن¹.

وكذلك أكدت اتفاقية حقوق العمال المهاجرين لعام ١٩٩٠، حماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم، وضرورة التزام الدول باتخاذ جميع التدابير اللازمة لتسهيل لم شمل أسرهم^٢.

ومن ثم، نرى أن التزام الدول بضرورة جمع شمل أسر اللاجئين يجد أساسه ليس فقط باتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١، بل أيضاً بالقانون الأعم والأشمل؛ وهو قانون حقوق الإنسان سواء بالسلم أو بالحرب.

٢ - تطبيق مبدأ وحدة الأسرة:

ومع أنه لم يتم تعريف الأسرة باتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١، فإن دليل الإجراءات والمعايير الواجب تطبيقها لتحديد وضع اللاجئين الصادر عن المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين، أشار إلى أنه " إذا كان رب الأسرة مستوفياً معايير التعريف (اللاجئ)، يمنح معولوه عادة وضع اللاجئ، وفقاً لمبدأ وحدة الأسرة".

وأكدت المفوضية أيضاً أن " أفراد الأسرة الذين يجوز أن يستفيدوا من مبدأ وحدة الأسرة، فينبغي أن يضموا على الأقل الزوجة والأولاد القاصرين. ومن

¹راجع:

HCR, Principes directeurs du HCR relatifs a la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant, 2008, p36.

²راجع المادة ٤٤ من اتفاقية العمال المهاجرين لعام ١٩٩٠.

الناحية العملية، يجري النظر عادة في المعولين الآخرين، كأقرباء اللاجئين المسنين، إذا كانوا يعيشون في ذات الأسرة المعيشية¹.

وإذا كانت مواقف الدول بهذا الشأن تختلف بحسب قوانينها الداخلية، فإن أغلب القوانين تتفق على أن الأسرة تشمل بحد أدنى الزوج والأبناء القصر، وتختلف بشأن باقي الأقارب والأشخاص المعالين².

ولما كان التدفق الجماعي للاجئين يصعب على الدول المستضيفة لهم أن تحافظ على وحدة أسرهم، فإن نسبة تشتت الأسر تزداد بمثل هذه الحالة، ومن ثم يجب على الدول اتخاذ الإجراءات الملائمة بأسرع وقت من أجل لم شمل أسر اللاجئين، وقبل أن يفوت الأوان ويتفرقون في مخيمات اللاجئين الكبيرة والمتفرقة³.

ولهذا وجب على الدول المستضيفة للاجئين أن تقوم بتسجيل وتحديد الأسر المشتتة، ومساعدة الأقارب على التواصل وإقامة تجمع أسري، والعناية بشكل خاص بالأطفال غير المصحوبين بأهلهم، وضرورة سرعة البحث للتعرف على هوية الأطفال؛ حتى يتمكنوا من الاجتماع بأولياء أمورهم أو أوصيائهم⁴.

¹ راجع دليل الإجراءات والمعايير الواجب تطبيقها لتحديد وضع اللاجئين بمقتضى اتفاقية ١٩٥١ وبروتوكول ١٩٦٧ الخاصين بوضع اللاجئين، صادر عن المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين، سبتمبر ١٩٧٩، ص ٥٦ و ٥٧.

² راجع:

Denis ALLAND et Catherine Teitgen-COLLY, Traite du droit de l'asile, Collection Droit Fondamental, puf, Droit, 2002, p490.

³ راجع:

HCR, Consultations mondiales, " Relevé des conclusions : l'unité de la famille », op-cit, par.14.

⁴ راجع:

Comite exécutif du programme du HCR, Conclusion No 74, 1994, par. gg), in HCR, Lexique des conclusions du comite exécutif, op-cit, p480.

وفي بعض الحالات يصعب تطبيق هذا الحق، خاصة بالنسبة لطالب اللجوء الذي لم يبت في طلبه كلاجئ، وبما أن أنظمة اللجوء في أغلب الدول بطيئة الإجراءات فإن هذا يشكل عائقاً أمام سرعة البحث، وجمع الأطفال غير المصحوبين بأهلهم وذويهم، لذلك يجب الإسراع بالبت وإصدار القرارات لتحديد وضع اللاجئ القانوني؛ حتى يتم تحديد المكان الذي يتم فيه تطبيق وحدة الأسرة ولم شملها.

وهذا ما أوجب على الدول اتخاذ جميع الخطوات اللازمة لتسهيل جمع شمل الأسر، وخاصة في مناطق النزاع، وعندما تكون حرية التنقل مقيدة من مكان النزاع إلى مكان أكثر أماناً.

كذلك يجب دراسة ملفات أفراد الأسرة بشكل فردي، ويجب الأخذ بعين الاعتبار الخطر الذي يمكن أن يتعرضوا له بسبب العلاقة التي تربطهم بشخص ارتكب تصرفاً يدخل ضمن حالات الاستبعاد من مركز اللاجئ، وإذا كان هذا المركز يسمى مشتقاً فإنه لا يوجد استبعاد مشتق^١.

مما سبق نخلص إلى أن حق الحصول على مركز اللاجئ - بناء على حق وحدة الأسرة - ليس حقاً مطلقاً، بل إنه قد يستبعد بسبب تصرفاته الشخصية، أو ارتكابه لأي من الأفعال التي تستوجب استبعاده بحسب المادة الأولى من اتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١.

وهنا نتساءل: في حالة إبعاد أحد أفراد الأسرة من مركز اللاجئ، فهل على الفرد الآخر الحصول على مركز اللاجئ أن يعود لبلده الأصلي مع الفرد

^١ راجع المادة ٣ الفقرة ٤ من البروتوكول الإضافي الثاني لعام ١٩٧٧ الملحق باتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩.

^٢ راجع:

Guy S.GOODWIN-GILL, "L'article 31 de la convention de 1951 relative au statut des refugies : l'absence de sanctions pénales, la détention et la protection", in E.FELLER, V.TURCK et F.NICHOLSON (sous la direction de), la protection des refugies en droit international, Éditions Larcier, Bruxelles, 2008, p533.

المستبعد، مع أن كليهما لديهما المخاوف نفسها من التعرض للاضطهاد في حالة العودة لبلدهما الأصلي.

وهذا ما فرض على المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين أن تأخذ بالاعتبار مثل هذه الحالات التي بالفعل تثير القلق، وأن يتم على الأقل الابتعاد عن التفسيرات الموسعة لأسباب الاستبعاد من مركز اللجوء بحسب اتفاقية ١٩٥١، إذا كانت هذه الانتهاكات بسيطة ارتكبتها أحد أفراد الأسرة. لذلك علينا الأخذ بالاعتبارات الإنسانية، وأن نتغلب على الانتهاكات البسيطة، ومن ثم عدم استبعاد أحد أفراد الأسرة لأسباب بسيطة ورفض طلب لجوئه.

فإن كانت انتهاكات أحد أفراد الأسرة بسيطة، مثل استخدام أوراق سفر مزورة للدخول، أو انتهاكات لقانون الهجرة، يضطر اللجوء أحياناً لها للهروب من بلده الأصلي للبحث عن الأمان، فيجب هنا أن تتغلب الاعتبارات الإنسانية، وأن لا تكون النتيجة تشتت أفراد الأسرة الواحدة^١.

لأن حق وحدة الأسرة والحفاظ عليها من التشتت التزام على جميع الدول، سواء كانت طرفاً باتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١ أم لا، ويجب على الدول أن تقوم بكل التدابير اللازمة للحفاظ على وحدة الأسر للاجئين ولم شملها. بالإضافة لذلك هناك عناية خاصة لحماية النساء من التعرض لنوع خاص من الاضطهاد لانتمائهن الجنسي.

ثانياً - حماية النساء من الاضطهاد بسبب الجنس:

غالباً ما يتم تعرض النساء للاضطهاد بسبب جنسهن، وهذا يخالف مبدأ عدم التمييز الذي تم النص عليه في الكثير من الاتفاقيات الدولية، لذلك يجب أخذ

^١راجع:

Kate JASTRAM et Kathleen NEWLAND, " L'unité da la famille et la protection des refugies » op-cit,p643.

هذا الأمر بعين الاعتبار، وضرورة حماية النساء من هذا النوع من الاضطهاد، عند النظر بالأسباب التي تبرر الحصول على مركز اللاجئين.

١ - مبدأ عدم التمييز:

تم التأكيد على هذا المبدأ في كثير من الاتفاقيات الدولية ، وتم النص على ذلك في ديباجة ميثاق الأمم المتحدة؛ حيث أكدت : " نحن شعوب الأمم المتحدة، وقد آلينا على أنفسنا أن ننقذ الأجيال القادمة من ويلات الحرب التي - في خلال جيل واحد - جلبت على الإنسانية مرتين أحرزاً يعجز عنها الوصف، وأن نؤكد من جديد إيماننا بالحقوق الأساسية للإنسان، وبكرامة الفرد وقدره، وبما للرجال والنساء والأمم كبيرها وصغيرها من حقوق متساوية".

وفي الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام ١٩٤٨ نص بالمادة الثانية الفقرة الأولى على أن " لكل إنسان حق التمتع بجميع الحقوق والحريات المذكورة بالإعلان، دون تمييز من أي نوع ، ولاسيما التمييز بسبب العنصر، أو اللون، أو الجنس، أو اللغة، أو الدين، أو الرأي - سياسياً وغير سياسي -، أو الأصل الوطني أو الاجتماعي، أو الثروة، أو المولد، أو أي وضع آخر". وتم تخصيص اتفاقية دولية في عام ١٩٧٩ للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة^١.

لكن - للأسف - اتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١ لم تأخذ بالاعتبار الاضطهاد الذي تتعرض له النساء، ولم تنص عليه كسبب من الأسباب المبررة للحصول على مركز اللاجئين^٢.

^١راجع اتفاقية سيداو لعام ١٩٧٩.
^٢راجع:

Vera GOWLAND-DEBBAS, " La charte des Nations Unies et la convention de Genève du convention de Genève du 28 Juillet 1951 relative au statut des refugies, 50ans après : bilan et perspectives, Bruylant, Bruxelles, 2001,p.197.

لكن ذلك لا يعني عدم إمكانية استفادة النساء من الحماية المقررة للاجئ بحسب المادة الأولى من اتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١ حيث إن الهدف والقصد من هذه المادة هو حماية النساء والرجال على قدم المساواة، ويجب تفسيرها بالأخذ بعين الاعتبار نوع الجنس خاصة، وأن ديباجة الاتفاقية أكدت ذلك بقولها " لجميع البشر دون تمييز حق التمتع بالحقوق والحريات الأساسية". بالإضافة لذلك، فإن العهد الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦ أكد حظر التمييز^١، ولهذا نعتقد أن تعريف اللاجئ ينطبق على كل إنسان دون تمييز قائم على الجنس.

وبما أن التمييز بحد ذاته ليس كافياً للحصول على مركز اللاجئ، وليس كل انتهاك لحقوق الإنسان يشكل اضطهاداً لطالب اللجوء، فإن التمييز يعتبر اضطهاداً في ظروف معينة، وإذا أدت التدابير التمييزية إلى عواقب وخيمة بالنسبة للشخص المقصود^٢.

لقد تم تعريف التمييز ضد المرأة باتفاقية سيداو لعام ١٩٧٩ الخاصة بالقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في المادة الأولى بأنه: " أي تفرقة أو استبعاد أو تقييد يتم على أساس الجنس، ويكون من آثاره أو أغراضه النيل من الاعتراف للمرأة على أساس تساوي الرجل والمرأة، بحقوق الإنسان والحريات الأساسية في الميادين السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والمدنية، أو في أي ميدان آخر، أو إبطال الاعتراف للمرأة بهذه الحقوق، أو تمتعها بها وممارستها لها، بغض النظر عن حالتها الزوجية".

ولجنة القضاء على التمييز ضد المرأة أكدت أن هذا التعريف يشمل العنف القائم على نوع الجنس، بمعنى العنف الذي يمارس ضد النساء، ولهذا يجب

^١راجع المادة ٢ من العهد الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦.
^٢راجع دليل الإجراءات والمعايير الواجب التطبيق لتحديد وصف اللاجئ الصادر عن المفوضية، مرجع سابق، ص ٢٢.

على جميع الدول أن تتخذ جميع التدابير للقضاء على كل أشكال التمييز ضد المرأة التي وردت بالاتفاقية^١.

وفي الواقع العملي، فإننا نجد مركز النساء ضعيفاً في بعض البيئات الاجتماعية، وتكون عرضة للاستغلال وأشكال الاضطهاد والعنف الجنسي، لذلك يجب حماية النساء من التعرض لهذا النوع من الاضطهاد، وأن يعتبر اضطهاداً بحسب المعنى المقصود بالمادة الأولى من اتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١.

وبما أن للنساء حاجات خاصة تختلف عن الرجال فإنه يجب أن تكون لهن عناية خاصة؛ حيث إن أوضاع اللاجئين يمكن أن تعرض النساء لانتهاكات مختلفة للحقوق الأساسية، كأن يتعرضن للعنف بسبب جنسهن، مثل الاغتصاب كوسيلة للانتقام أو للإذلال بالنزاعات المسلحة، وأثر هذا قد يدوم لوقت طويل ولا يمكن تجاوزه بسهولة.

أضف إلى ذلك أن أشكال العنف الذي قد يوجه للنساء بسبب جنسهن متعددة، ولا يمكن حصرها، فهناك العنف الجسدي والجنسي والنفسي وغيرها الكثير^٢.

٢ - نوع الجنس كسبب مبرر للحصول على مركز اللاجئ:

إن عدم مراعاة بعض الدول لنوع الجنس عند تحديد مركز اللاجئ لا يعود إلى غياب النص على الاضطهاد القائم على الجنس باتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١، وإنما يكمن بأن هذه الدول تفسر هذا الاضطهاد من منظور تجارب ذكورية^٣.

^١ أراجع التوصية رقم ١٩، العنف ضد المرأة، لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، فقرة ٦.
^٢ أراجع الإعلان العالمي بشأن القضاء على العنف ضد المرأة، قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٤٨/١٠٤، ٢٠ سبتمبر ١٩٩٣.
^٣ أراجع:

Dale Buscher, "Refugee women : Twenty years on" refugee survey Quarterly, Vol 29, n 2, 2010, P4-20.

لذلك نجد سلطات هذه الدول عاجزة عن إدخال طلبات النساء اللاتي يطلبن اللجوء من ضمن الأسباب الخمسة المبررة الواردة - على سبيل الحصر - للحصول على مركز اللاجئ بحسب اتفاقية ١٩٥١^١.

ولهذا يجب - عند دراسة طلبات اللجوء المقدمة من النساء - النظر إلى الاضطهاد الموجه لهن من منظور الأسباب الخمسة الواردة على سبيل الحصر في اتفاقية ١٩٥١ ، ودون تمييز بين ذكر أو أنثى.

وهذا ما قامت به المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين، فإنها منذ عام ١٩٨٥ وهي تحاول لفت نظر الدول إلى أن نوع الجنس يمكن أن يشكل حالة من حالات الاضطهاد، ومبرراً للحصول على مركز اللاجئ، ودعت المفوضية الدول للاعتراف بأن النساء اللاجئات - ضحايا العنف والاضطهاد - يحتجن إلى الحماية المقررة في اتفاقية ١٩٥١ ، ويمكن اعتبارهن منتميات إلى فئة اجتماعية معينة، بحسب المعنى المقصود بالمادة الأولى التي تعرف اللاجئ باتفاقية ١٩٥١^٢.

إن العنف الجنسي تم أخذه بالاعتبار في القانون الدولي للاجئين، وفي الواقع العملي فإن اغتصاب النساء أصبح سلاحاً في النزاعات المسلحة، خاصة في دول البلقان ورواندا وليبيريا والسودان والكونغو^٣.

HCR, La violence sexuelle et existe contre les refugies, les rapatriés et les personnes déplacées : Principes directeurs pour la prévention et l'intervention, 2003,p.371.

^١راجع:

Judith KUMIN, " Femmes : leur persécution sort de l'ombre », Réfugiés, vol.2, N 123,2001, p.13.

^٢راجع:

Comite exécutif du programme du CHR, Conclusion, No 39, 1985,par,k), in HCR, Lexique des conclusions du comite executif,op-cit,p288.

^٣راجع:

Daniela- Anca Deteseanu, " La protection des femmes en temps de conflit arme", in jean Marc Sorel, Corneliu-liviu Popoescu (dir), La

كما ظهر العنف الجنسي ضد النساء لسبب سياسي في بداية عام ١٩٩٠، وخاصة بالنزاعات المسلحة في يوغسلافيا السابقة وفي رواندا. ولهذا اهتمت منظمة الأمم المتحدة بهذا النوع من الاضطهاد الموجه ضد النساء ، ففي عام ٢٠٠٦ أصدر الأمين العام للأمم المتحدة تقريراً حول العنف ضد النساء، مطالباً بالأخذ بعين الاعتبار نوع الجنس عند النظر بطلبات اللجوء للحصول على مركز اللاجئ^١.

كما أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة قرارها رقم ٦١/١٤٣ في ٣٠ يناير ٢٠٠٧ بعنوان (منع كل أشكال العنف ضد النساء)، والقرار يدعو الدول لحماية النساء والبنات، وضرورة تبني إجراء للمساواة بين الجنسين عند النظر في فحص طلبات اللجوء للحصول على مركز اللاجئ. كما أصدر مجلس الأمن الدولي لأول مرة قراراً يتعلق باغتصاب النساء بشكل منظم، وذلك ضد شعب البوسنة المسلم^٢ ، واستخدامه كسلاح بالحرب، ومن ثم الاعتراف به كسبب مبرر لمنح مركز اللاجئ لضحايا هذه الممارسات^٣، وبعدها بفترة صدر القرار رقم ١٨٢٠ لعام ٢٠٠٨ الذي قرر أن النساء والبنات هن بشكل خاص ضحايا العنف المستخدم كسلاح بالحرب، من أجل الضغط والتهديد بقوة للأعضاء المدنيين لمجتمع أو لجماعة عرقية

protection des personnes vulnérables en temps de conflit arme, Bruxelles, Bruylant, 2010,p.257-294.

^١راجع تقرير الأمين العام للأمم المتحدة بعنوان " دراسة معمقة لكل أشكال العنف ضد النساء"، في ٦ يوليو ٢٠٠٦، رقم A/61/122/Add.1.
وهذا أيضاً ما ذكره مقرر الأمم المتحدة الخاص بالعنف ضد المرأة، حيث قال: "أن على الدول التزام قانوني تضمن بمقتضاه للنساء -على وجه الخصوص- إمكانية الحصول على سبل إنصاف قانونية".

UN Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on Violence against Women, its causes and consequences, A/HRC/14?22, 23 April 2010.

^٢راجع القرار رقم ٧٩٨ في ١٨ ديسمبر ١٩٩٢.

^٣راجع:

Sophie ALBERT, Les refugies bosniaques en Europe, EDITIONS Montchrestien, Paris, 1995,p105.

معينة، و أن هذا العنف الجنسي يبقى في حالات معينة مستمراً إلى نهاية النزاع المسلح¹.

وهذا ما جعل بعض الدول تبدأ بتطبيق إجراءات لضمان تأمين تقديم النساء لطلبات اللجوء، وأول هذه الدول هي الولايات المتحدة الأمريكية² وكندا، وأستراليا، وهولندا³، وأصبحت تأخذ بعين الاعتبار نوع الجنس عند تطبيق قانون اللاجئين، وأصبحت تقبل بعض طلبات اللجوء القائمة على أشكال مختلفة من الاضطهاد ضد المرأة، مثل العنف الجنسي، أو العنف المتعلق بالزواج، أو العقوبات بسبب التمرد على العادات والتقاليد الاجتماعية، أو الاتجار بالنساء، وغيرها من أشكال الاضطهاد المختلفة ضد النساء.

كما أن القانون الجنائي الدولي أسهم بدوره بتطور مركز اللاجئ، والأخذ بعين الاعتبار نوع الجنس في مجال اللاجئين، حيث إن الأحكام الصادرة من القضاء الجنائي الدولي، مثل المحكمة الجنائية الدولية في يوغسلافيا السابقة، والمحكمة الجنائية الدولية لرواندا، اعترفت بأن الاغتصاب شكل جريمة ضد الإنسانية، وجريمة حرب⁴.

¹ راجع القرار رقم ١٨٢٠/٢٠٠٨، في تاريخ ١٩ يونيو ٢٠٠٨، بعنوان النساء والسلام والأمن.
² راجع بالنسبة للأحكام القضائية الصادرة والمتعلقة بالاضطهاد القائم على الجنس في الولايات المتحدة الأمريكية:

Elizabeth BOULOT, " Persécution des femmes et droit d'asile aux Etats-Unis :P Bilan de dix ans de mobilisation et de jurisprudence », Revue asylon(s),N 1,octobre 2006.

³ أصدر القضاء الكندي أكثر من حكم أكد فيه أن العنف بالزواج يعتبر شكلاً من أشكال الاضطهاد بالحياة الخاصة وسبباً من أسباب طلب اللجوء بالنسبة للمرأة ويشمل تطبيق اتفاقية جنيف لعام ١٩٥١ للاجئين راجع:

Florian François HOPFNER, L'EVOLUTION DE LA NOTION DE REFUGIE, , p 317.

⁴ راجع:

Alice EDWARDS," Les démentions de L'âge et du genre en droit international des refugies", in E.Feller,V.TURK et F.NICHOLSON (sous la direction de), La protection des refugies en droit international, Editions Larcier, Bruxelles,2008,p80.

⁵ راجع:

كما نص النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على أن العنف الجنسي الذي يرتكب أثناء النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية، يمكن أن يشكل جريمة ضد الإنسانية، أو جرائم حرب، أو جرائم إبادة، ولهذا تتدخل في اختصاص المحكمة¹.

ونعتقد أن التطور في مجال التوسع في تفسير مفهوم الاضطهاد يصب في مصلحة حماية حقوق المرأة، واعتبرت المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين أن أي ممارسة لأي شكل من أشكال العنف القائم على نوع الجنس، الذي يسبب أذى جسدياً أو نفسياً يصل لدرجة الاضطهاد، مثل ضحايا العنف المنزلي التي لا تستطيع الدولة، أو لا تريد، التدخل لتأمين الحماية لهن، أو الفتيات اللواتي يتعرضن لبتز الأعضاء التناسلية².

المطلب الثاني

استحداث آليات جديدة مكتملة لحماية اللاجئين

حاول المجتمع الدولي أن يحدد مركز اللاجئ ونظماً قانونياً له، كما أنشأ منظمة دولية متخصصة تابعة لمنظمة الأمم المتحدة تعنى بشؤون اللاجئين، وتطبيق اتفاقية عام ١٩٥١، لكن مع تطور أوضاع اللاجئين وزيادة عددهم أدرك المجتمع الدولي ضرورة أن يتم استحداث آليات جديدة وأشكال تكميلية، لحماية الأشخاص الذين قد لا يستطيعون استيفاء المعايير المذكورة في الاتفاقيات الدولية للاجئين، أو أن تكون الدولة المعنية ليست طرفاً بهذه الاتفاقيات.

TPIR, Procureur c.Jean-Paul Akayesu,ICTR-96-4-T,2 septembre 1998.

TPIY, Procureur c.Dragoljub KUNARAC, Radomir KOVAC et Zoran VUKOVIC, IT-96-23 et23/1-a,16 octobre 2001.

¹ راجع المادتين ٦ و٧ من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

² راجع:

HCR ;Note d'orientation sur les demandes d'asile relatives aux mutilations génitales féminines, mai 2009.

لذلك نقترح أن نتطرق أولاً لدور مفوضية الأمم المتحدة السامية لشؤون اللاجئين بصورة سريعة، ثم نرى الأشكال التكميلية لحماية اللاجئين.

أولاً - دور مفوضية الأمم المتحدة السامية لشؤون اللاجئين:

بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٤ ديسمبر ١٩٥١ تم إنشاء المفوضية لتحل محل المنظمة الدولية للاجئين^١.

وبحسب النظام الأساسي للمفوضية فإن وظيفتها الأساسية هي الحماية الدولية للاجئين، والبحث عن حلول دائمة لمشاكلهم^٢.

لكن مع تطور وضع اللاجئين، ووجود أغلبهم في الدول الفقيرة التي تعاني من انتهاكات حقوق الإنسان صاروا إلى جانب حمايتهم بحاجة إلى المساعدة المادية^٣.

وبما أن عمل المفوضية يقتصر على الجوانب الإنسانية والاجتماعية للاجئين، فقد تم تحديد ولايتها بثلاث سنوات؛ حيث كان يعتقد أن هذه الفترة كافية لحل مشكلة اللاجئين، لكن الواقع غير ذلك، فقد زاد عددهم مع زيادة عدد النزاعات بالعالم، وكثرة انتهاكات حقوق الإنسان.

ولهذا تم تجديد مهمتها لخمس سنوات إضافية، واستمر التجديد دورياً حتى عام ٢٠٠٤، حيث قررت الجمعية العامة للأمم المتحدة أن تبقى ولاية المفوضية سارية حتى تنتهي مشكلة اللاجئين^٤.

^١ راجع القرار رقم ٤٢٨/٥ في ١٤ ديسمبر ١٩٥٠.

^٢ راجع الفقرة الأولى من النظام الأساسي للمفوضية.

^٣ راجع:

Cqroline BRANDT, L'ONU ET LA PROTECTION DES REFUGIES : LE HCR A-T-IL PECHE PAR EXCES D'AMBITION ? »,REVUE DE L'ASSOCIATION FRANCAISE POUR LES NATIONS UNIES,N 05,1998,P121.

^٤ راجع قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٥٨/١٥٣ في ٢٤ فبراير ٢٠٠٤.

وبحسب النظام الأساسي للمفوضية فإن طبيعة عملها لا يتضمن أي طابع سياسي، بل وظيفتها إنسانية اجتماعية لحماية مجموعات و فئات من اللاجئين¹.

لكن يبدو واقعياً أن المفوضية تهتم إلى جانب حماية فئات من اللاجئين، بالحالات الفردية، وتتدخل لدى الدول المعنية وتطالبها باحترام مبادئ القانون الدولي للاجئين.

وخاصةً في أوروبا، وبعد زيادة عدد طلبات اللجوء إليها، يتدخل ممثلو المفوضية في النظر بالحالات الفردية، ويقدمون الاستشارات للسلطات المعنية بهذه الدول من أجل حصولهم على مركز اللاجئ².

لقد حدد النظام الأساسي للمفوضية العناصر المكونة لوظيفة الحماية وهي:

- استقبال ملتمسي اللجوء للاجئين.
- التدخل لدى السلطات المعنية.
- ضمان السلامة الجسدية.
- حماية النساء والأطفال والمسنين.
- ترقية التشريعات الوطنية وإجراءات اللجوء.
- المشاركة في الإجراءات الوطنية لتحديد مركز اللاجئ.
- النظر في طلبات اللجوء.
- تقديم المشورة³.

¹راجع الفقرة الثانية من النظام الأساسي للمفوضية " ليس لعمل المفوض السامي أية سمة سياسية، بل هو عمل إنساني واجتماعي، القاعدة فيه أن يعالج شؤون مجموعات وفئات من اللاجئين".

²راجع:

Francois CREPEAU, droit d'asile : de l'hospitalite aux controles migratoires ,BRUYLANT ,BRUXELLES ,1995,P106.

³راجع:

HCR, Note sur la protection international,2000 par-10-29.

انظر كذلك الفقرة الثامنة من النظام الأساسي للمفوضية.

كما تم تحديد مجال نشاط المفوض السامي لشؤون اللاجئين؛ من أجل حماية اللاجئين على المستوى الدولي¹.

لكن نشاط المفوض السامي لشؤون اللاجئين ليس محصوراً، بل يمكن له أن يمارس وظيفته لحماية اللاجئين بأي وسيلة يراها مناسبة وملائمة، مع الأخذ بعين الاعتبار الهدف من الحماية.

ويتميز نشاط المفوضية السامية لشؤون اللاجئين بأنه لا يتم انتقاد عملها من قبل الدول المعنية، كما هو الحال مع بعض المنظمات الدولية التي تتدخل من أجل حماية ضحايا انتهاكات حقوق الإنسان.

وفي الحقيقة، فإن الدول ترحب بعمل المفوضية، ولا تعتبر ذلك تدخلاً في شؤونها الداخلية².

ويبدو أن السبب في ذلك هو أن الدول تحتاج لنشاط المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين لمساعدتها لمواجهة تدفق اللاجئين، ومساعدة

¹ بحسب الفقرة الثامنة من النظام الأساسي للمفوضية، "يسهر المفوض السامي على توفير الحماية الدولية للاجئين الذين تشملهم اختصاصات المفوضية:

أ - بالعمل على عقد وتصديق اتفاقيات دولية لحماية اللاجئين، والإشراف على تطبيقها واقتراح إدخال تعديلات عليها.

ب - بالعمل عن طريق اتفاقات خاصة مع الحكومات، على تنفيذ أية تدابير ترمي إلى تحسين أحوال اللاجئين وإلى خفض عدد الذين يحتاجون إلى الحماية.

ج - بموازنة الجهود الحكومية والخاصة الرامية إلى تيسير عودة اللاجئين باختيارهم إلى أوطانهم، أو اندماجهم في مجتمعات وطنية جديدة.

د - بتشجيع قبول اللاجئين على أراضي الدول دون استثناء أولئك المنتمين إلى أكثر الفئات عوزاً.

ه - بالسعي إلى الحصول على ترخيص للاجئين بنقل أصولهم وخاصة ما يحتاجون إليه للاستقرار في بلد آخر.

و - بالحصول من الحكومات على معلومات بشأن عدد اللاجئين الموجودين على أراضيها، والأوضاع التي يعيشون فيها، وبشأن القوانين والأنظمة المتعلقة بهم.

ز - بالبقاء على اتصال ووفق بالحكومات والمنظمات الحكومية الدولية المعنية.

ح - بإقامة علاقات بالطريقة التي يراها أفضل مع المنظمات الخاصة المعنية بشؤون اللاجئين.

ط - بتيسير التنسيق بين جهود المنظمات الخاصة المهتمة برعاية اللاجئين".

² راجع

E.FELLER, V. TURCK et F.NICHOLSON (sous la direction de), la protection des refugies en droit international, Editions Larcier,BRUXELLES, 2008,P695.

موظفيها وتدريبهم للتعامل مع ذلك، كما أن اتفاقية عام ١٩٥١ تنص على أن المفوضية تتدخل لحماية اللاجئين دون الحاجة لدعوتها، وهذا يمنحها وضعاً مميزاً في النظام الدولي المعاصر^١.

كما أن نجاح عمل المفوضية يعتمد بالواقع على التفاهم الموجود بينها وبين السلطات المستضيفة للاجئين، ومدى استعدادها لتنفيذ التزاماتها بحسب اتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١.

كما يعتمد نجاح عمل المفوضية على وجود هذا التفاهم مع الدول، وعلى ميزانيتها التي يتم دفعها من المانحين من الدول المتطوعة، وهذا ما يجعل سياساتها أحياناً محل نقد، وأنها قد تكون خاضعة لتوجهات كبار المانحين^٢.
وبما أن تطبيق اتفاقية ١٩٥١ للاجئين يعتمد على التجانس والتفاهم بين المفوضية من جانب، وبين الدول من جانب آخر.

فقد نصت اتفاقية عام ١٩٥١ للاجئين في المادة ٣٥ على وجوب تعاون الدول مع المفوضية، وأن تسهل مهمتها بالإشراف على تطبيق هذه الاتفاقية. لذلك يجب على الدول أن تلتزم بتطبيق اتفاقية ١٩٥١، وأن تحترم سلطة الإشراف والمراقبة التي تمارسها المفوضية، والتعاون معها من أجل حماية اللاجئين.

لكننا للأسف نرى أن التزام بعض الدول، بحسب نص المادة ٣٥ من اتفاقية ١٩٥١، التزام هش.

وهذا ما جعل المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين، وبناء على ذلك، تقوم بالتعبير عن وجهة نظرها أمام القضاء الوطني والدولي، ونشرت مبادئ توجيهية تفسر قانون اللاجئين.

^١راجع نص المادة ٣٥ من اتفاقية عام ١٩٥١.
^٢راجع:

Michel BARUTCISKI, les dilemmes de protection internationale des refugies : analyse de l'action du HCR, thèse, université de paris 2,2004,P202.

ولهذا قامت بعض الدول، مثل فرنسا وألمانيا، وبناء على واجب التعاون مع المفوضية، بإدخال هذه المبادئ التوجيهية إلى قوانينها الداخلية لتصبح ملزمة. ولكن وعلى الرغم من أهمية هذه المبادئ التوجيهية فإن ليس لها أي قوة قانونية إلزامية وإنما هي عبارة عن قانون صامت (soft law) تحدد الطريق للسلطات بالدول من أجل الوصول لأفضل حماية للاجئين¹.

وبما أن هذه التوجيهات ليست إلزامية وليست قانونية فإنها أصبحت عبارة عن مصدر لتفسير الحق للاجئين.

وبما أن المفوضية السامية لشؤون اللاجئين تابعة للجمعية العامة للأمم المتحدة، فإن جميع الدول - سواء كانت طرفاً باتفاقية ١٩٥١ للاجئين أم لا، تلتزم بسلطة وإشراف ومراقبة المفوضية، وذلك بحسب المادة ٥٦ من ميثاق الأمم المتحدة التي تلزم الدول الأعضاء بالمنظمة بالتعاون مع منظمة الأمم المتحدة وأجهزتها التابعة لها.

وعلى الرغم من هذه السلطة بالإشراف والمراقبة على تطبيق اتفاقية ١٩٥١ الخاصة باللاجئين فإنها تبقى آلية متواضعة؛ حيث لا يتم نشر التقارير التي تقدم للمفوض السامي لشؤون اللاجئين^٢.

إلا أن ما يميز عمل المفوضية السامية لشؤون اللاجئين هو أن موظفيها موجودون على أرض الواقع لمتابعة أوضاع اللاجئين، ويتم تدخل المفوضية

¹راجع:

Pier rick Devidal, in Jane Freedman et Jérôme Valluy (dir), Persécution des femmes, bellecombe-en-bourges, Editions du croquant, 2007, P449.

²راجع:

Jean- François DURIEUX, " le rôle du haut- Commissariat des nations Unies pour les refugies", in SFDI (sous la direction de), droit d'asile et des refugies, actes du Colloque de Caen 30,31 mai et 1 er juin 1996, Editions A, Pedone, Paris, 1997, P194.

مباشرة لدى السلطات المعنية للدول للتأكد من تطبيق مبادئ القانون الدولي للاجئين¹.

ومع ذلك يبقى تطبيق اتفاقية ١٩٥١ وبروتوكولاتها أقل من المستوى المطلوب؛ لذلك يجب على جميع الدول أن تساعد المفوضية وتدعم عملها بالإشراف على تطبيق اتفاقية عام ١٩٥١ وبروتوكولاتها لضمان حقوق اللاجئين.

ومن مصلحة جميع الدول الالتزام بتطبيق القانون الدولي للاجئين، وإذا لم تلتزم دولة ما وتحترم حقوق اللاجئين فإنهم سيحولون وجهتهم باتجاه دولة أخرى تلتزم وتحترم حقوقهم، وسينتج عن ذلك زيادة كبيرة على قدرة استيعاب هذه الدولة - التي تحترم حقوق اللاجئين - مما يجعلها تضطر لتبني سياسة تقييد جديدة تجاه اللاجئين الجدد.

وهذا ما يوجب على جميع دول العالم التعاون مع المفوضية لمساعدتها على استيعاب اللاجئين، وتحمل أعبائهم بالتنسيق مع الدول الأخرى.

ويما أن وضع اللاجئين مؤقت يجب ألا يتحول هذا الوضع المؤقت إلى وضع دائم، ويجب على المفوضية أن تجد حلولاً دائمة حتى يتم الاستغناء عن الحماية الدولية للاجئين.

وتكون الحلول الدائمة أمام اللاجئين على النحو الآتي :

الإعادة الطوعية للوطن، أو الإدماج المحلي، أو إعادة التوطين.

أرجع:

Walter KALIN, " la surveillance de la convention de 1951 relative au statut des refugie : article 35 et autres mécanismes de suivi », in E.FELLER, V. TURCK et F. NICHOLSON (sous la direction de), la protection des refugies en droit international, Edition Larcier, Bruxelles, 2008, P700.

إن حل إعادة الطوعية للاجئين هو الحل المفضل لدى اللاجئين والمفوضية والدول، لذلك يتم تركيز عمل المفوضية على هذا الحل، وبما أنه صعب التطبيق، يتم اللجوء للحلول الأخرى¹.

لكن عمل المفوضية لحماية اللاجئين ليس مسؤوليتها وحدها، بل هي مسؤولية مشتركة مع جميع الدول، وتقوم على التضامن الدولي لتقاسم الأعباء خاصة عند التدفق الجماعي للاجئين التي تحتاج لردة فعل سريعة وعاجلة.

وعلى جميع الدول - حتى الدول غير الأطراف باتفاقيات اللاجئين - الالتزام بحماية اللاجئين بناء على اتفاقيات حقوق الإنسان التي تطبق على الجميع بلا تمييز.

ثانياً - الأشكال التكميلية لحماية اللاجئين:

في ظل النظام الدولي المعاصر يتم النظر للاجئين ضمن الإطار العام لحقوق الإنسان؛ حتى يتم إيجاد حل دائم لوضعهم المؤقت.

إن العلاقة وطيدة بين القانون الدولي للاجئين، والقانون الدولي لحقوق الإنسان، والقانون الدولي الإنساني.

ومن ثم، فإن مبادئ حقوق الإنسان تدعم حقوق اللاجئين وحمايتهم، من خلال الحقوق التي تمنح لهم في بلد الملجأ، وكذلك يستطيع اللاجئين الاستفادة من آليات الرقابة الموجودة على احترام حقوق الإنسان.

وسوف نرى الأشكال التكميلية للحماية الدولية للاجئين، من خلال التطرق لآليات الرقابة على احترام حقوق الإنسان، ثم الحماية المؤقتة في مواجهة التدفق الجماعي للاجئين.

¹راجع: HCR, Les refugies dans le monde-les personnes déplacées :L'urgence humanitaire, la Decouverte ,Paris ,1997,P68.

١ - اللاجئين وآليات الرقابة الدولية على حقوق الإنسان:

إن آليات الرقابة الدولية على احترام حقوق الإنسان قد تكون اختيارية أو إلزامية.

وقد كانت الآليات في السابق تتحفظ بشأن الانتهاكات التي تتعلق بحقوق اللاجئين، على أساس أن حمايتهم من اختصاص جهاز متخصص تابع للأمم المتحدة وهي المفوضية، لكن مع التطور أصبحت هذه الآليات تهتم أكثر في أوضاع اللاجئين؛ مما كان له الأثر الإيجابي على حماية اللاجئين دولياً. وسوف نتطرق لبعض الآليات ذات الصلاحية الاختيارية مثل لجنة مناهضة التعذيب، أو ذات الصلاحية الإلزامية مثل المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان.

أ - لجنة مناهضة التعذيب:

تعتبر هذه الآلية من الآليات التي تسمح للدول وللأفراد بتقديم الشكاوى، وبحسب المادة ١٧ من الاتفاقية الدولية لمناهضة التعذيب وغيرها من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة، لعام ١٩٤٨ ، تم إنشاء لجنة من عشرة خبراء يتم انتخابهم لمدة أربع سنوات، ويراعى في اختيارهم التوزيع الجغرافي العادل^١. وتختص هذه اللجنة بما يأتي:

- تلقي التقارير التي تقدمها الدول الأطراف في الاتفاقية طبقاً للمادة ١٩ من الاتفاقية.
- التحقيق في المعلومات التي تصل إليها الخاصة بممارسة التعذيب في أراضي دولة طرف^٢.
- تسلم الشكاوى من دولة طرف ضد دولة طرف أخرى في الاتفاقية^١.

^١ عدد الدول الأطراف بالاتفاقية حالياً ١٥٥ دولة. راجع لمزيد من التفصيل د. علي سيف النامي، د. نقل العجمي "الوجيز في حقوق الإنسان" الطبعة الثانية، ٢٠١٧ - الكويت، ص ١١٨.
^٢ راجع المادة ٢٠ من الاتفاقية.

- فحص الشكاوى المقدمة من الأفراد ضد دولة طرف^٢.

وتعد هذه الآلية من أكثر الآليات فعالية ومساهمة في تطور الحماية الدولية للاجئين^٣.

ولكن قبل اللجوء للجنة لابد من استنفاد جميع طرق الطعن الداخلية بحسب المادة ٢٢ الفقرة الخامسة من الاتفاقية^٤.

في بعض الأحيان يستطيع صاحب الشكوى أن يطلب حماية وقائية في انتظار قرار اللجنة النهائي، وهنا يمكن للجنة اتخاذ تدابير وقائية بحسب المادة ١١٤ من نظامها الداخلي؛ تفادياً لأي ضرر يمكن أن يقع على الضحية لا يمكن جبره.

وبالنسبة لحماية اللاجئين، قررت المادة الثالثة من الاتفاقية أنه " لا يجوز لأي دولة طرف أن تطرد أي شخص أو تعيده (أن ترده) أو أن تسلمه إلى دولة أخرى، إذا توافرت لديها أسباب حقيقية تدعو إلى الاعتقاد بأنه سيكون في خطر التعرض للتعذيب".

وقد تبنت اللجنة معياراً لتعريف مصطلح التعذيب الوارد في الفقرة الثانية من المادة الثالثة من الاتفاقية، وأن هذا التعذيب يتمثل في " وجود نمط ثابت من الانتهاكات الفادحة أو الصارخة أو الجماعية لحقوق الإنسان في الدولة المعنية"^٥.

^١ راجع المادة ٢١ من الاتفاقية.

^٢ راجع المادة ٢٢ من الاتفاقية.

^٣ راجع:

Caroline LANTERO, Le droit des refugies entre droits de l'homme et gestion de l'immigration, BRUYLANT, BRUXEELLES, 2010,P91.

^٤ ويجوز الإعفاء من هذا الشرط إذا لم يكن لها أي أثر موقف، مثل لو كانت لا توقف بصورة تلقائية تنفيذ أمر بالطرد إلى دولة قد يتعرض فيها صاحب الشكوى للتعذيب.

^٥ راجع هذا التعليق في الأمم المتحدة، الصكوك الدولية لحقوق الإنسان، المجلد الثاني، تجميع التعليقات والتوصيات العامة التي اعتمدها هيئات حقوق الإنسان، مرجع سابق، ص ٣٨١.

ويقصد بهذه الانتهاكات التي تصدر فقط من موظف رسمي أو أي شخص يمارس وظائف رسمية ، أو بتحريض من هؤلاء أو بموافقتهم الصريحة أو الضمنية.

ويقع عبء الإثبات على الشخص المعني بأن يقدم الدليل الواضح، وأن يكون المبرر باعتقاد وجود الخطر جدياً، وأن يكون الخطر شخصياً وحالاً^١.

إن تطور عمل اللجنة في إطار حماية اللاجئين شكل بالفعل حماية قانونية تكميلية؛ حيث صدر العديد من القرارات^٢ التي أكدت وجود انتهاكات للمادة الثالثة من اتفاقية مناهضة التعذيب، وطالبت اللجنة فيها الدول المعنية وقف إجراءات الطرد أو التسليم المراد تنفيذه ضد الطاعنين؛ حيث إن الهدف الأساسي للطاعن هو عدم رده إلى بلده الأصلي، أو لأي بلد آخر لا توجد به ضمانات، أو نحو أي بلد قد يتعرض فيه لخطر التعذيب، أو المعاملة اللاإنسانية أو المهينة.

ومثالاً على قرارات اللجنة، قضية "خان ضد كندا"، ووقائع هذه القضية أن كندا اتخذت قراراً بطرد خان، ولم تعترف له بمركز اللاجئين ولا الإقامة له، لكن الطاعن أثبت أن كندا انتهكت المادة الثالثة من اتفاقية مناهضة التعذيب، وقدم أدلة مؤكدة على وجود تعذيب منظم في باكستان تجاه الحركات السياسية، وأنه ينتمي لإحدى هذه الحركات، وقدم شهادة طبية تثبت تعرضه للتعذيب، مما جعل اللجنة تعترف بوجود خطر وانتهاك من قبل كندا للمادة الثالثة من الاتفاقية.

^١ شرط أن يكون الخطر جدياً لا يعني أن نسبة احتمال وقوعه مرتفعة، واللجنة وضعت قائمة على سبيل المثال وليست حصرية لما يمكن أن يكون خطراً جدياً، مثال تعرض مقدم البلاغ للتعذيب أو سوء المعاملة من قبل موظف رسمي أو أي شخص آخر يتصرف بصفة رسمية، أو بتحريض من هذا الموظف أو بموافقتهم أو برضاهم. راجع : لجنة مناهضة التعذيب، التعليق العام رقم ١: تنفيذ المادة ٣ من الاتفاقية في سياق المادة ٢٢، مرجع سابق، ص ٣٨٢.

^٢ هناك العديد من القرارات التي صدرت بهذا الخصوص. انظر الجمعية العامة، تقرير لجنة مناهضة التعذيب، مرجع سابق، ص ٤٠٦.

وبالفعل ألغت كندا قرارها بطرد الشاكي، وقامت بإدماج المبادئ المنصوص عليها في اتفاقية مناهضة التعذيب في قانونها الوطني الجديد الذي يخص الهجرة وحماية اللاجئين¹.

ب - النظام الأوروبي لحماية حقوق الإنسان: (المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان)

من الناحية الإقليمية، نجد أن الدول الأوروبية اهتمت كثيراً بضرورة وضع نظام أوروبي لمواجهة تدفق اللاجئين إليها، وقامت بإبرام اتفاقيات لهذا الأمر، ومنها اتفاقية دبلن لعام ١٩٩٠ التي تخص اللاجئين، وتم استبدالها باتفاقية دبلن ٢ في عام ٢٠٠٣ حول توزيع الأعباء بين الدول الأوروبية في استقبال اللاجئين القادمين لأوروبا، وحدد الدولة المسؤولة عن فحص طلب اللجوء داخل أوروبا.

وهناك معايير تم اعتمادها في عام ٢٠٠٣ لتحديد الدولة المسؤولة عن فحص طلب اللجوء، وتم إنشاء مركز لطلب اللجوء يتم من خلاله معرفة إلى أين وصل طلب اللجوء^٢.

وبما أن موجات اللاجئين تصل إلى أوروبا من خلال دولتين في الغالب وهما اليونان وإيطاليا - وبحسب نظام دبلن - فإن أغلب الدول الأوروبية تطلب

¹راجع:

Caroline LANTERO, le droit des refugies entre droits de l'homme et gestion de l'immigration, op -cite , P95.

²راجع:

Mohamed Elewa Bader, " Asylum seekers and the European Union: past, present and future", the international journal of human rights, vol.8,n2,2004,P159.

في الواقع وبحسب نظام دبلن، الدول الأوروبية التي تفحص طلب اللجوء يكون كالتالي:

١ _ علاقات عائلية ٢ _ علاقات بسبب وجود إقامة ٣ _ دخول دولة لأول مرة بعد هروبه ٤ _ إذا أقام طالب اللجوء في عدة دول تكون الدولة الأخيرة هي المسؤولة عن فحص الطلب . إذن البحث عن العلاقة الأقوى مع إحدى الدول الأوروبية.

تحويل فحص طلب اللجوء إلى اليونان أو إيطاليا؛ لأنهما أول بلد دخله اللجوء.

لكن طالب اللجوء يلجأ للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان لمنع ذلك؛ حيث إن طالب اللجوء لا يريد أن يتم تحويل طلبه لليونان مثلاً؛ لأنه يخاف من المعاملة غير الإنسانية باليونان، وسوء معاملة الشرطة اليونانية، والحجز غير اللائق، وعدم استطاعتهم تقديم طلب اللجوء هناك.

والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان الاختصاص بمراقبة نظام اللجوء في أوروبا، حيث تم إنشاؤها في عام ١٩٥٠ بحسب الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، وفي عام ١٩٩٨ أصبحت هي الجهاز القضائي الدائم لمراقبة وضمان الحقوق الواردة بالاتفاقية.

وبحسب الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان يحق لكل إنسان يقيم على الأرض الأوروبية أن يرفع دعوى أمام المحكمة الأوروبية، بعد استفاد طرق الطعن الداخلية^١.

وإن النزاع في تطبيق نظام دبلن جعل القضاء الألماني يطلب من الإدارة المختصة بفحص طلبات اللجوء أن تتيح للقاضي فحص طلبات اللجوء بالقانون الداخلي.

بل إن وزير داخلية ألمانيا أعلن - منذ يناير ٢٠١٢ - أنه لن يتم تحويل طلبات اللجوء لليونان.

وإن الدول غير ملزمة بتحويل طلبات اللجوء للدولة المختصة بحسب نظام دبلن، بل للدول الحق في أن تفحص الطلب دون أن تطلب تطبيق نظام دبلن^٢.

^١راجع:

د.علي سيف النامي، د.ثقل العجمي، الوجيز في حقوق الإنسان، مرجع سابق، ص ١٢٢.

^٢راجع:

Florian François HOPFNER, L'EVOLUTION DE LA NOTION DE REFUGIE, op -cite , P188.

وهذا ما جعل الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان تطبق على اللاجئين على الرغم من أنها لم تتضمن نصاً صريحاً بذلك¹.

وتحظر المادة الثالثة من اتفاقية ١٩٥٠ الأوروبية لحقوق الإنسان رد اللجوء نحو دولة يمكن أن يتعرض فيها للتعذيب أو المعاملة اللاإنسانية أو العقوبة المهينة للكرامة.

لذلك فإن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان التزمت بذلك، وبحماية الأفراد الذين يدخلون في اختصاصها، حتى لو كانت هذه المخاطر موجودة خارج إقليمها، وجعلت المادة الثالثة أساساً لحماية اللاجئين².

وأسهمت المحكمة الأوروبية بدعم مبدأ عدم الرد في اتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١.

وقد تدخلت المحكمة الأوروبية في القضاء الداخلي للدول الأعضاء، وأصبح لها تأثير تمارسه في مجال تفسير قانون اللاجئين.

كما أن المحكمة الأوروبية طبقت المادة الثالثة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان على اللاجئين في أوروبا، وأن الحظر الوارد بالمادة الثالثة يتعرض الفرد لمعاملة سيئة في البلد الذي يتم رده إليه هو حظر مطلق بلا استثناء³.

¹ لذلك بعض الفقهاء اقترح أن يتم تبني بروتوكول ملحق بالاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان يتعلق بحق اللجوء. راجع:

François JULIEN – LAFERRIERE, "pour un protocole a la convention européenne des droits de l'homme relatif a l'asile", in Michelle GUILLN, LUC LEGOUX et Emmanuel MAMUNG(sous la direction), l'asile politique entre deux chaises : droits de l'homme et gestion des flux migratoires, l'Harmattn,Paris,2003,P124.

²راجع:

Roger ERRERA, " la directive européenne du 29 avril 2004 sur le statut de refugie, la protection internationale et les garanties contenues dans la convention européenne des droits de l'homme », RTDH, N74, 2008, P369.

³راجع:

Nuala MOLE, le droit d'asile et la convention européenne des droits de l'homme»4 eme edition, Editions du conseil de l'Europe, Strasbourg, 2008, P3.

وبناء على ذلك قضت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في أكثر من ٣٤٠ قضية في طلبات لجوء تم رفضها في عام ٢٠١١، وزاد العدد بالسنوات الأخيرة، وأصبح ذلك طريقاً فعالاً وجديداً ومكماً من أجل مراقبة قانونية دولية على القضاء الداخلي للدول^١.

ولكن إذا كانت اتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١ قد وضعت نظام حماية اللاجئين، فإنها لم توجد الآليات لإجبار الدول على احترام هذه الحماية الموجودة. وصحيح أن المفوضية السامية لشؤون اللاجئين حاولت عمل ذلك ولكن لا يقارن بالأثر الذي قد ينتج من حكم محكمة دولية.

لإن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أوجدت بالنظام الإقليمي حماية غير مباشرة لاحترام نظم خرجت من نظام دولي له نزعة عالمية.

ولهذا فإن شعبية المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان وسمعتها لدى طالبي اللجوء كبيرة؛ حيث إنها تحمي الفرد من عدم رده للدولة التي يخاف من أن يتعرض فيها لخطر؛ حتى لو كان هذا الخطر من أشخاص غير تابعين للسلطة العامة؛ لأن خطر التعرض لمعاملة مهينة أو غير إنسانية لا يتوقف على صفة الفاعل.

كما قررت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان رفضها لقرار هولندا حين امتنعت عن منح حق اللجوء لـصومالي، بحجة أنه يملك إمكانية الهروب داخل

^١راجع:

انظر القضايا التالية على سبيل المثال:

Cour européenne des droits de l'homme, Décision du 18 mai 2010, *Girgis c. Pays-Bas*, n 185/10.

Cour européenne des droits de l'homme, Décision AH.M. C. France du 19 octobre 2010, n 59672/09.

Cour européenne des droits de l'homme, Décision du 24 aout 2010, *W.S. C. Islande*, n 55338/09.

Cour européenne des droits de l'homme, Décision du 28 juin 2011, *Shakor et 48 autres C. Finlande*, n 10941/10.

Cour européenne des droits de l'homme, Décision du 23 aout 2011, *J.K. et 63 autres C. Danemark*, n 53482/10.

وطنه. وقالت المحكمة " في دولة تستطيع الاستناد إلى إمكانية الهروب الداخلي عناصر يجب أن تتوافر، وأن الشخص الذي سيتم إبعاده يجب أن تكون له الإمكانية للذهاب إلى مكان داخل وطنه لا خوف فيه عليه، ولديه الوسائل لذلك". وشددت المحكمة على أن مسألة الهرب الداخلي لا تطبق على هذه الحالة المعروضة، وأن إبعاد طالب اللجوء لجزء من أراضي دولته الأصلية يعتبر عملاً غير إنساني ويخالف المادة الثالثة^١.

٢ - الحماية المؤقتة لمواجهة التدفق الجماعي للاجئين:

الحماية المؤقتة عبارة عن آلية تستخدمها الدول لمواجهة موجة كبيرة من اللاجئين، وكانت تسمى في السابق بالملجأ المؤقت^٢. وقد ظهر هذا المفهوم بوضوح في أزمة البوسنة والهرسك عام ١٩٩٢، وبعدها في كوسوفو ١٩٩٩، حيث تم نزوح عدد كبير من اللاجئين للدول الأوروبية باحثين عن مكان آمن بسبب النزاع المسلح، مما أدى إلى تدفق عدد كبير من اللاجئين للدول المستضيفة، وهذا ما يستدعي تدخلاً دولياً ومتعدد الأطراف، وإيجاد الحلول السريعة؛ حيث إن قدرة المفوضية السامية لشؤون اللاجئين محدودة، لذلك أوجب إيجاد آلية تسهم في تخفيف العبء عن هذه الدول المستضيفة لهؤلاء اللاجئين.

في البداية تعتبر هذه الحماية المقدمة لهؤلاء اللاجئين الهاربين من النزاع المسلح حماية إنسانية، وهي مستقلة عن الحماية المقررة بحسب اتفاقية جنيف للاجئين لعام ١٩٥١، وتسمى في أوروبا الحماية البديلة، أو أشخاص بحاجة للحماية الدولية^٣.

^١راجع:

Cour europeenne des droits de l'homme, Arrêt du 11 janvier 2007, Ro. Salah sheikh C. Pays-Bas, n 1948/04, Par 141.

^٢ الملجأ المؤقت Refuge provisoire

Comite exécutif du programme du HCR, Conclusion no 15, 1979, Par. C) in HCR, Lexique des Conclusions du Comite exécutif.

^٣ انظر هذه التسميات في:

ويعد زيادة عدد طلبات اللجوء لأوروبا بصورة كبيرة جداً، طلب المفوض السامي للاجئين من الدول الأوروبية منح هؤلاء اللاجئين الهاربين من النزاعات المسلحة حماية مؤقتة، وبالفعل وافقت عدة دول أوروبية على ذلك¹.

ويتميز هذا النظام للحماية المؤقتة بأنه يواجه حالات التدفق الجماعي، وهو حماية دولية جماعية، وتمنح فوراً لأعداد كبيرة من اللاجئين تكون حياتهم في خطر، وتختصر إجراءات عديدة معقدة لتحديد مركز اللاجئ بحسب اتفاقية عام ١٩٥١^٢.

هذه الآلية توفر كثيراً من الوقت والإجراءات على الدول لدراسة آلاف الطلبات الفردية، ويتم منح الحماية المؤقتة لمجموعة كبيرة من اللاجئين؛ بسبب وضع البلد الذي هربوا منه.

لذلك نرى أن هذه الآلية ليست بديلة عن الحماية الموجودة في اتفاقية ١٩٥١ التي تستوجب توافر أحد الأسباب الخمسة لطلب اللجوء، بل هي آلية مكملتها، وقد يتم منحها لمن يتوافر فيهم أحد الأسباب الخمسة المبررة لمنح اللجوء، ولكن بصورة جماعية واختصاراً للإجراءات المتبعة في اتفاقية عام ١٩٥١؛ نظراً لاستحالة إتباعها في هذه الوضعية^٣.

Oriol CASANOVA, refugies et personnes déplacées dans les conflits armes, recueil des cours, ADIH, tom 306, 2003, P126.

¹ أكثر من ١٥ دولة أوروبية وافقت على الحماية المؤقتة وتم منح أكثر من نصف مليون إنسان هذه الحماية وأغلبهم في ألمانيا

HCR, les refugies dans le monde 2000 – cinquante ans d'action humanitaire, Editions Autrement, Paris, 2000, P164.

^٢راجع:

Marilyn ACHIRON, " Menaces sur traite international", refugies, Vol 2, N 123, 2001, P13.

^٣راجع:

Jean – Yves CARLIER , " Et Genève sera La définition du refugie : Bilan et perspectives » , in Vincent CHETAIL (sous la direction de) , La Convention de refugies , 50 ans après : bilan et perspectives, Bruylant ,Bruxelles, 2001, P72.

وقد طبقت الدول الأوروبية الحماية المؤقتة وجعلتها إجراء دائماً للحماية؛ لمواجهة تدفق اللاجئين لأوروبا، وتبنت قراراً في عام ٢٠٠١ بهذا الخصوص، وحددت فيه المعايير الدنيا لمنح الحماية المؤقتة في حالة التدفق الجماعي للأشخاص النازحين، والتدابير التي ترمي إلى تأمين توازن بين الجهود المقبولة من قبل الدول الأطراف لاستقبال هؤلاء الأشخاص، وتحمل نتائج هذا الاستقبال^١.

وبالفعل يعتبر - نظرياً - هذا الإجراء المطبق في أوروبا من أفضل الآليات المطبقة دولياً لمواجهة مثل هذه الحالات للتدفق الجماعي، لكنه - عملياً - قد لا يتضمن الحماية المؤقتة أي حماية دائمة، وأحياناً يكون تطبيقه من مصلحة الدول أكثر من مصلحة اللاجئين.

وبما أن فحص طلبات اللجوء الفردية يستغرق وقتاً طويلاً، فإنه يفترض منح الحماية المؤقتة للأشخاص الذين يصلون بشكل جماعي وبطريقة غير منظمة، حتى يتم النظر في طلباتهم، ومن ثم تكون هذه الحماية المؤقتة عبارة عن استجابة سريعة ومؤقتة لحين البت في طلباتهم.

لكن للأسف فإن هذه الحالات المؤقتة أصبحت دائمة، ولم يتم البت في طلباتهم، أو تحديد مركزهم القانوني، وأصبحوا يعيشون بهذا الوضع المؤقت في ظروف الحد الأدنى من الحماية، رغم أن أغلبهم قد استوفوا معايير اكتساب صفة اللجوء، ومن ثم يستحقون التمتع بجميع حقوق اللجوء بحسب اتفاقية عام ١٩٥١ .

^١راجع:

Directive 2001/55/CE du conseil du 20 juillet 2001 relative a des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et a des mesures tendant a assurer un équilibre entre les efforts consentis par les états membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil.

ولهذا شددت أوروبا نظام الرقابة على حدودها الدولية، وجعلت وصول تدفق جماعي للاجئين لأراضيها أصعب، ومع تطبيق الدول الأوروبية للنظام المؤقت للحماية للأشخاص الفارين من النزاعات المسلحة، ونجحوا في دخول أراضيها بصورة جماعية، فإنها لا ترغب بمنحهم وضع اللجوء بحسب اتفاقية ١٩٥١ للاجئين^١.

لذلك اتجهت الدول الأوروبية لتطبيق نظام الحماية المؤقتة في مواجهة بعض موجات اللاجئين الجماعية لأوروبا، مثل ما حدث بعد الأزمة السورية عام ٢٠١١، حيث لجأ آلاف السوريين للدول الأوروبية خوفاً على أنفسهم، وبحثاً عن الأمان، وكان يفترض أن يتم فحص طلباتهم بحسب اتفاقية عام ١٩٥١، لكن تعامل الدول الأوروبية اختلف مع اللاجئين السوريين.

فبعض الدول الأوروبية كألمانيا والسويد منحت السوريين - تلقائياً - حماية مؤقتة، في انتظار البت في طلبات اللجوء، أما دول أخرى مثل اليونان فقد قامت باعتقالهم في مراكز كبيرة ولمدة طويلة، وبعض الدول الأوروبية كانت تعيد اللاجئين لليونان بصفتها أول دولة دخلوها، تطبيقاً لنظام دبلن ٢ الأوروبي، الذي يسمح لدول الاتحاد الأوروبي بإعادة ملتمس اللجوء إلى أول دولة دخل إليها في إطار الاتحاد.

وإن السوريين الذين يستفيدون من الحماية المؤقتة في أوروبا يستفيدون من حقوق أقل ولمدة محددة قد تصل إلى ثلاث سنوات، وهي مدة طويلة نسبياً، مع احتمال إعادتهم قسرياً لسوريا، بسبب تزايد عددهم^٢.

أراجع:

Michael BARUTCISKI , les dilemmes de protection internationale des refugies, op cite , P294.

أراجع^٢

Human rights Watch, Rapport mondial 2013, Union européenne : les droits humains sont passés au second plan dans un contexte de crise en 2012, 31 janvier 2013.

علماً بأن المفوضية السامية لشؤون اللاجئين تصرح دائماً بأن نظام الحماية المؤقتة مكمل للحماية الأساسية للاجئين، بحسب اتفاقية عام ١٩٥١ ، وليس بديلاً عنها، وأنه يجب أن تكون الحماية المؤقتة متطابقة مع المعايير الإنسانية الأساسية^١.

كما أن نظام الحماية المؤقتة يعتبر وسيلة عملية، واستجابة سريعة للحماية من قبل الدول لمواجهة تدفقات جماعية ومفاجئة للاجئين الذين يطلبون اللجوء.

وقد عبرت المفوضية السامية لشؤون اللاجئين عن قلقها من ممارسة هذا النظام المؤقت في أكثر من مناسبة، وتصر على أن هذه الحماية يجب إنهاؤها بمجرد أن ينفق الغرض منها، وألا تستمر مدة طويلة.

وطالبت المفوضية بأن يتم تمكين الأشخاص المستفيدين من الحماية المؤقتة من ممارسة حقهم في طلب اللجوء بعد مدة زمنية معقولة^٢.

ومع أن اتفاقية ١٩٥١ للاجئين لم تتضمن أحكاماً تتعلق بمركز اللاجئ على أساس جماعي أو تدفق جماعي للاجئين، لكن لا يعني ذلك أن يتم اللجوء لنظام الحماية المؤقتة في مواجهة التدفق الجماعي للاجئين، كبديل لنظام الحماية في اتفاقية ١٩٥١ ، بل هو نظام مؤقت لحماية مجموعات تصل بأعداد كبيرة، ومنحهم الحقوق الأساسية إلى حين الوقت المناسب للبت في طلباتهم كلاً على حدة بحسب اتفاقية ١٩٥١.

ومن ثم، يجب أن تتم معاملة الأشخاص الذين يستفيدون من نظام الحماية المؤقتة معاملة إنسانية بحسب مبادئ القانون الدولي لحقوق الإنسان، والقانون

^١راجع:

Comite exécutif programme du HCR, Conclusion n 22, 1981 , Par 2, in HCR, Lexique des conclusions du comite exécutif, op cite , P126.

^٢راجع:

HCR , Les refugies dans le monde – les personnes déplacées : l'Urgence humanitaire, op cite, P211.

الدولي الإنساني، كما يجب وضع حد لمدة هذه الحماية المؤقتة، على ألا تستمر طويلاً، وأن يتم منح الشخص الذي تتوافر فيه المعايير لمنح مركز اللجوء بحسب اتفاقية ١٩٥١ حق عرض حالته، وأن يطلب اللجوء في تلك الدولة.

وكل هذه الوسائل مكملة للحماية الأصلية الواردة في اتفاقية ١٩٥١ للاجئين، ونظام الحماية المؤقتة حل مؤقت وليس حلاً دائماً لمشكلة اللاجئين. لذلك يجب أن يتم تطبيقها في هذا الإطار لغاية إيجاد حل لمشاكل اللاجئين، ولا يمكن حل هذه المشاكل إلا بالتعاون والتضامن بين جميع دول العالم، وعلى أساس إيجاد حل للأسباب التي أدت لهروب هؤلاء اللاجئين من بلدانهم، وعبور الحدود والمخاطرة بأرواحهم من أجل إيجاد مكان آمن لهم.

الخاتمة

خلال هذه الدراسة تطرقنا بداية لتعريف اللاجئ وشروطه، والفرق بينه وبين المفاهيم الأخرى، كالنازح الداخلي والمهاجر، وبين التطورات التي مرت على تعريف اللاجئ، بعد إلغاء القيد الزمني والحدود الجغرافية بصدور البروتوكول لعام ١٩٦٧ الملحق باتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١.

ووضحنا أن اتفاقية اللاجئين تهدف لحماية اللاجئ دون تمييز بين ذكر أو أنثى، وبينما أنها أداة مهمة لحماية حقوق اللاجئ، ويجب تفسيرها من أجل مصلحة اللاجئ، وحصوله على الحماية من الاضطهاد الذي قد يتعرض له بسبب العرق، أو الدين، أو الجنسية، أو الانتماء إلى فئة اجتماعية معينة أو رأي سياسي.

ورأينا أن هذا المعيار غامض، وقد لا يحتوي كل أنواع الاضطهاد، التي قد يتعرض لها اللاجئ، لكن بينا أن تفسير مفردات اتفاقية عام ١٩٥١ يستوعب ويغطي كل أنواع الاضطهاد، ويغطي كل أنواع الحماية التي يحتاج إليها اللاجئ اليوم.

ووجدنا أن تطبيق اتفاقية ١٩٥١ تم من قبل دول العالم بصورة مختلفة، وجاءت التفسيرات مختلفة لمفردات موادها، واختلف ذلك من نظام لآخر. ففي أوروبا - مثلاً - تم التعامل مع طلبات اللاجئين بصورة مختلفة من قبل دول الاتحاد الأوروبي ونظامها الداخلي، إلا أن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أنصفت اللاجئين، وجعلتهم يحصلون على حقوقهم بحسب اتفاقية جنيف لعام ١٩٥١.

كما رأينا أن وضع اللاجئ تطور كثيراً عبر السنوات، وأصبح منذ عام ٢٠٠٠ يتم الأخذ بعدة أنواع من الاضطهاد كسبب لمنح اللجوء، مثل ضحايا التعرض لعنف الزواج، أو التعرض للعنف الجنسي، وكل هذه الأحكام التي تصدر لمنح اللجوء أسهمت بزيادة عدد اللاجئين للبحث عن مكان آمن لهم.

كما رأينا أن هناك دولاً تساهلت في منح اللجوء لطالبي اللجوء، وهناك دول أخرى تضيق عليهم، وتطبق عدة وسائل تعيق إجراءات اللجوء، مثل إغلاق الحدود، أو العمل على عدم وصولهم لحدودها، أو تطبيق نظام الحماية المؤقتة لمدة طويلة؛ مما يجعل اللاجئ يفضل العودة لوطنه الأصلي خوفاً من التعرض لمخاطر إذا طالت مدته في دولة لا تمكنه من حق اللجوء.

واتضح لنا أن الاختلاف بين الأنظمة القانونية في التعامل مع وضع اللاجئ يؤدي إلى اختلاف في منح وضع اللاجئ ومعاملته، مما يجعلنا نتساءل عن إمكانية وجود نظام وقواعد لها صفة العالمية، تنظم وضع اللاجئ على المستوى الدولي، أو وجود حد أدنى من المعاملة بناء على اتفاقية ١٩٥١.

ومن ثم، يجب أن يكون هناك انسجام لتفسير القانون الدولي للاجئين، كما يجب تشجيع دور المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين بحسب المادة ٣٥ من الاتفاقية التي تلعب دور المنظم، وتمارسه كدور مستقل كجهاز تابع للجمعية العامة، من خلال إعداد ما يتم تسميته القانون التوجيهي.

كما رأينا أنه من خلال الحماية التكميلية يمكننا أن نواجه التدفقات الجماعية للاجئين في عصرنا الحاضر، وبإمكان القانون الدولي لحقوق الإنسان، والقانون الدولي الإنساني، أن يغطيا أي ثغرة قد توجد لحماية اللاجئ في اتفاقية ١٩٥١.

ولهذا يجب تفسير اتفاقية ١٩٥١ بطريقة أكثر فعالية، والأخذ بعين الاعتبار التطورات المعاصرة وتحليلها في إطار أوسع ليشمل قانون حقوق الإنسان بالسلم والحرب.

ورأينا أن مفهوم الاضطهاد الذي يحدد مركز اللاجئ يجب أن يفسر لمصلحة اللاجئ، وأن يكون واسعاً ليشمل العديد من أشكال الاضطهاد المتعددة، وخاصة ما تتعرض له النساء من أنواع العنف المرتبط بانتمائهن الجنسي.

كما رأينا أن اتفاقية ١٩٥١ القديمة متطورة بشكل كاف لتستوعب الوضع المعاصر، فهي محل إجماع عالمي، ولها قيمة إنسانية كبيرة لمعالجة موضوع اللاجئين المجبرين على مغادرة وطنهم بحثاً عن الأمان في مكان آخر، وأثبتت هذه الاتفاقية - خلال أكثر من نصف قرن - قدرتها على التكيف مع تطورات وضع اللاجئين.

في البداية كانت هذه الاتفاقية خاصة باللاجئين الأوروبيين بعد الحرب العالمية الثانية، ثم تم إلغاء القيد المكاني والزمني في البروتوكول لعام ١٩٦٧، ومنحت الحماية لكل من يهرب من كل أشكال الاضطهاد في وطنه أو محل إقامته بسبب النزاعات المسلحة أو العرقية، واليوم تمنح هذه الاتفاقية الحماية لكل لاجئ يبحث عن الأمان خارج وطنه أو محل إقامته، ونرى اليوم أن عدد الباحثين عن الأمان ازداد ووصل لأكثر من ٦٥ مليون لاجئ بحسب آخر إحصائية للمفوضية السامية للأمم المتحدة للاجئين.

كما يجب على دول العالم أن تتضامن وتتعاون لحل الأسباب الكامنة وراء هروب اللاجئين، من بلدانهم طلباً للجوء، والبحث عن مكان آمن هرباً من الخوف والنزاعات في بلدانهم.

وبالفعل فقد اهتمت دول العالم بمشكلة اللاجئين، وكان ثمرة ذلك إعلان نيويورك في ١٩ سبتمبر ٢٠١٦ الصادر من الجمعية العامة للأمم المتحدة بشأن خارطة طريق لميثاق عالمي بشأن اللاجئين، التي تعهدت فيه جميع الدول الأعضاء بمنظمة الأمم المتحدة - وعددها ١٩٣ دولة - بأن "تتعهد بتقاسم أكثر إنصافاً للعبء والمسؤولية المرتبطين باستضافة اللاجئين في العالم ودعمهم"^١.

^١ راجع إعلان نيويورك للاجئين والمهاجرين الصادر في ١٩ سبتمبر ٢٠١٦ من الجمعية العامة للأمم المتحدة. يهدف هذا الإعلان للإعداد لمشروع ميثاق عالمي مقترح بشأن اللاجئين والمفترض أن يتم تقديم المقترح في تقرير المفوض السامي للمفوضية لعام ٢٠١٨.

يجب على جميع الدول أن تتعامل مع القانون الدولي للاجئين الذي أساسه اتفاقية ١٩٥١؛ للتعامل مع موجات اللاجئين، وليس كأداة للوقاية من موجات اللاجئين.

فالقانون الدولي للاجئين يلزم الدول أن تتحمل فشلها في الوقاية من تدفق اللاجئين، وعدم تدخلها لمعالجة الأسباب التي أدت أصلاً لهروبهم من أوطانهم وتجاوزهم الحدود الدولية بحثاً عن الأمان.

ومن ثم فإن القانون الدولي للاجئين هو علاج لمشكلة اللاجئين، وهدفه إيجاد حل دائم لمشكلاتهم، لذلك على دول العالم التفكير في الوقاية من الأسباب التي أدت لهروب اللاجئين في إطار أوسع من القانون الدولي للاجئين، وفي إطار القانون الدولي لحقوق الإنسان، والقانون الدولي الإنساني.

لذلك نرى أنه من أجل حماية اللاجئين اليوم يجب أن ندعم هذه الاتفاقية من أجل تحسين الحماية الدولية للاجئين، ثم نبحث عن تطويرها أو البحث عن اتفاقية دولية جديدة.

كما يجب على جميع دول العالم الالتزام بها وانضمام الدول التي لم تنضم لها حتى الآن وللبروتوكول لعام ١٩٦٧.

المراجع

أولاً - المراجع العربية:

- د.أحمد أبو الوفاء، الوسيط في القانون الدولي العام، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.
- د.أحمد أبو الوفاء، حق اللجوء بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي للاجئين، دراسة مقارنة، إصدارات المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين، الطبعة الأولى، الرياض، ٢٠٠٩.
- بلال حميد بدوي حسن ، دور المنظمات الدولية الحكومية في حماية اللاجئين (المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين نموذجاً) ، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠١٦.
- د. محمد السعيد الدقاق، القانون الدولي العام، مصادر القانون الدولي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠١٢.
- محمد طلعت الغنيمي، الوسيط في قانون السلام، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٨.
- حمدي الغنيمي، الملجأ في القانون الدولي، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ١٩٧٦.
- محمود السيد حسن حسن، حماية اللاجئين ابان النزاعات المسلحة، السياسة الدولية، العدد ١٦٢، أكتوبر ٢٠٠٥، ص ١١.
- عبدالكريم علوان ، اللجوء في الشريعة الاسلامية والقانون الدولي، مجلة البلقاء، المجلد ٥، العدد ١، ١٩٩٧، ص ٧٧.
- د. عطية أبو الخير أحمد، الحماية القانونية للاجئ في القانون الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧.

- بريت راشيل وليستر ايف، قانون اللاجئين والقانون الدولي الإنساني: الجوانب المتوازية والدروس المستفادة والنظرة المستقبلية (رؤية منظمة غير حكومية)، المجلة الدولية للصليب الأحمر، مختارات من أعداد ٢٠٠١، ص ١٥٩-١٧١.
- بفر توني، آليات ونهج مختلفة لتنفيذ القانون الدولي الإنساني وحماية ومساعدة ضحايا الحرب، المجلة الدولية للصليب الأحمر، المجلد ٩١، العدد ٨٧٤، ٢٠٠٩، ص ٤١-٩٠.
- سليم معروف ، حماية اللاجئين زمن النزاعات المسلحة الدولية، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الحاج لخضر ، باتنة، ٢٠٠٨ - ٢٠٠٩.
- عقبة الخضاري و منير بسكري، الوثائق الدولية والإقليمية المعنية بحقوق الإنسان وحقوق اللاجئين، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى، الإسكندرية، ٢٠١٤.
- عقبة الخضاري ومنير بسكري، المنظمات الدولية الخاصة بحماية اللاجئين، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى، الإسكندرية، ٢٠١٥.
- غادة بشير خيري، الاتفاقيات الخاصة بحقوق اللاجئين وآليات حمايتهم، منشورات الحلبي القانونية، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠١٧.
- عتلم شريف أحمد مدحت ، دور اللجنة الدولية للصليب الأحمر في تطبيق القانون الدولي الإنساني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠١٠.
- د. علي سيف النامي ، د. ثقل سعد العجمي، الوجيز في حقوق الإنسان، الطبعة الثانية، الكويت، ٢٠١٧.

- المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين، دليل الإجراءات والمعايير الواجب تطبيقها لتحديد وضع اللاجئين بمقتضى اتفاقية ١٩٥١ وبروتوكول ١٩٦٧ الخاصين بوضع اللاجئين، سبتمبر ١٩٧٩.

ثانياً - المراجع الأجنبية:

- Sophie ALBERT, Les refugies bosniaques en Europe, EDITIONS Montchrestien, Paris, 1995.
- Anne-Marie Tournepiche (sous la direction), La coopération: enjeu essentiel du droit des refugies, Collection Droits Européens, EDITIONS A. PEDONE, Paris, 2015.
- Andreas Schoenhadt, "Trafficking in Migrants in the Asia-Pacific : national, regional and international responses", Singapore journal of International and comparative law, vol 5, n 2, 2001, P696-747.
- Alice EDWARDS, " Les démentions de L'âge et du genre en droit international des refugies", in E.Feller, V.TURK et F.NICHOLSON (sous la direction de), La protection des refugies en droit international, Editions Larcier, Bruxelles, 2008, p.73-111.
- Catherine-Amélie CHASSIN (sous la direction), LES MIGRATIONS CONTRAINTES, ACTES DU COLLOQUE DE CAEN, Editions A.PEDONE, PARIS -2014.
- Caroline Brandt, L'UNO et la protection des refugies : Le HCR a-t-il Peche par exces d'ambition ? », revue de l'Association francaise pour les Nations Unies, n 05, 1998.
- Caroline Lantero, Le droit des refugies entre droits de l'homme et gestion de l'immigration, Bruylant, Bruxelles, 2010.
- C.Denis, Le pouvoir normatif du conseil de sécurité des Nations Unies : porte et limites, Bruylant, Bruxelles, 2004, XVI.
- Dale Buscher, " Refugee women : Twenty years on" refugee survey Quarterly, Vol 29, n 2, 2010, P4-20.
- Denis ALLAND et Catherine Teitgen-COLLY, Traite du droit de l'asile, Collection Droit Fondamental, puf, Droit, 2002.

- Florian François HÖPFNER, L'évolution de La notion de refuge, EDITIONS A. PEDONE, PARIS, 2014.
- François Julien – LAFERRIERE, « Pour un protocole a la Convention européenne des droits de l'homme relatif a l'asile », in Michelle Guilin, Luc Legoux et Emmanuel Mamung (sous la direction), l'asile Politique entre deux chaises : droits de l'homme et gestion des flux migratoires, l'Harmattan , Paris ,2003.
- Le droit international de la migration, Sous la direction de Brian Opeskin, Richard Perruchoud, Julianne Redpath – Cross, EDITIONS YVONBLAIS, Schulthess EDITIONS ROMANDES 2014.
- La société internationale face aux défis migratoires, sous la direction de, Habib GHERABI ET ROSANE MEHDI, Colloque des 13 et 14 janvier 2001, journées internationales du CERIC – Aix-en-Provence, Editions A.PEDONE,2012.
- Colloque de Caen, droit d'asile et des refugies, SFDI, Editions A.Pedone, Paris,1997.
- J.P.Cot, A. Pellet et M.Forteau dir., La Charte des Nations Unies, Commentaire article par article, 3 ed,Economica,2005.
- Jean – Yves CARLIER, « ET Genève sera....La définition du refugies : Bilan et perspectives », in Vincent Chetail (sous la direction de), La convention des refugies, 50 ans après : bilan et perspectives, BRUYLANT, Bruxelles,2001.
- Jean François Durieux, « Le rôle du haut – Commissariat des Nations Unies pour les refugies », in SFDI (sous la direction de) droit d'asile et des refugies, acte du colloque de Caen 30,31 mai et 1 er juin 1996, Edition A.Pedone,Paris,1997.
- Judith KUMIN, " Femmes : leur persécution sort de l'ombre », Réfugiés, vol.2, N 123,2001.
- Daniela- Anca Deteseanu, " La protection des femmes en temps de conflit arme", in jean Marc Sorel, Corneliu-liviu Popoescu (dir), La protection des personnes vulnérables en temps de conflit arme, Bruxelles, Bruylant, 2010,p.257-294.
- DE SENARCLENS (Pierre), La Mondialisation : Théories, enjeux et débats, 3eme Edition, Edit Dalloz, Paris, 1998-2002.

- Elizabeth BOULOT, " Persécution des femmes et droit d'asile aux Etats-Unis :P Bilan de dix ans de mobilisation et de jurisprudence », Revue Asylum(s),N 1,octobre 2006.
- E.W. vierdag "Asylum" and "refuge" international law", Netherlands International law, Review,vol.24,n 1-2,2009.P287
- HCR, Les réfugiés dans le monde 2000,cinquante ans d'action humanitaires,Editions Autrement, Paris,2000.
- HCR, Consultations mondiales, « Relevé des conclusions : L'unité de la famille », Table ronde d'experts organisée par le haut commissariat des Nations Unies pour les réfugiés et l'institut Universitaire des hautes Etudes Internationales, Genève, suisse, du 8-9 Novembre 2001.
- HCR, Les réfugiés dans le Monde – les Personnes déplacées : l'Urgence humanitaire, La découverte, Paris, 1997.
- HCR, La violence sexuelle et existe contre les réfugiés, Les rapatriés et les personnes déplacées : Principes directeurs pour la prévention et l'intervention,2003,P371.
- Hussein Solomon, "Protecting refugee rights –getting serious about terminology", African human rights law journal,vol.2 n 1,2002,P60-67.
- Gustave Peiser, " La conférence de Genève sur L'apatridie », AFDI, Vol.5, 1959, P504-522.
- Guy S.GOODWIN-GILL,"L'article 31 de la convention de 1951 relative au statut des réfugiés : l'absence de sanctions pénales, la détention et la protection », in E.FELLER, V.TURCK et F.NICHOLSON (sous la direction de), la protection des réfugiés en droit international, Éditions Larcier, Bruxelles, 2008.
- K.Herndl, reflections on the role of the security council of the UN, RCADI,1999-IV,vol.233,P.289-396.
- Kate JASTRAM et Kathleen NEULAND, L'unité de la famille et la protection des réfugiés, in E.FELLER, V.TURCK et NICHOLSON, La protection des réfugiés en droit international, Editions Larcier, Bruxelles, 2008.
- Marilyn Achiron, « Menaces sur traite international », Réfugiés, vol 2,n 123, 2001,P13.
- Michel Barutciski, Les dilemmes de protection internationale des réfugiés : analyse de l'action du HCR, These, Université de Paris 2, 2004.

- Michel G. Heyman " Domestic violence and Asylum: Toward a working Model of affirmative State obligation", IJRI, Vol 17, n4,2005, P729-748.
- Mohamed Elewa bader, « Asylum seekers and the European Union: Past, Present and future», the international journal of human rights, vol 8, n 2,2004,P159.
- Nuala Mole, Le droit d'asile et la convention européenne des droits de l'homme », 4 eme Edition du conseil de l'Europe, Strasbourg,2008.
- Oril CASANOVA, refugies et Personnes déplacées dans les conflits armes, Recueil des cours, ADIH, tom 306,2003,P126.
- Pierre-Marie Dupuy, Grands textes de droit international public, DALLOZ, 1996.
- Patrick Daillier, Mathias Forteau, Alain Pellet, DROIT INTERNATIONAL PUBLIC, L.G.D.J, 8 édition.
- Pier rick Devidal, in jean Freedman et Jérôme Valluy (dir), Persécution des femmes, bellecombe- en -bourges, Editions du Croquant,2007.
- Peter J.Vank ricken, " The high commissioner for refugees and stateless Persons", Netherlands International law review, Vol.26, n 1,2009, P24-36.
- Paul Weis, "The development of refugee law", Michigan yearbook of International legal studies, vol 3,1982,P27.
- Roger ERRERA, « La directive européenne du 29 avril 2004 sur le statut de refugie, la protection internationale et les garanties contenues dans la Convention européenne des droits de l'homme », RTDH, n 74,2008.
- Vera GOWLAND-DEBBAS, " La charte des Nations Unies et la convention de Genève du convention de Genève du 28 Juillet 1951 relative au statut des refugies, 50ans après : bilan et perspectives, Bruylant, Bruxelles, 2001.
- Virginie NATALE, Le droit des étrangers a l'égalité et le juge de Common Law, Bruylant, Bruxelles, 2009.